
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 65 | GODINA LI | 2013

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

Nº 65 | YEAR LI | 2013

NIŠ, 2013.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Pravni fakultet Niš, 2013.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Miroslav Lazić, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

**Članovi redakcionog
odbora iz zemlje**

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

Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva

Prof. dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta,
Salzburg, Austrija

Проф. др Иванова Светлана Анатольевна, dekan
Pravnog fakulteta Finansijskog univerziteta Vlade
Ruske federacije

Prof. dr Sašo Georgijevski, profesor Pravnog fakulteta
Justinijan Prvi, Skoplje, Makedonija

Груцина Людмила Юрьевна, doktor pravnih nauka,
Katedra građanskog prava Finansijskog univerziteta
Vlade Ruske federacije

Проф. др Анатолий Капустин, profesor Finansijskog
univerziteta Vlade Ruske federacije

Prof. dr Isabel S. Marcus, profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Bafaloa, Bafalo, SAD

Селивон Николай Федосович, akademik, predsed-
nik Međunarodnog trgovinskog arbitražnog suda pri
Privredno-industrijskoj komori Ukrajine

Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, prorektor
Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

Sekretar Redakcionog odbora: mr Dušica Miladinović-Stefanović

Prevodi: Gordana Ignjatović

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Štampa: Atlantis Niš

Tiraž: 100

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta u Nišu

18 000 Niš, Trg Kralja Aleksandra 11

tel. +381 18 200 501, www.prafak.ni.ac.rs

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

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

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

Editorial Board Members (international):

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

Technical Secretary of the Editorial Board:

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.M.

Translation and Proofreading: Gordana Ignjatović

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Atlantis, Niš

Copies: 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia
Telephone: +381 18 500 201,
E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

SADRŽAJ

Uvodna reč.....13

I ČLANCI

U FOKUSU NACIONALNE MANJINE I ETNICITETI

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

Vladimir ĐURIĆ,
Pravne osnove i okviri etnički
zasnovane neteritorijalne autonomije37

UREDBE EU I HAŠKE KONVENCIJE

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

Mirko ŽIVKOVIĆ,
O primeni haškog Protokola o merodavnom pravu za
obaveze izdržavanja u međunarodnom privatnom pravu
Republike Srbije.....79

Slobodanka KONSTANTINOVIĆ VILIĆ,
Feministička kriminologija: teorijski okvir
o rodnim obeležjima kriminaliteta95

Vojislav ĐURĐIĆ, Marko TRAJKOVIĆ,
O istini u krivičnom postupku..... 111

Zoran RADIVOJEVIĆ,
Zaštita civilnog stanovništva od
posledica neprijateljstava u
međunarodnom humanitarnom pravu 129

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Dragan NIKOLIĆ, Recepcija vizantijskog prava u najstarijem slovenskom pravnom zborniku Zakon sudnji ljudem..... | 147 |
| Nevena PETRUŠIĆ, Austrijski model pomoći i podrške detetu u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta | 161 |
| Mileva ANĐELKOVIĆ, Uloga i značaj fiskalnih pravila u stabilizaciji javnih finansija | 181 |
| Dragan JOVAŠEVIĆ, Međunarodna krivična dela u Rimskom statutu | 201 |
| Miomira KOSTIĆ, Darko DIMOVSKI, Osuđeničke bande u Sjedinjenim Američkim Državama..... | 219 |
| Đorđe L. NIKOLIĆ, Lica koja su odgovorna po osnovu garancije za ispravno funkcionisanje prodane stvari..... | 237 |
| Vidoje SPASIĆ, Dizajn u funkciji mode | 253 |
| Nebojša RAIČEVIĆ, Da li Srbija treba pristupiti konvenciji o kasetnoj municiji? | 273 |
| Ljubica ĐORĐEVIĆ, Kontrola ustavnosti pravnih akata Evropske unije..... | 291 |
| Радзивилюк Валерия ВИКТОРОВНА, Характерные признаки мирового соглашения как судебной процедуры банкротства по Закону Украины о банкротстве | 307 |
| Dejan VUČEVIĆ, Predrag DIMITRIJEVIĆ, Specifičnosti postupka izdavanja građevinske dozvole | 325 |
| Aleksandar ĐORĐEVIĆ, Drevnoruski gradovi kao društveni okvir razvijenog privatnog prava | 345 |
| Jovana PUŠAC, Pravne posledice povrede bitne forme ugovora..... | 353 |

II SUDSKA PRAKSA

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Maja NASTIĆ, Odnos Ustavnog suda i redovnih sudova - komentar odluke Ustavnog suda Srbije..... | 373 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

III PRIKAZI

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Miljana TODORVIĆ, Međunarodna naučna konferencija - 1700 godina Milanskog edikta..... | 389 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Miloš PRICA, Prikaz javne rasprave o Predlogu nacрта Zakona o opštem upravnom postupku | 393 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

IV STUDENTSKI RADOVI

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Sanja MARJANOVIĆ, Međunarodna nadležnost za sporove o izdržavanju u međunarodnom privatnom pravu Srbije <i>de lege lata</i> <i>i de lege ferenda</i> | 399 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

| | |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| Mihajlo CVETKOVIĆ, Objektivni element ugovora o poklonu..... | 419 |
|------------------------------------------------------------------------|-----|

| | |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| Novak KRSTIĆ, Određivanje veličine nužnog dela | 437 |
|----------------------------------------------------------------|-----|

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| Marko DIMITRIJEVIĆ, Poreska konkurencija:teorijski osvrt..... | 455 |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Dragana RADOVANOVIĆ, Inspekcijski nadzor nad primenom propisa u oblasti rada | 471 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

CONTENTS

Editor's Introductory Note13

I ARTICLES

IN FOCUS

NATIONAL MINORITIES AND ETHNICITIES

Lidija R. BASTA FLEINER,

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

Vladimir ĐURIĆ,

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

THE EU REGULATION AND THE HAGUE CONVENTIONS

Aleš GALIČ,

Service abroad in Civil and Commercial Matters – From the Hague Conventions to the EU 1393/2007 Regulation59

Mirko ŽIVKOVIĆ,

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

Slobodanka KONSTANTINOVIĆ-VILIĆ,

Feminist Criminology: A Theoretical Framework on Gender-based Crime95

Vojislav ĐURĐIĆ, Marko TRAJKOVIĆ,

On the Truth in Criminal Procedure 111

Zoran RADIVOJEVIĆ,

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

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

II JUDICIAL PRACTICE

Maja NASTIĆ,

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

III REVIEWS

Miljana TODORVIĆ,

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

Miloš PRICA,

Panel Discussion on the Draft Law
on Administrative Procedure 393

IV STUDENTS' PAPERS

Sanja MARJANOVIĆ,

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

Mihajlo CVETKOVIĆ,

Donation Contract: The Objective Element 419

Novak KRSTIĆ,

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

Marko DIMITRIJEVIĆ,

Tax Competition: A Theoretical Overview 455

Dragana RADOVANOVIĆ,

Labour Inspection and Supervision over
the Application of Labour Regulations 471

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu je naučni časopis koji se u kontinuitetu objavljuje od osnivanja Pravnog fakulteta 1962. godine, a od 2007. godine redovni brojevi izlaze dva puta godišnje. Više od pola veka izlaženja jednog časopisa predstavlja važan događaj u naučnim okvirima, naročito ako se uzme u obzir činjenica da se njegovo objavljivanje odvijalo paralelno sa razvojem akademske zajednice Univerziteta u Nišu. Od samog stvaranja časopis izlazi redovno zahvaljujući prvenstveno nastavnicima i saradnicima Fakulteta, ali i autorima sa drugih univerziteta sa kojima Pravni fakultet ostvaruje saradnju.

Poštujući tradiciju i značaj časopisa, koji je kategorisan kao vodeći naučni časopis nacionalnog značaja (M51), uređivačka politika novog Redakcionog odbora, imenovanog juna 2013. godine, usmerena je na unapređivanje kvaliteta publikacije. Otvoren je poziv autorima i istraživačima u zemlji i u inostranstvu sa ciljem da se doprinese širenju i razmeni naučnih informacija u evropskom akademskom prostoru. Aktuelne društvene teme, koje zahtevaju naučni osvrt i teorijsko preispitivanje stavova, biće jedan od motiva svakog broja, koji će biti praćen brojnim temama iz oblasti prava i srodnih naučnih disciplina. U nastojanju da realizuje svoju uređivačku politiku, Redakcioni odbor je u ovom kratkom periodu naišao na izuzetnu podršku. Posebnu zahvalnost dugujemo brojnim uglednim naučnicima i stručnjacima iz zemlje i inostranstva koji su pomoć pružili kompetentnim i objektivnim recenzijama prispelih radova.

U broju koji se nalazi pred vama, radovi su svrstani u nekoliko segmenata. U okviru rubrike pod nazivom „Članci“ u fokusu su se našle dve teme: nacionalne manjine i etniciteti, kao i uredbе Evropske unije i haške konvencije. Iza njih slede radovi iz različitih užih oblasti pravne nauke. Na interesovanje čitalaca u oblasti pozitivnog prava odgovorili smo posebnom rubrikom pod nazivom „Sudska praksa“, dok su informativni prilozi o naučnim skupovima održanim na Pravnom fakultetu u Nišu tokom godine sadržani u rubrici „Prikazi“. Na kraju, ali ne i najmanje važna, nalazi se rubrika „Studentski radovi“ u kojoj ćemo objavljivati radove studenata doktorskih akademskih studija kao uvod u njihovu naučnu promociju.

Nadamo se da će na temelju svoje tradicije i sa velikim brojem naučnih radova, kako priznatih stručnjaka, tako i mladih istraživača, naš časopis uspeti ne samo da potvrdi svoju reputaciju u domaćoj periodici, već i da unapredi naučnu citiranost u međunarodnim publikacijama slične vrste.

U Nišu, decembar, 2013.

Irena Pejić
Glavni i odgovorni urednik

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

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

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

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

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

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

Niš, December 2013

Irena Pejić
Editor-in-Chief,

ČLANCI

**U FOKUSU
NACIONALNE MANJINE I
ENTICITETI**

**UREDBE EU I
HAŠKE KONVENCIJE**

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

NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.234

Rad primljen: 06.10.2013.
Rad prihvaćen: 07.10.2013.

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

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

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

lb@lbasta.com

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Legal Nature and the Importance of the FCNM ⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.3. Foundational Nature and Contextualised

Approach: Articles 3, 4 and 6

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

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

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

⁷ The 1st monitoring cycle (1998 – 2003)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ CDL-AD(2007)001

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Outlook

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Concluding Observations

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

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

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

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

References

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

*Dr Lidija R. Basta Flajner,
Stalni gostujući profesor Fakulteta
političkih nauka, Univerzitet u Beogradu
Redovni profesor Univerziteta u Friburu, Švajcarska (u penziji)*

***Prava participacije prema Okvirnoj konvenciji za zaštitu
nacionalnih manjina: U susret Pravnom okviru za
suzbijanje socijalne i ekonomske diskriminacije***

Rezime

Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina predstavlja prvi odgovor na potrebu da države-članice Saveta Evrope pristupe ispunjavanju obaveza preuzetih iz međunarodnih ugovora u okviru međunarodnog pravnog sistema zaštite prava nacionalnih manjina. Očigledno je već na prvi pogled da ovaj dokument Saveta Evrope počiva na principu racionalne pravne zaštite pripadnika nacionalnih manjina, pri čemu se ovaj pravni koncept ipak značajno razlikuje od toga kako je shvaćen u kanadskom pravu i u Evropskoj Uniji. Zajedničko za oba koncepta je osnov diskriminacije: versko opredeljenje, jezik, etničko ili nacionalno poreklo. Međutim, svako dalje poređenje tu prestaje. Teleologija Okvirne konvencije ide mnogo dalje od od kanadskog koncepta, koji je sveobuhvatniji, i od standarda EU. Iako se pozitivno-pravne mere, usmerene ka promovisanju delotvorne i potpune jednakosti pripadnika nacionalnih manjina, primenjuju na individualnom planu (kroz obavezu država da preduzmu odgovarajuće mere), osnovni cilj uvođenja drugog nivoa antidiskriminacijskih standarda ima dalekosežnije implikacije od rešavanja pojedinačnih slučajeva. U slučaju Okvirne konvencije, on podrazumeva da takve mere moraju imati dodatan pozitivan uticaj na konkretnu situaciju u kojoj se dotične osobe nalaze ili na konkretnu društvenu zajednicu i društvo u celini (obaveza postizanja konkretnih rezultata).

Praktični efekti, koje prikazana jurisprudencija Savetodavnog komiteta može imati na reformu institucija i socijalne politike neophodnih da bi se podržala socijalna, ekonomska i kulturna integracija migranata, vode do ključnog pitanja: da li odgovarajuća pravna regulativa vodi do efikasne implementacije ove socijalne politike? Odgovor autora je nesumnjivo pozitivan. Vladavina prava nužno zahteva ustanovljavanje pravnih standarda za implementaciju određene politike socijalne integracije migranata. Istovremeno, pravno utvrđeni standardi i instrumenti migracione socijalne politike značajno doprinose njenoj sveobuhvatnoj implementaciji. Pravni okvir je opet ključni faktor koji obezbeđuje merenje efikasnosti usvojenih programskih politika s obzirom na rezultate i obaveze koji proističu iz međunarodnih

pravnih obaveza. Do danas, Okvirnu konvenciju su potpisale 43 države-članice a zvanično je ratifikovana od strane 39 država-članica, dokaz da je ova Konvencija prihvaćena kao evropski standard u implementaciji međunarodnih pravnih obaveza zaštite manjinskih prava, uključujući u određenim slučajevima i manjinske grupe kojima nije priznat status nacionalnih manjina.

Ključne reči: *diskriminacija, nacionalne manjine, participaciona prava.*

Vladimir Đurić,
Naučni saradnik Instituta
za uporedno pravo, Beograd¹

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 323.17

Rad primljen: 10.10.2013.
Rad prihvaćen: 17.10.2013.

PRAVNE OSNOVE I OKVIRI ETNIČKI ZASNOVANE NETERITORIJALNE AUTONOMIJE

Apstrakt: U radu autor analizira osnove i okvire etnički zasnovane neteritorijalne autonomije u međunarodnom, uporednom i domaćem pravu. NTA se smatra institucionalnim rešenjem pogodnim za obezbeđivanje participacije manjina u javnim poslovima, iako međunarodno pravo ne propisuje obavezu njenog formiranja. Zaključak analize uporednih i domaćih rešenja je da je kulturna autonomija ustavno prihvatljiv okvir NTA, dok etnički zasnovana funkcionalna autonomija ima značajna ustavna ograničenja i inherentnu antinomiju.

Cljučne reči: neteritorijalna autonomija, kulturna autonomija, funkcionalna autonomija, nacionalne manjine, nacionalni saveti.

1. Uvod

Pojam „autonomija“, i pored široke i česte upotrebe, još uvek nema jednoobrazno značenje, ne samo u vanpravnom, politikološkom, sociološkom, filozofskom i istorijskom, poimanju, već i u rečniku pravne nauke. Otuda i ne čudi da „autonomija“ predstavlja predmet čestih sporenja u teoriji i dilema u pozitivnopravnom regulisanju društvenih odnosa. Deo takvih sporenja odnosi se i na koncept neteritorijalne autonomije (dalje NTA). Tema ovog rada je analiza pravnih osnova i okvira etnički zasnovane NTA. Prvi korak u takvoj analizi je pokušaj sistematizovanja različitih shvatanja pojmova „autonomija“.

¹ djuric.vim@gmail.com

2. Pojmovni spektar

Pojam autonomija izvodi se iz grčkih reči „autos“, sa značenjem sam, sopstven, i „nomos“, sa značenjem zakon, norma. Otuda sledi da se „autonomija“ može prevesti kao samo-zakonodavstvo, odnosno sopstveno propisivanje normi, samoregulisanje.

U filosofiji „autonomija“ podrazumeva nezavisnost i slobodnu volju samopodmajućeg „ja“, dok u politikologiji i pravu autonomija upućuje na samostalnost dela, uz poštovanje celine jednog entiteta.

U teoriji prava autonomija se bliže određuje kao oblik organizovanja u kome određene teritorije ili socijalne grupe, imaju poseban status i autonomna prava. Skup tih autonomnih prava, sredstava za njihovo ostvarivanje i posebna organizacija, sačinjavaju autonomni status tih teritorija i socijalnih grupa u okviru jedne države koja svojom voljom garantuje takav status (Mitrović, 2003:417). Većina autora čini razlikovanje između personalnih, administrativnih, funkcionalnih, kulturnih i teritorijalnih formi autonomije (Ackrén, 2009:16). Značenje tih pojmova nije identično, niti jednoobrazno.

U ustavnom i upravnom pravu češća je i jasnija upotreba pojma „teritorijalna autonomija“. Pod njom se podrazumeva pravo teritorijalnih jedinica da u okviru ustavnog i zakonskog poretka države, posredstvom svojih organa, donose sopstvene zakone, odnosno oblik unutrašnjeg uređenja jedne države, ili federalne jedinice u federativnoj državi, koji se karakteriše visokim stepenom samostalnosti određene teritorije i stanovništva koja se ispoljava u sferi zakonodavstva i izvršenja, ali ne i sudstva (Nikolić, 1994:426).

Određenja NTA pristupom *per negationem* bi taj vid autonomije svodio na sve oblike koji nemaju teritorijalnu osnovu i ne odnose se na određene teritorije (Légaré, 2008:144).² Reč je prvenstveno o pojmovima *personalna i kulturna autonomija* koji upućuju na manjinska prava, ili prava autohtonih naroda (Ackrén, 2009:16). Pojmovi „kulturna“ i „personalna“ autonomija vezuju se za radove austro-marksista koji su pod njima smatrali složeni institucionalni aranžman u kojem bi etničke grupe („nacije“) bile organizovane kao korporativni samoupravni entiteti zasnovani na individualnom članstvu, pre nego na teritorijalnom principu (Renner, 2005:15-47). U domaćoj teoriji, personalnom autonomijom označava se autonomija zajednica koje nisu teritorijalno, već su personalno zasnovane, odnosno određenih nacionalnih, verskih, profesionalnih, staleških i sličnih socijalnih grupa, dok se pod kulturnom autonomijom

² U teoriji se, primera radi, navodi da neteritorijalna jurisdikcija postoji kada se samostalna javna vlast vrši u pogledu određenih individua širom države, bez obzira na činjenicu da su oni nastanjeni na teritoriji na kojoj su druga lica podređena sličnoj vlasti sa teritorijalnom nadležnošću – videti (Légaré, 2008:144)

podrazumeva pravo nacija ili etničkih grupa kao takvih, nezavisno od teritorije na kojoj su nastanjene, na razvijanje svoje kulture preko samostalno obrazovanih kulturnih institucija i na slobodu upotrebe svog jezika (Marković,1995:538).

Nedavno je u teoriji započelo razdvajanje pojmova personalna i kulturna autonomija. Pod *personalnom autonomijom* podrazumeva se individualna sloboda u ostvarivanju i bavljenju interesima koji se odnose na lični identitet (Shopflin,2000:283-284), ili korišćenje prava udruživanja u horizontalnoj domenziji, između lica koja pripadaju manjinskoj grupi, za izvršavanje različitih kulturnih i drugih aktivnosti koje manjina smatra važnim (Suksi,2008:196,197). Nešto drugačiji pristup, sledeći austro-marksiste, pojmom *personalna autonomija* označava pravnu vezu individue sa određenim autonomnim institucijama koja je zasnovana na individualnim karakteristikama različitim od prebivališta (Nimni,2000:8).

Kulturna autonomija je po svojoj prirodi zasnovana na kolektivitetu i od personalne autonomije se razlikuje po nameni i cilju zbog koga širi prava određene kulturne ili lingvističke grupe. Ovoj formi NTA svojstvena su regulatorna ovlašćenja (Tkacik,2008:371), tako da se pod njom podrazumeva pravo samoregulisanja određene grupe u pogledu pitanja koja utiču na održavanje i obnavljanja njene kulture (Suksi,2008:196). U režimu kulturne autonomije država optira da manjinskoj grupi ne nameće svoju vlast u određenom setu pitanja (Tkacik,2008:375). Kulturna autonomija podrazumeva da kulturna, odnosno etnička grupa koja je njen nosilac, mora biti organizovana kao vertikalno integrisana korporacija zasnovana na individualnom članstvu sa izabranim rukovodećim telom koje je nosilac određenih javnih funkcija i ovlašćenja, odnosno implicira etnički zasnovane samoupravne institucije koje nisu deo teritorijalno određene javne vlasti i koje redovno poseduju određene materijalne ili autoritativne javne resurse (Osipov,2011:396).

Samoupravne institucije, odnosno sopstvenasamoupravna struktura i rukovodeća tela približavaju kulturnu autonomiju pojmovima *funkcionalne i administrativne autonomije* i stvaraju svojevršno „prelazno“ teorijsko područje. U teoriji se smatra da je administrativna i funkcionalna autonomija više vezana za različite institucije, njihove funkcije i ovlašćenja (Ackrén, 2009:16). U domaćoj pravnoj nauci institucionalna autonomija se određuje kao pravo pojedinih institucija³ da uživaju samostalnost u osnivanju, radu, upravljanju i finansiranju (Marković, 1995:538). Funkcionalna autonomija se opisuje kao transfer određenih javnih funkcija⁴ na privatnopravne institucije (Malloy, 2009:665,667), što implicira decentralizaciju kontrole nad jednim pitanjem, ili jednom oblašću poslova, čak

3 Škola, univerziteta, bolnica, privrednih i poslovnih organizacija i sl.

4 Ne nužno u sferi kulture.

i na istom teritorijalnom području (Tkacik, 2008:371,376). Za razliku od tako shvaćene funkcionalne autonomije, administrativna autonomija podrazumeva set funkcionalnih autonomija koje koegzistiraju na istom području koje može da predstavlja teritorijalnu posebnost (Tkacik, 2008:371). Administrativna autonomija uključuje ograničena regulatorna ovlašćenja, ali ne i zakonodavnu vlast (Tkacik, 2008:372).

U mnogim uporednim ustavnim sistemima postoje oblici neteritorijalnog organizovanja i predstavljanja manjina kao kolektiviteta koji imaju i izvesnih elemenata različitih formi autonomije. Pre nego što se razmotre ustavne osnove i okviri takvih autonomija, treba sagledati rešenja koja su predviđena međunarodnim pravom.

3. Međunarodno pravo i NTA

Pravni teoretičari uglavnom su saglasni u tvrdnji da međunarodnopravni instrumenti ne propisuju autonomne manjinske aranžmane, njihovu definiciju ili načela (Osipov,2011:397). Pojedini međunarodni akti koji spadaju u tzv. meko pravo (*soft law*) upućuju na neteritorijalna rešenja. U preporukama iz Lunda Visokog komesara OEBS za nacionalne manjine o delotvornom učešću nacionalnih manjina u javnom životu ističe se da takvo učešće može da zahteva neteritorijalna ili teritorijalna *rešenja samouprave*.⁵ Neteritorijalni oblici uprave korisni su za očuvanje i razvoj identiteta i kulture nacionalnih manjina,⁶ a oblasti na koje bi se moglo uticati uspostavljanjem takvih rešenja obuhvataju obrazovanje, kulturu, upotrebu manjinskog jezika, religiju i ostala pitanja ključna za identitet i način života nacionalnih manjina.⁷

Vezivanje NTA za oblast kulture, jezika i obrazovanja sadržano je u još jednom aktu mekog prava - u Komentaru Savetodavnog komiteta Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina⁸ o delotvornom učešću lica koja pripadaju

5 U Objašnjenjima uz Preporuke iz Lunda jasno je istaknuto da se odeljak 17. odnosi na neteritorijalnu autonomiju koja se često naziva „personalnom“, ili „kulturalnom“ autonomijom. Iako se u Objašnjenjima Preporuka upućuje na „kulturalnu“ i „personalnu“ autonomiju, u komentarima se ističe da je, verovatno iz predostrožnosti, u samim Preporukama izostavljena reč autonomija i da se radije koristi pojam aranžmani (rešenja). (Malloy, 2009:666)

6 Odeljak br.17. Preporuke iz Lunda

7 Odeljak 18. Posebno je u okviru te tačke naznačeno a) da pojedinci i grupe imaju pravo na izbor da upotrebljavaju svoje ime na manjinskom jeziku i pravo da dobiju zvanično priznanje svojih imena, b) da, uzimajući u obzir odgovornost vladinih tela da postave obrazovne standarde, manjinske institucije mogu da odrede nastavne planove za nastavu njihovih jezika, kulture, ili u obe oblasti, kao i v) da manjine mogu da odrede i uživaju svoje nacionalne simbole i ostale oblike kulturalnog izražavanja

8 Telo koje Komitetu ministara SE pomaže u prađenju sprovođenja Konvencije u državama članicama

nacionalnim manjinama u kulturnom, socijalnom i ekonomskom životu i javnim poslovima.⁹ Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina SE ne predviđa oblike NTA, ali u članu 15. propisuje da će strane ugovornice kreirati neophodne uslove za efektivnu participaciju lica koja pripadaju nacionalnim manjinama u kulturnom, socijalnom i ekonomskom životu, i u javnim poslovima, *naročito onima koji se njih tiču*. Ta odredba, iako ne nameće određeni model učešća, sugeriše stvaranje institucionalnih rešenja kojima bi se omogućilo učestvovanje u *onim javnim poslovima koji se tiču nacionalnih manjina*. U Komentaru se navodi da je cilj aranžamana NTA koji su kolektivno dati pripadnicima manjina da manjinskim organizacijama delegiraju važne kompetencije u oblasti manjinske kulture, jezika i obrazovanja i da oni mogu da doprinesu zaštiti i razvitku manjinskih kultura.

Nešto drugačiji je pristup Evropske povelje o regionalnim ili manjinskim jezicima. Ona upućuje ugovorne strane, da ohrabre grupe stanovništva koje koriste manjinske jezike, da ustanove odgovarajuća tela koja bi se bavila savetovanjem vlasti o svim pitanjima koja se tiču manjinskih jezika.¹⁰ Budući da Povelja predviđa mere u oblasti obrazovanja, sudskih ovlašćenja, administrativnih vlasti i javnih službi, sredstava javnog informisanja, kulturnih aktivnosti, ekonomskog života i prekogranične razmene, jasno je da bi tela govornika manjinskih jezika, mogla savetovati vlasti u tim oblastima društvenog života.

U teoriji je razmatrano pitanje da li međunarodno pravo, ukoliko ne poznaje izričite odredbe o manjinskoj NTA, sadrži izvesna rešenja kojima se takvi aranžmani podstiču ili ograničavaju. To pitanje se može sagledati u tri ravni.

Prvu ravan čini mogućnost stvaranja manjinskih organizacija, bez mešanja države. Okvirna konvencija jamči slobodu udruživanja pripadnika nacionalnih manjina i pravo na očuvanje, održavanje i izražavanje kulture i identiteta. Važno je ukazati da je pitanje šta čini etničku osnovu udruživanja kompleksno i da na međunarodnom planu, zbog toga što nema obavezujuće definicije nacionalne manjine, nema jednoobraznog pristupa međunarodnih institucija tom pitanju. Postoje stavovi da je samoidentifikacija pojedinaca dovoljna,¹¹ dok se u pojedinim komentarima smatra da je slobodan izbor pojedinca povezan sa objektivnim kriterijumima.¹²

9 ACFC/31 DOC (2008) 001

10 Čl. 7. st. 4.

11 Prema Opštoj preporuci broj 8. Komiteta za uklanjanje rasne diskriminacije koja je posvećena problematici identifikacije sa određenom rasnom ili etničkom grupom, takva identifikacija, ukoliko ne postoji opravdanje za suprotno, zasnivaće se na samoidentifikaciji datog pojedinca – CERD, General Recommendation No. 08: Identification with a particular racial or ethnic group (Art.1, par.1 & 4),08/22/1990 - A/45/18

12 Okvirna konvencija u članu 3. predviđa da svaki pripadnik nacionalne manjine ima pravo da se prema njemu ophode ili ne ophode kao takvom. Međutim, u komentaru te odredbe

Drugu ravan čini mogućnost stvaranja javnih ili privatnih institucija podeljenih po etničkoj osnovi (Osipov,2011:406). Preovlađujući stav je da je zabranjena *obavezna* segregacija javnih institucija (Osipov,2011:406). Konvencija UNESCO o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvete dozvoljava ustanovljenje posebnih školskih sistema, ili škola, ako ih država dozvoli, ako je njihovo pohađanje dobrovoljno, kao i ako je nastava koja se u njima izvodi saobrazna propisima donesenim ili odobrenim od strane nadležnih organa.

Treću ravan razmatranja čine javna ovlašćenja koja se mogu dodeliti samoupravnim, etnički zasnovanim organizacijama. Iako je međunarodno pravo, pozitivno nastrojeno prema učešću pripadnika manjina u javnim poslovima, naročito onima koji se na njih odnose, u teoriji se ipak ističe da ne postoje sasvim jasni kriterijumi u pogledu oblika i sadržine takve participacije (Osipov,2011:407), pa, samim tim, ni u pogledu ovlašćenja koja se mogu dodeliti samoupravnim manjinskim organizacijama.

4. Unutrašnje pravo i NTA

Učešće manjina u javnim poslovima u mnogim državama obezbeđeno je posredstvom savetodavnih i konsultativnih tela koja mogu da deluju kako na državnom, tako i na regionalnom ili lokalnom nivou (Weller,2006:447). Njihove funkcije mogu da obuhvataju učešće u pripremanju vladinih strategija o merama za unapređenje položaja manjina, davanju mišljenja na nacрте zakona, praćenju položaja manjina, razmenu mišljenja sa vladinim i parlamentarnim funkcionerima, pripremanje vodiča za javne vlasti o manjinama, koordiniranje manjinske politike u različitim organima ili regionima, itd (Weller,2006:447). Takva tela, osim savetodavnih funkcija, mogu da ispunjavaju i određene izvršne funkcije, kao što je slučaj sa distribucijom sredstava namenjenih kulturnim aktivnostima organizacija manjina (Weller,2006:448). Međutim, funkcije, status i sastav ovih tela se u uporednom pravu razlikuju.

Jedan pokušaj klasifikacije takvih tela, izvršen donekle prema njihovim aktivnostima, svrstava ih u četiri tipa različitih mehanizama – 1. mehanizmi koodlučivanja, 2. mehanizmi konsultacija, 3. mehanizmi koordinacije i 4. mehanizmi manjinske samouprave (Weller,2009:559). Mehanizam koodlučivanja podrazumeva da se manjinski saveti moraju konsultovati pre donošenja odluka, što se najčešće ostvaruje institucionalnim rešenjem prema kome su takva tela pri parlamentu ili vladi. Mekša varijanta ovog mehanizma postoji

ističe se da „*ova odredba prepušta svakom takvom licu da odluči da li želi ili ne da se podvede pod zaštitu koja propističe iz Okvirne konvencije*“, ali se dodaje da ona „*ne podrazumeva pravo pojedinca da jednostavno odluči da pripada nekoj nacionalnoj manjini. Subjektivni izbor pojedinca neodvojivo je povezan sa objektivnim kriterijumima relevantnim za njegov identitet*“ – Explanatory Report of the Framework Convention

ako se zakonodavstvo ne može usvojiti pre nego što se pribave i razmotre mišljenja saveta, dok doslednije koodlučivanje postoji u slučaju da takva tela imaju pravo zakonodavne inicijative, ili čak i mogućnost da blokiraju usvajanje zakona koji pogađa interese manjina (Weller,2009:559). U slučaju mehanizama koodlučivanja manjinski saveti ne moraju da predstavljaju tačno određenu manjinu, već mogu zastupati interese svih manjina. Konsultativni mehanizmi mogu da budu organizovani tako da okupljaju isključivo predstavnike različitih manjinskih grupa, isključivo predstavnike jedne nacionalne manjine, ili da budu tela koja vode i na čiji rad presudno utiču predstavnici vlasti (Weller,2009:559). Mehanizmi koordinacije nisu prava manjinska savetodavna tela, već mogu da budu sačinjena i od predstavnika različitih državnih organa, eksperata, itd. Poslednji vid takvih tela predstavljaju mehanizmi manjinske samouprave koji postoje ukoliko se manjinsko telo ustanovljava u cilju organizovanja, odnosno zastupanja određene manjine i ima ovlašćenja donošenja odluka (*decision-making powers*) u internoj sferi(Weller,2009:559). To je slučaj kada se odredbama unutrašnjeg prava predviđa postojanje manjinske funkcionalne ili kulturne autonomije čiji su izvršni organ manjinski saveti (Weller,2009:559). Uporednopravna rešenja pružaju široku paletu različitih mogućnosti, pa čak i kombinovanja izloženih mehanizama, što utiče na jasno klasifikovanje prirode i okvira delatnosti takvih tela, a samim tim, povratno, i na teorijsko poimanje različitih oblika NTA. Zbog toga, analizu osnova i okvira etničke NTA treba usmeriti na sagledavanje uporednopravnih rešenja.

4.1. Uporednopravna rešenja

Učešće manjina u javnim poslovima posredstvom specifičnih organizacija koje imaju elemente autonomnosti najrazvijenije je u Mađarskoj, Estoniji, Finskoj, Sloveniji i Hrvatskoj. Uporedni prikaz najpre treba započeti sagledavanjem rešenja iz mađarskog pravnog sistema čije je iskustvo snažno uticalo na druge države.

Prethodni Ustav Mađarske iz 1949. sadržavao je u članu 68. odredbe prema kojima država osigurava kolektivno učešće manjina u javnim poslovima i jamči pravo da osnivaju lokalna i državna tela samouprave.

Zakon o pravima nacionalnih i etničkih zajednica donesen 1993.. predviđao je da manjinska samoupravna tela imaju status pravnog lica. Zakon je odredio pojam nacionalne manjine, ali je, u cilju izbegavanja svake zabune, istovremeno utvrdio i koje se grupe smatraju nacionalnim manjinama (Krivokapić, 2004:109-133).¹³ Zadatak državne manjinske samouprave bio je da zastupa i štiti interese

¹³ Zanimljivo je da je Zakon predviđao da deklarisanje određene pripadnosti ne isključuje mogućnost dvostruke, odnosno višestruke etničke pripadnosti i da je utvrdio postupak priznavanja statusa manjine i drugim grupama koje nisu bile navedene.

manjine koju predstavlja, kako na državnom, tako i na regionalnom nivou. U cilju ostvarivanja kulturne autonomije manjine, državna samouprava je mogla da osnuje odgovarajuće ustanove i da usklađuje njihov rad. Zakon je postavio kriterijume za uređivanje odnosa između manjinskih samouprava i javnih obrazovnih ustanova koje uživaju autonomiju. Odredbama Zakona bila je regulisana mogućnost da manjinska samouprava preuzme obrazovnu ustanovu od nekog drugog organa, ali samo pod uslovom da može da obezbedi postignuti nivo nastave, u kom slučaju državna dotacija nije smela da bude umanjena.

Državna samouprava manjine samostalno je odlučivala o sedištu, organizaciji i pravilima funkcionisanja, budžetu, imenu i simbolima samouprave, praznicima manjine, odlikovanjima, korišćenju radijskih i tv kanala koji su joj stajali na raspolaganju, osnivanju institucija, pozorišta, muzejskih postavki, održavanju biblioteka, itd. Ona je davala svoje mišljenje o nacrtima propisa koji se odnose na manjinu (prema zakonu čak i kada je reč o uredbama skupština županija ili glavnog grada), imala je pravo da traži izveštaj od nadležnih organa javne uprave po pitanjima koja se tiču manjine koju predstavlja, a imala je i pravo da tim organima upućuje svoje predloge i pokreće inicijative. Najdalje, u smislu javnih ovlašćenja, otišlo se propisivanjem da državna manjinska samouprava ima „pravo na saglasnost“, zapravo određenu vrstu veta, u slučaju programa manjinskog obrazovanja i propisa koji se odnose na očuvanje i zaštitu istorijskih naselja i spomenika arhitekture manjine. Mađarska Vlada je u Izveštaju Parlamentu o položaju nacionalnih i etničkih manjina iz 1997. sumirala da se ovlašćenja i aktivnosti državnih manjinskih samouprava mogu podeliti u dve grupe: 1. donošenje odluka u okviru njihove autonomije i 2. učešće u opštem upravljanju pojedinim sektorima društvenog života.¹⁴

U istraživanjima o manjinskoj samoupravi ukazivano je i na izvesne propuste u primeni i rešenjima zakona. Javna uprava nije bila upoznata sa „pravom na saglasnost“, a isticano je i da manjinske samouprave deluju bez pravne kontrole (Walsh,2000:51,52). Posebna zamerka odnosila se na insuficijenciju demokratskog legitimiteta manjinskih samouprava (Korhecz,2002:161-181). Rešenja sadržana u zakonu iz 1993. podstakla su pojedine autore da istaknu da je njihov pravi smisao bio da budu „moneta“ u spoljnopolitičkoj podršci Mađarske zahtevima dijaspore u susjednim državama (Smith, 2013:34).

Možda se u svetlu izloženih kritika i zaključaka mogu sagledati i izmene izvršene 2005. kojima je predviđeno obavezno upisivanje u spisak birača za izbor

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

manjinskih samouprava. Sledeći novi mađarski ustav,¹⁵ izglasan je novi Zakon CLXXIX iz 2011. kojim je manjinska samouprava definisana kao *organizacija ustanovljena na osnovu zakona putem demokratskih izbora koja deluje kao pravni subjekt u formi organa, ispunjava dužnosti nacionalnih (manjinskih) javnih službi koje su određene zakonom i koja je osnovana za ostvarivanje prava nacionalnih (manjinskih) zajednica, zaštitu i zastupanje njihovih nacionalnih interesa i samostalno upravljanje nacionalnim (manjinskim) javnim poslovima koji spadaju u domen njenih odgovornosti i nadležnosti na lokalnom, regionalnom ili državnom nivou.*¹⁶ Uz zadržavanje identičnih rešenja o pitanjima o kojima samouprava samostalno odlučuje, u novom Zakonu je приметно detaljnije regulisanje njenih funkcija i ovlašćenja. To je vidljivije kako u pogledu prenosa javnih ovlašćenja na manjinske samouprave i uređivanja načina vršenja prava na konsultovanje i prava na saglasnost manjinske samouprave, tako i u pogledu mogućnosti da manjinske samouprave, pod određenim uslovima preuzmu vođenje javnih obrazovnih i kulturnih institucija koje ispunjavaju državne dužnosti.¹⁷ Приметно je da je detaljnije regulisanje funkcija i ovlašćenja manjinskih samouprava praćeno odredbama o odnosu između manjinskih samouprava i organa javnih vlasti, što uključuje i vršenje kontrole koju nad njihovim radom mogu da obavljaju lokalni i područni organi uprave. Budući da je zakonom predviđena i kontrola koju Vlada vrši posredstvom okružnih jedinica državne uprave,¹⁸ Venecijanska komisija je u svom Mišljenju o zakonu stala na stanovište da je, s obzirom na detaljno regulisanje rada i funkcionisanja manjinskih samouprava, veoma teško osigurati puno poštovanje zakona i na taj način izbeći nepotrebno i preterano mešanje izvršne vlasti u rad manjinskih samouprava.¹⁹

Prema Ustavu Estonije, nacionalne manjine imaju pravo da osnivaju samoupravna tela u skladu sa uslovima i postupkom predviđenim Zakonom o kulturnoj autonomiji nacionalnih manjina.²⁰ Taj Zakon je donesen 1993. i ima izvesne paralele sa čuvenim Zakonom o manjinskim samoupravama iz 1925.²¹

15 Članom 29. st.2. novog Ustava iz 2011. predviđeno je pravo nacionalnosti da osnivaju lokalna i državna tela samouprave.

16 § 2. 2. Kulturna autonomija je određena kao *kolektivno nacionalno pravo koje se ogleda kroz rad samouprave nacionalnih zajednica.*- §.2. 3.

17 § 25. § 37.UNETI

18 Bez obzira što je ona svedena na zakonitost odluka koje manjinske samouprave donose u vršenju diskrecionih ovlašćenja - § 147.

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

20 Član 50. Ustava Estonije

21 Zakon iz 1925. je određivao da su manjinske samouprave udruženja javnog prava koja su dobila određene nadležnosti u oblasti kulture, obrazovanja i socijalnog staranja uz

On sadrži isto rešenje kao i zakon iz 1925, prema kome kulturna udruženja manjine mogu podneti Vladi prijavu za osnivanje manjinske samouprave i za dozvolu da se stvori registar lica koja pripadaju toj manjinskoj grupi. Kulturnu autonomiju nacionalne manjine mogu da osnuju pripadnici nemačke, ruske, švedske i jevrejske manjine, kao i pripadnici manjina koje broje više od 3000 lica.²² Lica upisana u registar imaju pravo da biraju kulturni savet kao centralno telo kulturne autonomije. Zakon propisuje da je kulturna autonomija pravo pripadnika određene nacionalne manjine da ustanovljavaju tela kulturne autonomije kako bi ostvarili kulturna prava koja im jamči ustav,²³ a u osnovne ciljeve kulturne autonomije ubraja: 1. organizovanje obrazovanja na maternjem jeziku i praćenje korišćenja obezbeđenih sredstava, 2. formiranje manjinskih kulturnih institucija, organizovanje njihovih aktivnosti i organizovanje kulturnih manifestacija i 3. uspostavljanje fondacija i dodeljivanje stipendija i nagrada za promociju kulture i obrazovanja manjina.²⁴ Kulturni savet nacionalne manjine usvaja statut o kulturnoj autonomiji koji uređuje postupak izbora rukovodstva, formiranje institucija kulturne autonomije²⁵ i prava i dužnosti tih institucija, u skladu sa osnovnim ciljevima kulturne autonomije.

U komentarima se ističe da savremeni zakon počiva na drugačijem pristupu u odnosu na zakon iz 1925 i da, za razliku od njegovih rešenja, praktično značenje samouprave ostaje nejasno, a domet izloženih odredbi donekle ograničen, jer se manjinske samouprave ne smatraju pravnim licima i otvoreno je pitanje da li mogu osnivati i druge institucije, raspolagati imovinom ili zaključivati ugovore, a ne postoji ni čvrsta, niti jasna garancija njihovog finansiranja (Osipov,2013:11).

U Finskoj postoje posebni oblici manjinske NTA koji su veoma zanimljivi u pogledu švedske manjine. Ustav Finske ne pominje švedsku manjinu, a švedsko stanovništvo formalno se ni ne smatra nacionalnom manjinom, jer su nacionalni jezici finski i švedski koje svako, u skladu sa zakonom, ima pravo da upotrebljava pred sudovima i drugim organima i da na svom jeziku prima zvanične dokumente.²⁶ Ustav pominje autohtoni narod Sami. Osim odredbi o autonomiji Alandskih ostrva, Ustav ne sadrži izričite odredbe o NTA i manjinskoj samoupravi, ali propisuje da se, na jednakoj osnovi, obezbeđuje zadovoljavanje kulturnih i društvenih potreba građana koji govore finski i građana koji govore

garantovani udeo u javnim fondovima. Zapravo, samouprave su, po tadašnjem zakonu, trebale da budu odgovorne za upravljanje i nadzor nad školama na jeziku manjina.

22 Čl.2.st.2.Zakona o kulturnoj autonomiji nacionalnih manjina

23 Čl.2.st.1. Zakona o kulturnoj autonomiji nacionalnih manjina

24 Član 5. Zakona o kulturnoj autonomiji nacionalnih manjina

25 Zakon u njih ubraja obrazovne institucije, kulturne institucije, kulturna preduzeća i izdavačke kuće i institucije socijalnog staranja.

26 Član 17. Ustava Finske - Videti načelno o statusu švedske manjine u B.Krivokapić, n.d.str.94,95

švedski. U pravnom poretku Finske razvijena su dva oblika kulturne i određeni vidovi funkcionalne autonomije.

Prvi vid je Skupština finskih Šveđana (*Svenska Finlands Folkting*) čija su sastav, ovlašćenja i rad detaljnije regulisani Zakonom.²⁷ Skupština ima zadatak da promovira prava i delovanje stanovništva koje govori švedski, unapređuje njegove kulturne i socijalne uslova, kao i da unapređuje švedski jezik u Finskoj. Ona prati postupke koji se odvijaju pred sudovima i drugim organima u vezi sa sprovođenjem jezičkih prava, daje mišljenja i pruža informacije, a prati i stanje u obrazovnim aktivnostima.²⁸ To su međutim jedina ovlašćenja koja Skupština ima, tako da se, uprkos činjenici da joj se na razmatranje dostavljaju određeni predlozi propisa, ona ipak ne smatra organom javne vlasti. Skupština ne obavlja nijednu upravnu funkciju, odnosno nema nikakvu ulogu u funkcionalnoj autonomiji u oblasti obrazovanja koja postoji u školama sa bilingvalnom nastavom. U njima se, u okviru jedinstvenog sistema sa sličnom sadržinom nastave, ustanovljavaju dve upravljačke strukture za finsku i švedsku lingvističku grupu, čiji se članovi imenuju na jezičkoj osnovi. Takvo upravljanje čini etnički zasnovanu funkcionalnu autonomiju i u teoriji je okarakterisano kao aranžman „odvojeni, ali jednaki“, što se, bez obzira na negativne prizvuke, ne smatra diskriminacijom (Suksi,2008:204).²⁹

Počevši od 1973. narod Sami u Finskoj ima svoje predstavničko telo za kome je Zakon 974 iz 1995. odredio da obavlja zadatke u vezi sa kulturnom autonomijom. Sami parlamenta vodi računa o Sami jeziku i kulturi i brine o statusu Sami naroda kao autohtonog. U vezi sa tim pitanjima, Sami parlament predstavlja Sami narod u nacionalnim i međunarodnim okvirima i može da daje inicijative i predloge vlastima. Vlasti imaju obavezu da pregovaraju sa Sami parlamentom u vezi sa pitanjima i merama koje mogu da utiču na njihov status autohtonog naroda, a koje se odnose na komunalno planiranje, upravljanje, upotrebu i izdavanje državnog zemljišta i zaštićenih područja, zahteve za dobijanje dozvola za iskorišćavanje rudnika, zakonodavne i administrativne promene u vezi sa zanimanjima koja pripadaju formama Sami kulture, razvoj nastave Sami jezika i na Sami jeziku, kao i u ostalim pitanjima koja mogu da utiču na Sami jezik i kulturu.³⁰ Zakon predviđa da će se Sami parlamentu dati prilika da razmotri ta

27 Zakonom br. 1331 iz 2003 predviđeno je da ovu Skupštinu čini 75 predstavnika, od kojih se 70 određuje na osnovu rezultata lokalnih izbora, dok su petoro predstavnici Parlamenta Alandskih ostrva.

28 § 1. Zakona br.1331

29 Smatra se da je takvo rešenje u skladu sa Konvencijom UNESCO o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvete.

30 Član (sekcija) 9. Zakona 974

pitanja i bude saslušan, ali da propuštanje neće rezultirati onemogućavanjem postupanja javnih vlasti.

Ustavom Slovenije autohtonim zajednicama, mađarskoj i italijanskoj, garantovano je pravo slobodne upotrebe narodnih simbola i osnivanje organizacija, razvijanje privrednih, kulturnih i naučnoistraživačkih aktivnosti, kao i aktivnosti na području javnog informisanja i izdavaštva.³¹ Narodne zajednice i njihovi pripadnici imaju pravo na obrazovanje i vaspitanje na svom jeziku, kao i na oblikovanje i razvijanje ovog vaspitanja i obrazovanja. Ustav propisuje da na područjima na kojima žive te zajednice njihovi pripadnici, u cilju ostvarivanja svojih prava, osnivaju svoje samoupravne zajednice.³² Na predlog manjinskih samouprava, država može da ovlasti ova tela da obavljaju određene poslove iz njene nadležnosti i obezbeđuje sredstva za njihovo ostvarivanje.³³ Prema Zakonu o etničkim zajednicama koje imaju samoupravu iz 1994, pripadnici autohtonih manjina uspostavljaju opštinske zajednice koje imaju samoupravu koje se integrišu u zajednicu koja ima samoupravu na državnom nivou.³⁴ Najviši organ etničke zajednice koja ima samoupravu je savet. Zajednice koje imaju samoupravu autonomno odlučuju o svim pitanjima iz njihove nadležnosti, razmatraju pitanja koja se odnose na položaj manjina i daju pristanak u stvarima koje se odnose na zaštitu posebnih prava manjinskih zajednica. Te poslove obavljaju pokretanjem i organizovanjem kulturne, istraživačke, informativne, izdavačke i ekonomske aktivnosti od važnosti za razvoj zajednice, osnivanjem organizacija i javnih ustanova, praćenjem i unapređivanjem razvoja obrazovanja, obavljanjem poslova koje im je država prenela, itd.³⁵ One podnose predloge, inicijative i mišljenja o pitanjima iz svoje nadležnosti, a državni organi su u obavezi da pribave njihovo prethodno mišljenje kada odlučuju o pitanjima koja se odnose na položaj pripadnika zajednica.³⁶ Zakon ne obavezuje državne organe na poštovanje stavova zajednica, niti predviđa sankciju ukoliko organi ne uzmu u obzir stavove manjinskih samouprava (Murgel,2002:141), ali iz njegovih odredbi sledi da su zajednice centralni partneri koji predstavljaju autohtone manjine u odnosima sa državom (Komac,2002:28).

31 Član 64. Ustava Slovenije

32 Takva institucija manjinskog učešća u društvenom i političkom životu, po modelu samoupravnih interesnih zajednica bila je uvedena ustavnim reformama još 1974. Samouprave narodnosti imale su dvojaku ulogu – sa jedne strane su sarađivale sa samoupravnim interesnim zajednicama za kulturu, obrazovanje i predškolsko vaspitanje, u pitanjima važnim za pripadnike narodnosti, dok su, sa druge strane, u opštini delovale i kao četvrto veće opštinske skupštine kada se raspravljalo o problemima nacionalne zajednice.

33 Čl.64.st.3. Ustava Slovenije

34 Čl.9.st.1. Zakona o etničkim zajednicama koje imaju samoupravu

35 Čl.4. Zakona o etničkim zajednicama koje imaju samoupravu

36 Isto, čl. 15

Ustav Republike Hrvatske jamči ravnopravnost pripadnicima svih nacionalnih manjina koje izričito nabraja.³⁷ Pripadnicima manjina jamči se sloboda izražavanja nacionalne pripadnosti, slobodno služenje svojim jezikom i kulturna autonomija.³⁸ Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina uređuje posebna tela - veća nacionalnih manjina koja se biraju u jedinicama teritorijalne samouprave³⁹ u kojima živi određeni broj pripadnika manjine. Veće manjine je neprofitno pravno lice, a Ustavni sud Hrvatske stoji na stanovištu da je reč o pravnom licu javnog prava.⁴⁰ Veća manjina mogu da stvaraju koordinaciju veća nacionalnih manjina, a Zakon predviđa da je koordinacija za područje države stvorena kada je sporazumu o njenom osnivanju pristupilo više od polovine veća područne samouprave.⁴¹ Zakon ne upotrebljava izraze ovlašćenja, funkcije, ili nadležnosti kada normira delatnost tih tela. Umesto toga, veća imaju *pravo* da predlažu mere za unapređivanje položaja manjine, uključujući davanje predloga opštih akata telima jedinica samouprave kojima se uređuju pitanja od značaja za nacionalnu manjinu, da ističu kandidate za dužnosti u telima državne uprave i telima jedinica samouprave, da budu obaveštena o svakom pitanju o kome će raspravljati radna tela predstavničkog tela jedinice samouprave, a koje se tiče položaja nacionalne manjine, kao i da daju mišljenja i predloge na programe radio i televizijskih stanica na lokalnom i regionalnom nivou koji su namenjeni nacionalnim manjinama.⁴² Jedinice teritorijalne samouprave svojim opštim aktima uređuju način, rokove i postupak ostvarivanja prava manjinskih samouprava, što je u praksi ponekad izostalo i što može da tela iste nacionalne manjine, u različitim jedinicama lokalne samouprave, dovede u neravnopravan položaj. Zakon predviđa i da je rukovodstvo jedinice samouprave dužno da u pripremi predloga opštih akata od veća manjina zatraži mišljenje i predloge o odredbama kojima se uređuju prava i slobode nacionalnih manjina. Ako veće manjine smatra da je opšti akt jedinice samouprave, ili neka njegova odredba suprotna Ustavu, Ustavnom zakonu ili posebnim zakonima kojima se uređuju prava i slobode nacionalnih manjina, dužno je o tome odmah obavestiti ministarstvo nadležno za opštu upravu koje može da obustavi takav akt od

37 Čl.15.st.1. U Izvorišnim osnovama Ustava navodi se da je Hrvatska nacionalna država hrvatskoga naroda i država pripadnika nacionalnih manjina: Srba, Čeha, Slovaka, Italijana, Mađara, Jevreja, Nemaca, Austrijanaca, Ukrajinaca, Rusina, Bošnjaka, Slovenaca, Crnogoraca, Makedonaca, Rusa, Bugara, Poljaka, Roma, Rumuna, Turaka, Vlaha, Albanaca

38 Čl.15.st.4. Ustava

39 područne, gradske i opštinske

40 Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-3786/2010 i U-I-3553/2011.

41 Čl.33.st.4. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina

42 Isto, čl.31

primene.⁴³ Koordinacija veća nacionalnih manjina na državnom nivou može donositi odluke o značenju i simbolima manjine i načinu obeležavanja praznika manjina uz saglasnost Saveta za nacionalne manjine.⁴⁴

U hrvatskoj literaturi ističe se da su ovlašćenja veća konsultativnog karaktera, da ne predviđaju pravo veta na odluke predstavničkih tela koje bi mogle imati negativne implikacije i da propisani delokrug ne implicira autonomnost odlučivanja. To nameće zaključak da se radi o instituciji čije postojanje može da bude svrsishodno samo ukoliko bi veća i predstavnici jedinica teritorijalne samouprave počeli da sarađuju (Petričušić, 2012:95,102).

4.2. Etnička NTA u pravnom poretku Republike Srbije

Etnička NTA u Republici Srbiji su nacionalni saveti nacionalnih manjina. Zakonom o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina ⁴⁵ predviđeno je da pripadnici manjina mogu izabrati svoje savete, radi ostvarivanja prava na samoupravu u oblasti upotrebe jezika i pisma, obrazovanja, informisanja i kulture.⁴⁶ Saveti deluju na republičkom nivou. Zakon sadrži određenje pojma nacionalne manjine,⁴⁷ ali tim, ni bilo kojim drugim zakonom, nisu bliže uređeni kriterijumi koji su sadržani u tom određenju. To znači da je mogućnost obrazovanja saveta prilično široko postavljena. Savet je po odredbama tog Zakona **pravno lice**⁴⁸ koje predstavlja manjinu u navedenim oblastima društvenog života, učestvuje u procesu odlučivanja, ili odlučuje o pitanjima iz tih oblasti i osniva ustanove iz tih oblasti.⁴⁹

Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina sadrži odredbe na osnovu kojih se može utvrditi priroda i obim učestvovanja saveta u procesu odlučivanja

43 Isto, čl. 32

44 Isto, čl. 33. st.5 Savet za nacionalne manjine je telo čije članove imenuje Vlada Hrvatske, između ostalog, i na predlog veća nacionalnih manjina.

45 „Službeni list SRJ“ br.11/02, „Službeni list SCG“ br.1/03 i „Službeni glasnik RS“ br. 72/09 – drugi zakon

46 Čl.19.st.1. Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina

47 Nacionalna manjina u smislu ovog zakona je svaka grupa državljana koja je po brojnosti dovoljno reprezentativna, iako predstavlja manjinu na teritoriji države, pripada nekoj od grupa stanovništva koje su u dugotrajnoj i čvrstoj vezi sa teritorijom države i poseduje obeležja kao što su jezik, kultura, nacionalna ili etnička pripadnost, poreklo ili veroispovest, po kojima se razlikuje od većine stanovništva, i čiji se pripadnici odlikuju brigom da zajedno održavaju svoj zajednički identitet, uključujući kulturu, tradiciju, jezik ili religiju – čl.2.st-1- Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina.

48 Isto, čl.19.st.2

49 Isto, čl. 19.st.7

i njihovog samostalnog odlučivanja. Propisano je da će organi vlasti, prilikom odlučivanja o pitanjima iz navedenih oblasti društvenog života, zatražiti mišljenja saveta,⁵⁰ kao i da im se saveti mogu obratiti u vezi sa svim pitanjima koja utiču na prava i položaj nacionalne manjine.⁵¹ Zakon sadrži i odredbu koja unosi više jasnoće u pogledu samostalnog odlučivanja nacionalnih saveta. Naime, predviđeno je da se deo ovlašćenja iz oblasti od značaja za manjine može poveriti savetima⁵² i da će država obezbediti za to finansijska sredstva, kao i da se prilikom utvrđivanja obima i vrste ovlašćenja koja će im biti poverena vodi računa i o zahtevu nacionalnog saveta.⁵³

Deo rešenja sadržanih u Zakonu o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina konstitucionalizovan je 2006. Ustav je predvideo da pripadnici nacionalnih manjina mogu, u skladu sa zakonom, da izaberu svoje nacionalne savete radi ostvarivanja **prava na samoupravu** u oblasti kulture, obrazovanja, obaveštavanja i službene upotrebe jezika i pisma, ali nije opredelio u čemu bi samouprava mogla da se ogleda. Navedene oblasti društvenog života spominju i u čl.75.st.2. Ustava kojim je propisano da putem kolektivnih prava, pripadnici nacionalnih manjina, neposredno ili preko svojih predstavnika, učestvuju u odlučivanju, ili sami odlučuju o pojedinim pitanjima vezanim za svoju kulturu, obrazovanje, obaveštavanje i službenu upotrebu jezika i pisma. Može se zaključiti da ustavna samouprava koju nacionalni saveti oličavaju zapravo predstavlja *odlučivanje, ili učešće u odlučivanju o pojedinim pitanjima vezanim za njihovu kulturu, obrazovanje, obaveštavanje i službenu upotrebu jezika i pisma.*

Prema izričitoj ustavnoj odredbi člana 75.st.3. samouprava se ostvaruje u skladu sa zakonom. To upućuje na zaključak da se priroda i obim mogućih funkcija nacionalnih saveta mogu sagledati samo na osnovu činjenice da se oni opredeljuju zakonom. Ustav članom 137. st.2. i 3. propisuje da se *pojedina javna ovlašćenja* mogu zakonom poveriti nedržavnim subjektima⁵⁴ i posebnim organima preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija u pojedinim oblastima ili delatnostima. Sudeći na osnovu izloženih odredbi Ustava, funkcije nacionalnih saveta *mogu da se ogledaju samo u pojedinim javnim ovlašćenjima*, a oni se mogu smatrati *sui generis* ustavnopravnim telom (ne i državnim organom!), odnosno institucionalnim vidom zajamčenog prava na samoupravu (NTA), koje se ostvaruje odlučivanjem i vršenjem pojedinih javnih ovlašćenja u pojedinim pitanjima.

50 Isto, čl. 19.st.8

51 Isto, čl.19.st.9

52 Isto, čl.19.st.10

53 Isto, čl.19.st.11

54 preduzećima, ustanovama, organizacijama i pojedincima

Za razliku od izloženog, Zakonom o nacionalnim savetima nacionalnih manjina⁵⁵ utvrđuju se njihove *nadležnosti*, postupak neposrednih i elektorskih izbora, kao i finansiranje. Zakon uređuje opšte nadležnosti u koje većinom spada samostalno odlučivanje o administrativnim i finansijskim pitanjima od značaja za savet, o predlogu nacionalnih simbola, znamenja i praznika nacionalne manjine koje potvrđuje Republički savet, o osnivanju ustanova, udruženja, fondacija, privrednih društava, o ustanovljenju i dodeljivanju priznanja, itd. Osim toga, saveti iniciraju donošenje i prate sprovođenje zakona i drugih propisa, učestvuju u pripremi propisa i predlažu izmenu i dopunu propisa kojima se uređuju prava nacionalnih manjina, a predlažu i posebne propise i mere radi postizanja pune ravnopravnosti.

Detaljno su uređene nadležnosti nacionalnih saveta u oblasti kulture, obrazovanja, obaveštavanja i službene upotrebe jezika i pisma. Većinom su to konsultativne funkcije predlaganja i davanja mišljenja o pitanjima iz tih oblasti,⁵⁶ ali među njima ima i onih koja se sastoje u njihovom učešću u upravljanju ustanovama koje je osnovala Republika, pokrajina ili lokalna samouprava, i to na različite načine – od davanja mišljenja o predloženim članovima upravnih odbora i kandidatima za organe rukovođenja, do predlaganja i imenovanja određenih članova, ili davanja saglasnosti na njihovo imenovanje. Zakon propisuje i mogućnost potpunog i delimičnog prenosa osnivačkih prava, ali i obavezni prenos osnivačkih prava nad takvim ustanovama na nacionalne savete, u određenim slučajevima,⁵⁷ kao i u slučaju da nacionalni saveti pojedine od tih ustanova opredele kao ustanove od posebnog značaja za nacionalnu manjinu.⁵⁸

5. Zaključci

Ustavi mnogih država predviđaju postojanje etnički zasnovane NTA. Ona se smatra institucionalnim rešenjem pogodnim za obezbeđivanje predstavljanja manjina kao kolektiviteta i učešća u javnim poslovima, što je međunarodnopravni

55 „Službeni glasnik RS“ br. 72/2009

56 Članom 34. Zakona o nacionalnim savetima propisano je da su protivzakoniti, odnosno ništavi (!) pojedinačni pravni akti doneseni bez odgovarajućeg predloga ili mišljenja nacionalnog saveta, ali da se, u slučaju da nacionalni savet i pored uredno dostavljenog zahteva nadležnog organa, u roku od 30 dana ne dostavi predlog ili mišljenje, akt donosi i bez pribavljenog predloga, odnosno mišljenja.

57 U slučaju obrazovnih ustanova u kojima se nastava isključivo izvodi na jeziku nacionalne manjine, u slučaju ustanova kulture čija je osnovna delatnost očuvanje i razvijanje kulture nacionalnih manjina, i u slučaju ustanova koje obavljaju javno informisanje isključivo na jeziku manjine

58 čl.11.st.3, čl. 16.st.3, čl.19.st.2, čl.24.Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina

standard zaštite manjina, iako međunarodno pravo ne propisuje obavezu njenog obrazovanja.

Budući da se pojmom NTA obuhvata spektar različitog sadržaja, nameću se izvesne dileme o njenim pravnim osnovama i okvirima. Prva dilema je da li etnički zasnovana NTA iziskuje izričito određenje manjina koje su predstavljene i koje učestvuju u javnim poslovima. Uporedna rešenja ukazuju na tendenciju izričitog navođenja manjina, sa eventualnim ostavljanjem mogućnosti da i druge grupe dobiju status manjine. Otvoreno je pitanje da li je takav pristup u svemu u skladu sa načelom samoodređenja koje i treba da bude u osnovi autonomnog položaja, dok optiranje za potpuno slobodno samoidentifikovanje nagoveštava mogućnost konstituisanja NTA za manjine koje nemaju realnu potrebu, ni odgovarajuće resurse za obavljanje njenih funkcija.⁵⁹

Predstavnička uloga NTA sugerise potrebu kreiranja legitimne institucije, što može da iziskuje neposredne izbore od strane pripadnika manjine. Sa druge strane, neposredni izbori donose mnogobrojne ustavnopravne izazove (Đurić, 2012:133-162).⁶⁰ Demokratizacija može da bude osnov za proširenje ovlašćenja NTA i njeno poimanje kao državnog organa, dok kombinovanje neposrednih izbora na lokalnom nivou sa posrednim konstituisanjem NTA na državnom nivou otvara dileme legitimiteta i različitog karaktera i uloge takvih tela, kao i odnosa sa državnim organima.

Status NTA zavisi od načina konstituisanja tela koje je oličava, kao i od širine ovlašćenja koja poseduje. Najčešće je reč o prizatom i nespornom (javno) pravnom subjektivitetu NTA, ali ima i suprotnih rešenja. Javnopravni karakter etnički zasnovane NTA podrazumeva da su njene institucije nosioci javnih ovlašćenja. Od vrste i širine ovlašćenja zavisi da li je NTA državni organ, ili nedržavni javni subjekt.

U uporednom pravu sve institucije koje su nosioci NTA imaju heterogenu prirodu. One predstavljaju kombinovanje savetodavnih tela koja oličavaju manjine kao kolektivitete, sa jedne, i svojevrzne mešavine različitih oblika NTA sa druge strane. Dok je savetodavna uloga tela koje predstavlja manjinu prihvatljiv ustavnopravni okvir njegovog rada, uz nužnu korekciju da je ona omeđena opšte-predstavničkim karakterom demokratskog političkog sistema,

59 Primera radi, u Republici Srbiji su svoje nacionalne savete izabrali i pripadnici manjina koje, prema rezultatima popisa, broje tek nekoliko stotina pripadnika i čiji jezik nije zastupljen u obrazovanju, obaveštavanju, niti je u službenoj upotrebi.

60 Npr. način i nadležnosti stvaranja biračkih spiskova, dvostruko pravo glasa, monopolisanja NTA od strane političkih stranaka i mogućnost postojanja višestrukih, ili različitih nacionalnih identiteta istog lica, ne samo u različitim vremenskim, već i u drugačijim društvenim kontekstima, kao i u vezi sa pravnim karakterom izvoda iz biračkog spiska.

dotle je pitanje javnih ovlašćenja i regulativnih funkcija koje NTA može da obavlja osetljivo i zavisi od opšteg ustavnopravnog i zakonskog regulisanja javnih ovlašćenja, načina njihovog vršenja i mogućnosti njihovog prenošenja. Poštovanje identiteta manjina i priznavanje njihove autonomije, odnosno samouprave, nameću zaključak, a uporedna rešenja ga potvrđuju, da je kulturna autonomija srž, suština, a možda i jedini ustavno prihvatljiv vid etnički zasnovane NTA. Drugim rečima, poštovanje identiteta manjina i priznavanje njihove autonomije, odnosno samouprave, nužno znači i da su ustavno mogući okviri njenog delovanja oni koji se sastoje u odlučivanju o pitanjima sopstvenog identiteta (npr. simboli manjine, praznici, standardizacija jezika, itd), o pitanjima od značaja za institucije koje oličavaju NTA (sedište, simboli NTA, raspodela sredstava za njihov rad, upravljanje sopstevnom imovinom, itd), kao i u vezi sa održavanjem i razvojem sopstvene kulture, što se može ogledati u stvaranju sopstvenih kulturnih ustanova i raspoređivanju sredstava iz javnih izvora za rad postojećih kulturnih ustanova. Međutim, šira upravna ovlašćenja koja znače da etnička NTA ima i elemente funkcionalne autonomije⁶¹ nisu prihvaćena u uporednom pravu.

Etnički zasnovana funkcionalna autonomija ima značajna ustavna ograničenja i inherentnu antinomiju. Ona može da znači konflikt dva modela autonomije – obične funkcionalne i etnički zasnovane funkcionalne autonomije. Ukoliko etnički zasnovana funkcionalna autonomija podrazumeva preuzimanje i vršenje upravljačkih prava nad ustanovama koje je osnovala država, ili neki drugi nivo javne vlasti, utoliko se postavlja pitanje kriterijuma na osnovu kojih će se takvo preuzimanje izvršiti i subjekta koji je vlastan da „izmeri“ etničku komponentu u javnim ustanovama. Nesumnjivo, takav model u sebi nosi opasnost etničke getoizacije vršenja javnih službi. Najzad, ali ne i najmanje važno, široka upravna ovlašćenja koja NTA približavaju karakteru državnog organa, kao što to pokazuje primer Mađarske, podrazumevaju i izraženiju kontrolu od strane centralnih vlasti, što je suprotno samom pojmu autonomije.

Literatura

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

Đurić, V. (2012). Izbori i delotvorno češće nacionalnih manjina u javnim poslovima. U O. Nikolić, V. Đurić (ur.), *Izbori u domaćem i stranom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

61 Uz izuzetak Mađarske i Srbije

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

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

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

Krivokapić, B. (2004). *Zaštita manjina u međunarodnom i uporednom pravu*, Zaštita manjina u nacionalnim porecima država, knj.3. Beograd .

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

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

Marković, P. (1995). *Ustavno pravo i političke institucije*. Beograd: Službeni glasnik.

Mitrović, D. (2003). Autonomija kao pojam i oblik, O smislu, vrstama i domašajima autonomije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Vol.51. Br.3-4. 417-440.

Murgel, J. (2002). Položaj manjina u pravnom sistemu Slovenije, U *Demokratija i nacionalne manjine*, Beograd.

Nikolić, P. (1994). *Ustavno pravo*, Beograd: Službeni list SRJ.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vladimir Đurić, LL.D.

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

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

Summary

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

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

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

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.91/.95(4-672EU)

Rad primljen: 08.10.2013.
Rad prihvaćen: 17.11.2013.

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

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

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

1. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1 General remarks

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 Party autonomy concerning the language of service of documents?

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ The decision of the Austrian Supreme court dated 16.6.1998.

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

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

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

3.4. Translation of annexes to a document?

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

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

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

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

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

4. Service abroad – is it necessary at all?

4.1 Fictitious domestic service instead of service abroad

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

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

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

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

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

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

4.2 The CJEU judgment in the *Alder* case

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

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

27 Art. 146 of the Civil Procedure Act.

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

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

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

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

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

30 *Krystyna Alder and Ewald Alder v. Sabina Orlowska and Czeslaw Orlowski*, C-325/11, *Adler*, 19 December 2012.

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

32 *Krystyna Alder and Ewald Alder v. Sabina Orlowska and Czeslaw Orlowski*, C-325/11, *Adler*, 19 December 2012, Para. 22

33 *Ibid*, Para. 24.

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

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

34 Ibid, Para. 27.

35 Ibid, Para. 35.

36 Ibid, Para. 40.

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

38 Ibid, Para. 77.

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

4.3 Some critical remarks

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

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

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

41 Ibidem.

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

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

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

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

5. Conclusion

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

References

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

Swiss Law Feature. in: Besson & Hotellier & Werro (Ed.). *Human Rights in the Centre*. Zurich: Schulthess. 73-101.

Lindacher, W. (2001). Europäisches Zustellungsrecht, *Zeitschrift für Zivilprozess*. Vol.114. 179–195.

Mankowski, P. (2009). Übersetzungserfordernisse und Zurückweisungsrecht des Empfängers im europäischen Zustellungsrecht. *IPRax*. Vol. 2. 180–183.

Permanent bureau of the HCPIIL. (2006). *Practical handbook on the operation of the Hague convention of 15 November 1965 on the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters*. 3rd Ed. Den Haag.

Rauscher, T. (2010). Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EG-VollstrTitelVO. EG-MahnVO. EG-BagatellVO. EG-ZustVO2007. EG-BewVO. EG-InsVO. München: Seillier.

Rosenberg, L., Schwab, K.H., Gottwald, P. (2004). *Zivilprozess*, 16. Aufl. München: Beck Verlag.

Schlosser, P. (2003). *EU-Zivilprozessrecht*. 2. Aufl. München: Beck Verlag.

Schlosser, P. (2007). Zustellung und Zustellungersatz durch Parteieinverständnis? in: *Studia in Honorem Pelayia Yessiou-Faltsi*, Athens. 611-623.

Ude et al. (2005). *Pravdni postopek – zakon s komentarjem*. 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba in ČZ Uradni list.

Dr Aleš Galič,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Ljubljani, Slovenija

Dostavljanje akata u inostranstvu u građanskim i trgovinskim stvarima: od Haške konvencije do Uredbe EU 1393/2007

Rezime

Zaštita nacionalnog suvereniteta nije više glavna briga u sistemu dostave sudskih i vansudskih akata u inostranstvu. Sve veći značaj dobija zaštita fundamentalnih prava i legitimnih očekivanja procesnih stranaka, pri čemu se mora postići adekvatna ravnoteža između suprotstavljenih vrednosti. U tom kontekstu, Uredba EU 1393/2007 jača garancije koje se odnose na upotrebu jezika. S druge strane, uvođenjem standarda u pogledu "jezika koji adresat razume", ova Uredba donekle snižava zahteve koji su primenjeni u tradicionalnim režimima dostave sudskih i vansudskih akata u inostranstvu. U načelu, ovaj novi pristup može biti imati svoje prednosti ali u praksi prouzrokuje brojne teškoće, što ne doprinosi pravnoj sigurnosti i predvidivosti. Isto važi i za odstupanje Suda pravde Evropske unije od tradicionalnog stava da su države slobodne da implementiraju različite metode, što praktično čini dostavljanje u inostranstvu nepotrebnim.

Ključne reči: dostava akata u inostranstvu, građanski postupak, pravo EU, jezik sudskih dokumenata, sudska saradnja.

Dr Mirko Živković,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.96:347.615](497.11)

Rad primljen: 09.10.2013.
Rad prihvaćen: 13.11.2013.

O PRIMENI HAŠKOG PROTOKOLA O MERODAVNOM PRAVU ZA OBAVEZE IZDRŽAVANJA U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE¹

Apstrakt: Republika Srbija je 2013. godine ratifikovala Haški protokol o merodavnom pravu za obavezu izdržavanja (2007). Njime su derogirane odgovarajuće kolizionne norme sadržane u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (1982) i otvoreno pitanje sudbine takvih normi sadržanih u dvostranim međunarodnim ugovorima čija je strana ugovornica naša država. Pored toga, njime je izvršena i unifikacija kolizionnih normi o izdržavanju u odnosu na najveći broj država članica Evropske unije. U članku su izložena osnovna rešenja iz Protokola i ukazano na određene probleme koji se u praksi naših sudova mogu pojaviti prilikom njegove primene.

Ključne reči: izdržavanje, merodavno pravo, Haški protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja.

1. Uvod

Republika Srbija nalazi se u fazi izgradnje potpuno novog sistema međunarodnog privatnog prava. S jedne strane, rad na donošenju novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu primiće se kraju i njegovo stupanje na snagu treba očekivati u toku 2014. godine. S druge strane, naša država postaje sve aktivnija članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo i drugih međunarodnih organizacija, promišljeno pristupajući pojedinim konvencijama donetim u njihovom okrilju. Na taj način, kombinujući najnovija dostignuća u uporednom

¹ paklestica@yahoo.fr

Ovaj članak je rezultat rada na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ Pravnog fakulteta u Nišu koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije (evidencioni broj 179046).

međunarodnom pravu i međunarodnom privatnom pravu Evropske unije (ugrađenim u novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu) sa pristupanjem značajnim višestranim konvencijama, Republika Srbija nalazi se na pragu stvaranja sopstvenog modernog sistema međunarodnog privatnog prava.² Jedan od poslednjih međunarodnih instrumenata koji je sa tom namerom uveden u naš pravni sistem jeste Haški protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja iz 2007. godine. Njegovom ratifikacijom kolizionne norme o obavezi izdržavanja u našem međunarodnom privatnom pravu izjednačene su (skoro u potpunosti) sa kolizionim normama koje u ovoj oblasti primenjuju države članice Evropske unije.

Republika Srbija je aprila 2012. godine potpisala Haški protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (2007), a Narodna skupština je 05. februara 2013. godine usvojila Zakon o potvrđivanju Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (2007).³ Aprila 2013. godine Republika Srbija je deponovala instrumente o ratifikacije Protokola depozitaru, Ministarstvu inostranih poslova Kraljevine Holandije. Prema članu 25. Protokola, on stupa na snagu prvog dana meseca koji sledi posle isteka roka od tri meseca nakon deponovanja *drugog* instrumenta o ratifikaciji. *S obzirom da je Protokol aprila 2010. godine već ratifikovala i Evropska unija, to znači da Protokol stupa na snagu 1. avgusta 2013. godine.*

2. Primena Protokola

a) *Vremensko važenje* (važenje *ratione temporis*) – Odredbe Protokola primenjuju se samo na izdržavanje koje je zatraženo u državi članici *za period* posle njegovog stupanja na snagu u toj državi (*a contratio* član 22 Protokola).⁴ Drugim rečima, one se neće primenjivati na potraživanja koja se odnose na period pre njegovog stupanja na snagu čak i ako postupak bude pokrenut posle njegovog stupanja na snagu. Obrnuto, odredbe Protokola će biti primenjivane i ako je postupak pokrenut pre njegovog stupanja na snagu, ali se radi o budućim potraživanjima koja se odnose na period posle njegovog stupanja na snagu.

2 Po mom mišljenju, budući razvoj međunarodnog privatnog prava biće zasnovan upravo na kombinaciji savremenog nacionalnog sistema MPP-a (koji će u dobroj meri biti harmonizovan sa sistemima MPP-a drugih država, odnosno koji neće patiti od viška autonomne originalnosti) sa značajnim višestranim konvencijama, pre svega haškim. Dvostrani međunarodni ugovori će izgubiti na značaju i postati sredstvo za uređenje specifičnih odnosa između država (npr. olakšane primene nekog višestranog ugovora ili samo regulisanja nekih posebnih pitanja).

3 *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, broj 1/2013. O radu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo na donošenju Protokola v. Bordaš, Đundić, 2013: 134-136.

4 Član 22 glasi: „Ovaj protokol se ne primenjuje na izdržavanje zatraženo u državi članici za period pre stupanja na snagu u toj državi“.

b) *U pogledu predmeta* (važnje *ratione materiae*) – Odredbe Protokola primenjuju se prilikom određivanja merodavnog prava za sve vrste izdržavanja (između roditelja i dece, između ostalih srodnika, supružnika i bivših supružnika, kao i između vanbračnih partnera⁵). Dakle, bez obzira o kojoj vrsti izdržavanja, odnosno o kojim licima jer reč, merodavno pravo se određuje prema ovom Protokolu. Možda ne najelegantnije, ali prilično nedvosmisleno, ovu ideju izražava stav 1 člana 1 Protokola.⁶ Pritom, odluka o izdržavanju koja bi bila doneta primenom Protokola (npr. da prema merodavnom pravu dužnik treba da plaća izdržavanje poveriocu) ne utiče na *postojanje* nekog od odnosa navedenih u stavu 1 člana 1 Protokola koji predstavlja pravni osnov obaveze izdržavanja.

v) *Princip univerzalne primene* – U članu 2 Protokola predviđeno je pravilo po kome se njegove odredbe primenjuju (čak) i ako je merodavno pravo neke države koja nije članica Protokola. To znači da su norme sadržane u Protokolu opšteg karaktera i da se primenjuju kao deo našeg međunarodnog privatnog prava, nezavisno od toga da li je u konkretnom slučaju odnos izdržavanja povezan sa pravom države članice ili nečlanice Protokola. Zbog toga, njegove odredbe derogiraju norme o određivanju merodavnog prava za izdržavanje sadržane u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja.

g) *„Izuzetak“ od pravila univerzalne primene* – Odredbe Protokola ipak neće biti primenjene u jednom slučaju. Reč je o situaciji kada između naše države i odnosne strane države postoji važeći međunarodni ugovor koji sadrži kolizionne norme za izdržavanje. Član 19 Protokola, koji govori o „koordinaciji s drugim instrumentima“, u tom slučaju daje prednost kolizionnim normama sadržanim (u najčešće dvostranom) međunarodnom ugovoru). Naravno, pitanje je sa kojim državama imamo zaključen dvostrani ugovor koji sadrži kolizionne norme o izdržavanju? Lista je sledeća: Bugarska – član 38 stav 1;⁷ Grčka – član 22 stav

5 Vanbračni partneri nisu izričito navedeni u Protokolu. Međutim, u pripremnim radovima i kasnijim komentarima jasno su učinjene preporuke da odredbama Protokola bude obuhvaćeno i pitanje izdržavanja vanbračnih partnera (mada je u krajnjoj liniji to prepušteno unutrašnjem zakonodavstvu država članica). U tom smislu Bonomi, 2013: 45. U našem pravu, odredbe Protokola treba primenjivati i kada je reč o izdržavanju vanbračnih partnera imajući u vidu odredbu stava 2 člana člana 152 Porodičnog zakona, *Sl. glasnik RS*, 18/2005 i 72/2011, koji predviđa da se „Na izdržavanje vanbračnog partnera shodno (...) primenjuju odredbe ovog zakona o izdržavanju supružnika“.

6 Stav 1 člana 1 glasi: „Ovaj protokol određuje merodavno pravo za obaveze izdržavanja koje proističu iz porodičnih odnosa, krvnog srodstva, braka ili tazbinskog srodstva, uključujući obaveze izdržavanja deteta, bez obzira na bračni status njegovih roditelja.“

7 Ugovor o uzajamnoj pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i NR Bugarske (1956) – (*Sl. list FNRJ – dodatak*, 1/1957).

1;⁸ Mađarska – član 27 stavovi 1-4, član 32 (deca i roditelji), član 34 (braća i sestre, krvni srodnici u pravoj ushodnoj i nishodnoj liniji);⁹ Poljska – član 26, 28;¹⁰ Rumunija – član 23 stavovi 1-3 i član 26;¹¹ Slovačka i Češka – član 24 stavovi 1-3 i član 28 stav 3;¹² Francuska – član 5, član 8, član 10 i član 11 stav 2 i stav 4.¹³

Osim ovih država, članica Evropske unije, kolizione norme o izdržavanju sadržane su i u pojedinim dvostranim ugovorima koje je naša zemlja zaključila sa državama koje nisu članice Evropske unije. Reč je o sledećim ugovorima: Rusija (i Ukrajina) – član 27¹⁴ i Mongolija – član 30 i član 34 stav 1 i stav 3.¹⁵

U vezi sa ovim „izuzetkom“ od pravila univerzalne primene odredaba Protokola, treba učiniti dve napomene. *Prva* se odnosi na okolnost da u navedenim dvostranim ugovorima nisu predviđene kolizione norme za sve vrste izdržavanja (npr. sa Bugarskom i Grčkom uređeno je samo pitanje izdržavanja vanbračnog deteta od strane oca, a sa Poljskom i Rumunijom - izdržavanje između supružnika za vreme trajanja braka i izdržavanje između roditelja i dece). To praktično znači da na ta pitanja treba primeniti odredbe dvostranog ugovora, a na ostala, koja nisu njime regulisana, odredbe Haškog protokola. Dakle, u svakom pojedinom slučaju, kada je odnos vezan sa nekom od navedenih država treba pažljivo utvrditi o kojoj vrsti izdržavanja je reč i posle toga razmotriti koja su pitanja regulisana dvostranim ugovorom (i ako jesu - tada primeniti njegove norme, a ukoliko nisu – primeniti norme Protokola). *Druga* napomena, tiče se mogućnosti ukidanja ovog izuzetka. Kako je predviđeno stavom 1 člana 19, on će se primenjivati, osim ukoliko države ugovornice (dvostranih) međunarodnih

8 Konvencija o uzajamnim pravnim odnosima između FNR Jugoslavije i Kraljevine Grčke (1959) – (Sl. list FNRJ – dodatak, 7/1960).

9 Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između SFR Jugoslavije i NR Mađarske (1968) sa izmenama i dopunama (1986) – (Sl. list SFRJ – dodatak br.3/1968; izmene i dopune – Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori, 1/1987).

10 Ugovor o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i NR Poljske (1960) – (Sl. list FNRJ – dodatak, 5/1963).

11 Ugovora o pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i Rumunske Narodne Republike (1960) – (Sl. list FNRJ – dodatak, 8/1961).

12 Ugovor o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Čehoslovačke SR (1964) – (Sl. list SFRJ – dodatak, 13/1964).

13 Konvencija o nadležnosti i zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava između SFR Jugoslavije i Francuske Republike (1971) – (Sl. list SFRJ, 55/72).

14 Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i SSSR (1962) – (Sl. list FNRJ, dodatak, 5/1963)

15 Ugovor o pružanju pravne pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Mongolske Narodne Republike (1981) – (Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori, 7/1982).

ugovora nisu dale, odnosno ne budu dale drugačiju izjavu o tome. To znači, na primer, da naša država i države članice Evropske unije mogu dati izjavu da će ubuduće primenjivati odredbe Protokola, a ne dvostranih ugovora. Takve izjave još nisu date, mada je logično očekivati razvoj događaja u tom pravcu. Pored toga, moguć je i jednostavniji način, izostavljanjem kolizionih normi o izdržavanju prilikom izmena postojećih dvostranih ugovora (kakav je na primer, sada slučaj sa Slovačkom). Pritom, o svim budućim izmenama u pogledu važenja normi dvostranih ugovora i odredaba Protokola trebalo bi da sudovi budu blagovremeno obavestavani. U međuvremenu, između naše zemlje i ovih država, postojaće dupli kolosek po pitanju merodavnog prava u materiji izdržavanja, kao što je već objašnjeno. Svakako da ovakvo cepanje merodavnog prava nije dobro rešenje budući da stvara probleme u praksi. Zato ga aktivnošću Ministarstva pravde i Ministarstva spoljnih poslova treba sasvim ukloniti i sadašnju fazu tako učiniti samo privremenom, odnosno prelaznom fazom ka potpunoj primeni Protokola.

3. Osnovna kolizionna rešenja (članovi 3-8)

Osnovna rešenja o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja sadržana su u članovima 3-8 Protokola. Član 3 predviđa „opšte pravilo o merodavnom pravu“, a naredna tri člana predviđaju „posebna pravila“: član 4 - „posebna pravila u korist pojedinih poverilaca“, član 5 - „posebna pravila za supružnike i bivše supružnike“ i član 6 - „posebna pravila o odbrani“. Na kraju, članovi 7 i 8 govore o autonomiji volje, odnosno o izboru merodavnog prava koji mogu izvršiti poverilac i dužnik izdržavanja.¹⁶

3.1. Opšte pravilo

Opšte pravilo iz člana 3 za obaveze izdržavanja nalaže primenu prava države *uobičajenog boravišta poverioca*.¹⁷ U vezi sa tim, dve napomene. *Prvo*, pojam

¹⁶ Ovakva sistematizacija, iako se na prvi pogled čini koherentnom, ipak nije dovoljno jasna i pregledna i sigurno ne olakšava primenu Protokola. Naime, opšte pravilo iz člana 3 veoma često neće biti primenjeno, a gotovo u svakom slučaju biće potrebno ispitivati mogućnosti za njegovu primenu. Drugim rečima, u zavisnosti od konkretne situacije, posebna pravila iz članova 4-6 i još pre, autonomija volje iz članova 7 i 8 načelno imaju prednost u primeni u odnosu na član 3 Protokola (predviđajući drugačije tačke vezivanja). Zato sudije, prilikom određivanja merodavnog prava, zapravo moraju voditi računa o odredbama Protokola suprotno brojevima članova, odnosno krenuti unazad: najpre, moraju videti kakva je situacija sa autonomijom volje (čl.7-8), zatim sa posebnim pravilima (čl.4-6) i na kraju sa opštim pravilom iz člana 3.

¹⁷ Uz to je korisnom odredbom stava 2 člana 3 izbegnut problem mobilnog sukoba zakona tako što je za slučaj promene uobičajenog boravišta poverioca – predviđeno da se primenjuje pravo držve novog uobičajenog boravišta od trenutka promene.

uobičajenog boravišta nije definisan u Protokolu (uostalom, nije ni u jednoj Haškoj konvenciji koja ga upotrebljava). Zbog toga bi sudije (u početku) trebalo da koriste odredbu iz Nacrta našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu koja određuje pojam uobičajenog boravišta fizičkog lica.¹⁸ S tim u vezi, međutim, sudije bi trebalo da budu posebno obazrive kada je reč o utvrđivanju uobičajenog boravišta deteta.¹⁹ Kasnije, praćenjem primene Protokola u drugim državama članicama i učešćem u radu specijanih komisija Haške konferencije, ustanoviće u kom se smeru definiše ovaj pojam kao autonomni pojam Protokola (samo za svrhu primene Protokola). *Drugo*, određivanje merodavnog prava vezuje se za uobičajeno boravište *poverioca*, što omogućava da se postojanje i iznos izdržavanja utvrde i odrede prema pravu države u kojoj tražilac izdržavanja živi. Takvo rešenje u skladu je sa idejom da će poverilac sredstva dobijena na ime izdržavanje koristiti za život u pravnom i društvenom okruženju konkretne države, one u kojoj živi i obavlja određene aktivnosti (Bonomi, 2013: 207-208).

Tvorci Protokola, međutim, bili su svesni da opšte rešenje iz člana 3 ponekad može favorizovati poverioca samo na *apstraktan* način (određivanjem primene prava države njegovog uobičajenog boravišta, ali da u pojedinom *konkretnom* slučaju može biti nepovoljnije u odnosu na primenu prava druge države sa kojom je odnos takođe povezan).

3.2. Posebna pravila za pojedine kategorije poverilaca

Zbog toga su u članu 4 Protokola, *najpre*, odredili krug lica (te time i vrste izdržavanja), a *zatim*, i posebne (dodatne) kolizione norme koje za ta lica važe pored odredbe iz člana 3 Protokola. Na taj način, oformili su *krug privilegovanih poverilaca* tj. lica koja imaju više mogućnosti za ostvarivanje izdržavanja – ne samo prema pravu države na čiju primenu ukazuje opšte pravilo iz člana 3, već i prema pravu drugih država, izričito navedenih u posebnim kolizionim normama. Naravno, dalje se postavljaju dva pitanja: koji je to krug lica u čiju korist su predviđene posebne norme (1) i koje su to norme, odn. šta one predviđaju (2).

18 Prema poslednjoj verziji Nacrta novog ZMPP, pojam uobičajenog boravišta, u delu koji je relevantan za izdržavanje, određen je u članu 5 st. 1 i 2 na sledeći način:

Uobičajeno boravište fizičkog lica

Član 5.

„Uobičajenim boravištem fizičkog lica smatra se mesto u državi u kojoj se nalazi centar njegovih životnih interesa i u kojoj uobičajeno boravi, bez obzira da li je njegov boravak upisan u evidenciju nadležnog organa i nezavisno od dozvole boravka ili nastanjenja.

U cilju određivanja uobičajenog boravišta u smislu stava 1 ovog člana, uzimaju se u obzir sve okolnosti lične ili poslovne prirode koje ukazuju na trajnije veze sa ovom državom ili na nameru da se takve veze zasnaju.“

19 Za pojam uobičajenog boravišta deteta, v. Marjanović, 2013: 403 (fusnota).

(1) *Prema stavu 1 člana 4*, radi se o obavezi izdržavanja: a) roditelja prema deci, b) dece prema roditeljima i v) lica koji nisu roditelji prema licima mlađim od 21 godine (na primer, izdržavanje između brata i sestre, izdržavanje unuka, izdržavanje pastorka i dr., gde je u svim slučajevima poverilac izdržavanja mlađi od 21 godine). Iz ovog kruga lica *izričito su isključeni* supružnici i bivši supružnici ukoliko bi jedan od njih imao manje od 21 godine, s obzirom da posebna pravila o njihovom izdržavanju sadrži član 5 Protokola.

(2) Kada je reč o posebnim normama, predviđena su sledeća rešenja:

a) *Prema stavu 1 člana 4*, ako poverilac ne može da ostvari izdržavanje na osnovu člana 3 Protokola (prema pravu države svog uobičajenog boravišta), primeniće se pravo države suda (*lex fori*). Na primer, ukoliko naš državljanin sa uobičajenim boravištem u inostranstvu ne može pred našim sudom da ostvari izdržavanje prema stranom pravu (države svog uobičajenog boravišta, merodavnom na osnovu člana 3 Protokola), primeniće se odredbe našeg prava kao *lex fori*.

b) *Prema stavu 3 člana 4*, ako je poverilac pokrenuo postupak za ostvarivanje izdržavanja pred sudom uobičajenog boravišta *dužnika*, primeniće se pravo države suda, a ne opšte pravilo iz člana 3. Drugim rečima, primeniće se pravo države uobičajenog boravišta dužnika (koje ovde koincidira sa *lex fori*), a ne pravo države poverioca. Razlog tome je što su, polazeći od principa *in favorem creditoris*, autori Protokola smatrali da je poverilac imao poseban razlog da pokrene postupak pred sudom uobičajenog boravišta dužnika (npr. znatno teže može ostvariti pravo na izdržavanje prema pravu države svog uobičajenog boravišta). Međutim, ukoliko je poverilac bio pogrešno obavešten i ne može da ostvari izdržavanje po pravu države suda (tj. uobičajenog boravišta dužnika), sada naknadno „oživljava“ opšti princip iz člana 3 Protokola i primenjuje se pravo države uobičajenog boravišta poverioca (Bonomi, 2013: 39).

v) *Prema stavu 4 člana 4*, privilegovanim poveriocima data je još jedna koliziona alternativa kako bi uspeli u ostvarivanju izdržavanja. Naime, ukoliko ne mogu ostvariti izdržavanje prema članu 3 Protokola, niti prema stavovima 2 i 3 člana 4 Protokola, primeniće se, ukoliko postoji, pravo zajedničkog državljanstva poverioca i dužnika. Pritom, ukoliko jedan ili oba imaju dva ili više državljanstava, ne treba primenjivati pravila o rešavanju pozitivnog sukoba državljanstva (princip isključivosti domaćeg državljanstva, odnosno, utvrđivati efektivno državljanstvo ako su oba strana), već samo primeniti pravo države zajedničkog državljanstva (npr. ako poverilac ima holandsko i francusko, a dužnik srpsko i holandsko državljanstvo, treba uzeti da imaju zajedničko holandsko državljanstvo) (Bonomi, 2013: 49). Takvo tumačenje je u skladu s principom *favor creditoris* koji predstavlja lajtmotiv Protokola uopšte.

Međutim, ako se pokrene postupak za izmenu odluke o izdržavanju privilegovanog poverioca, primena ovog kaskadnog sistema zavisi od toga da li izmenu traži poverilac ili dužnik. Ako poverilac pokreće postupak, kaskadni sistem funkcioniše na sledeći način: a) uobičajeno boravište poverioca, b) *lex fori*, v) *lex nationalis communis*. Ukoliko, takođe, poverilac podnosi tužbu sudu Srbije, ali se ispostavi da dužnik ima uobičajeno boravište u Srbiji, onda se lestvica menja: a) *lex fori*, b) uobičajeno boravište poverioca, v) *lex nationalis communis*. Nasuprot tome, ukoliko dužnik podnosi tužbu sudu Srbije, bez obzira da li u njoj ima ili nema uobičajeno boravište, merodavno pravo bi *uvek* pratilo sledeću lestvicu: a) najpre, uobičajeno boravište poverioca, pa tek onda b) *lex fori*, i naposletku v) *lex nationalis communis*. Razlog je taj što pravo države suda postaje prvo u hijerarhijskoj lestvici samo onda kada *poverilac* podnosi tužbu prema uobičajenom boravištu dužnika, bez obzira da li tek treba odlučiti o izdržavanju ili se traži izmena odluke. Nasuprot tome, ako je reč o izmeni odluke o izdržavanju ostalih poverilaca, određivanje merodavnog prava nema ovakvih osobenosti.

U članu 5 Protokola sadržano je posebno pravilo kojim se uređuje izdržavanje između *supružnika u toku trajanja braka i bivših supružnika*. Naime, na obavezu izdržavanja između supružnika, razvedenih supružnika ili lica čiji je brak poništen u načelu se primenjuje opšte pravilo iz člana 3 Protokola. Međutim, ono neće biti primenjeno ukoliko su ispunjena (kumulativno) dva uslova: *prvi*, da se primeni člana 3 protivi jedna od stranaka i *drugi*, da je pravo neke druge države, a naročito države njihovog poslednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta, u bližoj vezi sa brakom. Dakle pravilo o najbližoj vezi (kao neka vrsta klauzule odstupanja) kombinovano sa protivljenjem jedne od stranaka da bude primenjeno opšte pravilo iz člana 3, dovodi do toga da na se na izdržavanje u ovom slučaju primenjuje pravo te druge države koja je u bližoj vezi sa brakom (uz isključenje primene člana 3). ne radi zaštite poverioca nego usled pravila o najbližoj vezi. Ova vrsta izdržavanja ne spada u kategoriju privilegovanih, a isto tako se razlikuje od opšteg sistema jer sadrži posebna pravila. Moglo bi se reći da je reč o *sui generis* režimu izdržavanja. Pritom, ova pravila se ne bi mogla tumačiti kao favorizujuća jer se odstupanje od osnovne kolizione norme primenjuje ne radi zaštite poverioca, već usled pravila o najbližoj vezi. *Mutatis mutandis*, naš sudija bi ovo pravilo trebalo da primenjuje i na izdržavanje vanbračnog partnera.²⁰

20 Videti fusnotu br. 5.

3.3. Zaštita dužnika

Član 6 Protokola sadrži *posebna pravila o odbrani*. Ideja ovog člana je da u određenoj meri uravnoteži razlike koje postoje u nacionalnim sistemima država kada je reč o pojedinim vrstama izdržavanja. Na primer, neke države ne dozvoljavaju izdržavanje između tazbinskih srodnika ili između braće i sestara ili drugih pobočnih srodnika ili srodnika u pravoj ushodnoj liniji (u nekom daljem stepenu srodstva), dok druge dopuštaju tu mogućnost. Otuda je u članu 6 Protokola pružena izvesna zaštita dužniku izdržavanja u ovim situacijama propisivanjem „posebnog pravila odbrane“, odnosno pravila koja ga, u načelu, ovlašćuju da se pozove na nepostojanje određene vrste izdržavanja.²¹ Analiza ovog člana pokazuje sledeće:

Prvo, ova pravila o odbrani mogu se koristiti kod svih vrsta izdržavanja, *osim* u dva slučaja - članom 6 *izričito su isključeni izdržavanje dece od strane roditelja* (ali ne i izdržavanje roditelja od strane dece!) i *izdržavanje supružnika, bivših supružnika ili lica čiji je brak poništen*. U ovom poslednjem slučaju, kada je reč o izdržavanju između bivših supružnika, isključenje pravila o odbrani važno bi i u pogledu *vanbračnih partnera*.²²

Drugo, da bi dužnik s uspehom koristio ovo pravo odbrane, potrebno je da obaveza izdržavanja *ne postoji* ni prema pravu države uobičajenog boravišta dužnika ni prema pravu zajedničkog državljanstva poverioca i dužnika, ukoliko ga imaju. Međutim, ukoliko poverilac i dužnik nemaju zajedničko državljanstvo, dužnik se oslobađa obaveze izdržavanja ukoliko ona ne postoji samo po pravu države njegovog uobičajenog boravišta.

Treće, mehanizam delovanja pravila o odbrani se sastoji u sledećem: sud najpre primenjuje član 3 Protokola (npr. izdržavanje između tazbinskih srodnika ili između braće i sestara ili drugih pobočnih srodnika ili srodnika u pravoj ushodnoj liniji ili član 4 (npr. ako se radi o obavezi izdržavanja deteta prema roditelju ili lica koje nije roditelj ili supružnik prema licu mlađem od 21 godine) i *na osnovu merodavnog prava utvrđuje postojanje obaveze izdržavanja* (npr. na osnovu prava države uobičajenog boravišta poverioca ili prava države suda (*lex fori*). Tada se dužnik može pozvati na „pravila o odbrani“ iz člana 6, i istaći prigovor da takva obaveza ne postoji prema pravu države njegovog uobičajenog boravišta odnosno i prema pravu države zajedničkog državljanstva sa poveriocem, ukoliko ga imaju.

21 Član 6 Protokola glasi: „Osim za obaveze izdržavanja dece zasnovane na roditeljsko-dečjem odnosu, kao i za one predviđene članom 5 ovog protokola, dužnik može osporiti zahtev poverioca ističući da takva obaveza ne postoji ni prema pravu države uobičajenog boravišta dužnika ni prema pravu države zajedničkog državljanstva stranaka, ukoliko ga one imaju.“

22 Videti fusnotu br. 5.

Četvrto, iako Protokol to ne precizira, u slučaju lica sa dvostrukim ili višestrukim državljanstvom (kako je već rečeno), i ovde ne treba primenjivati pravila o rešavanju pozitivnog sukoba državljanstva, već konstatovati postojanje zajedničkog državljanstva i kao merodavno primeniti pravo te države.

3.4. Izbor merodavnog prava

Autonomija volje (izbor merodavnog prava) – Jednu od važnih novina koju predviđa Protokol tiče se mogućnosti izbora merodavnog prava od strane poverioca i dužnika obaveze izdržavanja. Pritom, pravo koje su oni izabrali ima prednost u primeni u odnosu na članove 3-6 Protokola (koji sadrže objektivne tačke vezivanja). Reč je o *ograničenoj* autonomiji volje koja mora biti *izričita*, a pored toga, dodatno je kontrolisana posebnim normama kako bi se sprečila mogućnost zloupotrebe slobode izbora, posebno na štetu poverioca izdržavanja. Ovu materiju regulišu članovi 7 i 8 Protokola. Odnos između ova dva člana je u načelu jasan, mada se ne može izbeći utisak o njihovom preklapanju u pojedinim slučajevima (kada stranke mogu da koriste mogućnosti koje pružaju i jedan i drugi član), u kojima sudovi moraju biti posebno oprezni. Problem njihove koordinacije se naročito postavlja kada se radi o licima starijim od 18 godina i sposobnim da se staraju o zaštiti svojih prava i interesa, ukoliko su izabrala neko od merodavnih prava koje im dopušta član 8, a koje koincidira sa pravom države suda.²³

Član 7 se odnosi na tzv. „procesnopravni sporazum“, odnosno na sporazum o izboru merodavnog prava za potrebe konkretnog postupka u određenoj državi, koji je poverilac upravo pokrenuo ili upravo namerava da pokrene. U tom slučaju poverilac i dužnik mogu, umesto prava merodavnog na osnovu članova 3-6, *izabrati pravo države suda (lex fori)*. Na primer, ako se radi o brakorazvodnoj parnici, supružnici se mogu informisati o pravu države suda i izabrati to pravo umesto prava merodavnog na osnovu člana 3 Protokola. Važno je pritom istaći da izbor merodavnog prava na osnovu člana 7 može biti učinjen *nezavisno od vrste izdržavanja (dakle, za sve vrste izdržavanja)*, ali da ima dejstvo samo za konkretan postupak za koji je izbor izvršen. Ako bi bio podnet novi zahtev u vezi izdržavanja ili zahtev za izmenu odluke o izdržavanju, isti ili drugi sud koji bi o tome odlučivao ne bi bio vezan prethodnim izborom stranaka i odredio bi merodavno pravo za obavezu izdržavanja na osnovu objektivnih tačaka vezivanja.

23 Izlaganja o tom problemu prevazilaze okvire ovog članka. Ukoliko se određene nedoumice u primeni Protokola pojave u praksi, sudije se za pomoć pri tumačenju njegovih odredaba mogu obratiti Centru za Međunarodno privatno pravo haških konvencija Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu (paklestica@yahoo.fr ili sanjamarjan@yahoo.com).

Član 8 (za razliku od člana 7) je bliži klasičnoj odredbi o izboru merodavnog prava za određeno pravno pitanje. Naime, pored odredbe o tome da izbor mora biti izvršen izričito i u pisanoj formi (što doduše predviđa i član 7), član 8 određuje širi krug merodavnih prava (njih četiri), a odmah zatim predviđa odredbe kojima se štite interesi poverioca izdržavanja.

Prema odredbama ovog člana, dakle, poverilac i dužnik mogu, ma u kom trenutku, izabrati jedno od sledećih prava: a) pravo države čije državljanstvo ima jedna od stranaka u trenutku izbora, b) pravo države uobičajenog boravišta jedna od stranaka u trenutku izbora, v) pravo koje su stranke izabrale kao merodavno za svoje imovinske odnose ili pravo koje je zaista primenjeno na ove odnose, i, konačno, g) pravo koje su stranke izabrale za svoj razvod ili rastavu ili pravo koje je zaista primenjeno na njihov razvod ili rastavu.

S druge strane, kako je rečeno, ovaj vid izbora merodavnog prava dopunjen je *zaštitnim odredbama*. One govore o tome kada su odredbe stava 1 člana 8 Protokola o izboru merodavnog prava isključene. Konkretno, ove odredbe se ne primenjuju: a) ako se odnose na obavezu izdržavanja lica mlađeg od 18 godina, ili b) obavezu izdržavanja odraslog lica koje zbog umanjenja ili nedostatka ličnih sposobnosti nije u stanju da se stara o zaštiti svojih interesa, odnosno v) na mogućnost odricanja poverioca od prava na izdržavanje (na koje se uvek primenjuje pravo države uobičajenog boravišta poverioca u trenutku izbora), i konačno g) ako bi to dovelo do očigledno nepravinih ili nerazumnih posledica po bilo koju od stranaka, osim ukoliko su u trenutku izbora bile potpuno obaveštene i svesne posledica izbora.

4. Druge odredbe značajne za praktičnu primenu Protokola

Pored navedenih, za primenu Protokola značajne su i odredbe i sledećih članova: a) člana 11 (obim primene merodavnog prava), b) člana 13 (javni poredak) i v) člana 14 (određivanju visine izdržavanja).

a) Član 11 Protokola sadrži vrlo korisnu odredbu *o obimu primene merodavnog prava*. U njoj se izričito navode pitanja koja se regulišu pravom koje je merodavno za obavezu izdržavanja. Na taj način, otklanja se problem kvalifikacije (npr. da li je neko pitanje procesnog karaktera ili ne iz čega prozilazi dilema da li ga treba regulisati prema pravu države suda ili pravu merodavnom za izdržavanje). Ovakve odredbe, koje se sve češće koristi i u nacionalnim kodifikacijama (i u našem Nacrtu novog ZMPP-a) i u međunarodnim ugovorima, u značajnoj meri olakšavaju posao sudiji jer izričito navode širok krug pitanja koja se uređuju pravom na koje ukazuju kolizione norme iz Protokola. Pritom treba primetiti, da sintagma „između ostalog“ ukazuje da enumeracijom nisu obuhvaćena *sva* pitanja (već najčešća i najvažnija), tako da merodavno pravo može regulisati

i neka druga pitanja koja nisu izričito navedena. Odluka o tome koja su to još pitanja je na sudiji koji postupa u konkretnoj pravnoj stvari.

b) Član 13 Protokola predviđa ustanovu javnog poretka. Upotrebljena je već standardna restriktivna formulaciju – primena stranog prava, merodavnog na osnovu odredaba Protokola, može biti odbijena *samo u obimu* u kome su njegova *dejstva očigledno* suprotna javnom poretku države suda. O ovoj odredbi sudije treba da vode računa prilikom određivanja merodavnog prava, s obzirom da ona predstavlja poslednje sredstvo za korekciju ishoda spora. Ovoj ustanovi treba izuzetno pribegavati i pažljivo je tumačiti. Pritom, sama okolnost da naše pravo ne poznaje određeni porodični odnos, ne znači da automatski treba odbiti mogućnost ostvarivanja izdržavanja. Na primer, ako se radi o zahtevu za izdržavanje više supruga iz poligamnog braka, njihovi zahtevi nisu suprotni našem javnom poretku iako naše pravo priznaje sam monogamni brak. Isto tako, na sudskoj praksi je da se odredi prema zahtevima za izdržavanje poteklih od partnera iz istopolonih zajednica i pruži odgovor na pitanje da li je u takvim slučajevima povređen ili ne naš javni poredak.

v) Član 14 Protokola sadrži veoma značajnu supstancijalnu odredbu koja se odnosi na određivanje visine izdržavanja. Njen značaj je u tome što se ona primenjuje bez obzira na to kako merodavno pravo – bilo *domaće ili strano* – određuje visinu izdržavanja. Prema ovoj odredbi, prilikom određivanja visine izdržavanja, uzimaju se u obzir potrebe poverioca i prihodi dužnika, *kao i svaka naknada data poveriocu umesto periodičnog plaćanja izdržavanja*, čak i ako merodavno pravo predviđa drugačije. Upoređujući ovu odredbu sa članom 160 našeg Porodičnog zakona (2005), zapažamo da u Porodičnom zakonu nema rečenice „...kao i svaka naknada data poveriocu umesto periodičnog plaćanja izdržavanja“. Ta rečenica predstavlja novinu koja je u tekst Protokola uneta na insistiranje delegacije Evropske unije.²⁴ Njen cilj je da onemogući da lice (npr. supružnik posle razvoda) dobije izdržavanje ili veći iznos izdržavanja ukoliko mu je već isplaćen paušalni novčani iznos ili je dobio odgovarajuću vrednost u pokretnim ili nepokretnim stvarima. Ovaj sistem postoji u pojedinim državama i ima za cilj da se njime postigne potpun imovinski raskid („*clean break*“) između supružnika. Ukoliko taj sistem dođe u dodir sa pravom države koje ne poznaje ovaj mehanizam kompenzacije i po kome supružnik i dalje ima pravo na izdržavanje, stupa na scenu član 14 Protokola koji nezavisno od odredaba merodavnog prava koriguje rezultat do koga bi se inače došlo.

24 Bonomi, 2013: 69.

Literatura

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

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

Bordaš B., Đundić, P. (2013). Haški protokol o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja – najnoviji izvor međunarodnog privatnog prava Srbije. *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1(47).133-153.

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ* br. 43 (1982), br. 72 (1982) i *Službeni list SRJ*, br. 46 (1996).

Konvencija o nadležnosti i zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava između SFR Jugoslavije i Francuske Republike, *Službeni list SFRJ*, br. 55 (1972).

Konvencija o uzajamnim pravnim odnosima između FNR Jugoslavije i Kraljevine Grčke, *Službeni list FNRJ – dodatak* br.7 (1960).

Marjanović, S. (2013). Međunarodna nadležnost za sporove o izdržavanju u međunarodnom privatnom pravu Srbije. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. 65 (2013) 399-418.

Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html>

Porodični zakon, *Sl. glasnik RS*, 18 (2005) i 72 (2011).

Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, broj 1 (2013).

Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između SFR Jugoslavije i NR Mađarske (1968) sa izmenama i dopunama, *Službeni list SFRJ – dodatak* br. 3 (1968); izmene i dopune, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori* br. 1 (1987).

Ugovor o pružanju pravne pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Mongolske Narodne Republike, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* br. 7 (1982).

Ugovor o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Čehoslovačke, *Službeni list SFRJ – dodatak* br.13 (1964).

Ugovor o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i NR Poljske, *Službeni list FNRJ – dodatak* br. 5 (1963).

Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i SSSR, *Službeni list FNRJ, dodatak* br. 5 (1963).

Ugovor o pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i Rumunske Narodne Republike, *Službeni list FNRJ – dodatak* br. 8 (1961).

Ugovor o uzajamnoj pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i NR Bugarske, *Službeni list FNRJ – dodatak* br. 1 (1957).

Mirko Živković, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

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

Summary

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

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

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

Dr Slobodanka Konstantinović Vilić,
Redovna profesorka Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.9:305

Rad primljen: 30.09.2013.

Rad prihvaćen: 14.11.2013.

FEMINISTIČKA KRIMINOLOGIJA: TEORIJSKI OKVIR O RODNIM OBELEŽJIMA KRIMINALITETA¹

Apstrakt: *Feministički orijentisani autori/autorke kritikuju klasičnu kriminologiju zbog nedostaka rodne analize u sagledavanju fenomenoloških i etioloških objašnjenja kriminaliteta. Kriminološka objašnjenja kriminaliteta dugo su se zasnivala na teorijskim postavkama koje su se odnosile na muške prestupnike jer su oni preovlađivali u ukupnom broju izvršilaca krivičnih dela. Do sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog veka proučavanjem kriminaliteta su se bavili uglavnom muškarci i proučavanje kriminaliteta žena u okviru klasične kriminologije predstavljalo izuzetak, neku vrstu specifičnog kriminaliteta. Feminizam, kao značajan deo društvene, političke i filozofske misli, nije zauzimao posebno mesto u konvencionalnoj kriminološkoj literaturi. Zbog toga su mnoga kriminalna ponašanja čije su žrtve žene ostala van kriminoloških proučavanja ili su proučavana na način koji je odgovornost prenosio na žrtvu, često više okrivljujući nju nego učinioca za ono što joj se dogodilo (silovanje, seksualno uznemiravanje na radnom mestu, nasilje u braku i porodici). Cilj ovog rada je da ukaže na razvoj feminističke kriminologije, osnovna teorijska objašnjenja vezana za rodni pristup kriminalitetu i doprinos feminističke kriminologije drugačijem, nestereotipnom sagledavanju kriminaliteta zasnovanom na istraživanju značenja i prirode rodnih relacija.*

Ključne reči: *feminizam, kriminologija, rodni pristup, kriminalitet, kriminalizacija, viktimizacija.*

1 boba411@gmail.com

Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske Unije“ br.01-1523/24-2013 od 4.7.2013. koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013-2018. godine.

1. Uvod

U radu Kristine Vilijams (Williams, 2000:9) akademski feminizam je opisan kao „opšti pristup razumevanju statusa žena u društvu“. Uprkos različitim teorijskim stavovima, svi feministički orijentisani autori/autorke imaju isti cilj izučavanja: razumevanje uzroka rodne neravnopravnosti i zastupanje pokreta za osnaživanje žena. U okviru feminističke kriminologije posebno se razmatraju teorijski okviri rodne neravnopravnosti i drugih neravnopravnosti, koje proizilaze iz pripadanja određenoj rasi, nacionalnosti, klasi ili godinama. Za razliku od mainstream kriminoloških analiza kriminaliteta žena, feminističke kriminološke analize, pored kriminoloških teorija kriminaliteta, imaju kao polaznu tačku teorije roda i kritički pristup rodnim životnim situacijama žena i muškaraca (Daly, 1998:86).

Jedinstvena definicija feminističke kriminologije ne postoji zbog toga što je nemoguće obuhvatiti širok spektar pitanja koja ona izučava. Jedna od prvih definicija ukazivala je na to da se feministička kriminologija odnosi na onaj deo kriminološkog istraživanja i teorije koje izučavanje kriminaliteta i krivičnog pravosuđa posmatra u okviru društvenih stavova sistemski oblikovane rodnim odnosima (Miller, Mullins, 2006:217). U svom poznatom radu „Feminizam i kriminologija“ Daly i Chesney-Lind (Daly, Chesney-Lind, 1988:504) pišu o „rodno svesnoj kriminologiji“, naglašavaju značaj primene feminističkog diskursa na kriminološke analize i navode pet obeležja koji feminističku kriminologiju razlikuju od tradicionalnog kriminološkog pristupa. Najpre se polazi od konstatacije da rod nije prirodna činjenica, već kompleksan društveni, istorijski i kulturni proizvod, koji ne proističe iz bioloških polnih razlika i reproduktivnih kapaciteta. Drugo obeležje je da rod i rodni odnosi uređuju društveni život i društvene institucije na fundamentalan način. Sledeće obeležje polazi od toga da rodni odnosi i konstrukcija muškost/ženskost nisu simetrični, već se zasnivaju na organizacionom pristupu muške superiornosti i političko ekonomske dominacije nad ženama. Iz ovog obeležja proizilazi da sistemi znanja reflektuju muške poglede prirodnog i društvenog sveta – produkcija znanja je rodna. Poslednje obeležje feminističke misli je da žene treba da budu u centru intelektualnog istraživanja, ne na periferiji, nevidljive, dodaci muškarcima. Savremeni feministički istraživači teže ka tome da povežu obeležja rasnog, klasnog i rodnog unjetavanja, prepoznajući da se ženska iskustva roda razlikuju u skladu sa njihovom pozicijom u rasnim i klasnim hijerarhijama (Miller, Mullins, 2006:218).

Posebna pažnja u kriminologiji posvećena je feminističkoj kritici konvencionalnih teorija zbog toga što su u svojim objašnjenjima potpuno izostavile žene izvršiteljke krivičnih dela navodeći kao razlog za to znatno manje učešće žena u opštem kriminalitetu od muškaraca. Kriminološke teorije generalizuju objašnjenja

kriminaliteta polazeći od toga da teorije koje nastaju na osnovu proučavanja muškaraca mogu da objasne i kriminalitet žena i žene prestupnice, dok teorije koje nastaju na osnovu studije o ženama ne mogu da se primene kod muških delinkvenata. Druga kritika se odnosi na teorije koje se zasnivaju na uverenjima o fundamentalnim razlikama između muškaraca i žena i povezanosti ovih osobina sa kriminalitetom. Stereotipna shvatanja o tome da su muškarci realniji, aktivniji, agresivniji, nasuprot ženama koje su emocionalnije, pasivnije i slabije predstavljaju osnovu za objašnjenje kriminaliteta individualnim faktorima. Pri tome, ranije teorije o kriminalitetu žena fokusiraju se na faktorima poremećaja ličnosti i emocionalnoj neprilagođenosti (Miller et al. 2006:218). Nova teorijska objašnjenja u okviru feminističke kriminologije prilikom sagledavanja uzroka kriminaliteta ne potenciraju rodne razlike na individualnom nivou, već nastoje da prepoznaju i objasne varijacije u okviru roda koje su rezultat strukturnih pozicija, kao što su rasa, klasa i godine. Posebna pažnja se posvećuje objašnjenju uticaja rodne hijerarhije, moći i rodne neravnopravnosti na kriminalitet uz naglašavanje da je ključna tačka za razumevanje i reagovanje na žene prestupnice razumevanje njihovog statusa kao žrtava kriminaliteta.

2. Ranija objašnjenja kriminaliteta žena

U vreme kada su se kriminologijom uglavnom bavili muškarci, kriminalitet žena se često navodio kao fusnota u radovima o muškom kriminalitetu koji su predstavljani kao radovi o kriminalitetu uopšte. Odsustvo žena iz ove oblasti imalo je za posledicu i to da su mnoga kriminalna ponašanja čije su žrtve žene ostala van kriminoloških proučavanja ili su proučavana na način koji je odgovornost prenosio na žrtvu često više kriveći nju nego učinioca za ono što joj se dogodilo (silovanje, seksualno uznemiravanje na radnom mestu, nasilje u braku i porodici). I najzad, bavljenje kriminologijom od strane muškaraca dovelo je i do ignorisanja uloge zakona i ponašanja organa društvene kontrole (policija, tužilaštva, sudije, zatvori) kako u kriminalizaciji tako i u viktimizaciji žena (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, 1998:277).

Prve kriminološke teorije nisu posebno objašnjavale kriminalitet žena i polazile su od toga da uglavnom isti faktori uslovljavaju kriminalitet žena i muškaraca, s tim što je u okviru kriminaliteta žena više naglašena biološka i psihološka komponenta. Žene su posmatrane kao seksualni objekti za zadovoljavanje fizioloških, psiholoških i socijalnih potreba muškaraca, a seksualnost je predstavljala uzrok svih ženskih ponašanja, pa i kriminalnog. Međutim, razmatranja i analize kriminaliteta žena pokazala su da kriminalitet žena zaslužuje mnogo veću pažnju naučne i stručne javnosti. Među piscima koji su pokušavali da objasne kriminalitet žena ne postoji saglasnost u shvatanjima o faktorima koji uslovljavaju ovaj

kriminalitet. Jedina činjenica koju svi prihvataju je statistički dokazana manja stopa kriminaliteta žena od kriminaliteta muškaraca (Cremer, 1974:23), kao i tvrđenje da, ako je kriminalitet u celini zagonetka, onda je još paradoksalniji i neobjašnjiviji razvoj ženskog kriminaliteta (Lange, 1970:16).

Među teoretičarima koji su pokušali da objasne zbog čega postoje razlike između broja krivičnih dela koja vrše muškarci i onih koja vrše žene, kao i uzroke kriminaliteta žena, postoje razlike u shvatanjima. Tako je moguće izdvojiti nekoliko grupa shvatanja prema osnovnoj orijentaciji teoretičara koji su ih zastupali.

Prva grupa obuhvata biološko psihološka shvatanja čiji su zastupnici Lombroso, Exner, Mezger, Sauer, Middendorf i drugi. Lombroso (Lombroso/Ferrero, 1894:408), predstavnik antropološke teorije, na osnovu antropometrijskih merenja, stvorio je koncepciju „rođene prestupnice“ i „rođene prostitutke“. On je vršeći autopsije dokazivao da su neke žene na osnovu strukture kostiju lobanje i drugih fizičkih karakteristika predodređene za vršenje određenih tipova zločina. „Rođena prestupnica“ predstavlja dvostruki izuzetak: kao prestupnik i kao žena, ona je čudovište grešno i bezočno.² Koncepcija Lombroza o rođenoj prestupnici i prostitutki pretrpela je kritike u sklopu kritika koncepcije o rođenom zločincu, ali je takođe kritikovano Lombrozovo tvrđenje da se starije prostitutke kriminalno ponašaju (Konstantinović Vilić, 1986:9).

Biološkim faktorima se objašnjavao kriminalitet žena isticanjem njihove slabije telesne konstitucije za vršenje delikata nasilja, postojanjem generativnih faza i manjim nivoom hormona androgena. Ova shvatanja su kritikovana i to naročito ona koja su isticala da je manja telesna snaga žena razlog za manje vršenje krivičnih dela. Protivnici ovih shvatanja su isticali da je agresivnost moguća bez snage tela, da nedostatak fizičke snage zamenjuje primena tehnike i da se oznaka „snažan provalnik“ više ne primenjuje u svom stereotipnom značenju jer provale mogu da budu izvršene i bez naročite telesne snage i veličine tela.

Psihološkim faktorima se objašnjavao kriminalitet žena isticanjem tipične „ženske pasivnosti« nasuprot muškoj aktivnosti, manje agresivnosti, veće plašljivosti, osećanja zavisnosti i bespomoćnosti, veće emocionalnosti, slabog samopouzdanja. Prema psihološkim shvatanjima „ženska pasivnost« objašnjava manje učestće žena u deliktima koji se odlikuju agresivnim napadom i aktivnošću; ženska „tendencija ka nepoštenju« povezuje se sa relativno velikim udelom žena u klevetanju, lažnom optuživanju i ubistvima otrovom; velika „ženska emoci-

² Lombroso je isticao prostituciju žena kao ekvivalentnu zamenu za kriminalitet žena, kao i to da je manje učestvovanje žena u zločinu samo prividno, jer, kada bi se slučajevi prostitucije dodali brojkama ženskog zločina, te brojke bi dostigle i prestige kriminalitet muškaraca. Žene kroz različite forme prostitucije, koja nije u svim oblicima kažnjiva, vrše delikte protiv svojine, najčešće prevare i krađe.

onalnost» pruža objašnjenje za vršenje uvrede kao sopstvene forme napada žena i povećane razdražljivosti (Konstantinović Vilić, 1986:10). Predstavnik psihoanalitičke teorije u kriminologiji Sigmund Frojd tvrdio je da kriminalitet žena proizilazi iz njihove žudnje i zavisti zbog toga što ne poseduju muški polni organ. Frojd je tvrdio da je devijantna žena žena koja želi da bude muškarac i da će zbog toga završiti kao neurotična. Verovao je da su žene seksualne mazohistkinje i da mogu uživati samo uz bol (Pekić, 2013:178).

Svakako treba pomenuti i Oto Polaka koji je takođe pokušao da objasni kriminalitet žena distancirajući se od apsolutnog biološkog determinizma. Uzroci kriminalnog ponašanja žena, prema tvrđenju Polaka, moraju se tražiti u povezanosti između bioloških i kulturnih determinacija jer kriminalitet žena predstavlja odraz njihove biološke prirode u datoj kulturnoj sredini.³ Uloga žene kao domaćice i majke, smatrao je Polak, služi da sakrije njihove kriminalne poduhvate (Pollak, 1950:167). Na osnovu shvatanja o „maskiranoj» slici ženskog zločina, razvila se sociološka teorija etiketiranja (labeling theory), prema kojoj je kriminalitet žena kvantitativno manje etiketiran jer socijalne kontrolne instance kažnjavanja i gonjenja nisu reagovala na „primarnu” devijaciju kod žena i bile su razbijene pred neotkrivenim kriminalitetom žena. Statističkim podacima o kvantitativnoj slici kriminaliteta žena zamera se da nisu dovoljno tačni zbog postojanja velike „tamne brojke“ u ženskom kriminalitetu, naročito kod pobačaja koji nad sobom vrši sama žena, ubistva deteta pri porođaju i krađe iz robnih kuća (Konstantinović Vilić, 1986:11).

Kriminalitet žena je bio sagledan i u radovima koji su kriminalitet objašnjavali socijalno ekonomskim faktorima (Saderland, Kavan, Koldvel, Etjen de Gref, Napoleone Kolajani i dr.). Prema pristalicama ovih shvatanja, kriminalitet žena se objašnjava različitim položajem muškaraca i žena u društvu jer su žene isključene iz društvenog života i malo imaju prilike za vršenje krivičnih dela za razliku od muškaraca. Bonger je upoređio ženu u socijalnom prostoru sa biljkom u staklenoj bašti od koje je uklonjen svaki uticaj koji vodi do delikta. Fenomen ženskog kriminaliteta za Saderlanda je isključivo produkt socijalne nesamostalnosti žene i on je različit unutar različitih kultura, država i regiona u državama. Kao dokaz za ovo tvrđenje Saderland je navodio da u zemljama u kojima žene uživaju najveću slobodu i ravnopravnost sa muškarcima stopa ženskog kriminaliteta pokazuje tendenciju približavanja stopi muškog kriminaliteta. Slično je u većim gradovima gde je društveni položaj žene bliži položaju muškaraca nego u manjim gradovima. Sociološki orijentisana shvatanja često navode emancipaciju žena,

³ Isti autor je istakao „maskirani karakter ženskog zločina», koji se sastoji u tome da žena samo prividno vrši manje krivičnih dela od muškaraca, ona je sposobna da svoje prestupe prikrije, retko dolazi pred sud radi osude a njen se zločin teško otkriva jer deluje kao podstrekač i pomagač a manje kao izvršilac.

koja se posmatra veoma usko i vezuje za zaposlenost žena, kao veoma značajan faktor povećanja kriminaliteta žena. (Konstantinović Vilić, Petrušić, 2010:329).

Postoje teoretičari koji su ukazivali na istovremeno delovanje biopsihičkih i socijalno ekonomskih faktora na kriminalitet žena (Hans fon Henting, Mejl Eliot, Selig, Hageman i dr.). Henting je isticao da je zločin „tipično muška reakcija“ i da na kriminalno ponašanje žena utiču biološke i psihološke osobine zajedno sa socijalnim i ekonomskim faktorima.

Mejl Eliot je smatrala da situacija navodi žene na vršenje krivičnih dela, da je glavno objašnjenje za neslaganje kvote kriminaliteta između muškaraca i žena u posebnim karakteristikama njihovog načina života, da je razlog postojanja manjeg broja prestupnica u tome što je prosečna žena manje izložena sukobima između svojih etičkih vrednosti, načina života i postizanja svojih ciljeva nego što je to slučaj sa prosečnim muškarcem (Mabel Elliott, 1962: 170-171).

Navedena teorijska shvatanja o kriminalitetu žena u okviru konvencionalnih kriminoloških teorija razlikuju se od feminističkih teorija koje su nastojale da objasne bračno i partnersko, kao i seksualno nasilje prema ženama. Većina teorija se zasnivala na jednostranom objašnjenju kriminaliteta individualnim faktorima i osobinama žena, kao i stereotipnim ulogama žena u društvu.

3. Različiti pravci u feminističkoj kriminologiji i feminističke teorije

Veće uključivanje žena teoretičarki i istraživačica u kriminološka izučavanja počinje sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog veka. Njihov doprinos je značajan kako u teoriji (objašnjenja uzroka kriminaliteta) tako i na planu epistemologije (nauke o saznanju), metodologije (načina saznavanja kriminaliteta) i praktične borbe protiv kriminaliteta (autonomne ženske organizacije - SOS telefoni, skloništa za pretučene žene, savetovaništa za žrtve incesta i dr.). U sve navedene oblasti unet je kritički stav prema dotadašnjem načinu saznanja i objašnjenju kriminaliteta. Feministička kritika se razvila u okviru tri segmenta kriminološkog proučavanja: kriminalitet žena, nasilje nad ženama i viktimizacija žena. Među prvim feministički orijentisanim autorkama, koje su u okviru kriminologije, učinile vidljivim žene kriminalke bile su Adler, Simon, Carlen i Biron, dok su se ženama žrtvama bavile Bowker, Pizzey, Dobash/ Dobash ukazujući i na institucionalizovani seksizam u okviru kriminološke teorije, politike i prakse.

Prvi feministički orijentisani radovi u kriminologiji (Adler, Simon, Henson) tražili su uzroke različite zastupljenosti muškaraca i žena u kriminalnoj populaciji u društvenoj nejednakosti muškaraca i žena. Isticalo se da emancipacija žena i feminizam utiču na porast kriminaliteta žena i povećanje učešća nasilnih krivičnih dela u okviru njega. Suštinu ovog pogleda na kriminalitet žena čini argument jednakih mogućnosti (equal opportunity argument) po kome se sa

omogućavanjem većeg pristupa žena pozicijama koje su dugo vremena bile rezervisane samo za muškarce povećava njihova izloženost mogućnostima da postanu učinioci krivičnih dela (Konstantinović Vilić et al.,1998: 278).

Ovi stavovi oštro su kritikovani od strane brojnih autorki, koje su pisale o tome da je pokret za ženska prava naprosto «preleteo» iznad nezaposlenih i siromašnih žena i žena koje pripadaju manjinama kojima uglavnom pripadaju kriminalke. Te žene ne samo da nisu dobile veća prava i mogućnosti, već su suočene sa još težom borbom za egzistenciju. Struktura krivičnih dela koja vrše žene, a koja i dalje odražava njihovu tradicionalnu ulogu u društvu predstavlja dobar pokazatelj da je emancipacija žene imala slab uticaj na kriminalitet žena. Naime, žene i dalje vrše sitna imovinska krivična dela koja odražavaju njihov položaj sitnih potrošača. Slučajevi telesnih povreda i ubistava koja vrše žene takođe reflektuju njihovo mesto u društvu, s obzirom na to da se vrše uglavnom prema muževima, ljubavnicima i deci (Konstantinović Vilić et al.,1998: 278).

Feminističke teorije o nasilju nad ženama u braku polaze od odnosa moći u društvu i njegove uzroke nalaze u nejednakoj moći muškarca i žene kako na nivou globalnog društva tako i u ličnim, odnosno bračnim odnosima. Među feminističkim psihološkim i psihosocijalnim objašnjenjima nasilja prema ženama u braku nastali su kao reakcija na psihološke teorije, koje su bračno nasilje prema ženama objašnjavale urođenim ženskim mazohizmom, posebno su značajne teorija «naučene bespomoćnosti», teorija „ciklusa nasilja“ (Walker, 1977/78: 525) i teorija «preživljavanja» (Goudorf, Fisher, 1988:85). Od feminističkih teorija koje nastoje da nasilje nad ženama u braku objasne sociološkim teorijama, ističu se one koja uzroke sagledavaju u patrijarharnu, ekonomskoj zavisnosti žene od muža, klasnoj i rasnoj pripadnosti žene koja uslovljava njen društveni položaj i uslove života (Nikolić Ristanović, 2011:342).

Objašnjenje seksualnog nasilja prema ženama zauzima u feminističkoj literaturi značajno mesto. Silovanje, kao najteži seksualni delikt, definisano je kao seksualni akt koga žena ne želi, koji je protiv njene volje. Ističe se da je silovanje akt agresije i nasilja, najdrastičniji oblik opresije žene koji nije u praksi na odgovarajući način osuđen i kažnjen. Ovaj akt agresije motivisan je neprijateljstvom prema ženama i željom da se žena ponizi ili da se pokaže kontrola nad njom. Potvrda muške kontrole se pokazuje kroz seksualno ponižavanje žene. Silovanje služi da se ovekoveči nejednaka raspodela snaga i moći između muškarca i žene i da se sve žene drže u strahu. Kako je odlično primetila Susan Brownmiller (Brownmiller, 1974:15): «silovanje nije ništa više ni manje nego svesni proces zastrašivanja putem kojeg svi muškarci drže sve žene u stanju straha i na taj način ih kontrolišu.» Osim toga, feministička kritika je razotkrila različite mitove i predrasude koji se uobičajeno vezuju za silovanje. Jedne se odnose na muškarce

(silovanje je spontani čin zadovoljenja nagona na licu mesta, mit o neukrotivom muškom nagonu, silovatelj je psihički bolesnik, odnosno seksualni manijak, mit o vršenju silovanja od strane male grupe psihopata, silovatelj je pijan ili drogiran, on je nepoznato lice), a druge na žene (verovanje da žene postižu zadovoljstvo kroz bol i poniženje - mit o ženskom mazohizmu, verovanje da žene u stvari priželjkuju da budu silovane, mit o krivici ili podeljenoj odgovornosti žene - žena je odgovorna koliko i silovatelj jer silovanja ne bi bilo da i ona nije svojim izgledom ili ponašanjem tome doprinela; dobre devojke niko ne siluje; žena ne može biti silovana protiv svoje volje).

Feministička istraživanja seksualnog nasilja nad ženama obuhvataju ne samo društvene uzroke ovog oblika nasilja, već i kritiku neadekvatne društvene reakcije i stigmatizacija žrtve silovanja. Uzroci seksualnog nasilja sagledavaju se u dominirajućim obrascima odnosa među polovima u patrijarhalnom društvu.

U okviru feminističkih teorija razvile su se i teorije rodnih uloga koje dovode u vezu rodnu socijalizaciju, rodne uloge, muški i ženski identitet i na taj način spajaju radikalni i socijalistički feminizam. Australijski sociolog Robert Connell (Connell, 1987:187) razradio je teoriju hegemonске muškosti i naglašene ženstvenosti, prema kojoj hegemonsku muškost karakteriše plaćeni rad, podređenost žena i devojaka muškarcima, heteroseksizam i snažan muški seksualni nagon koji se na može kontrolisati, uključujući ponašanje kojim se ostvaruje autoritet, kontrola i agresivnost. Naglašena ženstvenost je opisana kao seksualna prijemčivost mladih žena i materinstvo kada se radi o starijim ženama. Američki kriminolog James Masserschmidt zastupao je teoriju strukturirane akcije u okviru koje je naveo tri specifične društvene strukture sa naglašenim odnosima žena i muškaraca: rodna podela rada, rodni odnosi moći i seksualnost (Nikolić Ristanović, 2011:344). Još jedno teorijsko shvatanje je ponuđeno za osvetljavanje rodnih relacija – analiza roda kao situacionog ostvarenja, po kome je rod mnogo više uloga ili individualna karakteristika, odnosno mehanizam na osnovu koga situaciono društveno delovanje doprinosi reprodukciji društvene strukture (West, Fenstermaker, 1995:21). Neka feministička istraživanja su nastojala da objasne razlike u kriminalitetu žena i muškaraca time da je kriminalitet „izvor za ostvaranje roda“, druga su pručavala rod kao izvor kriminaliteta, a ima i takvih koja povezuju kompleksne odnose između rodnih struktura, društvenih praksi i identiteta (Miller et al. 2006:225).

4. Osnovna pitanja mainstream kriminoloških istraživanja roda i feministička istraživanja

Glavna mejnstrim (mainstream) kriminološka istraživanja roda usmerena su na dva pitanja: mogućnost generalizacije i problem rodnih proporcija ili rodne razmere u obimu kriminaliteta (Miller et al. 2006:225).

Teorije koje su stvorene da objasne zašto ljudi postaju kriminalci odnose se na muškarce i predstavljaju zapravo teorije o tome *zašto se muškarci pojavljuju kao kriminalci*. Sve dok se nisu pojavila feministička istraživanja, pretpostavljalo se da su teorije rodno neutralne i da se mogu primeniti i na muškarce i na žene. U skladu sa prepoznavanjem roda kao strukturnog obeležja društva, feministički orijentisani autori/autorke su eksplicitno postavili pitanja: „Da li se teorije o kriminalitetu muškaraca primenjuju na žene? Da li logika takvih teorija može biti modifikovana tako da obuhvati žene? ” (Daly et.al. 1988: 14). Mejnstrim teoretičari traže objašnjenja kriminaliteta koja se mogu generalizovati i za muškarce i za žene, što sa feminističkog gledišta predstavlja nedostatak jer se zbog ogromne razlike u obimu kriminaliteta i stopi kriminaliteta muškaraca i žena ne može konstatovati da postoji opšti etiološki proces. To znači da je nemoguće vršiti generalizaciju, već je potrebno ispitati kako različiti makro i mikro kriminogeni faktori utiču na pojavu kriminaliteta kod različitih rodova, imajući u vidu iskustva žena i iskustva muškaraca. Zbog rodne prirode muških i ženskih života, pojedini kriminogeni faktori imaju različita značenja i imaju različite posledice za muškarce i žene.

Rodna proporcija kriminaliteta (*the gender-ratio of crime*) znači utvrđivanje razloga za različitu stopu kriminaliteta žena i muškaraca. Postavlja se pitanje zbog čega su muškarci skloniji kriminalitetu nego žene i šta objašnjava ove rodne razlike (Daly et.al. 1988: 515). Ova pitanja su usmeravala stručnjake ka tome da obrate pažnju na rodne razlike i neravnopravnosti i da razviju teorije koje mogu objasniti varijacije u ženskom i muškom prestupništvu. Tradicionalni i mejnstrim pristupi objašnjavaju razlike između kriminaliteta žena i kriminaliteta muškaraca stereotipnim idejama dihotomne rodne razlike i tretiraju rod kao individualnu osobinu. Ova shvatanja se kritikuju zbog toga što se rod ne razmatra kao ključni elemenat društvene organizacije i ne uzima u obzir razlike u odnosu na rasu, klasu i godine. Razlike u trendovima kriminaliteta za neka krivična dela pokazuju da nema uniformne ili statične rodne proporcije prestupništva i da tako diferencijalni jaz među prestupima ostaje važno mesto za ispitivanje. To znači da je prilikom utvrđivanja rodnih razlika u fenomenološkim i etiološkim obeležjima kriminaliteta žena i muškaraca neophodno je sagledavanje različitih društvenih uslova života muškaraca i žena oblikovanih rasnom i klasnom neravnopravnošću i različitim društvenim pozicijama jednih i drugih.

Daly (Daly et. al., 1998: 95) je u okviru feminističkog proučavanja ustanovila tri važne oblasti za analizu odnosa roda i prestupništva: *rodni putevi ka kršenju zakona* (koji faktori koji dovode do prestupništva muškaraca i žena i na koji način su oni rodni), *rodni kriminalitet* (karakteristike muškog i ženskog prestupništva i na koji način su oni društveno organizovani), *rodni životi* (kako se u okviru roda organizuje dnevni život, kako rod struktuiru raspoložive tokove delovanja i identiteta i kako se ova iskustva prožimaju sa kriminalitetom).

Na osnovu biografskih podataka i iskustava žena o viktimizaciji i prestupništvu u feminističkim radovima, počev od ranih devedesetih godina prošlog veka pa nadalje, konstatovano je da rana viktimizacija devojaka stvara dobar osnov za njihovo devijantno i kriminalno ponašanje (zlostavljanje u porodici dovodi do bekstva iz kuće, prostitucije, narkomanije, kriminaliteta) kao strategiju preživljavanja (Chesney-Lind i Pasko, 2004: 5). Daly naglašava da ovaj „vodeći scenario ženskog kršenja zakona” (Daly 1992: 136) treba da se proširi i na druge važne aspekte života žena i devojaka koji ih stavljaju u rizik od prestupništva, uključujući druge manifestacije rodne neravnopravnosti (rasne i ekonomske marginalizacije, iskustva u školi, strukturnu dislokaciju i sl.). U studiji o maloletničkim bandama, na osnovu kvalitativnog istraživanja, analizirani su rizici za uključivanje mladih devojaka u bande i konstatovano je da je ranija viktimizacija važan rizik za ulazak u bande, što predstavlja sredstvo bekstva od ugnjetavajućih patrijarhalnih porodičnih uslova (Joe i Chesney-Lind, 1995:420, Miller, 2001: 58).

Studija koja značajno podiže standarde za kvantitativna istraživanja roda „*The Gendering the Violent Delinquency*”, autora Heimer i DeCoster, razmatra dva ključna teorijska problema od interesa za feminističke kriminologe: varijabilnost u upotrebi nasilja u okviru roda (*within gender*) i varijabilnost u nasilju kod različitih rodova (*across gender*). Polazeći od teorije diferencijalne asocijacije, Heimer i DeCoster prikazuju jedan kompleksni teorijski model kriminaliteta nasilja kao rezultat rodne neravnopravnosti baziran na izdiferenciranim iskustvima mladih žena i mladih muškaraca. Posebno se fokusiraju na odnos između društvene strukture i kulture i ističu da se različite društvene strukturne pozicije – bazirane na rodu, rasi i društvenoj klasi, mogu posmatrati u dva značajna kulturna procesa: porodična kontrola i vršnjačka udruženja (grupe). U pogledu porodičnih kontrola, Heimer i De Coster razlikuju dva tipa porodične kontrole koja različito deluje na muškarce i žene: direktna i indirektna roditeljska kontrola⁴ (Miler et al., 2006: 231). Razmatrajući uticaj vršnjačkih

4 Direktna roditeljska kontrola obuhvata nadzor i prinudnu disciplinu, dok indirektna nastaje na osnovu emotivne privrženosti porodici. Indirektna kontrola koja nastaje na osnovu emotivnih veza sa porodicom primarna je kada je u pitanju ponašanje devojčica, dok direktna kontrola ima veći uticaj na smanjenje delinkvencije dečaka.

grupa konstatuju da je veća verovatnoća da dečaci budu izloženi prijateljima koji imaju agresivne aktivnosti i normama koje pogoduju nasilju. Rodne definicije, stavovi i uverenja (tradicionalna verovanja o pravilnom ponašanju muškaraca i žena, muškosti i ženskosti, koja naglašava pasivnost, neagresivnost i fizičku i emotivnu slabost žena) imaju direktan uticaj na verovatnoću da žene učestvuju u vršenju nasilja (Heimer i De Coster 1999: 283).⁵

Značajnu oblast razvoja feminističke kriminologije čine istraživanja o rodnoj društvenoj organizaciji i situacionim kontekstima kriminaliteta. Rod se posmatra kao potencijalno sveopšte relevantan za društveno ponašanje, a situaciona rodna očekivanja i rodne strukture oblikuju kriminalne događaje. U ovim istraživanjima posebno je naglašena „nejasna granica“ između viktimizacije i prestupništva. Smatra se da je osnovni rizik za kasnije učešće u kriminalitetu iskustvo viktimizacije i da je viktimizacija ključni situacioni faktor u osnovi kriminaliteta. Ova povezanost je najočiglednija u feminističkim analizama žena koje ubijaju svoje nasilne supruge, gde je nasilje koje vrši žena uslovljeno ne samo dugim serijskim zlostavljanjem, već i kulminirajućim incidentom viktimizacije. Takođe se navodi i jedan poseban oblik prestupništva žena, koji se sastoji u krađi novca od klijenata prilikom pružanja seksualnih usluga, što je nesumnjivo povezano sa otporom prema povećanoj viktimizaciji žena i smanjenju cene na seksualnom tržištu (Maher, Curtis, 1992: 246). Mullins i Wright su otkrili da su žene više nego muškarci osetljivije na reagovanje porodice na njihovo prestupništvo, što znači da su podložnije uticaju neformalne društvene kontrole (Mullins, Wright, 2003: 832).

Treba pomenuti još jednu važnu oblast feminističkog istraživanja u kriminologiji. Radi se o rodnoj prirodi muškog prestupništva i proučavanju kriminalnog ponašanja muškaraca u kontekstu rodnih teorija. Iznijansirane veze između maskuliniteta i nasilja sagledane su u okviru: rasnog i etničkog identiteta, autoriteta ili moći muškarca i potrebe da se izgradi i održi rodna reputacija „loših momaka“ (Miller et. Al., 2006: 237).

Koncept *rodnih života (gendered lives)*, koji je objasnila Daly (Daly et al., 1998:98) odnosi se na ispitivanje značajnih razlika između žena i muškaraca u načinima na koji doživljavaju društvo. U poređenju sa drugim aspektima feminističke kriminologije, ovaj pravac zahteva sistematsku pažnju usmerenu prema analizi roda, mnogo više nego prema analizi kriminaliteta („pre nego da se analizira rod kao korelat kriminala, treba analizirati kriminal kao korelat roda.“). U studiji „*Sexed Work*“ autorke Maher (Maher, 1997:54) opisano je sistematsko

5 Zaključak ovog istraživanja je da je „kriminalitet nasilja rodno određen na različite načine, da je adolescentno nasilje proizvod rodnih iskustava i da su rodne razlike u nasilju ukorenjene u razlikama u moći“.

istraživanje rodniĝ života, zasnovano na etnografiji i dubinskim intervjuima sa ženama koje trguju drogom na lokalnom nivou.⁶ Kritikujući feministička istraĝivanja po kojima „kršenje zakona od strane žena predstavlja simptom njihove viktimizacije“, Maher naglašava da poten-ciranje viktimizacije žena negira njihovo delovanje i prikazuje žene kao pasivne i zavisne.

5. Zaključak

Feministička kriminologija se pojavila u vreme velikih društvenih promena i promena u svesti ljudi tokom sedamdesetih godina prošlog veka i danas predstavlja jedan značajan teorijski pristup i legitiman teorijski pravac u kriminologiji. Za kriminologiju je pojava feminističkih teorija posebno važna zbog toga što je otvorila mnoga pitanja, koja do tada nisu razmatrana, a od odlučujućeg su značaja za prevenciju kriminaliteta oba pola. Prvi feministički orijentisani radovi i istraĝivanja u kriminologiji pokazali su da su žene podjednako važne prilikom naučnog proučavanja kriminaliteta kao i muškarci. Veliki broj savremenih feminističkih teorija u kriminologiji pomogao je boljem razumevanju žene kao izvršiteljke krivičnih dela, žrtve i predstavnice sistema krivičnog pravosuđa. Feminističke teorije u kriminologiji ne samo da ukazuju na rodnu nejednakost, već i na diskriminaciju u pogledu rase, godina, nacionalnosti, religije, fizičke sposobnosti, seksualne opredeljenosti i sl. Osim toga, feminističke teorije su dale nova objašnjenja seksualnog nasilja, seksualnog uznemiravanja i nasilja u porodici, posebno društveno opasnih tipova kriminaliteta, čije su žrtve uglavnom žene.

Fuzija rodniĝ teorija sa kriminološkim teorijama unapredila je razumevanje kompleksnih načina na koje se rod povezuje sa kriminalitetom. Centralne teme feminističke kriminologije, kao što su proporcije roda, rodni putevi, rodni kriminalitet i rodni životi, predstavljaju glavne teorijske i empirijske pravce. Takođe, sve veći broj studija je usmeren prema odnosu maskuliniteta i kriminaliteta, naglašavajući situacione kontekste i opštu kompleksnost rodniĝ relacija sa kriminalitetom. Posebnu pažnju treba posvetiti onim feminističkim istraĝivanjima koja analiziraju iskustva žena koja vode ka kriminalnom ponašanju i koja ukazuju na potrebu suštinski važnih promena u preventivnim i interventnim programima. Zbog toga je veoma važno dalje razvijati feministička znanja u okviru kriminologije, upoznavati širu naučnu i stručnu javnost sa njenim konceptima i primenjivati rezultate istraĝivanja u praksi policije, tužilaštva, sudova i drugih državnih organa i institucija.

⁶ Istraĝivanje je pokazalo da postoji rigidna rodna podela rada u trgovini drogom uličnog nivoa, oblikovana na rasnim osnovama, u kojoj su žene „u jasnom nepovoljnom položaju u odnosu na muškarce“. Zbog toga što su isključene iz profitabilnim mogućnosti, žene se opredeljuju za „seksualni posao“ kao jednu od malo opcija koje su održiva u zarađivanju novca.

Literatura

- Brownmiller, S. (1974). *Against our will: Men, Women and Rape*. New York, Fawcett Columbine.
- Gondorf, E., Fisher, E. (1988). *Women as Survivors*, Lexinton Books.
- Daly, K., Chesney-Lind, M. (1988). *Feminism and Criminology*. Justice Quarterly 5.
- Daly, K. (1992). *Women's Pathways to Felony Court: Feminist Theories of Lawbreaking and Problems of Representation*, Review of Law and Women's Studies, 2.
- Daly, K., Maher, L. (1998). *Criminology at the Crossroads: Feminist Reading in Crime and Justice*, Oxford University Press.
- Joe, Karen A., Chesney-Lind, M. (1995). *Just Every Mother's Angel*, Analysis of Gender and Ethnic Variations in Youth Gang Membership, Gender and Society 9.
- Konstantinović Vilić, S. (1984). *Žene ubice*, Gradina, Niš.
- Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V. (1998). *Kriminologija*, Studentski kulturni centar, Niš.
- Konstantinović Vilić, S., Petrušić, N. (2010). *Žene, zakoni i društvena stvarnost*, knj.2, Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju, Niš.
- Lange, R. *Das Rätsel Kriminalität*, Alfred Metzner verlag, Frankfurt am Mein, Berlin.
- Lombroso, C, Lombroso/Ferrero, G. (1894). *Das Weib als Verbrecherin und Prostituirte*, Hamburg.
- Mabel, E. (1962). *Zločin u savremenom društvu*, Veselin Masleša, Sarajevo.
- Maher, L. Curtis, R. (1992). *Women on the Edge: Crack Cosaine and the Changing Contexts of Street-Level sex Work in the New York City*, Crime, Law and Social Change, 18.
- Maher, L. (1997). *Sexed Work: Gender, Race and resistance in a Brooklyn Drug Market*, Oxford, UK Clarendon Press.
- Miller, J. (2001). *One of the Guys: Girls, Gang's and Gender*, New York: Oxford University Press.
- Miller, J., Mullins, Ch. (2006). *The Status of Feminist Theories in Criminology. Taking Stock – the Status of Criminological Theory*, Advances in Criminological Theory, Vol. 15, Transaction Publishers New Brunswick, New Jersey.

Mullins, Ch.W. Wright (2003). *Gender, Social Network's and Residential Burglary*, Criminology 41.

Nikolić Ristanović, V. (2011). Rod i nasilje. U J.Milojević i S.Markov (Prir.), *Uvod u rodne teorije*(str.337-346), Novi Sad, Univerzitet u Novom Sadu, Centar za rodne studije, Mediterran Publishing.

Pekić, J. (2013). Feminizam i kriminologija. Rodne uloge u izučavanju fenomena kriminaliteta. U D.Arsenijević, T.Flessenkampor (Prir.) *Kojeg roda je sigurnost* (str.171-192), Sarajevo, Sarajevski otvoreni centar.

Pollak, O. (1950). *The criminality of women*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Heimer, K., De Coster, S. (1999). *The Gendering of Violent Delinquency*, Criminology 37.

Connell, R.W. (1987). *Gender and Power*, Stanford, CA, Stanford University Press.

Cremer, C.G. (1974). *Untersuchungen zur Kriminalität der Frau*, Kriminalwissenschaftliche Abhandlungen, Band 7, Verlag Max Schmidt-Röhnd, Lübeck.

Chesney-Lind, M. Pakso, L. (2004). *The Female Offender*, 2nd ed. Thousand Oaks, CA: Sage.

Walker, L.(1977/1978). *Battered Women and Learned Helplessness*, Victimology 3-4.

West, C., Fenstermaker, S. (1995). *Duing Difference*, Gender and Society, 9.

Williams, Ch.L. (2000). *Preface*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science.

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

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

Summary

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

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

Dr Vojislav Đurđić¹,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.1

Dr Marko Trajković²,
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Rad primljen: 30.09.2013.
Rad prihvaćen: 13.11.2013.

O ISTINI U KRIVIČNOM POSTUPKU

Apstrakt: U radu se izlaže o utvrđivanju istine u krivičnom postupku. Kao osnova za poimanje istine izložena su epistemološka i procesnopravna gledišta o utvrđivanju činjenica u krivičnom postupku. Na bazi analize različitih gledišta o subjektima koji utvrđuju činjenice u krivičnom postupku, autori se priklanjaju monističkom učenju, koje ocenjuju da više odgovara procesnoj stvar-nosti nego pluraističko. Suština je ovog učenja da sud utvrđuje činjenice važne za krivični postupak, a ne stranke i drugi učesnici postupka. Oprečnim teorijskim gledištima odgovaraju modeli uređenja krivične procedure u pogledu istraživanja i utvrđivanja istine. U mešovitom, kontinentalno evropskom tipu krivičnog postupka, koji je dominantno javnopravnog karaktera, istraživanje istine o krivičnoj stvari je cilj krivičnog postupka ali ne i jedini, sud je odgovoran za prikupljanje i izvođenje dokaza, a tzv. istražna maksima ga obavezuje da utvrđuje istinu u svakoj krivičnoj stvari. Nasuprot tome, adverzijalni model, koji je u priličnoj meri reprivatizovan, predstavlja spor ravnopravnih stranaka pred sudom, koji je samo pasivni arbitar, a cilj postupka je rešavanje spora a ne utvrđivanje istine o krivičnom događaju.

Ključne reči: činjenice, pravne činjenice, činjenično stanje, utvrđivanje činjenica, načelo istine, inkviziciona maksima.

1 vojadj@gmail.com

2 trajkovicmarko@yahoo.com

1. Poimanje činjenica

Gledišta o istini u krivičnom postupku zavise od teorijskog shvatanja i zakonskog uređenja utvrđivanja činjenica u ovom sudskom postupku. Stoga tumačenje istine kao cilja krivičnog postupka, ali ne jedinog, pretpostavlja da se prethodno teorijski determiniše pojam činjenica, činjeničnog stanja i utvrđivanja činjenica, bez kojih nije moguća eksplicitacija utvrđivanja istine o krivičnom događaju. To je ujedno logički sled kojim će u daljem izlaganju biti objašnjeni ovi osnovni pojmovi.

U teoriji krivičnog procesnog prava postoji shvatanje koje određeni primat daje činjenicama koje se utvrđuju u krivičnom postupku, u odnosu na dokaze kojima se činjenice utvrđuju (Grubiša, 1963: 11-15 i Bayer, 1978: 21). Prema tom gledištu, dokazi su samo sredstvo za utvrđivanje činjenica, a istina samo njihov atribut, dok je u postupku glavna aktivnost krivičnog suda utvrđivanje „činjeničnog stanja“ neophodnog za odlučivanje. Tako gledano, deskripcija činjenica izbija u prvi plan.

Za određivanje pojma činjenica, teorija krivičnog procesnog prava oslanja se na definicije nauka koje se bave opštom teorijom saznanja. U opštoj logici se činjenica definiše kao „*misaono-čulnom delatnošću utvrđeno objektivno-realno postojanje izvesne stvari, pojave, procesa, dešavanja, osobine ili odnosa*“ (Šešić, 1962: 620). Ovo enciklopedijsko značenje činjenica čini se prihvatljivim i za teoriju krivičnog procesnog prava (Stevanović, 1994: 191), ali se u nekim radovima uz pojam činjenice koji određuje logika dodaju i definicije procesnopravne teorije (Radulović, 2009: 148-149), dok se u nekim izlaganjima o činjenicama o pojmu činjenica i ne raspravlja (Bejatović, 2010: 286 i 287).

Kao pojam činjenice koji daje teorija krivičnoprocesnog prava navodi se definicija: „Sve te pojave u stvarnosti, u kojima se sastoje uvjeti materijalnoga krivičnoga prava za primjenu krivične sankcije u konkretnom slučaju i uvjeti procesnog prava za vođenje krivičnog postupka i vršenje procesnih radnji, nazivamo činjenicama“ (Bayer, 1978: 4). Ovoj definiciji se može prigovoriti da se u krivičnom postupku utvrđuju i činjenice koje nisu uslovi ni materijalnog ni procesnog krivičnog prava već služe za dokazivanje tih uslova, a takve činjenice nisu obuhvaćene citiranjem definicijom. Primera radi, skoro da nema postupka u kome se ne utvrđuju činjenice indicije, a one nisu uslov primene ni materijalnog ni procesnog krivičnog prava, već služe za utvrđivanje drugih, pravno relevantnih činjenica za koje krivični propisi vezuju primenu normi krivičnog ili krivičnoprocesnog zakona. Otuda bi se citirano gledište pre moglo smatrati definicijom pravnih činjenica u krivičnom postupku, odnosno pravno relevantnih (tj. odlučnih) činjenica, kako se te pravne činjenice označavaju u krivičnoprocesnoj teoriji.

Ne sporeći vrednost definicija koje daje krivičnoprocesna teorija, smatramo da enciklopedijski značaj definicije činjenice koju daje logika, opravdava njenu primenu u svim naučnim oblastima pa i u domenu prava i pravne teorije, te je iz tog razloga prihvatljiva i za teoriju krivičnog procesnog prava. Pored te definicije opšte logike, za bolje razumevanje šta se smatra činjenicama u krivičnom postupku, za definisanje činjeničnog stanja i klasifikaciju činjenica, treba još koristiti *pojam pravnih činjenica* koje daje opšta teorija prava. Pravnim činjenicama se označavaju činjenice predviđene u pretpostavkama pravnih normi, *na osnovu kojih nastaju, menjaju se i prestaju pravni odnosi* (za razliku od drugih činjenica) – (Lukić, 1995: 183; Mitrović, 2010: 308). U sudskom silogizmu, pravne činjenice predstavljaju donji silogistički stav (*premissa minor*), koja je pretpostavka za primenu prava i propisanih pravnih posledica, što se u oblasti krivičnih propisa ispoljava u formi izricanja krivične sankcije.

2. Utvrđivanje činjenica ili utvrđivanje činjeničnog stanja?

Utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku je složena delatnost jer su te činjenice najpre vezane za događaj iz prošlosti koji treba rekonstruisati da bi sud doneo odluku ima li mesta primeni materijalnog krivičnog prava. Pored tih činjenica koje su uslov primene materijalnog krivičnog prava i zbog toga povod krivičnom postupku, razume se, nužno je utvrđivanje i činjenica koje su pretpostavka za primenu krivičnog procesnog prava (jedino se primenom normi procesnog prava mogu utvrditi uslovi za primenu materijalnog krivičnog prava). Bez utvrđivanja tih činjenica, bilo da su materijalnoppravno ili procesnoppravno relevantne, ne može biti suđenja: pravilna primena krivičnog materijalnog prava kao cilj krivičnog postupka (tj. utvrđivanje da li je delo krivično delo, da li je okrivljeni učinilac i da li se prema takvom okrivljenom po zakonu mogu primeniti krivične sankcije), moguća je jedino pomoću utvrđivanja činjenica (Stevanović, Đurđić, 2006: 222).

Iz ovog realnog značaja izvire i značaj doktrinarnog definisanja pojma utvrđivanja činjenica. Utvrđivanje činjenica može se posmatrati sa aspekta opšte teorije saznanja ili kao krivičnoprocesna ustanova, pa su otuda moguće dve definicije – epistemološka i procesnoppravna. Na nivou pojmovnog određivanja, te dve definicije ne moraju biti suprotstavljene i zato, apstraktno uzev, nije isključena mogućnost njihovog objedinjavanja.

Sa epistemološkog stanovišta, utvrditi neku činjenicu znači *uveriti se da činjenica postoji ili ne postoji*. Činjenice se mogu saznati neposrednim opažanjem na osnovu sopstvenog iskustva ili posredno, logičkim zaključivanjem. Navedena definicija utvrđivanja činjenica u harmoniji je sa teorijom korespodencije o istini u krivičnom postupku.

Ima mišljenja da zato što navedena epistemološka definicija važi i za sve procesne subjekte u krivičnom postupku kao što važi za sve subjekte spoznaje u drugim ljudskim delatnostima, nije potrebno posebno razmatrati sudsku spoznaju činjenica (Krapac, 1982: 107). To bi značilo da je nepotrebna procesnopravna definicija utvrđivanja činjenica. Međutim, to što na čisto epistemološkom planu nema suštinskih razlika u spoznaji činjenica u krivičnom postupku i izvan njega, još ne znači da nema potrebe da se ista pojava posmatra i sa pravnog aspekta. Pre svega, činjenično stanje i s njim povezane druge važne činjenice, mogu se utvrđivati jedino u krivičnom postupku, ne izvan njega. Međutim, ni u krivičnom postupku subjekt koji utvrđuje činjenice nema neograničeno slobodu izbora izvora i načina saznanja. Primenom pravnog metoda, utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku podleže izvesnim ograničenjima i zabranama, jer ispravno utvrđivanje činjenica važnih za postupak (tj. utvrđivanje istine) nije jedina svrha procesnih pravila već i zaštita sloboda i prava subjekata postupka. Pojedina pravna pravila koja služe zaštiti garantovanih ljudskih prava i sloboda u krivičnom postupku, kojima se osigurava pravičnost suđenja, mogu biti prepreka da se saznaju činjenice važne za postupak, a ako se ipak činjenice saznaju protivno pravnim zabranama, smatraće se da pravno ne postoje i ne mogu se pravno konvalidirati. Iz rečenog sledi da pored čisto epistemološke, postoji i pravna strana utvrđivanja činjenica.

Takvo uređenje krivičnog postupka kojim se zarad zaštite ljudskih prava i sloboda, preprečava put saznanja činjenica važnih za postupak, a činjenice saznate iz izvora i na način koji su pravno nedopušteni, smatraju da pravno ne postoje (tj. da nisu utvrđene iako subjekt saznanja može biti uveren da postoje), iziskuje procesnopravnu deskripciju i definiciju utvrđivanja činjenica.

Procesnopravno gledište ne može biti izvan definicije utvrđivanja činjenica koje daje opšta teorija saznanja. Međutim, šta se ima smatrati utvrđivanjem činjenica sa procesnopravnog stanovišta, zavisi pre svega od shvatanja koje se činjenice utvrđuju u krivičnom postupku i od gledišta koji procesni subjekt ili subjekti utvrđuju te činjenice. U izvesnom smislu, definicija utvrđivanja činjenica zavisna je i od regulative i tumačenja cilja krivičnog postupka: ako se postupak uredi tako da utvrđivanje istine nije uopšte cilj krivičnog postupka (razume se ne jedini), onda utvrđivanje činjenica poprima posve drukčiju dimenziju – sadržaj i odlike utvrđivanja činjenica u tom slučaju potrebno je posmatrati i tumačiti saobrazno tim drugim ciljevima krivičnog postupka.

Od njegovog pokretanja do konačnog presuđenja krivične stvari, u krivičnom postupku se činjenice utvrđuju s *različitim stepenom uverenja*, zavisno od faze postupka i predmeta odlučivanja. U krivičnoprocesnoj teoriji ti stepeni se označavaju izrazima „osnovi sumnje“, „osnovana sumnja“, „verovatnoća“ (ili

dovoljno osnovana sumnja) i „izvesnost“ (ili istinitost). Za pokretanje krivičnog postupka dovoljno je uverenje organa postupka na nivou osnova sumnje³ ili osnovane sumnje⁴ o delu i učiniocu. Za podizanje optužbe potrebno je da postoji verovatnoća ili „opravdana sumnja“⁵ o delu i učiniocu. Odluke kojima se krivični postupak okončava pred prvostepenom sudskom instancom ili u postupku po pravnim lekovima, moraju biti zasnovane na činjenicama koje su utvrđene sa najvišim mogućim stepenom uverenja. Taj stepen uverenja potreban je i kad se u postupku odlučuje o pravima procesnih subjekata.

U pogledu načina utvrđivanja činjenica važnih za postupak, postoje dva gledišta. Prema jednom gledištu sve činjenice se utvrđuju pomoću dokaza (Grubiša, 1963: 12-13), ali ima i shvatanja da se činjenice važne za postupak utvrđuju na dva načina – *neposrednim opažanjem i dokazivanjem* (Krapac, 2010: 403-406).

U krivičnom postupku se utvrđuju tri vrste činjenica – odlučne činjenice, činjenice-indicije i pomoćne činjenice. Bez utvrđivanja svih ovih činjenica nije moguća pravilna primena materijalnog krivičnog prava na konkretan krivični događaj. Zato se može reći da *skup svih važnih činjenica* (odlučnih, indicija i pomoćnih činjenica) predstavlja *stanje stvari*. To znači da je stanje stvari širi pojam koji involvira činjenično stanje i sve ostale važne činjenice koje se utvrđuju u krivičnom postupku. Za razliku od stanja stvari, samo *materijalne pravno relevantne i procesne pravno relevantne činjenice*, koje se utvrđuju u krivičnom postupku o jednoj konkretnoj krivičnoj stvari, u svojoj ukupnosti čine *pravno relevantno činjenično stanje* (Bayer, 1978: 18). Na utvrđeno činjenično stanje sud primenjuje pravne propise krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava. Zbog toga se i smatra da je činjenično stanje „skup činjenica na na kojima se neposredno zasniva primjena materijalnog ili formalnog krivičnog zakona u određenom krivičnom predmetu“ (Grubiša, 1963: 15). Te činjenice na koje sud neposredno primenjuje pravne norme, u zakonu se označavaju izrazom „odlučne činjenice“. Otuda, uvažavajući zakonsku leksiku, može se dati isto tako sadržinski ispravna ali daleko kraća definicija: *činjenično stanje je skup odlučnih činjenica*.

Iako je ova trihotomija nesporna, tj. trodeoba činjenica koje se utvrđuju u krivičnom postupku, u teoriji krivičnog procesnog prava, razlike se javljaju prilikom određivanja koje činjenice se uzimaju u obzir prilikom definisanja pojma „utvrđivanja“ činjenica, odnosno činjeničnog stanja.

Jedni, posmatrajući utvrđivanje činjenica sa stanovišta teorije saznanja, uzimaju u obzir sve tri vrste činjenica i zaključuju da utvrditi neku činjenicu znači uveriti

3 Vidi čl. 295 st. 1 tač. 1 ZKP Srbije.

4 Vidi čl. 275 st. 1 ZKP Crne Gore.

5 Vidi čl. 331 st. 1 ZKP Srbije.

se da li ona postoji ili ne postoji, odnosno znači spoznati njeno postojanje ili nepostojanje (Bayer, 1978: 12). Drugi, posmatrajući utvrđivanje činjenica sa procesnopravne strane, kompleksnu delatnost „utvrđivanja“ vezuju samo za odlučne (pravno relevantne) činjenice i umessto definicije „utvrđivanja činjenica“, daju definiciju „utvrđivanja činjeničnog stanja (Grubiša, 1982: 96). Iz te definicije je vidljivo da se utvrđivanje činjeničnog stanja odnosi samo na zaključivanje suda u određenim procesnim formama o postojanju ili nepostojanju odlučnih činjenica iz prikupljenih osnova saznanja. Delatnosti koje toj logičkoj operaciji prethode, pa i utvrđivanje činjenica-indicija, ne potpadaju pod utvrđivanje činjeničnog stanja (i indicije se na temelju istog procesa utvrđuju, ali predstavljaju tek *sredstvo* za utvrđivanje odlučnih činjenica). I prema ovom shvatanju indicije su činjenice koje se takođe utvrđuju u krivičnom postupku, ali je izostala definicija šta se ima smatrati pod utvrđivanjem indicija (i drugih za postupak važnih činjenica, tzv. pomoćnih činjenica). Zbog ovih različitih pristupa i pojmova koji se definišu, ima mišljenja u procesnoj teoriji da treba razlikovati predmet utvrđivanja činjenica u užem smislu, koga čine odlučne činjenice, od predmeta utvrđivanja u širem smislu, koji obuhvata sve za postupak važne činjenice (Radulović, 2009: 151).

Nesporno je da i utvrđivanje indicija, po svojoj suštini, predstavlja utvrđivanje činjenica. Otuda se postavlja pitanje ima li i u čemu su razlike u utvrđivanju odlučnih činjenica od utvrđivanja drugih važnih činjenica, kad se definicija ovih drugih izostavlja. Epistemološki posmatrano ne mogu se zapaziti nikakve razlike – utvrditi bilo odlučnu bilo indiciju znači uveriti se da ona postoji ili ne postoji. To, samo po sebi, ne znači da nije moguća i procesnopravna definicija utvrđivanja ostalih važnih činjenica, već se pitanje svodi na to da li sa procesnopravnog stanovišta ima kakvih razlika u utvrđivanju odlučnih od utvrđivanja drugih važnih činjenica. Mi smatramo da ni tu nema razlika u suštini utvrđivanja činjenica već u dejstvu utvrđenih odlučnih od dejstva utvrđenih činjenica-indicija i pomoćnih činjenica. Stoga bi iz definicije utvrđivanja činjeničnog stanja trebalo izostaviti odrednice koje se tiču dejstva utvrđenih odlučnih činjenica, da bi se ta definicija mogla rasprostrti i na sve druge važne činjenice.

Podvođenjem utvrđivanja činjenica indicija pod jedinstvenu definiciju utvrđivanja činjenica, ne prejudiciraju se subjekti utvrđivanja činjenica niti način njihovog utvrđivanja. Nezavisno od shvatanja na koji se način utvrđuju činjenice u krivičnom postupku (dokazivanjem ili i neposrednim opažanjem), i bez obzira na gledište ko se smatra subjektom koji utvrđuje činjenice (sud ili uz ovaj organ postupka i stranke i drugi učesnici postupka), u suštini procesnopravne definicije utvrđivanja činjenica je *sticanje uverenja, iz dopuštenog izvora saznanja i na pravno dopušten način, da neka važna činjenica postoji ili ne postoji, što se proglašava u sudskoj odluci*. Razlika između utvrđivanja odlučnih i

drugih važnih činjenica je u tome što se utvrđene odlučne činjenice proglašavaju u dispozitivu sudske odluke, na koje se nadovezuje primena krivičnopravne ili krivičnoprocesne norme, dok se utvrđene činjenice-indicije i pomoćne činjenice proglašavaju u obrazloženju sudske odluke i služe kao logički argument na kome se temelji uverenje da neka, u dispozitivu navedena odlučna činjenica postoji ili ne postoji. Izuzetno, kada se radi o pokretanju krivičnog postupka ili obustavi istrage, da su utvrđene činjenice koje predstavljaju uslov za pokretanje krivičnog postupka, odnosno za obustavu istrage, proglašava se u odluci organa koji je za to po zakonu nadležan, a taj organ ne mora biti sud (npr. u pravnim sistemima u kojima je ustanovljena javnotužilačka istraga, pokretanje i obustava istrage u nadležnosti je javnog tužioca, pa se utvrđene činjenice proglašavaju u njegovim odlukama).

3. Monističko i pluralističko učenje o subjektima koji utvrđuju činjenice

U teoriji krivičnog procesnog prava postoje u osnovi dva gledišta u pogledu subjekata koji utvrđuju činjenice – monističko i pluralističko. Učenja imaju različit pristup: jedno gledište u prvi plan stavlja procesnopravnu regulativu utvrđivanja činjenica, a drugo uzima u obzir isključivo opštu teoriju saznanja.

Monističko shvatanje zasnovano je na procesnopravnoj definiciji utvrđivanja činjeničnog stanja: „utvrditi činjenično stanje u procesno-pravnom smislu znači *ustanovljenje u propisanoj formi i autoritativno proglašenje od strane za to ovlašćenog sudskog organa u njegovoj odluci, postojanja ili nepostojanja skupa određenih činjenica na kojima se temelji odlučivanje u krivičnom postupku*“ (Grubiša, 1982: 96). Iz ovakvog poimanja utvrđivanja činjeničnog stanja, proizlazi: da se „kao utvrđeno činjenično stanje može smatrati *jedino ono za koje je sud zaključio (našao) da postoji*; u procesnopravnom smislu mogu se kao utvrđene smatrati „isključivo one činjenice *za koje sud u svojoj odluci zaključio (utvrdio) da postoje*; to dalje znači da se utvrđene činjenice nikako ne mogu tražiti „u rezultatu dokaza, u spisima, u tvrdnjama stranaka i drugih učesnika u postupku koji bi bili otkrili postojanje nekih činjenica, odnosno doznali za njih“; da forma sudske odluke u kojoj su utvrđene činjenice može biti različita i da dolaze u obzir sve vrste odluka koje sud donosi u krivičnom postupku – presude, rešenja i naredbe (Grubiša, 1982: 97).

Pluralistička koncepcija polazi od epistemološkog pojma utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku. Prema pristalicama ovog gledišta, nema suštinske razlike u epistemološkom i pravnom smislu između sudijske spoznaje činjenica i spoznaje činjenica od strane drugih procesnih subjekata. Za sve subjekte krivičnog postupka mora se „koncedirati da pojam `utvrditi neku činjenicu` znači uvjeriti se u njezino postojanje ili nepostojanje, dakle isto kao što to znači i za subjekte

spoznaje u drugim ljudskim djelatnostima“ (Krapac, 1982: 107). Sud se, pravno gledano, može uveriti u postojanje ili nepostojanje činjenica na temelju istih izvora saznanja kao i drugi procesni subjekti. Iz ovakvog poimanja utvrđivanja činjenica proističe da u krivičnom postupku postoji više subjekata koji utvrđuju činjenice: organ koji vodi krivični postupak, stranke, pa čak i veštaci (Krapac, 2010: 396-399).

U vezi sa iznetim gledištima, može se reći da je monističko učenje, posmatrano sa procesnopravnog stanovišta, primerenije procesnoj stvarnosti i stoga prihvatljivije. Tačno je da u postupku dokazivanja činjenica učestvuje više procesnih subjekata, stranke, branilac, veštaci, itd. i naposljetku krivični sud. Međutim, vlast odlučivanja o osnovanosti kaznenog zahteva ima samo sud, pa on mora imati i ovlašćenje da konačno utvrdi postojanje svih pravno relevantnih činjenica na kojima se ta odluka zasniva. Zato se može reći da *sud utvrđuje činjenice* u krivičnom postupku. Vršanjem svojih funkcija, procesne stranke i branilac mu samo pomažu da stekne uverenje o postojanju činjenica važnih za postupak. Njihovo uverenje da neke činjenice postoje, makar bilo i višeg stepena nego sudijsko, još ne znači da su te činjenice utvrđene. Potrebno je da uverenje o postojanju činjenica stekne sud, da bi, procesnopravno gledano, bile utvrđene i postale činjenična podloga sudske odluke. Uverenje stranaka o pravno relevantnim činjenicama može nekada posredno uticati da se odlučne činjenice smatraju utvrđenim, na primer, kad zaključe sporazum o priznanju krivice, ali je i tada uverenje suda o odlučnim činjenicama presudno. Samo izuzetno, činjenice u krivičnom postupku može utvrđivati drugi državni organ, ali na to mora biti zakonom ovlašćen (npr. javni tužilac u istrazi). Međutim, i u tom slučaju činjenice pravno relevantne za meritornu odluku o krivičnoj stvari utvrđuje samo sud.

Sud utvrđuje činjenice na *predlog stranaka ili po službenoj dužnosti*. Prilikom utvrđivanja činjenica sud je ograničen krivičnim događajem na koji se odnosi kazneni zahtev, što znači da je *vezan optužnim aktom ali i izvesnim zabranama* sadržanim u normama krivičnog procesnog prava ili pravnog poretka.

4. Istina u krivičnom postupku

O istini u krivičnom postupku takođe se može govoriti i sa stanovišta opšte teorije saznanja, ali ćemo se u ovom radu nadalje baviti samo procesnopravnim aspektom utvrđivanja istine. Pitanje istine postalo je iznova aktuelno poslednjih deceniju-dve, nakon sprovedenih velikih reformi krivičnog procesnog zakonodavstva u mnogim zemljama Evrope, osobito istočnoevropskim. Do tada neprikosnoveni mešoviti tip krivičnog postupka, zakonopisci su počeli da menjaju pod snažnim uticajem ideja iz angloameričkog prava. Do prevage optužnog sistema krivičnog postupka u sprovedenim reformama došlo je iz

pragmatičnih razloga i pod uticajem raznih, pre svega vanpravnih faktora, a za pojedina procesna zakonodavstva, kao što je npr. bosansko, smatra se da su reformisana „pod pritiskom međunarodnih faktora“ (Damaška, 2010: 823). U tom reformisanju na udar je došlo i utvrđivanje istine kao posledica usvajanja principa na kojima je uređen adverzijalni tip krivičnog postupka. Na taj način reformisale su svoje postupke eksjugoslovenske zemlje (Sijerčić Čolić, 2012: 169-191). i Rusija, u kojoj su se kao teorijski odgovor javile ideje da “da je potrebno zameniti princip istine principom dokazanosti optužbe” (Mihaïlovskaja, 2006: 17-22).

Da li se u nekom krivičnom postupku utvrđuje istina, zavisi od zakon-skog uređenja cilja krivičnog postupka i njegovih osnovnih principa. Budući da je spoznaja istine u postupku neposredno vezana za utvrđivanje činjenica, njeno postojanje direktno je uslovljeno ulogom suda u prikupljanju i izvođenju dokaza (tzv. istražna maksima) i odgovornošću suda, u krajnjem, za utvrđivanje činjeničnog stanja. Imajući u vidu ove determinante, može se reći da u pogledu utvrđivanja istine u krivičnom postupku, postoje dva modela.

U adverzijalnom modelu krivične procedure nema mesta utvrđivanju istine jer je postupak uređen kao spor ravnopravnih stranaka pred sudom, pa je cilj postupka rešavanje tog spora a ne istraživanje i utvrđivanje istine o krivičnom događaju. Funkcija krivičnog postupka se iscrpljuje u osiguranju pravičnog postupka i zaštiti prava procesnih subjekata, a rešavanje spora biva rezultat sudske ocene pravnog dvoboja stranaka. Na strankama je da prikupe i pred sudom izvedu dokaze za svoje tvrdnje, pa konsekventno da svaka od njih zatraži odluku suda u svom interesu. Da bi ostao nepristrasan, sud mora biti pasivan u pogledu pronalaženja i izvođenja dokaza. U harmoniji sa ovakvim uređenjem postupka na teorijskom planu je shvatanje da je epistemološka definicija utvrđivanja činjenica dovoljna a procesnopravna nepotrebna, i da je pluralističko učenje o subjektima koji utvrđuju činjenice sasvim odgovarajuće.

U klasičnom mešovitom krivičnom postupku, pravilna primena materijalnog krivičnog prava je cilj krivičnog postupka koje nema bez utvrđivanja istine o krivičnom događaju. Istraživanje istine je jedan, ali ne i jedini cilj krivičnog postupka (i u ovom tipu krivičnog postupka pružaju se garancije za zaštitu ljudskih prava učesnika postupka i teži se ka pravičnom suđenju). Iz tog razloga ustanovljava se tzv. inkvizicioma maksima koja ovlašćuje i obavezuje sud da istraži i utvrdi istinu. U pogledu dokazivanja, sud nije ograničen predlozima stranaka i obavezan je da samoinicijativno, po službenoj dužnosti, prikupi i izvede dokaze kako bi pravilno i istinito utvrdio činjenično stanje. Pri takvom normativnom uređenju, načelo istine je jedno od osnovnih načela krivičnog postupka, što se neretko eksplicite definiše u procesnim zakonima. Na teorijskom planu, ovom

modelu odgovara procesnopravna definicija utvrđivanja činjenica i monističko učenje po kome samo sud utvrđuje činjenice u krivičnom postupku.

Srpski zakonodavac se, na žalost, priključio onim reformistima koji su proterali načelo istine iz krivičnog postupka. Proterivanje načela istine iz krivičnog postupka najradikalnija je izmena u procesnom kodeksu iz 2011. godine, koju konsekvntno prati razvlašćivanje suda da se stara o dokazivanju pravno relevantnih činjenica. Sud je sada oslobođen odgovornosti za prikupljanje i izvođenje dokaza. To je bila „cena“ da se u naš pravni sistem, umesto mešovitog, uvede anglosaksonski, adverzijalni tip krivičnog postupka.

Glavni pretres je uređen po američkom modelu akuzatorskog krivičnog postupka i koncipiran je kao čisto stranački postupak: teret pružanja dokaza je na tužiocu, na strankama je odgovornost da pribave i izvedu dokaze, dok je sud rasterećen obaveze da istražuje istinu o krivičnom događaju. Sud ima obavezu da ispravno (istinito) utvrdi činjenice samo na osnovu dokaza koje izvedu same stranke, ali nema obavezu da istinu istražuje po službenoj dužnosti. Oslobođanjem suda da snosi odgovornost za izvođenje dokaza i za utvrđivanje istine, tj. potpunog i istinitog činjeničnog stanja, nezavisno od aktivnosti stranaka, na čemu tradicionalno počiva kontinentalnevropski tip krivičnog postupka, toliko je veliko odstupanje od našeg pravnog nasleđa da je po značaju ispred uvođenja javnotužilačke istrage (umesto sudske), zbog tolike radikalnosti i problema koje može izazvati u praktičnom funkcionisanju krivičnog pravosuđa. Međutim, pitanje je da li nam je bio potreban tako radikalni reformski zahvat. Stranački uređen glavni postupak nije karakterističan za kontinentalni tip krivičnog postupka, kakav je naš, i uopšte ne odgovara našoj pravnoj tradiciji. Zamišljen je kao pravni dvoboj dveju stranaka pred sudom, čija je uloga u utvrđivanju činjenica do krajnosti pasivizirana i samo se stara samo o zakonitosti i kontinuitetu glavnog pretresa. Iz takve zamisli izvire najveći nedostatak nove koncepcije postupka presuđenja krivične stvari – ukidanje načela istine.

Da bi se to postiglo, prvo je ukinuta zakonska definicija načela istine u krivičnom postupku. U procesnoj književnosti se smatra da je načelo istine bilo definisano u članu 17 st. 1 ZKP/2001. Nasuprot dosadašnjem rešenju, u novom modelu krivičnog postupka krivični sud i drugi državni organi nemaju više obavezu da istinito i potpuno utvrđuju činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke, kao što su imali po do sada važećim propisima. Umesto toga propisano je da odluku kojom presuđuje krivičnu stvar „sud može zasnovati samo na činjenicama u čiju je izvesnost uveren“ (čl. 16 st. 4), pošto prethodno „nepriistrasno oceni izvedene dokaze“ (čl. 16 st. 2 ZKP/2011). Međutim, obaveza suda da utvrđuje činjenice sa stepenom izvesnosti ne sme se poistovećivati sa utvrđivanjem istine. Svoje uverenje o izvesnosti postojanja neke činjenice, sud

zasniva samo na dokazima, a dokaze na glavnom pretresu izvode jedino stranke (pošto ih prethodno predlože, po pravilu, na pripremnom ročištu). To znači da sud može steći uverenje tog stepena samo ako stranke izvedu sve potrebne dokaze. U slučaju da stranke izvedu nedovoljno dokaza, sud nije ovlašćen da potrebne dokaze izvede po službenoj dužnosti, pa je nužna primena pravila *in dubio pro reo*. Sud, dakle, u pogledu svake odlučne činjenice mora biti uveren da je izvesna, ali ako za neku od njih nema dovoljno stranačkih dokaza da bi se sa izvesnošću uverio u njeno postojanje, sud nije ovlašćen da istražuje da li ta činjenica postoji niti da prikuplja dokaze da ona postoji. Omeđeno stranačkim dokazima, sudijsko uverenje deli sudbinu namere stranaka i njihove sposobnosti da dokažu istinu.

U pogledu odgovornosti za pronalaženje i izvođenje dokaza, predviđeno je da teret pružanja dokaza leži na tužiocu, a da „*sud izvodi dokaze*⁶ *na predlog stranaka*“ (čl. 15 st. 1 i 2 ZKP/2011). Ova odredba je jedna svetla tačka u oblasti zakonskog uređenja dokazivanja činjenica, ali koja, nažalost, nema nijedne dodirne tačke sa bilo kojim pravilom o dokaznim radnjama. U daljim zakonskim odredbama o dokaznim radnjama ili o toku postupka sud nije ovlašćen da izvede nijednu dokaznu radnju, zbog čega ta opšta odredba ostaje samo proklamacija, koja je u koliziji sa svim drugim odredbama o dokazivanju, pa gubi svaki smisao. Zato su strogi kritičari novog procesnog kodeksa imali razloga da ustvrde da je to „*omaška tvoraca novog zakonika*“ (Škulić, Ilić, 2012: 75). To je ključna odredba koja „na maligan način teško 'inficira' i 'truje' ceo tekst Zakonika iz 2011. godine“ (Škulić, Ilić, 2012: 76).

Proterivanjem načela istine iz krivičnog postupka i oslobađanjem suda odgovornosti za prikupljanje i izvođenje dokaza, naš budući krivični postupak postaće sličan parničnom postupku (Đurđić, 2012: 453), u kome stranke imaju pravo dispozicije, pa konsekventno tome i snose odgovornost za utvrđivanje činjenica u postupku. Takav postupak je u potpunoj protivrečnosti sa dominirajućim doktrinarnim shvatanjem u kontinentalnoj Evropi o prirodi i cilju krivičnog postupka. Zbog javnog interesa da se gone učinioci krivičnih dela i javnog karaktera krivičnog postupka, u njemu važi načelo sudskog istraživanja materijalne istine, te u odnosu na razjašnjenje predmeta postupka nije vezan aktivnošću stranaka već sud „*istražuje istinu*“ izvođenjem dokaza po službenoj dužnosti koji su od važnosti za sudsko odlučivanje (Roxin, Schünemann, 2009: 78). I mnoga savremena zakonodavstva eksplicite propisuju važenje načela istine i odgovornosti suda za istraživanje i utvrđivanje istine. U nemačkom procesnom zakonu izričito je propisano da je *u cilju utvrđivanja istine* sud dužan da po

6 Ovoj opštoj odredbi, prema kojoj sud izvodi dokaze, protivrečna je odredba o izvođenju dokaza na glavnom pretresu, prema kojoj svedoke i veštake na glavnom pretresu ispituju stranke (čl. 402. st. 2. i 6. ZKP/2011).

službenoj dužnosti izvodi dokazni postupak u pogledu svih činjenica i dokaza koji su bitni za donošenje odluke (§244 Abs 2 StPO). Crnogorski zakonodavac uređuje načelo istine u odredbama o osnovnim pravilima postupka (vidi čl. 16 st. 1 ZKP CG).

5. Zaključna razmatranja

Srž svakog suđenja je utvrđivanje činjenica jer bez njega nema primene prava. Takav značaj utvrđivanja činjenica verodostojno oslikava doktrinarna misao da je suđenje, zapravo, veština korišćenja izvora saznanja. I pored toga, mali je broj radova u procesnoj literaturi o činjenicama i njihovom utvrđivanju, a mnogo više literature o dokazima i dokazivanju koji upravo služe utvrđivanju činjenica.

Za procesnopravno objašnjenje činjenica temeljno polazište čini definicija činjenica koju daje opšta logika, dok je za teorijsko objašnjenje i izgradnju definicije činjeničnog stanja i utvrđivanja činjenica neophodno oslanjanje na pojam pravnih činjenica, koji daje opšta teorija prava. Prevlađujuće shvatanje među srpskim teoretičarima prava je da su pravne činjenice predviđene u pretpostavkama pravnih normi, na osnovu kojih nastaju, menjaju se i prestaju pravni odnosi.

Utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku može se posmatrati sa stanovišta opšte teorije saznanja i dati epistemološka definicija, ali i sa procesnopravnog aspekta sa odgovarajućom konstrukcijom pravnog pojma. Na sazajno teorijskom planu nema sporenja i smatra se da utvrditi neku za postupak važnu činjenicu znači uveriti se da postoji ili ne postoji. Sporenja nastaju oko potrebe i ispravnosti procesnopravne definicije utvrđivanja činjenica, odnosno činjeničnog stanja u krivičnom postupku. Procesnopravna definicija utvrđivanja činjenica vezuje se za činjenično stanje, a pristalice epistemološke definicije rasprostiru njeno važenje na sve važne činjenice – pored odlučnih, tj. pravno relevantnih i na činjenice-indicije i pomoćne činjenice.

Razlike u doktrinarnim gledištima javljaju se i u pogledu subjekata koji utvrđuju činjenice u krivičnom postupku. Prema monističkom učenju, činjenično stanje utvrđuje isključivo sud i mogu se smatrati utvrđenim samo one činjenice za koje sud u svojoj odluci nađe da postoje. Pluralističko gledište, zasnovano na spoznajnoteorijskoj definiciji utvrđivanja činjenica, uzima da činjenice u postupku utvrđuje širi krug subjekata – sud, stranke i veštaci, a da se proklamacija utvrđenih činjenica u sudskoj odluci ne tiče samog procesa spoznaje činjenica iako je njegov rezultat, nego dejstva sudskih odluka. Oživljavanje pluralističke teorije, ali na posve drukčijoj argumentaciji i pravnoteorijskoj i filozofskoj osnovi, koincidira sa ovovremenim reformskim zahvatima u krivični postupak kojim se iz krivičnog postupka proteruje tzv. istražna maksima i načelo utvrđivanja istine

i uvodi adverzijalni (optužni) krivični postupak, recepcijom angloameričkog prava.

I procesnopravna definicija utvrđivanja činjenica treba da uvažava stav opšte teorije saznanja, prema kome, utvrditi neku činjenicu znači uveriti se da ona postoji ili ne postoji. Pored toga, definicija treba da bude sveobuhvatna i da utvrđivanje rasprostire na sve za postupak važne činjenice. Za razliku od ovakvog teorijskog pristupa, u procesnim kodeksima se s razlogom potencira utvrđivanje činjeničnog stanja, jer ono u pravnom silogizmu predstavlja donju premisu na kojoj se temelji primena norme iz krivičnog propisa, ali to ne negira potrebu da se da definicija utvrđivanja ostalih činjenica. U procesnopravnom smislu, *utvrditi neku za postupak važnu činjenicu znači uveriti se (ustanoviti) da ona postoje ili ne postoji iz pravno dopuštenih izvora i načina saznanja, i to autoritativno proglasiti u odluci sudskog ili drugog nadležnog organa koji vodi krivični postupak*. Činjenice se mogu ustanoviti samo u krivičnom postupku, ne izvan njega, u zakonom propisanoj formi, a utvrđuje ih i proglašava samo sud, ne i drugi procesni subjekti (u fazama koje nisu sudske prirode utvrđuje ih organ kome su stavljene u nadležnost). Da bi se moglo smatrati da je utvrđena neka, za postupak važna činjenica, ona mora biti autoritativno proglašena u sudskoj odluci (odnosno, u odluci organa koji postupak vodi). Ustanovljene odlučne činjenice proglašavaju se u dispozitivu sudske odluke, iz koga se vidi koje je činjenično stanje utvrđeno, a ostale važne činjenice (činjenice-indicije i pomoćne činjenice) navode se u obrazloženju sudske odluke.

U kontinentalnoevropskoj krivičnoprocesnoj doktrini i pravnim sistemima skoro opšteprihvaćeno je gledište da je cilj krivičnog postupka utvrđivanje istine, ali ne jedini cilj. Na tom temelju gradi se pravo države na kažnjavanje – tzv. *ius puniendi*. Te su postavke u potpunoj harmoniji – u državi „vladavine prava“ niko ne može biti kažnjen dok se sa sigurnošću ne utvrdi da potpada pod pravo države na kažnjavanje. Ako se, pak, ukine načelo istine i sud u krivičnom postupku oslobodi odgovornosti za utvrđivanje svih pravno relevantnih činjenica, na čemu će država zasnivati svoje pravo na kažnjavanje? To je fundamentalno pitanje, pravnoteorijsko i pravopolitičko, ali i etičko i filozofsko, na koje zakonopisci novog srpskog procesnog kodeksa nisu dali odgovor. Može li državapoveriti strankama utvrđivanje činjenica na kojima se zasniva javni interes kažnjavanja ili je civilizacijski da se osloni na samostalni, nezavisni, nepristrasni i kompetentni organ, kakav je sud?

Literatura

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

Bejatović, S. (2010). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Naučna knjiga.

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

Grubiša, M. (1963). *Činjenično stanje u krivičnom postupku*. Zagreb.

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

Đurđić, V. (2012). Revizija osnovnih procesnih načela na kojima je izgrađen novi krivični postupak Srbije. *Pravna riječ*. Banja Luka. 33. 447-465.

Krapac, D. (1981). Procesnopravni aspekt problema utvrđivanja činjeničnog stanja u krivičnom postupku, *Jugoslovenska revija za krivično pravo i kriminologiju*. 3-4. 527-557.

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

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

Lukić, R. (1995). *Teorija države i prava, II. Teorija prava*. Beograd.

Mitrović, D. (2010). *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Mihaïlovskaïa, I. B. (2006) *Nastol'naja kniga sud'i po dokazyvaniju v ugolovnom processe*. Moskva.

Radulović, D. (2009). *Krivično procesno pravo*. Podgorica: Pravni fakultet Univerziteta u Podgorici.

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

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

Stevanović, Č. (1994). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Naučna knjiga.

Stevanović, Č., Đurđić, V. (2006). *Krivično procesno pravo – Opšti deo*. Niš: Pravni fakultet u Nišu.

Šešić, B. (1962). *Logika i naučna metodologija*. Beograd.

Škulić, M., Ilić, G. (2012). *Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.

Vojislav Đurđić, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Marko Trajković, LL.D.
Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

On the Truth in Criminal Procedure

Summary

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

Between the monistic and the pluralistic theory, the authors favor the former, considering that the only facts which are relevant in the procedural reality are those established by the competent court and explicitly started in the court decision. After confronting the arguments of these two largely opposed theoretical viewpoints, the authors construct their own definition of fact-finding (establishing the truth) in the criminal procedure. Towards the end of the paper, the authors examine the legal framework for establishing the truth in criminal procedure. The authors note that, in general, there are two models: the first one is the (inquisitorial) criminal procedure distinguished by prominent public law features, where the court is obliged to investigate/examine the facts and establish the truth

about the criminal event, which is the basis for ius puniendi; the second one is the adversarial procedure, whose objective to resolve the parties' dispute in the course of a fair proceeding rather than to establish the truth. In this context, the authors criticize Serbian law-makers for expelling the concept of truth from the criminal procedure.

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

Prof. dr Zoran Radivojević,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.321

Rad primljen: 25.09.2013.
Rad prihvaćen: 04.11.2013.

ZAŠTITA CIVILNOG STANOVNIŠTVA OD POSLEDICA NEPRIJATELJSTAVA U MEĐUNARODNOM HUMANITARNOM PRAVU¹

Apstrakt: U zavisnosti od karaktera ugroženosti civilnog stanovništva međunarodno humanitarno pravo predviđa opštu zaštitu od posledica neprijateljstva i posebnu zaštitu za slučaj pada pod vlast neprijatelja. Opštom zaštitom obuhvaćeno je celokupno civilno stanovništvo strana u sukobu bez obzira na kojoj teritoriji i u čijoj vlasti se nalazi. Radi efikasnije zaštite od posledica neprijateljstva mogu se ustanoviti posebne zaštićene zone, zabranjeni su napadi protiv civilnog stanovništva i civilnih objekata, predviđeno je preduzimanje mera predostrožnosti u napadu i protiv posledica napada, kao i pravo na humanitarnu pomoć. Posebnu zaštitu uživaju civili koji padnu pod vlast neprijateljske države zbog većeg stepena njihove ugroženosti od pretnji, ucena i drugih oblika samovoljnog postupanja. Ova zaštita se odnosi na različite situacije u kojima se mogu naći civili neprijatelja i njome su obuhvaćene tri kategorije ovih lica. Prvu čine civili državljani jedne strane u sukobu koji su nastanjeni u neprijateljskoj državi ili ih je na toj teritoriji zateklo izbijanje neprijateljstva. U drugu kategoriju spadaju civili koji nastavljaju da žive na teritoriji svoje države, ali su se nezavisno od svoje volje našli pod vlašću neprijatelja koji je u toku oružanog sukoba okupirao ovu teritoriju i stavio je efektivno pod svoju kontrolu. Treća kategorija obuhvata internirane civile na neprijateljskoj ili okupiranoj teritoriji koje je strana u sukobu uputila u posebne logore gde prinudno borave i čiji je položaj veoma sličan sa tretmanom ratnih zarobljenika.

Ključne reči: civilno stanovništvo, civili, zaštita, neprijateljstva, okupacija, internacija, zaštićene zone, zabranjeni napadi, mere predostrožnosti, humanitarna pomoć.

¹ zoranr@prafak.ni.ac.rs

Rad je rezultat istraživanja autora na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br.179046 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1. Uvod

Zaštiti civilnog stanovništva u međunarodnom humanitarnom pravu pristupilo se najkasnije u poređenju sa drugim kategorijama zaštićenih lica koja učestvuju u neprijateljstvima (Vučinić, 2006: 277). Klasično ratno pravo, važeće početkom prošlog veka, zasnivalo se na pretpostavci da neprijateljstva treba da se vode isključivo između oružanih snaga zaraćenih država. U to doba smatralo se da civilno stanovništvo ne sme da bude izloženo ratnim dejstvima, a vojne operacije protiv civila nisu posmatrane kao legitimni način za pobjedu u ratu (Gasser, 1999: 45).

Ovako tradicionalno poimanje rata imalo je za posledicu posredno i samo uzgredno regulisanje zaštite civila u kodifikovanom ratnom pravu. Prve pisane norme o civilnom stanovništvu sadržane su Delu II i III Haškog pravilnika o zakonima i običajima suvozemnog rata iz 1907. godine. Te odredbe odnosile su se na zabranjene postupke prema stanovništvu protivničke strane u toku trajanja neprijateljstava, kao i zaštitu civila na okupiranoj teritoriji.²

Prvi i drugi svetski rat dramatično su pokazali sve slabosti ovakvog pristupa pravnoj zaštiti civilnog stanovništva od posledica neprijateljstava. Upotreba avijacije i projektila velikog dometa i totalni način vođenja rata izložio je civilno stanovništvo dejstvu neprijateljskog oružja bez obzira gde se ono nalazilo.

Uviđajući nedostatke postojećih normi u uslovima višestruko povećane ugroženosti civila, Međunarodni komitet Crvenog krsta pokrenuo je odmah po završetku Drugog svetskog rata aktivnost radi sveobuhvatnog regulisanja zaštite civilnog stanovništva. Kao rezultat takvih napora na diplomatskoj konferenciji u Ženevi 1949. godine doneta je posebna (IV) Konvencija o zaštiti građanskih lica za vreme rata (Izvori, 2007: 116-168). Ova konvencija prvi je međunarodni ugovor u potpunosti posvećen zaštiti civilnog stanovništva i obuhvata 159. članova raspoređenih u četiri dela.

Međutim, razvoj oružja za masovno uništenje ljudi (Rousseau, 1983: 81) i drastičan porast civilnih žrtava u posleratnim oružanim sukobima ukazao je na potrebu da se ova Konvencija osavremeni i upotpuni novim pravilama. Taj cilj ostvaren je na Konferenciji u Ženevi 1977. godine usvajanjem Dopunskog protokola (I) o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Doswald-Beck, 1989: 138), koji sadrži poseban Deo IV posvećen civilnom stanovništvu sastavljen od preko trideset članova³ raspoređenih u tri odeljka.

2 Čl.23-28 i 42-56 Haškog pravilnika. Izvori, 2007: 311; 314.

3 Čl.48-79 Protokola. Izvori, 2007: 207-228.

2. Pojam civilnog stanovništva i oblici zaštite

Ženevska konvencija nije precizno definisala pojam civilnog stanovništva. U njenom čl. 4 se samo kaže da zaštitu uživaju lica koja se bilo kada i na bilo koji način nađu u vreme oružanog sukoba ili okupacije u vlasti strana u sukobu ili okupacionih snaga čiji nisu državljani. Iz navedene odredbe Konvencije moglo bi se zaključiti da status zaštićenog lica nemaju civili koje se nalaze u vlasti sopstvene države, tj. domaći državljani (Sassoli, Bouvier, 2005: 146). Međutim, to nije u skladu sa njenim čl.13 koja predviđa da se odredbe Konvencije o zaštiti odnose na celokupno stanovništvo zemalja u sukobu. Ove nedoslednosti u Ženevskoj konvenciji otklonjene su Dopunskim protokolom I koji sadrži definicije pojmova civil i civilno stanovništvo.

Pojam civila određen je na negativnan način i obuhvata lica koja se nalaze na teritoriji strana u sukobu, a ne čine deo oružanih snaga u smislu (III) Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 1949. i Protokola I iz 1977. godine. Otuda proizilazi da se civilima smatraju sva lica koja ne spadaju u kategoriju ratnih zarobljenika i boraca, tj. pripadnika oružanih snaga. Pojam civilnog stanovništva, pak, obuhvata sva lica sa statusom civila.

Budući da nisu borci, civili ne smeju da učestvuju neposredno u neprijateljstvima. Civili koji protivpravno uzimaju učešće u neprijateljstvima moraju računati sa rizikom gubitka zaštite koju propisuje međunarodno humanitarno pravo. Ipak, oni i po prestanku učešća u neprijateljstvima zadržavaju status civila i ne postaju po tom osnovu borci. U slučaju sumnje oko statusa nekog lica pretpostavlja se da je ono civil, s tim što će se naknadno u okviru odgovarajućeg sudskog postupka utvrđivati osnovanost te pretpostavke.

Direktno učešće civila u neprijateljstvima znači aktivno učestvovanje u vojnim aktivnostima neposredno povezanim sa borbom. Ono obuhvata svaki neprijateljski akt koji je po svojoj prirodi i cilju uperen protiv oružanih snaga suprotne strane ili ratnog materijala (Kalshoven, Zegveld, 2013: 98). Aktivnosti koje nisu jasno povezane sa neprijateljstvima ne smatraju se direktnim učešćem. One eventualno mogu biti kvalifikovane kao doprinos civilnog stanovništva ratnim naporima svoje zemlje, što je veoma rastegljiv i mnogo širi pojam od neposrednog učešća u neprijateljstvima (Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, 2006: 177).

Za vreme oružanog sukoba civilno stanovništvo izloženo je brojnim i različitim opasnostima. Oblici zaštite civila u međunarodnom humanitarnom pravu prilagođeni su prirodi i vrstama tih opasnosti. One se mogu, grosso modo posmatrano, svesti na dve osnovne grupe: opasnosti izazvane samim vojnim operacijama, odnosno borbenim dejstvima i opasnosti kojima su izloženi civili kada se nađu u vlasti neprijatelja (Gasser, 1999: 45-46).

U zavisnosti od karaktera ugroženosti civilnog stanovništva međunarodno humanitarno pravo predviđa opštu zaštitu od posledica neprijateljstava i posebnu zaštitu za slučaj pada pod vlast neprijatelja. Prvim oblikom zaštite obuhvaćeno je celokupno civilno stanovništvo strana u sukobu bez obzira na kojoj teritoriji i u čijoj vlasti se nalazi. Posebnu zaštitu uživaju civili na teritoriji neprijateljske države, civili na teritoriji koju je neprijatelj okupirao, kao i internirani civili u jednoj od navedenih situacija.

3. Opšta zaštita civilnog stanovništva

Ženevska konvencija predviđa opštu zaštitu celokupnog stanovništva strana u sukobu bez ikakve diskriminacije u pogledu rase, nacionalnosti, veroispovesti ili političkih uverenja. Radi efikasnije zaštite civilnog stanovništva u uslovima borbenih dejstva Konvencijom su uvedene zone i mesta pod posebnom zaštitom. Od značaja za opštu zaštitu civilnog stanovništva je odredba koja predviđa slobodan prolaz humanitarne pomoći za ugrožene civile⁴.

Da bi sproveo opštu zaštitu civilnog stanovništva od opasnosti koje proizilaze iz vojnih operacija Protokol sadrži nekoliko dodatnih pravila. Među njima poseban značaj ima odredba po kojoj civilno stanovništvo kao takvo ni civili pojedinačno ne smeju biti predmet napada, kao i načelo da se prilikom sprovođenja vojnih operacija mora stalno voditi računa da se poštede civilno stanovništvo, civili i civilni objekti. Pošto je odredio koji se napadi smatraju zabranjenim, Protokol predviđa obavezu preduzimanja mera predostrožnosti prilikom napada, kao i protiv posledica napada. Pored toga, zaštita civilnog stanovništva proširena je uvođenjem novih vrsta mesta i zona pod posebnom zaštitom, a odredbe o humanitarnoj pomoći dopunjene su i osavremenjene novim pravilima⁵.

3.1. Zaštićene zone

Zaštićene zone korišćene su u praksi i pre Drugog svetskog rata radi zaštite i smeštaja ranjenika i civila u delovima nebranih mesta. Na terenu ugovornog prava ozakonjene su usvajanjem Ženevskih konvencija od 1949. godine. Dok Prva konvencija o zaštiti ranjenika i bolesnika ima u vidu samo sanitetske zone⁶, Četvrta konvencija predviđa još i zone bezbednosti i neutralizovane zone. Dopunski protokol iz 1977. godine proširuje ovaj pojam uvođenjem nebranih mesta i demilitarizovanih zona.

4 Čl.13-15 i 23 Ženevske konvencije. Izvori, 2007: 120-121; 123-124.

5 Čl.48, 51, 57-60 i 69-70 Protokola. Izvori, 2007: 208-209; 212-216; 221-222.

6 Čl.23 Ženevske konvencije. Izvori, 2007: 123-124.

Sanitetske zone namenjene su za zbrinjavanje i smeštaj isključivo ranjenika i bolesnika. Zone bezbednosti su, pak, mesta u kojima se, osim ranjenika i bolesnika, mogu skloniti nemoćne i stare osobe, deca mlađa od petnaest godina, trudnice i majke sa decom ispod sedam godina. Uspostavljaju na sopstvenoj ili okupiranoj teritoriji sporazumom strana u sukobu, a mogu se odrediti još u doba mira ili tek kada otpočnu neprijateljstva (Torelli, 1995: 790). Zone treba da obuhvate slabo naseljene teritorije, udaljene od vojnih objekata, važnih industrijskih postrojenja ili administrativnih ustanova. One ne smeju ni u kom slučaju biti branjene, a saobraćaj u njima ne sme služiti za prevoz vojnog osoblja ili materijala. Granice zone moraju biti obeležene znakom crvene kose linije na beloj pozadini.

Za razliku od prethodnih, neutralizovane zone se uspostavljaju samo tokom oružanog sukoba na područjima gde se vode borbe, da bi se određene kategorije lica stavile van domašaja borbenih dejstava (Landgren, 1995: 442). U ove zone smeštaju se bez razlike ranjenici i bolesnici, borci i neborci, kao i civilna lica koja ne učestvuju u neprijateljstvima i nemaju nikakvu funkciju vojne prirode dok se nalaze u ovim zonama. Svaka strana u sukobu može neposredno ili posredstvom neke neutralne države ili humanitarne organizacije predložiti protivničkoj strani da se uspostavi neutralizovana zona. Sporazum o tome se zaključuje u pismenom obliku, a potpisuju ga vojni predstavnici strana u sukobu.

Nebranjena mesta pominju se još u Haškom pravilniku o zakonima i običajima suvozemnog rata⁷ i Haškoj konvenciji o bombardovanju pomorskim snagama za vreme rata⁸ od 1907. godine. Njihovim odredbama, međutim, nije bilo određeno pod kojim uslovima se mesto može smatrati nebranjenim, ko je ovlašćen da ga takvim proglasi i šta znači status nebranjenog mesta. Ove nedoumice otklonjene su Protokolom I iz 1977. godine koji predviđa da nadležne vlasti strana u sukobu mogu jednostranom izjavom proglasiti nebranjenim svako naseljeno mesto unutar ili u blizini zone gde su oružane snage u dodiru, a koje je otvoreno za okupaciju od protivničke strane. Da bi dobilo status nebranjenog mesta neophodno je da ispuni sledeće uslove: a) svi borci, pokretno naoružanje i vojna oprema moraju biti evakuisani; b) nepokretne vojne instalacije i ustanove ne smeju se koristiti u neprijateljske svrhe; v) vlast i stanovništvo ne smeju preduzimati nikakav neprijateljski akt; g) ne smeju se preduzimati nikakve akcije za podršku vojnim operacijama.

Jednostrana izjava o proglašenju nebranjenog mesta mora biti upućena suprotnoj strani koja treba da potvrdi prijem čime se obavezuje da će to mesto tretirati kao nebranjeno mesto. Ukoliko, pak, smatra da propisani uslovi nisu u

7 Čl.25 Haškog pravilnika. Izvori, 2007: 311.

8 Čl.1 Haške konvencije. Izvori, 2007: 327.

celini ili delimično ispunjeni mora bez odlaganja obavestiti stranu koja je dala izjavu kako bi ona te nedostatke otklonila i uslove dopunila. Strane u sukobu imaju mogućnost da zakluče poseban sporazum o ustanovljenju nebranjenog mesta. U tom slučaju one se mogu dogovoriti o uslovima koje njima odgovaraju, čak i ako nebranjeno mesto ne ispunjavaju uslove propisane Protokolom I.

Demilitarizovane zone su relativno novi pojam uveden Protokolom iz 1977. godine (Sandoz, 1985: 41). Za razliku od nebranjenog mesta, jednostrana izjava strane u sukobu i njeno prihvatanje od strane protivnika nije dovoljno, već je za uspostavljanje demilitarizovane zone uvek potreban izričiti sporazum između strana u sukobu. Sporazum se može zaključiti usmeno ili pismeno, neposredno ili posredstvom sile zaštitinice ili bilo koje nepristrasne humanitarne organizacije.

Predmet sporazuma može da bude svaki prostor koji ispunjava iste uslove koji važe za nebranjena mesta. Razlika je samo u pogledu poslednjeg uslova koji se svodi na zahtev da prestane svaka aktivnost vezana za vojne napore, a ne samo akcije za podršku vojnim operacijama. U teoriji se smatra (Kalshoven et al., 2013: 113) da ovakva formulacija ukazuje da je „vojni napor“ širi od „vojnih operacija“ i da se približava „ratnom naporu“ koji je i sam vrlo rastegljiv pojam.

3.2. Zabranjeni napadi i mere predostrožnosti

Polazeći od opšteg pravila da civilno stanovništvo kao celina, civili pojedinačno i civilni objekti ne smeju biti predmet napada (Fenrick, 1997: 541), Protokol I je prvi akt u oblasti pisanog prava koji definiše pojam napada, a zatim precizno određuje koji se napadi protiv ovih lica i objekata smatraju zabranjenim⁹. Ove zabrane ojačane su njegovim odredbama koje nalažu preduzimanje mera predostrožnosti u napadu i protiv posledica napada.

Napad podrazumeva sve akte nasilja koji spadaju u borbena dejstva, bez obzira na to da li se preduzimaju tokom ofanzivne ili defanzivne akcije. Ovako definisanim pojmom napada obuhvaćena je svaka akcija u kojoj se koristi oružje protiv protivnika (Meyrowitz, 1981: 33). U tom pogledu nije od značaja da li se napad preduzima na protivničkoj ili sopstvenoj teritoriji, uključujući nacionalnu teritoriju koja je pod kontrolom protivnika.

Pored opšte zabrane napada, Protokol sadrži listu posebno zabranjenih napada. Pre svega, zabranjeni su akti nasilja ili pretnje nasiljem čiji je glavni cilj da šire teror među civilnim stanovništvom. Druga pojedinačna zabrana odnosi se na neselektivne napade, tj. napade bez izbora ciljeva. Kao takvi smatraju se: a) napadi koji nisu usmereni na tačno određeni vojni objekt; b) napadi u kojima se koriste načini ili sredstva borbe koji ne mogu biti upravljani na određeni vojni

⁹ Čl.49 i 52-56 Protokola. Izvori, 2007: 208;210-121.

objekt; v) napadi u kojima se koriste načini i sredstva borbe čije se dejstvo ne može ograničiti, jer su takve prirode da pogađaju vojne objekte i civile i civilne objekte bez razlikovanja.

Protokol posebno izdvaja dve vrste napada koji se mogu smatrati neselektivnim. Prva se često označava kao bombardovanja oblasti (eng. area bombardment) i obuhvata napad bombardovanjem bez obzira na upotrebljene načine ili sredstva prilikom kojih se kao jedinstveni vojni cilj uzima niz jasno određenih i različitih vojnih objekata smeštenih u nekom gradu, selu ili drugoj zoni u kojoj je slična koncentracija civila i civilnih objekata. Kod druge se radi o napadima od kojih se može očekivati da će izazvati usputne gubitke života civilog stanovništva, ranjavanje civila, štete na civilnim objektima ili kombinaciju ovih delovanja koja bi bila nesrazmerno velika u odnosu na predviđenu stvarnu i neposrednu vojnu prednost.

U listu posebnih zabrana Protokol je uključio i napade protiv civilnog stanovništva ili civila koji se preduzimaju kao represalije. Prilikom usvajanja ovog akta predlagano da se ipak zadrži mogućnost pribegavanja represalijama prema neprijateljskom civilnom stanovništvu kao krajnja mera (Kalshoven, et al., 2013: 145). Na kraju je prevagu odneo predlog da se Protokolom predvidi apsolutna zabrana represalija prema civilnom stanovništvu i civilima.

Radi unapređenja zaštite civilnog stanovništva tokom oružanog sukoba neophodno je da određeni objekti budu zaštićeni od napada. Zato Protokol na opšti način zabranjuje napade i represalije na civilne objekte, a to su svi objekti koji po svojoj prirodi, položaju, nameni ili korišćenju ne doprinose delotvorno vojnoj akciji i čije potpuno ili delimično uništenje, zauzimanje ili neutralizacija ne bi stvorilo određenu vojnu prednost (Gehring, 1978: 103-105).

Osim opšte zaštite civilnih objekata, predviđena je posebna zaštita za neke objekte koji su od naročitog značaja za civilno stanovništvo. Prema Protokolu u ovu kategoriju najpre spadaju kulturna dobra i hramovi koji uživaju apsolutnu zaštitu od napada i represalija. Kao posebno zaštićeni smatraju se, nadalje, objekti neophodni za preživljavanje civilnog stanovništva (namirnice, poljoprivredne oblasti za proizvodnju hrane, žetva, živa stoka i voda).

Građevine i instalacije koje sadrže opasne sile (npr. brane, nasipi na vodenim tokovima i nuklearne elektrane), takođe, spadaju u posebno zaštićene objekte. Oni se ne smeju napadati čak i kada predstavljaju vojne objekte ukoliko takvi napadi mogu prouzrokovati velike gubitke među civilnim stanovništvom. Posebna zaštita navedenih građevina i instalacija prestaje i oni mogu biti napadnuti ako se koriste u cilju redovne, značajne i neposredne podrške vojnim operacijama i kada je napad jedini način da se spreči takva podrška.

U oružanom sukobu strana koja izvodi napad i ona koja se brani moraju da preduzimaju određene mere predostrožnosti. U pitanju su aktivnosti koje strane u sukobu sprovode kako bi se izbegli ili sveli na najmanju moguću meru slučajni gubici među civilima i razaranja civilnih objekata kao posledica napada na vojni cilj (Milić, 2007: 39). Protokol razlikuje aktivne i pasivne mere predostrožnosti u zavisnosti od toga da li se preduzimaju u slučaju napada ili protiv mogućih posledica napada (Sandoz, Swinarski, Zimmermann, 1987: 2241).

Strana koja izvodi napad na vojni cilj ima dve grupe obaveza. Prva je nametnuta vojnim starešinama koje planiraju ili odlučuju o napadu. Ova lica imaju sledeće dužnosti: a) da provere da li su predmet napada vojni ciljevi koji kao takvi mogu biti napadnuti; b) da izaberu sredstva i načine napada kojima se izbegavaju ili svode na najmanju moguću meru slučajni gubici života među civilnim stanovništvom, ranjavanje civila i štete na civilnim objektima; v) da odustanu od napada ako očekuju da će gubici, ranjavanje i šteta koje oni mogu prouzrokovati biti nesrazmerno veliki u odnosu na predviđenu stvarnu i neposrednu vojnu prednost (Jaworski, 2003: 187).

Druga grupa obaveza odnosi se na period kada je odluka o napadu doneta, ali napad još nije izveden. U tom slučaju vojne starešine koji su neposredni izvršioци imaju dužnost da otkazu ili prekinu napad ako postane jasno da se radi o zabranjenom napadu zato što izabrana meta nije vojni cilj ili će žrtve među civilima ili razaranja biti u nesrazmeri sa pretpostavljenom vojnom prednošću (Fenrick, 1982: 112). Njihova je dužnost da u slučaju napada koji može ugroziti civilno stanovništvo unapred daju na efikasan način upozorenje da napad predstoji, osim ako okolnosti to ne dopuštaju. Starešinama koje izvode napad nametnuta je još jedna dužnost, ali ovog puta u pogledu izbora između više vojnih ciljeva kojima se ostvaruje slična vojna prednost. Kada je takav izbor moguć, za napad se mora odabrati onaj cilj kod koga se može očekivati da će prouzrokovati najmanju opasnost za civile i civilne objekte.

Mere predostrožnosti protiv posledica napada predstavljaju aktivnosti strane koja se brani preduzete tokom napada na vojne ciljeve smeštene na teritoriji koju efektivno kontroliše radi zaštite civilnog stanovništva, civila i civilnih objekata. One se još nazivaju ponašanje u odbrani i obuhvataju posebne mere koje su dužne da preduzmu sve strane u sukobu na sopstvenoj teritoriji ili na tuđoj teritoriji koja je pod njihovom kontrolom (Quegner, 2006: 814). Mere predostrožnosti u odbrani su manje stroge i treba da se izvršavaju „u najvećem mogućem stepenu“. Prema slovu Protokola strane u sukobu imaju dužnost da: a) nastoje da sklone civilno stanovništvo, civile i civilne objekte iz okoline vojnih ciljeva; b) izbegavaju smeštanje vojnih ciljeva unutar ili blizu gusto naseljenih područja, v) preduzmu ostale neophodne mere predostrožnosti da bi zaštitile civile i civilne objekte od posledica borbenih dejstava.

3.3. Humanitarna pomoć

Opšta zaštita civilnog stanovništva u oružanom sukobu bila bi nepotpuna bez pružanja humanitarne pomoći u hrani, lekovima, medicinskoj opremi, odeći i drugim neophodnim životnim namirnicama namenjenim civilima (Plattner, 1992: 253). Međunarodno humanitarno pravo obavezuje strane u sukobu da dozvole aktivnosti pružanja pomoći civilnom stanovništvu, makar ono bilo protivničko. Ovaj važan princip proklamovan je na opšti način u IV Ženevskoj konvenciji, dok Protokol I iz 1977. godine akcijama pomoći u korist civilnog stanovništva posvećuje poseban odeljak u okviru IV Dela. Međutim, između ova dva dokumenta postoje značajne razlike u pravnom režimu pružanja humanitarne pomoći.

Prema Ženevskoj konvenciji svaka strana ugovornica mora dozvoliti slobodan prolaz pošiljkama humanitarne pomoći za ugroženo civilno stanovništvo druge, čak i neprijateljske strane. U slučaju lekova, medicinskog materijala i predmeta potrebnih za verske obrede nema nikakvih ograničenja u pogledu primaoca humanitarne pomoći. Kad su u pitanju pošiljke neophodnih životnih namirnica, odeće i sredstava za jačanje, pomoć je namenjena samo za najugroženije delove civilnog stanovništva, a to su deca mlađa od petnaest godina, trudnice i porodilje.

Protokol I značano je proširio pravo na humanitarnu pomoć ne ograničavajući krug lica kojima ona može biti upućena (Sassoli et al., 2005: 182). Prema njegovim odredbama, dopušteno je pružanje pomoći celokupnom civilnom stanovništvu strana u sukobu kada ono nije na odgovarajući način snabdeveno neophodnim materijalom i namirnicama. Protokol, međutim, sadrži jedno značajno ograničenje: za pružanje humanitarne pomoći neophodan je pristanak svih zainteresovanih strana, uključujući i državu koja pomoć prima. Kako bi se sprečile moguće zloupotrebe zbog potrebe da se dobije pristanak svih uključenih strana predviđeno je da se ponude za humanitarnu pomoć ne smatraju kao mešanje u oružani sukob ili kao neprijateljski akt.

4. Posebna zaštita civila pod vlašću neprijatelja

Pružajući posebnu zaštitu civilima koji se nalaze na teritoriji pod vlašću neprijatelja, Ženevska konvencija sadrži dve grupe pravila (Uhler, Coursier, 1995: 78-79). Prva su zajednička i važe za sve civile koji se nađu u vlasti neprijatelja¹⁰. Odredbe koje ulaze u ovu kategoriju odnose se na poštovanje osnovnih ljudskih prava, odgovornost strana u sukobu za postupanje sa zaštićenim licima u njihovoj vlasti i pravo ovih lica na obraćanje sili zaštitnici i organizacijama za pružanje pomoći. Druga grupa pravila odnosi se na različite situacije u kojima

10 Čl.27-34 Ženevske konvencije. Izvori, 2007: 125-127.

se štite civili pod vlašću neprijatelja. Tim odredbama obuhvaćeni su stranci na teritoriji strane u sukobu, civili na okupiranim teritorijama, kao i internirani civili na ovim teritorijama¹¹. Protokol I iz 1977. godine dopunio je ove odredbe posebnim odeljkom IV Dela¹² koji se odnosi na postupanje sa licima u vlasti strane u sukobu (Solf, 1986: 122).

4.1. Civili (stranci) na teritoriji strane u sukobu

Ova kategorija zaštićenih lica obuhvata prvenstveno civile državljane jedne strane u sukobu koji su nastanjeni u neprijateljskoj državi ili ih je na toj teritoriji zateklo izbijanje neprijateljstva (Andrassy et al, 2005: 176). Prema Ženevskoj konvenciji ovi civili imaju pravo da napuste neprijateljsku teritoriju osim ako njihov odlazak nije suprotan nacionalnim interesima te države. Pod ovim uslovom treba im se omogućiti da napuste teritoriju odmah po izbijanju ili u toku oružanog sukoba. U slučaju da dobrovoljno ostanu na neprijateljskoj teritoriji ili ako ne dobiju odobrenje da je napuste, civili se tretiraju kao stranci u doba mira (Perazić, 1966: 197).

Prema neprijateljskim državljanima država ima pravo da primenjuje mere kontrole kretanja, delatnosti i druge mere bezbednosti. Najstroža mera koja se može preduzeti je upućivanje na prinudni boravak i interniranje ako to apsolutno zahteva bezbednost države. Postoji mogućnost da ova lica i sama zahtevaju da budu internirana sa svojim porodicama (npr. da bi se zaštitila od neprijateljskog okruženja). Civili kojima je određen prinudni boravak ili su internirani imaju pravo da ulože žalbu protiv takve odluke nepristrasnom upravnom organu ili sudu. Ako se odluka potvrdi, nadležni organi dužni su da svaki slučaj ponovno periodično razmatraju i to najmanje dva puta godišnje.

4.2. Civili na okupiranoj teritoriji

U ovu kategoriju spadaju civili koji nastavljaju da žive na teritoriji svoje države, ali su se nezavisno od svoje volje našli pod vlašću neprijatelja koji je u toku oružanog sukoba zauzeo ovu teritoriju i stavio je efektivno pod svoju kontrolu. Iz toga proizilazi dužnost okupatora da preduzme sve mere koje su njegovoj moći da uspostavi i osigura, koliko je god moguće, javni red i bezbednost.

Održavanje javnog reda na okupiranoj teritoriji u interesu je civilnog stanovništva i treba da mu dozvoli nastavak normalnog života u meri u kojoj je to moguće. S druge strane, okupacija je samo privremeno stanje u kome ne dolazi do promene državnog suvereniteta, pa se mora održati status quo ante, odnosno postojeći pravni poredak, uključujući pravosuđe i upravu.

11 Čl.35-135 Ženevske konvencije. Izvori, 2007: 127-161.

12 Čl.72-75 Protokola. Izvori, 2007: 223-225.

Međunarodno humanitarno pravo zabranjuje određene postupke i nameđu brojne obaveze okupacionoj sili radi zaštite civilnog stanovništva na ovoj teritoriji. Prema tim propisima zabranjeno je prisiljavati stanovništvo da daje podatke o vojsci suprotne zaraćene strane i njenim odbrambenim sredstvima ili da polaže zakletvu vernosti neprijateljskoj sili. Pljačka civilnog stanovništva je strogo zabranjena. Nikakva kolektivna, novčana ili druga kazna ne sme se izreći stanovništvu zbog dela pojedinaca za koje se ono ne može smatrati odgovornim.

Okupatoru se zabranjuje da stanovništvo, kolektivno ili pojedinačno, prinudno preseljava ili premešta izvan okupirane teritorije bilo gde, pa i na teritoriju okupacione sile. Posebno je zabranjeno da okupaciona vlast deportuje ili preseljava deo svog sopstvenog stanovništva na okupiranu teritoriju.

Civilno stanovništvo ne sme se primoravati da služi u oružanim snagama ili pomoćnim snagama okupatora. Zabranjuje se čak i svaka vrsta propagande sa tim ciljem. Prinudni rad civila nije isključen, ali je podložan strogim ograničenjima.

Okupator ima čitav niz obaveza u cilju zaštite civilnog stanovništva. Njegova je dužnost da se u saradnji sa lokalnim vlastima stara o deci, da održava medicinske i bolničke ustanove i obezbedi javno zdravlje i higijenu. Obavezan je da osigura snabdevanje stanovništva životnim namirnicama i lekovima i dozvoli njihov uvoz u slučaju nestašica.

Obaveza je okupacione sile da prihvati akcije pomoći stanovništvu u slučaju da je ono nedovoljno snabdeveno osnovnim životnim namirnicama, kao i da omogući slobodan prolaz pošiljkama. Osim kolektivne pomoći, civilnom stanovništvu na okupiranoj teritoriji je dopušteno da primaju pojedinačne pošiljke, ako to ne sprečavaju imperativni razlozi bezbednosti.

Na okupiranoj teritoriji krivično zakonodavstvo ostaje na snazi, ali okupator može da ukine ili suspenduje one delove koji predstavljaju pretnju njegovoj bezbednosti ili ga sprečavaju u primeni Ženevske konvencije. Ako okupaciona sila donese sopstvene krivične zakone, oni stupaju na snagu pošto su propisno objavljeni i saopšteni stanovništvu na njegovom jeziku i ne mogu imati retroaktivno dejstvo. U krivičnom postupku okrivljena lica moraju uživati sve garancije poštenog i nepristrasnog suđenja (Degan, 2011: 870).

Prema civilima na okupiranoj teritoriji mogu se primenjivati mere kontrole zbog imperativnih razloga bezbednosti okupacione sile. U krajnjem slučaju može im se odrediti prinudni boravak ili se mogu internirati. Ova odluka podleže žalbi, a ako ostane na snazi periodičnom preispitivanju, po pravilu svakih šest meseci.

4.3. Internirani civili

Internacija je prinudna mera koja se sastoji u smeštaju civila u posebne logore gde oni prinudno borave. Ona ne predstavlja kaznu, već meru koja se preduzima zbog imperativnih razloga bezbednosti države u čijoj se vlasti nalaze civili. Primenjuje se kako prema neprijateljskim državljanima na sopstvenoj teritoriji, tako i prema civilima na okupiranoj teritoriji.

Zaštita interniranih civila dvostruko je regulisana: opštim odredbama o internaciji i posebnim odredbama koje uređuju položaj ovih lica. Prema opštim pravilima, internirana lica zadržavaju punu građansku sposobnost i vrše sva prava koja iz nje proizilaze. Država koja civile drži u internaciji obavezna je da ih besplatno izdržava i pruža im zdravstvenu zaštitu. Ona je dužna da ih grupiše prema njihovoj narodnosti, jeziku i običajima.

Pored ovih načelnih odredaba, postoji serija posebnih i veoma detaljnih pravila koja uređuju sadržinu zaštite interniranih lica. Ona se odnose na sve aspekte ustanove internacije počevši od mesta interniranja, preko prava i dužnosti interniranih lica, sve do završetka internacije. Mesta za smeštaj interniranih lica ne smeju da budu na područjima koja su izložena ratnim opasnostima. Logori za interniranje moraju da budu označeni slovima IC postavljenim tako da se pri dnevnoj svetlosti jasno vide iz vazduha. Ovi logori moraju da budu odvojeni od logora za ratne zarobljenike i lica lišenih slobode.

Ženevska konvencija reguliše do najsitnijih pojedinosti postupanje sa interniranim licima i njihova prava i obaveze tokom internacije. Ta brojna i detaljna pravila uređuju sledeća pitanja od značaja za život interniranih civila: ishranu i odevanje; higijenu i zdravstvenu negu; verske, intelektualne i fizičke aktivnosti; ličnu imovinu i finansijska sredstva; unutrašnju upravu i disciplinu; odnose sa spoljnim svetom; disciplinsku i krivičnu odgovornost i premeštanje interniranih lica. Ove odredbe su u osnovi veoma slične sa onima koje su predviđene za ratne zarobljenike (Radivojević, 2012: 20-24), uz neke razlike koje proizilaze iz civilnog statusa interniranih lica.

Jedna od razlika je u tome što tokom trajanja internacije članovi iste porodice, a posebno roditelji i deca, treba da budu smešteni u istom mestu, po mogućnosti u istoj prostoriji odvojeno od ostalih lica. S druge strane, internirana lica imaju u izvesnom smislu povoljniji položaj od ratnih zarobljenika. Njima je dato pravo na podnošenje žalbe na odluku o internaciji i mogućnost da je u slučaju odbijanja ponavljaju svakih šest meseci.

Postoji više razloga za okončanje internacije od kojih su neki vezani za samu ličnost interniranog lica, a drugi objektivne prirode. U prvom slučaju internacija prestaje usled smrti interniranog civila ili njegovog uspešnog bekstva iz logora

za internaciju. Kao druga grupa razloga predviđeno je oslobađanje, repatrijacija i smeštaj u neutralnu zemlju interniranih lica u toku trajanja neprijateljstava.

Po okončanju neprijateljstava internacija mora da prestane u najkraćem mogućem roku. Od oslobađanja su izuzeta internirani civili protiv kojih se vodi krivični postupak ili kojima je izrečena kazna. Ova lica mogu biti zadržana do završetka postupka ili do isteka kazne. Neopravdano odlaganje repatrijacije interniranih civila predstavlja tešku povredu međunarodnog humanitarnog prava i smatra se ratnim zločinom¹³.

Literatura

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

Vučinić, Z. (2006). *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.

Degan, V.Đ. (2011). *Međunarodno pravo*, Zagreb: Školska knjiga. Međunarodno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 2011.

Doswald-Beck, L. (1989). The Value of the 1977 Protocols for the Protection of Civilians, In Meyer, M.A. (Ed), *Armed Conflicts and New Law: Aspects of the Geneva protocols and 1981 Weapons Convention*, (pp.137-172). London: British Institut of International and Comparative Law.

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

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

Gasser, H.P. (1999). *Međunarodno humanitarno pravo: uvod*, Sarajevo: Međunarodni komitet Crvenog krsta.

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

Izvori međunarodnog humanitarnog prava. (2007). Beograd: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Crveni krst Srbije i Međunarodni komitet Crvenog krsta.

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

13 Stav 4 b) čl.85 Protokola, Izvori, 2007: 231.

Kalshoven, F., Zegveld, L. (2013). *Ograničenja u vođenju rata: uvod u međunarodno humanitarno pravo*. Beograd: Međunarodni komitet Crvenog krsta i Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu.

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

Milić, T. (2007). *Mere predostrožnosti u međunarodnom humanitarnom pravu*. Beograd: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu.

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

Perazić, G. (1966). *Međunarodno ratno pravo*. Beograd: Kultura.

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

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

Radivojević, Z. (2012). Zaštita koju obezbeđuje status ratnog zarobljenika u međunarodnom humanitarnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LXIII. 9-28.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Summary

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

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

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

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

Dr Dragan Nikolić,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK
UDK: 340.15(495.02)(=16)“07/08”

Rad primljen: 30.09.2013.
Rad prihvaćen: 22.10.2013.

RECEPCIJA VIZANTIJSKOG PRAVA U NAJSTARIJEM SLOVENSKOM PRAVNOM ZBORNIKU ZAKON SUDNJI LJUDEM¹

Apstrakt: Na konkretnom primeru uporedne analize jednog slovenskog pravnog zbornika (Zakon sudnji ljudem, iz druge polovine IX veka) i jednog vizantijskog pravnog zbornika (Ekloga, iz prve polovine VIII veka), autor pokazuje uticaj vizantijskog na rano slovensko pravo. Najveći deo istraživanja odnosi se na analizu konkretnih modifikacija do kojih je došlo intervencijom redaktora u postupku recepcije analognih članova Ekloge, budući da su modifikacije do kojih dolazi tokom recepcije stranog prava skoro uvek pouzdan ključ za razumevanje osnovnih društvenih, ekonomskih, političkih, verskih i pravnih prilika u državi recepcije. Dve osnovne grupe modifikacija koje se mogu pripisati redaktorima slovenskog pravnog zbornika jesu relativno blaže kažnjavanje za pojedina krivična dela (u odnosu na kazne koje propisuju analogne odredbe Ekloge) i propisivanje crkvenih kazni (posta, zabrane dolaženja u crkvu, zabrane pričešćivanja) koje Ekloga ne pominje ni u jednoj svojoj odredbi.

Ključne reči: Zakon sudnji ljudem, Ekloga, slovensko pravo, vizantijsko pravo, recepcija prava, Bugarska, Vizantija, rani srednji vek.

1. Uvod

Glavni prioritet svake novonastale rane države bio je da uz elementarnu organizaciju aparata državne vlasti stvori i pravne norme koje će važiti na njenoj teritoriji, ili makar na većem delu njene teritorije. Postojanje pisanih pravnih

¹ dnikolic@prafak.ni.ac.rs

Rad predstavlja rezultat istraživanja na Projektu “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru” koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije (evidencioni broj projekta je 179046).

normi iza kojih stoji autoritet državne vlasti, inače je osnovna demarkaciona linija između rane države i prethodnih zajednica rodovsko-plemenskog tipa.

U istorijskoj praksi na prostorima Evrope, pravnoistorijska nauka je identifikovala nekoliko osnovnih načina nastajanja prvih pisanih pravnih normi u ondašnjim ranim državama. Prvi je zapisivanje dotadašnjih običaja i nepisanog običajnog prava koji su važili na određenoj teritoriji ili pak unutar pojedinih društvenih grupa (po pravilu - plemena) čiji su pripadnici bili lideri u izgrađivanju nove društvene organizacije, tj. rane države.² Drugi način, izuzetno redak u istorijskoj praksi, bio je stvaranje pravnih normi kao izraza autentične volje zakonodavaca, bez ikakvog pozivanja na dotadašnje običajne, etičke ili religiozne norme. Sa aspekta samih zakonodavaca, ovakav put stvaranja pisanog prava bio je izuzetno rizičan zbog mogućih otpora i neprihvatanja takvih pravnih normi u društvenoj stvarnosti. Treći način i put stvaranja pisanog (državnog) prava, najzastupljeniji u slovenskom svetu već od IX veka i nadalje, bio je preuzimanje (receptija) već postojećih pravnih normi iz pravnih sistema drugih država. Po sadržini i obimu, ovakva receptija se mogla sastojati u doslovnom preuzimanju sadržaja pojedinih pravnih normi tuđeg prava, ili je mogla biti receptija uz modifikaciju (preradu, dopunu ili skraćivanje preuzimanih pravnih normi).

Svaki konkretan istorijski primer receptije prava u srednjem veku predstavlja veliki naučnoistraživački izazov, uz ostalo i zbog toga što sami zakonodavci po pravilu nikada javno ne navode motive koji su ih opredeljivali za ovakav put nastajanja pravnih normi. "Kada je reč o ranom srednjem veku i o tzv. ranim državama, bilo bi poželjno da se u osnovi takvih razmišljanja nalaze najmanje dve pretpostavke: prva, da se u državi receptije u jednom trenutku pojavila realna potreba da se pravno regulišu neki konkretni društveni odnosi koji su ili novi na tom prostoru i u tom vremenu, ili su već postojeći, ali su do tada bili regulisani ne pravnim, već drugim društvenim normama (etičkim, običajnim ili religijskim); druga je pretpostavka da je zakonodavac (odn. priređivač) u sadržaj neke već postojeće strane pravne norme (po pravilu iz razvijenijeg pravnog sistema u odnosu na sopstveni) prepoznao idealno rešenje za konkretan slučaj i zato takvu pravnu normu preuzima doslovno je prevodeći na svoj jezik" (Nikolić, 2012: 36).

Primena samo pravnih metoda kod analize sadržaja doslovno recipiranih pravnih normi može biti od velike koristi za postavljanje radnih hipoteza, ali sama po sebi nikada ne može dovesti do naučno utemeljenih odgovora i pouzdanih rezultata istraživanja ukoliko se u istraživački postupak ne uključe još

² Intervencija, ali i moć tih prvih pravih, realnih (a ne legendarnih) zakonodavaca ovde se ogledala u mogućnosti selekcije: nisu baš svi običaji niti sve ranije važeće društvene norme dobijali državnu sankciju, odn. prerastali u pravne norme u punom smislu reči; nešto je izostavljano, nešto je modifikovano, a ponešto je i dodavano kao autentična tvorevina novoustanovljene državne vlasti.

i sociološke i istorijske metode. Kod recepcije uz modifikaciju, međutim, analiza sadržaja upravo tih prerada, dopuna i skraćivanja recipiranih pravnih normi do kojih je došlo intervencijom zakonodavaca u državi recepcije, može dovesti do veoma bitnih zapažanja, saznanja, pa i konkretnih odgovora od značaja i za pravnoistorijsku nauku i za istorijsku nauku uopšte.

Analiza sadržaja odredbi slovenskog pravnog zbornika Zakon sudnji ljudem i odgovarajućih odredbi vizantijske Ekloge koje su poslužile kao uzor, izuzetno je dobar konkretan istorijski primer sagledavanja fenomena i potpune recepcije prava i recepcije prava uz modifikaciju.

2. Pravne norme zbornika Zakon sudnji ljudem koje su preuzete iz Ekloge

Najstariji i ujedno prvi na narodnom jeziku napisan slovenski pravni zbornik Zakon sudnji ljudem (skraćeno: ZSLj), nastao u drugoj polovini IX ili najkasnije početkom X veka, najverovatnije na prostorima bugarske države, prvi je primer recepcije vizantijskog prava u slovenskom svetu uopšte. Od ukupno trideset dva njegova člana³, samo tri nemaju svoje pandane u vizantijskoj Eklogi⁴: čl. 1 (o kažnjavanju svih stanovnika sela u kojima se vrše paganski obredi), čl. 2 (da kneževi i sudije ne sude "bez dovoljno svedoka") i čl. 7a (da je pri svakom suđenju potrebno najmanje tri, a najviše jedanaest svedoka koji, da bi bili prihvaćeni na sudu, treba da imaju u samom Zakonu pobrojana svojstva).

Sadržaj deset članova ZSLj (11, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25 i 30a) doslovni je prevod odgovarajućih odredbi Ekloge bez ikakvih suštinskih modifikacija sadržaja, te je u ovom slučaju nedvosmisleno reč o potpunoj recepciji čitavih pravnih normi vizantijskog prava. Tim odredbama pravno je regulisana sledeća materija: kažnjivost zavođenja tuđe verenice (čl.11 ZSLj = čl. XVII/32 Ekloge); naknada štete pričinjene u tuđoj šumi paljenjem ili sečenjem (čl.14 ZSLj = čl. XVII/40 Ekloge); zabrana samopomoći u sporovima oko svojine (čl. 17 ZSLj = čl. XVII/5 Ekloge); da roditelji i deca ne mogu svedočiti jedni protiv drugih (prva rečenica čl. 18 ZSLj = čl. XIV/2 Ekloge); da svedoci po čuvenju (tj. oni koji su nešto samo čuli) ne svedoče, pa makar to bili i visoki državni zvaničnici (čl. 20 ZSLj = čl. XIV/9 Ekloge); odricanje od hrišćanstva vojnika koji ratuju van svoje zemlje ili su tamo bili zarobljeni (čl. 21 ZSLj = čl. XVII/6 Ekloge); naknada štete

3 Ima trideset dva člana kada se, kao što je uobičajeno, članovi 7a i 30a broje kao zasebni, a kada se ne broje tako, što je ređe zastupljeno u naučnoj literaturi, ZSLj ima trideset članova.

4 Službeni vizantijski pravni zbornik Ekloga iz 726. godine izrađen je kao priručnik za sudsku praksu i državnu administraciju, a sadržao je norme stvarnog, obligacionog, porodičnog, naslednog, krivičnog i procesnog prava. Ekloga je bitno uticala kako na potonje vizantijsko zakonodavstvo, tako i na pravo u državama Južnih i Istočnih Slovena. Avramović S., Stanimirović V., (2007), 170-171; Nikolić, D. (2011), 340; Šarkić S., Popović D., (2012), 93-94.

vlasniku konja uzetog na posluđu, ukoliko se konj povredi ili uquine (čl. 22 ZSLj = čl. XVII/7 Ekloge); naknada štete vlasniku stoke koja je namerno ubijena ili umorena glađu (čl. 23 ZSLj = čl. XVII/8 Ekloge); odgovornost vlasnika roba kada je ovaj izvršio krađu (čl. 25 ZSLj = čl. XVII/12 Ekloge); razvod braka (čl. 30a ZSLj = čl. II/12-13 Ekloge, ali je tekst u ZSLj drugačije sistematizovan i uglavnom parafraziran).

Preostalih devetnaest članova ZSLj preuzimano je iz Ekloge uz preradu, dopunu ili skraćivanje. Samim tim, način njihovog postanka može se označiti kao postupak recepcije uz modifikaciju. Tim odredbama pravno je regulisana sledeća materija: raspodela ratnog plena posle bitke (čl. 3 ZSLj analogan članu XVIII Ekloge); polni odnosi oženjenog muškarca sa svojom robinjom (čl. 4 ZSLj analogan članu XVII/21 Ekloge); polni odnosi sa tuđom robinjom (čl. 5 ZSLj analogan članu XVII/22 Ekloge); blud kaluđera (čl. 6 ZSLj analogan članu XVII/23 Ekloge gde se, međutim, sankcioniše samo polno opštenje sa monahinjom); stupanje u brak sa svojom kumom, tj. sa onom koju je krstio (čl. 7 ZSLj analogan članu XVII/25 Ekloge gde se, međutim, sankcioniše bilo koji vid polnog opštenja između kuma i kume, tj. one koju je krstio); polno opštenje sa dotad nevinom devojkom i potonje odbijanje da se sa njom stupi u brak (čl. 8 ZSLj analogan članu XVII/29 Ekloge); silovanje nevine devojke bilo kog uzrasta (čl. 9 ZSLj analogan članu XVII/30 Ekloge); silovanje nevine devojke mlađeg uzrasta (čl. 10 ZSLj ima u vidu devojku mlađu od 20 godina, dok analogni član XVII/31 Ekloge - devojku mlađu od 13 godina); brak sa krvnom srodnicom (čl. 12 ZSLj analogan članu XVII/33 Ekloge gde se, međutim, sankcioniše bilo koji vid polnog opštenja između krvnih srodnika); bigamija (čl. 13 ZSLj analogan članu XVII/35 Ekloge); zlonamerna paljevina kuće (čl. 15 ZSLj analogan članu XVII/41 Ekloge); nasilno odvođenje onoga ko uživa pravo privremenog crkvenog utočišta, odn. azila (čl. 16 ZSLj analogan članu XVII/1 Ekloge); prava i obaveze onoga ko je od neprijatelja otkupio slobodnog čoveka zarobljenog u ratu i onoga čija je sloboda otkupljena (čl. 19 ZSLj analogan članu VIII/6 Ekloge); krađa oružja u vojnom logoru (čl. 24 ZSLj analogan članu XVII/10 Ekloge); neovlašćeno teranje, odvođenje tuđeg stada (čl. 26 ZSLj analogan članu XVII/13 Ekloge); krađa odeće iz grobova (čl. 27 ZSLj analogan članu XVII/14 Ekloge gde se, međutim, sankcioniše svako skrnavljenje tela pokojnika u grobovima); krađa u crkvi, u oltaru i van oltara (čl. 28 ZSLj analogan članu XVII/15 Ekloge); prodaja slobodnog čoveka kao roba (čl. 29 ZSLj analogan članu XVII/16 Ekloge) i odredba o prisvajanju tuđeg roba (čl. 30 ZSLj analogan članu XVII/17 Ekloge).

Zašto je baš Ekloga iz VIII veka poslužila kao uzor za izradu ovog najstarijeg slovenskog pravnog zbornika, a ne u to vreme noviji vizantijski pravni zbornici Prohiron, donet u vreme cara Vasilija I između 870. i 879. godine, ili Vasilike iz prvih godina vladavine vizantijskog cara Lava VI koji je stupio na presto 886.

godine? Retko se koji pravni historičar usudio da na ovo pitanje ponudi utemeljen odgovor. Jedan od njih bio je Stefan Bobčev, doajen bugarske pravnoistorijske nauke. Kao veliki poznavalac vizantijskog i staroslovenskog prava, smatrao je da je upravo Ekloga "odgovarala slovenskom pravnom pogledu na svet više od svih drugih zakonodavnih akata Vizantije" (Bobčev,1998: 122).

3. Modifikacije pravnih normi Ekloge tokom postupka recepcije

Odredbe čl. 3 ZSLj o podeli ratnog plena posle uspešne bitke, preuzete su uz modifikaciju iz čl. XVIII Ekloge.⁵ Šestinu ratnog plena posle pobede u vojnom sukobu "treba da uzme knez" (ZSLj), a po analognom članu Ekloge šestina "neka se odvoji za državnu blagajnu". Ostatak ratnog plena treba da se podeli vojnicima "na jednake delove" (i Ekloga i ZSLj). Sledeći stav ovoga člana koji u Eklogi glasi "vojnim starešinama neka bude dovoljna prednost koju već imaju u visini svoje plate", u ZSLj je modifikovan ovako: "županu je dovoljan knežev deo, a ostatak da se doda ljudima prema njihovim delima". Onima "među tim starešinama", precizira Ekloga, odn. onim vojnicima iz reda "kmetova ili običnih ljudi", veli ZSLj, koji su tokom bitke pokazali izuzetnu hrabrost, razdeliće se, po odredbama Ekloge, ona šestina namenjena za "državnu blagajnu", odn. po odredbama ZSLj razdeliće im se "deo od malopre pomenutog kneževog dela". U poslednjem stavu člana XVIII Ekloge nalaže se da srazmernom podelom ratnog plena budu obuhvaćeni i "oni koji su određeni da čuvaju teretna kola", dok je u ZSLj ovaj stav preformulisan na opštiji način: "učesnici u boju neka dobiju, ali i ostalima neka se da". Za nepoštovanje ovih pravila o podeli ratnog plena ne predviđa se ni u Eklogi, ni u ZSLj nikakva sankcija, tako da su ove odredbe zapravo neka vrsta preporuke, uputstva ili samo konstatovanje tada važećih ratnih običaja u Vizantiji koje ZSLj preuzima uz neznatne modifikacije.

Posle ovog člana, u ZSLj počinje niz od devet uzastopnih članova (4-10 i 12-13) recipiranih uz modifikaciju iz Ekloge u kojima se sankcionišu dela protiv braka, porodice i polnog morala: polni odnosi sa robinjom, blud kaluđera, ženidba sa svojom kumom, održavanje polnih odnosa sa devojkom bez potonje namere zaključenja braka, silovanje nevine devojke, brak između krvnih srodnika i bigamija.

Član 4 ZSLj koji propisuje kako će se postupati sa oženjenim čovekom koji polno opšti sa svojom robinjom, skoro je triput obimniji od člana XVII/21 Ekloge,

⁵ Numeracija i tekstovi pojedinih članova i Ekloge i pravnog zbornika Zakon sudnji ljudem svuda u ovom radu se navode prema Nikolić D., Đorđević A. (2013), 85-108. i 109-113, gde je kao osnova za tekst Ekloge na srpskom jeziku korišćen prevod Luja Margetića iz 1980. godine, a za Zakon sudnji ljudem njegov staroslovenski tekst u redakciji Venelina Ganeva iz 1959. godine.

po uzoru na koji je urađen. Ekloga ovakvu situaciju sankcioniše samo u jednoj rečenici tako što propisuje da će "lokalni upravnik" oduzeti od vlasnika robinju, prodati je "izvan provincije", a iznos dobijen njenom prodajom uneti "u državnu blagajnu". Ova rečenica je u celosti recipirana u ZSLj uz sledeće modifikacije: takva robinja se kvalifikuje kao "bludnica", umesto reči "lokalni upravnik" stoji "knez njene zemlje", umesto reči "izvan provincije" stoji "neka je proda u drugu zemlju", a iznos dobijen njenom prodajom, veli ZSLj, "da se razdeli sirotinji". Član 4 ZSLj, u odnosu na analogni član Ekloge, ima dodatan tekst u kojem se za samog "bludnika" propisuje veoma teška i precizno definisana crkvena kazna (epitimija): post u trajanju od sedam godina, potpuna dvogodišnja zabrana ulaska u crkvu dok traje liturgija, pa naredne dve godine mogućnost prisustvovanja liturgiji samo do početka čitanja Jevanđelja, a sledeće dve godine samo do početka čitanja hrišćanskog Simvola vere (tj. do "Vjeruju"); tek u sedmoj godini od prestanka njegove veze sa sopstvenom robinjom, on može prisustvovati čitavoj liturgiji, ali bez prava primanja pričešća; u osmoj godini se može i pričešćivati. Poslednji stav člana 4 ZSLj izuzetno je kratak i po težini prevazilazi sve prethodno propisane epitimije: "tokom svih sedam godina neka bude samo na hlebu i vodi".⁶

Naredni član ZSLj (čl. 5) takođe sankcioniše polne odnose sa robinjom i takođe je urađen po ugledu na analogni član Ekloge (u kojoj je to čl. XVII/22). Izvršilac ovog dela može biti bilo koji muškarac (ne samo oženjeni, kao u prethodnom članu ZSLj), a kažnjiva radnja je održavanje polnih odnosa sa tuđom robinjom. U ZSLj se sankcioniše tako što krivac treba da vlasniku robinje plati trideset stilenza (zlatnika), a po Eklogi – trideset šest solida (zlatnika). Ukoliko je siromašan i ne može da plati propisani iznos, analogni član Ekloge (XVII/22) propisuje da se krivac kazni batinama i da plati vlasniku robinje "prema mogućnostima približno toliko", dok ZSLj izostavlja telesnu kaznu i propisuje da plati "koliko ima i da se podvrgne postu".

Član 6 ZSLj sastoji se od samo ove rečenice: "Bludnom kaluđeru da se po svetovnom zakonu odseče nos, a po crkvenom – podvrgnuti ga postu u trajanju od petnaest godina". Ova odredba je samo u pogledu subjekta krivičnog dela približno inspirisana članom XVII/23 Ekloge koji propisuje da onoga ko polno opšti sa monahinjom, ali i samu monahinju, treba kazniti odsecanjem nosa, kaznom koja je u Vizantiji inače bila uobičajena za sve tzv. seksualne delikte.

Polni odnosi između muškarca i žene koju je on krstio (te sa njom na taj način zasnovao srodstvo po kumstvu), sankcionisani su u članu 7 ZSLj koji je

⁶ O razlici između crkvene kazne u pravom smislu reči (koja se izriče samo sveštenim licima) i epitimije (koja se izriče samo svetovnim licima), v. Milaš, (1902): 525-539, 596-597. ZSLj uvek ima u vidu samo epitimije.

modifikovana recepcija člana XVII/25 Ekloge. Oboje se, ako su stupili u brak, i po Eklogi i po ZSLj, kažnjavaju rastavom i odsecanjem nosa. Razlika je u tome što ZSLj ima u vidu samo slučaj "kada neko svoju kumu uzme za ženu", dok analogni član Ekloge, uz ovo, izričito sankcioniše i drugu situaciju – kada bi kum sa svojom kumom "polno opštio i bez braka" (sa njom). Druga je razlika što je ZSLj uz kaznu odsecanja nosa preuzetu iz Ekloge, za oboje dodao još i epitimiju: post u trajanju od petnaest godina, potpuna petogodišnja zabrana ulaska u crkvu dok traje liturgija, pa naredne četiri godine mogućnost prisustvovanja liturgiji samo do početka čitanja Jevadželja, a sledeće tri godine samo do početka čitanja hrišćanskog Simvola vere (tj. do "Vjeruju"); tek sledeće tri godine mogu liturgiji prisustvovati do kraja, ali bez prava primanja pričešća; kada se navrših punih petnaest godina posta "na hlebu i vodi", u sledećoj, šesnaestoj godini od izricanja kazne, mogu se pričešćivati. Najzad, čl. 7 ZSLj ima još jedan dodatak (u odnosu na analogni čl. XVII/25 Ekloge): pod istu kaznu potpadaju "i oni koji zavedu udatu ženu".

Kontinuirani niz od devet uzastopnih članova u ZSLj kojima se sankcionišu dela protiv braka, porodice i polnog morala, nastavlja se članom 8 ZSLj koji je preuzet i parafraziran tekst člana XVII/29 Ekloge, sa jednom modifikacijom i jednim dodatkom u poslednjem stavu. Ko stupi u polne odnose sa nevinom devojkom, uz njenu saglasnost⁷, pa kasnije ne želi da sa njom zaključi brak, mora joj dati "litru zlata" (ZSLj), odn. po Eklogi – "libru zlata"; ako nije toliko imućan, veli ZSLj, preuzimajući doslovno reči iz Ekloge, devojci "neka da polovinu svoje imovine". Ako je sasvim siromašan i nema ništa od imovine, "zemaljski sudija neka ga bije i neka ga protera iz svoje oblasti" (dok je u Eklogi nešto stroža kazna: "neka se batina, ošiša i odvede u zatočeništvo"). Član 8 ZSLj ima u svom dodatku i epitimiju: "Krivac da se podvrgne postu u trajanju od sedam godina, kao što smo već propisali" (misli se na čl. 4 ZSLj, jer je samo tu u prethodnim članovima ZSLj propisan sedmogodišnji post).

Sledeća dva člana ZSLj (čl. 9 i 10) sankcionišu krivično delo silovanja nevine devojke i u osnovnim crtama sadržinski prate dva uzastopna člana Ekloge o toj materiji (čl. XVII/30 i 31). U članu 9 ZSLj se kod sankcije za silovanje nevine devojke sasvim odstupilo od sadržaja analognog člana Ekloge: krivac će se prodati kao rob, a njegova celokupna imovina treba da pripadne devojci (dok član XVII/30 Ekloge naređuje drugačije: "Onome ko siluje devicu, neka se odseče nos"). Član 10 ZSLj, kao i njegov pandan čl. XVII/31 Ekloge, sankcionišu silovanje nevine devojke mlađeg uzrasta: mlađe od dvadeset godina (ZSLj), odn. mlađe od trinaest godina (Ekloga). Po odredbama ZSLj, krivac "neka se proda zajedno sa celokupnim imanjem, a dobijeni iznos neka se preda devojci"; analogne odredbe

⁷ Zanimljivo je da se u jednom potonjem članu ZSLj (čl. 10) devojka koja je dobrovoljno stupila u polne odnose sa neoženjenim muškarcem pravno kvalifikuje kao "verena devojka".

u Eklogi su nešto drugačije: krivcu "neka se odseče nos i polovina njegove imovine preda oštećenju". Zakon sudnji ljudem i ovde (u čl. 10) dodaje epitimiju: krivac da se podvrgne sedmogodišnjem postu "kao što je predviđeno za isto delo sa verenom devojkom" (misli se na čl. 8 ZSLj).

Rodoskrnavljenje se sankcioniše jedino u članu 12 ZSLj, a kako je ovo krivično delo i u Eklogi sankcionisano samo u jednom njenom članu (čl. XVII/33), nema sumnje da su priređivači ZSLj kao uzor mogli imati samo taj član Ekloge. Ovde je recepcija izvršena uz izuzetno skraćivanje teksta Ekloge i promenu same suštine odredbe, tako da im je kao jedina zajednička crta ostala sama činjenica da i čl. 12 ZSLj i čl. XVII/33 Ekloge sankcionišu isto krivično delo. Dok Ekloga preti smrtnom kaznom ("mačem") onda kada su izvršioci rodoskrnavljenja roditelji i deca, te braća i sestre, a odsecanjem nosa kada su izvršioci u daljem stepenu srodstva ili su u odnosu svekar – snaja, pastorak – maćeha, očuh – pastorkinja i dever – snaja, član 12 ZSLj je u odnosu na svoj pandan iz Ekloge iznenađujuće kratak: "Rodoskrvnik koji je stupio u brak sa krvnom srodnicom, da se rastavi od nje".

Odredbe o dvoženstvu (bigamiji) iz člana 13 ZSLj su uz neznatnu modifikaciju preuzete iz člana XVII/35 Ekloge. Onaj ko ima dve žene, mora otpustiti onu sa kojom je kasnije počeo da živi, a ako je sa njim rodila decu, i deca treba da odu sa njom. Za bigamistu je u oba zakona propisana telesna kazna (u ZSLj: "neka bude bijen", u Eklogi: "neka se bičuje"), a ZSLj je dodao još i epitimiju – sedmogodišnji post.

Sa odredbama o bigamiji, u ZSLj se završava niz od devet uzastopnih članova recipiranih iz Ekloge uz modifikaciju, kojima se sankcionišu dela protiv braka, porodice i polnog morala. Preostali članovi ZSLj recipirani iz Ekloge uz modifikaciju (čl. 15, 16, 19, 24, 26-30 ZSLj) sadrže heterogenu pravnu materiju koja se tiče paljevina kuća, njiva i vinograda, povrede prava crkvenog azila, otkupa od neprijatelja slobodnog čoveka zarobljenog u ratu, krađe u vojnom logoru, odvođenja tuđeg stada, krađe iz grobova, krađe u crkvi, prodaje u ropstvo slobodnog čoveka i prisvajanja tuđeg roba.

Tekst člana 15 ZSLj o paljevinama tuđih kuća, njiva ili vinograda, inače jedan od najobimnijih u ovom zakonu, preuzet je u celosti uz neznatne modifikacije iz člana XVII/41 Ekloge. To je jedina odredba u ZSLj koja propisuje smrtnu kaznu. U redosledu stavova, u korišćenju reči i izraza, kao i rečeničnog sklopa, priređivači ZSLj se potpuno drže svog vizantijskog uzora. Čak su identični i načini izvršenja smrtno kazne za zlonamernu paljevinu tuđe kuće "radi neke zlobe ili pljačke imanja"(ZSLj), odn. "zbog neprijateljstva ili zbog grabeža" (Ekloga): za ovo krivično delo izvršeno u gradu propisana je smrtna kazna spaljivanjem, a za delo izvršeno izvan grada – smrtna kazna pogubljenja mačem. Razlika je što je ZSLj

za izvršioca ovog krivičnog dela dodao i epitimiju – post od 12 godina.⁸ U daljem tekstu ovoga člana ZSLj, potpuno po uzoru na njegov pandan u Eklogi, reguliše se obaveza naknade štete koju je neko pričinio susednim imanjima “iz neznanja ili nepromišljenosti” (ZSLj), odn. “usled neiskustva ili nepažnje” (Ekloga), ako se proširi vatra koju je potpalio na sopstvenoj njivi. U ostatku teksta ovoga člana, potpuno po ugledu na Eklogu, ZSLj predviđa slične situacije kada nema ni krivične, ni materijalne odgovornosti, kao i slučaj kada se nečija kuća slučajno zapali, pa se požar proširi na okolne zgrade.

Povreda prava crkvenog azila, odn. utočišta (čl. 16 ZSLj po ugledu na član XVII / 1 Ekloge) sastoji se u pokušaju prisilnog izvođenja iz crkve onoga ko je tu dobio utočište za vreme do izlaska pred sud koji treba da odluči o njegovoj krivici (tj. po tekstu ZSLj: “da se njegov postupak utvrdi i isledi po zakonu”, odn. po tekstu Ekloge: “kako bi pribegli bio zakonito ispitivan i suđen prema njegovom krivičnom delu”). Priređivači ZSLj su ove odredbe recipirali uz modifikaciju jedino težine kazne propisane za onoga ko pokuša da azilanta silom izvede iz crkve: dok član XVII/1 Ekloge propisuje kaznu od dvanaest udaraca, čl. 16 ZSLj je znatno rigorozniji, pooštravajući kaznu na “sto četrdeset udaraca dok se ne pojave rane”.

Osobene odredbe o otkupu od neprijatelja slobodnog čoveka zarobljenog u ratu, član 19 ZSLj preuzeo je uz modifikaciju iz člana VIII/6 Ekloge. Prvi deo ovoga člana je ZSLj takoreći doslovno preuzeo iz Ekloge: kada neko otkupi (“od stranca”, veli ZSLj, “od neprijatelja”, veli Ekloga), slobodnog čoveka zarobljenog u ratu, taj čovek je dužan da mu kasnije naknadi iznos koji je dat za otkup, da bi tek onda bio slobodan u pravom smislu reči. Ukoliko ne bude imao da plati iznos dat za njegov otkup, dužan je da za taj iznos radi kod onoga koji ga je otkupio. Priređivači ZSLj su precizirali da taj njegov rad vredi “za svaku godinu po tri stilenza”, čime su modifikovali nešto opštije odredbe Ekloge kojima se u članu VIII/6 propisuje da će “sudije jasno odrediti koliko treba obračunati svaku godinu (rada) na ime isplate otkupa”.

8 Ova odredba je na prvi pogled prilično nelogična. Ukoliko se pođe od pretpostavke da epitimija od 12 godina posta nije uneta u tekst čl. 15 ZSLj omaškom samih priređivača ili greškom potonjih prepisivača ZSLj, to bi značilo da se smrtna kazna ima izvršiti tek po isteku dvanaest godina, što bi bilo potpuno necelishodno i u praksi verovatno neizvodljivo: teško je i zamisliti da se osuđeni ne bi tokom tih godina postarao da postane nedostupan organima nadležnim za izvršenje smrtne kazne. Mihail Andreev u svojoj studiji “Novi proučavanja i novi teoriji odnosno proizhoda na Законъ soudный людьмъ” ima za ovu prividnu nelogičnost jedno prilično uverljivo tumačenje: “po ZSLj se crkvena (epitimijska) kazna za najteža krivična dela predviđa kao alternativna. Nema smrtna kazna plus epitimija, sakaćenja plus epitimija, prodaja u ropstvo plus epitimija, već ili smrt, ili epitimija, ili ropstvo ili epitimija, ili sakaćenje ili epitimija” (Andreev, 1964: 41).

Sadržaj člana 24 ZSLj o krađi oružja ili konja, preuzet je uz modifikaciju iz člana XVII/10 Ekloge. U prvom stavu ovoga člana razlika je što ZSLj ima u vidu jedino krađu oružja "u ratu", dok se u Eklogi mesto izvršenja ovog krivičnog dela definiše šire: "u vojnom logoru ili za vreme ratnog pohoda". Kazna za krađu oružja je i u ZSLj i u Eklogi ista – batine, bez bližeg određivanja načina izvršenja. U drugom stavu ovoga člana (ZSLj: "ako je ukraden konj", odn. Ekloga: bilo koja "životinja"), priređivači ZSLj su suštinski modifikovali kaznu propisanu u Eklogi; nisu preuzeli kaznu odsecanja ruke iz analognog člana XVII/10 Ekloge, već su propisali da se konjokradica "proda" (podrazumeva se – u ropstvo, odn. proda kao rob).

I u članu 26 ZSLj, urađenom po uzoru na član XVII/13 Ekloge, recepcija uz modifikaciju ogleđa se u zameni kazne odsecanja ruke (propisane u Eklogi) kaznom prodaje u ropstvo onoga ko treći put otera tuđe stado. Kada je to učinio drugi put, po odredbama ZSLj proteruje se iz svoje oblasti, dok se po analognim odredbama člana XVII/13 Ekloge krivac odvodi u zatočeništvo. Prvi stav ovoga člana ZSLj ("Ko otera tuđe stado, ako je to učinio prvi put...") identičan je svom vizantijskom uzoru: kazna za krivca su batine, bez bližeg određivanja načina izvršenja.

Član 27 ZSLj o krađama stvari iz grobova, recepcija je uz modifikaciju člana XVII/14 Ekloge. Dok izvornik propisuje kaznu odsecanja ruke, ZSLj i u ovom članu tu kaznu zamenjuje kaznom prodaje krivca u ropstvo.

Kod krivičnog dela krađe u crkvi (čl. 28 ZSLj, uređen po ugledu na analogni član XVII/15 Ekloge), oba pravna zbornika prave razliku između krađe iz samog oltara i krađe u crkvi izvan oltara. Za prvi, teži vid ovog krivičnog dela, Ekloga propisuje kaznu oslepljenja krivca, dok ZSLj tu kaznu zamenjuje kaznom prodaje krivca u ropstvo. Odredbe o kažnjavanju krivca za drugi vid ovog krivičnog dela (krađu u crkvi izvan oltara), ZSLj delimično doslovno preuzima iz analognog člana Ekloge, a delimično ih modifikuje. Potpuno preuzima dve od tri kumulativne kazne (batine i šišanje), dok treću kaznu iz Ekloge (slanje u zatočeništvo) zamenjuje kaznom "da se pusti da luta po zemlji kao nečastivi".

Prodaja u ropstvo slobodnog čoveka je krivično delo koje Ekloga u članu XVII/16 definiše i sankcioniše sa desetak reči: "Ko otme slobodnog čoveka i prođa ga, neka mu se odseče ruka". Član 29 ZSLj, koji je recipirao uz modifikaciju ovaj član Ekloge, kaznu odsecanja ruke zamenjuje kaznom prevođenja krivca u status roba ("zato što je slobodnog pretvorio u roba, neka i sam to postane"). U odnosu na vizantijski izvornik, radnja krivičnog dela je u ZSLj proširena i na slučaj kada neko slobodnog čoveka zadrži kao (svog) roba.

Poslednji, od ukupno devetnaest članova ZSLj recipiranih iz Ekloge uz modifikaciju, sankcioniše slučaj kada neko prisvoji i skriva tuđeg roba (čl. 30

ZSLj). Urađen je po ugledu na analogni član XVII/17 Ekloge, ali je u odnosu na Eklogu znatno ublažio obaveze onoga ko prisvoji tuđeg roba. Po Eklogi, izvršilac ovoga dela mora vratiti tog roba njegovom vlasniku, a kao naknadu što ga je neovlašćeno držao, mora njegovom vlasniku predati i još jednog roba, ili mu isplatiti novčani iznos u visini vrednosti roba kojeg je neovlašćeno držao. Ovakvu odrebu Ekloge, priređivači ZSLj ublažuju u korist onoga ko je prisvojio tuđeg roba: ako ne želi ili ne može da tog roba vrati, dužan je da njegovom vlasniku "preda drugog takvog roba ili da mu isplati (njegovu) cenu".

4. Zaključak

Ostavljajući za kasnije radove detaljniju analizu i moguća tumačenja pojedinih konkretnih primera recepcije uz modifikaciju vizantijskog prava u pravnom zborniku Zakon sudnji ljudem, ovde iznosimo samo neka opštija zapažanja vezana za ishod takvog zakonodavnog postupka.

Uporednim posmatranjem devetnaest članova ZSLj i analognih odredbi Ekloge prema kojima su oni uz modifikaciju formulisani, uočava se da sem dva člana ZSLj (čl.3 i čl.19), svi ostali uređuju krivičnopravnu materiju. Kazne za pojedina krivična dela su u ZSLj blaže od onih u analognim članovima Ekloge. Jedini izuzetak gde je to drugačije, jeste član 16. ZSLj gde se za povredu prava crkvenog azila propisuje kazna od sto četrdeset udaraca, dok analogni član Ekloge (XVII/1) za ovo krivično delo propisuje kaznu od dvanaest udaraca.

Tamo gde je u analognim članovima Ekloge propisana smrtna ili telesna kazna, redaktori ZSLj po pravilu propisuju neku relativno blažu varijantu kažnjavanja: umesto odsecanja nosa – imovinsku kaznu (čl. XVII/31 Ekloge – čl. 10 ZSLj), umesto smrtne kazne – rastavu (čl. XVII /33 Ekloge – čl. 12 ZSLj), umesto odsecanja ruke – prodaju u ropstvo (čl. XVII /13 Ekloge – čl. 26 ZSLj, čl. XVII /15 Ekloge – čl. 27 ZSLj i čl. XVII /16 Ekloge – čl. 29 ZSLj), umesto oslepljenja – prodaju u ropstvo (čl. XVII /15 Ekloge – čl.28. ZSLj). Slična tendencija u postupku ove recepcije uz modifikaciju ogleda se i u članu 5 ZSLj, gde su redaktori iz analognog člana Ekloge (XVII/22) preuzeli samo imovinsku, a izostavili telesnu kaznu.

Smrtnu kaznu ZSLj propisuje samo u jednom slučaju (čl. 15), za onoga ko "radi neke zlobe ili pljačke imanja upali kuću". Tu se priređivači ZSLj kod određivanja kazne dosledno drže svog vizantijskog uzora (člana XVII /41 Ekloge) čak i u pogledu samog načina izvršenja smrtne kazne: spaljivanje krivca (za paljevinu u gradu), odn. pogubljenje mačem (za paljevinu van grada).

Sledeća najuočljivija razlika između odredaba ZSLj i analognih članova Ekloge jeste činjenica da ZSLj za mnoga krivična dela dodaje i crkvene kazne (epitimije),

kojih, naravno, uopšte nema u Eklogi kao izrazito svetovnom zakonu državne vlasti Vizantijskog carstva. Ova činjenica potkrepljuje hipotezu pojedinih pravnih historičara (naročito ruskih i bugarskih) da je Zakon sudnji ljudem nastao na nekom prostoru i u vremenu neposredno posle primanja hrišćanstva. U tadašnjem slovenskom svetu u susedstvu Vizantije, takva istorijska situacija bila je jedino u bugarskoj državi neposredno posle 865. godine, kada je knez Boris primio hrišćanstvo i uz velike otpore svog snažnog paganskog okruženja nastojao da ga proglasi za zvaničnu državnu religiju. Uostalom, već prvi član ZSLj, za koji je malo verovatno da je mogao imati uzore u vizantijskom pravu, propisuje da se selo u kojem se vrše paganski obredi preda crkvi sa celokupnom imovinom, a da se starešine tih sela prodaju zajedno sa njihovom imovinom i da se dobijeni iznos razdeli sirotinji. Ovakva surovost redaktora ZSLj prema paganima koji su kroz privrženost svojoj staroj veri otvoreno manifestovali protivljenje primanju hrišćanstva, potkrepljuje hipotezu da je i sam čin donošenja zbornika Zakon sudnji ljudem bio u bliskoj vezi sa procesom pokršćavanja i društvenim problemima nastalim uvođenjem u pagansku sredinu jedne potpuno nove religije.

Literatura

- Avramović, S., Stanimirović, V. (2007). Uporedna pravna tradicija. Beograd.
- Andreev, A. (1964). Novi proučvanija i novi teorii otnosno proizhoda na Zakonъ soudный людъмъ. Godišnik na Sofijskija Universitet, Юридически fakultet. (LV). 29-83.
- Bobčev, S. (1998). Istorija na satarobъlgarskoto pravo. Sofija.
- Ganev, V. (1959). Zakonъ soudный людъмъ. Sofija.
- Margetić, L. (1980). Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. (1). 53-78.
- Milaš, N. (1902). Pravoslavno crkveno pravo. Mostar.
- Nikolić, D. (2011). Istorija prava, stari i srednji vek. Niš.
- Nikolić, D. (2012). Zakon sudnji ljudem – najstariji slovenski pravni spomenik. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. (LXIII). 29-38.
- Nikolić, D., Đorđević, A. (2013). Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka. Niš.
- Šarkić, S., Popović, D. (2012). Veliki pravni sistemi i kodifikacije. Novi Sad.

Dragan Nikolić, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

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

Summary

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

Upon a comparative analysis of the contents of respective provisions contained in the Byzantine Ecloga and the Slavonic legal document Zakon sudnyi lyudem, the author has noted two prominent tendencies underlying the process of reception and modification of the Byzantine law. The first tendency was reflected in the fact that the punishment for some criminal offences in the Slavonic collection of laws were relatively more lenient than those contained in the respective articles of the Byzantine Ecloga; thus, instead of the cruel punishment involving the mutilation of body parts (such as: cutting off one's nose/hand/fingers, or blinding the perpetrator) which was prescribe in the Ecloga, the editors of the Slavonic legal document prescribed different forms of monetary punishment (such as a fine or confiscation of property), or servitude (selling the perpetrator into slavery). The second prominent tendency was that the editors of the Slavonic legal document amended the traditional types of criminal sanctions by introducing a corpus of ecclesiastical law penalties and penances (such as: long-term fasting which could last for years; temporary prohibition of attending church services or taking part in the Divine Liturgy; prohibition of receiving the Holy Communion; etc.) The latter

development is the result of the editors' intervention and modification of the legal norms received and adopted from the Ecloga, particularly given the fact that none of the provisions in the Byzantine code contained any form of punishment which was within the jurisdiction of ecclesiastical (canon) law.

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

Dr Nevena Petrušić,
Redovna profesorka Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.63(436)

Rad primljen: 30.09.2013.
Rad prihvaćen: 29.10.2013.

AUSTRIJSKI MODEL POMOĆI I PODRŠKE DETETU U POSTUPKU ZA UREĐIVANJE RODITELJSKOG STARANJA I LIČNOG KONTAKTA¹

Apstrakt: Rad je posvećen austrijskom modelu pomoći i podrške detetu u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta, ustanovljenom Saveznim zakonom o vanparničnom postupku Austrije iz 2003. U radu je najpre ukazano na međunarodne standarde u pogledu procesnih prava deteta u sudskim postupcima koji ga se tiču, kao i na pojedine modele pomoći i podrške detetu u uporednom pravu. Izložen je sumarni pregled reformi austrijskog zakonodavstva u oblasti roditeljskog staranja, kojima je unapređen pravni položaj deteta u porodičnim odnosima. Centralni deo rada sadrži prikaz i analizu onih propisa o postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta kojima je operacionalizovano pravo deteta da bude saslušano, kao i da dobije odgovarajuću pomoć i podršku u ostvarivanju pojedinih procesnih prava. U tom kontekstu razmotrena je procesna delatnost koju sud preduzima u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta u cilju ostvarivanja procesnih prava deteta, kao i uloga specijalizovanih službi na koje se sud oslanja prilikom preduzimanja ove delatnosti.

Ključne reči: dete, roditeljsko staranje, lični kontakt, procesna prava deteta, sud, Kinderbeistand, Besuchsbegleitung, Familiengerichtshilfe.

¹ nevena.petrusic@gmail.com

* Rad je rezultat istraživanja u okviru Projekta "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije (evidencioni broj projekta je 179046).

1. Uvod

U posljednjih nekoliko decenija austrijsko porodično pravo doživelo je potpunu transformaciju. Na to su uticali mnogi faktori: strukturalne promene same porodice, promene u rodnim ulogama, paradigmatične promene u poimanju detinjstva i roditeljstva, kao i drugi činioci uslovljeni razvojem austrijskog društva. Izmene su, takođe, bile izraz potrebe da se implementiraju međunarodni standardi u domenu ljudskih prava i prava deteta, da se pravo Evropske unije, čija je Austrija članica, transponuje u nacionalno zakonodavstvo, kao i da se domaći pravni sistem uskladi sa savremenim principima, trendovima i pravcima razvoja evropskog prava o roditeljskoj odgovornosti, koje se postepeno unifikuje i harmonizuje (Pintens, 2003: 3), zahvaljujući, pre svega, radu Komisije za evropsko porodično pravo.²

Paralelno sa noveliranjem propisa kojima su uređeni odnosi roditelja i dece, u austrijskom pravu kreirano je i niz procesnih mehanizama kojima se unapređuje položaj deteta u sudskim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima i interesima. U ovom radu razmotrena su zakonska rešenja o pružanju pomoći i podrške detetu u postupku u kojem se uređuje roditeljsko staranje i njegov lični kontakt sa roditeljima. Radi se o novom modelu pomoći i podrške detetu ustanovljenom austrijskim *Saveznim zakonom o vanparničnom postupku* iz 2003.³

2 Komisija za evropsko porodično pravo (Commission on European Family Law - CEFL) je ekspertska grupa osnovana 2001. sa zadatkom da radi na harmonizaciji porodičnog prava na evropskom nivou. Pored ostalog, Komisija je izradila dokument pod nazivom *Principles of European family law regarding parental responsibilities*. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>.

3 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, od 12. 12. 2003. (BGBl I 112). Zakon je stupio na snagu 1. 1. 2005. (U daljem tekstu: AußStrG). AußStrG je rezultat višegodišnjeg rada na reformi vanparničnog procesnog prava, koje je prvi put kodifikovano Zakonom o sudskom postupku u vanparničnim stvarima, uvedenim Carskim patentom iz 1854. Nekoliko je ključnih razloga zbog kojih se pristupilo reformi vanparničnog postupka. Pre svega, stari *Zakon o sudskom postupku u vanparničnim stvarima* iz 1854., koji spada u red „procesnih metuzalema“, (Maganić, 2006: 485) nije u potpunosti regulisao vanparnične postupke, tako da su sudovi bili prinuđeni da sami kreiraju pravila postupanja. Takođe, vremenom su i drugim zakonima uređeni pojedini vanparnični postupci, što je materiju vanparničnog postupka činilo nepreglednom i izazivalo pravnu nesigurnost. Takvo stanje je bilo neodrživo, imajući u vidu principe pravne države i standarde pravičnog postupka (Obrazloženje AußStrG, 2003). Zbog toga je zakonodavac u potpunosti izmenio koncept vanparnične procedure i kreirao čitav niz novih opštih vanparničnih procesnih pravila, sadržanih u čak 80 paragrafa, kojih je neuporedivo više u odnosu na broj opštih vanparničnih procesnih pravila iz ranije važećeg zakona, koja su bila sadržana u 19 paragrafa (Salma, 2008: 243). Ipak, nova opšta vanparnična procesna pravila ne čine opšti vanparnični postupak, kako se u literaturi navodi (Salma, 2008: 243), već ona i dalje predstavljaju skup opštih, zajedničkih vanparničnih procesnih pravila. Neka od ovih pravila važe samo u postupcima koji se pokreću *ex officio*, dok druga važe samo u

koji se primenjuje u jednom od najčešće vođenih postupaka iz domena odnosa roditelja i dece. Da bi se ovaj model sagledao, u radu su najpre izloženi ključni međunarodni standardi o procesnim pravima deteta u sudskim postupcima i dat je kratak uporedni pregled pojedinih modela pomoći i podrške deteta kojima su ova prava deteta operacionalizavana.

S obzirom da je u Srbiji otpočeo rad na donošenju Zakona o pravima deteta,⁴ kao i da predstoji reforma vanparničnog procesnog prava, korisno je razmotriti rešenja za koja se opredelio austrijski zakonodavac, posebno ako se ima u vidu da je austrijsko pravo tradicionalno služilo za uzor domaćem zakonodavcu.

2. Procesna prava deteta u sudskim postupcima - međunarodni standardi i uporednopravna rešenja

Ključno polazište savremenog prava jeste da je dete autonomni pravni subjekat i samostalni titular ljudskih prava i sloboda, prilagođenih njegovim razvojnim potrebama, čime se obezbeđuje zadovoljavajući stepen slobode ličnosti i samoodređenja deteta. Ovakav pravni status deteta rezultat je promena u poimanju detinjstva, kao socijalne i kulturne kategorije, i konačnog uobličavanja koncepta „prava deteta“ (Freeman, 1983: 21).

Ideja o detetu kao autonomnom pravnom subjektu normativno je uobličena Konvencijom UN o pravima deteta.⁵ Ovaj osnovni međunarodni dokument u oblasti dečijih prava po prvi put detetu garantuje široku paletu građanskih, političkih, ekonomskih i kulturnih prava, među kojima i pravo deteta da slobodno izrazi svoje mišljenje o svim pitanjima koja ga se tiču (čl. 12. KPD). Saglasno tome, propisano je da se mišljenju deteta mora posvetiti dužna pažnja u skladu sa godinama života i zrelošću deteta, kao i da se u svim sudskim i administrativnim postupcima koji se odnose na dete, detetu mora pružiti prilika da bude saslušano, bilo neposredno ili preko zastupnika ili odgovarajućeg tela, na način koji je u skladu sa procesnim pravilima nacionalnog zakonodavstva.

Prava ustanovljena Konvencijom o pravima deteta dodatno su razrađena i operacionalizovana Evropskom konvencijom o ostvarivanju dečijih prava,⁶

postupcima zasnovanim na načelu dispozicije, i to pod uslovom da za konkretni postupak nije propisano neko drugo specifično procesno pravilo.

4 Rad na ovom zakonu inicirao je 2009. Zaštitnik građana Republike Srbije, formiranjem radne grupe za izradu zakona.

5 *Convention on the Rights of the Child* (u daljem tekstu KPD), usvojena je 20.11.1989. a stupila na snagu 2. 09. 1990. god.

6 *European Convention on the Exercise of Childrens' Rights*, Council of Europe, ETS No. 160 (u daljem tekstu EK), otvorena je za potpisivanje 25. januara 1996., a stupila na snagu 7. 01. 2000. O značaju Evropske konvencije, šire: Hrabar, 1996: 391-403.

kojom su propisani procesni mehanizmi za zaštitu pojedinih prava deteta. Ovom Konvencijom ustanovljen je čitav niz posebnih procesnih prava deteta (Palačković, 2000: 539-551), čije vršenje obezbeđuje da dete efektivno učestvuje u svim u postupcima koji tangiraju njegova prava i interese⁷ i slobodno izrazi svoje mišljenje.⁸ Izričito je garantovano pravo deteta da traži pružanje svih relevantnih informacija, da bude konsultovano i izrazi svoje mišljenje, da bude obavješteno o mogućim posledicama koje bi nastale prihvatanjem njegovog mišljenja, kao i o mogućim posledicama bilo koje odluke (čl. 3. EK). Takođe, u situacijama u kojima između deteta i roditelja postoji sukob interesa, dete ima pravo da zahteva postavljanje posebnog (kolizionog) zastupnika (čl. 4. EK). Pored procesnih prava deteta koja garantuje sama EK, od država članica se očekuje da razmotre mogućnost priznavanja dodatnih procesnih prava, a posebno pravo deteta da zahteva pomoć odgovarajuće osobe koju samo izabere, koja bi mu pomogla da izrazi mišljenje, pravo deteta da zahteva imenovanje posebnog zastupnika, uključujući i advokata, pravo deteta da imenuje svog sopstvenog zastupnika, pravo da ostvaruje sva ili pojedina prava koja pripadaju strankama u postupcima koji se tiču deteta (čl. 5. EK). Radi ostvarivanja procesnih prava deteta, odredbama EK utvrđene su i odgovarajuće dužnosti suda. Prema čl. 6. EK, sud je dužan da razmotri da li je pribavio sve potrebne informacije kako bi doneo odluku koja je u najboljem interesu djeteta, te da, ako oceni da je potrebno, pribavi i dodatne informacije, naročito od nosilaca roditeljskih odgovornosti. Ukoliko se, prema unutrašnjem pravu, smatra da dete ima dovoljnu sposobnost razumevanja, sud je dužan da ispita da li je dete dobilo sve potrebne informacije, da detetu pruži savete, neposredno ili posredstvom drugih osoba ili organa, na način prilagođen detetu i njegovoj sposobnosti razumevanja, izuzev ako je to u očigladnoj suprotnosti s najboljim interesima deteta, da omogući da dete izrazi svoje mišljenje i da mišljenju deteta prida dužni značaj.

U procesu usklađivanja nacionalnih propisa sa standardima KPD i EK, države su izgradile raznovrsne mehanizme kako bi detetu obezbedile da na odgovarajući način ostvari svoja prava u postupku (Petrušić, 2002: 99). Kad je reč o pomoći i podršci koja se u sudskim postupcima pruža detetu kako bi ostvarilo svoja procesna prava, u uporednom pravu razvijeni su različiti modeli. Tako je, na primer, u Engleskog je razvijen tzv. „tandem-model“, čija se osnovna ideja ogleda se u tome da tokom sudskog postupka koji se tiče deteta detetu pružaju pomoć i podršku

7 U t. 2. čl. 1. EK, pod naslovom „Domašaj i cilj Konvencije“, navodi se da je cilj Konvencije „da, u najboljem interesu dece, unapređuje njihova prava, prizna im procesna prava i olakša ostvarivanje tih prava obezbeđujući da deca, sama ili posredstvom drugih osoba ili tela, budu informisana i da im se dozvoli da učestvuju u postupcima pred pravosudnim organima koji se njih tiču“. Pri tome pojam „pravosudni organ“ obuhvata „sud ili administrativni organ sa jednakim ovlašćenjima“ (čl. 2. t. 2. EK).

8 Čl. 1. st. 2. EK.

dva stručnjaka sa komplementarnim ulogama: *Guardian ad litem*, koga postavlja sud, obično nezavisan socijalni radnik, čiji je zadatak da istraži sve relevantne činjenice, utvrdi želje i potrebe deteta i o tome informiše sud, i pravni stručnjak (*Advocate*), zadužen za pravno savetovanje i preduzimanje procesnih radnji.⁹ Ostvarujući svoje posebne zadatke, ovi stručnjaci uspostavljaju odnos poverenja sa detetom, zajednički grade strategiju zaštite prava deteta i pružaju podršku jedan drugome u ostvarivanju svojih posebnih zadataka. U Kanadi pravnu pomoć i podršku detetu pružaju dečiji advokat (*child's advocate*) ili poseban staratelj (*guardian ad litem*), koga postavlja sud ili tzv. priljatelj suda (**amicus curiae**), koga, takođe, postavlja sud.¹⁰ U pojedinim američkim državama pomoć i podršku deci pružaju posebni zastupnici koje postavlja sud, a to mogu biti advokati i laički zastupnici - volonteri, koji su posebno edukovani za zastupanje deteta pred sudovima za maloletnike i porodičnim sudovima. Posebno veliki značaj u američkom pravnom sistemu imaju tzv. CASA zastupnici, specijalni zastupnici volonteri koje postavlja sud - *Appointed Special Advocate volunteers* (Petrušić, 2006: 173). Izgrađeni su posebni standardi o načinu rada zastupnika koje postavlja sud,¹¹ a odnos između sudova i zastupnika regulisan je posebnim ugovorom (Petrušić, 2006: 174).

3. Austrijski model pomoći i podrške detetu u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta deteta sa roditeljima

3.1. Sumarni pregled normativnih izmena u domenu roditeljskog staranja

Pravni koncept roditeljstva, uobličen *Austrijskim građanskim zakonikom* iz 1811.¹² po prvi put je temeljno rekonstruisan 1970., usvajanjem *Saveznog zakona o pravnom statusu dece rođene izvan braka*,¹³ kojim su izjednačena prava bračne i vanbračne dece, a u pogledu roditeljskog staranja majci su priznata

⁹ U praksi, ovi stručnjaci redovno održavaju interdisciplinarne sastanke, na kojima evaluiraju rad, razmenjuju informacije i pripremaju dalje aktivnosti. (Peters, 1997: 226-244).

¹⁰ Ronda, 2002: 14.

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

¹² Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 1. 6. 1811. stupio na snagu 1. 01. 1812. Zakon sada nosi naziv Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch ((u daljem tekstu: ABGB). Ovaj i drugi austrijski zakoni citirani u ovom radu dostupni su na internet adresi: <http://www.ris.bka.gv.at>, sa koje su i preuzeti.

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

ista prava koja pripadaju i ocu. Usvajanjem *Saveznog zakona o reorganizaciji roditeljskog staranja o deci* iz 1977.,¹⁴ uveden je koncept dobrobiti deteta (*Kindeswohl*), kao vrhovni pravni princip i kriterijum koji obavezuje svakoga ko se o detetu stara i odlučuje o njegovim pravima. Novelama ovog zakona iz 1989.,¹⁵ uvedena je potpuna zabrana fizičkog kažnjavanja dece (čl. 146a ABGB), a koncept "roditeljski autoritet", zamenjen konceptom "roditeljsko staranje",¹⁶ kako bi se jasno pokazalo da dete nije objekat u vlasti roditelja, već titular prava na roditeljsko staranje (Kerschner, 2000: 25).

Austrija je 1992. ratifikovala *Konvenciju UN o pravima deteta* iz 1989., a 1999. potpisala *Evropsku konvenciju o ostvarivanju prava deteta*, što je bio povod da Austrija pristupi novom ciklusu zakonodavnih reformi, kojima je znatno unapredila pravni okvir porodičnih odnosa i zaštitu prava koja iz njih proističu, uključujući i prava deteta.¹⁷ Prvi korak učinjen je usvajanjem *Saveznog zakona o zaštiti od nasilja u porodici* iz 1996.,¹⁸ koji obezbeđuje delotvorno sprečavanje nasilja u porodici i adekvatnu pomoć i podršku žrtvama (Taler, 2007).¹⁹ Promene u domenu roditeljskog staranja izvršene su usvajanjem *Zakona o izmenama zakona o roditeljskom staranju nad decom* iz 2000.,²⁰ koji je proširio princip roditeljske odgovornosti i unapredio položaj deteta²¹ u sudskim postupcima, propisivanjem dužnosti suda da detetu omogući da se izjasni o načinu roditeljskog staranja i uzme u obzir mišljenje deteta (čl. 146. tač. 3. ABGB). Detetu je izričito priznato pravo na kontakte sa roditeljem sa kojim ne živi (čl. 148. ABGB). Pored toga, zakonom je favorizovano zajedničko staranje o detetu (*Gemeinsame Obsorge*). Za ovaj oblik staranja je, kao neophodan uslov, bilo propisano da

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

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

16 Prema važećim propisima, roditeljsko staranje, u širem smislu, obuhvata zadovoljavanje potreba deteta, uključujući pružanje svakog vida podrške (čl. 140. ABGB), dok u užem smislu njega čini čuvanje i nega deteta, staranje o obrazovanju, upravljanje imovinom deteta i pravno zastupanje u svim ovim oblastima (čl. 144. ABGB) (Roth, 2008: 5).

17 U dekadi nakon usvajanja Konvencije o pravima deteta Austrija je preduzela niz aktivnosti u okviru Nacionalnog akcionog plana (Resolution of the Nationalrat, E-156-NR 18. GP) kako bi promovisala prava deteta i poboljšala položaj dece, posebno dece iz osetljivih društvenih grupa. Pregled aktivnosti sadržan je u *National report Austria*, United Nations General assembly, Special session (UNGASS) on Children 2001, [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from http://www.unicef.org/specialsession/how_country/edr_austria_en.PDF

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

19 Detaljno o rešenjima ovog zakona: Logar, 2005: 3-6.

20 *Kindschaftsrechtsänderungsgesetz*, BGBl. I 135/2000. Zakon je stupio na snagu 21. 9. 2001.

21 Ovim zakonom granica punoletstva smanjena je sa 19 na 18 godina (par. 21. st. 2. ABGB).

se roditelji moraju o tome sporazumeti, što je podrazumevalo i sporazum o „glavnom mestu prebivališta deteta“.²²

Prateći evropski trend razvoja alternativnih metoda za mirno rešavanje sporova,²³ Austrija je 2003. usvojila *Zakon o medijaciji u građanskopravnim stvarima*,²⁴ kojim je postavljen pravni okvir za primenu medijacije i u bračnim i porodičnopravnim stvarima (Casals, 2005).

Najnovije izmene u domenu roditeljskog staranja izvršene su 2013., usvajanjem *Zakona o izmenama i dopunama propisa koji se odnose na roditeljsko staranje i određivanje imena deteta*.²⁵ Ove izmene su prevashodno bile izraz potrebe da se obezbedi potpuno jednak tretman bračne i vanbračne dece, ali i da se očevi vanbračne dece izjednače sa očevima bračne dece u pogledu mogućnosti da ostvaruju pravo na roditeljsko staranje jer su ranije važeći propisi u tom pogledu bili diskriminatorni.²⁶ Pored toga, izmenjen je i stav u pogledu mogućnosti da sam sud odredi zajedničko staranje tako što je sud ovlašćen da odredi zajedničko

22 U slučaju prestanka zajednice života, razvoda ili poništenja braka, zajedničko staranje roditelja se nesmetano nastavlja, s tim što je svaki roditelj ovlašćen da od suda traži izmenu režima zajedničkog staranja i donošenje odluke kojom se dete njemu poverava na samostalno staranje (Boele-Woelki, Braat, Sumner, 2005: 55).

23 Presek stanja u razvoju porodične medijacije u državama EU sadržan je u izveštaju: *Family mediation in the European Union, (2005)*, European Network of National Observatories on Childhood. [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from http://www.childoneurope.org/issues/family_mediation.htm. O evropskim standardima medijacije, videti: Petrušić, 2008: 56.

24 *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen* (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG), BGBl. I 29/2003. zakon je stupio na snagu 1. marta 2004.

25 *Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz*, BGBl. I Nr. 15/2013. (u daljem tekstu: Zakon iz 2013).

26 Obrazlažući potrebu za izmenama zakona, Ministarstvo pravde je ukazalo da je Savezni ustavni sud odlukom od 21. jula 2010. utvrdio da su tada važeći propisi ograničavali roditeljsko pravo oca vanbračnog deteta, koji je mogao da ostvari pravo na roditeljsko staranje nad detetom samo ako je majka deteta pristala na zajedničko staranje ili je odbila da se samostalno stara o detetu, pri čemu nije postojala mogućnost da sud izmeni način ostvarivanja roditeljskog staranja, u skladu sa interesima deteta. Videti: Pressemitteilung: Neues Sorgerecht nimmt gesellschaftlichen Wandel auf, http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130131_Neues%20Sorgerecht.html?nn=1469052. Novim propisima regulisano je da u pogledu staranja o vanbračnom detetu roditelji mogu sklopiti pisani sporazum o zajedničkom staranju, a otac vanbračnog deteta ovlašćen je da od suda traži donošenje odluke o roditeljskom staranju, budući da roditeljsko staranje nad vanbračnim detetom po samom zakonu pripada majci (par. 166. ABGB). Da bi se predupredilo sklapanje ishitrenih sporazuma, omogućeno je sklapanje privremenih sporazuma (čl. 177. st. 2. ABGB). Ukoliko sporazum nije u interesu deteta, sud ga može proglasiti ništavim i svojom odlukom urediti način roditeljskog staranja. Za slučaj da roditelji ne postignu sporazum, otac deteta može od suda tražiti uređivanje načina njegovog „učesća“ u roditeljskom staranju.

staranje i kada roditelji o tome nisu postigli sporazum, čime je i u Austriji zajedničko staranje postalo dominantni oblik roditeljskog staranja, kakav je slučaj i u mnogim drugim zapadnim zemljama (Kovaček-Stanić, 2002: 231). Radi ostvarivanja dobrobiti deteta, zakonodavac je znatno olakšao i transfer roditeljskog staranja sa jednog roditelja na drugog, kao i preraspodelu ovlašćenja koja čine sadržinu roditeljskog staranja. Takođe, važna novina jeste i mogućnost da sud donese privremenu odluku o zajedničkom roditeljskom staranju, na period od šest meseci, s tim što se u ovom periodu vrši neposredni uvid u porodičnu situaciju i način ostvarivanja zajedničkog staranja, kako bi se ispitalo kako zajedničko staranje praktično funkcioniše i da li je optimalno rešenje s aspekta interesa deteta. Poslove monitoringa vrše stručna lica *Familiengerichtshilfe*, novoformirane službe koja je specijalizovana za pružanje pomoći porodičnim sudovima.²⁷ Nakon perioda provere, sud donosi konačnu odluku o obliku roditeljskog staranja. Do sada su *Familiengerichtshilfe* formirane pri četiri okružna suda,²⁸ a planirano je da do sredine 2014. budu formirane pri ostalim sudovima (Barth, 2013).²⁹

Zakon iz 2013. novelirao je i propise o održavanju ličnog kontakta roditelja sa detetom sa kojim ne živi. Umesto ranijeg termina "poseta" - "*Besuchsrecht*", uveden je termin "lični kontakt" - "*Persönlicher Kontakt*", sa ciljem da se naglasi da održavanje ličnog kontakta roditelja sa detetom predstavlja pravo deteta, odnosno obavezu roditelja. Sud je nadležan da na zahtev roditelja uredi održavanje kontakata deteta sa roditeljem, kao i sa trećim licima, a ovlašćen je da od *Familiengerichtshilfe* zatraži da prati da li roditelj zanemaruje kontakt sa detetom ili ga ostvaruje, da li dete na vreme uzima i vraća roditelju koji samostalno vrši roditeljsko pravo i sl., uz mogućnost da roditelju koji ne ispunjava ove roditeljske dužnosti naloži da to ubuduće čini.

3.2. Procesna pozicija deteta i oblici pomoći i podrške detetu

Procesna pozicija deteta i pružanje pomoći i podrške detetu u postupku u kome se uređuje roditeljsko staranje i lični konatakt roditelja sa detetom regulisani su u 7. odeljku AußStrG, pod naslovom "Uređivanje roditeljskog staranja i ličnih

²⁷ O ulozi *Familiengerichtshilfe* u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta sa detetom, videti *infra* 3.3.

²⁸ Radi se o posebnim odeljenjima okružnih sudova koji postupaju u porodičnopravnim stvarima (par. 23b Gerichtsverfassungsgesetzes, BGBI. I S. 1077, BGBI. I S. 1938).

²⁹ Par. 106c AußStrG propisano je da je savezni ministar pravde ovlašćen da osniva *Familiengerichtshilfe*, u skladu sa raspoloživim budžetskim, organizacionim, tehničkim i ljudskim resursima, uzimajući u obzir ekonomsku održivost *Familiengerichtshilfe* pri sudu za koji se osniva. Takođe, istim paragrafom je propisano da je sud, u meri u kojoj je to moguće i potrebno, dužan da *Familiengerichtshilfe* obezbedi besplatno korišćenje prostorija u zgradi suda i potrebnu telekomunikacionu opremu.

kontakata" ("Regelung der Obsorge und der persönlichen Kontakte"). Radi se o posebnom vanparničnom postupku koji je regulisan opštim vanparničnim procesnim pravilima sadržanim u par. 1-80. AußStrG³⁰ i posebnim vanparničnim procesnim pravilima sadržanim u par. 104-111. AußStrG.³¹

Jedna od najvažnijih novina austrijskog vanparničnog postupka za uređivanje roditeljskog porodičnog staranja i ličnog kontakta³² ogleda se u tome što je zakonodavac propisao čitav niz pravila koja obezbeđuju da dete bude stvarni subjekt u ovom postupku, a ne „objekt“ postupanja. Nova pravila su bazirana na ideji da je dete titular prava i sloboda, koje ostvaruje u skladu sa svojim razvojnim sposobnostima.³³ Polazeći od principa autonomije deteta, detetu je obezbeđen pun procesni subjektivitet u ovom postupku, kao i nezavisno zastupanje i odgovarajuća pomoć i podrška, a kreirana su zakonska rešenja koja obezbeđuju da dete bude informisano o svim aspektima pravne stvari, da njegove autentične želje i mišljenje budu utvrđeni, vrednovani i uvaženi i ostvare odgovarajući uticaj na sadržinu same odluke.

30 Sobzirom da je dalji tekst posvećen analizi pravila sadržanih u AußStrG, uvek kada se u tekstu navodi konkretna zakonska odredba, bez označavanja zakonskog izvora, reč je od odredbi sadržanoj u AußStrG.

31 Uređivanje roditeljskog staranja i ličnih kontakata je samo jedna od pravnih stvari koje su iz parničnog prebačene u vanparnični postupak, koji je, kao procesni metod, fleksibilniji, brži, manje formalan i orijentisan na pomoć, uz mogućnost sporazumnog rešavanja konflikata u okviru ili izvan sudskog postupka, uz pomog i podršku socijalnih i psiholoških savetnika i miritelja. Prema AußStrG, u vanparničnom postupku odlučuje o poreklu deteta, o izdržavanju maloletnog deteta i srodnika u pravoj liniji, daje se odobrenje za usvojenje deteta, odlučuje o sporazumnom razvodu itd.

32 Analiza sadržine pravila AußStrG kojima je ovaj postupak uređen pokazuje da su ona dvojakog karaktera: neka od ovih pravila su tipična procesna pravila, kojima se uređuje način postupanja procesnih subjekata, dok su mnoga materijalnopravnog karaktera. Ovakav zakonodavni pristup je posledica same prirode vanparničnih postupaka, od kojih se svaki ponaosob vodi da bi proizveo tačno određene posledice u materijalnopravnim odnosima, što uslovljava da između materijalnopravnih i procesnopravnih pravila često postoji neraskidiva veza (Marković, 1972: 34).

33 Petrušić, 2006: 169. Ove ideje su u punoj meri našle svoj izraz u dokumentu *Guide-lines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130131_Neues%20Sorgerecht.html?nn=1469052. Ovaj inovativni dokument je usmeren ka izgradnji pravosudnog sistema koji garantuje poštovanje i delotvorno ostvarivanje svih prava deteta na najvećem moguće nivou, što, između ostalog, podrazumeva pravosuđe koje je dostupno, prilagođeno uzrastu deteta, efikasno, temeljno, prilagođeno i fokusirano na potrebe deteta. (Videti Odeljak 2, Definicije, tač. c).

Pre svega, u postupku u kojem se uređuje roditeljsko staranje i kontakt sa decom deci je priznata aktivna procesna legitimacija (par. 176. st. 3. ABGB), a deci starijoj od 14 godina priznata je procesna sposobnost tako što je u par. 104. izričito propisano da dete starije od 14 godina može samostalno da preduzima procesne radnje. Sud je dužan da proceni sposobnost deteta da razume svoja procesna prava u postupku i da, ukoliko oceni da je potrebno, pre njegovog saslušanja, uputi dete da koristi usluge savetovanja.

Zakonski zastupnik nije lišen mogućnosti da zastupa dete, bez obzira na to da li ono procesno sposobno,³⁴ ali je sud ovlašćen da roditelju oduzme pravo na zastupanje deteta ako svojim postupanjem ugrožava interese deteta (par. 212. st. 2. i 3). Ukoliko su zahtevi deteta i njegovog zakonskog zastupnika suprotni, sud je dužan da prilikom odlučivanja uzme u obzir sve zahteve.

Procesni položaj deteta ojačan je i pravilom po kojem sud u postupku po reviziji detetu starijem od 14 godina koje nema advokata može, na njegov zahtev, odrediti besplatnog advokata, i to bez prethodne provere imovinsko-pravnih pretpostavki.³⁵

Važna novina ogleda se i u uspostavljanju specifičnog modela pomoći i podrške detetu radi njegovog efektivnog učešća u postupku. Naime, odredbama par. 104a, pod rubrumom „Podrška za dete“, propisano je da se detetu mlađem od 14 godina određuje „osoba za podršku“ (*„Kinderbeistand“*), ukoliko je to potrebno, posebno imajući u vidu intenzitet konflikta između drugih stranaka u postupku. Pod istim uslovima ova osoba može biti određena i detetu mlađem od 16 godina, ukoliko je dete s tim saglasno (Pelikan). Za obavljenje ove specifične funkcije, mogu biti imenovane osobe koje su za to pogodne, s obzirom na njihovo zanimanje i nivo obučenosti i iskustva u radu sa decom i mladima.³⁶

Osoba za podršku detetu dužna je da sa detetom razvije odnos poverenja, da detetu pruža psihološku podršku, permanentno ga informiše o razvoju postupka i da, uz saglasnost deteta, sudu prenese mišljenje deteta. Ova osoba je dužna da, kao tajnu, čuva sve činjenice koje su joj poverene ili postale poznate.³⁷ Da

34 O režimu pravnog zastupanja deteta u austrijskom pravu, videti: *Report on Survey on the national systems of children's legal representation*. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from <http://www.childoneurope.org/issues/legal/Report%20legal%20representation.pdf>

35 Prema par. 6., u vanparničnim postupcima u kojima stranke ističu suprotstavljene predloge, u žalbenom postupku ih mora zastupati advokat. Takođe, advokat mora zastupati stranke i u postupku po reviziji.

36 Osoba koju je sud imenovao kao osobu za podršku detetu može odbiti imenovanje, pod istim uslovima pod kojima veštak može tražiti svoje izuzeće (par. 104a st. 4).

37 Par. 104a st. 2.

bi osoba za podršku mogla uspješno da ostvari poverenu funkciju, propisano je nekoliko posebnih pravila: osoba za podršku detetu ima pravo na uvid u sve spise predmeta, mora biti obavještena o svim ročištima, ima pravo da prisustvuje svim usmenim raspravama i da maloletnika prati prilikom izvođenja dokaza van usmene rasprave, ukoliko dete to želi. Takođe, ovoj osobi moraju biti dostavljeni svi podnesci koje su stranke uputile tokom postupka.³⁸

Osobi za podršku detetu funkcija po pravilu prestaje pravnosnažnošću odluke kojom je pravna stvar rešena, ali je ona dužna da nakon okončanja postupka sa detetom prodiskutuje sam postupak i njegov ishod.³⁹ Sud je ovlašćen da osobu za podršku detetu razreši i pre pravnosnažnosti odluke, ukoliko to zahteva dobrobit deteta, i da umesto nje imenuje drugu osobu. Ukoliko tokom obavljanja funkcije bude pokrenut neki drugi postupak koji se odnosi na dete, osoba za podršku nastavlja da vrši funkciju do okončanja tog postupka.⁴⁰

U postupku za uređivanje roditeljskog staranja i održavanja kontakata sa detetom, sud je dužan da dete lično sasluša. Na zahtev suda, dete mogu da saslušaju i predstavnik specijalizovane službe *Jugendwohlfahrtsträger*,⁴¹ predstavnik *Familiengerichtshilfe*, ili veštak, ako se radi od detetu koje nije napunio 10. godinu života, a takav način saslušanja je potreban zbog stepena razvoja deteta, njegovog zdravstvenog stanja ili ako se ne može očekivati izražavanje ozbiljnog mišljenja, odnosno formiranje mišljenja bez spoljnih uticaja.⁴²

Imajući u vidu važnost prava deteta da bude saslušano, zakonodavac je odredbama *AußStrG* izričito propisao izuzetke od pravila da se dete obavezno saslušava. Prema odredbi par. 105. st. 2, dete se ne saslušava ako bi saslušanjem mogla da bude ugrožena njegova dobrobit i ako je očigledno da dete, zbog nivoa sposobnosti razumevanja, ne može dati "promišljeno mišljenje".

Princip autonomije deteta implementiran je propisivanjem pravila da je u postupku u kojem se odlučuje o zahtevu roditelja da se uredi njegov kontakt sa detetom sud dužan da takav zahtev odbije ako je u pitanju dete starije od 14 godina, koje odbija kontakt sa roditeljem.⁴³

38 Par. 104a st. 3.

39 Par. 104a st. 5.

40 Par. 104a st. 5. (*in fine*).

41 *Jugendwohlfahrtsgesetzes*, BGBl. 161/1989.

42 Par. 105. st. 1.

43 Pre nego što odbije zahtev, sud je dužan da strankama ukaže na to da održavanje kontakata principijelno pogoduje dobrobiti deteta, kao i da pokuša da navede stranke da se sporazumeju. Ukoliko u toku postupka stranke sklope sporazum o održavanju ličnog kontakata deteta i roditelja, sud je dužan da ispita sadržinu sporazuma, da ga odobri, ako utvrdi da je on u skladu sa dobrobiti deteta, i obustavi postupak (par. 109).

U postupku za uređivanje roditeljskog staranja i kontakta sa detetom sud je ovlašćen da samoinicijativno naloži zakonom propisane mere u cilju zaštite dobrobiti deteta i adekvatnog ispunjavanja roditeljskih dužnosti,⁴⁴ posebno u situacijama kada ispunjavanje ove dužnosti ugrožava drugi roditelj.⁴⁵ Isto tako, sud je ovlašćen da, ukoliko to zahteva dobrobit deteta, odredi pogodnu osobu koja će biti pratilac i pružati podršku deteta u prilikom ostvarivanja prava na lični kontakt („pratilac tokom posete“ - „*Besuchsbegleitung*“).⁴⁶ U predlogu za određivanje pratioca pratilac mora biti imenovan, što se može učiniti i navođenjem naziva službe/ustanove koja će odrediti pratioca. Imenovano lice, odnosno služba moraju biti uključeni u postupak u kojem se odlučuje o određivanju pratioca, a u rešenju kojim određuje pratioca sud je dužan da u osnovnim crtama definiše zadatke i ovlašćenja pratioca.⁴⁷

3.3. Pomoć specijalizovanih službi

Da bi sudu omogućio da uspešno ispuni svoje dužnosti, zakonodavac mu je otvorio široku mogućnost za korišćenje usluga specijalizovanih službi. Pre svega, da bi sveobuhvatno sagledao okolnosti u kojima dete živi i formirao pravilnu podlogu za svoju odluku, sud u toku postupka može da sasluša predstavnika specijalizovane službe *Jugendwohlfahrtsträger*.⁴⁸ Pored toga, *Zakonom iz 2013.* AußStrG je dopunjen novom odredbom propisanom par. 116a, kojom je sudu

44 U Austriji su posle usvajanja AußStrG razvijeni mnogi uspešni modeli podrške odgovornom roditeljstvu. Tako, na primer, u 156 gradova Austrije postoje tzv. kafei za posete („Besuchscafe“), čiji je rad sponzorisan iz javnih fondova. U ovim kafeima, koji su svojevrsni „beskonfliktni prostori“, nalaze se stručne osobe koje su posebno obučene za pružanje podrške i posredovanje, koje na zahtev roditelja mogu da posreduju u ponovnom uspostavljanju prekinutih kontakata sa detetom, da prate način održavanja ličnog kontakta, posebno u situacijama kada roditelji nisu u skladnom odnosu. Kafei za posete postali su veoma popularni i njihov rad organizuje 36 udruženja iz svih devet austrijskih pokrajina (Examples of good national practices on childfriendly justice – Austria, Working Group on the role of experts in proceedings on parental care and visitation rights, Retrieved 20, September 2013, from <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Austria%20good%20practices.pdf>)

45 Tako je, na primer, u par. 107. st. 3. propisana mogućnost da sud naloži roditeljima da pohađaju početni kurs o medijaciji i/ili mirenju, da učestvuju u savetovanju i obuci radi zaustavljanja nasilja u porodici i/ili kontrole agresivnosti, da izda zabranu roditelju da sa detetom napusti mesto prebivališta, uključujući i naredbu da preda putnu ispravu deteta i dr.

46 Par. 111.

47 Sud je izričito ovlašćen da, iz razloga celishodnosti, zastane sa postupkom za vreme sprovođenja posebnih mera, ukoliko se time ne ugrožavaju interesi neke od stranaka (par. 107. st. 4).

48 Par. 106.

omogućeno da koristi i usluge novoformirane *Familiengerichtshilfe*.⁴⁹ Stručno lice *Familiengerichtshilfe* dužno je da, na zahtev suda, ispita sve okolnosti u kojima dete živi i da sa detetom uspostavi direktan kontakt i utvrdi kakav je njegov odnos sa roditeljima i kakve su njegove potrebe i želje, što je lice koje se o detetu stara dužno da mu omogući.⁵⁰ Na osnovu prikupljenih činjenica, *Familiengerichtshilfe* podnosi sudu izveštaj u pisanoj formi ili usmeno na ročištu.⁵¹

Takođe, Zakonom iz 2013. AußStrG je dopunjen odredbom kojom je propisana mogućnost da sud i tokom postupka za uređivanje ličnog kontakta koristi pomoć *Familiengerichtshilfe*. Ova pomoć se ogleda u tome što stručno lice *Familiengerichtshilfe*, na zahtev suda, vrši kontrolu načina održavanja ličnog kontakta roditelja sa detetom i pruža pomoć u sprovođenju odluke kojom je sud privremeno uredio održavanje ličnog kontakta (par. 107. st. 2), što podrazumeva posredovanje u razrešenju sukoba medju članovima porodice i pronalaženju najboljeg modaliteta u ostvarivanje ličnog kontakta sa detetom.⁵²

4. Zaključne napomene

Austrijski model pomoći i podrške detetu u postupku u kojem se uređuje roditeljsko staranje i lični kontakt roditelja sa detetom, ustnovljen AußStrG, normativno je usklađen sa savremenim međunarodnim standardima i principima u domenu prava deteta. Ovaj model obezbeđuju da u postupku u kojem se odlučuje o najvažnijim pravima deteta dete bude stvarni subjekt u postupku i efektivno ostvaruje svoja prava. Na takav zaključak upućuje zakonsko rešenje po kojem je deci starijoj od 14 godina priznata procesna sposobnost, kao i pravilo kojim je sudu naloženo da proceni sposobnost deteta da razume svoja prava u postupku i da, ukoliko oceni da je potrebno, pre njegovog saslušanja,

49 O osnivanju *Familiengerichtshilfe*, videti supra 3.1.

50 U cilju uspešnog ispunjavanja ovog zadatka, u par. 116a st. 3 AußStrG propisana je dužnost bezbednosnih agencija, tužilaštava, sudova i ustanova za negu i lečenje dece da stručnim licima *Familiengerichtshilfe* pruže sve informacije kojima raspolažu i da im omoguće pristup dosijeima i podacima, s tim što su oni dužni da sve informacije čuvaju kao poverljive.

51 Par. 116a st. 4.

52 Stručno lice *Familiengerichtshilfe* ima pravo da bude prisutno prilikom ostvarivanja ličnog kontakta, a dužno je da na osnovu utvrđenih činjenica podnese sudu mišljenje o načinu održavanju ličnog kontakta sa detetom (par. 106b). Specijalizovane službe pružaju sudu pomoć i u sprovođenju odluka. Naime, odluka kojom sud uređuje roditeljsko staranje i/ili lični kontakt, odnosno odobrava sporazum roditelja nije podobna za prinudno izvršenje po pravilima sudskog izvršnog postupka, već je sprovodi sam vanparnični sud (par. 110. st. 1), primenom prinudnih sredstava propisanih u par. 79, koja uključuju novčanu kaznu, kaznu zatvora, prinudno privođenje, oduzimanje dokumenata i dr. Primenu prinudnih mera sud može da odredi po službenoj dužnosti ili na zahtev stranke, a ovlašćen je i da privremeno obustavi sprovođenje rešenja ako se njime ugrožava dobrobit deteta (par. 110. st. 3).

uputi dete na savetovanje. Posebno je značajno pravilo o dužnosti suda da prilikom odlučivanja uzme u obzir i zahtev deteta i zahtev njegovog zakonskog zastupnika, ukoliko su oni suprotni, da detetu starijem od 14 godina koje nema advokata odredi besplatnog advokata radi izjavljivanja revizije. Pravila kojima je regulisana mogućnost imenovanja "osobe za podršku" ("*Kinderbeistand*") i "pratioca tokom posete" ("*Besuchsbegleitung*"), kao i pravila o posebnim dužnostima novoformirane *Familiengerichtshilfe*, pružaju garancije da će dete tokom postupka dobiti odgovarajuću stručnu pomoć i podršku, kako bi u postupku efektivno učestvovalo i ostvarilo sva svoja procesna prava.

Literatura

Barth, P. (2013). *Änderungen im Kindschafts- und Namensrecht*, Retrieved 15, September 2013, from <http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c948485398b9b2a013c5c8eb32f2b95.de.html>

Berka, L. (2000). *Scheidung und Scheidungsreform*. Salzburg: Facultas wuv universitätsverlag.

Boele-Woelki, K., Braat, B., Sumner, I. (2005). *European Family Law in Action: Volume III, Parental responsibilities*. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies.[Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130131_Neues%20Sorgerecht.html?nn=1469052.

Examples of good national practices on childfriendly justice – Austria, Working Group on the role of experts in proceedings on parental care and visitation rights, Retrieved 20, September 2013, from <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Austria%20good%20practices.pdf>

Freeman, M.D.A. (1983), *The Rights and Wrong of Children*, London: Frances Pinter

Kerschner, F. (2000). *Bürgerliches Recht, Band V, Familienrecht, Zweite, aktualisierte und erweiterte Auflage*. Wien: Springer

Kovaček-Stanić, G. (2002). *Uparedno porodično pravo*. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet.

Kränzl-Nagl, R. (2006). *Joint Custody after Divorce: Austrian Experiences*. [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from http://www.eurocentre.org/data/1164623691_43750.pdf.

Logar, R. (2005). *Austrijski model intervencije u slučajevima nasilja u porodici*. Beograd: Evropska mreža protiv nasilja nad ženama, srpski prevod Autonomni ženski centar.

Maganić, A. (1991). Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. V. 27.1/2006. 465-497.

Marković, M. (1972). Mogućnost vanparnične delatnosti u stvarima sa elementom inostranosti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. XI sveska. 83-98.

National report Austria, United Nations General assembly, Special session (UNGASS) on Children 2001, Retrieved 10, September 2013, from http://www.unicef.org/specialsession/how_country/edr_austria_en.PDF

Obrazloženje AußStrG (2003), 225 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien.[Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00225/fname_008731.pdf

Palačković, D. (2000). Procesna prava deteta prema Evropskoj konvenciji o ostvarivanju dečijih prava, *Pravni život*, br. 9, Tom I, Tom 2. Beograd: Udruženje pravnika Srbije (str. 539-551).

Pelikan, C. *The Austrian model of the Children's Assistant (Kinderbeistand)*. *Providing more than advocacy for children of divorce and separation*. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Austria%20child%20assistant%20model_engl.pdf

Peters, J. K. (1997), The Lawyer for Children at the Interdisciplinary Meeting, *Child Maltreatment*, Vol. 2, No. 3. pp. 226-244.

Petrušić, N. (2008). Evropski principi i standardi rešavanja sporova putem medijacije. U: G. Vukadinović, A. Katrag Odri, (ur.), *Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti* (str. 33-43), Sremski Karlovci: NATEF

Petrušić, N. (2006). Zastupanje deteta u parnici. *Pravni život, Tematski broj, Pravo i humana budućnost*. 10/2006. Tom 2. Beograd: Udruženje pravnika Srbije. str. 169-192.

Petrušić, N. (2006). Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije. u: G. Stanković, (ur.), *Novine u porodičnom zakonodavstvu* (str. 99-118). Niš: Pravni fakultet

Pintens, W. (2003). Europeanisation of Family Law. In K. Boele-Woelki (Ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, (pp. 3-33). Antwerp/Oxford/New Yor: Intersentia

Pressemitteilung: Neues Sorgerecht nimmt gesellschaftlichen Wandel auf, Retrieved 17, September 2013, from http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130131_Neues%20Sorgerecht.html?nn=1469052

Principles of European family law regarding parental responsibilities. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>.

Ronda, 2002: B., *The Voice of the Child in Divorce, Custody and Access proceedings*, Department of Justice Canada

[Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/2002_1/pdf/2002_1.pdf

Roth, M. (2008). *Parental Responsibilities - National report: Austria, Commission on European Family Law*. [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>

Salma M. (2008). O vanparničnom postupku Austrije. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. 4/5 (2008). 242 – 251.

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

Taler, S. (2007). *Zakon o zaštiti od nasilja u porodici ("Gewaltschutzgesetz")*. Autonomni ženski centar. [Elektronska verzija], preuzeto 10. septembra 2013. sa <http://www.womenngo.org.rs/konferencija/SilvijaTalerPressKonf.pdf>

Family mediation in the European Union, (2005), European Network of National Observatories on Childhood. [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from http://www.childoneurope.org/issues/family_mediation.htm

Hrabar, D. (1996). Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava – nov prilog promicanju dječjih prava. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagreb*. 4/1996. 391-403.

Casals, M. M. (2005). Divorce Mediation in Europe: An Introductory Outline. *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 9.2 (July 2005). [Electronic version]. Retrieved 15, September 2013, from <http://www.ejcl.org>.

Nevena Petrušić, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

The Proceeding for Regulating Parental Custody and Personal Contact with the Child in Austrian Law

Summary

In the past few decades, Austrian Family Law has encountered a complete transformation. The change has ensued from the altered perception of childhood, parenthood and other social factors, from the need to implement the international standards on human rights and the rights of the child, as well as from the obligation to transpose the EU law into the national legislation and to keep up with the contemporary developments in the European Family Law. In the past decades, Austria has significantly augmented the provisions on parental custody and improved the legal position of the child. Within the latest legal intervention in 2013, Austria has abolished almost all differences between legitimate and illegitimate children, and joint custody has become the predominant form of parental custody. Furthermore, the legislator has instituted special mechanisms aimed at providing for proper court intervention in cases of crisis and/or conflict for the purpose of protecting the family members' rights and ensuring adequate assistance in rearranging their family relations. One of such procedural instruments is the non-litigious proceeding for regulating parental custody and personal contacts between the parent and the child, which is regulated by the new Austrian Non-Contentious Proceedings Act of 2003. By adopting this Act (which entered into force in 2005), Austria embarked (after more than 150 years) on a thorough reform of its non-litigious procedural legislation and harmonized the national legislation in this area with the international fair trial standards.

The most significant novelties in the proceeding for regulating parental custody and personal contact with the child (visitation rights) are reflected in the fact that the child over the age of 14 has been given a procedural capacity; moreover, for the purpose of ensuring the child's effective participation in the proceeding, the legislator has prescribed the appointment of the child support person (Kinderbeistand), who provides support and assistance to the child throughout the proceeding in exercising the right to be heard and the right to freely express his/her opinions and needs/wishes. There is also a special service (Familiengerichtshilfe) which specializes in providing assistance to family courts; at the request of the family court, this service may collect facts, assist parents to come to a mutual

agreement and give its professional opinion on related matters. The non-litigious court is authorized to issue an interim decision on temporary custody and/or personal contacts with the child; after a six-month period of supervision, the court is obliged to render the final decision on the matter. The court also has the authority to issue special measures and to enforce its decisions, which significantly contributes to improving the efficiency of judicial protection.

Key words: *child, parental custody, personal contact, procedural rights of the child, court, Kinderbeistand, Besuchsbegleitung, Familiengerichtshilfe*

Dr Mileva Anđelković,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu¹

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 336.2

Rad primljen: 23.09.2013.
Rad prihvaćen: 07.11.2013.

ULOGA I ZNAČAJ FISKALNIH PRAVILA U STABILIZACIJI JAVNIH FINANSIJA

Apstrakt: U radu se razmatra uloga i značaj fiskalnih pravila u aktuelnoj finansijsko-ekonomskoj krizi. Najpre se ukazuje na razloge ponovnog interesovanja za primenom fiskalnih ograničenja kao budžetskih inovacija. Zatim se kratko navode preduslovi efektivnog korišćenja fiskalnih pravila. Posebna pažnja je dalje posvećena prikazu osnovnih dešavanja u procesu ustanovljavanja i primene fiskalnih kriterijuma konvergencije u EU. Sledi objašnjavanje prednosti i nedostataka fiskalnih pravila i uloge fiskalnih saveta, kao njihove dopune. Poslednji deo rada posvećen je analizi uticaja fiskalnih pravila u funkciji instrumenta fiskalne konsolidacije u savremenim kriznim uslovima.

Ključne reči: fiskalna pravila, fiskalni saveti, fiskalna konsolidacija.

1. Uvod

Finansijski problemi sa kojima se suočavaju savremene države od sredine 80-tih godina dvadesetog veka intenzivirani su aktuelnom finansijskom i ekonomskom krizom koja je nakon 2008. godine, zahvatila veliki deo sveta. Izvršene reforme u javnom sektoru i finansijskom sistemu kao i strukturalna prilagođavanja nisu dala očekivane rezultate. Prevelika javna potrošnja se u političkim krugovima označava kao glavni generator kriznih poremećaja u današnjim privredama. Međutim, u najvećem delu političke i stručne javnosti, namerno se prenebregava činjenica da je nedovoljno regulisan finansijski sektor svesno izazvao krah finansijskog tržišta koji se zbog povezanosti finansijskih tokova prelio na realni sektor. Ekonomski razvijene države pribegle su saniranju posledica loše politike finansijskih institucija. Ali to su činile novcem poreskih obveznika što je dodatno opteretilo već hronično deficitarne budžete i naglo uvećalo javni dug, uglavnom u zapadnim razvijenim državama. Zbog toga se vođenje razborite fiskalne politike

¹ e-mail@mevi.prafak.ni.ac.rs

postavlja kao prioritet u političkim programima vlada ekonomski razvijenih država. Postizanje makroekonomske stabilnosti postaje sve teže i izgleda dalek cilj za mnoge savremene vlade. Rešenja se, između ostalog, traže i u uvođenju novih fiskalnih institucija koje bi na neki način ograničile delovanje izvršne vlasti i učinile je odgovornijom za upravljanje javnim finansijama. Uvođenje fiskalnih pravila i njihovo nadgledanje od strane fiskalnih saveta uz promene u budžetskoj proceduri postaju prepoznatljivi trendovi u savremenim budžetskim sistemima.

Ako želimo da shvatimo značaj fiskalnih pravila u upravljanju savremenim javnim finansijama potrebno je da objasnimo njihovu ulogu, odnosno šta države žele da postignu njihovom primenom. Ovakvo sagledavanje pomoći će nam da razumemo koliko u tome vlade uspevaju i da li je ostvarena svrha uvođenja i korišćenja fiskalnih pravila. Njihova normativna uređenost (ustavna ili zakonska) nije dovoljna garancija za odgovorno fiskalno ponašanje budući da njihova prava vrednost dolazi do izražaja u sadejstvu sa drugim budžetskim institucijama. Sve šira zastupljenost fiskalnih pravila u savremenim državama nameće određena pitanja. Da li ona važe samo u dobrim vremenima? Ako su suviše rigidna, ugroziće vođenje adekvatne fiskalne politike u recesionim uslovima. Da li treba da se odnose na tekući ili kapitalni deo budžeta? Efektivna primena fiskalnih pravila zahteva jednostavnost formulisanja što je u suprotnosti sa mogućnošću njihovog prilagođavanja ekscesnim situacijama. Može se postaviti i pitanje zašto vlade propisuju samoograničenja s obzirom da uvođenje fiskalnih pravila ukazuje da nisu bile odgovorne u vođenju fiskalne politike? Poštovanje postavljenih fiskalnih ograničenja treba da pokaže njihovu spremnost za vođenjem odgovorne fiskalne politike. Može li se tako zadobiti poverenje javnosti i u kojim vremenskim intervalima-pred izbore, posle izbora, izbijanjem ekonomske krize ili rata? Koliko pravila treba da budu fleksibilna da bi se ostvarilo razborito upravljanje javnim finansijama i kakve su posledice nepoštovanja njihove primene? Da li čvrsti fiskalni saveti mogu da vode gubitku fiskalnih ovlašćenja parlamenta, analogno prenošenju monetarnog suvereniteta na nezavisne centralne banke koje su, u suštini, privatne ili poluprivatne institucije?

2. Fiskalna pravila kao budžetska inovacija

Možemo smatrati da uvođenje savremenih fiskalnih pravila označava prelazak od konvencionalnog ka modernom budžetiranju. Radi se o već klasičnoj dilemi vezanoj za način vođenja makroekonomske (fiskalne) politike, naime, da li treba primenjivati pravila ili diskreciju. U periodu dominacije liberalne ekonomske teorije budžetska ravnoteža važila je kao zlatno pravilo javnih finansija. Posle

Velike ekonomske krize i drugog svetskog rata primenjivana je dinamična (diskreciona) fiskalna politika (*fine tuning*) sa značajnim prilagođavanjima osnovnih makroekonomskih agregata. Međutim, širenje javne potrošnje ima svoje granice tako da je neodgorno vođenje fiskalne i monetarne politike imalo za posledicu nagomilavanje budžetskih deficita i rast javnog duga u velikom broju država. Pod uticajem neoliberalne ideologije rešenja za ove probleme počinju da se traže u „pozajmljivanju“ instrumenata i mehanizama iz tržišnog sektora i njihovoj primeni u javnom sektoru. Novo javno upravljanje označilo je promenu filozofije gledanja na društveno-ekonomske probleme i kretanja, pod čijim uticajem su uvedene neke inovacije i u fiskalnoj sferi. Usvojeni principi efikasnosti, racionalnosti i transparentnosti imaju za cilj da reformišu strukturu i da ograniče veličinu javne potrošnje. U tom kontekstu, fiskalna pravila, kao politička pravila, predstavljaju smernice za vođenje željene fiskalne (budžetske) politike. Ona su i dobila širu primenu početkom 90-tih godina prošloga veka sa velikim očekivanjima u pogledu saniranja stanja u javnim finansijama, što podrazumeva obezbeđenje fiskalne discipline i postizanje fiskalne održivosti u dužem roku.

Fiskalna pravila se uobičajeno definišu kao stalna ograničenja za vođenje fiskalne politike, izražena preko zbirnih indikatora fiskalnih performansi, kao što su budžetski deficit, javni dug, ili njihove glavne determinante. To je uži pojam dok širi pojam obuhvata fiskalna pravila kojima se definišu procedure i principi donošenja odluka o fiskalnoj politici, bez određivanja konkretnih numeričkih ograničenja za fiskalne varijable.

Danas se posvećuje velika pažnja ulozi fiskalnih pravila u vođenju odgovorne fiskalne politike. Savremene vlade posežu za korišćenjem fiskalnih pravila kako bi ograničile svoje delovanje u domenu fiskalne politike. Paradoks njihove primene je u tome što od samih političara zavisi hoće li ih dosledno poštovati. Osnovni cilj fiskalnih ograničenja jeste postizanje fiskalne konsolidacije u veoma otežanim aktuelnim finansijsko-ekonomskim kretanjima. Ova pravila se, na žalost, najčešće krše i odstupa se od postavljenih ciljeva. Sankcije za njihovo nepoštovanje skoro da se ne izriču a pozivanje na političku odgovornost izostaje u praksi. Zbog toga se s pravom može postaviti pitanje delotvornosti fiskalnih pravila u savremenim kriznim uslovima, kada je njihova praktična vrednost slaba. Naime, da li su ona neophodnost ili samo jedna „dekorativna“ institucija? Iskustvo pokazuje da insistiranje na slepoj primeni fiskalnih pravila, nezavisno od tekućih makroekonomskih kretanja, dovodi u pitanje opravdanost njihovog postojanja. To znači da nije dovoljna samo politička doslednost za njihovo poštovanje već i spremnost za njihovim prilagođavanjima, ukoliko je to neophodno. Potrebno je procenjivanje fiskalne situacije koja treba da

obuhvati dopuštene okvire odstupanja od propisanih ograničenja i nužnu meru redefinisani radi povećanja njihove fleksibilnosti.

Razlozi za pojačano interesovanje za uvođenjem fiskalnih pravila izazvani su potrebom da se ograniči diskreciona fiskalna politika i da se postigne i održi dugoročna fiskalna stabilnost. Smatra se da njihova primena može biti korisna za osiguranje kredibiliteta vlade tokom vremena. Većina pravila definiše fiskalni deficit i javni dug. Najpopularnije je pravilo uravnoteženog budžeta (Tanzi, Schuknecht, 2000:158). Fiskalna pravila mogu pomoći da se smanji ili otkloni uticaj kratkoročne političke proračunatosti koja vodi sklonosti ka deficitu, naročito u okruženju gde su nosioci politike izloženi (posebno pre izbora) snažnim pritiscima da relaksiraju fiskalnu poziciju države. U teorijskom smislu, fiskalna pravila bi trebalo da budu dobro definisana, transparentna, adekvatna, konzistentna sa drugim makroekonomskim politikama, jednostavna, fleksibilna i sprovodiva (Kopits, Symansky, 1998:18-20).

Međutim, nije dovoljno samo postojanje fiskalnih pravila već da li ona izazivaju očekivano ponašanje, odnosno, postizanje fiskalne discipline i dugoročne makroekonomske stabilnosti. Njihova primena mora biti podržana ne samo čvrstom garancijom vlade da će poštovati fiskalna pravila nego i izgradnjom odgovarajućeg institucionalnog okvira, koji se prevashodno odnosi na izmene u budžetskoj proceduri.

Delotvornost fiskalnih pravila podrazumeva njihovu jednostavnost kako bi ih razumeli i političari i javnost. Istovremeno, ona moraju biti dovoljno fleksibilna kako bi se prilagodila nepredviđenim okolnostima, što doprinosi složenosti njihovog korišćenja. S jedne strane, fiskalna pravila moraju biti ekonomski prikladna, u suprotnom gube podršku javnosti i vlasti i postaju nesprovodiva. S druge strane, pravila moraju da budu jasna i jednostavna, kako ne bi stvarala visoke troškove nadgledanja i prostor za neslaganje među nosiocima fiskalne politike, što otežava njihovu primenu i vodi narušavanju njihovog kredibiliteta. Ovaj potencijalni *trade-off* zavisi od brojnih ekonomskih uzroka i od pravno-institucionalnog okvira u kome su fiskalna pravila ugrađena.

Jačanje fiskalnog okvira podrazumeva uvođenje fiskalnih pravila koja bi pomogla prelaz ka snižavanju aktuelnih visokih fiskalnih neravnoteža dok se ne ojača kredibilitet konsolidacionog puta. Za odgovorno fiskalno upravljanje ključna je politička spremnost na njihovo poštovanje. Aktuelna kriza dovela je u pitanje primenu fiskalnih pravila, tako da su u nekim situacijama bila suspendovana, kada je zbog političke važnosti bilo potrebno preduzimanje diskrecionih mera (Price, 2010:36). U tom smislu, neki autori govore o "sledećoj generaciji" fiskalnih pravila koja su dizajnirana na takav način da postignu bolju ravnotežu između ciljeva održivosti i fleksibilnosti, kako bi se u obzir uzeli ekonomski

šokovi i često su dopunjeni drugim institucionalnim aranžmanima, kao što su nezavisni fiskalni saveti (Schaechter et al., 2012:27).

U SAD pravilo budžetske ravnoteže važi u američkim državama ali ne i na federalnom nivou. Nominalni iznos duga se povećava svake fiskalne godine. Granica zaduživanja od njenog uvođenja 1960. godine podizana je 78 puta. Od 2011. godine govori se o *fiskalnoj litici* a to je sredstvo kojim Kongres vrši pritisak na vladu da smanji zaduživanje države. Ovaj termin označava čitav niz stavki vezanih za velike rezove u budžetu kao i povećanje poreza.

Fiskalna pravila u Srbiji uvedena su na insistiranje MMF, kao deo finansijskog aranžmana, u cilju jačanja fiskalne odgovornosti vlade izmenama Zakona o budžetskom sistemu krajem 2010. godine. Razlozi za njihovo uvođenje nalaze se u relativno slabim institucijama, postojanju širokih koalicionih vlada, izrazitoj procikličnosti fiskalne politike tokom poslednje decenije, postojanju rizika od preteranog rasta javnog duga u narednim godinama i kao deo procesa evropskih integracija.

3. Preduslovi efektivne primene fiskalnih pravila

S obzirom da je teško menjati političko-institucionalni okvir jedino zbog popravljanja fiskalne pozicije zemlje, rešenja za smanjenje budžetskih deficita i javnih dugova traže se u poboljšanju fiskalnog upravljanja. Fiskalna pravila, sama po sebi, ne mogu poboljšati budžetsku disciplinu ali mogu biti važan element sistema fiskalne odgovornosti. U jednom istraživanju MMF navodi se da postoje tri komponente efektivnih fiskalnih pravila koje su posebno prikladne za države sa slabim javnim finansijama i pojačanom neizvesnošću u pogledu makroekonomskog i fiskalnog razvoja. To su: jednostavna i stabilna veza između numeričkih ciljeva i krajnjeg cilja, kao što je održivost javnog duga; dovoljna fleksibilnost kao odgovor na šokove tako da pravilo barem ne bi pogoršalo njihovo štetno dejstvo i jasan institucionalni mehanizam koji bi ukazivao na odstupanja od numeričkih ciljeva radi preduzimanja korektivnih akcija (Cottarelli, 2009:20).

Fiskalna pravila mogu biti delotvorna samo ako su podržana drugim promenama u budžetiranju: produženjem vremenskog okvira od jedne godine na srednjoročni okvir, opreznim projekcijama budućih budžetskih uslova, procenama uticaja političkih promena na buduće budžete, procedurama za nadgledanje budžetskih rezultata i preduzimanjem korektivnih akcija kada je to neophodno, i mehanizmima sankcionisanja (Schick, 2003:8-9). Ovaj niz institucionalnih aranžmana treba da omogući realizaciju svrhe fiskalnih pravila kroz stvarnu budžetsku politiku i izvršenje budžeta.

Fiskalna pravila se utvrđuju kao smernice (srednjoročni fiskalni ciljevi) za period od nekoliko godina, dok ih srednjoročni budžetski okvir deli na godišnje ciljeve fiskalnog budžeta. Ona treba da obezbede predvidivost ministarstvima u planiranju potrošnje na duži rok, čime se stvara veća efikasnost u projekciji ukupne javne potrošnje. Produženje vremenskog horizonta budžeta od jedne godine na period od tri do pet godina treba da obezbedi usklađenost budžetske potrošnje sa postavljenim fiskalnim pravilima. Osnovni problem koji se ovde javlja jeste pouzdanost makroekonomskih prognoza jer su ključni makroekonomski indikatori često planirani suviše optimistički. Druga novina koja je važna za efikasnu primenu fiskalnih pravila odnosi se na *top-down* pristup u budžetskoj proceduri. Ukupna gornja granična vrednost budžetske potrošnje je utvrđena na samom početku postupka izrade budžeta koja se potom deli na pojedinačne gornje granične vrednosti potrošnje za svako pojedinačno ministarstvo. Na taj način, resorna ministarstva imaju veću slobodu ali i veću odgovornost za efikasno trošenje budžetskih sredstava. Radi ograničavanja javne potrošnje, poseban naglasak se stavlja na učinak programa javnih rashoda. Celokupan proces budžetiranja mora biti fiskalno transparentan čineći ga dostupnim i razumljivim široj javnosti.

4. Fiskalna pravila u EU-kratak prikaz stanja

Ugovorom iz Mastrihta 1992. godine i Paktom o stabilnosti i rastu 1997. godine uvedena su fiskalna pravila, u okviru zemalja članica EU, radi usaglašavanja nacionalnih fiskalnih politika i postizanja budžetske discipline. Ovi fiskalni zahtevi postaju predmet posebne pažnje u literaturi zbog njihovog značaja za ostvarenje fiskalne koordinacije. Međutim, njihovo delovanje predstavlja primer nedelotvornosti uvedenih fiskalnih ograničenja jer nisu ostvareni željeni ciljevi uravnoteženja javnih finansija i makroekonomske stabilnosti. Insistiranje na njihovoj doslednoj primeni, ubrzo posle uvođenja, pokazalo je rigidnost takvih pravila i otežavanje zemljama članicama da fleksibilnije koriste instrumente javnih finansija, kako bi se izborile sa dubljim ekonomskim problemima. Cifarska ograničenja budžetskog deficita (3% BDP) i javnog duga (60% BDP) prilično su proizvoljno definisana i uvedena su bez obzira na stvarni kvalitet fiskalnog političkog procesa u pojedinim državama, čime se može stvoriti iluzija o fiskalnoj razboritosti. Krajem 2003. godine polovina zemalja članica EU imala je prekomerni budžetski deficit, a posebno Nemačka i Francuska su dospеле u situaciju kada je trebalo pokrenuti proceduru kažnjavanja (Wyplosz, 2005:75). Glavne slabosti Pakta o stabilnosti i rastu ispoljile su ne samo u nedovoljnoj fleksibilnosti nego i u suviše slabim mehanizmima za njegovo izvršavanje (Haan et al., 2004:251). Iako je u teorijskom smislu predviđano da maksimalni deficit od 3% BDP u lošim vremenima omogućava da se nivo javnog duga drži ispod

60% BDP, u praksi, limit budžetskog deficita od 3% BDP je tumačen kao pravilo za dobra vremena a ne kao izuzetak za loša vremena (Dolls et al., 2011:9).

Reforma Pakta o stabilnosti i rastu izvršena je 2005. godine ali te promene nisu poboljšale stanje u javnim finansijama u većini evropskih država, zbog izbijanja finansijske krize 2008. godine i njenim prerastanjem u ekonomsku depresiju, kada je naglo uvećan budžetski deficit i javni dug, pre svega, u južnoevropskim zemljama. Referentne vrednosti fiskalnih kriterijuma konvergencije znatno su prevazišle postavljena ograničenja, što je iznova stavilo pod sumnju delotvornost njihove primene. Postoji mišljenje da je Pakt o stabilnosti i rastu opet propao jer se zasniva na pogrešnom shvatanju da suverene države mogu biti prisiljene da menjaju svoje fiskalne politike pod pretnjom sankcija (Wyplosz, 2012:33).

Dužnička kriza u evro zoni uticala je na donošenje paketa zakonodavnih mera decembra 2011. godine tzv. „*Six pack*“ kojima se osnažuje Pakt o stabilnosti i rastu, odnosno pojačava dejstvo fiskalnih pravila. Drugi stub nedavnih reformi predstavlja novi Sporazum o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u ekonomskoj i monetarnoj uniji, koji je stupio na snagu 1. januara 2013. godine (Barnes et al., 2012:6), čiji centralni deo čini Fiskalni sporazum.

Od Fiskalnog sporazuma se očekuje da osigura funkcionisanje ograničenja koja bi, kao pravila Pakta o stabilnosti i rastu iz 1997. godine trebalo da funkcionišu već do sada, ali nisu (Mencinger, 2012:34). Smatra se da je nemački sistem („kočnica za dugove“ ugrađen u ustavne odredbe) inspirisao usvajanje Fiskalnog sporazuma koji treba da ojača primenu Pakta o stabilnosti i rastu (Andersen, 2012:26). Fiskalni sporazum uvodi nekoliko novih elemenata za fiskalna pravila na nacionalnom nivou i osnažuje okvir fiskalnog upravljanja uključen u Pakt o stabilnosti i rastu. Od zemalja članica EU očekuje se da usvoje najnovije odredbe tokom 2014. godine. Najvažnija novina Fiskalnog sporazuma jeste zahtev da se u nacionalnim zakonodavstvima usvoji pravilo o godišnjem strukturnom budžetskom deficitu² koji ne može biti veći od 0,5% BDP, za države kod kojih je udeo duga u odnosu na BDP veći od 60%. Predviđena je strožija kontrola poštovanja „zlatnog budžetskog pravila“ od strane Evropskog suda pravde. Ovo pravilo primenjuje se zajedno sa pravilom o redukovanju javnog duga za 1/20 godišnje u naredne tri godine za članice evrozona sa javnim dugom preko 60% BDP, što je preuzeto iz Uredbe 1177/2011, kojom je izmenjen Pakt o stabilnosti i

2 Da bi se znalo da li je fiskalna politika ispravno stabilizacijski usmerena i da li je dobro dozirana, mora se razdvojiti onaj deo salda prihoda i rashoda koji je rezultat diskreционih odluka nosilaca fiskalne politike tzv. strukturni deficit od onog dela tog salda koji je rezultat automatskog delovanja fiskalnog sistema tzv. ciklični deficit. Treba naglasiti da nije uvek lako izdvojiti ciklični efekat iz budžetskog deficita. Ponekad opažen pad BDP nije posledica poslovnog ciklusa već strukturnih promena.

rastu. Druga važna novina tiče se uvođenja kvazi-automatskih sankcija za države za koje se utvrdi da ne poštuju kriterijume u pogledu visine deficita. Izricanje sankcija je olakšano uvođenjem kategorije obrnutog većinskog glasanja (*reverse majority voting*) čime se predviđa kvalifikovana većina za donošenje odluke o neprimenjivanju sankcije, za razliku od rešenja iz Ugovora o funkcionisanju EU (Golubović, 2012:170). Ove godine počeo je da funkcioniše Evropski stabilizacioni mehanizam, kao stalna međunarodna finansijska institucija, koji treba da pomaže zemljama u dužničkoj krizi pod uslovom da prethodno ratifikuju Fiskalni sporazum. *De facto*, ukinuta je zabrana preuzimanja dugova u EU (*no-bail-out clause*), što je izazvalo dosta oštre reakcije u nemačkoj stručnoj javnosti a ova pitanja su se našla i pred Ustavnim sudom Nemačke. Fiskalni sporazum iziskuje promenu ugovora o EU ali ga je izvršna vlast umesto kao evropsko pravo predstavila kao međunarodni ugovor. Od visoko zaduženih zemalja članica se očekuje da naglo smanje budžetske deficite što će, vrlo verovatno, gurnuti ove države u još dublju krizu, odnosno, depresiju sa teškim ekonomskim i socijalnim posledicama, koje su već uočljive (stagnantan rast i visoka nezaposlenost). Na žalost, organi upravljanja Evropskom unijom odstupaju od parlamentarne demokratije i oduzimaju od nacionalnih država budžetski suverenitet.

Generalno posmatrano, jako mali broj zemalja je uspeo da ispoštuje prihvaćena fiskalna pravila što samo potvrđuje da ista mera fiskalnih ograničenja nije pogodna za države sa različitim nivoom ekonomske razvijenosti. Iskustvo evropskih zemalja pokazuje da numerička pravila, predviđena Paktom o stabilnosti i rastu u pogledu ograničenja budžetskog deficita i javnog duga, koja nisu podržana čvrstim zakonodavstvom niti prihvaćena od strane političara nisu dovoljna da obezbede fiskalnu disciplinu. Postavljene ciljeve fiskalne politike teško je ostvariti u sadašnjoj međunarodnoj ekonomskoj krizi kada se veliki broj zemalja suočava sa istim ili sličnim ekonomsko-socijalnim problemima. Potrebno je učiniti radikaln zaokret od neoliberalne doktrine i okrenuti se podsticanju ekonomskog rasta i neophodnoj regulaciji finansijskog sektora. Možda je ovo suviše optimističko viđenje stvari u kontekstu savremenih globalnih odnosa gde su nevidljive sile tržišta „vezale“ vidljive ruke nacionalnih država.

5. Prednosti i nedostaci primene fiskalnih pravila

Fiskalna pravila, kao novi instrumenti fiskalnog upravljanja, uglavnom su izraženi u numeričkom obliku postavljajući specifične limite ključnim fiskalnim indikatorima. Efektivnost njihove primene izaziva intenzivne rasprave među ekonomistima. Zajednička karakteristika svih fiskalnih pravila jeste da daju kredibilitet vođenju makroekonomske politike otklanjanjem diskrecione intervencije (Kopits, 2001:3). Kod onih koji ih uvode postoje očekivanja da se

putem njih poveća fiskalna disciplina i ograniči vođenje prociklične fiskalne politike. Imajući u vidu da su to politička pravila i da njihova primena *de facto* zavisi od stanja konjunktura, logično se nameće pitanje da li ona mogu biti delotvorna kada ih političari ne žele ili kada su ekonomski uslovi nepovoljni? Sklonost ka deficitu je pravo iskušenje za vlade u dobrim vremenima, zbog povećanja finansijskih prihoda, kada birači i interesne grupe zahtevaju više a političari odgovaraju smanjenjem poreza ili povećanjem javne potrošnje. Da bi se to sprečilo, treba onemogućiti ekspanzivnost fiskalne politike u periodu ekonomskog prosperiteta, jer ona ne bi ostavila prostora za neophodnu kontrakcičnu fiskalnu politiku tokom godina loših ekonomskih kretanja (Prašević, 2012:47).

Skeptici ne samo da dovode u pitanje sposobnost numeričkih pravila da stvarno ohrabre vladu da vodi politiku manje sklonu deficitima, već isto tako ističu da poboljšanje fiskalne discipline, ako do nje uopšte dođe, jedino može biti postignuto na štetu makroekonomske stabilnosti (Debrun et al., 2008:300).

U literaturi se ukazuje na određene nedostatke fiskalnih pravila. Pre svega, nije verovatno da pravila usvojena bez dovoljne političke podrške mogu biti održiva čime se podrija politički kredibilitet vlade. Drugo, pravila (naročito o ograničenju budžetskog deficita i duga) mogu prouzrokovati prociklično stanje u lošim vremenima jer ograničavaju diskreciju vlade. Treće, pravila mogu smanjiti kvalitet fiskalne politike zato što generalno ne govore o strukturi eventualnih fiskalnih prilagođavanja koja treba izvršiti. Četvrto, fiskalna pravila mogu ohrabriti kreativno računovodstvo i vanbudžetske operacije, smanjujući transparentnost fiskalne politike (Cottarelli, 2009:15). Imajući u vidu da do sada primenjivana fiskalna pravila (zlatno pravilo ili pravilo o deficitu) nisu onemogućila stvaranje prekomernog javnog duga dosta se očekuje od tzv. "kočnice za dugove", primenjene u Švajcarskoj i Nemačkoj, a što se nameće kao obaveza i drugim evropskim državama ugradnjom u njihove ustave. Ključna karakteristika ovog pravila jeste uravnoteženje budžeta tokom privrednog ciklusa, ograničavanjem strukturnog budžetskog deficita, čime bi se izbegla procikličnost fiskalne politike.

Dosadašnja iskustva sa primenom fiskalnih pravila pokazuju da neopravdano kruta pravila imaju tendenciju da budu neprimenljiva. Da bi se izbegao ovaj nedostatak, pravila moraju da sadrže izlaznu klauzulu koja bi omogućila diskrecionu fiskalnu intervenciju u slučaju dovoljno velikog ekonomskog šoka (pravilo strukturne budžetske ravnoteže). U zemljama koje ih predviđaju, izlazne klauzule dopuštaju privremeno odstupanje od pravila u slučaju recesije ili značajnog opadanja ekonomskog rasta, a u drugima, takvi događaji mogu biti prirodne katastrofe ili kriza bankarskog sistema.

6. Fiskalni saveti kao dopuna fiskalnih pravila

Problemi u vezi sa čestim nepoštovanjem fiskalnih pravila uticali su na ustanovljenje posebnih institucija koje bi nadzirale njihovu primenu i doprinele odgovornijem vođenju optimalne fiskalne politike, po uzoru na prenošenje monetarne politike na centralne banke. Najčešće se kao razlozi za uvođenje fiskalnih saveta navode tri opravdanja: poboljšanje transparentnosti i predvidivosti javnih finansija, jačanje dugoročne orijentacije fiskalne politike i prevazilaženje distributivnih konflikata. Međutim, najspornije pitanje jeste obim ovlašćenja koja bi trebalo preneti fiskalnim savetima. Meki fiskalni savet ima samo savetodavnu ulogu (Belgija, Danska, Holandija, Švedska). Čvrst fiskalni savet ima ovlašćenje donošenja odluka koje su obavezujuće za vladu i parlament. Veoma meki fiskalni savet vrši ekspertske procene koje se uključuju u budžetski proces ali samo kao informacije (u Nemačkoj i SAD) (Wyplosz, 2008:183-185). Za sada fiskalni saveti imaju savetodavnu ili nadzornu ulogu bez ovlašćenja odlučivanja o vođenju fiskalne politike. Smatra se da fiskalni savet koji je ovlašćen da vrši pozitivne ekonomske analize ima posrednu ali potencijalno efektivnu ulogu u ograničavanju političke sklonosti ka deficitu poboljšanjem transparentnosti i pomaganju da se sagledaju pravi troškovi fiskalnih odluka (Hagemann, 2010:11). Samostalno odlučivanje o ciljevima i vođenju fiskalne politike, po uzoru na nezavisnost centralnih banaka, ne može se u demokratskim društvima ni u kom slučaju prepustiti neizabranim stručnjacima. Izbori između različitih vrsta poreza ili raznovrsnih programa javnih rashoda imaju značajne distributivne i alokativne efekte (Solow, 2005:512) i u isključivoj su nadležnosti zakonodavne vlasti, koja bi trebalo da sprovodi volju građana kao poreskih obveznika ali istovremeno i korisnika različitih javnih dobara.

U literaturi preovlađuje mišljenje da fiskalne savete ne treba posmatrati kao alternativu usvojenim fiskalnim pravilima već kao njihovu dopunu. To se ostvaruje bar na dva načina-nadgledanjem da li se pravila primenjuju i, kada je to neophodno, savetovanjem vladi da odstupi od njihove primene ili kako da ih poboljša. Na taj način bi fiskalni saveti mogli da doprinesu ostvarenju fiskalne discipline upozoravajući vladu i javnost na buduće troškove tekućih deficita. Povećana fiskalna transparentnost mogla bi da učini vladu odgovornijom i tako oteža političarima ostvarivanje sopstvenih interesa. Fiskalni saveti bi mogli i da osujete pokušaje kreativnog računovodstva i da o tome obaveste javnost.

Imajući u vidu praksu u pojedinim državama, nadležnost fiskalnih saveta obuhvata sledeće vrste poslova (Calmfors, 2011:4-15): pružanje objektivnih makroekonomskih predviđanja na kojima se može bazirati predlog budžeta (Holandija, Danska, UK); procena različitih vladinih inicijativa (SAD, Holandija, Kanada); *ex ante* procena verovatnoće ostvarivanja srednjoročnih ciljeva fiskalne

politike (UK); *ex post* procena da li je fiskalna politika ostvarila postavljene ciljeve (Švedska); analiza dugoročne održivosti fiskalne politike (Holandija, SAD, Austrija, Švedska); normativne preporuke za vođenje fiskalne politike (austrijski Komitet za državne dugove, danski Ekonomski savet i švedski Savet za fiskalnu politiku).

Bez obzira na kratak vremenski period primene, u literaturi se ukazuje na određene karakteristike fiskalnih saveta koje su bitne za njihovo efektivno delovanje (Kopits, 2011: 17-19). Prvo, ove institucije moraju imati kredibilitet i biti u skladu sa nacionalnim pravnim okvirom i političkom kulturom. Drugo, moraju biti nezavisne, nepristrasne, tehnički opremljene i odgovorne parlamentu. Treće, njihova funkcija nadgledanja fiskalne politike može imati značaja samo ukoliko svoja ovlašćenja obavljaju uz podršku tehničkog osoblja i sa neograničenim pristupom pravovremenim informacijama od vlade. Četvrto, ovlašćenja bi trebala da se odnose na procenu fiskalne pozicije i održivost duga, uključujući i kontrolu poštovanja fiskalnih pravila, kroz efektivne procene budžetskih posledica svih zakonodavnih predloga. Peto, novoosnovani saveti bi trebalo da počnu sa funkcionisanjem, što pre, kako bi zadobili poverenje i zaštitu od mogućih smetnji u njihovom radu. Na kraju, fiskalni saveti moraju što ranije razviti efektivne kanale komunikacije, posebno sa medijima.

U praksi ima malo pozitivnih rezultata funkcionisanja fiskalnih saveta jer su ovlašćenja ovih institucija uglavnom savetodavne prirode a njihovo delovanje je u velikoj meri uslovljeno promenama u političkom ciklusu. Oni nemaju načina da obavežu vlasti na poštovanje fiskalnih pravila i da pozovu na odgovornost političare, ali bi, u najboljem slučaju, mogli povećati političke troškove fiskalne nediscipline.

7. Fiskalna pravila u funkciji fiskalne konsolidacije

Finansijska kriza u SAD iz 2008. godine prelila se preko međunarodnih finansijskih tržišta na druge države zahvatajući i ostale sektore privrede. Njenim prerastanjem u ekonomsku krizu javile su se veoma nepovoljne posledice: prekomerni budžetski deficiti, narasli javni dugovi, velika nezaposlenost, smanjenje ekonomskog rasta, gubljenje poverenja u finansijske institucije. Interesantno je da se svi ovi problemi nastoje predstaviti u medijima ali i od strane znatnog broja ekonomskih teoretičara kao kriza finansiranja savremene države, skrećući pažnju javnosti sa neodgovornog ponašanja od strane moćnih finansijskih institucija, koje su *de facto* izazvale aktuelnu ekonomsku krizu. Mišljenja smo da veličina javne potrošnje³ ne bi dovela do ovako teške

³ Treba, ipak, imati u vidu činjenicu da je posleratni ekonomski razvoj i izgradnja koncepta „države blagostanja“ u zapadnim društvima vodila hroničnim budžetskim deficitima i

ekonomske situacije u znatnom broju zemalja da se nije javila kriza finansijskog sektora koju su države, suprotno neoliberalnim principima, pohitale da reše budžetskim приходima i preteranim štampanjem novca. Budžetski deficiti kao i kriza suverenog duga u velikom broju država posledice su ove duboke finansijske krize. Došlo je do naglog povećanja spoljašnjeg duga a udeo unutrašnjeg javnog duga u nekim državama je takođe znatan.

Ovakva situacija se pokazuje kao svojevrsan test za proveru vrednosti i delotvornosti ustanovljenih fiskalnih pravila. Njihovo usvajanje u nekim državama usledilo je pre započinjanja procesa fiskalne konsolidacije a u drugima nakon početnih uspeha, više kao signal finansijskim tržištima o pravcu vođenja održive fiskalne politike nego kao ograničenje budžetske politike (Eichengreen et al., 2011:24). Insistiranje na fiskalnoj disciplini je važno zato što nedostatak discipline vremenom izaziva dužničku krizu.

Osmišljavanje pouzdanog plana za fiskalnu konsolidaciju postaje najvažnije i prioritetno pitanje za vlade ekonomski razvijenih država ali i onih sa slabije razvijenim ekonomijama. Polaznu osnovu predstavlja određivanje fiskalnog prostora za fiskalno prilagođavanje, odnosno kakva je fiskalna pozicija sa koje države startuju u vođenju stabilizacije fiskalne politike. Fiskalna konsolidacija podrazumeva smanjenje budžetskog deficita i tereta javnog duga. Opšteprihvaćeni pristup ovom problemu u većini država usmeren je na povećanje štednje u javnom sektoru kroz smanjenje državnih rashoda i/ili povećanje poreskih prihoda. Međutim, fiskalni prostor za manevrisanje država dosta je sužen zbog efekata finansijske krize. Objektivno posmatrano, ukupna fiskalna pozicija država može se poboljšati rastom BDP dok smanjena javna potrošnja, uz uzdržanu potrošnju privatnog sektora, nije pouzdan instrumentarijum koji će, sam po sebi, dovesti do povećanja proizvodnje i zaposlenosti.

Jedan od faktora koji se u literaturi navode da određuju uspešnost fiskalne konsolidacije jesu i fiskalna pravila (Molnar, 2012:19; Posner, Sommerfeld, 2012:43). Takvo mišljenje zastupljeno je i u okviru OECD i MMF koji su utvrdili nekoliko principa za upravljanje procesom fiskalne konsolidacije. Prvi je nužnost uspostavljanja pouzdanog plana smanjenja deficita. Drugi je da su fiskalna pravila ključna za podržavanje konsolidacionih napora. Treći princip se odnosi na kreiranje nezavisnih fiskalnih saveta koji osnažuje fiskalnu disciplinu. Četvrti princip naglašava da je adekvatno odvijanje budžetskog procesa veoma važno za uspeh budžetske politike (Posner, Blöndal, 2012: 1).

Vlada koja želi da živi sa fiskalnim pravilima kroz sve uspone i padove privrednih ciklusa mora imati pravila koja stvaraju suficit kada je ekonomija

nagomilavanju javnih dugova, što dugoročno posmatrano, sigurno nije bilo održivo. Otuda se i javila pojačana potreba za uvođenjem fiskalnih pravila poč. 90-tih godina prošloga veka.

jaka što podrazumeva koncept fiskalne održivosti. Ako se ona ne poštuju u fazi prosperiteta naneće mnogo štete kada je ekonomija u periodu krize. Hronična fiskalna neravnoteža koja je posle drugog svetskog rata mogla da služi kao generator ekonomskog i društvenog blagostanja, danas se smatra smetnjom budućem ekonomskom napretku. Tome doprinosi i razlikovanje između strukturnog i cikličnog deficita što se procenjuje pogrešnim budući da ciklični deficit iz jedne godine pogoršava buduće strukturalne neravnoteže.⁴ Smatra se da ciljanje ciklično prilagođene ili strukturalne ravnoteže umesto nominalne ravnoteže obezbeđuje jednostavan mehanizam koji omogućava fleksibilnost kao odgovor na spoljašnje šokove. Glavna karakteristika pravila strukturalne ravnoteže jeste da pruža izričitu mogućnost za uticaj ekonomskog ciklusa kroz dejstvo automatskih stabilizatora, i na prihodnoj i na rashodnoj strani.

Dosadašnje iskustvo pokazuje da zemlje u kojima postoje fiskalna pravila vode u proseku odgovorniju fiskalnu politiku. Međutim, u velikom broju država zabeleženi su različiti oblici kršenja fiskalnih pravila u vidu otvorenih (javni dug i deficiti su veći od propisanog nivoa) i prikrivenih (korišćenje računovodstvenih „trikova“, prebacivanje dela rashoda na agencije i državne institucije za koje ne važe pravila). Primera radi, u SAD zvaničan dug iznosi 16 triliona \$ odnosno 73% BDP.⁵ U evrozoni udeo ukupnog državnog duga u BDP krajem prvog tromesečja 2013. godine iznosi 92,2%. Spoljni dug Srbije prema podacima NBS predstavlja 85,9% procenjenog BDP.

Kršenje fiskalnih pravila treba negativno da utiče na reputaciju vlade i njene šanse na izborima. Forsirana politike štednje u evropskim visoko zaduženim državama nije smanjila javni dug već ga je uvećala budući da veći „fiskalni multiplikator“⁶ vodi umanjenju rasta, što samo potvrđuje da je to teorijski pogrešan koncept. Tako je u Grčkoj od 2010. godine javni dug porastao sa 148% na 170% BDP a manja javna potrošnja i veće oporezivanje u vreme recesije još više je produbljuju.⁷

U literaturi uglavnom preovlađuje mišljenje da fiskalna pravila mogu podržati fiskalnu konsolidaciju ali da ona nisu dovoljna, sama po sebi, da vrate dug na

4 Vrlo je teško razdvojiti efekte delovanja diskrecione fiskalne politike od delovanja automatskih stabilizatora pod uticajem cikličnih kretanja.

5 Prema nekim nezavisnim američkim istraživanjima, državni dug SAD je premašio 70 triliona \$ ali Vašington taj podatak krije od javnosti.

6 Putem ove veličine meri se uticaj budžetskih rezova i povećanja poreza na BDP.

7 Rešavanje problema suverenog duga Grčke tokom 2012. godine stvorilo je novi termin „bankrot koji se može kontrolisati“ a ono što se dešavalo na Kipru označeno je kao „konfiskacija depozita“. Na žalost, i pored izvedene operacije restrukturizacije grčkog suverenog duga on i dalje raste i nalazi se sada pod kontrolom Evropskog fonda za finansijsku stabilnost (od 2014. godine prerasta u Evropski stabilizacioni mehanizam), Evropske centralne banke i MMF.

razborit nivo. Ona su više izraz obavezivanja vlade da će se pridržavati fiskalne discipline i da na taj način umanju strahove finansijskih tržišta od nemogućnosti vraćanja dugova (Joksimović, 2012:93). Jedna lekcija koja bi mogla da se izvuče iz aktuelne ekonomske krize jeste da bi fiskalna pravila trebalo da budu mnogo više obavezujuća u dobrim ekonomskim vremenima dok bi ostavljala prostor za manevar vlade kada je ekonomija slaba (IMF Policy Paper, 2013.41).

8. Zaključak

Stiče se utisak da politička i stručna javnost očekuju isuviše od primene fiskalnih pravila. Sama njihova ugradnja u normativnu regulativu nije dovoljna garancija da neće doći do njihovog kršenja. S obzirom da je reč o političkim pravilima ona najviše obavezuju izabrane političare i podrazumevaju odgovornost za njihovo nepoštovanje. To može biti neuspeh na sledećim izborima ali javno mnjenje najčešće nije ni upoznato sa stvarnim dešavanjima u domenu vođenja ekonomske (fiskalne) politike pa birači ne mogu na odgovarajući način da kazne neodgovorne političare. Najznačajnija fiskalna pravila odnose se na veličinu budžetskog deficita i visinu javnog duga imajući u vidu da od ovih indikatora, u najvećoj meri, zavisi stabilnost sistema javnih finansija. U toku aktuelne finansijsko-ekonomske krize fiskalna konsolidacija postaje prioritarno pitanje u vođenju ekonomske politike savremenih vlada i otuda ponovljeni interes za čvršćom primenom fiskalnih pravila i nadziranjem njihovog poštovanja. Međutim, u recesionim uslovima, kada izostaje ekonomski rast skoro je nemoguće ispoštovati ustanovljena fiskalna pravila. Potrebne su dublje strukturne i institucionalne reforme koje bi podstakle veću proizvodnju u realnom sektoru, otvaranje novih radnih mesta i rast BDP, što sve olakšava pridržavanje ovih fiskalnih ograničenja. U međuvremenu, bilo bi neophodno da se visoko zadužene države izbore za organizovani otpis suverenog duga, za šta se zalažu neki savremeni neetablirani ekonomisti. Radi se o retko korišćenoj ali legitimnoj teoriji o nepoštenom dugu formulisanoj početkom ruske oktobarske revolucije, što je već primenila ekvadorska vlada 2008. godine kao i Island. Srbija je, na žalost, propustila takvu priliku posle političkih promena 2000. godine.

Literatura

Andersen, T. M. (2012). Fiscal sustainability and fiscal policy targets. *Economic Working Papers-15*. Aarhus University.

Barnes, S., Davidsson, D., Rawdanovicz, L. (2012). Europe's New Fiscal Rules. *OECD Economics Department Working Papers*. No. 972. OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/5k9777md976b-en>

Calmfors, L. (2011). The Role of Independent Fiscal Policy Institutions. *CESifo Working paper* No. 3367.

Cottarelli, C. (2009). Fiscal Rules-Anchoring Expectations for Sustainable Public Finance. Dec.16. IMF.

Debrun, X. et al. (2008). Tied to the mast? National fiscal rules in the European Union, *Economic Policy*. April.

Dolls, M., Peichl, A., Zimmermann, K. (2011). A Challenge for the G20: Globally Stipulated Debt Brakes and Transnational Independent Fiscal Supervisory Councils. *IZA DP* No. 6160.

Eichengreen et al. (2011). The Political Economy of Fiscal Consolidation. *Public Debt: Nuts, Bolts and Worries*. ICMB, CEPR.

Golubović, S. (2012). *Fiskalna pravila u Evropskoj monetarnoj uniji*. SKC Niš.

Haan, J., Berger, H., Jansen, D-J. (2004). Why has the Stability and Growth Pact Failed? *International Finance*. 7:2.

Hagemann, R. (2010). Improving Fiscal Performance Through Fiscal Councils. *OECD Economics Department Working Papers*. No. 829. OECD Publishing. doi:10.1787/5km33sqsq9v-en

Joksimović, Lj. (2012). Institucionalni i politički faktori fiskalne konsolidacije. *Ekonomski horizonti*. God. XIV. Sv.2. 88-89.

Kopits, G. (2011). Independent Fiscal Institutions: Developing Good Practice. Prepared for the 3rd Annual meeting of OECD Parliamentary Budget Officials. Stockholm. Sweden. April 28-29 (Draft for discussion). Retrieved 14, August 2013, from <http://www.oecd.org/dataoecd/77/50/748089510.pdf>

Kopits, G. (2001). Fiscal Rules: Useful Policy Framework or Unnecessary Ornament? *IMF Working Paper* 01/145.

Kopits, G., Symansky, S. (1998). *Fiscal Policy Rules*. IMF. Washington D.C.

Mencinger, J. (2012). Da li štednja u javnom sektoru može da spasi evro? *Izazovi evropskih integracija* (21). Sl. glasnik. 27-42.

Molnar, M. (2012). Fiscal Consolidation:Part 5. What Factors Determine the Success of Consolidation Efforts? *OECD Economic Department Working Papers*. No.936. OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/5k9h28mzp57h-en>

Prašćević, A. (2012). Pravila ili koordinacija monetarne i fiskalne politike-teorijski aspekt. *Ekonomске ideje i praksa*. (8) Ekonomski fakultet. Beograd. 35-52.

Posner, P. Sommerfeld, M. (2012). The Politics of Fiscal Austerity:Implications for the United States. *Public Budgeting&Finance/Fall*.

Posner, P., Blöndal, J. (2012). Democracies and Deficits:Prospect for Fiscal Responsibility in Democratic Nations. *Governance:An International Journal of Policy, Administration and Institutions*.Vol. 25. No. 1.

Price, R. (2010). The Political Economy of Fiscal Consolidation. *OECD Economic Department Working Papers*. No. 776.

Reassessing the Role and Modalities of Fiscal Policy in Advanced Economies. (2013). *IMF Policy Paper*. September.

Solow, R. (2005). Rethinking Fiscal Policy. *Oxford Review of Economic Policy*. Vol. 21. No.4. 509-514.

Schaechter, A., Kinda, T., Budina, N., Weber, A. (2012). Fiscal Rules in Response to the Crisis-Toward the „Next-Generation“ Rules. A New Dataset. *IMF Working Paper 12/87*.

Schick, A. (2003). The role of budget rules in budgeting. *OECD Journal on budgeting*.Vol. 3. No. 3.

Tanzi, V., Schuknecht, L. (2000). *Public Spending in the 20th Century:a global perspective*. Cambridge, UK:Cambridge University Press.

Wyplosz, C. (2012).The coming revolt against austerity. *Austerity:Too Much of a Good Thing?* Centre for Economic Policy Research.

Wyplosz, C. (2012). Fiscal Rules:Theoretical Issues and Historical Experiences. *NBER Working Paper Series* <http://www.nber.org/papers/w17884.pdf>

Wyplosz, C. (2005). Fiscal Policy:Institutions versus Rules, *National Institute Economic Review* No. 191.

Mileva Anđelković, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

The Role and Significance of Fiscal Rules in the Stabilization of Public Finances

Summary

In a vast majority of countries, the fiscal crisis has ensued from the actual financial and economic crisis. Thus, the fiscal crisis has served as an incentive for the state governments to introduce normative limitations in the administration of fiscal policy. Their application is expected to prevent the procyclical fiscal policy and to provide for balancing the public expenditures. The efficiency of fiscal rules depends not only on the observance of these rules but also on the general economic situation and the institutional framework governing their application. As a new budgetary development, fiscal rules have certain advantages and disadvantages. Faced with the economic hardship, some states have suspended the application of these rules or introduced even stricter fiscal limitations. Fiscal rules are particularly significant in the European Monetary Union, where they are used as an instrument for coordinating the national fiscal policies and accomplishing a medium-term fiscal discipline. Considering that politicians are prone to avoiding accountability (as there are no sanctions for the inobservance of fiscal rules), some states have introduced fiscal councils as special institutions which supplement the fiscal rules. We believe that their activities may be useful for making the government fiscal policy more transparent.

Being burdened by excessive budget deficits and sovereign debts, contemporary states focus on introducing fiscal rules in an endeavour to consolidate their public expenditures. The attempts to balance the public finances prove to be a kind of reassessment of the values and efficiency of the established fiscal rules. In terms of application of these rules, experience shows that states are (on the average) involved in a more responsible administration of the fiscal policy. However, in practice, there are many infringements of fiscal rules, which ultimately shows that fiscal rules alone are insufficient to ensure the fiscal discipline.

Key words: *fiscal rules, fiscal advice, fiscal consolidation*

Dr Dragan Jovašević,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.4

Rad primljen: 05.08.2013.
Rad prihvaćen: 19.09.2013.

MEĐUNARODNA KRIVIČNA DELA U RIMSKOM STATUTU¹

Apstrakt: Međunarodno krivično pravo kao sistem pravnih propisa sadržanih u aktima međunarodne zajednice, ali i u nacionalnom (internom) krivičnom zakonodavstvu pojedinih država predviđa krivičnu odgovornost i kažnjivost za veći broj međunarodnih krivičnih dela. To su dela kojima se krše ratni zakoni i običaji rata (međunarodno humanitarno pravo) i kojima se povređuje ili ugrožava mir među narodima i bezbednost čovečanstva. Za učinioce ovih krivičnih dela u određenim slučajevima je primarna naležnost međunarodnih sudskih (nacionalnih) organa kao što je Međunarodni krivični sud formiran Rimskim Statutom. Upravo o pojmu i karakteristikama krivičnih dela koja su predmet rada ovog Međunarodnog krivičnog suda govori autor u svom radu.

Gljučne reči: međunarodno krivično pravo, krivično delo, Rimski Statut, međunarodni krivični sud, odgovornost, kazne.

1. Osnivanje ad hoc tribunala²

Međunarodno krivično pravo se sastoji iz više propisa sadržanih u nizu međunarodnih ugovora, konvencija, paktova i protokola univerzalnog i regionalnog karaktera. Težnja da se dođe do kodifikacije ovih propisa je urodila plodom tek na kraju 20. veka, iako su aktivnosti upravljene u ovom smeru otpočele odmah posle Drugog svetskog rata (Jovašević, 2010:38-41). Tako je Generalna skupština OUN još 1946. godine formirala Komisiju za kodifikaciju i razvoj međunarodnog krivičnog prava koja je kasnije nazvana Komisija za međunarodno pravo i pripremu kodeksa međunarodnih zločina. Komisija je

1 jovas@prafak.ni.ac.rs

Rad je rezultat sprovedenog istraživanja na projektu broj 179046 : "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

2 Pojam tribunala je opšti naziv koji je rezervisan samo za međunarodna sudišta koja imaju privremeni značaj ili usko specijalizovanu nadležnost, za razliku od pojma suda koji određuje sudište koje je ustanovljeno sa namerom da bude stalni organ sa širokom nadležnošću.

formulisala osnovne principe međunarodnog krivičnog prava koji su proizilazili iz Nirnberške i Tokijske presude (tzv. nirnberški principi) i izradila Projekat kodeksa međunarodnih zločina. Taj je Projekat podnet na usvajanje Generalnoj skupštini OUN 1954. godine, ali zbog neslaganja među vodećim silama sveta toga vremena (doba hladnog rata i oštro suprotstavljenih blokova) nije bio usvojen (Jovašević, 2011:56-58).

Generalna skupština OUN je potom na svom Petom zasedanju formirala Komitet za međunarodno krivično pravosuđe koji je izradio Nacrt Statuta međunarodnog krivičnog suda i podneo ga na usvajanje na Sedmom zasedanju Generalne skupštine. No, tek 1975. godine Peti kongres o prevenciji kriminaliteta i postupanju sa učinocima održan u Ženevi usvaja Rezoluciju o prevenciji torture i prevenciji i suzbijanju terorizma svih vrsta. Tom prilikom ponovo je razmatrana ideja o formiranju Međunarodnog krivičnog suda. U okviru Komisije za ljudska prava OUN i Međunarodnog udruženja za kazneno pravo (IAPL) izrađen je i Nacrt statuta Međunarodnog krivičnog suda koji čak ni zapadni blok zemalja nije bio spreman da prihvati (posebno u delu nadležnosti za gonjenje zločina aparthejda).

Dalji naponi međunarodne zajednice u organizovanju jedinstvenog fronta borbe protiv međunarodnog kriminaliteta odvijaju se uglavnom u pravcu preduzimanja napora na suzbijanju trgovine opojnim drogama i psihotropnim supstancijama. Tako je petnaest Karibskih i Latinoameričkih država podržalo ideju o Međunarodnom krivičnom sudu (Broomwhall, 2004:289-313) na Specijalnoj sesiji o narkotičnim drogama Generalne skupštine OUN 1989. godine. No, ovoj ideji su se oštro usprotivile SAD, Velika Britanija i Francuska. Međunarodnopravna komisija Generalne skupštine OUN je ipak nastavila sa radom na studiji o formiranju, nadležnostima i pravilima postupanja međunarodnog krivičnosudskog organa o čemu je posebno bilo reči 1990. godine u Havani na Osmom kongresu OUN o prevenciji zločina i postupanju sa njihovim izvršiocima. Sledeće godine Međunarodnopravna komisija je predstavila Izveštaj o zločinima protiv mira, čovečnosti i bezbednosti čovečanstva na Šestom komitetu OUN.

2. Stalni Međunarodni krivični sud

2.1. Osnivanje i nadležnost suda

Međunarodni vojni ad hoc tribunali iz 1946. i 1948. godine nisu zadovoljili svetsku, ni pravničku javnost u pogledu osećanja pravde i pravičnosti. Sve jače se ispoljava potreba za osnivanjem stalnog i univerzalnog međunarodnog

krivičnog suda (Eser, 2003:133-163) pred kojim bi odgovarali izvršioци svih međunarodnih zločina bez obzira čiji su državljani i bez obzira na svoju funkciju i mesto gde su zločini izvršeni (Damaška, 2008:13-33). Kao rezultat takve težnje i svih ranije uložениh napora, konačno je usvojen Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda na Diplomatskoj konferenciji u Rimu jula 1998.godine. Od ukupno prisutnih 148 predstavnika država, 120 je glasalo za Statut, 21 država je bila uzdržana, dok je sedam bilo protiv³. Da bi sud počeo da funkcioniše bilo je potrebno da Statut potpiše i ratifikuje najmanje 60 država.

Dana 1. jula 2002. godine Statut Međunarodnog krivičnog suda, poznat i kao Rimski statut, (Račić, 1998:16) je stupio na snagu čime je sud formalno i osnovan (kada je dakle izvršena kodifikacija međunarodnog krivičnog prava), a 11. marta 2003.godine u prisustvu predstavnika 89 država (potpisnica Statuta) i generalnog sekretara OUN Kofi Anana inaugurisano je osamnaest sudija ovog suda na čelu sa predsednikom suda, kanadskim sudijom Filipom Kiršom (koji je svojevremeno bio predsedavajući Rimske konferencije 1998. godine). Nešto kasnije 21.aprila 2003. godine za glavnog tužioca ovog suda izabran je argentinac Luis Moreno Okampo. Tako je otvorena nova stranica u istoriji ljudske civilizacije. U pravnoj teoriji je gotovo opšteprihvaćeno da je Rimski statut nastojao da ostvari sintezu načela krivičnog prava iz raznih pravnih sistema, a pri tome se naročito trudio da pomiri anglosaksonsko i evropsko, kontinentalno krivično pravo. Stoga su mnoge njegove odredbe plod kompromisa, pa se označavaju kao hibridne norme. No, već sama činjenica da se Rimski statut hvata u koštac sa finesama krivičnopravne dogmatike, predstavlja značajan korak napred u poređenju sa statutima prethodnih međunarodnih sudova.

Međunarodni krivični sud osnovan Rimskim statutom je komplementaran nacionalnom pravosuđu. Naime, usvojeno je gledište, sadržano u Preambuli Statuta, da je, pre svega, na državama da gone učiniоce međunarodnih zločina, a tek ako one to ne učine, postupak pokreće Međunarodni sud. Sedište Međunarodnog krivičnog suda je u Hagu u Holandiji, s tim što ono može da bude i na drugom mestu kada i gde se to pokaže neophodnim. Ovako shvaćena komplementarnost znači da je Međunarodni krivični sud samo proširenje nacionalne krivične jurisdikcije. On tako nije "nacionalni", nego "internacionalni" organ. On ne može učiniti ništa više nego što mogu i nacionalni sudovi. Međunarodni krivični sud ne može direktno da hapsi okrivljena lica, niti da prikuplja relevantne dokaze jer nema "svoju" policiju. Zbog toga i svi zahtevi za saradnju i pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći moraju da idu preko nacionalnih sudova. Kako je taj sud samo "produžetak" nacionalnih sudova, okrivljena lica mu se ne "izručuju" (ekstradiraju), nego se "predaju" (Novoselec, 2004:482).

³ Protiv Statuta stalnog međunarodnog krivičnog suda izjasnili su se predstavnici sledećih država : SAD, Kine, Izraela, Indije, Iraka, Libije i Katara.

Međunarodni vojni sudovi u Nirnbergu i Tokiju su, nasuprot tome, imali ekskluzivnu nadležnost u odnosu na nacionalne sudove. Oni su delovali u državama čiji su državljani optuženi za najteža međunarodna krivična dela. U odnosu na te zločine, bila je isključena jurisdikcija nacionalnih sudova poraženih država. Samo na taj način su sudovi država pobednica mogli direktno doći do optuženih lica i dokaza za njihovu krivicu. I ad hoc tribunali – za bivšu Jugoslaviju i Ruandu – imaju suženiju nadležnost, iako i oni imaju prioritet u odnosu na nacionalne sudove (ali ta nadležnost nije ekskluzivna). Naime, nacionalni sudovi mogu, pa čak i moraju da sude licima za koje postoji sumnja da su izvršila međunarodna krivična dela u ratnim dešavanjima na području bivše SFR Jugoslavije, odnosno Ruande, pod uslovom da ad hoc tribunali ne vode krivične postupke prema takvim licima. To iz razloga jer su međunarodni sudovi, u prvom redu, zainteresovani za suđenje licima koja su se nalazila na najvišim političkim, državnim, policijskim ili vojnim položajima, dok suđenje ostalim učiniocima međunarodnih krivičnih dela prepuštaju nacionalnim sudovima. Ovde se, dakle, radi o konkurirajućoj nadležnosti.

Budući da se radi o izuzetno značajnom organu međunarodne zajednice (Petrović, Bisić, Perić:459-462), potrebno je da ukažemo i na nadležnosti stalnog Međunarodnog krivičnog suda. Tu se razlikuju sledeće vrste nadležnosti ovog suda: a) materijalna, b) personalna, v) teritorijalna i g) vremenska. Materijalna nadležnost Međunarodnog krivičnog suda (čl. 5-8. Statuta) ograničena je na najteža međunarodna krivična dela koja pogađaju međunarodnu zajednicu. Statutom su predviđene četiri vrste zločina (međunarodnih krivičnih dela) za koja je nadležan ovaj sud. To su : 1) zločin genocida, 2) zločin protiv čovečnosti, 3) ratni zločini i 4) zločin agresije. Osim zločina agresije, za sva ostala krivična dela dati su elementi na osnovu Ženevskih konvencija iz 1949 godine i dopunskih protokola iz 1977. godine. U pogledu personalne nadležnosti, Međunarodni krivični sud (član 26. Statuta) je nadležan za vođenje krivičnog postupka i utvrđivanje krivične odgovornosti fizičkih lica koja su u vreme izvršenja zločina imala navršenih 18 godina života, kao i da su državljani neke od država članica Rimskog statuta (dakle država koje su priznale nadležnost ovog nadnacionalnog sudskeg organa). Teritorijalna nadležnost suda (član 5. Statuta) se prostire na teritoriju država na kojoj je izvršeno neko međunarodno krivično delo ili na teritoriju države čiji je optuženi državljanin, ali samo pod uslovom da se radi o državi koja je potpisala Rimski statut. Vremenska nadležnost suda (član 11. Statuta) označava da se pred ovim sudom mogu krivično goniti i kažnjavati učinioci za ona međunarodna krivična dela koja su izvršena posle 1. jula 2002. godine. kao dana stupanja na snagu Rimskog statuta⁴. Prva optužnica pred ovim sudom je podignuta tek 2007. godine.

⁴ U literaturi se stoga ističe da je ovakvim određivanjem stvarne nadležnosti Stalnog Međunarodnog krivičnog suda izvršena "tiha ili prikriivena amnestija" brojnih masovnih

2.2. Organizacija i postupak pred sudom

Stalni Međunarodni krivični sud sa sedištem u Hagu čine sledeći organi: 1) predsedništvo suda, 2) veća (žalbeno, sudeće, predraspravno), 3) kancelarija tužioca i 4) sekretarijat. Sud čini osamnaest sudija za koje mogu biti izabrana lica visokih moralnih karakteristika, nepristrasna i sa ličnim integritetom koja poseduju kvalifikacije zahtevane za najviše pravne institucije u svojim državama. Bira ih skupština država članica ovog suda većinom glasova sa liste kandidata na period od devet godina.

Predsedništvo suda čine predsednik i dva potpredsednika koje biraju sudije na vreme od tri godine. Ono je odgovorno za pravilno funkcionisanje suda, i kancelarije tužioca, te obavlja druge statutom predviđene funkcije.

Tužilaštvo je nezavisni i odvojeni organ suda (Škorić, 2007:603-627). Ono je odgovorno za primanje prijave i informacija, kao i dokaza o izvršenim zločinima iz nadležnosti suda. Njega čine tužilac i više zamenika za koje mogu biti birana lica visokih moralnih kvaliteta, kompetentni i sa velikim praktičnim iskustvom u tužilaštvu ili vođenju krivičnog postupka. Tužioce bira skupština država članica suda na vreme od devet godina. Prvi tužilac Međunarodnog krivičnog suda je argentinac Luis Moreno Okampo. Njega je skupština država članica izabrala 21. aprila 2003. godine.

Sekretarijat je odgovoran za vansudske aspekte, administraciju i funkcionisanje suda. Njime upravlja sekretar koga biraju sudije na vreme od pet godina. On osniva odeljenje za žrtve i svedoke u okviru sekretarijata koje u saradnji sa tužiocem obezbeđuje zaštitne mere i drugu odgovarajuću pomoć svedocima ili žrtvama.

Krivični postupak (Petrović, Jovašević, 2011:78-81) pred Međunarodnim krivičnim sudom započinje istragom koju pokreće tužilac na osnovu prethodno dobijenih informacija i podataka. Veliku ulogu u toku sprovođenja istrage, kao i široka ovlašćenja u preduzimanju pojedinih radnji, samostalno ili zajedno sa tužiocem, ima predsudbeno veće. Ono donosi odluku o privođenju i hapšenju osumnjičenih lica, kao i o puštanju na slobodu pritvorenih lica. Bez njegove potvrde optužba ne može da dobije pravnu snagu. Tek posle potvrde optužbe protiv nekog lica, ono se kao optuženi predaje sudskom veću radi presuđenja. Treba istaći, da predsudsko veće može po podnetoj tužbi od strane tužioca da donese sledeće odluke : a) da je odbije, b) da je izmeni i c) da traži njenu dopunu ili naknadno pronalaženje dokaza. Kazne koje sudsko veće može da izrekne

zločina koji su izvršeni u : gulazima u bivšem Sovjetskom savezu, na Tibetu 1951, godine, zločini aparthejda u Južnoj Africi između 1960 i 1989. godine, za vreme kulturne revolucije u Kini u vremenu 1966-1976. godine, od strane vojne hunte u Čileu u periodu 1970-1980. godine itd.

učiniocima najtežih međunarodnih krivičnih dela jesu : 1) zatvor u doživotnom trajanju, 2) zatvor do trideset godina, 3) novčana kazna i 4) konfiskacija prihoda od vlasništva i dobara koji su dobijeni direktno ili indirektno izvršenjem zločina.

Statut stalnog Međunarodnog krivičnog suda poznat kao Rimski statut u velikoj je meri razradio opšte i osnovne institute opšteg dela materijalnog krivičnog prava, sistem međunarodnih krivičnih dela, kao i oblast procesnog prava, određujući organizaciju, nadležnost, kao i sam postupak pred prvostepenim i drugostepenim većem. Na taj način je međunarodno krivično pravo dobilo pravo građanstva kao posebna i samostalna pozitivno pravna disciplina kaznenog prava.

3. Pojedina međunarodna krivična dela

Rimski Statut stalnog Međunarodnog krivičnog suda usvojen na Diplomatskoj konferenciji OUN u Rimu 17. jula 1998. godine propisuje da će se pred ovim sudom voditi krivični postupak, utvrđivati krivična odgovornost i izricati krivična sankcija licima koja su učinila najozbiljnije zločine priznate od strane međunarodne zajednice kao celine. U članu 5. ovog Statuta proglašena je nadležnost suda za sledeća međunarodna krivična dela : 1) zločin genocida, 2) zločin protiv čovečnosti, 3) ratne zločine i 4) zločin agresije (Petrović, Jovašević, 2011:218-221).

Prema članu 77. Statuta učiniocu nekog od ovih međunarodnih krivičnih dela sud može izreći sledeće kazne: 1) zatvor u određenom trajanju koji ne može da pređe maksimum od 30 godina, 2) doživotni zatvor kada je ta kazna opravdana ekstremnom težinom zločina i individualnim okolnostima vezanim za učinioca dela, 3) novčanu kaznu prema kriterijumu koji je određen u Pravilima dokazivanja i procedure i 4) konfiskaciju prihoda, vlasništva i dobara koji su direktno ili indirektno pribavljeni izvršenim zločinom.

Pored toga, Rimski statut u članu 70. predviđa i nadležnost Međunarodnog krivičnog suda i za krivična dela protiv pravosuđa koja se nazivaju : " Povrede pravilnosti i zakonitosti postupka". To su sledeća krivična dela (Jovašević, 2011:146-148): 1) lažno svedočenje, 2) podnošenje falsifikovanih dokaza, 3) korupcija svedoka, 4) opstrukcija ili mešanje u svedočenje svedoka, 5) sprovođenje osvete prema svedoku radi njegovog svedočenja, 6) uništavanje dokaza ili mešanje u sakupljanje dokaza, 7) ometanje, zastrašivanje ili korupcija zvaničnika suda sa ciljem prisiljavanja ili ubeđivanja da ne učestvuju u suđenju ili da nepravilno obavljaju svoju dužnost, 8) sprovođenje osvete prema zvaničniku suda zbog obavljanja njegove dužnosti ili dužnosti koje je obavljao neki drugi zvaničnik i 9) nuđenje ili primanje mita u svojstvu zvaničnika suda, vezano za njegove zvanične dužnosti. Za ova krivična dela "opstrukcije pravde ili korupcije

u pravosuđu” pred Međunarodnim krivičnim sudom, propisane su dve vrste kazni i to : a) kazna zatvora do pet godina i b) novčana kazna (Jovašević, Mitrović, 2012:142-143).

Takođe Rimski statut u članu 71. predviđa odgovornost i sankcije za delo koje se zove: “Nedolično ponašanje”. Odgovornost za ovo krivično delo postoji za lica koja su prisutna pretresu pred sudom u bilo kojoj fazi krivičnog postupka koja: 1) iskažu nepoštovanje suda, 2) ometaju postupak i 3) namerno nepoštuju sudske naredbe. Za ovo krivično delo Statut je propisao sledeće vrste sankcija, administrativne mere (osim pritvora) kao što su : a) stalna ili privremena zabrana ulaska u sudnicu, b) novčana kazna i v) slične mere koje su određene u Pravilima procedure i dokazivanja (Starčević, 1991:628-629)

3.1. Genocid

Zločin genocida je predviđen u odredbi člana 6. ovog Statuta. Genocid se određuje kao “zločin nad zločinima”. Zabrana vršenja ili propagiranja ovog krivičnog dela predstavlja *ius cogens*, tako da protivpravnost genocidnih aktivnosti, pa i sam kriminalni karakter ovih radnji je opšteprihvaćen i nesporan u međunarodnoj zajednici. Ovo krivično delo se čini u nameri da se uništi u celini ili delimično nacionalna, etnička ili verska zajednica⁵ na jedan od sledećih načina: 1) ubijanjem članova grupe⁶, 2) prouzrokovanjem teških fizičkih ili mentalnih patnji članova grupe, 3) namernom podvrgavanju grupe životnim uslovima koji treba da dovedu do njenog potpunog ili delimičnog uništenja, 4) preduzimanjem mera uperenih ka sprečavanju rađanja u okviru grupe i 5) prinudnom premeštanju dece iz jedne u drugu grupu (Turković et al.,2013:133-134.).

Dakle, ovde se radi o preuzimanju odredbi Konvencije OUN o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine u pogledu određivanja bića ovog najtežeg međunarodnog krivičnog dela uperenog protiv “čovečanstva”. U delu pravne teorije se smatra da genocid ne predstavlja samostalno krivično delo, već da je to samo vrsta zločina protiv čovečnosti (Novoselec,2004:498-499).

5 Ovom inkriminacijom su zaštićene samo stabilne grupe, koje karakteriše stalnost i čijim se članom postaje na osnovu rođenja, dok su isključene nestalne skupine čijim se članom postaje na osnovu individualne odluke. Na tom stanovištu stoji i Međunarodni krivični tribunal za Ruandu u slučaju Akajese.

6 Za postojanje genocida nije potreban i veći broj žrtava. Naime, smatra se da je dovoljno da učinilac ubije jedno ili više lica. Isto tako genocid može učiniti i izolovani pojedinac ako postupa sa genocidnom namerom i ako se njegovo ponašanje poklapa sa drugim sličnim ponašanjima, a takve je prirode da može dovesti do uništenja cele skupine.

3.2. Zločin protiv čovečnosti

U članu 7. Statuta Međunarodnog krivičnog suda predviđen je zločin protiv čovečnosti. Rimski Statut razlikuje ovo krivično delo od dela genocida iako u vreme kada je ono bilo uvedeno u sistem međunarodno pravnih inkriminacija u delu teorije je bilo mišljenja da su ova dva pojma sadržinski identična. Zločin protiv čovečnosti predstavlja delatnosti izvršene kao deo rasprostranjenog ili sistematičnog napada⁷ uperenog protiv bilo kog civilnog stanovništva⁸.

U smislu ovog krivičnog dela napad podrazumeva sledeće radnje izvršenja: 1) ubistvo, 2) uništavanje, 3) porobljavanje – vršenje ovlašćenja koja pretpostavljaju vlasništvo nad nekim licem, 4) deportaciju ili namerno premeštanje stanovništva (proterivanje)- nasilno premeštanje stanovništva sa područja na kome zakonito boravi, 5) zatvaranje ili druga stroga lišavanja slobode narušavanjem osnovnih pravila međunarodnog prava, 6) torturu (mučenje) – nanošenje fizičkih i psihičkih bola, patnji, nelagodnosti licu kome je oduzeta sloboda, 7) silovanja, seksualno ropstvo, nasilne trudnoće, izazivanje steriliteta ili bilo koji drugi oblik seksualnog ugrožavanja, 8) progon bilo koje grupe ili kolektiva po političkoj, verskoj, rasnoj, nacionalnoj, etničkoj, kulturnoj ili polnoj osnovi ili druga postupanja koja su opšte nedopuštena po međunarodnom pravu – ovde se radi o oduzimanje međunarodno priznatih prava nekoj skupini, 9) izazivanje nestanka lica (prisilno nestajanje lica) – svako oduzimanje slobode kretanja koje sprovodi država ili neka druga organizacija, 10) zločin aparthejda – nečovečna postupanja koja su izvršena u okviru institucionalizovanog režima i 11) ostali nehumani postupci kojima se namerno prouzrokuju teške patnje ili ozbiljno ugrožavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja.

3.3. Ratni zločini

Ratni zločini su definisani u odredbi člana 8. Rimskog statuta. Ovde se radi o složenoj dispoziciji krivičnopravne norme, pa se razlikuje više oblika ovog teškog krivičnog dela (“teška kršenja zakona i običaja rata”). Delo se sastoji iz različitih delatnosti koje su izvršene kao deo plana ili politike ili ako je taj zločin izvršen u velikom (masovnom) broju slučajeva. Ovi zločini mogu da budu izvršeni i u međunarodnom i u nemeđunarodnom oružanom sukobu.

Prvi oblik ratnih zločina se sastoji u ozbiljnom kršenju Ženevskih konvencija od 12. avgusta 1949. godine, a naročito u (Atanacković, 1981:60): 1) namernom

7 Smatra se da se ovakav napad sastoji u napadu u okviru državne politike ili ostvarenja ciljeva neke druge organizacije. Taj napad ne mora biti nužno i vojne prirode. Ovo delo može biti izvršeno i za vreme rata i za vreme mira. Otuda sledi da izolovani pojedinačni napadi ne dolaze pod udar ove inkriminacije.

8 Kod ovog zločina žrtva nije pojedinac, nego celokupno čovečanstvo.

ubijanju, 2) mučenju ili nehumanom postupanju uključujući i biološke eksperimente, 3) namernom nanošenju velikih patnji, ozbiljnih telesnih povreda ili narušavanju zdravlja, 4) velikom razaranju ili otuđenju imovine bez opravdane vojne potrebe koja su izvršena nezakonito i bezobzirno, 5) prisiljavanju ratnih zarobljenika ili drugih zaštićenih lica da služe u neprijateljskim snagama, 6) namernom lišavanju ratnih zarobljenika i drugih zaštićenih lica prava na pošteno i pravično suđenje, 7) nezakonitom progonstvu, transferu ili nezakonitom zatvaranju lica i 8) uzimanju talaca.

Drugi oblik ratnih zločina se sastoji u ozbiljnom narušavanju zakona i običaja koji se primenjuju u međunarodnom oružanom sukobu, unutar utvrđenog okvira međunarodnog prava, a naročito : 1) namerno usmeravanje napada protiv civilnog stanovništva ili protiv pojedinih civilnih lica koja nisu direktno umešana u sukob, 2) namerno usmeravanje napada na civilne objekte tj. objekte koji nisu vojni ciljevi, 3) namerno usmeravanje napada na osoblje, instalacije, materijale, jedinice ili vozila uključena u humanitarnu pomoć ili mirovnu misiju u skladu sa Poveljom OUN sve dok imaju pravo na zaštitu ili pružaju pomoć civilima ili civilnim objektima po međunarodnim zakonima koji važe za strane u sukobu, 4) namerno započinjanje napada znajući da će takav napad prouzrokovati propratna stradanja ili nanošenje povreda civilima ili nanošenje štete civilnim objektima ili da će prouzrokovati velika, dugotrajna i ozbiljna oštećenja životne sredine koji bi bili očigledno prekomerni u odnosu na konkretno očekivanu vojnu korist, 5) napad ili bombardovanje bilo kojim sredstvima gradova, sela, boravišta ili građevina koje nisu branjeni ili nisu vojni objekti, 6) ubijanje ili ranjavanje vojnika koji je položio svoje oružje sa ciljem da se preda ili više nema nameru da se brani, 7) zloupotreba zastave kojom se daje znak za primirje, zastave ili vojnog obeležja i uniforme koji pripadaju neprijatelju ili Ujedinjenim nacijama, kao i zloupotreba karakterističnih znakova definisanih Ženevskim konvencijama koje izazivaju smrt ili ozbiljne telesne povrede, 8) direktan ili indirektan transfer (preseljenje) od strane okupacione sile dela svog stanovništva na okupiranu teritoriju ili deportacija ili transfer svih delova stanovništva sa okupirane teritorije u okviru ili izvan te teritorije, 9) namerno usmeravanje napada na verske, obrazovne, umetničke ili naučne građevine koje se koriste u dobrotvorne svrhe, istorijske spomenike, bolnice i mesta gde se okupljaju bolesni i ranjeni pod uslovom da to nisu vojni ciljevi, 10) podvrgavanje lica koja imaju moć na suprotnoj strani fizičkom sakaćenju ili medicinskim ili naučnim eksperimentima koje vrste koji nisu opravdani medicinskim, stomatološkim ili bolničkim lečenjem tog lica, niti su izvedeni u njegovom interesu, a koje mogu da izazovu smrt ili ozbiljno ugrožavanje zdravlja tog lica, 11) ubijanje ili ranjavanje izdajnika koji pripadaju neprijateljskom narodu ili vojsci, 12) objavljivanje da neće biti milosti, 13) uništavanje ili konfiskacija neprijateljske imovine osim

ukoliko to strogo ne zahtevaju interesi rata, 14) ukidanje, suspendovanje ili zabrana prava i učešća u postupku pred sudom državljanima neprijateljske strane, 15) prinuđavanje pripadnika neprijateljske strane da učestvuje u ratnim operacijama uperenim protiv sopstvene zemlje, čak i ako su bili u vojnoj službi pre početka rata, 16) pljačkanje grada ili bilo kog drugog mesta u situaciji kada je zauzet u napadu, 17) korišćenje otrova i sredstava koji u sebi sadrže otrove, 18) korišćenje zagušljivaca, otrovnih ili drugih gasova i sličnih tečnosti, materija ili izuma, 19) korišćenje municije koja se lako širi ili se spljošti u ljudskom telu, kao što su meci sa čvrstom čaurom koja ne pokriva u celini sredinu metka ili je pokriva, ali ima zaseke, 20) korišćenje oružja, projektila, materijala ili metoda ratovanja koji su takve prirode da mogu izazvati suvišne povrede ili nepotrebne patnje ili se njima krše međunarodni zakoni o oružanom sukobu pod uslovom da su oni zabranjeni, 21) izvršavanje dela koji izazivaju sramotu i ugrožavaju lično dostojanstvo, konkretno ponižavanje i degradiranje ličnosti, 22) izvršenje dela silovanja ili seksualnog ropstva, prisiljavanje na prostituciju, nasilnu trudnoću, prisilnu sterilizaciju ili bilo koji drugi oblik seksualnog zlostavljanja, 23) iskorišćavanje prisustva civila ili drugih međunarodno zaštićenih lica da bi se povratile određene tačke ili pozicije ili oblasti ili da bi se određene vojne snage zaštitile od vojnih operacija, 24) namerne napade na građevine, medicinske jedinice, transport i osoblje koje koristi očigledne znake u skladu sa međunarodnim pravom, 25) namerno pribegavanje izgladnjavanju civila kao metoda ratovanja lišavajući ih stvari neophodnih za njihov opstanak, uključujući i namerno sprečavanje deljenja minimalnih zaliha obezbeđenih Ženevskim konvencijama i 26) regrutovanje ili na drugi način stavljanje u vojnu službu dece ispod petnaest godina u nacionalne oružane snage ili njihovo korišćenje za aktivno učestvovanje u borbama.

Treći oblik ratnih zločina iz člana 8. Rimskog statuta se sastoji o ozbiljnom kršenju člana 3. Ženevskih konvencija u slučaju oružanog sukoba koji nije međunarodnog karaktera, a koje su delatnosti učinjene prema civilnom stanovništvu koje nije aktivno učestvovalo u borbama, uključujući i pripadnike vojnih formacija koji su položili oružje ili lica koja su van borbe usled bolesti, ranjavanja, kazne ili drugog razloga. Ovo se delo može izvršiti vršenjem sledećih radnji : 1) nasiljem prema životu, posebno ubistvima svih vrsta, sakaćenjem, okrutnim ponašanjem i torturom, 2) postupanjem na izrazito sramotan način prema ličnom dostojanstvu, a posebno na način koji ponižava lica, 3) uzimanjem talaca i 4) donošenjem presuda i izvršenjem smrtne kazne bez prethodne objave presude od strane regularno kontrolisanog suda koji bi obezbedio sve zakonske garancije koje su opšte priznate kao neophodne.

Četvrti oblik ratnih zločina iz člana 8. Rimskog statuta predviđa krivično delo kojim se vrše ozbiljne povrede zakona i običaja ratovanja u oružanim sukobima

unutar utvrđenih okvira međunarodnog prava, a naročito ako se preduzimaju sledeći akti : 1) namerno usmeravanje napada na civilno stanovništvo ili na civilna lica koja ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima, 2) namerno usmeravanje napada na građevine, materijale, medicinske jedinice, transporte i osoblje koje koristi očigledne oznake regulisane Ženevskim konvencijama u skladu sa međunarodnim pravom, 3) namerno usmeravanje napada na osoblje, instalacije, materijale, jedinice ili vozila humanitarne pomoći ili mirovne misije u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija sve dok imaju pravo na zaštitu i pružanje pomoći civilima i civilnim objektima po pravu oružanih sukoba, 4) namerno usmeravanje napada na verske, obrazovne, umetničke, naučne građevine, kao i građevine za dobrotvorne svrhe, istorijske spomenike, bolnice i mesta gde su okupljeni ranjenici i bolesnici pod uslovom da to nisu vojni objekti, 5) pljačkanje naselja i mesta, čak i kada su zauzeta prilikom napada, 6) silovanje, seksualno ropstvo, prisiljavanje na prostituciju, nasilnu trudnoću, prisilnu sterilizaciju ili bilo koji drugi oblik seksualnog zlostavljanja definisane kao ozbiljne povrede Ženevskih konvencija, 7) regrutovanje ili na drugi način stavljanje u vojnu službu dece ispod 15 godine u nacionalne oružane snage ili njihovo korišćenje za aktivno učestvovanje u borbama, 8) naređenje za preseljavanje civilnog stanovništva iz razloga vezanih za sukob, osim ako to zahteva sigurnost civila ili neophodni vojni razlozi, 9) podmuklo ubijanje ili ranjavanje vojnika suprotne strane, 10) objavljivanje da neće biti milosti, 11) podvrgavanje lica koja imaju moć na suprotnoj strani, fizičkom sakaćenju ili medicinskim ili naučnim eksperimentima ma koje vrste koji nisu opravdani medicinskim, stomatološkim ili bolničkim lečenjem tog lica, niti su izvedeni u njegovom interesu, a koje mogu da izazovu smrt ili ozbiljno ugrožavanje zdravlja tog lica i 12) uništavanje ili konfiskacija imovine suprotne strane, osim ako to nije učinjeno iz razloga imperativne vojne potrebe u sukobu.

3.4. Zločin agresije

U međunarodnom krivičnom pravu, zločin agresije je prvi put definisan kao zločin protiv mira u Londonskom sporazumu kojim je osnovan Međunarodni vojni sud u Nirnbergu (Degan,2003:169-195). U članu 6. Statuta Međunarodnog vojnog suda koji je dodat uz Londonski sporazum su određeni pojam i elementi agresije. Potom je Komisija za međunarodno pravo OUN 1996. godine u Nacrtu Kodeksa zločina protiv mira i bezbednosti čovečanstva u članu 16. odredila delo agresije. Ono postoji kada "pojedinaac kao vođa ili organizator aktivno sudeluje ili naredi planiranje, pripemanje, otpočinjanje ili vođenje agresivnog rata koji predume neka država".

Međunarodno krivično delo agresije koje je inače navedeno u članu 5. Rimskog statuta iz 1998. godine nije bliže opisano po sadržini, karakteristikama i obeležjima bića⁹. No, u pogledu kvalifikacije ovog dela Statut Međunarodnog krivičnog suda je upućivao na odgovarajuću primenu Rezolucije Generalne skupštine OUN broj 3314 iz 1974. godine. Naime, u članu 3. ove Rezolucije je precizirano šta predstavlja akt agresije bez obzira da li je rat objavljen ili ne. Prema ovoj odredbi delo agresije predstavljaju sledeći akti : 1) invazija ili napad oružanih snaga jedne države na teritoriju druge države, kao i svaka vojna okupacija, makar i privremena koja proizađe iz takve invazije ili napada ili aneksija teritorije ili dela teritorije druge države upotrebom sile, 2) bombardovanje teritorije neke države od strane oružanih snaga druge države ili upotreba bilo kog oružja od strane jedne države protiv teritorije druge države, 3) blokada luka ili obala jedne države od strane oružanih snaga druge države, 4) napad oružanih snaga jedne države na kopnene, pomorske ili vazduhoplovne snage, pomorsku ili vazdušnu flotu druge države, 5) upotreba oružanih snaga jedne države koje se s pristankom države prijema nalaze na njenoj teritoriji protivno uslovima predviđenim u sporazumu, odnosno ostajanje tih snaga na teritoriji države prijema i posle isteka sporazuma, 6) radnja jedne države koja svoju teritoriju stavi na raspolaganje drugoj državi da bi je ova iskoristila za izvršenje akta agresije protiv neke treće države i 7) upućivanje od strane, odnosno u ime jedne države oružanih bandi, grupa, neregularnih vojnika ili najamnika koji protiv druge države vrše akte oružane sile toliko ozbiljno da se oni izjednačuju sa napred navedenim aktima, odnosno predstavljaju značajno učešće jedne države u tome.

No, interesantno je rešenje prema kome je u Rezoluciji izričito navedeno da pored navedenih akata koji su određeni kao delo agresije, Savet bezbednosti OUN u skladu sa Poveljom Organizacije ujedinjenih nacija može odlučiti da se pod ovaj pojam podvedu i neki drugi akti ne ostavljajući kriterijum za ovo određivanje (Triffterer,1997:811-881). Pri tome je u članu 5. Rezolucije izričito navedeno da nikakav razlog bilo koje prirode, političke, ekonomske, vojne ili druge vrste

9 Posebna radna grupa za zločin agresije koja je osnovana pri Skupštini država članica Rimskog statuta svake godine zaseda na Univerzitetu Princeton u SAD u pokušaju da odredi pojam, elemente i karakteristike ovog međunarodnog krivičnog dela. Najveći problem u njegovom definisanju predstavlja odnos međunarodnog tužioca pri Međunarodnom krivičnom sudu i Saveta bezbednosti u pogledu ocene da li je u konkretnom slučaju izvršena agresija jedne države na drugu državu. Naime, međunarodni tužilac ne bi trebalo da bude vezan za odluku nijednog političkog organa, pa čak ni takvog organa kao što je Savet bezbednosti, jer to može da bude protivno interesima pravde. S druge strane, najveće svetske sile, kao stalne članice Saveta bezbednosti ne žele da se odreknu donošenja tako važne odluke od značaja za pitanja međunarodnog mira i bezbednosti – da li je izvršena agresija i da takvu odluku prepuste inokosnom organu – međunarodnom tužiocu.

ne može opravdati agresiju. Agresivni rat je zločin protiv međunarodnog mira i svaka agresija povlači međunarodnu odgovornost.

Na Prvoj revizionoj konferenciji Rimskog statuta koja je održana u Kampali juna 2010. godine konsenzusom svih država članica usvojena je rezolucija¹⁰ kojom se Rimski statut u formi amandmana dopunjuje definicijom zločina protiv čovečnosti (čime se izbegava osnovni prigovor koji se odnosi na kršenje principa zakonitosti – da se kažnjava za krivično delo čija obeležja bića nisu propisana u odgovarajućem pravnom aktu pre nego što je učinjeno). Međutim, kao slabost ovog rešenja, u pravnoj teoriji se ističe, da se nadležnost stalnog Međunarodnog krivičnog suda za zločin agresije uspostavlja tek od 2017. godine, te da za ovo delo ne mogu i dalje da odgovaraju građani država koje nisu članice – dakle potpisnice Rimskog statuta (kao što je to slučaj sa SAD, Ruskom federacijom i Kinom). Prema odredbama ove rezolucije, u Rimskom statutu je dodat član 8.bis koji kao zločin agresije smatra : planiranje, pripremanje, otpočinjanje ili vršenje nekog akta agresije koji po svojoj prirodi, težini i obimu predstavlja očigledno kršenje Povelje OUN od strane lica koje je u poziciji da naređuje (usmerava) političke ili vojne operacije neke države ili da vrši stvarnu kontrolu nad njima. A definicija samog čina agresije svodi se na upotrebu oružane sile od strane jedne države prema nekoj drugoj državi kojom se povređuje suverenitet, teritorijalni integritet ili politička nezavisnost te druge države ili se to čini na bilo koji drugi način koji nije u saglasnosti sa Poveljom OUN. No, da bi se radilo o aktu agresije (dakle o međunarodnom krivičnom delu) ne sme da se radi o aktu koji je preduzet na osnovu prava na samoodbranu ili po odobrenju Saveta bezbednosti.

Tako prema odredbi člana 8. bis Rimskog Statuta iz 2010. godine delo agresije predstavljaju sledeći akti bez obzira da li im je prethodila objava rata ili ne (Lazarević, 1995:80-82): 1) invazija ili napad oružanih snaga jedne države na teritoriju druge države, kao i svaka vojna okupacija, makar i privremena koja proizađe iz takve invazije ili napada ili aneksija teritorije ili dela teritorije druge države upotrebom sile, 2) bombardovanje teritorije neke države od strane oružanih snaga druge države ili upotreba bilo kog oružja od strane jedne države protiv teritorije druge države, 3) blokada luka ili obala jedne države od strane oružanih snaga druge države, 4) napad oružanih snaga jedne države na kopnene, pomorske ili vazduhoplovne snage, pomorsku ili vazdušnu flotu druge države, 5) upotreba oružanih snaga jedne države koje se s pristankom države prijema nalaze na njenoj teritoriji protivno uslovima predviđenim u sporazumu, odnosno ostajanje tih snaga na teritoriji države prijema i posle isteka sporazuma, 6) radnja jedne države koja svoju teritoriju stavi na raspolaganje drugoj državi da bi je ova iskoristila za izvršenje akta agresije protiv neke treće države i 7) upućivanje od strane, odnosno u ime jedne države oružanih bandi, grupa, neregularnih vojnika

¹⁰ Resolution RC/Res 6 from June, 11.2010.

ili najamnika koji protiv druge države vrše akte oružane sile toliko ozbiljno da se oni izjednačuju sa napred navedenim aktima, odnosno predstavljaju značajno učešće jedne države u tome.

Iako je bilo i takvih predloga na skupu u Kampali, ipak u pojam zločina agresije sem napred izričito navedenih postupaka nije prihvaćeno da se odlukom Saveta bezbednosti mogu okvalifikovati kao ovo krivično delo i drugi akti u skladu sda odredbama Povelje OUN. Objekt zaštite kod ovog krivičnog dela je mir među narodima i njihovim državama. Po svojoj prirodi ovo je krivično delo delicta communia, iako u praksi učinilac dela mora da ima određeni politički, državni, službeni ili vojni položaj, svojstvo ili uticaj da bi uopšte mogao da preduzme radnju izvršenja.

4. Zaključak

Vojni ili civilni ad hoc tribunali formirani posle Drugog svetskog rata radi suđenja učiniocima najtežih međunarodnih krivičnih dela nisu uspeli da zadovolje zahteve pravde i pravičnosti, zadovoljenja žrtava, ni pomirenje pobeđenih i poraženih. Stoga su brojne međunarodne konferencije održane pod okriljem Organizacije ujedinjenih nacija razmatrale mogućnost osnivanja stalnog, nadnacionalnog, univerzalnog sudskog organa koji bi sudio svima i svugde za učinjena najteža krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog humanitarnog prava.

Na iskustvima Haškog tribunala za bivšu SFR Jugoslaviju (1993. godine) i Tribunala za Ruandu (1994. godine) zasnovano je uverenje da se može ostvariti taj cilj, pa je na Diplomatskoj konferenciji održanoj 1998. godine u Rimu usvojen Statut stalnog Međunarodnog krivičnog suda sa sedištem u Hagu. Gotovo pet godina je trebalo da ovaj Statut ratifikuje najmanje 60 država kako bi stupio na snagu čime je formalno ovaj sudski organ i počeo sa radom 1. jula 2002. godine, kada su izabrane sudije i tužioci koji postupaju pred ovim sudskim organom.

U nadležnosti ovog suda jeste utvrđivanje krivične odgovornosti i izricanje kazni učiniocima najtežih međunarodnih krivičnih dela čije karakteristike i obeležja bića utvrđuje ovaj Statut. To su sledeća međunarodna krivična dela : genocid, zločin protiv čovečnosti, ratni zločini i zločin agresije koji je posle revizione konferencije u Kampali održane 2010. godine po prvi put pojmovno definisan u međunarodnim razmerama.

Literatura

- Atanacković, D. (1981). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd:Privredna knjiga.
- Broomhall, B. (2004). *International justice and the international criminal court :between sovereignty and the rule of law*. Oxford:Oxford university press.
- Damaška, M.(2008). Pravi ciljevi međunarodnog kaznenog pravosuđa. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Zagreb. 1.13-33.
- Degan, V.Đ. (2003). Prigovori o nenadležnosti i nedopustivosti pred nekim međunarodnim sudbenim tijelima. *Zbornik Pravnog fakulteta*. Rijeka. 3.169-195.
- Eser, A. (2003). Na putu ka međunarodnom kaznenom sudu, nastanak i temeljne crte Rimskog statuta. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Zagreb.1.133-163.
- Jovašević, D. (2010). *Međunarodna krivična dela – odgovornost i kažnjivost*. Niš: Centar za publikacije.
- Jovašević, D. (2011). *Međunarodno krivično pravo*. Niš:Centar za publikacije.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj. (2012). Međunarodna krivična djela prema Statutu haškog tribunala i Rimskom statutu.*Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*. Zenica. 5. 137-142.
- Lazarević, Lj. (1995). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd:Savremena administracija.
- Novoselec, P. (2007). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb:Pravni fakultet.
- Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično pravo*.Sarajevo:Pravni fakultet.
- Petrović, B., Bisić, M., Perić, V. (2012). *Međunarodno kazneno sudovanje*. Sarajevo: Privredna štampa.
- Račić, O. (1998). Jedan pogled na stalni Međunarodni krivični sud. *Međunarodna politika*. Beograd. 1072.16.
- Resolution RC/Res 6 from June, 11.2010.
- Starčević, M. (1992). *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*. Beograd: Crveni krst.
- Triffterer, O. (1997). Acts of violence and international criminal law. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Zagreb. 2.811-881.
- Turković, K.,Novoselec, P., Grozdanić,V., Kurtović Mišić,A., Derenčinović,D., Bojanić,I., Vajda Munivrana, M., Mrčela, M., Nola, S., Vidlička Roksandić, S.,

Tripalo, D., Maršavelski, A. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.

Škorić, M. (2007). Posebne ovlasti tužitelja Međunarodnog kaznenog suda da odustane od istrage i kaznenog progona. *Zbornik Pravnog fakulteta*. Zagreb. 3.603-627.

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

International Crimes in the Rome Statute

Summary

Once the Rome Statute of the permanent International Criminal Court entered into force on 1st July 2002, this event finally marked the development of a new branch of criminal law – International Criminal Law. International Criminal Law, as a system of legal rules contained in the documents of the international community and national (internal) criminal laws of individual states, envisages criminal liability and punishment for a vast number of international crimes. These crimes include acts of breaching war laws and rules of warfare (envisaged in International Humanitarian Law), and acts of causing harm or endangering peace among nations and the security of mankind.

The Court has jurisdiction in the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. In the international law as well as in the national legislations, the perpetrators of these criminal acts are subject to most severe penalties and measures of punishment known in the criminal law today. In specific circumstances, the perpetrators of these crimes are subject to the primary jurisdiction of international criminal court (supra-national) authorities, such as the international military tribunals of Nuremberg or Tokyo, the Hague tribunal, the International Criminal Court established under the Rome Statute, etc. In this paper, the author has explored the notions and characteristics of international crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court envisaged in the Rome Statute. This study is aimed at providing a comprehensive analysis of substantive characteristics of these criminal offences, which are also envisaged in the provisions of the new Criminal Code of the Republic of Serbia adopted in 2005.

Key words: *International Criminal Law, crime, Rome Statute, International Criminal Court, criminal liability, penalties*

Dr Miomira Kostić¹,
Redovna profesorka Pravnog
fakulteta, Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.341

Dr Darko Dimovski²,
Docent Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu,

Rad primljen: 29.09.2013.
Rad prihvaćen: 25.10.2013.

OSUĐENIČKE BANDE U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA³

Apstrakt: Autori su, polazeći od kritike Džonsonove tipologije prilagođavanja ponašanja u zatvorima, odredili koji su sve osuđenici „sposobni“ da budu članovi bandi u zatvorima. Posebna pažnja je posvećena pojmovnom određenju osuđeničkih bandi od strane brojnih penologa. Iako su zatvori, kao penitencijarne ustanove, veoma stari, bande u zatvorima su relativno nove. Naime, one su nastale u prošlom veku u Sjedinjenim Američkim Državama. Stoga su autori posebnu pažnju posvetili različitim bandama osuđenika u Americi, koje su po brojnosti članstva, kao i stepenu opasnosti po penitencijarni sistem i društvo, najveće. Osuđeničke bande se odlikuju posebnom strukturom, koja je uglavnom ista. Poseban predmet analize je način komunikacije pripadnika bandi u zatvorima. Naime, komunikacije je specifična, uz korišćenje posebnih šifri i zatvorskih kodova. Takođe, autori su analizirali stopu nasilja osuđeničkih bandi, uz isticanje da dolazi do preliivanja nasilja i kriminalnih aktivnosti van zatvorskih zidina. Drugim rečima, postoji povezanost uličnih i osuđeničkih bandi.

Ključne reči: osuđeničke bande, pojam, razvoj, struktura, komunikacija.

1 kosticm@prafak.ni.ac.rs

2 darko@prafak.ni.ac.rs

3 Rad je realizovan u okviru projekta br. 179046, Ministarstva za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

1. Uvod

Lišavanjem slobode, osuđena lica suočavaju se s mnogobrojnim deprivacijama i frustracijama, što dovodi do stvaranja posebne psihološke atmosfere u osuđeničkoj zajednici. Pored toga što su osuđenici izloženi pritisku formalnog sistema da se ponašaju u skladu s pravilima kućnog reda, oni su izloženi i pritisku neformalnog sistema, pri čemu se kod njih javlja dilema o tome da li prihvatiti zahteve formalnog ili, pak neformalnog sistema. Neki penolozi, poput Džonsona, razlikovali su pet načina prilagođavajućeg ponašanja, u toj situaciji: 1. insitucionalizacija (prizonizacija) – osuđeno lice u potpunosti prihvata sve norme i zahteve neformalnog sistema, dok odbacuje društvene vrednosti; 2. savršeni zatvorenik – ponaša se isključivo u skladu sa zahtevima formalnog sistema; 3. otporni osuđenik – ovog osuđenika odlikuje psihopatska stuktura ličnosti, uz stalno kršenje normi formalnog sistema i ispoljavanje nasilja; 4. zavisnost od zatvora – ovaj način prilagođavanja je veoma sličan insitucionalizaciji, ali se od nje razlikuje po većem stepenu navikavanja na zatvorsku sredinu, jer se kod zavisnosti od zatvora dešava da osuđeno lice odmah po izlasku na slobodu oda vršenju krivičnih dela kako bi što pre bio vraćen na izdržavanje nove kazne zatvora; 5. kolektivno zadirkivanje – kod ovog načina prilagođavanja dolazi do masovnog omaložavanja onih osuđenika za koje se pretpostavlja ili zna da kolaboriraju sa formalnim sistemom (Konstantinović Vilić, Kostić, 2011:228-229). Međutim, moramo da naglasimo da ova Džonsonova tipologija načina prilagođavanja osuđenika nije kompaktna. Naime, kod svih oblika prilagođavanja, osim kod kolektivnog zadirkivanja, osnov podele je ponašanje pojedinih osuđenika na pritisak kojim su izloženi kako od strane formalnog, tako i od strane neformalnog sistema, dok je kod kolektivnog zadirkivanja osnov reakcije određene grupe osuđenika na ponašanje osuđenika koji poštuje norme formalnog sistema (savršen zatvorenik).

Upravo oni osuđenici, čiji je način prilagođavanja prizonizacija, otpornost, kao i zavisnost od zatvora, predstavljaju osnovu za nastajanje tzv. osuđeničkih bandi. Mnogi osuđenici nakon lišavanja slobode imaju mogućnost priključenja bandama u zatvoru i samim tim nauče načine njenog funkcionisanja. To ne znači da svi osuđenici budu članovi osuđeničkih bandi. Naime, postoje osuđenici, pre svega na duge zatvorske kazne, koji ne pripadaju ovim oblicima organizovanja u okviru neformalnog sistema.

2. Određenje bandi u zatvorima

Pod terminom osuđeničke bande podrazumevamo različite vrste bandi, koje postoje u penitencijarnim ustanovama. Osuđeničke bande su vrsta kriminalne organizacije koje su nastale u američkim zatvorima. Iako pripadnici različitih

stručnih službi imaju tendenciju da ne upotrebljavaju termin *banda*, saglasni su među sobom da postojanje ovih neformalnih grupa predstavlja veliki rizik za sigurnost svih u zatvorima. Zatvorske bande se mogu odrediti i kao subjekti koji izvršavaju krivična dela, pri čemu ispoljavaju kontrolu nad uličnim bandama. Na taj način njihov uticaj prevazilazi granice samog zatvora.⁴

Jedno drugo određenje zatvorskih bandi se odnosi na određenu grupu osuđenika, kod koje postoji određeni stepen hijerarhije. Neki su smatrali da se tradicionalne osuđeničke bande sastoje samo od punoletnih osuđenika, uz postojanje hijerarhije sa različitim pozicijama unutar bande. Drugim rečima, pod osuđeničkom bandom se podrazumeva veoma efikasna kriminalna organizacija, koja uspeva da prokrijumčari psihoaktivne supstance u samu penitencijarnu ustanovu, uz postojanje drugih kriminalnih aktivnosti kako bi se održao takav položaj (Carlson, Simon Garrett, 2008:32).

Penolozi Flajšer i Rizon naglašavaju da se pojam osuđeničke bande vezuje za grupu osuđenika, koja ima veliki kapacitet za remećenje mira u zatvorima ili za grupu osuđenika, koji predstavljaju pretnju za opštu bezbednost (Hensley, 2002:4).

Penolog Lajman, na primer, određuje osuđeničke bande kao organizaciju koja deluje u okviru zatvorskog sistema, koja se sastoji od odabrane grupe zatvorenika, uz postojanje lanca komande i kodeksa ponašanja. Osuđeničke bande se odlikuju tajnošću, pri čemu je cilj postojanja osuđeničke bande bavljanje kriminalnim aktivnostima, kojim se ujedno vrši kontrola nad neposrednim okruženjem u zatvorima, primenom nasilja i zastrašivanja prema osuđenicima koji nisu članovi bande. Za osuđeničke bande se može reći da predstavljaju za penologe veoma problematično i nepredvidivo istraživanje, kao što za upravu u penitencijarnim ustanovama predstavljaju noćnu moru (Fleisher, M., Decker, 2001:2).

Kriminolog Bek je smatrao da se osuđenička banda sastoji od grupe zatvorenika, koji dele pet, šest karakteristika, uz vršenje krivičnih dela u penitencijarnim ustanovama. Te karakteristike su sledeće: 1) formalno članstvo sa postojanjem određenih pravila za članove; 2) postojanje vođe ili nekolicine osuđenika, koje drugi osuđenici slede; 3) zajednička odeća, tetovaže, poseban jezik ili neki drugi simboli; 4) zajedničko ime; 5) pripadnici osuđeničke bande potiču iz istog susedstva, ulice ili škole i 6) postojanje određenje teritorije na kojoj je grupa poznata, kao i određenje aktivnosti koje se preduzimaju na datoj teritoriji.⁵

4 Prison Gang Law & Legal Definition, Retrieved 23, June 2013, from <http://definitions.uslegal.com/p/prison-gang/>

5 Gangs and Prison, Retrieved 26, June 2013, from http://people.missouristate.edu/MichaelCarlie/what_i_learned_about/prisons.htm

3. Nastanak osuđeničkih bandi i njihove aktivnosti u različitim istorijskim periodima

Postojanje male grupe osuđenika, koji ometaju red i mir u penitencijarnim ustanovama nije nova pojava. Treba naglasiti da se karakter i broj ovakvih grupa drastično promenio početkom pedesetih i šezdesetih godina prošlog veka. Razlog nastanka osuđeničkih bandi treba tražiti u odgovoru na geografske, etničke, rasne i ideološke uticaje i izazove u samim zatvorima. Takođe, kao razlog nastanka bandi osuđenika možemo navesti i težnju za samozaštitom, kao i težnju ka sticanju materijalnih koristi bavljenjem kriminalnim aktivnosti. Smatra se da su neke osuđeničke bande svoju strukturu izgradile ugledajući se na grupe koje su već postojale u društvu. Povećanje kriminalnih aktivnosti od strane ovih grupa u zatvorskim uslovima je stvorilo velike probleme u samom upravljanju penitencijarnih ustanova. Tokom šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka počelo je da se razvija rivalstvo između različitih osuđeničkih bandi, što je dovelo do povećanja nasilja. Međutim, tek početkom sedamdesetih godina XX veka zatvorska uprava je uočila remetilački kapacitet ovih grupa, te je stoga počela sistematski da ih prati. Penitencijarne službe se isprva težile samo da indentifikuju one grupe osuđenika, koje imaju formalnu strukturu. Vremenom je ustanovljeno da čak i grupe osuđenika, sa manjom formalnom strukturom, mogu da predstavljaju veliki bezbedonosni rizik (Walker, 2013).

Kod većine bandi osuđenika kao osnov nastanka se navodi rasna i etnička pripadnost, pri čemu je „članstvo“ ograničeno samo na muškarce. Kod članova osuđeničkih bandi postoji sklonost ka pomaganju partnerkama van zatvora. Najveći problem upravi penitencijarnih ustanova predstavljaju oni osuđenici, koji su u procesu inicijacije, pri čemu, želeći da impresioniraju pripadnike određenih bandi, vrše veliki broj krivičnih dela, uz primenu ekstremnog nasilja. Osnov stvaranja nekih osuđeničkih bandi s kraja šezdesetih godina prošlog veka bila je politička orijentacija. Kao cilj su propagirali zbacivanje vlade, zalažući se za oslobođenje ugnjetavanog naroda (Walker, 2013).

Istorijski je moguće pratiti nastanak brojnih osuđeničkih bandi. Jedna od prvoosnovanih bandi je poznata pod imenom Gypsy Jokers. Osnovana je tokom pedesetih godina XX veka u državnom zatvoru u Vašingtonu (McShane, Williams, 2009:344). Prva osuđenička banda, čiji je osnov nastanka bila nacionalna pripadnost, bila je Mexican Mafia, koja je nastala 1957. godine u Kaliforniji (Orlando-Morningstar, 1997:1). Poznata je i pod imenom EME, La Eme, Emily, Emeros. Članovi ove bande su bili članovi uličnih bandi, ali kada jednom postanu članovi Mexican Mafia, ostaju njen deo do kraja života. To se najbolje vidi po činjenici da članovi moraju da rade za dobrobit i po otpuštanju na slobodu (Skarbek, 2011:3). Ovu osuđeničku bandu čine pripadnici hispano grupe koji

potiči uz južne Kalifornije. Sve latino bande izuzetno su teritorijalno orijentisane, pri čemu je naglasak na očuvanju same organizacije, a ne pojedinca. Teritorijalna pripadnost se najbolje otelotvoruje u tome što osuđenici španskog porekla iz južne Kalifornije uvek u svom govoru naglašavaju grad ili oblast iz koje potiču, uz izgovaranje broja 13. Naime, broj 13 predstavlja slovo M u alfabeti, koja se na španskom izgovara „eme“, što se odnosi na „La Eme“, odnosno na jušnjake (Lynch, Duval, 2011). Prema poslednjim izveštajima ova souđenička banda postoji u najmanje devet penitencijarnih ustanova. Kao model organizacije uzeli su strukturu italijaskih mafijaških grupa. Pretežno se bave prodajom narkotika, ali su angažovani i u druge kriminalne aktivnosti (Mays, Winfree, 2009:208). Iako iz samog naziva zatvorske bande je jasno da je čine samo Meksikanci, tokom istorije je postojao jedan izuzetak. Naime, Amerikanac, Džo Morgan, je bio pripadnik ove bande, iako je bio jugoslovenskog porekla. On je imao ključnu ulogu u uspostavljanju saradnje Mexican Mafia sa još jednom veoma poznatom osuđeničkom bandom – Aryan Brotherhood. Struktura Mexican Mafia je takva da se na vrhu nalazi tzv. general, ispod koga se nalaze kapetani, poručnici i vojnici. Ovu osuđeničku bandu odlikuje, takođe, velika organizovanost i disciplina. Vrlo često dolazi do greške u identifikovanju između pripadnika Mexican Mafia i Meksikaneci iz Teksasa. Neki penolozi smatraju da ove dve bande osuđenika dele iste tetovaže. Međutim, postoji suptilna razlika u izgledu tetovaža. Mexican Mafia blisko saraduje sa sledećim osuđeničkim bandama: La Nuestra Familia; Northern Structure; Arizona's New Mexican Mafia i Black Guerilla Family (Walker, 2013).

Osuđenička banda Aryan Brotherhood je osnovana u zatvoru u San Kventinu 1967. godine, s ciljem odbrane od osuđenika Afro-Amerikanaca i Hispanaca. Ubrzo je ova osuđenička banda postala najpoznatija u Americi. Danas se ova banda pretežno bavi trgovinom psihoaktivnih supstanci. Važno je napomenuti da kod ove bande važi pravilo „blood in, blood out“, pod čime se podrazumeva da je potrebno ubiti nekog kako bi se postao član bande, a da je jedini način da „oslobađanja“ od članstva sopstvena smrt osuđenika (Atkins, 2011:155). O samom stepenu agresivnosti ove osuđeničke bande svedoči podatak da su pripadnici ove bande odgovorni za 18% ubistava u federalnom penitencijarnom sistemu, iako bandu čini manje od 1% zatvorske populacije.⁶ Osuđeničkom bandom Aryan Brotherhood upravlja veće sastavljeno od tri visokopozicionirana osuđenika (Orlando-Morningstar, 1997:2).

Još jedna veoma opasna osuđenička banda je Black Guerrilla Family. Naime, ona je osnovana u zatvoru San Kventin 1966. godine od strane Džordža Džeksona, koji je inače bio član partije Black Panther. On je uspeo da stvori ovu bandu osuđenika tako što je privukao pripadnike drugih militantnih grupa, poput: Black

6 Aryan Brotherhood, Retrieved 27, June 2013, from http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Aryan_Brotherhood.html

Liberation Army, Symbionese Liberation Army, i Weatherman Underground Organization. Njihova ideologija se zasniva na marksističkoj doktrini (Orlando-Morningstar, 1997:2). Članovi ove osuđeničke bande pripadaju crnoj rasi. Iako je banda po brojnosti mala, spada u veoma opasna grupe osuđenika, jer kod njih postoji polaganje zakletve po kojoj život svakog osuđenika pripada osuđeničkoj bandi. Po strukturi Black Guerrilla Family organizavana je po ugledu na paravojnu organizaciju, sa centralnim komitetom, glavnokomandujućim i drugim vojničkim zvanjima (Walker, 2013).

Sredinom šezdesetih godina prošlog veka osnovana je u kalifornijskom zatvoru Soledad osuđenička banda La Nuestra Familia (Our Family). Članovi ove bande su tzv. nortenos, što znači da potiču iz severnog dela Kalifornije (Newton, 2008:59). Ova osuđenička banda je nekada, zajedno sa bandom Mexican Mafia, činala jedinstvenu grupu. Razlog razlaza je bio ismejavanje osuđenika – pripadnika hispano grupe, iz severnog dela Kalifornije od strane jušnjaka, zbog njihovog boljeg finansijskog i društvenog položaja (Lynch et al., 2011). Kao povod za izbijanje sukoba između ovih dveju grupa osuđenika bila je navodna krađa cipela, koje su pripadale Hispancu sa severa, od strabe Hispanca sa juga.⁷ Kao što su pripadnici Mexican Mafia upotrebljavali broj 13, kako bi naglasili da potiču sa juga, pripadnici La Nuestra Familia su koristili broj 14, koji predstavlja slovo N, kako bi naglasili da potiču sa severa (Lynch et al., 2011).

Osuđenička banda koja se vrlo često meša sa Mexican Mafia-om, je banda zatvorenika po imenu Mexikanemi. Neki ih nazivaju i imenom Texas Mexican Mafia. Osnovani su početkom osamdesetih godina prošlog veka. Ova osuđenička banda je po brojnosti veoma velika. Naime, ima preko 2.000 članova. Većinu od članova čine osuđenici meksičkog porekla, koji su u trenutku zatvaranja živeli u Teksasu. Svoje kriminalne poslove su vezali za trgovinu narkoticima. Dobro su povezani sa svojim saradnicima van zatvora, što im omogućuje da tržište drogom kako van zidina zatvora, tako i u samom zatvoru (Lyman, 2011:497). Februara 1996. godine izbio je rat između Mexikanemi i Mexican Mafia. Kao povod za izbijanja sukoba navodi se događaj u kojem su članovi Mexican Mafia izbili dva člana Mexikanemi u zatvoru u mestu Florenc u Koloradu.⁸ Članovi bande se često povezuju sa počinjenim ubistvima. Njihovu ideologiju odlikuje shvatanja da jugozapadni delo Sjedinjenih Američkih Država, kao i Meksiko, treba vratiti starosedeocima (Orlando-Morningstar, 1997:4).

⁷ Wikipedia, Nuestra Familia, Retrieved 26, June 2013, from http://en.wikipedia.org/wiki/Nuestra_Familia

⁸ Latine prisone gangs, *Mexikanemi*, Retrieved 29, June 2013, from <http://latinoprisongangs.blogspot.com/2009/10/mexikanemi.html>

Početak sedamdesetih godina prošlog veka nastala je još jedna banda u zatvoru – Texas Syndicate. Kao mesto u kojem je nastala ova banda zatvorenika pominje se državni zatvor Folsom u Kaliforniji. Banda je oformljena zbog sve većeg pritiska na određene osuđenike od strane Mexican Mafia i La Nuestra Familia. Članovi bande imaju izgrađen vojnički duh, jer su spremni da danima sposobni da budu strpljivi kako bi se u pravom trenutku osvetili, zbog napada na članove bande ili zbog kršenja kodeksa bande (Mays et al., 2009:208). Prilikom formiranja bande, članovi su mogli da budu i osuđenici koji nisu poreklom Hispanci. Međutim, vrlo brzo su došlo je do toga da članovi bande Texas Syndicate mogu da budu samo Španci. Kodeks ponašanja članova ove bande obuhvata sledeća pravila: 1) budi Teksašanin; 2) uvek ostani član bande; 3) stavi interese bande iznad svega; 4) banda je uvek u pravu; 5) istetoviraj znak bande; 6) nikad ne izneveri članove bande; 7) poštuju druge članove i 8) ne odaj informacije o bandi drugima (Walker, 2013).

4. Povezanost osuđeničkih i uličnih bandi

Istorijski posmatrano, osuđeničke bande su nastale kao reakcije na razne deprivacije i frustracije osuđenika na zatvorske uslove. Takođe, kao razlog nastajanja bandi navodi se i težnja za bavljenjem nelegalnim aktivnostima unutar zatvorskih zidina. U vreme nastajanja osuđeničkih bandi nije postojala veza sa uličnim bandama. Međutim, u poslednje vreme situacija je dosta promenjena. Naime, kao razloge za postojanje povezanosti osuđeničkih i uličnih bandi možemo navesti: naglo povećanje broja pripadnika uličnih bandi u penitencijarnim ustanovama i to da članovi osuđeničkih bandi po izdržanoj zatvorskoj kazni nastavljaju sa kriminalnim aktivnostima na slobodi, pri čemu dolaze u kontakt sa članovima uličnih bandi (Conly, 1993:56).

Kako članovi uličnih bandi odmah po dolasku u penitencijarnu ustanovu traže zaštitu, „neminovno“ je da postanu članovi određenih bandi osuđenika. Na taj način dolazi do infiltriranja članova uličnih bandi u bande u zatvorima. Po izlasku iz zatvora, bivši zatvorenici se ponovo uspostavljaju veze sa članovima svojih uličnih bandi (Klein, 1995:23). Od svih članova osuđeničkih bandi se očekuje da ostanu u kontaktu sa ostalim osuđenicima – članovima, po izlasku iz zatvora, kako bi odrađivali poslove koji su potrebni osuđenicima. Tako, na primer, otpušteni članovi Aryan Brotherhood-a imaju obavezu da finansijski pomažu porodice članova ove osuđeničke bande koji su još uvek u zatvoru. Osuđeničke bande Mexican Mafia i Texas Syndicate proširuju svoj uticaj van penitencijarnih ustanova tako što se njihovi iz zatvora otpušteni članovi bave trgovinom psihoaktivnim supstancama, pri čemu neminovno dolaze u kontakt sa uličnim bandama (Orlando-Morningstar, 1997:8). Ukoliko se neki otpušteni

član osuđeničke bande bavi samoinicijativno kriminalnim aktivnostima, poput dilovanja droge, neophodno je da preda određeni procenat zarade osuđeničkoj bandi –Texas Syndicate zahteva 10%, dok osuđenička banda 15% . Kazna za nepoštovanje ovog pravila je smrt (Orlando-Morningstar, 1997:8).

Povezanost između uličnih i osuđeničkih bandi se ne ogleda samo u infiltriranju članova. Naime, ove dve vrste bandi sarađuju prilikom vršenja kriminalnih aktivnosti. Tako je istraživanje, sprovedeno od strane National Gang Intelligence Centar, pokazalo da postoji povezanost uličnih bandi MS-13 i 18th sa osuđeničkim bandama, poput Mexican Mafia (Larence, 2010:42).

5. Struktura osuđeničkih bandi

Organizacija osuđeničkih bandi je bila predmet istraživanja u brojnim slučajevima. Tako je docent na katedri za kriminologiju, Robert Fong, na Univerzitetu Severna Karolina, proučavao strukturu dveju osuđeničkih bandi: Texas Syndicate i Mexikanemi. Kao opštu karakteristiku osuđeničkih bandi navodio je visok stepen strukturisanosti. Tako je, na primer, na čelu Texas Syndicate predsednik i potpredsednik, koji su izabrani od strane drugih pripadnika bande. Iz ovoga se može izvući zaključak da u organizaciji Texas Syndicate provejava duh demokratije, jer svaki član ima pravo glasa, a odluke se donose jedinstveno. Pravilo o neophodnosti postizanja jedinstvenih odluka je uvedeno kako bi se sprečio moguću sukob. Fong je smatrao da nivou jedinice organizacija ove osuđeničke bande se sastoji od komandanta, koji je nadređen kapetanu, poručniku, vodniku i vojniku. Kao uslov za dolazak na sve druge pozicije, osim pozicije predsenika, je dokazanost u obavljanju krivičnih dela za samu bandu. Jedan od načina zaštite bande od izbijanja unutarnjeg sukoba je i pravilo da svi članovi ove osuđeničke bande, osim predsednika i potpredsenika, bivaju odmah degradirani u položaj vojnika, ukoliko ih uprava formalnog sistema premesti u neku drugu grupu (Orlando-Morningstar, 1997:5).

Osuđenička banda Mexikanemi imaju, kako tvrdi Fong, sličnu organizaciju. Na čelu bande je predsednik, a ispod njega postoje potpredsednik, regionalni generali, poručnici, vodnici i vojnici. Kako bi se dosegla određena pozicija u strukturi same bande, potrebno je raspolagati posebnim veštinama, koje se ogledaju u mogućnosti održavanja harmonijskih odnosa u samoj bandi, kao i u posedovanju liderskih sposobnosti. Iako je održavanje skladnih odnosa u samoj bandi veoma važan element s ciljem daljeg jačanje snage bande, u osuđeničkoj bandi Mexikanemi ne postoji unapred smišljen način izbegavanja sukoba među članovima bande. Iako je jedan od principa funkcionisanja bande postizanje jedinstvenih odluka, poručnici često izdaju naredbe, bez prethodne saglasnosti ostalih članova bande (Orlando-Morningstar, 1997:5).

Iz ovog istraživanja kriminologa Roberta Fonga, može izvući neke uopštene zaključke o organizaciji osuđeničkih bandi. Naime, one su visoko organizovane osuđeničke grupe, sa određenim kodeksom ponašanja i pravilima ponašanja, koja se sprovode od strane vođe bande (Miller, Hess, Orthmann 2011:386). Na čelu svake osuđeničke bande je vođa, zajedno sa svojim bliskim saradnicima. Vođa zatvorske bande se odlikuje čestom upotrebom nasilja, kako prema članovima njegove bande, tako i prema osuđenima koji nisu pripadnici njegove bande, pri čemu je sposoban da zastraši druge zatvorenike. Penološkinja Sandra Fortun je, prilikom istraživanja osuđeničkih bandi, došla do šest osobina vođa bandi u zatvorima. Tako se vođa zatvorske bande karakteriše zahtevom za lojalnošću od drugih pripadnika bande, sprovođenjem sopstvenih želja i održavanju trenutne pozicije ulivanjem straha ostalim članovima bande, sposobnošću i željom da sprovede svoje naredbe, potvrđivanjem svoje pozicije u odnosu na ostale članove bande, usponom do pozicije vođe bande korišćenjem ličnih veza sa prethodnim vođom, kao i potvrđivanju samog sebe kao lidera osuđenika kroz prizmu poštovanja, koje je stekao zbog svog ponašanja i demonstracije leaderskih sposobnosti (Holmes, Tewksbury, Higgins, 2012:120).

Vladajuća struktura, sa najtvrdim članovima bande, čini 15-20% ukupnog članstva bande. Članstvo u osuđeničkoj bandi podrazumeva apsolutnu lojalnost. Način napredovanja na hijerarhskoj lestvici podrazumeva upotrebu (smrtonosne) sile. Ne postoji mogućnost da neko izađe iz bande, jer se smatra da on time ugrožava vitalne interese same bande osuđenika, tako da se to lice eliminiše (Fleisher et al., 2011:3).

6. Komunikacija osuđeničkih bandi

Članovi osuđeničkih bandi koriste različite načine kako bi komunicirali. Neki istraživači smatraju da članovi osuđeničkih bandi komuniciraju upotrebom tetovaža i grafita. Najčešće se koriste šifro-vane poruke (Riviello, 2010:196). Ilustracija šifrovanih znakova može se najbolje videti na primeru osuđeničke bande La Nuestra Familia (slika 1). I sve druge bande koriste slične znakove (Orlando-Morningstar, 1997:7).



Slika 1. Primer šifriranih znakova osuđeničke bande *La Nuestra Familia*

Pored komunikacije među članovima osuđeničkih bandi pomoću šifara, članovi bande osuđenika koriste i tzv. body language, koji obuhvata komuniciranje telom, rukama, kao i posebnim plesnim pokretima. Komuniciranje telom odnosi se na poseban položaj ruku i nogu, kojim se šalju određene poruke članovima savezničkih ili protivničkih bandi osuđenika. Neke bande zatvorenika imaju duboko ukorenjene ceremonijalne plesove, koji se sastoji od ponavljanje određenih kombinacija pokreta petom i prstima. Svrha tih plesova je uvreda članova suparničke bande, mada se ples izvodi i nakon ubistva člana neke druge bande osuđenika. Iako je izvođenje ovih vrsta plesova dosta staro, veliku popularnost širom penitencijarnih sistema su „doživeli“ nakon njihovog izvođenja od strane poznatog repera Snoop Dog-a, bivšeg člana jedno od osuđeničkih bandi (Riviello, 2010:197).

Neke druge bande osuđenika komuniciraju međusobno pomoću posebnog koda, pod kojim se podrazumeva upotreba određenih reči, koje za članove zatvorske bande imaju posebno značenje. Na slici pod brojem 2. dat je kod osuđeničke bande *Black Guerrilla Family*, sa značenjem određenih reči (Orlando-Morningstar, 1997:7).

| BGF Term | Meaning |
|------------------|----------------------|
| Annette Brooks | Aryan Brotherhood |
| Bobby G. Foster | BGF |
| Central High | mainline |
| Compton | hole or segregation |
| D.C. | decision or deciding |
| kiss | marked for death |
| Mary Mitchell | Mexican Mafia |
| Nelson Franklin | Nuestra Familia |
| Paula | police officer |
| record shop | hospital |
| salt | hacksaw |
| Sammy Davis, Jr. | bootlicking |
| Supermarket | killed or dead |

Slika 2. Primer koda osuđeničke bande Black Guerrilla Family

7. Osuđeničke bande i nasilje

Kriminološke studije su pokazale da lica koja su najviše sklona nasilju, kako van zatvora, tako i u samom zatvoru, imaju između 16 i 24 godina. Prosečna starost lica koji dolaze u prijamna odeljenja penitencijarnih ustanova je 27 godina. Takođe, došlo se do rezultata da su mlade osobe u većoj mogućnosti da budu viktimizirani od raznih oblika nasilja, u odnosu na lica starije životne dobi (Clear, Cole, Reisig, 2009:278). Nepostojanje porodičnih veza mladih osuđenika je još jedan razlog njihove sklonosti ka ispoljavanju nasilja. Kao još jedan razlog da su mladi osuđenici nasiljniji u odnosu na starije osuđenike, navodi se njihova nemogućnost da međusobne odnose sa drugim osuđenicima ne tumače kao izazove i provokacije, što u krajnjem slučaju dovodi do ispoljavanja nasilnog ponašanja (Clear et al., 2009:278).

Neki sociolozi smatraju da kultura nasilja postoji među određenim grupama, odgovarajućeg socioekonomskog statusa, rasne ili etničke pripadnosti. Drugim rečima, kultura primene nasilja postoji kod lica nižeg društvenog položaja. Kako su pripadnici niže društvene klase najčešće i osuđenici, više je nego jasno koliki je obim nasilja u zatvorima. Ukoliko nasilje u zatvorima posmatramo kroz

prizmu rasne pripadnosti, istraživanja su pokazala da Afro-Amerikanci, koji su lošeg socioekonomskog položaja, su više agresivniji u odnosi na pripadnike bele rase (Clear, Cole, Reisig, 2009:278).

Osuđeničke bande su glavni "proizvođači" nasilja u zatvorima. Rasna i etnička pripadnost su glavni povodi za napade na pripadnike drugih bandi. U penitencijarnim ustanovama dolazi do „prelivanja“ nasilja sa ulice u same zatvore. Drugačije rečeno, rat na ulici između pripadnika različitih bandi se prenosi među zatvorske zidine (Clear, Cole, Reisig, 2009:278). Istraživanje o obimu nasilja u penitencijarnim ustanovama je pokazalo da od 82.000 osuđenika najviše su nasilni oni koji pripadaju osuđeničkim bandama. Članovi različitih bandi su odgovorni za 26% nasilnih incidenata, kao i za 31,5% nasilnih napada na druge osuđeničke. Pripadnici formalnog sistema primenjuju pripadnost osuđeničkim bandama kao najbitniji faktor u prognozi ponašanja nekog osuđenika tokom izdržavanja kazne zatvora. Isto tako, veća uključenost u kriminalne aktivnosti, kao i veća pozicija u hijerarhiji osuđeničke bande, predstavlja bitan prediktor nasilnog ponašanja (Holmes et al., 2012:121).

8. Zaključak

Osuđeničke bande su takve grupe zatvorenika, koje predstavljaju veliku sigurnosnu pretnju za funkcionisanje ne samo formalnog, već i neformalnog sistema. Pred predstavnike formalnog sistema se stavlja gotovo (ne)moguća misija da spreče delovanje osuđeničkih bandi, koje se ogleda u ugrožavanju sigurnosti ostalih zatvorenika i radnika zatvorske uprave, kao i u trgovini drogom i drugim nelegalnim aktivnostima. Drugim rečima, bande zatvorenika sprečavaju osnovnu svrhu krivičnih sankcija, a to je resocijalizacija osuđenika. Osuđeničke bande dovode i do širenja tzv. kriminalne bolesti, jer mnogi zatvorenici, plašeći se za svoju bezbednost, se priključuju ovim kriminalnim organizacijama, u kojima „uče“ da vrše veliki broj drugih krivičnih dela.

Iako su pripadnici formalnog sistema preduzimali brojne aktivnosti sa ciljem smanjenja broja osuđeničkih bandi, u vidu korišćenje insajderskih informacija od strane pripadnika samih bandi, izolacije vođa osuđeničkih bandi, strogo kažnjavanje za svako kršenje pravila kućnog reda, praćenje komunikacije članova bandi, nivo nasilja osuđeničkih bandi je ne samo ostao isti, već je rastao iz godine u godinu. Polazeći od ove činjenice, neophodno je tragati za novim načinama kontrolisanja osuđeničkih bandi, jer je prirodno da se ljudi organizuju u određene grupe, odnosno doslednije primenjivati već postojeće, proverene oblike penitencijarnih tretmana. Pre svega, kao oblici tretmana, u najužoj vezi s procesom prevaspitanja osuđenih lica, javljaju se: rad osuđenih lica, obrazovanje i socijalno-etičko vaspitanje osuđenih lica, kulturno-umetnički

rad i rekreativna terapija, osuđeničko samoorganizovanje, forme i metode individualnog rada (psihoterapija, nagrađivanje i kažnjavanje), grupni rad i grupna psihoterapija, okupaciona terapija, postpenalna pomoć (Konstantinović Vilić, Kostić, 2011:166).

Jedan od savremenijih načina za uspešno smanjanje obima nasilja osuđeničkih bandi možemo navesti primer primene kognitivne terapije u zatvoru The Sierra Conservation Center u Džejmstaunu. Ovaj zatvor, srednjeg stepena obezbeđenja, je poznat po vršenju nasilja između osuđeničkih bandi. Zbog toga je uprava zatvora uvela obavezu da osuđenici pročitaju knjigu „*The Purpose Driven Life*“, autora sveštenika Rika Varena. Koordinator programa za borbu protiv zavisnosti, Hektor Lozano, je govorio da nije moglo da prođe dve nedelje a da se ne desi neki slučaj napada pripadnika jedne bande na članove druge bande osuđenika. Čitanje ove knjige doprinelo je promeni ponašanja bandi jedne prema drugoj, jer su one počele da razgovaraju o onome što su pročitale. Preko 400, od 1.200 osuđenika, su pročitali knjigu. Obaveza osuđenika se sastojala da, nakon pročitaneog poglavlja, razviju grupnu diskusiju o tome kako pročitani deo knjige utiče na njihov svakodnevni život. Od 2003. godine, kada je ovaj religiozni program počeo da se primenjuje, zabeležena je samo jedna pobuna, 67 nasilnih incidenata, četiri napada na pripadnike formalnog sistema, pri čemu je 1.067 osuđenika disciplinski kažnjavano. Pre nego što je program počeo da se sprovodi, broj pobuna je bio 5, dok su bila prijavljena 103 incidenata sa elementima nasilja. Isto tako, u četiri slučaja žrtva nasilja je bilo osoblje uprave penitencijarne ustanove, uz postojanje disciplinskog kažnjavanja u 1.226 slučajeva. Formalni sistem je bio zadovoljan postignutim rezultatima. Portparol zatvora u Džejmstaunu, Keni Kalhun, je rekao da je dati religiozni program odigrao veoma značajnu ulogu u opadanju stope prijavljenih slučajeva nasilja između osuđeničkih bandi (Dimovski, 2012:341-342).

Iz navedenog primera možemo videti da postoje načini za redukciju nasilja osuđeničkih bandi. Stoga, treba ih kontinuirano razvijati, ali i doslednije primenjivati. Neki od njih, poput navedenog primera iz iskustva u postupanju prema osuđeničkim bandama u SAD, moguće je, ako ne doslovno, onda u modalitetima, primenjivati i kod nas. Naravno, za takvu vrstu krajnje osetljivih i za društvo značajnih postupanja, čija primena/neprimena može imati dalekosežne posledice i po cenu koštanja kriminaliteta u jednoj zemlji, neophodno je ugraditi u zakonsku normu. Traganje za novim načinima prevencije agresivnog ponašanja pripadnika osuđeničkih bandi uvek će biti deo eksperimentalnih istraživanja, a uspešnost pojedinih modaliteta, nažalost, ne može biti potvrđena bez eksperimentalnih studija na samim osuđenima.

Literatura

Aryan Brotherhood, Retrieved 27, June 2013, from http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Aryan_Brotherhood.html

Atkins, S. (2011). *Encyclopedia of Right-Wing Extremism In Modern American History*. USA: ABC-CLIO.

Carlson, P., Simon Garrett, J. (2008). *Prison and Jail Administration: Practice and Theory*. Canada: Jones and Bartlett Publishers.

Clear, T., Cole, G., Reisig, M. (2009). *American Corrections*. USA: Thomson Higher Education.

Conly, C. (1993). *Street Gangs: Current Knowledge and Strategies*. USA: National Institute of Justice.

Fleisher, M., Decker, S. (2001). *An Overview of the Challenge of Prison Gangs*. Aspen Publishers, 5(1).

Gangs and Prison, Retrieved 26, June 2013, from http://people.missouristate.edu/MichaelCarlie/what_i_learned_about/prisons.htm

Hensley, C. (2002). *Prison Sex: Practice and Policy*. Colorado: Lynne Rienner Publishers.

Holmes, R., Tewksbury, R., Higgins, G. (2012). *Introduction to Gangs in America*. USA: Taylor & Francis Group.

<http://definitions.uslegal.com/p/prison-gang/>

http://gangsonus.com/mexican_mafia.htm

http://www.gangsonus.com/prison_gang_history.htm

http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Aryan_Brotherhood.html

<http://bulk.resource.org/courts.gov/fjc/snobull2.pdf>

Klein, M. (1995). *The American Street Gang: Its Nature, Prevalence, and Control*. New York: Oxford University Press.

Larence, E. (2010). *Combating Gangs: Federal Agencies Have Implemented a Central American Gang Strategy, But Could Strengthen Oversight and Measurement of Efforts*. United States Government Accountability Office.

Latine prisone gangs, *Mexikanemi*, Retrieved 29, June 2013, from <http://latinoprisongangs.blogspot.com/2009/10/mexikanemi.html>

Lyman, M. (2011), *Drugs in Society: Causes, Concepts and Control*, Anderson Publishing, Burlington.

Lynch, A., Duval, J., *Forensic Nursing Science*, Mosby, Missouri, 2011, (Electronic Version), Retrieved 26, June 2013. from [http://books.google.rs/books?id=nD6VAFvKGC0C&pg=PT1974&dq=La+Nuestra+Familia+\(%E2%80%9COur+Family%E2%80%9D\)&hl=sr&sa=X&ei=YDnNUansCuzb4QSokIHYDQ&redir_esc=y](http://books.google.rs/books?id=nD6VAFvKGC0C&pg=PT1974&dq=La+Nuestra+Familia+(%E2%80%9COur+Family%E2%80%9D)&hl=sr&sa=X&ei=YDnNUansCuzb4QSokIHYDQ&redir_esc=y)

Mays, L., Winfree, L., T. (2009). *Essentials of Corrections*, Wadsworth: Cengage Learning.

McShane, M., Williams, F. (2009). *Encyclopedia of American Prisons*. Taylor and Francis.

Miller, L., Hess, K., Orthmann, C. (2011). *Community Policing: Partnerships for Problem Solving*. New York: Cengage Learning.

Newton, M. (2008). *Gangs and Gang Crime*. New York: Infobase Publishing.

Orlando-Morningstar, D., (1997). *Special needs offenders – Bulletin*, Retrieved 27, June 2013, from <https://bulk.resource.org/courts.gov/fjc/snobull2.pdf>

Prison Gang Law & Legal Definition, Retrieved 23, June 2013, from <http://definitions.uslegal.com/p/prison-gang/>

Riviello, R. (2010). *Manual of Forensic Emergency Medicine*, London: Jones and Bartlett Publishers.

Robert Walker's gangs, Retrieved 26, June 2013, from http://www.gangsonus.com/black_guerrilla_family.htm

Skarbek, D. (2011). *Governance and Prison Gangs*. American Political Science Review.

Wikipedia, Nuestra Familia, Retrieved 26, June 2013, from http://en.wikipedia.org/wiki/Nuestra_Familia

Dimovski, D. (2012). *Kriminološko određenje ubistva – doktorska disertacija*, Niš.

Konstantinović Vilić, S., Kostić, M. (2011). *Penologija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Miomira Kostić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Darko Dimovski, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

Prison Gangs in the United States

Summary

Relying on Johnson's typology aimed at measuring the inmates' adjustment to prison life, the authors explore the phenomenon of prison gangs and how their behavior is shaped by the prison setting. The authors note that the basic reasons for the emergence of prison gangs are the prisoners' personality, their way of adapting to the prison conditions ("prisonization"), their resistance to adapt to prison life as well as their reliance on the prison routines. Given the fact that there is no universal definition of prison gangs, each penologist provides his/her own definition and highlights the essential elements reflecting the gang members' behavior. The first prison gangs emerged within the prison walls in the 1950s and 1960s. A vast majority of prison gangs include convicts of the same race and ethnicity while the gang "membership" is exclusively limited to men. In this paper, we will explore the most violent gangs of convicts, such as: Gypsy Jokers, Mexican Mafia, Aryan Brotherhood, Black Guerrilla Family, etc.

Prison gangs are characterized by a specific structure and organizational hierarchy, which largely follows the same pattern in a vast majority of gangs. The head of the gang is the leader (commander-in-chief), who is in the hierarchical chain of command followed by his inferiors: the deputy (second-in-command), regional generals, lieutenants, sergeants and soldiers. In prison, gang members use different forms of communication, the most common of which are coded messages. Some researchers believe that prison gang members also communicate by means of tattoos and graffiti. Prison gangs are the major "generators" of violence in prisons. Race and ethnicity are the main causes of attacks on rival gang members. Thus, street violence flows into prisons and "overflows" penal institutions. In that context, the authors elaborate on the nexus (correlation) between prison gangs and street gangs.

Key words: prison gangs

Dr Đorđe L. Nikolić,
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.451.031:366

Rad primljen: 30.09.2013.
Rad prihvaćen: 03.11.2013.

ODGOVORNA LICA PO OSNOVU GARANCIJE ZA ISPRAVNO FUNKCIONISANJE PRODATE STVARI¹

Apstrakt: *Garancija je noviji pravni institut, koji se javlja tek u drugoj polovini 19. veka. Nastao je u uslovima razvijene podele rada gde se u razmenu dobara uključuju i trgovinska preduzeća, tako da kupac najčešće nije u neposrednom pravnom odnosu sa proizvođačem. U takvim uslovima garancija omogućuje da i proizvođač može neposredno da odgovara kupcu za nedostatke stvari, s tim što se, u zavisnosti od usvojenog rešenja, kao odgovorni subjekti po osnovu garancije javljaju ili proizvođač, ili prodavac, ili istovremeno i prodavac i proizvođač. U radu su razmotrena sva tri rešenja, njihove prednosti i mane, s tim što rešenje prema kojem su istovremeno odgovorni prodavac i proizvođač, koje je, inače, usvojeno i u srpskom Zakonu o obligacionim odnosima, autor ocenjuje kao najprihvatljivije. Nasuprot tome, za odredbe srpskog Zakona o zaštiti potrošača koje se odnose na određivanje lica koje je odgovorno po osnovu garancije, autor smatra da nisu dovoljno precizne i da potrošaču ne obezbeđuju maksimalnu zaštitu.*

Ključne reči: *garancija, odgovornost, prodavac, trgovac, kupac.*

1. Uvodne napomene

U uslovima razvijene podele rada, kakva postoji u savremenom društvu, prodavac često nije i proizvođač stvari. U ulozi prodavca robe se obično nalazi trgovinsko preduzeće, koje je kupilo robu od proizvođača pa je zatim prodaje

¹ djonik09@gmail.com

Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu: Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" br. 179046, koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

kupcima, kao potrošačima. U takvim slučajevima trgovac je odgovoran kupcu za nedostatke stvari, s tim što bi za iste nedostatke trgovcu bio odgovoran njen proizvođač. Ali, proizvođač ne bi mogao da odgovara krajnjem kupcu, jer kupac nije sa njim zaključio ugovor o prodaji.

U novije vreme došlo je do značajne promene shvatanja o odgovornosti proizvođača za nedostatke stvari koju je on proizveo. Pojavljuje se jedan pravni institut koji omogućava da se uspostavi i neposredan pravni odnos između kupaca određenih vrsta stvari i njihovih proizvođača. U prilog uspostavljanja takvog pravnog odnosa navodi se da je trgovac „samo produžena ruka proizvođača“, pa da zato ne može da bude odlučujući jedino ugovor između trgovca i potrošača kao kupca (Radišić, 1972: 121). Taj neposredni pravni odnos između potrošača kao kupca i proizvođača stvari uspostavlja se garancijom, koja se, u zemljama sa razvijenom industrijskom proizvodnjom, javlja tek u drugoj polovini 19. veka.

Kao relativno nov pravni insitut, garancija za ispravno funkcionisanje stvari postala je danas tako važan oblik zaštite interesa kupaca da se promet dobara, posebno onih koja imaju karakter tzv. tehničke robe, bez nje ne može gotovo ni zamisliti (Radišić, 1972: 7; Spirović-Jovanović, 1975: 9; Ališani, 1996: 350). Kupci su danas navikli na ovu vrstu garancije. Uz to, ona im uliva i veću sigurnost u kvalitet kupljene stvari, tako da ih klasična odgovornost prodavca za materijalne nedostatke stvari manje interesuje.

Dajući garanciju garant obećava da će prodata stvar u garantnom roku dobro funkcionisati, što je njegova primarna obaveza. Ako se pokaže da stvar ima neki nedostatak u funkcionisanju, garant je dužan da stvar opravi ili zameni. I to su obaveze koje se, kao sekundarne, redovno preuzimaju garancijom, s tim što one imaju karakter odgovornosti, jer predstavljaju sankciju (posledicu) koja se nadovezuje na povredu primarne obaveze garanta da preda stvar koja će ispravno funkcionisati. U tom smislu se u pravnoj teoriji govori i o odgovornosti po osnovu garancije.

Jedno od ključnih pitanja kod regulisanja odgovornosti po osnovu garancije je određivanje odgovornog lica. U savremenoj privredi, s obzirom na strogu podelu rada između njenih subjekata, veoma se retko dešava da su proizvođač i prodavac jedno isto lice, tj. da proizvođači vrše neposredno prodaju svojih proizvoda krajnjim kupcima (potrošačima). U takvim izuzetnim slučajevima problem određivanja lica koje je odgovorno po osnovu garancije uopšte nije izražen, jer je proizvođač, kao davalac garancije, jedini nosilac obaveza po osnovu date garancije (Spirović-Jovanović, 1875: 23). Ali, pošto je proizvođač istovremeno i prodavac, on je odgovoran i po osnovu odgovornosti za materijalne nedostatke, tako da je jugoslovenska pravna teorija odavno stala na stanovište da u tom slučaju kupac može prema prodavcu da ostvaruje prava koja ima po jednom ili po

drugom osnovu (Momčinović, 1973: 8). U tom smislu bio je i stav sudske prakse da prava i obaveze jednog lica kao „proizvođača treba odvojeno posmatrati od njegovih prava i obaveza kao prodavca“.² Međutim, u najvećem broju slučajeva proizvodi se stavljaju u promet preko profesionalnih trgovaca, koji posreduju između proizvođača i potrošača, tako da su u svim tim slučajevima proizvođač i prodavac dva različita lica. U tom prometanju proizvoda između proizvođača i potrošača mogu se naći ne samo trgovac na veliko i trgovac na malo, već i uvoznik, tako da pravni odnosi između svih tih lica veoma komplikuju i pravni odnos iz garancije za ispravno funkcionisanje prodate stvari. Pri određivanju odgovornog lica kod takve garancije pristupalo se veoma različito, tako da su se do sada ispoljila tri različita rešenja. Proizvođač stvari je, prema jednom rešenju, jedino odgovoran po osnovu garancije, jer je on njen davalac. Kod drugog rešenja se odgovornost po osnovu garancije vezuje za prodavca sa kojim kupac zaključuje ugovor o prodaji stvari za koju je data garancija, dok se prema trećem odgovornost po osnovu garancije pripisuje kako proizvođaču, tako i prodavcu. Kod poslednjeg rešenja se, s obzirom da se odgovornost prodavca i proizvođača najčešće kvalifikuje kao solidarna, postavlja i pitanje prava regresa, a kad u izradi pojedinih delova ili u izvršenju pojedinih radnji, učestvuju i drugi samostalni proizvođači (kooperanti), i pitanje njihove odgovornosti.

2. Odgovornost proizvođača

Bez obzira na broj subjekata koji su posredovali u prometu proizvoda, proizvođač je, prema jednoj orijentaciji, jedini odgovoran po osnovu garancije, jer je on najčešće njen davalac. Proizvođači garanciju obično daju dobrovoljno, iz konkurentskih razloga, ali ih na to često obavezuju i imperativni propisi. S obzirom na to, sasvim je logično da proizvođač, kao davalac garancije, može da obaveže samo sebe, svoju ličnost, ali ne i prodavca. Zbog toga, ako nastupi garantovani slučaj, kupac stiže pravo da se obrati neposredno proizvođaču, ali ne i prodavcu, iako proizvođač nije strana u zaključenom ugovoru o prodaji stvari. Uz to, prema ovom rešenju, data garancija se najčešće odnosi samo na krajnjeg kupca, što znači da ona ostaje isključivo odnos između proizvođača i kupca, koji se prodavca uopšte ne tiče, „jer u njemu ne učestvuje ni u svojstvu dužnika ni u svojstvu poverioca“ (Radišić, 1972: 61). Ovakva garancija je u literaturi poznata pod nazivom „proizvođačka (fabrička) garancija“.

Položaj prodavca prema proizvođaču i prema kupcu, kod ovakve garancije, zavisi od sporazuma koji je prodavac postigao sa proizvođačem. Prodavac može imati položaj predstavnika proizvođača, koji za njegov račun preuzima samo

² Rešenje Vrhovnog privrednog suda, Sl. 247/70 od 9.6.1970, Zbirka sudskih odluka, knj. XV, sv. 4, Beograd, 1970, odluka br. 546, str. 379-381.

određene tehničke radnje, kao što su unošenje podataka u garantni list i njegova predaja kupcu, ili položaj njegovog punomoćnika, koji u njegovo ime zaključuje sa kupcem ugovor o garanciji.

Sistem proizvođačke garancija bio je usvojen u ranijem jugoslovenskom pravu sve do donošenja Zakona o obligacionim odnosima, s tim što se od njega odstupalo kod garancije za uvezenu tehničku robu. Naime, u slučaju kad je proizvođač stranog porekla, domaći pravni subjekti, kao kupci, najčešće ne bi bili u mogućnosti da sa njim neposredno kontaktiraju, a još manje bi bili u mogućnosti da prema njemu ostvaruju svoja prava, zbog čega je bilo propisano da u tom slučaju garanciju daje i po osnovu date garancije odgovara uvoznik.³ Kasniji jugoslovenski propisi, iako za izdavaoca garantnog lista predviđaju i dalje proizvođača odnosno uvoznika, kao odgovornog po osnovu garantnog lista navode i prodavca, ali samo u slučaju kada u mestu u kome je proizvod prodat proizvođač nije obezbedio „otklanjanje nedostataka i kvarova na proizvodu, kao i servisno održavanje“.⁴ Ovakav sistem garancije podržavala je i sudska praksa.⁵

Isključiva odgovornost proizvođača po osnovu garancije preovlađivala je u pravu pojedinih bivših socijalističkih zemalja. Ona je bila predviđena u poljskom Građanskom zakoniku od 1964. godine,⁶ ali je interesantno da takvu odgovornost proizvođača nije predviđao i Građanski zakonik RSFSR od iste godine.⁷

Rešenje prema kojem je proizvođač jedini odgovoran po osnovu garancije, ima svojih dobrih i loših strana. Ono je, pre svega, logično, jer je stvar proizvedena po proizvođačevoj koncepciji, prema njegovim planovima, u okviru delatnosti koju

3 Navedeni sistem ustanovljen je, najpre, odredbom iz čl. 1. Naredbe o određivanju posebnih uslova pod kojima se mogu stavljati u promet pojedini industrijski proizvodi (Službeni list FNRJ, 17/1962), kojom je bilo propisano: „Garantni list izdaje proizvođačko preduzeće, a za uvezene proizvode – uvoznčko preduzeće.“

4 Čl. 15. st. 2. i čl. 23. st. 3. Osnovnog zakona o prometu robe (Službeni list SFRJ, 1/1967), kao i čl. 52. Zakona o jugoslovenskim standardima i normama kvaliteta proizvoda (Službeni list SFRJ, 2/1974).

5 U obrazloženju presude Vrhovnog privrednog suda P-218/62 od 27.9.1962. godine (Zbirka sudskih odluka, knjiga VII, sveska 3, odluka br. 428, str. 244-245) navodi se, između ostalog: „Datum garancijom, koja je i prihvaćena, nastaje samo još jedan i odvojen odnos: odnos između davaoca i primaoca garancije. Taj novonastali odnos ne dira i ne menja prava i obaveze iz već ranije postojećeg odnosa, tj. iz odnosa između prodavca i kupca“.

6 Čl. 582. poljskog Građanskog zakonika izričito propisuje da u slučaju kada je prodavac, koji nije proizvođač prodane stvari, predao kupcu garantni list koji je izdao proizvođač, „kupac može ostvarivati prava koja proizlaze iz garantnog lista samo prema proizvođaču, a prava koja proizlaze iz garancije za fizičke nedostatke stvari samo prema prodavcu“.

7 Čl. 248. st. 2. Građanskog zakonika RSFSR od 1964. godine propisivao je da je prodavac dužan „da obezbedi besplatno otklanjanje mana stvari ili da je zameni za stvar odgovarajućeg kvaliteta, ili da je primi natrag uz povraćaj kupcu cene koja je za nju plaćena, ...“

on poznaje, vodi i organizuje, tako da je i njegova odgovornost zbog neispravnog funkcionisanja stvari nešto što se podrazumeva samo po sebi. Dobra strana ovakvog rešenja je i to što je proizvođač zbog svoje stručnosti i tehničke opremljenosti u poziciji da najkvalitetnije i najbrže otkloni nedostatke ili da zameni stvar. Uz sve to, ako je jedino odgovoran po osnovu garancije, proizvođač stiče neposredan uvid u kvalitet svojih proizvoda i uzroke njihovog neispravnog funkcionisanja, što mu omogućuje da preduzima mere radi njihovog otklanjanja još u toku procesa proizvodnje. Nasuprot tome, loša strana proizvođačke garancije ogleda se u tome što proizvođač najčešće nema sedište, a neretko ni ovlašćeni servis u mestu prodaje, što veoma komplikuje i otežava uspostavljanje kontakta i ostvarenje kupčevih prava. Uz to, ovo rešenje se osporava i sa pravnog stanovišta, jer se smatra da je garancija sastavni deo ugovora o prodaji, tako da se teško može odbraniti stav da se njome stvara odnos koji se prodavca uopšte ne tiče (Spirović-Jovanović, 1975: 28).

I Zakon o obligacionim odnosima polazi od stava da je davalac garancije za ispravno funkcionisanje prodate stvari proizvođač.⁸ Ali, on nije jedini odgovoran po osnovu date garancije, jer iz odredbe kojom se propisuje da određena prava kupac može da zahteva „kako od prodavca tako i od proizvođača“,⁹ nedvosmisleno proizlazi da je i prodavac odgovoran po osnovu garancije.

3. Odgovornost prodavca

Prodavac je, prema drugom rešenju, jedini subjekt odgovornosti po osnovu garancije date u garantnom listu. Naime, kod svakog pravnog posla kojim se vrši prenos prava svojine na tzv. tehničkoj robi od proizvođača do krajnjeg kupca, svaki prenosilac garantuje pribaviocu ispravno funkcionisanje stvari pomoću garantnih klauzula koje su sastavni deo ugovora o prodaji. To znači da proizvođač najpre garantuje trgovcu na veliko, ovaj zatim trgovcu na malo, dok trgovac na malo garantuje potrošaču kao krajnjem korisniku. Ovde obavezu garancije preuzima svaki neposredni prodavac, tako da kupac može ostvarivati prava po osnovu garancije samo prema svom neposrednom prodavcu.

Takvu lančanu garanciju, koja je poznata pod nazivom „trgovačka garancija“, poznaje italijanski Građanski zakonik.¹⁰ Ona je bila predviđena i u ranijem

8 U čl. 501. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, 29/1978, 39/1985, 45/89, kao i Službeni list SRJ, 31/93 pominje se garantni list „kojim proizvođač garantuje ispravno funkcionisanje stvari u toku određenog vremena“.

9 Čl. 501. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, 29/1978, 39/1985, 45/89, kao i Službeni list SRJ, 31/93.

10 Čl. 1512. italijanskog Građanskog zakonika predviđa da „ako je prodavac garantovao ispravan rad prodate stvari, kupac je dužan, izuzev u slučaju suprotne nagodbe, da prodavcu

Građanskom zakoniku RSFSR,¹¹ kao i u aktuelnom Građanskom kodeksu Ruske Federacije.¹²

Ranije jugoslovensko pravo, osim u vidu izuzetka,¹³ nije predviđalo trgovačku garanciju. Ne predviđa je ni Zakon o obligacionim odnosima. Međutim, to se ne može reći i za srpski Zakon o zaštiti potrošača čije nepotpune i neprecizne odredbe o garanciji, kao da su usmerene na ustanovljavanje trgovačke garancije. Naime, iako se navedenim zakonom ne određuje ko je davalac garancije,¹⁴ na osnovu odredbe kojom se propisuje da se „reklamacija može izjaviti trgovcu“,¹⁵ može se zaključiti da je, po osnovu garancije, bez obzira na to ko je daje, potrošaču, kao krajnjem kupcu, odgovoran jedino trgovac, što je, inače, svojstveno trgovačkoj garanciji. Takvo rešenje bi, posebno u slučaju kad garanciju daje proizvođač ili uvoznik, bilo potpuno neprimereno, jer bi značilo da potrošač po Zakonu o zaštiti potrošača ima manje prava (samo pravo prema trgovcu) u odnosu na prava koja, inače, ima po Zakonu o obligacionim odnosima (zahtev prema prodavcu i proizvođaču), što bi bilo u suprotnosti sa opšteprihvaćenim stavom da se pravilima koja sadrže zakoni o zaštiti potrošača ne bi smela umanjivati prava koja kupac ima prema drugim zakonima.¹⁶ Iz toga sledi da se ni srpsko pravo ne može svrstati u sistem trgovačke garancije, jer bi trgovac bio jedini odgovoran samo u slučaju kad je on istvoremeno i davalac garancije. Ali, ako je davalac garancije proizvođač ili uvoznik, onda bi po osnovu takve garancije,

prijavi nedostatak u roku od trideset dana od njegovog otkrivanja, pod pretnjom gubitka prava“ (st. 1. rečenica prva), s tim što se ovom odredbom „ne dira u običaje, koji predviđaju da se garancija za ispravan rad dužuje i ako nije izričito ugovoreno (pr. odr. 174)“ (st. 3).

11 Čl. 248. Građanskog zakonika RSFSR od 1964. godine predviđao je da je prodavac nosilac obaveza po osnovu garantnog lista, ali pod uslovom da je reč o trgovinskoj organizaciji na malo i da ona prodaje stvari za koje su određeni garantni rokovi shodno odredbama tog zakonika.

12 Građanski kodeks Ruske Federacije predviđa da ugovorom o prodaji može biti predviđeno da prodavac može preuzeti garanciju za kvalitet robe (čl. 470. st. 2), tako da je u tom slučaju on odgovoran za nedostatke robe (čl. 476. st. 2).

13 Čl. 23. st. 3. Osnovnog zakona o prometu robe (Službeni list SFRJ, 1/1967), kao i čl. 52. Zakona o jugoslovenskim standardima i normama kvaliteta proizvoda (Službeni list SFRJ, 2/1974) predviđali su da je prodavac obavezan prema kupcu po osnovu garantnog lista samo u slučaju kad u mestu prodaje proizvođač nije obezbedio svoj servis odnosno servisno održavanje prodate stvari.

14 V. čl. 56. st. 1. Zakona o zaštiti potrošača, Službeni glasnik RS, 73/2010.

15 Čl. 58. st. 1. Zakona o zaštiti potrošača, Službeni glasnik RS, 73/2010.

16 Nažalost, takav princip ne sadrži srpski Zakon o zaštiti potrošača, ali ga sadrži hrvatski Zakon o zaštiti potrošača (Narodne novine, 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12, 56/13) koji propisuje (čl. 2. st. 1) da „primena odredaba ovog Zakona ne utiče na prava koja potrošači imaju na temelju drugih zakona“.

pored trgovca, bio odgovoran i proizvođač, odnosno uvoznik. Takav stav je veoma jasno formulisan u hrvatskom,¹⁷ ali i u crnogorskom pravu.¹⁸

Trgovačka garancija olakšava položaj kupca, jer reklamaciju čini samo jednom licu, svom neposrednom prodavcu, koji mu je skoro uvek mnogo dostupniji, ali se jedan isti nedostatak mora reklamirati nekoliko puta, što dovodi do gubitka vremena (kupac se obraća trgovcu na malo, ovaj trgovcu na veliko, a ovaj poslednji proizvođaču kao svom prodavcu). Uz to, i sa pravnog stanovišta nije opravdano da proizvođač, samo zato što nije u neposrednom kupoprodajnom odnosu sa krajnjim kupcem, ne snosi odgovornost, jer njegova odgovornost ne proizlazi neposredno iz ugovora, već iz date garancije (Spirović-Jovanović, 1975: 31).

4. Odgovornost prodavca i proizvođača

Orijentacija po kojoj se kao odgovorni subjekti po osnovu garancije pojavljuju i proizvođač i prodavac, relativno je novijeg datuma. Ona je u nekadašnjem jugoslovenskom pravu najpre došla do izražaja u sudskoj praksi. U pitanju je odluka Vrhovnog privrednog suda iz 1966. godine,¹⁹ čija sentenca glasi: „Kada je u pitanju roba koju prati garantni list, kupcu su za nastale mane odgovorni kako prodavac, tako i proizvođač odnosno uvoznik“.²⁰ Navedena odluka, čije obrazloženje nije bilo sasvim jasno i precizno, niti je bilo u potpunom skladu sa tada važećim propisima, izazvala je veoma ozbiljnu podjelu pravne teorije. Veći broj autora je zastupao stav da su, prema navedenoj odluci, i prodavac i proizvođač odgovorni za ispravno funkcionisanje stvari (Milošević, 1968: 214; Carić, 1966: 31). Takav stav, koji se pravdao razlozima racionalnosti i potrebom za boljom

17 U čl. 423. Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima (Narodne novine, 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12, 56/13) pravi se razlika između garancije koju je dao proizvođač, kod koje su odgovorni proizvođač i prodavac (st. 1), i garancije koju je dao prodavac, kod koje je odgovoran samo prodavac (st. 2).

18 Čl. 22. st. 1. crnogorskog Zakona o zaštiti potrošača (Službeni list RSG, 26/2007) veoma jasno i primereno propisuje: „Prava po osnovu garancije, u skladu sa ovim zakonom, potrošač ostvaruje kod trgovca, ukoliko drukčije nije propisano zakonom ili potrošačkim ugovorom“.

19 Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 1424/66 od 19.02.1966. godine, Zbirka sudskih odluka, knj. XI, sv. 3, odluka br. 279, Beograd, 1966.

20 U obrazloženju navedene odluke se navodi da „prodavac u odnosu na kupca stoji u neposrednoj vezi i jemči za urednost izvršene isporuke, pa prema tome on je bez obzira na postojanje garantnog lista obavezan da predmet kupoprodaje preda ispravno, a kada je reč o skrivenim manama da garantuje za ispravnost u roku od šest meseci od dana predaje stvari, a ukoliko postoji i garantni list – u roku koji je predviđen u samom garantnom listu“. U nastavku ovog obrazloženja je i stav suda u kojem stoji da „kupcu ostaje uvek pravo da svoj zahtev za uredno izvršenje, kada je u pitanju predmet kupoprodaje koji prati garantni list, postavi bilo prema prodavcu, bilo prema proizvođaču odnosno uvozniku“.

zaštitom interesa kupaca (Milošević, 1968: 214; Carić, 1966: 31), zastupao se i u kasnijoj sudskoj praksi.²¹ Manji broj autora je smatrao da po osnovu garancije može da odgovara samo onaj subjekt koji je izdao garantni list, odnosno da je neprihvatljivo da, pored garanta, kupcu treba da odgovara i prodavac (Radišić, 1972: 61). Za stav Vrhovnog privrednog suda koji je bio izražen u navedenoj presudi oni smatraju da je nejasno i nepotpuno formulisan.²² Uz to, i među onima koji su smatrali da pored proizvođača treba da odgovara i prodavac, saglasnost nije postojala u pogledu prirode odgovornosti prodavca i proizvođača, jer se u obrazloženju navedene presude ne kaže kakva je prodavčeva odgovornost (supsidijarna ili solidarna sa proizvođačem). Pojedini autori su smatrali da je odgovornost prodavca supsidijarna odgovornosti proizvođača, jer je prodavac dužan da na zahtev kupca preduzme ono što nije preduzeo proizvođač (Milošević, 1968: 214; Bukljaš, 1967: 10). Drugi su stali na stanovište da za ispunjenje obaveza iz garancije prodavac i proizvođač odgovaraju solidarno, tako da kupac ima pravo da se svojim zahtevima obrati bilo prodavcu, bilo proizvođaču (Carić, 1966: 31; Spirović-Jovanović, 1975: 31), što se ocenjuje kao rešenje koje je racionalnije za kupca (Milošević (1968: 214). Takvo stanovište je nedvosmisleno izražavano u pojedinim sudskim odlukama,²³ s tim što bi prodavac po pravu regresa mogao da zahteva obeštećenje od proizvođača kao jedino odgovornog za ispravan rad proizvoda (Milošević, 1968: 215). Autori koji osporavaju odgovornost prodavca po osnovu garancije, osporavaju i njegovu solidarnu odgovornost sa proizvođačem, jer takva odgovornost, s obzirom da se javlja u vidu izuzetka, nije bila određena ni zakonom ni pravnim poslom (Radišić, 1972: 62).

Stavovi iz navedene presude Vrhovnog privrednog suda našli su mesto u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Konstantinovića (Konstantinović,

21 Odluka Vrhovnog privrednog suda Sl. 671/70, kao i odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 102/85, navedene prema: Simonović, 2006: 188.

22 Radišić (1972: 61-62) navodi, u tom smislu, da se rečenica iz obrazloženja navedene sudske odluke u kojoj stoji da „kupcu ostaje uvek pravo da svoj zahtev u odnosu na uredno izvršenje, kada je u pitanju predmet kupoprodaje koji prati garantni list, postavi bilo prema prodavcu, bilo prema proizvođaču odnosno uvozniku“, može shvatiti i tako „da se kupac može obraćati proizvođaču (uvozniku) i prodavcu samo po različitim pravnim osnovima: prvom iz ugovora o garanciji a drugom iz ugovora o kupoprodaji“. Ali, on ne osporava da je svoj stav o odgovornosti prodavca po osnovu garantnog lista Vrhovni privredni sud, ipak, iskazao onom rečenicom iz obrazloženja koja glasi: „Kad je reč o skrivenim manama prodavac je dužan da garantuje za ispravnost u roku od 6 meseci od dana predaje stvari, a ukoliko postoji i garantni list – u roku koji je predviđen u samom garantnom listu.“).

23 Odluka Okružnog suda u Kraljevu Gž. 678/91, navedena prema: Simonović, 2006: 189.

1996: čl. 430. st. 1), a iz Skice su preuzeti i u Zakon o obligacionim odnosima,²⁴ jer oba akta propisuju da „kupac može, ako stvar ne funkcioniše ispravno, zahtevati kako od prodavca tako i od proizvođača da stvar opravi u razumnom roku ili ako to ne učini da mu umesto nje preda stvar koja funkcioniše ispravno“. U pravnoj teoriji se, posle donošenja Zakona o obligacionim odnosima, više ne dovodi u pitanje kako stav da je, po osnovu garancije za ispravno funkcionisanje, pored proizvođača, odgovoran i prodavac, tako ni stav da je njihova odgovornost solidarna (Kapor, 1980: 1000; Mitrović, 1980: 943; Jankovec, 1999: 399; Ališani, 1996: 378; Jerković, 1980: 28; Vukčević, 1985: 89), iako bi ovlašćenje kupca da zahteva ispunjenje obaveze iz garancije kako od prodavca, tako i od proizvođača, moglo da proizlazi i iz solidarnog jemstva. U prilog tome navodi se, pre svega, da bi neodgovornost prodavca po osnovu garancije za ispravno funkcionisanje bila pravno neopravdana (Spirović-Jovanović, 1975: 34), jer garantni list, kada je izdat od strane proizvođača, predstavlja sastavni deo ugovora između prodavca i kupca (Jakubowski, 1966: 17; 17; Spirović-Jovanović, 1975: 34; Jankovec, 1999: 399), tako da se prodavac ne može smatrati licem koga se garantni list ne tiče, odnosno koga data garancija ne obavezuje. Neopravdano bi i nelogično bilo i da u prodajnom odnosu koji nastaje povodom tehničke robe za koju je data garancija, prodavac ima povoljniji položaj nego u prodajnom odnosu povodom robe za koju ona nije data (Spirović-Jovanović, 1975: 34), odnosno da kupac robe sa garantnim listom ima manja prava nego kupac robe bez garantnog lista.²⁵ Na kraju, prodavac se bavi prodajom u vidu zanimanja, što mu pruža veliku korist, tako da ne bi bilo u duhu načela jednake vrednosti uzajamnih davanja da ostvaruje veliku korist, a da ne odgovara za funkcionalne nedostatke.

S druge strane, u savremenom pravu je veoma izražena opšta težnja da se odgovornost prodavca pojača kada prodaje skupu i tehnički složenu robu, tako da je savremena pravna teorija gotovo jednodušna u stavu da on treba solidarno da odgovara sa proizvođačem za neispravno funkcionisanje stvari. Garancija se više ne posmatra izolovano od ugovora o prodaji. Naprotiv, ona je najtešnje povezana sa tim ugovorom, tako da se smatra njegovim sastavnim delom, a time i pravnim osnovom odgovornosti ne samo proizvođača, koji je dao garanciju, već i prodavca.²⁶ Takvo pravno uređenje garancije sasvim je prihvatljivo kako sa stanovišta društvenog interesa, tako i sa stanovišta interesa kupaca.²⁷ Ono, sa stanovišta društvenih interesa, pruža veću sigurnost u prometu tehničke

²⁴ Čl. 501. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, 29/1978, 39/1985, 45/89, kao i Službeni list SRJ, 31/93.

²⁵ Odluka Vrhovnog privrednog suda Sl. 671/70, navedena prema: Simonović, 2006: 188.

²⁶ Odluka Vrhovnog privrednog suda Sl. 671/70, navedena prema: Simonović, 2006: 188

²⁷ Jerković (1980: 28) navodi da je za takvo regulisanje zakonodavac bio motivisan pre svega „zaštitom javnog interesa, a posebno zaštitom interesa potrošača (kupaca tehničke robe)“.

robe, omogućava brže i efikasnije ostvarivanje prava od strane kupaca, prodavce čini zainteresovanim za kvalitet robe koju prodaju, a proizvođače stimuliše da proizvode robu boljeg kvaliteta. Sa stanovišta zaštite interesa kupaca, ovakvo uređenje garancije opravdano je zato što je kupcu povoljnije da može da se obrati ne samo proizvođaču nego i prodavcu, naročito kada ima poteškoća sa ostvarivanjem svojih zahteva prema proizvođaču (Spirović-Jovanović, 1975: 34; Panovski, 1981: 18).

4.1. Pravo regresa

Kod solidarne odgovornosti prodavca i proizvođača veoma je problematično pitanje prava regresa, jer se ono ne rešava prema opštim pravilima o solidarnim obavezama, prema kojima svaki solidarni dužnik snosi deo duga. Naime, pravna teorija je još od pojave stava o solidarnoj odgovornosti prodavca sa proizvođačem stala na stanovište da se jedino prodavcu priznaje pravo regresa, odnosno da prodavac ne treba konačno da snosi odgovornost, jer on po pravu regresa može da zahteva obeštećenje od proizvođača kao „jedino odgovornog za ispravan rad proizvoda“ (Milošević, 1966: 214-215).²⁸ Slično stanovište zastupa i sudska praksa, s tim što se u jednoj sudskoj odluci pravo prodavca da se regresira od proizvođača posmatra kao ugovorna odgovornost proizvođača za štetu koju je prouzrokovao prodavcu.²⁹ U drugoj sudskoj odluci se u prilog prodavčevog prava regresa navodi to što se „garantnim listom pokriva rizik neispravnosti nastao u sferi proizvodne delatnosti“, kao i da je „krivicom proizvođača u procesu proizvodnje došlo do tehničke neispravnosti prodane robe“.³⁰

U svim navedenim stavovima se naglašava odgovornost proizvođača, ali se ne daje i odgovarajuće objašnjenje za pravo prodavca, kao „zakonskog solidarnog dužnika“,³¹ da se u potpunosti regresira od proizvođača. Takvo objašnjenje se, na terenu solidarnih obaveza, može osloniti samo na odredbu kojom se predviđa izuzetak od opšteg pravila o podeli solidarne obaveze. Taj izuzetak dolazi do izražaja samo kod onih solidarnih obaveza koje su ustanovljene u isključivom interesu jednog solidarnog dužnika, jer je takav dužnik dužan da nadoknadi ceo

28 Veljković (1993: 17) smatra da „garantni list daje pravo prodavcu na regres isplaćenog iznosa od proizvođača, što predstavlja odgovarajuću kompenzaciju za strožije uslove odgovornosti u odnosu na robu koja se ne prodaje uz garantni list“).

29 Presuda Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 5272/95 od 5.10.1995. godine, navedena prema: Petrović, Kozar, 2009: 612-613.

30 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 626/98 od 25.11.1998. godine, navedena prema: Nikolić, 2000: 66; Petrović, Kozar, 1999: 591.

31 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 626/98 od 25.11.1998. godine, navedena prema: Petrović, Kozar, 1999: 591.

iznos obaveze dužniku koji je namirio poverioca.³² Solidarna obaveza prodavca i proizvođača koja proizlazi iz garancije ustanovljena je, po svemu sudeći, u isključivom interesu proizvođača, jer je on proizveo stvar, odgovoran je za njene nedostatke i on daje garanciju za njeno ispravno funkcionisanje, a prodavcu se nameće solidarna obaveza samo da bi se kupcu pružila veća sigurnost da će obaveze iz garancije biti ispunjene (Arandelović, 1980: 915; Vizner, 1978: 1417). Pošto u tom odnosu prodavac, najčešće bez neke posebne naknade i koristi za sebe, preuzima teret i rizik solidarnosti, ne bi bilo pravično da konačno snosi bilo koji deo duga (Arandelović, 1980: 915).

Međutim, ne sme se izgubiti iz vida da zakonska formulacija, da kupac može, ako stvar ne funkcioniše ispravno, da ostvaruje svoja prava „kako od prodavca tako i od proizvođača“, nije dovoljno precizna, jer može da se odnosi kako na solidarnost prodavca sa proizvođačem, tako i na obavezu prodavca da kao jemac platca jemči za ispunjenje proizvođačeve obaveze iz garancije. Čini se da bi ustanova jemca platca bila primerenija kako za objašnjenje celog odnosa između prodavca i proizvođača, tako i za opravdanje prava prodavca da se u potpunosti regresira od proizvođača. Moglo bi se uzeti da takvo jemstvo nastaje na osnovu same zakonske odredbe koja propisuje da kupac može da ostvaruje svoja prava „kako od prodavca tako i od proizvođača“, ali i da ono nastaje izjavom prodavca, tj. samim tim što je prodavac uneo svoje podatke u garantni list, koji je potpisao i overio. U tom slučaju jemac platca (prodavac) odgovarao bi poveriocu (kupac) kao i glavni dužnik (proizvođač stvari i davalac garancije) za celu obavezu iz garancije, tako da bi kupac mogao da zahteva njeno ispunjenje bilo od proizvođača bilo od prodavca ili od obojice u isto vreme.³³ Proizvođač proizvodi stvar i daje garanciju, tako da je logično da po osnovu garancije on ima položaj glavnog dužnika. S druge strane, prodavac je izabrao proizvođača čiju tehničku robu prodaje i najviše što bi bilo prihvatljivo je da jemči kupcu kao jemac platca da će proizvođač ispuniti svoje obaveze iz date garancije. U tom slučaju, prodavčeva obaveza bila bi akcesorne prirode,³⁴ tako da bi nastajala, prestajala i kretala se u granicama proizvođačeve obaveze (Ališani, 1996: 370), što je logičnije u odnosu na solidarnu odgovornost prodavca i proizvođača kod koje prodavac samostalno preuzima prema kupcu proizvođačeve obaveze iz garancije. Uz to, pravo prodavca da se u potpunosti regresira od proizvođača kod jemstva uopšte nije sporno. On to pravo stiće samom isplatom, jer se izričito

32 Čl. 424. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, 29/1978, 39/1985, 45/89, kao i Službeni list SRJ, 31/93.

33 Čl. 1004. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, 29/1978, 39/1985, 45/89, kao i Službeni list SRJ, 31/93.

34 Veljković (1993: 17) smatra da je odgovornost prodavca prema kupcu „direktna i samostalna, jer to nameće njihov odnos zasnovan ugovorom o prodaji.“

propisuje da na jemca koji je namirio poveriočevo potraživanje prelazi to potraživanje sa svim sporednim pravima i garancijama njegovog ispunjenja.³⁵ To nije slučaj i sa prodavcem koji ima položaj solidarnog dužnika. Takav prodavac stiče pravo da se u potpunosti regresira samo izuzetno, tj. samo u slučaju kad je solidarnost ustanovljena isključivo u interesu proizvođača, što ovaj može da osporava tvrdnjom da je i prodavac imao koristi od prodaje stvari. U obrazloženju jedne odluke Vrhovnog suda Srbije nije uvažen navod tuženog proizvođača da su udeli tužioca i tuženog „trebali da budu jednaki“,³⁶ ali u tom slučaju sud uopšte nije svoju odluku zasnovao na odredbi kojom se u vidu izuzetka predviđa pravo solidarnog dužnika da se u potpunosti regresira (čl. 424. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima), niti je tuženi, s pozivom na tu odredbu, osporavao da je solidarnost ustanovljena u njegovom isključivom interesu.

4.2. Odgovornost kooperanata

U praksi se često dešava da u proizvodnji neke stvari, osim proizvođača pod čijim se imenom stvar prodaje, u izradi pojedinih delova ili u izvršenju pojedinih radnji, učestvuju i drugi samostalni proizvođači (kooperanti). To je u savremenim uslovima proizvodnje pravilo u slučaju kad se izrađuju gotovo sve složenije stvari, kao i velika mašinska ili druga postrojenja. U takvim slučajevima postavlja se pitanje odgovornosti kooperanata prema kupcu izrađene stvari (finalni proizvod) i prema krajnjem (finalnom) proizvođaču.

U pravnoj praksi i pravnoj teoriji je, uglavnom, opšte usvojen stav da je za neispravno funkcionisanje prodane stvari kupcu odgovoran krajnji (finalni) proizvođač (Jakubowski, 1966: 17; Radišić, 1972: 63; Kapor, 1980: 1005; Mitrović, 1985: 952; Jankovec, 1999: 398; Ališani, 1996: 382; Jerković, 1980: 29; Vukčević, 1985: 90), što je sasvim logično, jer kupac niti zna, niti je dužan da zna za sve kooperante koji učestvuju u izradi proizvoda (Radišić, 1972: 63). Zbog toga se, u interesu zaštite kupaca, uzima da je, u pravnom smislu, krajnji (finalni) proizvođač proizveo ceo proizvod (Radišić, 1972: 63; Kapor, 1980: 1005). Samo on izdaje kupcu garantni list i u svojstvu proizvođača odgovara kupcu (Kapor, 1980: 1005; Jankovec, 1999: 398; Panovski, 1981: 18), tako da uopšte ne postoji osnov za odgovornost kooperanta prema kupcu finalnog proizvoda. U tom smislu je jednom sudskom odlukom odbijen zahtev kupca po osnovu garancije za ispravno funkcionisanje automobila, koji je bio usmeren na kooperanta (proizvođač automobilskog motora).³⁷

35 Čl. 1003. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, 29/1978, 39/1985, 45/89, kao i Službeni list SRJ, 31/93.

36 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 626/98 od 25.11.1998. godine, navedena prema: Nikolić, 2000: 66, kao i Petrović, Kozar, 2009: 591.

37 Odluka Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, Pž. 723/88 od 16.11.1989. godine, Privredno-pravni priručnik, 7, Beograd, 1989, str. 59.

Ali, ako nije odgovoran prema kupcu finalnog proizvoda, svaki kooperant odgovoran je krajnjem (finalnom) proizvođaču za neispravno funkcionisanje stvari koje potiče od delova stvari koje je on izradio, odnosno od radnji koje je on izvršio. U praksi se, međutim, pojavio problem u vezi sa različitim garantnim rokovima koji se daju za pojedine stvari, kao i sa garantnim rokovima koji su još pre izrade stvari protekli. Da bi se ti različiti garantni rokovi mogli uskladiti, predviđa se da pojedini kooperanti odgovaraju krajnjem (finalnom) proizvođaču za ono vreme za koje postoji i njegova odgovornost prema kupcu. U tom smislu i Zakon o obligacionim odnosima propisuje da odgovornost kooperanata prema finalnom proizvođaču za neispravno funkcionisanje stvari koje potiče od delova koje su oni proizveli ili od pojedinih radnji koje su oni izvršili prestaje kad prestane odgovornost finalnog proizvođača prema kupcu stvari.³⁸ Takvo regulisanje obezbeđuje da se odgovornost za nekvalitetan proizvod ili rad prevale na onog kooperanta od kojeg oni potiču (Krulj, 1967: 309; Radišić, 1972: 63), a uz to, kupac se oslobađa obaveze da vodi računa o garantnim rokovima kooperanata prema finalnom proizvođaču (Kapor, 1980: 1005; Ališani, 1996: 382).

5. Zaključne napomene

U zavisnosti od usvojenog rešenja, subjekti odgovornosti po osnovu garancije za ispravno funkcionisanje prodane stvari su ili proizvođač, ili prodavac, ili istovremeno prodavac i proizvođač.

Rešenje prema kojem su po osnovu garancije istovremeno odgovorni prodavac i proizvođač je najprihvatljivije, kako sa stanovišta društvenih interesa (pruža veću sigurnost u prometu i brže ostvarivanje prava od strane kupaca, prodavce čini zainteresovanim za kvalitet robe koju prodaju, a proizvođače stimuliše da proizvode robu boljeg kvaliteta), tako i sa stanovišta zaštite interesa kupaca (kupcu je povoljnije kad ima dva odgovorna lica).

S druge strane, čini se da odredbe o garanciji koje sadrži Zakon o zaštiti potrošača pružaju kupcu manje prava od odgovarajućih odredaba iz Zakona o obligacionim odnosima, jer za razliku od rešenja iz Zakona o obligacionim odnosima, koje je zasnovano na proizvođačkoj garanciji i solidarnoj odgovornosti prodavca i proizvođača, rešenje iz Zakona o zaštiti proizvođača dopušta i garanciju samog trgovca, prema kojoj je on i jedini odgovoran po osnovu date garancije.

38 Čl. 506. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, 29/1978, 39/1985, 45/89, kao i Službeni list SRJ, 31/93.

LITERATURA

- Ališani A. (1996). *Garantija za ispravno funkcionisanje stvari*, Beograd: IŠ Stručna knjiga d.d.
- Arandžević, S. (1980). Komentar čl. 424. Zakona o obligacionim odnosima. U B. Blagojević i V. Krulj (Red.) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (I)*. Beograd: Savremena administracija.
- Bukljaš, I. (1976). Odgovornost proizvođačke privredne organizacije za nedostatke proizvoda, *Privredno-pravni priručnik*, 11. 8-14.
- Veljković, D. (1993). Garantija po osnovu prava kupca, *Izbor sudske prakse*, 2. 16-18.
- Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, (knjiga 2). Zagreb.
- Vukčević, B. (1985). Garantija za ispravno funkcionisanje prodane stvari, *Sudska praksa*, 9. 88-91.
- Jakubowski, J. (1966). Garantije u međunarodnoj trgovini, *Treće međunarodno savetovanje privrednika i pravnika*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 14-19.
- Jankovec, I. (1999). *Privredno pravo*, Beograd: JP Službeni list SRJ.
- Jerković, J. L. (1980). Garantija za ispravno funkcionisanje prodane stvari. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 5. 26-37.
- Kapor, V. (1980). Komentar čl. 501-507. Zakona o obligacionim odnosima. U B. Blagojević. i V. Krulj (Red), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (I)*. Beograd: Savremena administracija.
- Konstantinović, M. (1966). Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima. Beograd: NIU Službeni list SRJ.
- Krulj, V. (1967). Neka pravna pitanja u vezi sa garantijom i garantijskim rokovima kod kupoprodaje, *Naša zakonitost*, 4. 302-312.
- Milošević, Lj. (1968). Garantija za ispravan rad prodanog proizvoda. *Naša zakonitost*, 3. 211-215.
- Mitrović, D. (1985). Komentar čl. 501-507. Zakona o obligacionim odnosima. U S. Perović (glavni red), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (knj. druga)*. Beograd: Savremena administracija.
- Momčinović, H. (1973). Garantija proizvođača za ispravno funkcionisanje proizvoda. *Informator*, 2032. 7-8.
- Nikolić, Đ. L. (2000). *Praktikum za obligaciono pravo*. Beograd.
- Panovski, S. (1981). Garantija za ispravno funkcionisanje prodane stvari, *Privredno-pravni priručnik*, 5. 13-25.

Petrović, Z. Kozar, V. (2009). *Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava*, (I). Beograd: Intermex.

Radišić, J. (1972). *Garancija za trajan kvalitet i odgovornost za štetu od stvari sa nedostatkom*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

Simonović, D. (2006). *Komentar zakona o zaštiti potrošača*, Beograd.

Spirović-Jovanović, L. (1975). *Garantija za ispravno funkcionisanje stvari*, Beograd: Savremena administracija.

Carić, S. (1966). Garancija za svojstva i funkcionisanje stvari. *Privredno-pravni priručnik*, 12. 27-33.

Dorđe L. Nikolić, LL.D.

Associate Professor, Faculty of law, University of Niš

Responsible Persons on the grounds of the Warranty of Operability

Summary

One of the key issues concerning the warranty of operability (guarantee on the proper functioning of the object sold) is who is responsible for possible deficiencies in the sold goods. There are different approaches to regulating this legal issue. The first approach implies the manufacturer's responsibility because he is the one who issues a warranty for the produced goods and is thus obliged to provide the manufacturer's warranty to the buyer/consumer. The second approach is based on the seller's responsibility because, under a special statutory "guarantee clause", each seller assumes the obligation to guarantee the operability of the sold goods (the merchant's warranty), which is extended to all the way down to the end-user (customer). The intention of the third approach is to combine the advantages of the previous two. Therefore, this approach implies the liability of the manufacturer and the seller alike. This approach was adopted in the Serbian Obligations Act (1978). However, such a solution has not been envisaged in the Serbian Consumers Protection Act (2011), which designates the merchant as the only responsible person who may be liable on the grounds of a warranty of operability. Thus, this Act diminishes consumer protection by providing fewer consumer rights as compared to those provided in the Obligations Act.

Key words: *warranty, liability, seller, merchant, consumer, buyer*

Dr Vidoje Spasić,
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu,¹

STRUČNI ČLANAK

UDK: 347.772

Rad primljen: 07.10.2013.
Rad prihvaćen: 08.11.2013.

DIZAJN U FUNKCIJI MODE²

Apstrakt: Dizajniranje upotrebnih predmeta predstavlja veoma staru ljudsku delatnost. Međutim, dizajn kao pravna kategorija nastao je mnogo kasnije. Danas u postindustrijskom društvu dizajniranje predstavlja značajan faktor privrednog i kulturnog života ljudi.

Postoje različite vrste dizajna i svaki od njih ima svoje mesto i značaj u privrednoj proizvodnji. Modni dizajn, kao centralni predmet pažnje u ovom radu, ima ključni značaj za nastanak i razvoj mode. Modni dizajn je najvažniji (mada ne i jedini) faktor koji je u funkciji mode i modnih trendova. Međutim, još više od dizajna, na modu utiču modni dizajneri (kreatori), koji diktiraju modu i preko podanika mode ostvaruju svoje ideološke i materijalne interese.

U radu su dati prikaz razvoja dizajna i mode i njihov međuticaj.

Ključne reči: industrijski dizajn, modni dizajn, moda, odevni predmet.

1. Industrijski i modni dizajn

U najširem smislu, dizajn predstavlja proces donošenja niza odluka u cilju konstruisanja, oblikovanja ili kreiranja nečega (kao, npr. arhitektonskih planova, inženjerskih crteža ili dijagrama, tekstilnih uzoraka ili modela i sl.). Cilj dizajna je rešavanje određenog problema ili uobličavanje upotrebnog predmeta.

Duhovne tvorevine koje imaju za cilj oblikovanje proizvoda bilo koje vrste, mogu se zaštititi po osnovu propisa intelektualne svojine na tri načina. Pre svega, po osnovu prava industrijske svojine, zatim, putem autorskog prava i, najzad, po osnovu propisa o suzbijanju neloyalne konkurencije.

¹ vidza@prafak.ni.ac.rs

² Članak je rezultat rada na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“, koji finansira Pravni fakultet u Nišu.

Po osnovu industrijske svojine zaštita se pruža u obliku industrijskog dizajna, kao subjektivnog prava industrijske svojine. Ovo pravo se priznaje stvaraočima uz ispunjenost materijalnopравnih i formalnopравnih uslova.

Industrijski dizajn je pravo industrijske svojine kojim se štiti trodimenzionalni ili dvodimenzionalni izgled celog proizvoda, ili njegovog dela, koji je određen njegovim vizuelnim karakteristikama, naročito linijama, konturama, bojama, oblikom, teksturom i/ili materijalima od kojih je proizvod sačinjen, ili kojima je ukrašen, kao i njihovom kombinacijom.

Proizvod je industrijski ili zanatski predmet, što uključuje i delove koji su namenjeni za spajanje u složeni proizvod, pakovanje proizvoda, grafičke simbole i tipografske znake, ali ne i kompjuterske programe.³ Zakonom su propisani materijalnopравni uslovi za sticanje prava na dizajn. Ti uslovi su novost i individualni karakter.

Industrijski dizajn se smatra novim ako identičan dizajn nije postao dostupan javnosti pre dana podnošenja prijave, kao i ako već nije podneta prijava za priznanje identičnog industrijskog dizajna. Industrijski dizajni se smatraju identičnim ako se razlikuju samo u nebitnim detaljima. Razlika u nebitnim detaljima postoji ako ih informisani potrošač na prvi pogled ne razlikuje.

Industrijski dizajn ima individualni karakter ako se ukupan utisak koji ostavlja na informisanog potrošača razlikuje od ukupnog utiska koji na njega ostavlja bilo koji drugi industrijski dizajn, a koji je postao dostupan javnosti pre dana podnošenja prijave industrijskog dizajna, ili dana priznatog prava prvenstva. Smatra se da je industrijski dizajn postao dostupan javnosti ako je objavljen, izlagan, korišćen u prometu, ili na drugi način otkriven pre dana podnošenja prijave industrijskog dizajna ili datuma prvenstva.

Industrijskim dizajnom ne može se zaštititi spoljašnji izgled proizvoda koji je isključivo određen tehničkom funkcijom proizvoda. Takođe, industrijskim dizajnom ne može se zaštititi spoljašnji izgled proizvoda koji mora da bude reprodukovан u svom tačnom izgledu i dimenzijama.

Postoje određeni oblici ili izgledi proizvoda koji ne mogu dobiti zaštitu u obliku industrijskog dizajna. Tako, ne mogu se zaštititi dva D ili tri D prikazi proizvoda: 1) Čiji su objavljivanje ili upotreba protivni javnom poretku ili moralnim principima; 2) Koji povređuju autorsko pravo ili prava industrijske svojine drugog lica; 3) Koji sadrže državni ili drugi javni simbol ili skraćeni naziv neke zemlje ili međunarodne organizacije ili religiozne i nacionalne simbole, kao i njihovo podražavanje, osim po odobrenju nadležnog organa.

³ Čl. 2, st. 1 i 2, Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, Sl. glasnik RS, 104/09

Industrijski dizajn koji predstavlja, odnosno sadrži lik nekog lica, može da se zaštititi samo uz izričitu saglasnost tog lica, odnosno njegovih bliskih srodnika. Industrijski dizajn koji predstavlja, odnosno sadrži lik istorijske ili druge umrle znamenite ličnosti može se zaštititi uz dozvolu nadležnog organa i pristanak njenih bliskih srodnika.

Pravo na industrijski dizajn stiče se u upravnom postupku pred Zavodom za intelektualnu svojinu, donošenjem rešenja i upisom prava u Registar Zavoda. Nosiocu prava pripadaju odgovarajuća imovinskoppravna i moralnopravna ovlašćenja. Pravo traje 25 godina od dana podnošenja prijave.

Kreacije oblikovanja upotrebnih predmeta uživaju zaštitu i po osnovu Zakona o autorskom pravu. Tako, srpski Zakon o autorskom i srodnim pravima, u sklopu egzemplarnog nabiranja nominovanih autorskih dela, navodi i dela primenjene umetnosti i industrijskog oblikovanja.⁴ Ovakva zaštita stiče se samim činom stvaranja dela, bez ikakvih formalnosti, odnosno procedure.

Najzad, tvorevine koje imaju oblik dizajna mogu u slučaju povrede dobiti neki vid zaštite i po osnovu propisa o nelojalnoj utakmici, kao najšireg okvira za zaštitu tvorevina iz oblasti intelektualne svojine.⁵ Ovaj vid zaštite se ostvaruje pred nadležnim sudom.

Osim u nacionalnim propisima, dizajn uživa zaštitu i u međunarodnim izvorima. U tom smislu, kao najznačajniji izvor univerzalnog karaktera treba spomenuti TRIPS, koji u čl. 25 i 26, pruža zaštitu kreacijama oblikovanja upotrebnih predmeta u obliku dizajna.

Etimološki, reč "dizajn" potiče od engleske reči "Design", i znači crtež ili skica, odnosno ideja izražena crtežom. Značenje reči dizajn nije jednoznačno: ono je obrazac konkretne predmetnosti, ali i teleološka projekcija budućnosti koja utiče na ponašanje u sadašnjosti. Postoje različite vrste dizajna. Sve one se mogu podeliti u više kategorija:

- Industrijski dizajn - Industrial Design, kao najšira i najstarija oblast dizajna (mašine, automobili, kućni aparati...);
- Grafički dizajn - Graphic Design (nalepnice, logotipi, plakati...);
- Dizajn mašina i mehaničke opreme - Industrial Design Engineering;
- Dizajn enterijera i nameštaja - Interior Design i

⁴ Čl. 2, st. 2, t. 7, Zakona o autorskom i srodnim pravima, Sl. glasnik RS, 104/09, 99/11 i 119/12

⁵ U skladu sa Zakonom o trgovini, Sl. glasnik RS, 53/10 i 10/13

- Tekstilni dizajn (Modni dizajn – dizajn tekstila i odevnih predmeta) - Fashion Design.

Pored navedenih, postoje i brojne podgrupe dizajna koje su rezultat razvoja tehnologije. U današnjem, tzv. digitalnom okruženju, posebno se intenzivira dizajn elektronskih medija koji obuhvata dizajn interfejsa (interface design), veb dizajn⁶, interaktivne CD-ROM-ove, kompjuterske aplikacije, virtuelne informacijske prostore, interaktivnu televiziju, dizajn novih “inteligentnih” elektronskih proizvoda i njihovih interfejsa, dizajn novih komunikacijskih tehnologija itd.

Osnovna funkcija dizajna jeste oblikovanje upotrebnih predmeta različite vrste. Dizajn je nastao sa pojavom industrijske revolucije i serijske, masovne i automatske proizvodnje roba za nepoznatog potrošača. Dizajnom se nastoji unapred predvideti ukus i potrebe pojedinih kategorije kupaca. Zadatak dobrog dizajna je stvaranje upotrebnog predmeta koji će predstavljati pomak od uobičajenih stereotipa i omogućiti ekonomski što rentabilniju proizvodnju, odnosno doneti veći profit. Dizajn mora biti privlačan i odgovarati ukusu potrošača kojima je namenjen (Besarović, 2011: 139).

Iako se često izjednačava sa stilom, dizajn, osim pukog uobličavanja proizvoda, mora ispunjavati dodatne kriterijume, u prvom redu funkcionalnosti, tehničkog kvaliteta, atraktivnosti, pouzdanosti i stvaranja odnosa poverenja između proizvoda i potrošača. Industrijski dizajn je, prvenstveno estetska kategorija, pa, stoga, ne sme biti isključivo ili bitno određen tehničkim ili funkcionalnim svojstvima proizvoda (Verona, 1978: 144). Industrijski dizajn predstavlja onaj aspekt proizvoda koji ga čini estetski atraktivnim i prihvatljivim. Dobar dizajn čini jedinstvo funkcionalnosti, ekonomičnosti i svrsishodnosti u određenim životnim uslovima. Dobar dizajn je neka vrsta renesansnog stava koji kombinuje tehnologiju, kako bi se stvorilo ono što svet nije znao da nedostaje. Savremeni dizajn pokušava odgovoriti na zahteve formalnih noviteta što dolaze od publike koja se neprestano dosađuje u društvu spektakla, užitka, potrošnje i komunikacije.

Bez obzira što dizajn ima puno dodirnih tačaka s umetnošću, on se razlikuje od umetnosti, pre svega prema svojstvu tehničke umnoživosti i korisnosti, jer je namenjen za ljudsku upotrebu. Dok je dizajn funkcionalan, umetnost je nefunkcionalna. Takođe, umetnost je unikatna, a dizajn uglavnom nije. Dizajn

6 Veb dizajn (engl. Web design) predstavlja grafičko osmišljavanje ili dizajniranje internet stranice. Veb dizajn je širok pojam koji obuhvata različite veštine, standarde i discipline koji se koriste u proizvodnji i održavanju internet stranica. Oblasti veb dizajna obuhvataju: veb i grafički dizajn, dizajn interfejsa, autoring, uključujući standardizovani kod, korisničko okruženje i optimizaciju za veb pretraživače.

je u osnovi racionalan, a umetnost karakterišu spontanost, ekspresivnost, tajanstvenost, tj. nepragmatična, individualistička, u osnovi nepredvidiva i često iracionalna priroda.

U svakodnevnoj primeni reč "dizajn" obuhvata sve industrijske predmete masovne i maloserijske proizvodnje (nameštaj, odeću, grafički izgled časopisa i td.). U načelu, dizajn kao primenjena umetnost bavi se organizacijom i kreacijom vizuelnih elemenata (linija, boja, kontura i sl.) na dvodimenzionalnoj podlozi (grafički dizajn, veb dizajn) ili u trodimenzionalnom prostoru (arhitektonski dizajn, grafički dizajn, industrijski dizajn).

Kulturološko značenje dizajna čvrsto je određeno njegovim mestom u protoku simboličkog ili finansijskog kapitala, što znači da se dizajn u savremenom društvu uglavnom pojavljuje u sve složenijem komunikacijskom procesu savremenog društva (npr. grafički dizajn novina, plakata, knjiga ili veb dizajn) i u tržišnoj razmeni dobara (industrijski dizajn). U tom smislu, značenje dizajna u savremenoj kulturi određuje se njegovom funkcionalnošću, komunikativnošću, dostupnošću i jasno određenim mestom u razmeni informacija, roba i usluga. Osnovna svrha dizajna ipak nije umetnost. Zajednička nit između dizajna i umetnosti jeste komunikacija. Razlika je samo u tome što dizajn predstavlja dvostranu komunikaciju, dok umetnost, po pravilu, predstavlja komunikaciju u jednom smeru.

Umetnički oblikovani predmeti su samosvrhoviti, služe za gledanje i za slanje poruka, pa se njihova svrha ostvaruje u umu posmatrača, dok dizajnirani predmeti služe kao sredstvo komunikacije između potrebe korisnika (ne posmatrača), samog korisnika i dizajnera. Takođe, savremena umetnost i dizajn su komunikacija. Savremena umetnost je često konceptualistički orijentisana, nosilac je određenih poruka, teži tome da bude interaktivna, odnosno ima funkciju odašiljanja informacija određene vrste.

Dizajn nastaje iz objektivnih i pragmatičnih potreba, a umetnost ne. Dizajn uvek mora nositi duh vremena u kojem se stvara, i to ne onog koji je trenutno aktuelan, nego onog kojem se teži. Istina, u konačnom i dizajn može biti umetnost i on to često i jeste. Dizajn je oblast ljudskog delanja koja nije uokvirena zakonitostima ili šablonima, već dopušta i zahteva kreativnost i slobodu. A to su ključne karakteristike umetnosti, u najširem smislu. Stoga, umetničko osmišljavanje predstavlja samo početnu fazu u procesu dizajniranja. Na današnjem civilizacijskom stupnju razvoja, umetnost i dizajn doživljavaju svoj procvat i prolaze kroz vrhunac svoje sinteze. Briše se čvrsta granica između umetnosti i dizajna, pa često dizajn postaje umetnost, a umetnost se u određenim uslovima i, zarad određenih potreba, pretvara u dizajn.

2. Fenomen mode i modnog izraza

Moda (lat. *modus* - način, pravilo, ritam, vreme) je termin koji označava popularne stilove i trendove u raznim sferama ljudskih aktivnosti i razmišljanja vezane za određeni vremenski trenutak. Termini "moderan" i "nemoderan" predstavljaju indikator usaglašenosti nečega sa trenutnim zahtevima modnog izražavanja. U svakodnevnom životu termin "moderan" obično se koristi u pozitivnom smislu, kao sinonim za glamur, sjaj, lepotu i stil. Međutim, ovaj termin se koristi i u negativnom kontekstu, kao sinonim za hir, dnevni stil, pa čak i kič.

Moda je sredstvo identifikacije i socijalizacije, simboličke komunikacije i izraz hedonizma. Moda, kao dinamički čin kratkog trajanja, može se podvesti pod kontekst preobražaja okvira života i društva. Moda je socijalna i interdisciplinarna kategorija inspirisana postavkama raznih nauka: od istorije umetnosti, sociologije, psihologije i filozofije, do etnologije, antropologije i semiologije. Moda je sistem znakova koji komunicira neodvojivo od ljudskoga tela, u određenom vremenu i prostoru. Moda je sredstvo identifikacije, socijalizacije i simboličke komunikacije.

O modi možemo govoriti tek od 16. veka. Ipak, prvi modni dizajner koji nije predstavljao samo "običnog" krojača bio je Čarls Frederik Vort (1826–1895). Nekada su modu promovisali aristokratski slojevi društva. Moda se širila iz viših ka nižim slojevima u obliku koncentričnih krugova. Tako, dok bi moda stigla do nižih slojeva, viši slojevi su već imali novu modu.

Pojam „moda“ je veoma teško definisati, jer pored objektivnih obuhvata i subjektivne elemente dobrog ukusa i stila u svim sferama čovekovog društva. Nesporno je da moda ima svoj diskurs i sistem, kojeg čine proizvodnja, tržište tekstila, identitet proizvođača, žigovi, tendencije, lideri – „trendseteri“ itd. Prvi pokušaj definisanja mode učinio je filozof Adam Smit, koji je istakao da moda ima centralno mesto i snažan uticaj u oblastima koje podrazumevaju ukus (naročito, književnost, umetnost, odevanje i sl.), a da ima manji uticaj na moral. Imanuel Kant govori o modi kao promenljivom načinu na koji živimo. Georg Zimel definiše modu kao sociološki fenomen kojem su podređeni mnogi delovi socijalne sfere – jezik, držanje, ophođenje, maniri i odeća kao njena najraširenija materijalizacija. Takvo viđenje podržava i filozof Žil Lipovetski koji kaže da je moda generalni ljudski mehanizam, kao i da je teško pronaći sferu ljudske delatnosti u kojoj moda nije uticala na određene promene. Rolan Bartež je rekao da je moda „industrija i sistem značenja“.

Neki teoretičari modu vezuju isključivo za odeću. Međutim, evidentno je da nije svaka odeća deo mode. Između ostalog, ljudi su se oblačili i pre nego što je upotrebljena reč „moda“, odnosno pre nego što je moda i nastala. Odeća i obuća su prvobitno pravljeni iz čisto utilitarističkih i pragmatičnih pobuda - da pokriju

i zaštite telo. U ranim civilizacijama odeća je imala ulogu da pokaže status i izrazi kulturološke ideale društva u kome je nastala.⁷

Danas moda predstavlja jedan od značajnijih fenomena modernog sveta. Prevažno percipirana kao kompleksan deo društvenog razvoja, moda ima veoma važnu ulogu u procesu samoostvarenja, kreacije identiteta i diferencijacije. Moda predstavlja strukturirani autonomni sistem znakova i značenja. Karakteristike materijala i forme, koje oduvek pripadaju odeći, moda pretvara u znak, u dominaciju znaka i značenja, u kompleksni strukturirani modni sistem. Moda, koja nije imanentna samo odevanju, predstavlja višeslojni sistem znakova koji se dinamički menjaju u ritmu sezonskih izmena, kao refleks duha vremena. Karakteriše se dominacijom stila koji se postupno troši i ustupa mesto novim značenjima i izrazima. Moda se ciklično pojavljuje, nestaje i vraća u sličnoj ili modifikovanoj formi i uvek je produkt i refleks ukusa i potreba trenutka.

Savremeno društvo postaje sve više vizuelno društvo ili vizuelna civilizacija, jer se modna industrija, usled socijalno isprovocirane potrebe približavanja aktuelnim estetskim idealima fizičke lepote, ustalila kao jedan od značajnijih činilaca modernih tržišnih ekonomija.

S obzirom da brzina smenjivanja modnih pravila, izazvanih industrijskom proizvodnjom i obrnuto, postaje sve intenzivnija, savremena moda se često naziva i atomističkom. Na taj način, moda, naročito u oblasti odevanja, pretvara se u svojevrsan *perpetuum mobile* (Vujačić, 2007), koji se ciklično obnavlja i vraća, ali nikada u potpuno istom obliku. Vraćanje mode je, zapravo, više podsećanje na staro (tzv. retromoda).⁸ Treba istaći, da modu „komzumira« samo deo grupe, a celina se nalazi na putu prema njoj. Početni modni impulsi (tzv. ekskluziva) prestaju biti moda kada postanu opšteprihvaćeni. No, nestankom različitosti započinje rad na lansiranju drugih novina, kao što se u procesu ispunjenja grupe modom stalno iznova pokušava standardizovati postojeći novitet uvođenjem u opštu upotrebu, po principu sheme ekskluzivost-običnost-ekskluzivnost (Žunić, 1994: 65). S tim u vezi, kao osnovni mehanizmi mode mogu se izdvojiti novost, prolaznost, masovnost i izrazita osrenutost sadašnjosti. A suštinski imperativ mode, odnosno zakonitosti po kojoj funkcioniše, jeste proces standardizacije, to jest uvođenja „retkosti ili novine u opštu i univerzalnu upotrebu, zatim prelaska na drugu retkost ili novinu kada je prva prestala to da bude« (Todorović, 1980: 16).

7 Stari Grci i Rimljani su bili prvi koji su dali imena različitim modelima obuće koji su postali osnova za neke stilove u obući danas, kao što su sandale, nanule...

8 Smatra se da se na svakih dvadesetak godina, koliko je potrebno da stasa nova generacija koja ne pamti prethodnu modu, osvežava sećanje ali i koncept karakterističan za neku raniju modu.

Kao sredstvo simboličke komunikacije, modni mehanizam se može posmatrati i kroz sferu socijalizacije i individualizacije. Moda je, naime, iracionalni fenomen koji se dobrovoljno prihvata. Za modu nije presudan princip lepote: moda je proces stalnih promena koje obično nemaju svrhu poboljšanja predmeta u estetskom ili funkcionalnom smislu, već je promena sama sebi cilj. Težnja ka novom izgledu, koja oslobađa od starog, stavlja nas u zavisian položaj od noviteta i društveno isprovocirane, veštačke želje da se on usvoji. U savremenom društvu vizuelni identitet manje određuje tradicija a više stil života koji može da se bira i po želji menja. Moda je, u tom smislu, kompromis između individualnosti i konformiteta.⁹

Kod dizajna za neumetničke svrhe oblik upotrebno predmeta proizilazi iz njegove funkcije, odnosno svrhe za koju se dizajnira.¹⁰ To što oblik proizilazi iz funkcije ne znači da takvi predmeti ne mogu imati umetničku vrednost, jer neka funkcija se može zadovoljiti na više načina i oblik nije uvek u potpunosti definisan funkcijom. To umetnicima i dizajnerima daje slobodu da predmet oblikuju tako da ima i estetsku vrednost, da bude lep i privlačan. Čak i onda kada se dizajn koristi samo u umetničke svrhe, može se reći da oblik proizilazi iz funkcije.

Budući da je jedno od temeljnih svojstva dizajna funkcionalnost, tj utilitarnost, možemo reći da su larpurlartizam i dizajn dva u potpunosti oprečna pojma. Jer, dizajn ne služi samo za estetski užitek i ne postoji samo radi umetnosti, već uvek ima svoju funkciju. Iako teži da ima estetske kvalitete i da bude umetnost, dizajn nikada nije samo umetnost. Upotrebni, odnosno odevni oblik određen je materijalom, oblikom funkcijom. S druge strane, modni predmet određen je i tehnologijom koja ga čini realnim, standardizovanim i samosvojnim, koji kao takav nalazi put do potrošača. Pojava dizajna kao procesa pronalaženja rešenja za standardizovanu masovnu proizvodnju (i potrošnju) modnom proizvodu je obezbedila ne samo plasman na tržište, već i trasirala put u demokratizaciju.

Ako posmatramo istoriju odevanja zaključićemo da je nivo pojedinačnih, unikatnih i skupih kreacija ustanovio visoku modu koja znači ekskluzivnost odevanja koja je oduvek pripadala eliti (Barthes, 1983: 38). Sa druge strane, modni dizajn u funkciji industrijske masovne i standardizovane proizvodnje, podrazumava obezbeđivanje robe, odnosno gotovih proizvoda odevne prirode

⁹ Iako je pojam mode najviše povezan sa odećom, ne potpada sva odeća pod modne norme. Kao prvo, pojava odeće je mnogo starija od fenomena mode. I drugo, ne podležu svi kulturni odevni obrasci pod modna pravila.

¹⁰ Primera za to ima svuda u realnom životu. Jedan od važnijih ljudskih pronalazaka, točak, takođe, ima oblik koji proizilazi iz njegove funkcije. On je savršeno okrugao (ili bi barem trebao biti) što mu omogućuje lakše kotrljanje, a vozilima s točkovima omogućuje lakše kretanje. Još jedan važan ljudski pronalazak bilo je koplje koje mu je omogućilo preživljavanje. Koplje ima izdužen oblik koji lovcu omogućuje lakše bacanje, a koplju duži let kroz vazduh.

za znatno realniju cenu koja je primerena "za svakog čoveka". Ovakvo dizajniranje uspostavlja opšti proces demokratizacije modnog odevanja, u smislu shvatanja odeće kao statusa pripadnosti i slobode, a ne simbola moći privilegovanih pojedinaca.

3. Nastanak i razvoj modnog dizajna

U principu, modni dizajn predstavlja primenjenu umetnost. Reč je o ljudskoj duhovnoj delatnosti kojom kreator, koristeći likovne elemente i estetske principe, izražava svoja osećanja i stvara originalnu, prijatnu, harmoničnu i estetski vrednu kreaciju. Modni dizajn je primenjiv jer, pored duhovne i estetske vrednosti ima i praktičnu - upotrebnu funkciju i služi zadovoljenju ljudskih potreba. Dakle, modni dizajn je primenjena umetnost koja se "nosi". Spona između čistog dizajna i umetnosti bila bi primenjena umetnost, koja je bliža samom pojmu dizajniranja.

Suštinski, modni dizajn je umetničko oblikovanje originalne odeće i pratećih detalja - aksesuara koji zadovoljavaju vizuelne, estetske, kulturne i funkcionalne kriterijume. Ono što neko umetničko delo ili kreaciju čini vrednijim i drugačijim u odnosu na druge su elementi koji su korišćeni u njihovom komponovanju (oblikovanju), kao i estetski principi – načela po kojima je stvarano. Kao što umetnik koristi različite elemente kompozicije i principe komponovanja da bi stvorio estetski vredno umetničko delo, modni dizajner koristi elemente i principe modnog dizajna da bi realizovao svoju kreatorску imaginaciju i viziju i ostvario zapaženu i estetski vrednu kreaciju, u kojoj svi delovi čine jedinstvenu, prijatnu i harmoničnu celinu. Elementi modnog dizajna su sastavni vidljivi (vizuelni) i gradivni delovi, komponente odeće i aksesuara. Pojedinačno ne moraju da znače mnogo, ali ako su vešto i skladno spojeni čine harmoničnu celinu. Elemente modnog dizajna čine: linija, oblik, tekstura, valer i boja.

Istorijski posmatrano, kreiranje odevnih predmeta predstavlja veoma staru delatnost koja je nastajala i razvijala se uporedo sa razvojem ljudskog društva. Sa pojavom prvih materijala počelo je i kreiranje odevnih predmeta različite vrste – najpre primitivnijih, a vremenom sve savršenijih.¹¹ O pravnoj zaštiti odevnih kreacija i modi, kao njenom neizbežnom pratiocu može se govoriti znatno kasnije. Prvi dizajneri bili su zanatlije, koji su ne samo dizajnirali predmete, već ih

11 Najstariji „krojači”, bolje reći izumitelji tehnike šivenja bili su lovci kamenog doba. Tehnika prvobitnog šivenja sastojala se u skidanju kože sa životinje oštirim nožem potom su se na osušenoj koži, tj. krznu pravile svrdlom rupe i, na kraju, kroj uvezivao kaiševima od kože ili, u toplijim krajevima, vlasima trave. Najveći izum prvobitnih krojača jeste igla sa ušicama koja je zajedno sa dugmadima i kopčama pronađena u pećinama srednje Evrope i švajcarskim selima pre 40.000 godina.

i sopstvenim rukama i izrađivali. Vremenom dizajneri su dobijali sve značajniju ulogu u društvu i praktično spajali umetnost, preduzetništvo i potrošačku ideologiju. Danas su modni dizajneri - ideolozi mode. Oni diktiraju „šta će se sve nositi ove sezone«, „šta je modni imperativ naredne sezone«, koje su boje neizostavne« i sl. Njihove sugestije, plasirane u štampi i medijima, prihvataju se gotovo bespogovorno, od strane miliona modnih poklonika širom sveta, što je svojevrsni specifikum modernog društva. Savremeni kreatori, takođe, imaju velike ambicije da odevne predmete kvalifikuju kao umetnička dela. Oni, neretko, prave odeću koja je podesnija za izložbe u galerijama i muzejima nego za stvarnu upotrebu. Mada, dešava se i obrnuto. Odnos mode odevanja i umetnosti ogleda se i u ambijentalnoj vezi ili simboličkim interaktivnostima. Granicu između mode i umetnosti tada je teško odrediti, s obzirom na to da njihovi tvorci potenciraju višeslojnost značenja odevnih predmeta.¹²

Dizajn je nastao onog trenutka kada je odevnoj kreaciji data svrha, odnosno kada je funkcionalnost upotrebnog, tj. odevnog predmeta prešla u estetičnost i umetnost. Tada je umetnost postala dizajn. Umetničko delo ima jednu jedinstvenu funkciju, a to je dekoracija. Za razliku od njega, dizajn je upotrebljiv, praktičan i funkcionalan, on služi svrsi iako njegove estetske vrednosti imaju osnova da postanu deo dekoracije. Dizajn prati trendove, povezan je s modnim hirovima i zato se permanentno i brzo menja i razvija.

Dizajn, u pravom smislu reči, razvija se sa pojavom masovne proizvodnje i potrošnje. Za stvarni početak dizajna smatra se 19. vek, doba industrije. Ključnu ulogu odigrali su veliki pronalasci, koji su uslovlili razvoj dizajna.¹³

U vreme oktobarske revolucije dominira čist formalistički stil, dizajnerska dela svode se na njihovu upotrebljivost, a dekorativna estetika na proste i minimalističke forme.¹⁴ Sa druge strane, stvara se radikalni kritički pokret dadaizam koji unosi jednu potpuno novu estetiku i novu filozofiju umetnosti i dizajna.

Prve decenije 20. veka posvećene su eliti u društvu. Tadašnji dizajneri okreću se aerodinamičkom dizajnu. Pedesetih godina 20. veka u modu se vraća organski stil, i pored masovne potrošnje. Šezdesetih godina stvara se vrlo funkcionalan

12 To je slučaj kada dizajneri odećom šalju izvesne poruke i ideje preuzete iz umetničkih pravaca, aktivno saraduju sa poznatim umetnicima, vizuelno podržavaju, to jest aranžiraju njihova ostvarenja. Neke čuvene modne kuće (npr. **Prada**) sponzorišu ih stvaraju sopstvene muzeje savremene umetnosti, i na taj način stvaraju jaču vezu sa svetom umetnosti.

13 Kraj 19. veka obeležio je organski Arts’N Crafts stil. Posle Prvog svetskog rata razvija se novi stil Ar Nuvo. U Nemačkoj ovaj stil nazivaju jungend stilom, a u Beču secesijom.

14 Po ovim načelima, javlja se škola Bauhaus, ruski pokret konstrutizam i holandski pokret De Stejl.

i redukovani dizajn. Osamdesete godine obeležene su dizajnom jarkih boja i svetlosnih efekata. Tada dizajn postaje deo biznisa i džet seta, odnosno kulturni i kulturni događaj. Devedesete godine su prekretnica iz elektrotehničkog u informatičko društvo. Dizajneri se gube u ovoj eri predinformatičkog društva. Masovna proizvodnja i masovna potrošnja sve više uzimaju maha.

Krajem 20. veka ljudsko telo poprima novo značenje i pažnju kao pozornice pojavnosti.¹⁵ Fokus pažnje usmeren je ka problemu uobličjenja tela u idealni oblik. Uz to, pojavljuju se i prvi znakovi postmoderne na polju mode i odevanja. Koriste se različiti i ponekad oprečni stilovi ili istorijsko-etnička obeležja koji formiraju novu hibridnu celinu.¹⁶ Modna scena žudi sve više ka skandalu, šoku i iznenađenju. Suštinski, od polazne premise i uobičajne potrebe da "se-nosi-odeća", došlo se do novog redefinisano postulatata i poimanja da "se-nosi-telo".¹⁷

4. Vrste modnog dizajna

Modni dizajn se primenjuje na različite načine i u različitom obimu u zavisnosti kojim subjektima i kom cilju je namenjen. Glavne vodilje modnog dizajna nekada su bile kreativnost namene i svrha. Postoje tri bitne, generalne oblasti koje obuhvataju celokupnu oblast modnog dizajna. To su: visoka moda, konfekcija (spremno za nošenje) i masovna konfekcija.

Visoka moda - "Haute couture" je francuski termin za „Visoku modu“. Ona predstavlja praktično unikatno idejno rešenje odevnog predmeta, ručno izrađeno, najčešće po narudžbini, i uglavnom za poznatog kupca. Reč je o kreiranju visoko ekskluzivne mode prema narudžbini. Odevni predmeti izrađuju se od vrhunskog materijala, a cena ne predstavlja limitirajući faktor.

Izraz „Visoka moda“ prvobitno se vezivao za rad engleskog kreatora Čarlsa Frederika Vorta, koji je delao u Parizu sredinom 19. veka. Udruženje Parižana visoke mode osnovano 1868. godine i danas postoji u okviru Francuske federacije mode „Spremnih za nošenje“ i „Visoke mode“ modnih dizajnera, osnovane 1973. godine. Članovi ove Federacije danas su sva imena koja znače u modnom svetu i koja diktiraju modne trendove.¹⁸ Danas velika većina ovih imena opstaje zahvaljujući vođstvu timova dizajnera i orijentaciji ka drugim pravcima modnog dizajna. Ipak, ni jedno od pomenutih imena više nema kao glavni izvor prihoda

15 Crveni, kožni „korset“ Alexandra McQueena rađenog za Givenchy u kolekciji jesen/zima 1999. godine najbolji je primer konvertiranja materijala u realističnu drugu kožu.

16 Primer najbolje je vidljiv na ženskom kompletu dizajnera Galliana, 1996. godine.

17 Pravi primer za tu konstataciju su japanski dizajneri Shinichiro Arakawa i Jun Takahashi.

18 Neka od najpoznatijih imena su Christian Dior, Escada, Givenchy, Jean Paul Gaultier, Kenzo, Nina Ricci, Valentino, Louis Vuitton i drugi.

i dominantni pravac oblast „Visoke mode“, s obzirom da su često prihodi manji od troškova proizvodnje. Stoga, oni se sve više okreću akcesornim delatnostima, proizvodnji luksuzne robe, kao što su parfemi, cipele, nakit i sl.

U savremenoj Francuskoj „Visoka moda“ predstavlja zaštićen pojam koji mogu koristiti samo one firme koje zadovolje tačno propisane standarde. Iako je svake sezone inovativna i drugačija („Pret – a – porter“) moda sledi određena konvencionalna pravila, usklađena između više dizajnerskih kuća radi definisanja jedinstvenog i zajedničkog trenda. Nasuprot tome, „Visoka moda“ dopušta znatno veću kreativnu slobodu, ne teži tome da bude univerzalna, ili da pripada nekom stilu ili trendu, već, da bude drugačija, da ima status umetničkog dela. Kreacije se često oblikuju skulpturalno, prkoseći konstrukcijskim uzusima i često su inspirisane istorijskim stilovima.¹⁹ „Visoka moda“ se želi izdici iz „potrošačkog ludila“ koje karakteriše „Pret – a – porter“ modu, želi biti nešto više od toga, teži umetnosti i izazvati čisti vizualno/estetki užitek, dok je svojstvo funkcionalnosti često zanemareno. Kod „Visoke mode“ modni dizajneri su limitirani diktatima tržišta i njihova kreativnost i produktivnost determinisani su ekonomskim faktorom, tj. očekivanim profitom koji može doneti kolekcija.

Konfekcija „Spremno za nošenje“ („Pret – a – porter“) - Ova oblast modnog dizajna predstavlja prelaznu oblast između visoke mode i masovnog tržišta, tzv. „Masovnog modnog dizajna“ ili „Masovne konfekcije“. „Pret-a-porter“ je francuski izraz za odeću visokog kvaliteta (dizajna i materijala), ali koja nije unikatna. Reč je o predmetima koji su sačinjeni bez ili sa minimalnim ručnim fazama izrade, dakle, uglavnom mašinski, odnosno industrijski. Dizajn je ovde klasičan, kvantitet je relativno mali, i ova grupa spada u srednju ili srednju-višu kvalitativnu i cenovnu kategoriju odevnih predmeta. Takva odeća plasira se na tržište u standardnim veličinama (koje odgovaraju većini ljudi) i proizvodi se serijski. Ova konfekcija naziva se još i „Ready-to-wear“. Neke modne kuće ili dizajneri kreiraju „Pret-a-porter“ linije za masovnu industrijsku proizvodnju, dok drugi nude vrlo ekskluzivne linije i proizvode se u ograničenom broju i vremenu. Ova odeća je često i, po pravilu, praktična i neformalna.

Najveći broj kompanija na tržištu modnog sveta spada u ovu kategoriju, zbog brzog obrta kapitala. Kompanije iz ove oblasti, obično, vremenom prelaze na masovnu konfekciju ili se odlučuju za ograničavanje svojih serija, izradom, kvalitetnije konfekcije od masovne. „Pret-a-porter“ kolekcije se obično predstavljaju svake sezone tokom „Nedelje mode“ („Fashion Week“). Modne kuće koje inače proizvode „Haute couture“, takođe proizvode „Pret-a-porter“, koji donosi veći profit zbog masovnosti proizvodnje.

19 Npr. barokom, orijentalnom, ili japanskom tradicijom.

„Masovna konfekcija“ - Ova konfekcija se pojavila sa nastankom indu-strijske proizvodnje u masovnim razmerama. Ona pokriva širok spektar kupaca i isti modeli se prodaju u većem broju država. Robni žigovi u proizvodnom i tržišnom smislu sve više gube na smislu i značaju, jer se oznake našivaju i skidaju i po potrebi roba prodaje pod drugim žigom. Ova konfekcija dostupna je u standardnim veličinama i najčešće je sačinjena od jeftinih materijala ne baš zadovoljavajućeg kvaliteta (Ibanez, 2009).

Osnovni cilj kod ove vrste konfekcije je proizvesti „priuštvu modu“ dostupnu i najnižim slojevima društva. Kreativnost praktično ne postoji, jer se, uglavnom, kreacije poznatih imena u svetu mode samo pojednostave i prilagode, tako da njihovi materijali i izrada budu jeftini. Dolazi do potpunog umanjenja značaja dizajna koji postaje praktično obesmišljen.²⁰ Naravno, kvalitet ovde nije u prvom planu, ali je želja da se nosi tzv. firmirana garderoba, koja je uz to u trendy i udobna, apsolutno zadovoljena. Ova sfera modnog dizajna se populariše i kupci koji jednom pređu u ovu sferu jako teško se kasnije vraćaju u više nivoe modnog dizajna.

Možemo zaključiti da će se u budućnosti striktno granice između navedenih generalnih oblasti modnog dizajna sve više transformisati i gubiti, neke će potpuno izumreti a nove će nastati.

5. Sumarna razmatranja

U današnje vreme moda igra sve značajniju ulogu u životu čoveka. Šta više, moda postaje kulturni i kulturni fenomen. Ona postaje deo vizuelne kulture kojom stvaramo predstavu kakvom želimo sami sebe da prikažemo, a samim tim i kakvim nas drugi ljudi vide. Garderoba i modni izraz su sve više pokazatelji mesta i uloge čoveka u društvu, njegovog statusa i moći.

Postindustrijsko društvo karakterišu: prevlast informacijskih tehnologija, kultura slike umesto kulture teksta i dominacija naučnog pristupa umetnosti i životu. Društveni identitet gubi sadržaj i prestaje propisivati uzuse ponašanja. Povećava se potencijal individualizacije i pluralizacije životnih stilova zbog sve značajnije ponude simboličkih sredstava. Postindustrijsko društvo je društvo spektakla, masovnih medija i vizuelnih komunikacija, u kojem masovna i popularna kultura potiskuju elitnu kulturu. To je društvo trijumfa materijalnosti nad idealizmom.

Modernost uključuje sledeće koncepte: verovanje u mogućnost ljudskog napretka, racionalno i ciljno planiranje, verovanje u superiornost racionalne

²⁰ Neke od najpoznatijih marki u ovoj kategoriji su H&M ili C&A, mada su za njih već kreirala neka poznata imena iz sveta mode: Cavalli, Stella Mc Cartney i drugi.

misli u poređenju s emocijama, veru u sposobnost tehnologije i nauke da rešavaju ljudske probleme i verovanje u sposobnost i prava ljudi da oblikuju vlastite živote. Savremenu modu karakteriše teatra-lizacija društvenih uloga i težnja ka individualizaciji i razlikovanju. Stoga, ako je dizajn moderne epohe doba proizvodnje, postmoderna je doba simulacije stvarnosti.

Sam termin “moderno” je dvoznačan: svaka je umetnost moderna u doba svog nastanka. Postmoderna je ili protiv moderne ili je njen nastavak koji preispituje njene premise. Postmoderna odbacuje sve ono što je glorifikovao modernizam – autoritet razuma, istinu, verovanje u mogućnost čovekovog savršenstva i ideja da je uvek moguće stvoriti nešto u svim segmentima društva. Postmoderna dekonstruiše i dezavuiše postojeće ideje i vrednosti i iznosi tezu da jednakost i sloboda nisu prirodno stanje društva, već nametnuto. Postmoderna odbacuje vrednosti poput ega, svrhe, smisla, stvarnog sveta i istine. Ona odbacuje primat naučnih činjenica u formiranju našeg pogleda na svet i nanovo usvaja stare koncepcije bezosećajne percepcije. Koncepcija postmoderne je varljivost, nesigurnost, neizvesnost, sumnja i podeljenost. Moderna je elitistička i insistira na nejednakosti. Postmoderna je populistička, norma više nije ukus elite, već sviđanje širokih masa (Breward, 1995: 16).

Globalno povezivanje putem medija i informatičkih mreža uveliko utiče i na razvoj mode. S druge strane, i sama moda danas ima funkciju medija. Modna odeća je nosilac informacija različite prirode. Sve društvene grupe kao i pojedinci sa svojom socijalnom okolinom međusobno komuniciraju odećom ili modnim izrazom - „jezikom odeće“. U tom smislu, moda sve više postaje emiter informacija. Ali, ne samo prostih podataka, već mnogo više od toga, sa ciljem da privlači ili odbija, fascinira ili zastraši. Lepo dizajnirana odeća emituje mnoštvo raznovrsnih informacija o svom nosiocu, o njegovom socijalnom položaju, finansijskom stanju, nivou kulture i ukusa, senzibilnosti, seksualnoj orijentaciji i etničkoj ili religijskoj pripadnosti.

Moda je čvrsto povezana i sa medijima svih vrsta. Ključnu ulogu ima reklamno ubeđivanje potrošača, koje se, prvenstveno bazira na robnoj estetici, kao “kompleksu materijalnih pojava koji je nastao iz robne forme proizvoda, i koji je otuda uslovljen čulnim subjekat-objekat odnosima” (Hang, 1981: 3). Kao što moda ne može bez medija, tako i mediji ne mogu bez mode, jer modne kompanije financiraju medije. I sama moda ima status medija, jer iz sebe odašilje informacije, pošto ljudi svojom odećom interaktivno komuniciraju sa okolinom.

U današnjem, tzv. digitalnom okruženju, imperativ predstavlja uspo-stavljanje brze i efikasne komunikacije na globalnom nivou, pa se, stoga, sve više pažnje polaže na vizuelni identitet. Saglasno tome, komunikacija modnim izrazom predstavlja veoma značajan segment sveukupne ljudske komunikacije. Primetno

je postojanje sve veće potrebe određenih kategorija ljudi da se vizuelno legitimišu i diferenciraju kao pripadnici određene društvene socijalne, kulturne grupe, sloja ili kategorije. Kao posledica toga ustanovljava se jedan novi pojam, tzv. „dress code“. Reč je o pisanim i vrlo često nepisanim pravilima oblačenja.²¹ U komunikološkom smislu, osoba odevena na određeni način ili po određenim pravilima, šalje dnevnu poruku o sebi svakom koga sretne toga dana. Takođe, osim opštih, izabrani „dress code“ može da emituje i mnogo intimnije poruke o svom nosiocu. Modu danas u potpunosti možemo tumačiti kao sistem znakova i neverbalan način komuniciranja.²² Unutar svake kulture postoji dominantan modni stil koji se vremenom menja (Hollander, 1993: 136). On određuje opšti „dress code“ unutar te zajednice. U svakom društvu koje se smatra modernim modni mejnstrim se permanentno i ciklično menja. Danas je širenje mode putem časopisa postalo masovna pojava.²³

Nema sumnje da moda poseduje svet vizuelne kulture i postaje transponder između slika, tela i robe. Moda postaje spektakl slike tela. Telo je svrha ili sredstvo identiteta. Ono iskazuje stil i individualnost, vrši redizajniranje sopstvene „prirode“ u skladu sa promenama i zahtevima spoljne i unutrašnje okoline. Modni dizajneri od svojih revija nastoje stvoriti kultne spektakle koji će biti tema razgovora i pažnje u dužem periodu. Modni dizajneri, novi tumači i gospodari naših želja, shvataju i gledaju na potrošača kao sezonskog zavisnika. Moda se iskazuje kao autonomni sistem koji našim željama uzvraća modnim diktatom. Modni dizajneri svojim kolekcijama „predviđaju“ modnu budućnost i nove modne ideje i trendove. Svi sa znatiželjom i nestrpljenjem očekuju da vide i čuju tzv. „prask mode“! Moda je periodična promena stila, manje ili više prisilnog karaktera, jer skoro i da ne zavisi od potrošača. Moda nije u potpunosti stvar činjenične, nego i društveno nametnute promene i stoga je deo dinamičnih zakona društva.

Potrošačko društvo je programiranje svakodnevnog života i sve postaje izveštačenost i obmana koji služe interesima kapitalizma i vladajuće klase. Ponuda i potrošnja vezane su za „novo“ i sve reklame ciljaju na novost proizvoda. Novo se pojavljuje kao kategoričan imperativ proizvodnje i marketinga - moda funkcioniše ubrzano, a promena i različitost postaju nezamenjivo privlačni.

21 Pisana pravila uvode se za određene kategorije državnih ili javnih službenika, kao npr. u vojsci, policiji, aviosaobraćaju, bankarstvu i sl. Nepisana ili faktučka pravila oblačenja samopoklamuju određene kategorije društva, npr. mladi određenog uzrasta, ili najbogatiji slojevi željni samopokazivanja i dokazivanja svog statusa, odnosno moći.

22 Jezikom odeće može se lagati i manipulirati, jednako kao što može i govornim jezikom. Takva laž može biti coljna ili nevoljna, čak i nesvesna.

23 To pokazuje činjenica da preko pedeset posto žena u Francuskoj redovno čita publikacije posvećene modi.

Preko dizajna i žiga proizvoda potrošači konzumiraju dinamičnost, eleganciju, snagu, promenu sredine, doba, istančanost, sigurnost i prirodnost.

Osim navedenog, jedna od osnovnih funkcija mode je kreiranje identiteta. A identitet je, upravo, imanentan modernizmu, a moda njen neizbežni pratilac. Kreiranje sopstvenog identiteta postaje glavni zadatak svakog pojedinca koji se smatra pripadnikom modernog društva i koji drži do stila. Pritom, ovo je svojstveno svim kategorijama društva, a ne samo tzv. "eliti". Moda je zahvatila sve segmente našeg života, usko je povezana s globalizacijom, a promene koje je pokrenula su nezaustavljive. Sloboda je samo privid, beg od mode danas prosto nije moguć. U današnje doba „krize duhovnosti“ moda je ta koja služi kao simulakrum. Modom, koja je u nekim segmentima, čak i nemoralna i isprazna, nadomeštava se manjak duhovnosti. Dizajn, tako, sve više postaje snažna poluga u funkciji fetišiziranja mode.

Zbog fascinacije modnim novitetima, ali i straha od socijalnog izopštenja, ukoliko se ne integrišu u najnovije trendove, „slepih“ poklonika mode sve je više. Inovacije u modi podrazumevaju i svojevrsnu prisilu, koja se manifestuje u preporuci odbacivanja tradicionalne forme i prilagođavanju novog stila. Pritisak je nevidljiv, ali socijalno osetljiv, jer ga okolina vrši na pojedinca, kao što je slučaj i sa drugim društvenim modelima ponašanja. Od stepena razvijenosti individualizma, ali i motivacionih pokretača konkretne mode zavisi koliko će, i da li će uopšte, neko prihvatiti modne novitete. Pojedinci koji slede modu to rade zbog dva osnovna razloga. Prvi je želja da se bude sličan drugima, a drugi je da se obezbedi prestiž izdvajanjem iz mase. U oba slučaja moda je imitatorski fenomen. U početku ona podvlači različitost, a kako se prihvata dolazi do sve većeg zajedništva i jednoobraznosti. Tako moda postaje globalna i, generalno, namenjena svima, iako je u datom sistemu vrednosti i rasporeda ekonomske moći ne mogu svi podjednako konzumirati.

Današnje vreme karakteriše proces rastućeg estetiziranja na području dizajna i mode. Sve manje se kupuju puki korisni artikli, kod kojih je funkcionalnost u prvom planu, već se sve više ide ka specifizmu, pa čak i ekstremizmu, kao novom modnom pravcu.

Na samom kraju, možemo izneti konstataciju da dizajn predstavlja veoma značajan faktor mode. Naravno, ne i jedini, jer na modu utiču i mnogi drugi činioci. Tu, pre svega, mislimo na žigove (marke) proizvoda, ali i na mnoge druge društvene faktore najrazličitije prirode. Ali, više od samog dizajna, čak i više od svih drugih faktora, na modu utiču dizajneri, odnosno modni kreatori. Ovo čak i onda, kada se po kvalitetu dizajna to ne bi očekivalo. Odluku šta će kupovati ne donosi više potrošač, nego proizvođači, nametanjem stila i mode, u vidu žudnje za stvarima „koje život znače“. Sve je u rukama modnih kreatora koji diktiraju

modu i modne trendove. Oni to čine snažnom propagandom, putem medija časopisa, marketinga, reklama i sl. "određivanjem" šta je „in“ a šta „out“. Na taj način, vešto se manipuliše ljudima, tako što se ljudske želje, slabosti, emocije, pa čak i frustracije koriste u cilju nadvladavanja funkcionalnosti i racionalizma. Time se postiže željeni cilj: ispiranje umova i pražnjenje džepova bogatih potrošača.

Literatura

Barthes, R (1983). *The Fashion System*, Los Angeles: University of California Press.

Besarović, V. (2011). *Intelektualna svojina*, Beograd.

Breward, C. (1995). *The Culture of Fashion: A New History of Fashionable Dress*, Manchester - New York: Manchester University Press.

Verona, A. (1979). *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb.

Zujačić, L. (2007). *Moda kao globalni kulturni i ekonomski fenomen - „centri“ upravljanja modnom scenom* [Elektronska verzija], pristup 28. septembra 2013, sa <http://www.socioloskaluca.ac.me/PDF8/Vujacic%20L.,%20Moda%20kao%20globalni%20kulturni%20i%20ekonomski%20fenomen....pdf>

Verona, A. (1979). *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb.

Zakon o autorskom i srodnim pravima. Službeni glasnik RS. Br. 104 (2009), 99 (2011) i 119 (2012).

Zakon o trgovini. Službeni glasnik RS. Br. 53 (2010) i 10 (2013).

Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna. Službeni glasnik RS. Br. 104 (2009).

Ibanez, N. (2009). *Fashion powerhouses are going to the mass market*, [Electronic version], retrieved 25. september 2013, from <http://www.examiner.com/article/fashion-powerhouses-are-going-to-the-mass-market>

Hang, F. V. (1981). *Kritika robne estetike*, Beograd: Istraživačko-izdavački centar Srbije.

Hollander, A. (1993). *Seeing through clothes*, Berkley, Los Angeles: University of California Press.

Todorović, dr A. (1980). *Sociologija mode*, Niš: Gradina.

Žunić, D. (1994). *Svakidašnji ukus — kritika moći sviđanja*, Niš: Prosveta.

Vidoje Spasić, LL.D.
Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Design in the Service of Fashion

Summary

Designing industrial objects is a very old human activity. However, the concept of design was developed much later. Nowadays, design is an important factor in producing objects for human use. Given the fact that design implies intellectual creations, they enjoy legal protection in three ways: as an industrial property right (in the form of industrial design), as an original work of art, and on the grounds of unfair competition.

There are different kinds of design and each kind has its place and importance in economic activities. In this paper, the author focuses on fashion design, which has a crucial impact on the development of fashion. Fashion, which is defined as a mode or style of dressing in a particular period, is significant in the lives of ordinary people. However, fashion is much more than that: it is a form of art, a system of signs as well as a means of communication among people.

Fashion design is the most important but not the only factor which is in the service of fashion and fashion trends. In other words, the fashion industry could not actually exist without designing practical clothing items.

Fashion is constantly and cyclically changing. In the post-industrial society, fashion has attained new dimensions and features. It is increasingly becoming a cult phenomenon and a status symbol of certain groups of people. Apart from design, there are many other subjective and objective factors that exert a significant influence on fashion. Finally, we may conclude that design has an extremely important impact on fashion but the role of fashion designers in the fashion industry seems to be much more prominent than the impact of design or all other factors, even in cases where the quality of design should actually yield a different outcome.

Key words: *industrial design, fashion design, fashion garment*

Dr Nebojša Raičević,
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.24:623.4.087

Rad primljen: 29.09.2013.
Rad prihvaćen: 07.11.2013.

DA LI SRBIJA TREBA PRISTUPITI KONVENCIJI O KASETNOJ MUNICIJI?¹

Apstrakt: Kasetna municija se sastoji iz metalnog kontejnera i velikog broja pojedinačnih eksplozivnih kasetnih bombi smeštenih u tom spremištu koja se može izbacivati iz aviona ili pomoću artiljerijskih granata ili raketa. Kasetna municija nije precizna zbog čega često dovodi do stradanja civila. Radi umanjenja štetnih posledica tog nehumanog oružja, 2008. godine je usvojena Konvencija o kasetnoj municiji. Konvencija zabranjuje upotrebu kasetne municije, zahteva uništavanje postojećih zaliha tog oružja i čišćenje kontaminiranih područja, kao i pružanje pomoći žrtvama kasetne municije. Iako je aktivno učestvovala u pregovorima za usvajanje Konvencije o kasetnoj municiji, Republika Srbija nije ni ratifikovala, niti potpisala taj ugovor. Prilikom donošenja odluke o pristupanju Srbije toj Konvenciji pažljivo se moraju izvagati vojne, finansijske i humanitrne posledice članstva u tom ugovoru.

Ključne reči: kasetna municija, Konvencija o kasetnoj municiji, Republika Srbija.

1. Uvod

Decembra ove godine navršava se pet godina od kada je Konvencija o kasetnoj municiji² (u daljem tekstu: Konvencija) otvorena za potpisivanje. Do sada je 83 države ratifikovalo Konvenciju, a njih još 30 potpisalo taj ugovor. Republika

1 raicko@prafak.ni.ac.rs

Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013 – 2018. godina.

2 Convention on Cluster Munitions, United Nations Treaty Series, No. 47713.

Srbija nije ni u jednoj od te dve grupe država. Činjenica da Srbija nije ugovornica Konvencije o kasetnoj municiji predstavlja apsurd, s obzirom da je ona bila aktivni učesnik pregovora za njeno zaključenje. Srbija je bila u grupi od 24 države koje su 2006. godine na trećoj Konferenciji za pregled primene Konvencije o konvencionalnom oružju predložila usvajanje Deklaracije o kasetnoj municiji.³ Pored toga, Beograd je bio jedan od gradova u kojem je održana jedna od konferencija (3-4. oktobar 2007) u okviru „procesa iz Osla“, unutar kojeg je usvojena Konvencija. Delagacija Srbije, takođe, je bila prisutna i na konferenciji u Dublinu (19-30. maj 2008) na kojoj je usvojen tekst Konvencije. Ipak, Republika Srbija kasnije gubi interesovanje za taj ugovor, tako da je ona danas jedina zemlja iz regiona koja nije ugovornica Konvencije.

Cilj ovog rada je da predstavi obaveze iz Konvencije, kao i da pokuša da odgovori zašto Srbija okleva da pristupi tom ugovoru. U skladu sa tim ciljem koncipirana je i struktura rada. Na samom početku dato je pojašnjenje definicije kasetne municije sadržane u Konvenciji, kao i osnovne karakteristike te municije. U narednom delu je izvršena analiza glavnih obaveza koje Konvencija nameće državama ugovornicama, nakon čega sledi prikaz pravila o međunarodnoj pomoći i saradnji. U poslednjem delu su iznete određene činjenice i zaključci koji su od zanjaja za ocenu da li Srbija treba pristupiti Konvenciji o kasetnoj municiji.

2. Pojam, karakteristike i definicija kasetne municije

Kasetna municija (kasetne bombe, klaster municija) predstavlja kompleksno oružje koje se sastoji iz metalnog spremišta (kontejnera) i velikog broja pojedinačnih kasetnih bombi (podmunicije, „bombica“⁴) smeštenih u tom spremištu.⁵ Ta spremišta se najčešće izbacuju iz aviona, ali se to može činiti i pomoću artiljerijskih granata ili raketa. Zadatak kontejnera je da kasetnu podmuniciju donese do ciljane zone. U nekom momentu nakon što spremište bude bačeno (ispaljeno ili lansirano) ono se otvara⁶ i iz njega se rasejava velika količina kasetne podmunicije. Osim na navedeni način, kasetna podmunicija

3 Final document of the Third Review Conference of the High Contracting Parties, Doc. CCW/CONF.III/11 (Part III), section XIV, p. 41.

4 U srpskom jeziku se izbegava izraz kasetne bombice (eng. *bomblets*), kako se ne bi stekao pogrešan utisak da se radi o bezazlenim napravama. Kada se u ovoj knjizi taj izraz bude koristio, one će uvek stajati pod navodnicima.

5 U našem jeziku termin „kasetna bomba“ se koristi za označavanje bombe kao celine (kontejner + podmunicija), ali i za označavanje pojedinačnih eksplozivnih naprava sadržanih u kontejneru, tj. za podmuniciju.

6 Postoji više metoda za otvaranje spremišta i oslobađanje kasetne podmunicije. Spremište se može otvoriti posle tempiranog vremena ili kada se približi tlu na unapred zadatu visinu (Geneva International Centre for Humanitarian Demining, 2009: 10).

može biti raspršena direktno iz spremišta pričvršćenog na letilici, koje se, u željeno vreme, otvara komandom iz letilice.

U osnovi, kasetna podmunicija može imati rasprskavajuće, probojno, zapaljivo ili kombinovano dejstvo. Postoje i druge vrste ove municije, poput hemijskih, bioloških i antielektro kasetnih bombi sa grafitnim vlaknima koje su namenjene da prekinu dovod električne energije izazivanjem kratkih spojeva. Kod naprednih modela kasetne municije njihova podmunicija sadrži infracrvene ili akustičke senzore koji je usmeravaju na motor vozila, čime se značajno poboljšava njena preciznost (Wiebe, 2000: 90). Pošto se uvidelo da prilikom pada na zemlju značajan broj kasetne podmunicije ne eksplodira, konstruktori su nastojali da taj problem reše kreiranjem samouništavajuće i samoneutrališuće podmunicije. Međutim, ovi napredni modeli čine samo mali deo postojećih zaliha kasetne municije.

Kasetna municija nije precizna. Prilikom pada, kretanje podmunicije zavisi od mnogih faktora (visine bacanja, vetra, vazdušnih struje, functionisanja stabilizatora), tako da ona često ne pogađa željene mete. Jedini izuzetak su kasetne „bombice” koje imaju infracrvene ili akustičke senzore koji ih usmeravaju ka motoru vozila, ili su opremljene su GPS-om ili korektorima vetra (npr. američka kasetna bomba BLU-108).⁷ Za razliku od pojedinačnih projektila koji pogađaju samo jednu tačku, kod upotrebe kasetne municije vrši se disperzija velikog broja pojedinačnih eksplozivnih naprava, čime se istovremeno dejstvuje na širokom području (eng. *area weapons*). Zbog mogućnosti zahvatanja vrlo širokog prostora, kasetna municija se naziva još i „tepih bombama”.

Kasetnu municiju karakterišu vrlo štetne humanitarne posledice. Ona dovodi do veoma teških povreda civila, pri čemu su njene žrtve vrlo često deca. Lica koja prežive kontakt sa kasetnom podmunicijom zadobijaju teške ozlede, koje se često manifestuju gubitkom nogu ili ruku, ali i oslepljenjem. Zbog takvih povreda, preživele žrtve kasetne municije često postaju teški invalidi. Ta lica, pored ozbiljnih fizičkih oštećenja, preživljavaju i jake psihološke traume.⁸

Kasetna municije deluje štetno na civile na dva načina. Prva vrsta štetnih posledica se ispoljava tokom samog napada, a druga godinama nakon napada. Prilikom samog napada, zbog nepreciznosti kasetnih „bombica”, veliki broj njih može pasti u naseljena mesta i svojim brojnim šrapnelima povrediti

⁷ Međutim, zbog svoje visoke cene takva kasetna municija retko se koristi (Geneva International Centre for Humanitarian Demining, 2009: 16).

⁸ O fizičkim i psihološkim posledicama izazvanim kasetnom municijom više videti: UN Institute for Disarmament Research, 2000: 9-13.

mного civila, pa čak i one koji se nalaze u stambenim objektima.⁹ Zbog velikog procenta neeksploziranosti, značajan deo kasetne podmunicije se pretvara u opasne eksplozivne ostatke koji mogu biti aktivirani posle mnogo godina nakon završetka oružanog sukoba. Procenjuje se da u stvarnim borbenim okolnostima nakon napada ostane neeksplozirano od 10-15% (Wiebe, 2000: 118), pa čak i do 30% (Docherty, 2007: 63) upotrebljene podmunicije.

Iako je kasetna municija u upotrebi već nekoliko decenija, postojala su značajna razmimoilaženja oko definisanja tog oružja. I prilikom usvajanja Konvencije, postizanje konsenzusa oko definicije tog oružja odnelo je dosta vremena. To je sasvim i razumljivo, pošto su države bile svesne da će od te definicije umnogome zavistit domašaj budućih zabrana (Woudenberg, Wormgoor, 2008: 396).

Konvencija¹⁰ definiše kasetnu municiju kao „konvencionalnu municiju koja razbacuje ili oslobađa eksplozivnu podmuniciju pojedinačne težine manje od 20 kilograma, uključujući tu i kasetnu podmuniciju”.¹¹ Čl. 2(3) dalje pojašnjava da eksplozivna podmunicija predstavlja „konvencionalnu municiju koja se radi ostvarenja svog zadatka razbacuje ili oslobađa pomoću kasetne municije, a napravljena je da funkcioniše detoniranjem eksplozivnog punjenja pre, tokom ili nakon udara”.¹²

Konvencija iz pojma kasetne municije eksplicitno isključuje:

- municiju ili podmuniciju koja je dizajnirana da širi svetlost, dim, pirotehnička sredstva ili staniolske listiće za ometanje radara; ili municiju koja je napravljena isključivo u svrhu protivvazdušne odbrane;
- (b) municiju ili podmuniciju koja izaziva električne ili elektronske efekte;
- (v) municiju koja, da bi se izbeglo neselektivno prostorno delovanje i opasnosti od neeksplozirane podmunicije, ima sve sledeće karakteristike:
- svaki komad municije sadrži manje od deset komada eksplozivne podmunicije;
- svaki komad eksplozivne podmunicije teži više od četiri kilograma;

9 Na primer, model BLU-97 stvara oko 300 nazubljenih komadića metala koji mogu leteti do 150 metara od mesta eksplozije i probiti zidove kuća. Ti komadići metala se kreću brzinom koja je tri puta veća od brzine zrna ispaljenog iz automatske puške. Zbog njihove brojnosti i brzine, šrapnele nastale usled eksplozije kasetne podmunicije nazivaju i „čelična kiša” (Docherty, 2007: 63; McDonnell, 2002: 69, 71).

10 Čl. 2(2) Konvencije.

11 Tokom pregovora za zaključenje konvencije nuđene su i neke druge definicije. O tome više videti: Raičević, 2013.

12 Čl. 2(3) Konvencije.

- svaki komad eksplozivne podmunicije je napravljen tako da otkrije i napadne samo jedan cilj;
- svaki komad eksplozivne podmunicije je opremljen elektronskim mehanizmom za samouništenje;
- svaki komad eksplozivne podmunicije je opremljen elektronskim uređajem za samodeaktiviranje.¹³

Izuzeci navedeni pod (a) i (b) se zasnivaju na nepostojanju ubojnog dejstva navedene municije i podmunicije. Ta sredstva, uglavnom, ne mogu naneti fizičke povrede civilima ni za vreme napada, niti po njegovom okončanju. Izuzeci iz podstava (v) se baziraju na tehničkim svojstvima kasetne municije koja je lišavaju prostornog dejstva (1, 2 i 3), odnosno onemogućavaju da se pretvori u eksplozivne ostatke rata ukoliko ne detonira prilikom samog napada (4 i 5).¹⁴ Treba naglasiti da bi kasetna municija potpala pod izuzetak iz podstava (v), ona mora kumulativno zadovoljiti svih pet navedenih uslova.

3. Osnovne obaveze država ugovornica Konvencije

Za razliku od ranijih ugovora MHP koji su državama zabranjivali jedino upotrebu nekog oružja, noviji ugovori iz ove oblasti sadrže znatno širi spektar obaveza. Uočeno je da sama zabrana upotrebe nije dovoljna da eliminiše neku vrstu oružja sa ratišta. Ukoliko su države posedovale neko oružje ili su ga mogle nabaviti, one su dolazile u iskušenje da to oružje i upotrebe. Konvencija prihvata tu novu praksu, tako da sadrži veći broj obaveza za države ugovornice.

3.1. Zabrana upotrebe kasetne municije i ostale negativne obaveze

Zabrana upotrebe kasetne municije i ostale negativne obaveze država ugovornica stipulisane su u čl. 1(1) Konvencije. Zabrana upotrebe kasetne municije je najvažnija zabrana jer će njeno poštovanje eliminisati buduće stradanje civila od kasetne municije. Čl. 1(1) propisuje da države ugovornice „nikada ni pod kojim okolnostima” ne smeju koristiti kasetnu municiju. Upotrebljena formulacija znači države ne smeju koristiti kasetnu municiju tokom međunarodnih oružanih sukoba, nemeđunarodnih oružanih sukoba, kao ni u doba mira, uključujući tu unutrašnje nemire i tenzije, vojne vežbe i dr. Države ugovornice ne smeju koristiti kasetnu municiju protiv drugih ugovornica, ali ni protiv država neugovornica ili nedržavnih entiteta.

¹³ Čl. 2(2) Konvencije.

¹⁴ U st. 9 i 10 člana 2 precizirano je šta se podrazumeva pod „samouništavajućim”, odnosno „samodeaktivirajućim” mehanizmom.

S obzirom na datu definiciju ovog oružja, neki smatraju da Konvencija sadrži samo delimičnu zabranu kasetne municije, jer ne zabranjuje upotrebu „prihvatljive” municije koja ispunjava minimalne standarde ustanovljene u čl. 2(2) (Di Ruzza, 2008: 416-417). U suštini, ova konstatacija je tačna, jer definicija iz čl. 2 Konvencije sužava primenu ugovora *ratione materiae*.

Pored upotrebe, Konvencija državama ugovornicama zabranjuje da razvijaju, proizvode ili na drugi način stiču kasetnu municiju, kao i da vrše njeno skladištenje ili transfer drugim subjektima. Ove negativne obaveze su unete u Konvenciju kako bi se dodatno onemogućila upotreba kasetne municije.

Čl. 1(2) naglašava da se obaveze iz stava 1 odnose i na eksplozivne „bombice” koje se oslobodaju iz kontejnera pričvršćenog za letilice.¹⁵ U Konvenciji više nigde nije eksplicitno istaknuto da se njene odredbe odnose i na tu vrstu kasetne podmunicije. S obzirom da je ova odredba uneta u čl. 1(2) na samom kraju formalnih pregovora, njeno izostavljanje u drugim članovima je najverovatnije rezultat omaške, a ne namernog isključenja. Zbog toga bi države ugovornice na budućim sastancima trebale razjasniti primenu Konvencije u odnosu na tu vrstu kasetne podmunicije (Human Rights Watch, 2010: 144).

3.2. Uništavanje postojećih zaliha kasetne municije

Danas u svetu postoje ogromne zalihe kasetne municije. Procenjuje se da 79 država poseduje kasetnu municiju, od čega je njih 32 potpisalo Konvenciju. Tačne količine uskladištene kasetne municije nisu poznate, ali se veruje da se radi o nekoliko milijardi kasetnih „bombica” (Bohle, 2010: 13).

Kako bi se smanjila mogućnost upotrebe, Konvencija pored zabrane proizvodnje, nameće i obavezu uništavanja postojećih zaliha kasetne municije. Sve dok postoje zalihe kasetne municije, postoji i opasnost da ona bude upotrebljena.

Čl. 3 državama ugovornicama najpre nameće obavezu odvajanja kasetne municije od ostalog oružja, sve dok ona ne bude uništena. Isti član obavezuje države da zalihe kasetne municije pod njihovom jurisdikcijom i kontrolom unište što je pre moguće, a najkasnije u roku od osam godina po stupanju Konvencije na snagu za tu državu. Na obrazloženi zahtev države, taj rok može biti produžen. O podnetom zahtevu se odlučuje na sastanku država ugovornica, a rok može biti produžen do 4 godine. U izuzetnim okolnostima, državi se taj rok može produžiti za još jedan četvorogodišnji period. Konvencija ne daje bliže kriterijume od kojih zavisi produženje roka, što odlučivanje može pretvoriti u političko cenkanje.

¹⁵ Prema definiciji iz čl. 2 Konvencije, kontejneri pričvršćeni za letilice ne potpadaju pod kasetnu municiju. Pošto takvo oružje ima istovetne štetne posledice kao i „klasična” kasetna municija, čl. 1(2) eksplicitno potvrđuje da se zabrane iz čl. 1 odnose i na eksplozivna sredstva izbačena iz fiksiranih kontejnera.

Prilikom uništavanja postojećih zaliha kasetne municije države se moraju pridržavati međunarodnih standarda za zaštitu javnog zdravlja i životne sredine.¹⁶ Međutim, Konvencija ne precizira o kojim se to standardima konkretno radi.

Državama se dozvoljava da zadrže „ograničeni broj kasetne municije i eksplozivne podmunicije” neophodne za obuku radi otkrivanja, čišćenja ili uklanjanja kasetne municije. Količina te municije „ne sme preći minimalan broj apsolutno neophodan za te svrhe”. Konvencija dopušta ugovornicama da izvrše transfer kasetne municije u druge države radi njenog uništavanja.¹⁷ Ovakav transfer može biti izvršen kako u države ugovornice, tako i u države neugovornice.

Svaka država ugovornica ima obavezu da generalnom sekretaru UN podnese izveštaj sa podacima o ukupnom broju kasetne municije i podmunicije koju poseduje i njihovoj vrsti, napretku u procesu uništavanja zaliha, ukupnoj količini uništene municije i načinu uništavanja. Pored toga, ukoliko se koriste pravima iz čl. 3, st. 6 i 7, država mora podneti i informacije o količinama municije zadržane radi obuke i transferima kasetne municije radi njenog uništavanja u inostranstvu.

3.3. Čišćenje i uništavanje ostataka kasetne municije

Zabrana buduće upotrebe kasetne municije nije dovoljna da reši sve štetne humanitarne posledice vezane za ovo oružje. Ranija upotreba kasetne municije stvorila je milione eksplozivnih ostataka, razasutih u velikom broju država koji i dalje predstavljaju veliku opasnost za civile. Bez rešavanja tog zaostalog legata, Konvencija ne bi bila zaokruženi sistem koji je u stanju da zaustavi stradanje civila od kasetne municije. Zbog toga, Konvencija u čl. 4 sadrži stroga pravila o čišćenju i uništavanju eksplozivnih ostataka rata nastalih upotrebom kasetne municije.

Poštujući načelo suverenosti, Konvencija krajnju odgovornost za čišćenje i uništavanje ostataka kasetne municije nameće državi na čijoj teritoriji se ti ostaci nalaze, a ne državi koja je kasetnu municiju upotrebila (čl. 4, st. 1). Dakle, obaveza čišćenja odnosno uklanjanja svih eksplozivnih ostataka nastalih upotrebom kasetne municije leži na državi ugovornici na čijoj teritoriji se ti ostaci trenutno nalaze. Ta država ima obavezu da reši problem eksplozivnih ostataka zatečenih na njenoj teritoriji u momentu stupanja Konvencije na snagu (st. 1a), kao i eksplozivnih ostataka koji eventualno nastanu nakon stupanja Konvencije na snagu za tu državu (st. 1b).

16 Čl. 3(2) Konvencije.

17 Čl. 3(7) Konvencije.

Međutim, država ugovornica koja je pre ratifikacije Konvencije¹⁸ koristila kasetnu municiju na teritoriji neke sadašnje države ugovornice, treba pružiti potrebnu pomoć za čišćenje i uništavanje zaostalih eksplozivnih ostataka (čl. 4, st. 4). Ta pomoć, između ostalog, treba uključivati tehnička, finansijska i materijalna sredstva, kao i podršku u obučenom ljudstvu. Pored toga, raniji korisnik mora pružiti podatke o količini i vrsti upotrebene kasetne municije, lokacijama na kojima je municija bacana i oblastima za koje je poznato da su kontaminirane eksplozivnim ostacima.¹⁹ Može se videti da obaveza iz čl. 4(4) ima retroaktivno dejstvo.

Raniji korisnik kasetne municije pomoć može pružiti na bilateralnoj osnovi ili preko trećeg subjekta, kao što je neka međunarodna organizacija unutar sistema UN ili druga relevantna organizacija (vladina ili nevladina). Treba reći da se u čl. 4(4) Konvencije bivši korisnici kasetne municije samo „snažno ohrabruju” da pruže pomoć, ali im se ne nameće apsolutna obaveza pružanja te pomoći. Konvencija u čl. 6(5) predviđa da i sve ostale države ugovornice, „koje su u poziciji da to učine”, treba da pruže pomoć za uklanjanje i čišćenje zaostale kasetne municije koja se nalazi na teritoriji neke druge ugovornice.

Eksplozivni ostaci od kasetne municije koji se zateknu na teritoriji države u momentu kada Konvencija za nju stupi na snagu moraju biti uništeni što je ranije moguće, a najkasnije u roku od 10 godina od tog momenta.²⁰ Ukoliko država proceni da ne može ispoštovati propisani rok, ona može zatražiti njegovo produženje za još pet godina. Prilikom odlučivanja o produženju u obzir će se uzeti taksativno navedeni faktori, među kojima najznačajnije mesto zauzima količina zaostale municije.²¹ Produženje ne mora biti svih pet godina, već može biti i kraće. Izuzetno, država ugovornica, po istovetnoj proceduri, može zatražiti još jedno produženje u maksimalnom trajanju od 5 godina.²²

18 Konvencija ne sadrži pravila o pružanju pomoći za čišćenje i uništavanje eksplozivnih ostataka koji bi nastali eventualnom budućom upotrebom kasetne municije od strane države ugovornice. Međutim, nije isključeno da se u praksi dese i takve situacije.

19 Čl. 4(4)a i b Konvencije.

20 Ukoliko se na teritoriji neke države ugovornice pojave eksplozivni ostaci od kasetne municije nakon što Konvencija stupi na snagu za tu državu (npr. usled napada kasetnom municijom od strane države neugovornice ili ugovornice koja krši preuzete obaveze), rok za čišćenje i uništavanje eksplozivnih ostataka biće računat od momenta završetka tog oružanog sukoba; čl. 4(1) b Konvencije.

21 Čl. 4, st. 5, 6 i 7 Konvencije.

22 Čl. 4(8) Konvencije.

3.4. Pružanje pomoći žrtvama

Pravila o pružanju pomoći žrtvama koja se nalaze u Konvenciji su naprednija u odnosu na pravila te vrste sadržana u bilo kom drugom međunarodnom ugovoru. Konvencija, najpre, značajno proširuje pojam žrtve, zatim sadrži poseban član posvećen toj problematici, i na kraju, pomoć žrtvama vezuje za standarde o ljudskim pravima.

Pojam žrtve je u Konvenciji dosta široko određen. Pod žrtvama kasetne municije se podrazumevaju lica „koja su ubijena ili su pretrpela fizičku ili psihološku povredu, ekonomski gubitak, društvenu marginalizaciju ili znatno umanjenje njihovih prava usled korišćenja kasetne municije”, a pored njih status žrtve imaju i „porodice i zajednice” tih osoba.²³ Time status žrtve dobijaju osobe direktno stradale od kasetne municije, ali i njihove porodice i zajednice koje su pretrpele indirektnu štetnu posledice.

Konvencija sadrži poseban član posvećen pružanju pomoći žrtvama (čl. 5), što je jedinstveni slučaj u ugovorima koji zabranjuju ili ograničavaju upotrebu nekog oružja. Za razliku od toga, kod Konvencije o antipersonalnim minama²⁴ i Protokolu o eksplozivnim ostacima rata²⁵ pravila o pružanju pomoći žrtvama su svrstana u opšti član koji se odnosi na „pomoć i saradnju”. Čl. 5 Konvencije o kasetnoj municiji predviđa da države ugovornice imaju obavezu da žrtvama kasetne municije obezbede medicinsku negu, rehabilitaciju i psihološku podršku i da osiguraju njihovu društvenu i ekonomsku inkluziju. Države imaju strogu obavezu da žrtvama pruže navedenu pomoć. Za razliku od Konvencije o antipersonalnim minama²⁶ i Protokola o eksplozivnim ostacima rata,²⁷ ta pomoć država nije uslovljena frazom „da su u poziciji da to učine”.

Države ugovornice pomoć iz čl. 5 treba da pruže u skladu sa „međunarodnim humanitarnim pravom i pravom ljudskih prava. Pominjanje prava ljudskih prava ovu zaštitu podiže na jedan viši nivo, zahtevajući od država da žrtve kasetne municije budu tretirane u skladu sa standardima sadržanim u Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom, koja je stupila na snagu 2008. godine (Docherty, 2009: 951-952).

Obaveze iz čl. 5 leže na državi ugovornici pod čijom jurisdikcijom ili kontrolom se žrtve nalaze, bez obzira ko je upotrebio kasetnu municiju koja je dovela

23 Čl. 2 Konvencije. Može se videti da su u ovu definiciju direktno inkorporisana socijalna i ekonomska prava, čime je načinjena veza između MHP i prava ljudskih prava (Corsi, 2009: 154).

24 Čl. 6.

25 Čl. 8.

26 Čl. 6(3) Konvencije.

27 Čl. 8(2) Protokola.

do njihovog stradanja. Država raniji korisnik kasetne municije nema obavezu pružanja direktne pomoći žrtvama. Ona, kao i sve ostale države ugovornice, ima dužnost da, ukoliko je „u poziciji da to učini“, pruži pomoć državi nadležnoj za izvršenje obaveza iz čl. 5.²⁸ Naravno, pomoć za zbrinjavanje žrtava kasetne municije mogu na dobrovoljnoj osnovi pružiti i države neugovornice, kao i međunarodne vladine i nevladine organizacije.

Konvencija u čl. 7(1)*k* obavezuje države ugovornice da generalnom sekretaru UN, kao depozitaru tog ugovora, podnesu izveštaj o preduzetim merama za izvršenje obaveza iz čl. 5. To je još jedna novina, jer do sada takva obaveza nije postojala ni u jednom međunarodnom ugovoru koji sadrži pravila o pružanju pomoći žrtvama pojedinih oružja.

4. Međunarodna pomoć i saradnja

Čl. 6 Konvencije sadrži detaljna pravila o međunarodnoj pomoći i saradnji. Međunarodna pomoć je naročito potrebna za izvršavanje obaveza koje se tiču uništavanja zaliha kasetne municije, čišćenja i uništavanja eksplozivnih ostataka, pomaganja žrtvama, kao i za socijalni i ekonomski oporavak država pogođenih upotrebom kasetne municije. U čl. 6 je upotrebljen izraz da „svaka država ugovornica ima pravo da traži i dobije pomoć“. To znači da svaka država ugovornica ima nesporno pravo da zatraži stranu pomoć za rešavanje problema kasetne municije, ali to nikako ne znači postojanje obaveze država ili međunarodnih organizacija da traženu pomoć pruže.

Pored pružanja direktne pomoći, države ugovornice mogu uplatiti sredstva relevantnim fondovima i tako indirektno pružati pomoć. Ovakav vid pomaganja potpuno je fakultativan.

Najvažnija komponenta međunarodne saradnje jeste razmena opreme i naučnih i tehnoloških informacija važnih za implementaciju Konvencije. Pored toga, države ugovornice mogu od UN, regionalnih organizacija i drugih država ugovornica zatražiti pomoć za izradu nacionalnog plana akcije za postupanje sa kasetnom municijom.

Pravila o međunarodnoj pomoći i saradnji mogu doprineti povećanju broja država ugovornica Konvencije. Neke države bi možda ostale izvan Konvencije, plašeći se da neće biti u stanju da ispune preuzete obaveze. Mogućnost dobijanja inostrane pomoći može ohrabriti takve države i podstaći ih da postanu ugovornice Konvencije (Human Rights Watch, International Human Rights Clinic of the Harvard Law School, 2010: 28).

28 Čl. 6(7) Konvencije.

5. Srbija i Konvencija o kasetnoj municiji

Srbija je država koja se sa kasetnom municijom može dovesti u vezi na više načina. Najpre, SR Jugoslavija, država prethodnica Srbije, upotrebljavala je kasetnu municiju tokom sukoba na Kosovu, i to ne samo na području te svoje pokrajine, već i na teritoriji susedne Albanije (International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition, 2013: 19).²⁹

Poznato je da Srbija spada u krug država koje poseduju kasetnu municiju, ali se na zna o kojim količinama se tačno radi. Procenjuje se da Srbija poseduje značajne zalihe kasetne municije (International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition, 2011: 305). Te zalihe potiču još od JNA, s obzirom da je SFRJ proizvodila i uvozila tu vrstu oružja. Kasetna municija se u Srbiji danas ne proizvodi (International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition, 2011: 304).

Posebna problem za našu državu predstavlja činjenica da je ona tokom vazdušne kampanje NATO-a u proleće 1999. godine bila izložena brojnim napadima kasetnom municijom. Tom prilikom je na 219 lokacija u Srbiji bačeno 1080 kasetnih avio-bombi, sa oko 350000 pojedinačnih „bombica“ (Akcija i pomoć, 2013). Tokom bombardovanja, na teritoriji Srbije bez Kosova, poginulo je oko 40 osoba, dok ih je 160 ranjeno. Po prestanku bombardovanja, na teritoriji uže Srbije zaostale kasetne bombe su ubile ili povredile još 20 lica (Akcija i pomoć, 2013). U Srbiji je 16 opština pogodeno problemom zaostale kasetne municije. Površina područja kontaminiranih kasetnom municijom zahvata oko 9 km² (International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition, 2013: 48). S obzirm da je cena razminiranja od 0,5 do 1,2 evra po kvadratnom metru (Norwegian People's Aid, 2007: 52), čišćenje kontaminiranih područja zahtevaće značajna finansijska sredstva.

Na kraju, u Srbiji živi i veći broj žrtava kasetne municije. Ako se pođe od kriterijuma primenjenog u Konvenciji, onda u našoj zemlji živi sigurno više od hiljadu žrtava kasetne municije.

Prilikom procene da li Srbija treba postati strana ugovornica Konvencije o kasetnoj municiji u obzir se mora uzeti veći broj faktora. Tom prilikom prvenstveno se mora voditi računa o vojnim interesima naše države, zahtevima finansijske prirode i humanitarnim razlozima. Jedino nakon pažljivog vaganja svih tih faktora može se doneti ispravna odluka.

Kod ocene vojnog značaja kasetne municije za našu zemlju, vrlo je važno mišljenje Ministarstva odbrane Republike Srbije. To ministarstvo je 2009. godine iznelo stav da Srbija ne treba da postane strana ugovornica Konvencije,

²⁹ Tom prilikom je upotrebljen samo manji broj raketa koje su sadržale kasetnu municiju.

jer kasetna municija čini značajan deo našeg vojnog arsenala, koji bi teško bio supstituisan nekim drugim sredstvima (Dnevni list „Danas“, 26. 08. 2009). To mišljenje je prosleđeno Ministarstvu spoljnih poslova i Savetu za nacionalnu bezbednost koji treba da donesu konačnu odluku o pristupanju Konvenciji. Ova dva organa se do sada nisu zvanično izjašnjavala po tom pitanju.

S obzirom da Konvencija nameće državama ugovornicima određene obaveze koje zahtevaju značajne finansijske izdatke, mora se voditi računa i o tom aspektu. Pristupanjem Konvenciji Srbija bi preuzela obavezu da uništi svoje zalihe kasetne municije. Takođe, činom pristupanja naša država bi preuzela i obavezu da očisti područja kontaminirana kasetnom municijom i nađene eksplozivne ostatke uništi na odgovarajući način. Na kraju, Srbija bi morala pružiti pomoć žrtvama kasetne municije u skladu sa MHP i pravom ljudskih prava. Nesporo je da bi izvršavanje tih obaveza zahtevalo značajna finansijska sredstva. Ipak, treba reći, da trošenje sredstava za te namene Srbiju očekuje i bez pristupanja Konvenciji. Ne može se trajno bežati od problema čišćenja kontaminiranih područja, kako iz humanitarnih, tako i iz ekonomskih razloga. Pomoć žrtvama kasetne municije se u nekom obimu i sada pruža. Verovatno bi nakon pristupanja Konvenciji ona bila obimnija, ali humanitarni razlozi svakako taj trošak opravdavaju. Jedini trošak koji bez pristupanja Konvenciji možda nije uskoro nužan jeste uništavanje postojećih zaliha kasetne municije. Doduše, treba reći da je zbog dugog stajanja jedan deo tih zaliha možda neupotrebljiv, a vremenom te količine će se povećavati, tako da bi one svakako morale biti uništene i nezavisno od pristupanja Konvenciji. Kada su u pitanju finansijski izdaci koje pristupanje Konvenciji povlači za sobom, mora se istaći da bi značajan deo tih sredstava mogao biti pokriven donacijama od strane drugih država i međunarodnih organizacija, tako da bi Srbija pristupanjem Konvenciji možda i „profitirala“.

I brojni humanitarni razlozi govore u prilog pristupanja Konvenciji. Pristupanjem tom ugovoru Srbija ne bi imala pravo da koristi kasetnu municiju čime bi se sprečile sve one štene posledice koje to oružje može naneti civilima na teritoriji protivničke strane. Takođe, Srbija kasetnu municiju više ne bi smela koristiti ni na našoj teritoriji, čime bi bila isključena mogućnost da strada domaće civilno stanovništvo, kako tokom samog napada, tako i po njegovom okončanju. Pristupanje Konvenciji bi nametnulo i obavezu čišćenja postojećih kontaminiranih područja na teritoriji Srbije, što bi eliminisalo mogućnost novih povreda ljudi na tim područjima. Na kraju, pristupanje Konvenciji značajno bi unapredilo zdravstveno i socijalno zbrinjavanje žrtava kasetne municije koje žive na teritoriji naše države.

6. Zaključak

Konvencija o kasetnoj municiji nameće državama ugovornicama brojne obaveze, među kojima su najznačajnije zabrana upotrebe kasetne municije, uništavanje postojećih zaliha tog oružja, čišćenje kontaminiranih područja i pružanje pomoći žrtvama kasetne municije. Države koje ne poseduju tu municiju i nisu bile žrtve njene upotrebe mogu ratifikovati odnosno pristupiti Konvenciji bez ustezanja. Međutim, Srbija koja poseduje zalihe kasetne municije koje nisu zanemarljive, ima više kvadratnih kilometara teritorije kontaminirane ostacima te municije i u njoj živi značajan broj žrtava kasetne municije, mora pažljivo izvagati vojne, finasijske i humanitarne posledice pristupanja tom ugovoru.

Nesporno je da svi humanitarni razlozi govore u prilog pristupanja Srbije Konvenciji. Tim činom Srbija više ne bi mogla koristiti oružje čija se selektivnost često dovodi u pitanje. Pored toga, prisupanje Konvenciji bi nametnulo obavezu boljeg zbrinjavanja naših građana koji su bili žrtve kasetne municije.

Čini se da ni finasijske obaveze koje donosi članstvo u Konvenciji ne bi trebalo da budu prepreka za pristupanje Srbije tom ugovoru. Nesporno je da bi pristupanje Konvenciji zahtevalo određene finasijske izdatke za uništavanje postojećih zaliha kasetne municije, čišćenje oblasti u kojima se nalaze eksplozivni ostaci i pružanje pomoći žrtvama. Međutim, Srbiju bi neke od tih obaveza čekale i bez njenog pristupanja Konvenciji. S obzirom da naša država na zalihama ima kasetnu municiju proizvedenu pre više decenija, njena upotrebljivost i pouzdanost je problematična. Iz sigurnosnih razloga ta municija pre ili kasnije mora biti uništena. Isto tako, čišćenje područja kontaminiranih kasetnom municijom ne može biti odlagano u nedogled, već je to zadatak koji se iz bezbednosnih, pa i ekonomskih razloga, mora što pre okončati. Što se tiče finasijskih izdataka za pružanje pomoći žrtvama kasetne municije, ozbiljna država nikada ne sme štedeti na tim davanjima. Pristupanjem Konvenciji Srbija čak može biti na dobitku, jer za obavljanje navedenih aktivnosti može dobiti i stranu pomoć.

Odlučujući faktor kod donošenja odluke o pristupanju Srbije Konvenciji biće procena vojnih implikacija do kojih će dovesti odricanje od kasetne municije. Tom prilikom cenice se vojna korist koju našim oružanim snagama donosi to oružje, kao i mogućnost njegove supstitucije drugim sredstvima. Pored toga, u obzir se mora uzeti i činjenica da će masovna ratifikacija Konvencije o kasetnoj municiji i podizanje svesti o negativnim posledicama tog oružja stvoriti jaku negativnu reakciju na bilo koju upotrebu kasetne municije i jačati percepciju o njenoj neprihvatljivosti (Maresca, 2009: 355). Drugim rečima, ostanak izvan Konvencije nikako ne znači da će u slučaju eventualnog rata Srbija lako moći da posegne za kasetnom municijom.

Što se tiče nadležnosti za donošenje odluke o pristupanju Konvenciji, treba reći da tu glavnu reč ima Ministarstvo odbrane. Ministarstvo spoljnih poslova za sada pruža samo tehničku podršku Ministarstvu odbrane. Ukoliko Ministarstvo odbrane da zeleno svetlo za pristupanje Konvenciji, ne treba očekivati da Ministarstvo spoljnih poslova, pa ni Savet za nacionalnu bezbednost zaustave takvu odluku. Naravno, konačnu reč će dati Narodna skupština, ali tek od nje ne treba očekivati protivljenje pristupanju ovoj Konvenciji.

Literatura

Akcija i pomoć. (2013). *Vodič kroz proces zabrane kasetne municije*. <http://www.akcijaipomoc.org/sr/vodic-za-zabranu-kasetne-municije.html>, 03. 09. 2013.

Bohle, V. (2010). Implementation aspects of stockpile destruction. *Disarmament Forum*. No. 1. 13-24.

Convention on Cluster Munitions, United Nations Treaty Series, No. 47713.

Corsi, J. (2009). Towards Peace through Legal Innovation: The Process and the Promise of the 2008 Cluster Munitions Convention. *Harvard Human Rights Journal*, 1(22). 145-157.

Di Ruzza, T. (2008). The Convention on Cluster Munitions: Towards a Balance between Humanitarian and Military Considerations?. *Military Law and the Law of War Review*. 3-4(47). 405-448.

Dnevni list „Danas“, 26. 08. 2009, http://www.danas.rs/vesti/drustvo/generalstab_zakocio_potpisivanje.55.html?news_id=170343, 30. 08. 2013.

Docherty, B. (2009). Breaking New Ground: The Convention on Cluster Munitions and the Evolution of International Humanitarian Law. *Human Rights Quarterly*. Vol. 31. 934-963.

Docherty, B. (2007). The Time Is Now: A Historical Argument for a Cluster Munitions Convention. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 20. 53-87.

Final document of the Third Review Conference of the High Contracting Parties To the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed To Be Excessively Injurious or To Have Indiscriminate Effects. *Doc. CCW/CONF.III/11*.

Geneva International Centre for Humanitarian Demining. (2009). *A Guide to Cluster Munition*, Geneva.

Human Rights Watch, International Human Rights Clinic of the Harvard Law School. (2010). *Fulfilling the Ban - Guidelines for Effective National Legislation to Implement the Convention on Cluster Munitions*. New York.

Human Rights Watch. (2010). *Meeting the Challenge Protecting Civilians through the Convention on Cluster Munitions*. New York.

International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition. (2013). *Cluster Munition Monitor 2013*.

International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition. (2011). *Cluster Munition Monitor 2011*.

Maresca, L. (2009). Introductory Note to the Convention on Cluster Munitions, *International Legal Materials*, 2(48). 354-369.

McDonnell, T.M. (2002). Cluster Bombs Over Kosovo: A Violation of International Law?. *Arizona Law Review*. 1(44). 31-129.

Norwegian People's Aid. (2007). *Yellow Killers – Impact of cluster munitions in Serbia and Montenegro*.

Raičević, N. (2013). *Zabranjena oružja u međunarodnom pravu*, Niš: Studentski kulturni centar.

UN Institute for Disarmament Research. (2008). *The Humanitarian Impact of Cluster Munitions*. Geneva.

Wiebe, V. (2000). Footprints of Death: Cluster Bombs as Indiscriminate Weapons under International Humanitarian Law. *Michigan Journal of International Law*. Vol. 22. 85-167.

Woudenberg, N., Wormgoor, W. (2008). The Cluster Munitions Convention: Around the World in One Year. *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 11. 391-404.

*Nebojša Raičević LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

Should Serbia Accede to the Convention on Cluster Munitions?

Summary

Cluster munitions (cluster bombs) are complex weapons consisting of a metal container and a number of individual explosive submunitions (bomblets). The containers are mainly dropped from an aircraft or fired by means of shells or rockets, but cluster munitions can also be dispersed or released from dispensers affixed to an aircraft. Given the fact that cluster munitions are largely imprecise and have wide area effects, cluster munitions cause serious harm to civilians, not only during the attack but also years later.

The Convention on Cluster Munitions was adopted in 2008 with an aim to reduce the damage and detrimental consequences of these inhumane weapons. The Convention includes a definition of cluster munitions and imposes many obligations on the State Parties. The most important obligations pertain to the prohibition of using cluster munitions, destruction of stockpiles, clearance of contaminated areas and destruction of explosive remnants of cluster munitions, as well as the obligation to provide adequate assistance to cluster munitions victims. Additionally, the Convention imposes obligation on State Parties to cooperate and assist one another in the process of meeting these obligations.

Even though Serbian representatives actively participated in the negotiations preceding the adoption of the Convention on Cluster Munitions, the Republic of Serbia has neither signed nor ratified this Convention. Serbia may be linked to cluster munitions in a number of ways. First of all, Serbia is one of the states that still have stocks of cluster munitions, which were actually used in late 1990s. Moreover, during the NATO bombing in Serbia in 1999, a large quantity of cluster bombs was dropped in multiple locations, the result of which was a substantial number of human victims and contamination of urban and rural areas. In the process of deciding whether Serbia should accede to the Convention on Cluster Munitions, these facts must be taken into account. In particular, we should consider the military, financial and humanitarian consequences that Serbia may encounter once given the status of a State Party to this treaty.

Key words: *cluster munitions, Convention on Cluster Munitions, Republic of Serbia*

Dr Ljubica Đorđević,
Docent Fakulteta za evropske pravno-
političke studije, Novi Sad¹

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.341

Rad primljen: 06.10.2013.
Rad prihvaćen: 14.10.2013.

KONTROLA USTAVNOSTI PRAVNIH AKATA EVROPSKE UNIJE

Apstrakt: Na teritoriji država članica Evropske unije (EU) osim unutrašnjeg prava važi i pravo EU. Unutrašnji pravni poredak zasniva se na supremaciji ustava, dok se pravni poredak EU zasniva na osnivačkim Ugovorima (Ugovoru o EU i Ugovoru o funkcionisanju EU). S obzirom na specifičan položaj ustava u međusobnom odnosu pravnog poretka države članice i poretka EU, postavlja se pitanje da li prilikom kontrole ustavnosti ustavni sud može preispitivati pravne akte koji se donose na nivou EU? U prvom delu rada ističe se kompleksnost odnosa između ustavnog prava država članica i prava EU i ukazuje da zahtev za poštovanjem ustavnog identiteta država članica u određenim okolnostima može otvoriti prostor za ustavnosudsku kontrolu pravnih akata EU. Drugi deo rada bavi se slučajevima u kojima ustavni sud eventualno može ispitivati ustavnost pravnih akata EU. Kontrola ustavnosti usmerena je na zaštitu podele nadležnosti između države članice i EU (u kom slučaju se ispituje da li je akt EU *ultra vires*), na zaštitu temeljnih ustavnih principa na kojima počiva ustavni identitet, i na zaštitu osnovnih prava. Pored toga, ukazuje se i na neke dileme u pogledu ustavnosudske kontrole zakona putem kojih se u domaći pravni poredak implementiraju direktive EU. U trećem delu rada ispituje se uloga Suda pravde EU u postupku kontrole ustavnosti pred ustavnim sudom, i to kroz postupak o prethodnom pitanju.

Ključne reči: ustavnost, ustavni sud, kontrola ustavnosti, Evropska unija, *ultra vires* akt, ustavni identitet.

1 ljubica.djordjevic@fepps.edu.rs

1. Uvod

Na teritoriji država članica Evropske unije (EU) osim unutrašnjeg prava važi i pravo EU. Unutrašnji pravni poredak zasniva se na supremaciji ustava, dok se pravni poredak EU zasniva na osnivačkim Ugovorima (Ugovoru o EU i Ugovoru o funkcionisanju EU²). Ovi akti, ustav i osnivački Ugovori, istovremeno predstavljaju sponu između nacionalnog prava i prava EU. U načelu, ustavnost domaćeg pravnog poretka kontroliše ustavni sud (bilo kao funkcija ili posebna institucija), dok o pravovaljanosti pravnog poretka EU odlučuje Sud pravde EU (dalje: Sud pravde). S obzirom na specifičan položaj ustava u međusobnom odnosu pravnog poretka države članice i poretka EU, postavlja se pitanje: da li prilikom kontrole ustavnosti domaćeg prava ustavni sud može preispitivati pravne akte koji se donose na nivou EU? Analiza ovog problema se u radu vrši kroz tri segmenta. U prvom delu rada ističe se kompleksnost odnosa između ustavnog prava država članica i prava EU i ukazuje se da zahtev za poštovanjem ustavnog identiteta država članica u određenim okolnostima može otvoriti prostor za ustavnosudsku kontrolu pravnih akata EU. Drugi deo rada bavi se slučajevima u kojima ustavni sud eventualno može ispitivati ustavnost pravnih akata EU. Kontrola ustavnosti usmerena je na zaštitu podele nadležnosti između države članice i EU (u kom slučaju se ispituje da li je akt EU *ultra vires*), na zaštitu temeljnih ustavnih principa na kojima počiva ustavni identitet, i na zaštitu osnovnih prava. Pored toga, ukazuje se i na neke dileme u pogledu ustavnosudske kontrole zakona putem kojih se u domaći pravni poredak implementiraju direktive EU. U trećem delu rada ispituje se uloga Suda pravde u postupku kontrole ustavnosti pred ustavnim sudom, i to kroz postupak o prethodnom pitanju.

2. Ustavnost u kontekstu evropskih (EU) integracija

Članstvom u EU, države prenose na nju ovlašćenja da u određenim oblastima donosi obavezujuće odluke koje imaju primat nad nacionalnim zakonodavstvom i koje se mogu eventualno neposredno primeniti. Na nivou EU se stvara poseban pravni poredak i uspostavljaju se specifične interaktivne veze između tog poretka i poredaka država članica. U tom kontekstu otvara se pitanje položaja ustava država članica u složenom odnosu nacionalnog pravnog poretka i pravnog poretka EU. Jedno od centralnih ustvanopravnih sporenja između EU i država članica odnosi se na pitanje da li pravo EU ima primat nad nacionalnim ustavima (Albi, 2005: 170). Štaviše, određivanje odnosa između prava EU i ustavnog prava država članica je jedno od najkomplikovanijih pitanja evropskog pravnog prostora (Bogdandy, Schill, 2011: 1).

2 OJ EU C 115, 9. maj 2008.

Odnos nacionalnog prava i prava EU može se sagledavati kroz princip hijerarhije, i to sa pozicije državnog centrizma ili sa pozicije evropskog centrizma. Međutim, pošto ovakvi pristupi ne pružaju odovore na sve osobenosti odnosa ova dva pravna poretka, u teoriji se sve više pribegava konceptima „ustavnog pluralizma“ (*constitutional pluralism*) ili ustavnosti na više nivoa (*multilevel constitutionalism*).

Prema konceptu državnog centrizma, ustav je temeljni pravni akt koji uređuje odnos između dva pravna poretka (domaćeg i prava EU). Pravo EU postaje obavezujuće za državu članicu kada ona ratifikuje međunarodne ugovore na kojima EU počiva, pri čemu se ratifikacija vrši na osnovu ustavnopravnih pravila u domaćem pravu. Ustav je akt kojim se pravo EU propušta u domaći pravni poredak i koji uspostavlja pravni okvir i granice za proces integracije. Polazna tačka i cilj prava EU su države članice (Kirchhof, 2009: 1017), koje su „gospodari ugovora“ (*Herren der Verträge*). Primena prava EU i njegov položaj na teritoriji države članice uređuju se ustavom, a pravni poredak države članice predstavlja jedinstvo evropskog (EU) i domaćeg prava u kome se ustav nalazi na vrhu hijerarhijske lestvice. Eventualni konflikti između pravne norme EU i domaće pravne norme rešavaju se prema pravilima domaćeg prava (Dyevre, 2013: 147). Prema državnom centrizmu, država članica je vrhovni sudija u odnosu između domaćeg pravnog poretka i poretka EU, čak i onda kada je u potpunosti preuzela pravo EU i kada mu daje primat (Dyevre, 2013:148). Ovakav koncept inkorporacije prava EU u nacionalni pravni poredak makar teorijski dovodi do partikularizacije prava EU u 28 „nacionalnih“ delova (Barents, 2009: 430). Podređenost prava EU ustavima država članica dovodi u pitanje jedinstvo prava EU na čitavom prostoru EU i svodi pravo EU na obično međunarodno pravo uskraćujući mu karakter posebnog pravnog poretka (Barents, 2009: 434).

Na drugom polu hijerarhijskog poimanja odnosa između domaćeg prava i prava EU nalazi se evropski monizam koji u ovom odnosu apsolutni primat daje pravu EU. Poredak koji je stvoren na nivou EU nema čist međunarodnopravni karakter, već je autonoman, *sui generis* pravni poredak. Iz ugovornog nastanka komunitarnog poretka ne treba procenjivati samu njegovu suštinu, već je odlučujuća struktura koja proizilazi iz konteksta ugovora o osnivanju, a koja pokazuje bitne razlike u odnosu na druge međunarodnopravne ugovore. Stoga se ovom poretku daje i ugovorni i ustavnopravni karakter (Streinz, 2001: 44, 45). Sud pravde je još davne 1964. godine u slučaju *Costa/E.N.E.L.* utvrdio da je za razliku od običnih međunarodnih ugovora, Ugovor o Evropskoj ekonomskoj zajednici stvorio poseban pravni poredak, koji je pri njegovom stupanju na snagu postao sastavni deo nacionalnih pravnih poredaka država članica koji njihovi sudovi moraju primenjivati. Prema stavu Suda, države članice su kroz osnivanje Zajednice na neodređeno vreme, koja ima sopstvene organe, sposobnost

stvaranja prava i delovanja, i naročito poseduje suverena prava koja proizilaze iz ograničenja ili prenosa određenih suverenih nadležnosti država članica na Zajednicu, ograničile svoju suverenost i stvorile jednu pravnu tvorevinu koja je obavezujuća i za njihove državljanke i za njih same.³ Pravo EU predstavlja zatvoreni nadnacionalni pravni predak sa autonomnom „zakonodavnom“ vlašću EU, koji poredak neposredno deluje na građane i koji ima primat nad pravom država članica, uključujući ustav (Nicolaysen, 2004: 117). Međusobni odnos prava EU i nacionalnog prava zasniva se na principu prvenstva prava EU, koji princip podrazumeva da svaka norma prava EU, kako primarnog tako i sekundarnog prava EU, ima prvenstvo nad svakom normom nacionalnog prava, čak i onda kada se radi o ustavnoj normi. Ovo pravilo zasniva se na praksi Suda pravde koja je utemeljena na odluci u slučaju *Internationale Handelsgesellschaft*, u kojoj je sud istakao da i ustavne odredbe, uključujući i one temeljne, moraju da ustuknu pred načelom prvenstva prava EU (u vreme donošenja odluke, prava Zajednice) (Scheffler, 2007: 52). Prema odluci Suda, na važenje mere Zajednice (danas EU) ili njeno dejstvo u državi članici ne mogu da utiču optužbe da je ona u suprotnosti sa temeljnim pravima formulisanim u ustavu te države članice ili njegovim strukturnim principima⁴. Primat prava EU ne zasniva se samo na autonomiji pravnog poretka EU, već i na praktičnoj potrebi da se pravo EU uniformno primenjuje u državama članicama kako bi se obezbedilo funkcionisanje pravnog poretka EU (Voßkuhle, 2010: 190). Međutim, prvenstvo primene prava EU (nem. *Anwendungsvorrang*, eng. *Primacy*) ne implicira neminovno hijerarhijski odnos između nacionalnog i prava EU (Mayer, 2009: 597), koji bi postojao da je uspostavljen princip prvenstva važenja prava EU (nem. *Geltungsvorrang*, eng. *Supremacy*). Nacionalna norma koja je u suprotnosti sa pravilom EU nije ništava, već samo neprimenjiva u konkretnom slučaju. Prvenstvo primene prava EU predstavlja koliziono pravilo u slučaju da se suprotne norme nacionalnog prava i prava EU odnose na isti slučaj (Baumgartner, 2010: 310).

Postavljanje ustavnog pravu država članica i prava EU u hijerarhijski odnos ugrožava autonomiju ova dva pravna poretka i simplifikuje kompleksnost strukture EU i njenog odnosa sa državama članicama. Piramidalna struktura pravnih akata na čijem čelu se nalazi ustav države članice, a ispod koga su pravi akti EU, svodi EU na međunarodnu organizaciju, a pravo EU na „klasično“ međunarodno pravo, što ne odgovara prirodi EU. Sa druge strane, hijerarhijska podređenost ustava pravu EU poništava njegovo svojstvo kao temeljnog državotvornog akta i svodi države članice na federalne jedinice, pri čemu dosadašnji tok evropskih integracija pokazuje da države članice nisu spremne da se odreknu svoje državnosti. Zbog toga odnos između pravnog poretka EU i ustavnog poretka država članica nije

3 Predmet 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, ECR, 1964, 585.

4 Predmet 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECR 1970, 1125 (1134, para. 3)

vertikalna već horizontalna i nije hijerarhijski već heterarhijski (Albi, 2005:176). Pravo EU i ustavno pravo država članica formiraju dva nivoa jednog materijalno-pravno, funkcionalno i institucionalno povezanog jedinstvenog sistema koji nije hijerarhijski strukturiran (Mayer, 2009: 595). Reč je o dva autonomna pravna poretka koji imaju unutrašnju hijerarhijsku strukturu, ali čiji se međusobni odnos zasniva na interakciji i saradnji (upor. Albi, 2005: 176, Papadopoulou, 2010: 14, Barents, 2009:439, von Bogdandy, 2009: 48, Bell, 2005: 735).

Ustavnost država članica EU mora se posmatrati u kontekstu otvorene državnosti (*offene Staatlichkeit*) i činjenice da ustav kroz posebne norme (tzv. integrativna klauzula)⁵ otvara kanal za prodiranje prava EU u domaći pravni poredak. Sa druge strane, i poredak EU preko čl. 4. st. 2. Ugovora o EU⁶ uspostavlja vezu prema ustavnom poretku država članica jer posebno naglašava da EU poštuje nacionalni identitet država članica, koji je nerazdvojno povezan sa njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama, i da poštuje temeljne državne funkcije. Ova odredba odražava pluralistički pristup odnosu između prava EU i ustavnog prava država članica i kroz zahtev za poštovanjem ustavnog identiteta država članica otvara mogućnost za ustavne sudove država članica da, pod određenim ograničenim uslovima, postavljaju ustavne granice za primat prava EU (Von Bogdandy, Schill, 2011: 3).

3. Ustavni sudovi država članica EU kao čuvari ustava

U sferi pravnog poretka država članica ustavni sud (bilo kao funkcija najvišeg suda, ili kao poseban državni organ) je čuvar ustavnosti i konačni arbitar u ustavnim sporovima. S obzirom na specifičnost prava EU postavlja se pitanje da li eventualne kontradiktornosti između ustava i pravnih akata EU mogu biti predmet ustavnog spora i da li ustavni sud može odlučivati o neustavnosti akta koji je donet na nivou EU. Odgovor na ovo pitanje nije jedinstven za sve države članice EU. Pre svega, države članice imaju različita pravila o hijerarhijskom odnosu ustava i prava EU. Po tom pitanju je moguće utvrditi tri grupe država, one koje priznaju apsolutni primat prava EU (Holandija), one koje u načelu priznaju primat prava EU ali za primat postavljaju granice i rezerve (Italija, Nemačka, Danska, Belgija, Španija, Švedska, Irska, Velika Britanija) kao i države koje proklamuju suprematiju ustava (Francuska, „nove“ članice) (upor. Grabenwarter, 2009: 123 i dalje). Sledstveno tome, ako je ustav na vrhu hijerarhijske lestvice to u načelu otvara prostor i za kontrolu ustavnosti pravnih akata EU. I tu odgovor nije jednostavan i jedinstven već zavisi od položaja ustavnog suda u svakoj državi

5 Detaljnije o integrativnoj klauzuli vidi u: Đorđević, Lj. (2010). Ustavni okvir za pristupanje Evropskoj uniji. *Pravni život*. 59 (12). 439-453.

6 OJ EU C 115, 9. maj 2008.

članici i nadležnosti koje su mu dodeljene. U državama sa „jakim“ ustavnim sudom izvesnije je da se ovaj upusti u kontrolu ustavnosti pravnih akata EU.

Princip lojalne saradnje i obaveza država članica da preduzimaju sve odgovarajuće mere kako bi ispunile obaveze koje proizilaze iz Ugovora o EU ili akata organa EU⁷, kao i princip da se nacionalno pravo tumači saglasno pravu EU, utiču na činjenicu da ocena ustavnosti akata EU nije česta pojava i da je ograničena. Dva su ključna razloga zbog kojih pravo EU može biti predmet kontrole ustavnosti: ako akt EU izlazi izvan okvira prenetih nadležnosti (*ultra vires*) ili krši temeljne ustavne principe na kojima se zasniva „ustavni identitet“ države. Pored toga, razlog za intervenciju ustavnog suda može biti i zaštita osnovnih prava.

Za razliku od države, EU nema nadležnost o nadležnosti (*Kompetenz-Kompetenz*) i, u skladu sa principom dodeljenih nadležnosti, može delati samo u okvirima nadležnosti koje su joj Ugovorima prenele države članice zarad ostvarenja ciljeva koji su njima utvrđeni⁸. Države članice zadržavaju za sebe sve nadležnosti koje nisu prenele na EU⁹. Nadležnosti koje države članice prenesu na EU mogu biti isključive ili podeljene¹⁰. Ukoliko države na EU u određenoj oblasti prenesu neku isključivu nadležnost, u tom slučaju samo EU može da vrši zakonodavnu delatnost i donosi pravno obavezujuće akte. U ovakvim situacijama države članice mogu to isto činiti samo ukoliko su za to ovlašćene od EU ili u svrhu primene akata koje je usvojila EU.¹¹ Nadležnosti mogu biti prenete i kao podeljene, pri čemu i države članice i EU u dotičnoj oblasti mogu vršiti zakonodavnu delatnost i donositi pravno obavezujuće akte¹². U ovim nadležnostima važi princip supsidijarnosti, prema kome EU deluje samo onda kada države članice, bilo na centralnom, regionalnom ili lokalnom nivou, ne mogu dovoljno ostvariti ciljeve predviđene mere, već usled obima ili dejstva mere oni mogu biti bolje ostvareni na nivou EU¹³. Bilo da vrši isključivu ili podeljenu nadležnost, EU se mora pridržavati principa proporcionalnosti, tako da mere koje preduzima i u pogledu forme i u pogledu sadržine ne smeju da izlaze izvan okvira onoga što je neophodno da se ostvare ciljevi Ugovora¹⁴.

Pravni osnov za prenos nadležnosti sa države članice na EU nalazi se u ustavu, koji sadrži norme koje određuju okvir i obim prenosa nadležnosti. Konkretna

7 Vidi čl. 4. st. 3. Lisabonskog Ugovora o EU.

8 Čl. 5. st. 2. Lisabonskog Ugovora o EU.

9 Čl. 4. st. 1. u skladu sa čl. 5. st. 2. Lisabonskog Ugovora o EU.

10 Vidi čl. 3. – čl. 6. Ugovora o funkcionisanju EU, OJ EU C 115, od 9. maja 2008.

11 Čl. 2. st. 1. Ugovora o funkcionisanju EU.

12 Čl. 2. st. 2. Ugovora o funkcionisanju EU.

13 Čl. 5. st. 3. Lisabonskog Ugovora o EU.

14 Čl. 5. st. 4. Lisabonskog Ugovora o EU.

podela nadležnosti između EU i država članica kao i njihovi međusobni odnosi regulisani su ugovorima na kojima počiva EU. Ugovori, kao i svi akti EU koji proizilaze iz njih, moraju se kretati u okvirima ustavno determinisanog prenosa nadležnosti sa države na EU. Kontrola prenosa nadležnosti vrši se najpre u odnosu na ugovore o EU. Ustavni sud može ocenjivati ustavnost ugovora, što se najčešće dešava u vezi sa ratifikacijom ugovora. Merilo ocene ustavnosti je ustavna norma koja omogućava prenos nadležnosti na EU, čime ustavni sud u krajnjoj konsekvenci ima nadležnost i odgovornost za ustavnost primarnog prava EU u nacionalnom pravnom poretku (upor. Kirchof, 2009: 1037). U pogledu sekundarnog prava EU, sekundarni akt EU koji je *ultra vires* suprotan je temeljnim ugovorima EU i kao takav može se pobijati pred Sudom pravde. Međutim, *ultra vires* sekundarni akt suprotan je i ustavnoj normi koja je pravni osnov za prenos nadležnosti, pa stoga može biti i predmet ustavnog spora (upor. Lhotta/Ketelhut, 2006: 468, fn. 32).

Pitanje ustavnosudske kontrole *ultra vires* akata EU pojavilo se sa ratifikacijom Ugovora iz Mاستrihta, pri čemu je odluka nemačkog Saveznog ustavnog suda, praćena odlukom danskog Vrhovnog suda, postala centralna za evropski ustavnopravni diskurs. Oba suda su ustanovila da su države, kroz ustavom regulisanu proceduru, prihvatile da delegiraju neke nadležnosti kao bi ih vršile zajedno sa drugim državama članicama. Delegiranje nadležnosti mora da ostane striktno u granicama Ugovora (Albi, 2005: 184). Oba suda su potvrdila apsolutnu suprematiju nacionalnog ustava i, u kombinaciji sa zahtevom za suverenošću, zadržala za sebe pravo da kontrolišu da li organi EU delaju u granicama ovlašćenja koje su im prenele države članice (Albi, 2005: 185, vidi i Grabenwarter, 2009, 125-126, Lhotta/Ketelhut, 2006: 474 i dalje). Nemački Savezni ustavni sud je u Lisabonskoj odluci istakao da jedino on ima pravo da u postupku kontrole *ultra vires* akta EU odluči da je takav akt neprimenjiv. Lisabonska odluka je značajna jer je u njoj sud ograničio kontrolu *ultra vires* akata na slučajeve u kojima je prekorajenje nadležnosti očigledno i u kojima se pravna zaštita ne može obezbediti na nivou EU¹⁵. Za kontrolu ustavnosti *ultra vires* akata EU je važna i odluka nemačkog Saveznog ustavnog suda u slučaju *Honeywell*¹⁶ u kojoj su definisani procesni i materijalni uslovi za ovakvu kontrolu. Prema odluci suda, da bi nemački sud mogao da odlučuje da je neki akt EU *ultra vires* neophodno je da prethodno pred Sudom pravde pokrene postupak o prethodnom pitanju. Nemački sudovi mogu kontrolisati akte EU tek pošto je Sud pravde doneo odluku (Möllers, 2011: 165). Materijalni uslovi za dopuštenost kontrole *ultra vires* akata, i eventualnu odluku o neprimenjivosti takvog akta, odnose se na zahtev da povreda nadležnosti mora biti očigledna i

15 BVerfG, 2BvE 2/08, odluka od 30.6.2009. para. 240. Vidi Wendel, 2011: 129.

16 BVerfG, 2 BvR 2661/06, odluka od 6. jula 2010.

da ima značajne posledice na sistem raspodele nadležnosti između EU i država članica (Möllers, 2011: 165, Wendel, 2011: 129).

Iako rodonačelnik ideje o ustavnosudskoj kontroli *ultra vires* akata, nemački Savezni ustavni sud do sada nikad nije doneo odluku da neki akt EU izlazi izvan okvira dodeljenih nadležnosti i da je kao takav neprimenjiv u nemačkom pravnom poretku. I praksa drugih sudova (pre svega danskog i poljskog) ukazuje da sudovi za sebe zadržavaju mogućnost ovakve kontrole, ali je faktički ne vrše. Izuzetak predstavlja češki Ustavni sud koji je doneo „revolucionarnu“ odluku u kojoj je odluku Suda pravde proglasio aktom *ultra vires* i kao takvu neprimenjivom (neobavezujućom)¹⁷.

Drugi razlog da se neki akt EU proglasi neustavnim je da on krši temeljne ustavne principe koji čine „ustavni identitet“ države. Ustavni identitet je rastegljiv pojam i od same države zavisi koje sve vrednosti on obuhvata. U stvari, najčešće je ustavni sud taj koji određuje šta sve potpada pod ustavni identitet, pri čemu mu neodređenost pojma ostavlja prostor da „taktizira“ i zadrži fleksibilnost u odgovoru na specifične situacije konflikta između ustava i prava EU (upor. Bogdandy, Schill, 2011: 24). Nemački Savezni ustavni sud vezuje nacionalni identitet za „klauzulu večnosti“ (*Ewigkeitsklausel*) u čl. 79. st. 3. Osnovnog zakona (*Grundgesetz*) koja zabranjuje njegovu promenu u pogledu principa demokratije, pravne države, socijalne države, republikanskog oblika vladavine, federalne strukture vlasti i poštovanja ljudskog dostojanstva i osnovnih prava. I ustavni sudovi ostalih država članica EU shvataju nacionalni identitet na sličan način. U principu, zahtev za očuvanjem ustavnog identiteta država članica podrazumeva da EU vršeći svoje nadležnosti ne sme da ugrožava državnost država članica, niti da krši osnovne principe pravne države, osnovne demokratske principe, jezgro osnovnih prava, a u federlnim državama i princip federalne organizacije države (Bogdandy, Schill, 2011: 20 i 23-24.). Ove vrednosti uživaju posebnu zaštitu, izuzete su od primata prava EU, i mogu biti merilo za ocenu ustavnosti akata EU.

Zaštita osnovnih prava je takođe okvir u kome se do određene mere može ispitivati ustavnost akata EU. Relevantnost zaštite osnovnih prava za ustavnost akata EU odslikava „*Solange*“ doktrina koja se zasniva na dve odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda. U odluci poznatoj kao *Solange I*¹⁸ iz 1974. godine sud je rezervisao za sebe pravo da ocenjuje pravo EU (tada pravo Zajednice) u odnosu

17 Detaljnije u Petrova, L. (2013). The Judgment of the Czech Constitutional Court in the “Slovak Pensions” Case and its Possible Consequences (In Light of the Fortiter in Re Suaviter in Modo Principle). *The Lawyer Quarterly*. 3(2). 86-101, kao i u Komárek, J. (2012). Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires*; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*. *European Constitutional Law Review*. 8. 323-337.

18 BVerfG, 2 BvL 52/71.

na odredbe Osnovnog zakona dokle god (*Solange*) Zajednica nema katalog osnovnih prava koji je kompatibilan sa onim iz Osnovnog zakona (Voßkuhle, 2010: 191). Sud je na taj način sebi dodelio ulogu konačnog arbitra u pitanjima osnovnih prava, otvarajući mogućnost da pruža supsidijarnu zaštitu u odnosu na komunitarno sekundarno pravo sa aspekta nemačkog kataloga osnovnih prava (Lhotta/Ketelhut, 2006: 470 i 471)¹⁹. S obzirom na razvoj zaštite osnovnih prava na nivou Zajednice, pre svega kroz praksu Suda pravde, nemački Savezni ustavni sud menja svoj stav i 1986. godine uspostavlja standard zaštite poznat kao *Solange II*²⁰. Sud se u principu nije odrekao nadležnosti da ocenjuje akte EU (tada Zajednice) s aspekta saglasnosti sa osnovnim pravima, ali on neće vršiti ovu nadležnost dokle god zaštita osnovnih prava na nivou EU odgovara standardima uspostavljenim Osnovnim zakonom (upor. Voßkuhle, 2010: 192, Sadurski, 2006: 2). Sud potvrđuje ovaj stav u odluci poznatoj kao „*Bananenmarkt-Entscheidung*“²¹ u kojoj se ističe da ustavne žalbe ili zahtevi sudova za konkretnu kontrolu ustavnosti, kojima se pobija sekundarno pravo EU zbog kršenja osnovnih prava Osnovnog zakona, u osnovi nisu dopušteni, osim ukoliko ne pokažu da je razvoj prava u EU uključujući praksu Suda pravde posle donošenja odluke *Solange II* degradirao ispod zahtevanog standarda osnovnih prava. U kontekstu trenutnog nivoa zaštite osnovnih prava na nivou EU, kontrola ustavnosti sekundarnog prava sa aspekta osnovnih prava deluje samo kao teorijska i hipotetička mogućnost.

Pitanje kontrole ustavnosti pravnih akata EU otvara se i u odnosu na kontrolu zakona ili drugih akata domaćeg prava koji se donose sa ciljem da se implementiraju direktive EU. S tim u vezi otvara se pitanje obima ustavnosudske kontrole ovakvih akata domaćeg prava. Sa aspekta forme, reč je o domaćim propisima i u tom smislu oni bi trebalo da budu podvrgnuti „redovnoj“ kontroli ustavnosti u punom obimu. Međutim, sa aspekta sadržine, ovi akti nisu akti domaćeg prava u pravom smislu jer sadrže norme koje su preuzete iz akta (direktive) EU. S obzirom da je ustavnosudska kontrola akata EU ograničena, postavlja se pitanje da li ovakvi akti domaćeg prava mogu biti predmet kontrole i da li se na njih primenjuju pravila „redovne“ kontrole ustavnosti ili je njihova kontrola ograničena u skladu sa ograničenjima postavljenim za kontrolu ustavnosti pravnih akata EU. U nekim državama članicama ovakvi zakoni uopšte ne mogu biti predmet kontrole ustavnosti. U nekim državama članicama

19 Sličnu odluku doneo je italijanski Ustavni sud 1973. godine u slučaju *Frontini* prema kojoj osnovna prava predstavljaju granice za prenos suvereniteta na Zajednicu. Odlučujući u slučaju *Fragd* 1989. godine ovaj sud je potvrdio da može ocenjivati određene pravne norme Zajednice u odnosu na osnovna prava koja garantuje italijanski Ustav. Ipak, italijanski Ustavni sud do sada nije vršio ovakvu kontrolu. Vidi Sadurski, 2006: 2, fn. 4.

20 BVerfG, 2 BvR 197/83.

21 BVerfG, 2 BvL 1/97.

dopuštena je puna kontrola ustavnosti ovakvih zakona u pogledu onih normi koje su rezultat slobodne procene domaćeg zakonodavstva, dok kontrola normi koje su direktno preuzete iz direktive nije moguća.

4. Upućivanje prethodnog pitanja Sudu pravde EU

Autonomija pravnog poretka EU ogleda se u postojanju posebnog suda na nivou EU (Sud pravde) koji štiti pravo EU. Poput ustavnog suda države članice koji je finalni arbitar u pogledu očuvanja ustavnosti nacionalnog pravnog poretka, Sud pravde ima poslednju reč u odnosu na očuvanje pravnog poretka EU. Kako bi se obezbedilo jedinstvo pravnog poretka EU i očuvao princip pravne sigurnosti, Sud pravde je jedini nadležan da poništi pravni akt EU. U odluci *Foto-Frost*²² Sud pravde je zauzeo stav da sudovi država članica mogu da ispituju važnost akata EU i da donose odluku da je akt EU u punom obimu pravovaljan. Domaći sudovi, međutim, nisu nadležni da poništavaju akte EU. Ukoliko sud države članice rešavajući u konkretnom sporu smatra da je neki akt EU protivpravan on može (ili čak mora) pokrenuti postupak o prethodnom pitanju pred Sudom pravde. Kroz postupak o prethodnom pitanju Sudu pravde je obezbeđena uloga vrhovnog tumača prava EU, jer je on jedini i u krajnjoj liniji isključivo ovlašćen da utvrdi šta jeste pravo EU (Radivojević, Knežević-Predić, 2008: 174). Svaki sud države članice ima pravo da se obrati Sudu pravde i pokrene postupak o prethodnom pitanju, a vršenje ovog prava zavisice od procene suda da li je odluka o prethodnom pitanju neophodna za donošenje presude (čl. 267. st. 2. Ugovora o funkcionisanju EU). Međutim, takvo diskreciono pravo uskraćeno je domaćim sudovima čije se odluke ne mogu pobijati pravnim lekovima u domaćem pravu, jer su oni u obavezi da Sudu pravde upute prethodno pitanje (čl. 267. st. 3. Ugovora o funkcionisanju EU). Prema praksi Suda pravde, domaći sud poslednje instance nije u obavezi da se obrati Sudu pravde ako je Sud već ranije odlučivao o istom pitanju (*acte éclairé*) ili je pravilno tumačenje prava EU tako očigledno da ne postoji razumna sumnja u pogledu odgovora na postavljeno pitanje (*acte clair*)²³.

Praksa ustavnih sudova država članica u pogledu upućivanja prethodnog pitanja Sudu pravde je različita. Tako napr. ustavni sudovi Nemačke, Španije i Portugalije nikada do sada nisu uputili prethodno pitanje Sudu pravde. S druge strane, ustavni (odn. vrhovni sudovi) Belgije, Holandije, Danske, Irske, Luksemburga, Grčke, Austrije, Finske, kao i Dom lordova Velike Britanije imaju praksu obraćanja Sudu pravde. Ustavni sud Italije je 2008. prvi put uputio prethodno pitanje. Dosadašnja praksa ustavnih sudova država članica koje su 2004. i 2007.

22 Predmet 314/85, ECR 1987, 4199.

23 Predmet 283/81, *CLIFIT*, ECR 1982, 3415.

pristupile EU pokazuje da ovi sudovi nisu skloni upućivanju prethodnog pitanja i onda kada imaju priliku za to. Ustavni sud Mađarske je proglasio neustavnim zakon putem koga je implementirana uredba EU o višku poljoprivredne produkcije bez obraćanja Sudu pravde. Argumentacija suda je bila da je predmet odluke ustavnost mađarskog zakona, a ne važenje ili tumačenje prava EU. Vrhovni sud Estonije (koji vrši ustavnosudsku funkciju) proglasio je zakon kojim se implementira ista uredba za neprimenjiv, i to zbog kršenja prava EU, i to bez da Sudu pravde uputi prethodno pitanje. Ustavni sud Poljske je odlučujući o neustavnosti Evropskog naloga za hapšenje takođe propustio da se obrati Sudu pravde. Ustavni sud Češke je u jednoj odluci iz 2006. godine potvrdio načelnu spremnost da Sudu pravde uputi prethodno pitanje.²⁴

U postupku o prethodnom pitanju Sud pravde tumači pravo EU ili odlučuje o njegovoj valjanosti i ne može tumačiti nacionalno pravo niti ocenjivati njegovu usaglašenost sa pravom EU (upor. Radivojević, Knežević-Predić, 2008: 178). Sud pravde je finalni arbitar u sferi pravnog poretka EU, dok ustavni sud ima konačnu reč u očuvanju ustavnosti pravnog poretka države članice. U tom smislu odluka Suda pravde po prethodnom pitanju može imati različita dejstva na ustavnosudsku kontrolu domaćeg suda. Najpre, tumačenje prava EU koje je Sud pravde izneo u odluci po prethodnom pitanju obavezuje ustavni sud koji je to pitanje uputio. U rešavanju ustavnog spora, ustavni sud je dužan da uzme u obzir tumačenje Suda pravde. Pri tom treba imati na umu da poštovanje tumačenja Suda ne mora neizostavno voditi do utvrđivanja ustavnosti akta EU. Što se tiče odluke Suda pravde o valjanosti pravnog akta, ona može imati dvojako dejstvo na odlučivanje ustavnog suda. Ukoliko Sud pravde utvrdi ništavost sekundarnog pravnog akta EU on na taj način utiče na ustavni spor pred domaćim ustavnim sudom jer ga faktički eliminiše. Situacija je komplikovanija ukoliko Sud pravde utvrdi da je sekundarni pravni akt EU valjan, jer odluku o ustavnosti takog akta konačno donosi nacionalni ustavni sud. On može uzimajući u obzir odluku Suda pravde i tumačeći domaći ustav saglasno pravu EU utvrditi saglasnost ovog akata EU sa ustavom. Međutim, može se desiti i da je akt EU, iako je u okvirima pravnog poretka EU pravovaljan, suprotan ustavu. Ako ustavni sud utvrdi da je pravni akt EU u suprotnosti sa ustavom, blokiraće njegovu dalju primenu u nacionalnom pravnom poretku. Ovakva odluka ustavnog suda ima pravno dejstvo u pravnom poretku države članice, ali ne utiče na obavezu države da poštuje pravo EU i obezbeđuje mu primenu. U tom smislu, odluka ustavnog suda može uzrokovati kršenje ugovornih obaveza države članice u odnosu na EU. Kako bi se to izbeglo, ustavni sud može privremeno odložiti dejstvo svoje odluke i prepustiti zakonodavcu da u određenom roku otkloni protivustavnu situaciju, što može voditi i do promene ustava.

²⁴ Detaljnije o praksi ustavnih odn. vrhovnih sudova da upućuju prethodno pitanje Sudu pravde vidi u: Mayer, F.C., 2009: 564 i dalje.

5. Zaključak

Članstvom u EU pravni poredak države se otvara i postaje propustljiv za pravo koje se stvara na nivou EU. Pravna veza između pravnog poretka države članice i pravnog poretka EU zasniva se na ustavu država članica i ugovorima na kojima počiva EU. Zbog specifične prirode EU ova dva pravna poretka nisu u hijerarhijskom odnosu već čine dve autonomne sfere jedne celine. S obzirom na otvorenu državnost koja prati integraciju u EU postavlja se pitanje položaja ustava u specifičnom odnosu između unutrašnjeg pravnog poretka i poretka EU. S tim u vezi otvara se pitanje ustavnosti u kontekstu evropskih integracija, odnosno da li i pravni akti doneti na nivou EU podležu kontroli ustavnosti koju vrše nacionalni sudovi. U načelu, pravo EU i unutrašnje pravo države članice su dva autonomna pravna poretka, u kojima o važenju i tumačenju prva EU odlučuje Sud pravde, a kontrolu nad očuvanjem ustavnosti sprovodi ustavni sud države članice. Isto tako u načelu, Sud pravde ne može odlučivati o nacionalnom pravu države članice, niti pak ustavni sud može poništavati akte EU. Međutim, polazeći od suprematije ustava i zahteva da se poštuje ustavni identitet države članice, ustavni sudovi država članica mogu, doduše u izuzetnim slučajevima i uz ograničenja, ocenjivati ustavnost pravnih akata EU. Kontroli ustavnosti mogu biti podvrgnuti ugovori na kojima počiva EU (najčešće u postupku ratifikacije), ali i sekundarni pravni akti EU. Kontrola ustavnosti u tim slučajevima usmerena je na zaštitu podele nadležnosti između države članice i EU (u kom slučaju se ispituje da li je akt EU *ultra vires*), na zaštitu temeljnih ustavnih principa na kojima počiva ustavni identitet, i, makar hipotetički, na zaštitu osnovnih prava. Pored toga, ustavnosudskoj kontroli podležu i zakoni putem kojih se u domaći pravni poredak implementiraju direktive EU. Ako ustavni sud utvrdi neustavnost pravnog akta EU on postaje neprimenjiv u unutrašnjem pravu. Odluka ustavnog suda ne utiče na obavezu države da poštuje pravo EU i obezbeđuje mu primenu, pa se protivpravna situacija mora rešiti u unutrašnjem pravnom poretku i to tako da istovremeno očuva ustavnost i obezbedi primena prava EU.

Kontrola ustavnosti pravnih akata EU predstavlja „graničnu zonu“ u međusobnom odnosu ustavog prava države članice i prava EU i u odnosu ustavnih sudova država članica i Suda pravde. Uzimajući u obzir da se odnosi između država članica i EU zasnivaju na principu lojalne saradnje, ustavni sudovi se retko konfrontiraju sa pravom EU i Sudom pravde. Može se reći da ustavni sudovi žele da zadrže ulogu vrhovnog arbitra i poslednjeg čuvara ustavnosti i u odnosu na pravne akte EU, ali da ustavnosudska kontrola pravnih akata EU ostaje poslednje utočište u očuvanju ustavnosti i unutrašnjeg pravnog poretka.

Literatura

- Albi, A. (2005). *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barents, R. (2009). The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism. *European Constitutional Law Review*. 5. 421-446.
- Baumgartner, G. (2010). Verfassungsrechtliche Normenkontrolle und EU-Recht. *Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR)*. 65. 295-324.
- Bell, J. (2005): French Constitutional Council and European Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 54. 735-744.
- Dyevre, A. (2013). European Integration and National Courts: Defending Sovereignty under Institutional Constraints?. *European Constitutional Law Review*. 9. 139-168.
- Đorđević, Lj. (2010). Ustavni okvir za pristupanje Evropskoj uniji. *Pravni život*. 59 (12). 439-453.
- Grabenwarter, C. (2009). Staatliches Unionsverfassungsrecht. U: A. Von Bogdandy, J. Bast (Prir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (str. 121-175). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.
- Kirchhof, P. (2009). Der europäische Staatenverbund. U: A. Von Bogdandy, J. Bast (Prir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (str. 1009-1043). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.
- Komárek, J. (2012). Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires*; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*. *European Constitutional Law Review*. 8. 323-337.
- Lhotta, R., Katelhut, J. (2006). Bundesverfassungsgericht und Europäische Integration. U: R.C. van Ooyen, M.H.W. Möllers (Prir.) *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Mayer, F.C. (2009). Verfassungsgerichtsbarkeit. U: A. Von Bogdandy, J. Bast (Prir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (str. 559-607). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.
- Möllers, C. (2011). German Federal Constitutional Court: Constitutional *Ultra Vires* Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*. *European Constitutional Law Review*. 7. 161-167.
- Nicolaysen, G. (2004). Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft. U: W. Widenfeld (Prir.), *Die Europäische Union. Politisches System und Politikbereiche* (str. 109-124). Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.

Papadopoulou, L. (2010). Vom Prinzip des „Vorrangs“ zur pluralistischen Auffassung der Rechtsquellen. *IEV-Online* No. 3. <http://deposit.fernuni-hagen.de/2853/1/papadopoulou-ievonline2010nr3.pdf> (pristupljeno 29. septembra 2013.)

Petrova, L. (2013). The Judgment of the Czech Constitutional Court in the “Slovak Pensions” Case and its Possible Consequences (In Light of the Fortiter in Re Suaviter in Modo Principle). *The Lawyer Quarterly*. 3(2). 86-101. <http://www.ilaw.cas.cz/tlq/index.php/tlq/article/view/70> (pristupljeno 29. septembra 2013.)

Radivojević, Z., Knežević-Predić, V. (2008). *Institucije Evropske unije*. Niš: Sven.

Sadurski, W. (2006). “Solange, chapter 3”: *Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*. EUI Working Paper LAW No. 2006/40. <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6420/LAW-2006-40.pdf?sequence=1> (pristupljeno 29. septembra 2013)

Scheffler, J. (2007). Das französische Verfassungsverständnis angesichts der Anforderungen des EG/EU-Rechts. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*. 67. 43-88.

Streinz, R. (2001). *Europarecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

Von Bogdandy, A. (2009). Grundprinzipien. U: A. Von Bogdandy, J. Bast (Prir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (str. 13-71). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.

Von Bogdandy, A, Schill, S. (2011). Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*. 48. 1–38.

Voßkuhle, A. (2010). Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund. *European Constitutional Law Review*. 6. 175-198.

Wendel, M. (2011). Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives. *European Constitutional Law Review*. 7. 96-137.

Ljubica Đorđević, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of European Legal and Political Studies, Novi Sad

Constitutional Review of EU Law

Summary

Due to the specific position of the constitution in the relationship between the national legal order and the EU legal order, the main question in this article is whether constitutional courts of the EU member states can perform the constitutional review of EU legal acts. In general, the EU law and the national law of a member state are two autonomous legal orders. The Court of Justice of EU decides on the validity of the EU law whereas the national constitutional court decides on the constitutionality of the national legal order. In general, neither can the Court of Justice decide about the national law nor can the constitutional court invalidate the EU legal acts. Yet, given the supremacy of the constitution and the obligation of the EU to respect the constitutional identity of its member states, constitutional courts of member states can, under some restrictions and in exceptional circumstances, perform the constitutional review of EU legal acts. In such cases, the constitutional review of EU acts is aimed at protecting the division of competences between the EU and the member state (ultra vires review), protecting the fundamental constitutional principles that are essential for the constitutional identity of the state, or protecting the fundamental rights. If the constitutional court declares an EU legal act to be unconstitutional, it cannot be implemented in the national legal order. The constitutional court's decision does not affect the obligation of the member state to observe the EU law and to ensure its implementation. The legal anomaly that has emerged from the unconstitutionality of the EU legal act has to be resolved in the national legal order in the way that preserves the constitutionality but also ensures implementation of the EU law. In final consequence, the decision of the constitutional court can give rise to a constitutional amendment.

Key words: constitutionalism, constitutional court, constitutional review, European Union, ultra vires act, constitutional identity

Радзивилюк Валерия Викторовна,
Доц. к.ю.н. юридический факультет,
Киевский национальный университет
имени Тараса Шевченко (Украина)

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.736(477)

Rad primljen: 01.10.2013.
Rad prihvaćen: 28.10.2013.

ХАРАКТЕРНЫЕ ПРИЗНАКИ МИРОВОГО СОГЛАШЕНИЯ КАК СУДЕБНОЙ ПРОЦЕДУРЫ БАНКРОТСТВА ПО ЗАКОНУ УКРАИНЫ О БАНКРОТСТВЕ

***Аннотация:** В статье осуществлено теоретическое исследование проблем, связанных с новейшей правовой регламентацией положениями Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве. В ходе предлагаемого исследования выявляются существенные недостатки и пробелы в правовом регулировании указанных отношений, а также высказываются пожелания, по совершенствованию нормативного оформления мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве.*

***Ключевые слова:** Мировое соглашение, Банкротство, Несостоятельность, Производство по делу о банкротстве.*

1. Введение

Реформирование экономики и переход Украины в русло мирового экономического развития обуславливает углублённое изучение не только процессов, составляющих основу рыночных преобразований, но и инструментов, с помощью которых происходит осуществление названных преобразований. Законодательство о банкротстве рассматривается как один из важнейших инструментов институциональных преобразований. Наличие эффективного законодательства о банкротстве способствует созданию условий стабильного экономического роста и устойчивости национальной экономической системы.

Исходя из современных тенденций, особое внимание, как в Украине, так и в зарубежных странах уделяется правовому регулированию отношений

предупреждения банкротства, которое является неотъемлемой частью общего процесса упорядочения рыночных отношений.

В системе судебных и досудебных процедур предупреждения банкротства немаловажная роль отводится такой судебной процедуре банкротства как мировая сделка.

В независимой Украине возможность применения названной судебной процедуры появилась только в 2000 году, по той причине, что первой редакции Закона Украины «О банкротстве»¹ мировое соглашение не было известно.

Поэтому исследование положений законодательства Украины о банкротстве, посвященных мировому соглашению с точки зрения эффективности его правового оформления является в настоящее время актуальным.

2. Общие положения

Правовая регламентация мирового соглашения аккумулирована в Разделе V третьей редакции² Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом»³ (далее по тексту Закон Украины о банкротстве).

Мировое соглашение как судебная процедура банкротства характеризуется целым рядом, присущих только ей законодательно закрепленных особенностей, к которым, в частности, относятся следующие:

Данной судебной процедуре банкротства присущи специфические цели:

во-первых, это материально-правовые цели, а именно: погашение требований кредиторов полностью, частично или прощение (списание) долгов. Урегулирование долгов неплатежеспособного должника (банкрота) иными путями; предупреждение ликвидации имущества должника (банкрота); сохранение его как субъекта хозяйствования и продолжение его деятельности (ч.1 ст.77 Закона Украины о банкротстве);

во-вторых, это процессуальная цель – прекращение производства по делу о банкротстве (ч.6 ст.81, ч.1 ст.83 Закона Украины о банкротстве)

1 Про банкрутство: Закон України від 14.05.1992 р., №2343-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 31. – Ст. 440.

2 Про внесення змін до Закону України „Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом“: Закон України від 22. 12. 2011 р., № 4212-VI // Офіційний вісник України. – 2012. - № 5. – Ст. 164.

3 Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р., № 2343-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 31. – Ст. 440.

и прекращение действия соответствующих процедур банкротства, в пределах которых было заключено и утверждено мировое соглашение (ч.8 ст.77 Закона Украины о банкротстве).

Мировое соглашение, как судебная процедура банкротства может быть введена на любой стадии производства по делу о банкротстве (ч.2 ст.77 Закона Украины о банкротстве) и соответственно может быть заключено как в процедуре распоряжения имуществом должника, в процедуре санации, так и в ликвидационной процедуре.

Особенные ограничения, которые касаются заключения мирового соглашения в пределах судебных процедур банкротства, в сущности, предусмотрены в законодательном порядке только относительно процедуры распоряжения имуществом должника. Заключаются они в том, что в названной процедуре обращение к мировому соглашению возможно только после выявления всех кредиторов должника и утверждения хозяйственным судом реестра их требований (ч.2 ст.77 Закона Украины о банкротстве). Такие ограничения могут существовать и при осуществлении судебной процедуры санации. Например, при применении такой меры восстановления платежеспособности, как продажа целостного имущественного комплекса должника, в случаях, когда вырученная от продажи названного имущества сумма является недостаточной для удовлетворения требований кредиторов в полном объёме. Именно в данном случае, отдельными предписаниями Закона Украины о банкротстве, предусмотрена возможность заключения мирового соглашения (абз.1 ч.8 ст.33). Даже при наличии нормы, установленной абз.2 ч.8 ст.33 Закона Украины о банкротстве, относительно того, что управляющий санацией не имеет права осуществлять расчёты с кредиторами до утверждения хозяйственным судом мирового соглашения, открытым остаётся вопрос: зачем кредиторам заключать подобное мировое соглашение? В результате реализации в судебной процедуре санации такой меры как продажа целостного имущественного комплекса, должник лишается какого-либо имущества и естественно уже не имеет возможности продолжать предпринимательскую деятельность, а следовательно, и получать доходы. В этом случае, условиями мирового соглашения может быть предусмотрено лишь частичное прощение долгов. Поэтому в указанной ситуации, при наличии «мертворождённых» норм ч.8 ст.33 Закона Украины о банкротстве, более целесообразным представляется непосредственный переход к ликвидационной процедуре и признание должника банкротом.

Не является возможным заключение мирового соглашения в пределах ликвидационной процедуры после завершения расчётов с кредиторами.

Законодательством чётко очерченный круг лиц, которые могут выступать в качестве сторон мирового соглашения.

Мировое соглашение, как судебная процедура банкротства может быть применена как к неплатежеспособному должнику, так и к лицу, которое признано хозяйственным судом банкротом (ст.77 Закона Украины о банкротстве).

Таким образом, сторонами мирового соглашения выступают: должник (банкрот) и коллегиальный орган кредиторов (в ст. 77 Закона Украины о банкротстве предписывается, что в данном случае таким коллегиальным органом выступает комитет кредиторов).

3. Порядок заключения мирового соглашения

Нелишним будет привести весьма уместный вывод М. А. Рожковой относительно того, что «одной из самых «заметных» особенностей мирового соглашения в деле о банкротстве признаётся порядок принятия решения о её заключении» (М. А. Рожкова, 2005: 414).

Решение о заключении мирового соглашения со стороны должника (банкрота) принимается руководителем должника (в процедуре распоряжения имуществом должника) или управляющим санацией (в процедуре санации должника) или ликвидатором – в ликвидационной процедуре. Причем собственник имущества должника либо орган уполномоченный управлять имуществом должника наделяется Законом Украины о банкротстве правом принимать участие в обсуждении условий мирового соглашения в судебных процедурах санации и ликвидации (ч. 4, 6 ст.77).

Если стороной мирового соглашения выступает должник (банкрот) – государственное предприятие или предприятия, в уставном капитале которых доля государственной собственности превышает 50 процентов, то арбитражный управляющий обязан предварительно согласовывать мировое соглашение с органом, уполномоченным управлять государственным имуществом. Названный орган, в свою очередь, в десятидневный срок со дня получения проекта мирового соглашения обязан его рассмотреть и предоставить свой вывод о согласовании проекта мирового соглашения или отказе в таком согласовании.

Со стороны кредиторов решение о заключении мирового соглашения должно быть принято коллегиальным органом кредиторов, который представляет интересы всех кредиторов при проведении процедур банкротства.

В данном случае, и в дальнейшем мы не дифференцируем коллегиальные органы кредиторов, ввиду того, что в Законе Украины о банкротстве существует проблема, связанная с неопределённостью и недостаточным размежеванием компетенции собрания и комитета кредиторов.

Следует отметить, что ещё до принятия третьей редакции Закона Украины о банкротстве автором данной статьи, было, предложено обратиться к опыту Российской Федерации и США. Ввиду того, что положения законодательства о банкротстве названных стран содержат полную, чёткую и системную регламентацию вопросов, касающихся порядка создания, состава коллегиальных органов кредиторов, организации и порядка проведения их заседаний, порядка принятия ими решений, размежевания их компетенции и т.д. (Радзивілюк Валерія Вікторівна, 2001; 156). И, естественно, необходимо как можно скорее, законодательно оформить отнесение принятия решения о заключении мирового соглашения к исключительной компетенции собрания кредиторов.

Особенности законодательного определенного порядка заключения мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве также заключаются в том, что должна иметь место совокупность условий, при наличии которых решение о заключении мирового соглашения считается принятым:

во-первых, за решение о заключении мирового соглашения должны высказаться большинство членов коллегиального органа кредиторов.

Особенностью мирового соглашения, как судебной процедуры банкротства, является то, что её условия становятся обязательными для всех конкурсных кредиторов. То есть, имеет место, игнорирование воли меньшинства кредиторов со стороны их большинства путём включения первых в число участников мирового соглашения против их воли.

Гарантией обеспечения прав кредиторов, которые не принимали участия в голосовании о заключении мирового соглашения или проголосовали против его заключения, является то, что для таких кредиторов условия мирового соглашения не могут быть установлены хуже нежели для кредиторов той же очереди, которые высказали согласие на заключение мирового соглашения (ч.4 ст.77 Закона Украины о банкротстве).

во-вторых, в наличии должно иметься письменное согласие на заключение мирового соглашения всех кредиторов, требования которых обеспечены залогом имущества должника, (ч.3 ст.77, ч.1 ст.80 Закона Украины о банкротстве);

Такое условие представляет собою дополнительную меру защиты интересов залоговых кредиторов.

Третьей редакцией Закона Украины о банкротстве введена отдельная статья, положения которой, посвящены исключительно регламентации порядка одобрения мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве залоговыми кредиторами. Названный порядок заключается в следующем: на протяжении семи дней со дня принятия коллегиальным органом кредиторов решения о заключении мирового соглашения, последнее подаётся на одобрение кредиторам, требования которых обеспечены залогом имущества должника.

Мировое соглашение считается одобренным залоговыми кредиторами, если все названные кредиторы высказались за её заключение.

В случае, если один или несколько залоговых кредиторов возражают против заключения мирового соглашения, другие кредиторам, требования которых обеспечены залогом имущества должника могут принять одно из следующих решений:

о выделе соответствующего залогового имущества из имущества должника, его продаже на аукционе в порядке, установленном Разделом IV Закона Украины о банкротстве, и удовлетворении требований такого кредитора (кредиторов) за счет полученных от продажи средств;

о выкупе долга в соответствии с данными реестра требований кредиторов.

В том случае, когда против одобрения мирового соглашения возражают все кредиторы, требования которых обеспечены залогом имущества должника, иные – необеспеченные (конкурсные) кредиторы также наделяются правом на принятие одного из приведённых выше решений.

Новеллы статьи 80 Закона Украины о банкротстве, по нашему мнению, не обеспечены достаточно регламентированным механизмом их реализации, не предусмотрены конкретные сроки осуществления названных решений и тому подобное.

Очевидно, если решения, предусмотренные ч.2, ч.3 ст.80 Закона Украины о банкротстве приняты и произошло их фактическое осуществление, то решение коллегиального органа кредиторов относительно заключения мирового соглашения уже не будет зависеть от мнения, по этому поводу кредиторов залоговых. Считаем, что законодатель, в данном случае, не должен быть безразличным. Желательно, чтобы это формализовалось соответствующим законодательным предписанием, которое должно

прийти на смену не совсем корректной норме ч.4 ст.80 названного Закона, утратившей своё действие.

Если же среди кредиторов должника (банкрота) есть органы государственной налоговой службы, то они обязаны, согласится при заключении мирового соглашения на его условия, которые предусматривают рассрочку, отсрочку или прощение (списание) догов или их части. То есть согласиться с удовлетворением части своих требований, наличие которых обусловлено неуплатой налогов, сборов (обязательных платежей), на условиях такого мирового соглашения, с целью обеспечения восстановления платежеспособности должника (банкрота).

Не смотря на то, что мировое соглашение должен подписать руководитель соответствующего органа государственной налоговой службы по месту нахождения должника, такой кредитор не является её стороной.

Закон Украины о банкротстве, в случаях предусмотренных абз.1 ч.2 ст.78 выделяет среди других кредиторов, названных в абз.8 ст.1 только органы государственной налоговой службы. Таким образом, напрашивается вывод, что «другие государственные органы, которые имеют, подтвержденные в установленном порядке документами требования относительно денежных обязательств к должнику» и выступают в качестве кредиторов в правоотношениях банкротства не подчиняются указанным в абз.1 ч.2 ст.78 названного Закона правилам. В данном случае, например, возникает вопрос: а если кредитором выступает таможенный орган, распространяются ли на него предписания абз.1 ч.2 ст.78 Закона Украины о банкротстве? Согласно с положениями п.1.2. ст.1, п.3.1. ст.3, подпункта 14.1.137. п.14.1. ст.14, п.224.2. ст.224 и других Налогового Кодекса Украины⁴ на названные органы должно, распространяться действие приведенной нормы абз.1 ч.2 ст.78 Закона Украины о банкротстве. Такие вопросы должны быть урегулированы Законом Украины о банкротстве.

Если мировое соглашение содержит условие о выполнении обязательств должника третьими лицами, то такое мировое соглашение, в соответствии с предписаниями ч. 9 ст.77 Закона Украины о банкротстве должно быть подписано руководителем третьего лица (если им является юридическое лицо) или субъектом предпринимательской деятельности – физическим лицом. В отличие от понимания данного положения судами, которое существовало во времена действия второй редакции Закона Украины о банкротстве, в соответствии с которым, третьи лица не принимали участия в заключении мирового соглашения и не подписывали его,

⁴ Податковий Кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р., № 2755-VI // Офіційний вісник України. – 2010. - № 92 (частина 1). - Ст. 3248.

хотя условия мирового соглашения были обязательными для них, что находило своё отражение в договоре про перевод долга, который выступал неотъемлемой частью мирового соглашения (Б.М. Поляков; 167).

Таким образом, третьи лица после подписания мирового соглашения становятся его стороной, а после утверждения данного соглашения хозяйственным судом, становятся стороной соответствующих договорных обязательств, в силу того, что они приняли на себя обязанности, которые в отношении них предусмотрены мировым соглашением. В данном ракурсе, в законодательно установленной возможности подписания мирового соглашения третьими лицами можно увидеть улучшение правового регулирования данного сегмента отношений банкротства.

4. Мировое соглашение в значении договора

В рамках производства по делу о банкротстве мировое соглашение выступает, как уже отмечалось и в качестве договора, заключённого между должником и его кредиторами, особенности которого проявляются, в том числе, и в своеобразии условий его заключения, и в своеобразии содержании такого договора.

Мировое соглашение, как договор в производстве по делу о банкротстве, должно заключаться в простой письменной форме. Общие требования к письменной форме договора можно найти в ч.1 ст.205, ст.207, ст.208 Хозяйственного кодекса Украины.⁵

Следует, полностью согласиться, с выводом В.С. Белых относительно того, что мировое соглашение, в производстве по делу о банкротстве не имеет ничего общего с соглашением между сторонами, которое может быть заключено, в частности, в исковом производстве (Белых В.С, 1996: 31). При заключении мирового соглашения, в производстве по делу о банкротстве отсутствует спор между сторонами и встречное волеизъявление сторон мирового соглашения; ограничивается принцип свободы договора, имеет место игнорирование воли меньшинства кредиторов со стороны их большинства и т. д. п.

Аналогичный вывод был обоснованный и высказанный еще несколько столетий назад Г.Ф. Шершеневичем, который отмечал по этому поводу, что мировое соглашение в конкурсном процессе отличается от гражданско - правовой сделки тем, что в мировом соглашении, которое заключается в конкурсном процессе отсутствует спорность, требования кредиторов

⁵ Господарський кодекс України: Закон України від 16.01. 2003 р., № 436 -IV // Офіційний Вісник України. – 2003. - № 11. – Ст. 462.

определены и признаны; нет взаимных уступок как в гражданско-правовой сделке, потому, что в мировом соглашении в конкурсном процессе уступка осуществляется только в пользу должника (.Шершеневич Г.Ф. 2000: С.439-440.)

Законодательно установлен круг кредиторов, на которых распространяется мировое соглашение – оно может быть заключено только в отношении требований, которые обеспечены залогом имущества должника, требований второй и последующих очередей, определённых ст.45 Закона Украины о банкротстве (ч.1 ст.78 Закона Украины о банкротстве). Данное законодательное положение определяет условия заключения мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве.

Законом Украины о банкротстве выделены те условия, которые составляют содержание договора, опосредствующего мировое соглашение в производстве по делу о банкротстве. Причём, законодательно закреплены как условия, которые мировое соглашение должно содержать, так и условия, которые названное соглашение может содержать (ч.4 ст.79). Условия мирового соглашения обязательно должны быть согласованы его сторонами, поскольку в ином случае будут отсутствовать основания для признания его заключённым. Радзивілюк В.В, Беяневич О.А., Віннік О.М, 2013: 490 – 491).

Существенными условиями мирового соглашения – договора, Закон Украины о банкротстве называет следующие:

- о размерах, порядке и сроках исполнения обязательств должника;
- об отсрочке или рассрочке или прощении (списании) долгов или их части.

Условия мирового соглашения об отсрочке или рассрочке или прощении (списании) долгов или их части могут быть все вместе предусмотрены конкретным мировым соглашением, или в мировом соглашении могут быть предусмотрены несколько видов названных условий в различных комбинациях, однако наличие хотя бы одного из таких условий является обязательным.

К дополнительным условиям, которые может содержать мировое соглашение, относятся:

- исполнение обязательств должника третьими лицами;
- обмен требований кредиторов на активы должника или его корпоративные права;

- удовлетворение требований кредиторов иными способами, не противоречащими закону.

Ознакомление с условиями мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве, даёт все основания присоединиться к выводу М.А. Рожковой, относительно того, что такие условия относятся к соответствующей группе преобразовательных условий, наличие которых в надлежащем образом заключённом и утверждённом мировом соглашении в дальнейшем обязательно приведёт к фактическому изменению обязанностей сторон в ранее существовавшем виде или прекращению прежних обязательств, путём их замены на новые или прекращению прежних обязательств полностью или частично (Рожкова М.А, 2005: 419).

Следовательно, надлежащим образом заключённое мировое соглашение в производстве по делу о банкротстве оказывают влияние на правоотношения, связывающие стороны данного соглашения и на определённых условиях изменяет и прекращает права и обязанности сторон, которые существовали до заключения мирового соглашения, регламентируя уже трансформированные отношения.

В связи с вышеизложенным, актуальным является умозаключение М.А. Рожковой, согласно которому мировое соглашение в значении договора, имеет самостоятельную правовую цель – защиту прав. Данная цель проявляется, в частности, в её направленности на: изменение, прекращение, установление новых прав и обязанностей (Рожкова М.А, 2005: 51).

5. Процедура рассмотрения мирового соглашения

Наличие законодательно определённой процедуры рассмотрения мирового соглашения хозяйственным судом.

Указанная процедура начинается с подачи в хозяйственный суд заявления об утверждении мирового соглашения. В отличие от второй редакции Закона Украины о банкротстве⁶, которой предусматривалось, что такое заявление уполномоченный подавать только арбитражный управляющий (ч.1 ст.38), ныне действующая редакция Закона расширила круг лиц, наделённых правом подавать в хозяйственный суд названное заявление – к таким лицам отнесены стороны мирового соглашения (ч.1 с.81).

6 Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство»: Закон України від 30.06.1999 р., №784-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 42- 43. – Ст.378.

Законодательно установленный срок подачи заявления об утверждении мирового соглашения в хозяйственный суд составляет пять дней и исчисляется со дня заключения мирового соглашения его сторонами. Однако, Закон Украины о банкротстве не содержит правил, которых следует придерживаться, если названный срок пропущен. А это является важным, в связи с тем, что пропуск названного срока, даже по уважительным причинам, может служить для хозяйственного суда (естественно, не в качестве безусловного основания) побуждением для обращения к положениям ч.3 ст.81 Закона Украины о банкротстве. Что в свою очередь, может иметь своим последствием принятие судом решения об отказе в утверждении мирового соглашения в связи с нарушением порядка его заключения.

К заявлению об утверждении мирового соглашения должны быть приложены следующие документы:

- текст мирового соглашения;
- протокол заседания коллегиального органа кредиторов, на котором было принято решение о заключении мирового соглашения.

Законом Украины о банкротстве не предусмотрено конкретных требований к форме названного протокола. Возможно, в данном случае следует воспользоваться предписаниями Хозяйственно процессуального кодекса Украины, а именно статьи 81-1.⁷

По мнению О.А Латинина и Г. Вудуда, протокол заседания коллегиального органа кредиторов, на котором было принято решение о заключении мирового соглашения, должен содержать следующие сведения: число, месяц, год и место проведения заседания; наименование суда, номер дела, наименование должника; присутствующих на заседании и ссылку на их полномочия; устные заявления присутствующих на заседании; сведения о каждом кредиторе; сумму голосов и количество голосов, которое составляет большинство при голосовании; предложения, которые поступили относительно каждого вопроса повестки дня и результаты их голосования и т.д. (Латинін О.А., Вудуд Г.І, 2005: 93)

Считаем, такая детализация и тщательность при составлении названного протокола не является лишней. Так как протокол заседания коллегиальных органов кредиторов, составленный в соответствии с требованиями законодательства является одним из документов, который должен быть приложен к заявлению об утверждении мирового соглашения и который

⁷ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6.11.1991 р., №1798-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №6. – Ст. 56.

должен свидетельствовать, в том числе, о выполнении законодательно определённых требований, которые предъявляются при заключении мирового соглашения.

Кроме названных документов к заявлению об утверждении мирового соглашения должны быть приложены:

список кредиторов, их почтовые адреса, номер (код), который идентифицирует каждого из них как плательщика налогов и суммы задолженности;

обязательства должника относительно погашения задолженности по заработной плате перед работающими и уволенными работниками, денежные компенсации за все неиспользованные дни ежегодного отпуска и дополнительного отпуска работникам, которые имеют детей, иные выплаты, надлежащие работникам в связи с оплачиваемым отсутствием на работе (оплата времени простоя, случившегося не по вине работника, гарантии на время исполнения государственных или общественных обязанностей, гарантии и компенсации при служебных командировках, гарантии для работников, которые направляются для повышения квалификации, гарантии для доноров, гарантии для работников, которые направляются на обследование в медицинское учреждение, социальные выплаты в связи с временной утратой трудоспособности за счет средств предприятия и т.п.), а также выходного пособия, принадлежащего работникам в связи с прекращением трудовых отношений;

обязательств должника по возмещению всех затрат, возмещение которых предусмотрено в первую очередь, кроме требований кредиторов, обеспеченных залогом;

письменные возражения кредиторов, которые не принимали участия в голосовании о заключении мирового соглашения или проголосовали против заключения мирового соглашения, при их наличии;

предварительное согласование мирового соглашения с органом, уполномоченным управлять государственным имуществом, относительно государственных предприятий или предприятий в уставном капитале которых доля государственной собственности превышает 50 процентов.

Все вышеназванные документы, которые должны быть поданы в хозяйственный суд, выступают для последнего в качестве доказательств, которые могут подтвердить условия соблюдения порядка заключения мирового соглашения, установленного Законом Украины о банкротстве. Отсутствие какого либо из документов, которые должны быть приложены к заявлению об утверждении мирового соглашения, может служить основанием для отказа в его утверждении хозяйственным судом.

При получении хозяйственным судом заявления об утверждении мирового соглашения и иных требуемых документов, суд назначает дату рассмотрения названных документов и сообщает об этом стороны мирового соглашения. При этом законодательно установлено, что неявка, надлежащим образом уведомлённых сторон мирового соглашения, не препятствует рассмотрению дела хозяйственным судом.

Во время проведения судебного заседания в обязанности суда входит заслушать каждого присутствующего на заседании кредитора, у которого возникли возражения относительно заключения мирового соглашения, даже если на заседании коллегиального органа кредиторов он голосовал за заключение мирового соглашения (ч.2 ст.81 Закона Украины о банкротстве).

6. Утверждение мирового соглашения хозяйственным судом

Правовые последствия утверждения хозяйственным судом мирового соглашения.

Утверждение хозяйственным судом мирового соглашения влечёт за собой наступление целого ряда юридически значимых последствий.

К основному, из названных последствий относится прекращение производства по делу о банкротстве и прекращение действия судебных процедур распоряжения имуществом должника, санации и ликвидации. (ч. 8. ст.77, ч.6 ст.81 Закона Украины о банкротстве).

Таким образом, исполнение должником условий мирового соглашения происходит вне рамок производства по делу о банкротстве и соответственно вне контроля хозяйственного суда, то есть исполнение мирового соглашения осуществляется «должником добровольно без исполнительных документов суда» (Поляков Б.М, 2003: 163, 170).

Именно наличие данного правового последствия положено учёными – противниками понимания мирового соглашения как судебной процедуры банкротства в основу их аргументации.

Исходя из существующих мировых тенденций развития законодательства о банкротстве, несостоятельности, конкурсного законодательства, которые заключаются не только в создании новых экономико-правовых форм, опосредствующих процедуры банкротства (несостоятельности), конкурса, но и направленных на дальнейшую оптимизацию уже существующих процедур, считаем целесообразным, с целью усиления контроля за исполнением мирового соглашения, улучшением эффективности его

правовой регламентации и применения его на практике, предусмотреть в законодательном порядке нормы которыми были бы регламентированы правила предусматривающие, что к дню проведения судебного заседания, на котором должно быть рассмотрено заявление об утверждении мирового соглашения, коллегиальные органы кредиторов должны выбрать лицо, которое будет контролировать исполнение условий мирового соглашения, кроме того суду одновременно может быть предоставлено право назначения в порядке предусмотренном Законом Украины о банкротстве лица (возможно арбитражного управляющего), которое тоже будет осуществлять соответствующий контроль. В ходе которого, с определенной периодичностью хозяйственному суду должны предоставляться соответствующие отчёты относительно реализации условий мирового соглашения. Не лишним, будет ввести в Закон Украины о банкротстве прямую норму, которая бы предусматривала среди документов, которые должны быть предоставлены хозяйственному суду распорядителем имущества должника, управляющим санацией или ликвидатором до дня проведения судебного заседания на котором должно быть рассмотрено заявление об утверждении мирового соглашения соответствующий отчёт, который тоже должен быть рассмотрен в пределах именно этого судебного заседания.

Еще одним, тесно связанным с первым названным последствием является то что наличие такого участника производства по делу о банкротстве, как арбитражный управляющий, в этой процедуре не предусмотрено, так как с дня утверждения мирового соглашения прекращаются его полномочия.

Управляющий санацией или ликвидатор обязаны на протяжении пяти дней со дня утверждения хозяйственным судом мирового соглашения сообщить об этом орган или должностное лицо органа, к компетенции которого относится назначение руководителя (органов управления) должника, в случае необходимости обеспечить проведение собрания или заседания соответствующего органа и продолжить исполнять обязанности руководителя (органов управления) должника до назначения в установленном порядке руководителя (органов управления) должника (ч.7 ст.81 Закон Украины о банкротстве).

К существенным последствием утверждения хозяйственным судом мирового соглашения относится то, что со дня утверждения мирового соглашения должник приступает к погашению требований кредиторов согласно условиям данного мирового соглашения и в соответствии с очерёдностью, установленной Законом Украины о банкротстве (ст.45, ч.3 ст.78, ч.5 ст.81).

В случае утверждения мирового соглашения в судебном порядке и, в силу названного обстоятельства, актуальной становится норма Закона Украины о банкротстве, в соответствии с которой вводится запрет на односторонний отказ от утверждённого мирового соглашения её участниками (ч.3 ст.79).

Расторжение мирового соглашения или признание его недействительным происходит в пределах производства по делу о банкротстве.

7. Заключение

Данная статья посвящена исследованию имманентных признаков мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве и анализу некоторых недостатков правового регулирования мирового соглашения по новейшей редакции Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом». Легальные признаки мирового соглашения, которые выявлены, в свою очередь, могут служить основой доказательственной базы, позволяющей отнести мировое соглашение к судебным процедурам банкротства. Если законодательством Украины мировое соглашение в производстве по делу о банкротстве признаётся самостоятельной судебной процедурой наряду с такими судебными процедурами как распоряжение имуществом должника, санация и ликвидация, то в национальной теории и в теории зарубежной отсутствует единство взглядов относительно мирового соглашения именно как судебной процедуры банкротства.

Основным аргументом учёных противников отнесения мирового соглашения к судебным процедурам банкротства является тот, что исполнение условий мирового соглашения происходит вне рамок производства по делу о банкротстве.

С целью совершенствования предписаний Закона Украины о банкротстве в целом и процедуры мирового соглашения, в частности, а также с целью, внести правовую определённость в понимание мирового соглашения, как судебной процедуры банкротства, было высказано предложение о необходимости законодательного закрепления положений, которые будут предусматривать обязанность суда и иных определённых участников производства по делу о банкротстве осуществлять контроль за исполнением мирового соглашения.

Литературы

Про банкрутство: Закон України від 14.05.1992 р., №2343-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 31. – Ст. 440.

Про внесення змін до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»: Закон

України від 22. 12. 2011 р., № 4212-VI // Офіційний вісник України. – 2012. - № 5. – Ст. 164.

Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р., № 2343-XII // Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 31. – Ст. 440.

Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте / Марина Александровна Рожкова. – М.: Статут, 2005. – 572 с.

Радзивілюк В.В. Санація як судова процедура банкрутства: порівняльно-правове дослідження: дис. ... кандидата юр. наук: 12. 00. 04 / Радзивілюк Валерія Вікторівна. – К., 2001. – 241 с.

Податковий Кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р., № 2755-VI // Офіційний вісник України. – 2010. - № 92 (частина 1). - Ст. 3248.

Поляков Б.М. Закон Украины «Про восстановление платежеспособности должника или признание его банкротом»: Научно – практический комментарий / Б.М. Поляков; под общ. ред. Д. Н. Притыки. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 272 с.

Господарський кодекс України: Закон України від 16.01. 2003 р., № 436 -IV // Офіційний Вісник України. – 2003. - № 11. – Ст. 462.

Белых В.С. Правовые основы банкротства юридических лиц; [учебн. пособ. для студ. высш. учеб. завед.] / Владимир Сергеевич Белых. – Екатеринбург. – Издательство Уральского юридической академии, 1996. – 87 с.

Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс / Габриэль Феликсович Шершеневич. -М.: «Статут», 2000. - 477с. - (Классика российской цивилистики).

Радзивілюк В.В. Актуальні питання банкрутства (неспроможності) у праві України / В.В. Радзивілюк // Актуальні проблеми господарського права: навч. посіб [для студ. вищ. навч. закл.] / Беяневич О.А., Віннік.

О. М., Джури́нський В.О. та інш.; за ред. В.С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 478 – 493.

Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство»: Закон України від 30.06.1999 р., №784-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 42- 43. – Ст.378.

Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6.11.1991 р., №1798-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

Латинін О.А., Вудуд Г.І. Основні процесуальні документи мирової угоди як судової процедури у справах про банкрутство / О.А. Латинін, Г.І. Вудуд // Санація та банкрутство. - 2005. - № 2. - С. 91 - 98.

Radziviljuk Valerija Viktorovna,

Docent Pravnog fakulteta,

Nacionalni univerzitet „Taras Ševčenko“, Kijev (Ukrajina)

Karakteristična obeležja sporporazuma o poravnanju u sudskom postupku stečaja prema Zakonu Ukrajine o stečaju

Apstrakt

U članku je sprovedeno teorijsko istraživanje problema u vezi najnovijeg pravnog regulisanja sporazuma o poravnanju u postupku stečaja prema Zakonu Ukrajine o sanaciji dužnika i stečaju. Istraživanja su pokazala da postoje bitni nedostaci i praznine u pravnom regulisanju navedenih odnosa. Istovremeno, ukazuje se na mere usmerene na poboljšanje normativnog uređenja instituta sporazuma o poravnanju u postupku stečaja.

Ključne reči: *sporazum o poravnanju, stečaj, nelikvidnost, postupak stečaja.*

*Radzyvilyuk Valeria, L.L.D.
Associate Professor, Faculty of Law "Taras Shevchenko",
National University of Kiev, Ukraine*

***Characteristics of Amicable Agreement in Bankruptcy
Proceedings under the Ukrainian Bankruptcy Law***

Summary

In this article, the author provides a theoretical study of the amicable agreement in bankruptcy proceedings. This issue is regulated in the latest Ukrainian Bankruptcy Act "On Restoring Debtor's Solvency and Declaring a Debtor Bankrupt". In this paper, the author sheds some more light on the significant drawbacks and gaps in the legal regulations of this issue and proposes some solutions aimed at improving the regulatory framework of the amicable agreement bankruptcy proceedings.

Key words: *amicable agreement, bankruptcy, insolvency, bankruptcy proceeding*

Dr Dejan Vučetić,¹

Docent Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

Prof. dr Predrag Dimitrijević,²

Redovni profesor Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.341

Rad primljen: 06.10.2013.

Rad prihvaćen: 25.10.2013.

SPECIFIČNOSTI POSTUPKA IZDAVANJA GRAĐEVINSKE DOZVOLE³

Apstrakt: *O pozitivnoj korelaciji između građevinske delatnosti i ekonomskog razvoja ne treba posebno elaborirati – ta veza je dokazana: građevinska delatnost je nosilac razvoja jer upošljava niz drugih privrednih grana. U praktičnoj primeni pravila postupka izdavanja građevinskih dozvola već decenijama postoji mnoštvo problema, koji proističu iz njegovog predugog trajanja, diskutabilnog kvaliteta prostornih planova, sukoba između upravno-pravne i građevinske struke itd., a sve to utiče na konkurentnost Srbije i otežano privlačenje domaćih i stranih investicija. Greške u primeni procesnih odredbi Zakona o planiranju i izgradnji kreću se od onih tehničke prirode do ozbiljnijih nezakonitosti – kao što je kršenje principa saslušanja stranke. Rad je rezultat istraživanja autora izvršenog sa ciljem identifikovanja upravno-procesnih posebnosti postupka izdavanja građevinskih dozvola u odnosu na norme opšteg upravnog postupka, kako bi se utvrdilo kako njegove specifičnosti utiču na efikasnost i efektivnost u ovoj upravnoj oblasti. Nakon izvršene analize autori su došli do zaključaka u kom pravcu bi trebalo da se kreću najnovije izmene Zakona o planiranju i izgradnji, odnosno drugih, sektorskih zakona u ovoj oblasti.*

Ključne reči: *posebni upravni postupak, ministarstvo nadležno za poslove građevinarstva, lokalna samouprava, javna preduzeća.*

1 dvucetic@prafak.ni.ac.rs

2 peca0909@yahoo.com

3 Ovaj članak je rezultat rada u okviru projektu pod nazivom "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru", finansiranim od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

1. Uvod

Postupak izdavanja građevinskih dozvola je poseban upravni postupak. Uopšte uzev, upravni postupak je sistem procesnih pravila po kojima postupaju upravni i drugi organi i organizacije kada u upravnim stvarima odlučuju o pravima, obavezama i pravnim interesima stranaka. Ili, drugačije rečeno, u pitanju je postupak donošenja upravnih akata (rešenja i zaključaka) u upravnim stvarima (Dimitrijević, 2008: 5). Opšta pravila upravnog procesnog postupanja se primenjuju u svim upravnim oblastima i svim upravnim stvarima. Međutim, neke upravne oblasti su toliko specifične da su norme opšteg upravnog postupka nedovoljne i zbog toga dolazi do modifikacije opšte upravne procedure posebno propisanim pravilima. U takvim situacijama kažemo da postoje posebni upravni postupci koji, takođe, regulišu nadležnost upravnih organa, forme radnji i upravnih akata, ali uvek samo određenih vrsta organa i u određenim, specifičnim upravnim materijama.

„Opšti upravni postupak u odnosu na posebne upravne postupke ima dopunski (supsidijarni) karakter što znači da se u upravnim oblastima za koje je zakonom propisan poseban postupak u pojedinim pitanjima, postupa po odredbama tog posebnog zakona, a u svim drugim pitanjima postupa se po odredbama Zakona o opštem upravnom postupku. Odredbe Zakona o opštem upravnom postupku primenjuju se onda kad ne postoje propisi o posebnim vrstama postupka ili u onim pitanjima koja nisu regulisana odredbama propisa o posebnim upravnim postupcima (Popović, Petrović, Prica, 2011: 175).“

Komparativno posmatrano ovo nije slučaj u svim pravnim sistemima, već samo u onima u kojima postoji „krovni“ tj. opšti upravni postupak od koga se kasnije odvajaju posebne upravne procedure koje se primenjuju u posebnim materijama. Takvo uređenje upravnog postupanja naziva se još i austrijsko-nemački sistem. „Pored ostalih, danas kodifikacije opšte upravne procedure imaju i Nemačka, Švajcarska, Španija, Mađarska, Švedska, Norveška, Bugarska, Izrael, itd (Tomić, 2002: 335).“

Isto tako, postoje države koje nemaju posebno normiran opšti upravni postupak već se svaka posebna upravna materija i procedura zasebno reguliše. U takvim sistemima, navodi Ratko Marković:

„... smatra se da je za ustanovljavanje procedure za donošenje upravnih akata dovoljna sudska praksa, jer se i tako postiže cilj formalnog upravnog postupka - obezbediti zaštitu stranke određenim procesnim pravima. Takav primer pruža francusko pravo, u kojem su, umesto u posebnom zakonu, procesna pravila za donošenje upravnih akata ustanovljena u odlukama Državnog saveta i upravnih sudova (Marković, 2002: 299).“

Zakonom o planiranju i izgradnji⁴ uređuju se prvenstveno uslovi i način uređenja prostora, uređivanje i korišćenje građevinskog zemljišta i izgradnja objekata, vršenje nadzora nad primenom odredaba Zakona. Cilj donošenja najnovijeg Zakona o planiranju i izgradnji i njegovih kasnijih izmena bio je olakšati investitorima izgradnju, uključujući i postupak za izdavanje građevinske dozvole za izgradnju objekata koji je po ocenama velikog broja stručnih institucija predugačak i previše komplikovan. Među različitim odredbama materijalne, organizacione i tehničke prirode, u ovom Zakonu nalazi se veliki broj odredbi procesnog karaktera. Proceduralne odredbe nisu grupisane u zasebna poglavlja, već se, na žalost, nalaze u različitim delovima Zakona, čime cilj usvajanja novog Zakona nije u potpunosti ostvaren. Takođe, efekti primene Zakona su slabi ili ih uopšte nije bilo.

„Novo uvedeni instituti (na primer konverzije) nisu dali očekivane rezultate, pojednostavljene procedure nisu funkcionisale, rokovi se nisu poštovali, nisu se shvatale pojedine odredbe zakona, niti suština zakona u celini. Većina odredaba zahtevala je dodatna tumačenja ili uputstva, a tamo gde su odredbe bile prilično jasne, administracija je pravila teškoće za njihovu primenu (Petrović, 2011: 5).“

No, uprkos tome Zakon o planiranju i izgradnji „u konceptijskom smislu je dobro postavljen, jer je na jednom mestu obradio tri međusobno povezane oblasti: planiranja i uređenja prostora, režima građevinskog zemljišta i izgradnju objekta“ (Pljakić, 2007: 779).

Prema našoj analizi Zakon o planiranju i gradnji sadrži norme koje regulišu sledeće posebne upravne postupke:

- postupak izdavanja lokacijske dozvole,
- postupak izdavanja građevinske dozvole,
- postupak izdavanja upotrebne dozvole,
- postupak legalizacije,
- postupak usvajanja planskih dokumenata,
- inspeksijske postupke i dr.

Od navedenih postupaka mi ćemo se, u ovom radu, koncentrisati na norme koje regulišu postupak izdavanja građevinske dozvole. Prethodno treba napomenuti, da bez obzira na to što Zakon o planiranju i izgradnji sadrži veći broj posebnih procesnih normi, kojima odstupa od opšteg upravnog postupka, one ne smeju da protivreče osnovnim principima u upravnom postupku. Takođe, u postupku izdavanja građevinske dozvole primenjuju se i odredbe Zakona o opštem uprav-

⁴ *Sl. glasnik RS*, 72/2009, 81/2009 - ispr., 64/2010 - odluka US i 24/2011.

nom postupku i to u onim pitanjima koja nisu regulisana odredbama Zakona o planiranju i izgradnji.

2. Organi nadležni za izdavanje građevinske dozvole

Prema odredbama članova 133. i 134. Zakona o planiranju i izgradnji građevinsku dozvolu za izgradnju objekata izdaju tri različita subjekta: ministarstvo nadležno za poslove građevinarstva, odnosno nadležni organi autonomne pokrajine tj. jedinice lokalne samouprave.

Ministarstvo (i autonomna pokrajina, kada su u pitanju objekti na teritoriji autonomne pokrajine) izdaje građevinsku dozvolu za izgradnju: 1) visokih brana i akumulacija; 2) nuklearnih objekata; 3) objekata za proizvodnju, preradu, transport i skladištenje nafte i gasa, i drugih vrsta goriva; 4) objekata bazne i prerađivačke hemijske industrije, crne i obojene metalurgije, objekata za preradu kože i krzna, objekata za preradu kaučuka, objekata za proizvodnju celuloze i papira i objekata za preradu nemetalinih mineralnih sirovina, osim objekata za primarnu preradu ukrasnog i drugog kamena; 5) stadiona za 10.000 i više gledalaca, objekata konstruktivnog raspona 50 i više metara, objekata visine 50 i više metara, silosa kapaciteta preko 10.000 m³, objekata kazneno-popravnih ustanova, objekata za službene potrebe diplomatsko-konzularnih predstavništava stranih država, odnosno kancelarija međunarodnih organizacija u Republici Srbiji, ukoliko je to propisano bilateralnim sporazumom, kao i stambenih kompleksa višeporodičnog stanovanja kada je investitor Republika Srbija; 6) odgovarajućih vrsta hidroelektrana sa pripadajućom branom; 7) međuregionalnih i regionalnih objekata vodosnabdevanja i kanalizacije, te odgovarajućih postrojenja za pripremu vode za piće, te za prečišćavanje otpadnih voda; 8) odgovarajućih regulacionih radova za zaštitu od velikih voda gradskih područja i ruralnih površina; 9) objekata u granicama odgovarajućih nepokretnih kulturnih dobara od izuzetnog značaja i kulturnih dobara upisanih u Listu svetske kulturne i prirodne baštine, kao i objekata u granicama nacionalnog parka i objekata u granicama zaštite zaštićenog prirodnog dobra od izuzetnog značaja; 10) odgovarajućih postrojenja za tretman neopasnog otpada; 11) postrojenja za tretman opasnog otpada, kao i centralna skladišta i/ili deponije za odlaganje opasnog otpada; 12) aerodroma; 13) putničkih pristaništa, luka, pristana i marina; 14) državnih puteva prvog i drugog reda, putnih objekata i saobraćajnih priključaka na ove puteve i graničnih prelaza; 15) javne železničke infrastrukture sa priključcima i metroa; 16) telekomunikacionih objekata, odnosno mreža, sistema ili sredstava koji su međunarodnog i magistralnog značaja i oni koji se grade na teritoriji dve ili više opština; 17) hidrograđevinskih objekata na plovnim putevima; 18) plovnih kanala i brodskih prevodnica koji nisu u sastavu hidroenergetskog sistema; 19) regionalnih deponija, odnosno deponija za odlaganje neopasnog otpada za područje nastanjeno sa preko

200.000 stanovnika; 20) objekata za proizvodnju energije iz obnovljivih izvora energije, kao i elektrana sa kombinovanom proizvodnjom snage 10 i više MW.

Kao što zapažamo, nadležnosti Ministarstva obuhvataju najvažnije infrastrukturne objekte, ekološki najvažnije i posebno osetljive objekte, objekte izuzetnog investicionog značaja. Protiv rešenja ministarstva nije moguće izjaviti žalbu, već je odmah moguće pokrenuti upravni spor!

Pokrajina gorenavedene poslove vrši kao poverene.

Jedinice lokalne samouprave obavljaju, takođe kao **poverene**, postupke izdavanja građevinskih dozvola za izgradnju onih objekata koji nisu određeni u članu 133. Zakona. Prema odredbi člana 146. Zakona o planiranju i izgradnji postavljanje i uklanjanje manjih montažnih objekata privremenog karaktera na površinama javne namene (kiosci, letnje i zimske bašte, tezge i drugi pokretni mobilijar), spomenika i spomen obeležja na površinama javne namene, balon hala sportske namene, nadstrešnica za sklanjanje ljudi u javnom prevozu i plovećih postrojenja na vodnom zemljištu, takođe obezbeđuje i uređuje jedinica lokalne samouprave.

Delegacija, odnosno poveravanje, nadležnosti izdavanja građevinske dozvole znači da republički organi zadržavaju pravo kontrole i pravo preuzimanja tih poslova u skladu sa odredbama članova 55. i 56. Zakona o državnoj upravi.⁵

Ukoliko stranka zahtev za izdavanje građevinske dozvole podnese nenadležnom organu, on je, u smislu člana 56. stav 3. i 4. ZUP-a (zavisno od načina predaje zahteva), dužan da se oglasi nenadležnim i predmet ustupi nadležnom organu.

3. Stranke i drugi učesnici u postupku izdavanja građevinske dozvole

Prema odredbi člana 39. Zakona o opštem upravnom postupku⁶ stranka je lice po čijem je zahtevu pokrenut postupak ili protiv koga se vodi postupak ili koje, radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa, ima pravo da učestvuje u postupku (Dimitrijević, 2013: 333).

Učesnici koji su u procesnom položaju stranke ili na neki drugi način učestvuju u postupku izgradnje objekta su:

- investitor – pravno ili fizičko lice koje gradi objekat, odnosno „za čije se potrebe gradi objekat i na čije ime glasi građevinska dozvola“ shodno odredbi člana 2 stav 1. tačka 21. Zakona o planiranju i izgradnji (investitor može odlučiti da ga u procesu dobijanja dozvole predstavlja drugo lice - punomoćnik, i da u granicama ovlašćenja, umesto njega obavlja radnje u postupku koje imaju isto pravno dejstvo kao da su preduzete od strane samog investitora);

5 *Sl. glasnik RS*, 79/2005, 101/2007 i 95/2010.

6 *Sl. list SRJ*, 33/97 i 31/2001 i *Sl. glasnik RS*, 30/2010.

- projektant – odgovorni projektant može biti lice sa stečenim visokim obrazovanjem odgovarajuće struke, odnosno smeru, na akademskim studijama drugog stepena (diplomske akademske studije - master, specijalističke akademske studije) odnosno na osnovnim studijama u trajanju od najmanje pet godina i licencom za projektovanje (član 128 stav 1 Zakona o planiranju i izgradnji);
- izvođač radova – privredno društvo, odnosno drugo pravno lice ili preduzetnik, koje obavlja izgradnju objekata, odnosno izvođenje radova, a koje je upisano u odgovarajući registar za građenje objekata, odnosno za izvođenje radova (član 150 st 1);
- nadzorni organ (lice koje vrši stručni nadzor) – pravno ili fizičko lice čija delatnost je pružanje usluga u vršenju kontrole gradnje;
- reviziona komisija – generalni projekat i idejni projekat, prethodna studija opravdanosti i studija opravdanosti za objekte iz člana 133. Zakona o planiranju i izgradnji podležu reviziji (stručnoj kontroli) komisije koju obrazuje ministar nadležan za poslove građevinarstva;
- odgovorni projektant može biti lice sa stečenim visokim obrazovanjem odgovarajuće struke, odnosno smeru, na akademskim studijama drugog stepena (diplomske akademske studije - master, specijalističke akademske studije) odnosno na osnovnim studijama u trajanju od najmanje pet godina i licencom za projektovanje;
- odgovorni planer – odgovorni planer može biti lice sa stečenim visokim obrazovanjem na akademskim studijama drugog stepena (diplomske akademske studije - master, specijalističke akademske studije) odnosno lice sa visokom stručnom spremom i najmanje pet godina radnog iskustva, koje ima stručne rezultate na izradi dokumenata prostornog planiranja i odgovarajuću licencu (član 37);
- urbanista – odgovorni urbanista može biti lice sa stečenim visokim obrazovanjem odgovarajuće struke, na akademskim studijama drugog stepena (diplomske akademske studije - master, specijalističke akademske studije) odnosno lice sa visokom školskom spremom odgovarajuće struke i najmanje pet godina odgovarajućeg radnog iskustva, koje ima stručne rezultate na izradi dokumenata urbanističkog planiranja i odgovarajuću licencu izdatu u skladu sa ovim zakonom (član 38).

Odluka (građevinska dozvola) se uvek izdaje investitoru a ne projektantu ili nekom drugom eventualnom učesniku u postupku. Pogrešno je shvatanje da je stranka projektant, čak i kada zastupa investitora na osnovu ugovora o punomoćju.

U postupku izdavanja građevinske dozvole pravo na učešće u postupku, pored investitora imaju i druga lica, a najčešće su to vlasnici ili nosioci prava službenosti na susednim nepokretnostima. Upravni organi vrlo često zanemaruju učešće

ovih lica u postupku, naročito prilikom izvođenja dokaza (Pljakić, 2007: 781). Neučestvovanje takvih lica u okončanom postupku može kao posledicu imati korišćenje odgovarajućeg vanrednog pravnog sredstva, tj. ponavljanja postupka.

Za izgradnju ili izvođenje radova na građevinskom zemljištu ili objektu koji je u vlasništvu više lica, uz zahtev za izdavanje građevinske dozvole, prilaže se i overena saglasnost tih lica, a ako se radovi izvode na pripajanju ili pretvaranju zajedničkih prostorija u stan, odnosno poslovni prostor u stambenim zgradama, odnosno nadziđivanju stambene zgrade, prilaže se i ugovor zaključen u skladu sa posebnim zakonom.

Prema pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava uknjižba je безусловno sticanje i brisanje prava upisanih u zemljišnoj knjizi i dozvoljava se samo onda kada je pravo čije se uknjiženje traži potpuno dokazano bez ikakve sumnje o pravnom osnovu na koji se odnosi. Pravo svojine, prema Zakonu o osnovama svojinskopravnih odnosa⁷ stiče se po samom zakonu, na osnovu pravnog posla i nasleđivanjem (odredba člana 20). Pravo svojine na nepokretnosti stiče se upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom pa se u tom smislu i prilaže dokaz o pravu svojine u postupku izdavanja građevinske dozvole (odredba člana 33 Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa). Odredbom člana 15. stav 4. istog zakona predviđeno je da je za preduzimanje poslova koji prelaze okvire redovnog upravljanja stvari (otuđenje cele stvari, promena namene, izdavanje cele stvari u zakup, zasnivanje hipoteke na celoj stvari, zasnivanje stvarnih službenosti, veće popravke i slično) potrebna saglasnost svih suvlasnika.

Međutim, kada se izvode radovi na pripajanju ili pretvaranju zajedničkih prostorija u stan, odnosno poslovni prostor u stambenim zgradama, odnosno izgradnji kosog krova - sanaciji krovne konstrukcije, uz zahtev za izdavanje građevinske dozvole prilaže se i ugovor zaključen u skladu sa posebnim zakonom, odnosno Zakonom o održavanju stambenih zgrada.⁸ Ugovor između investitora i stambene zgrade, koji se zaključuje u pismenoj formi i overava u sudu služi kao dokaz o pravu izvođenja radova. Odluka o izvođenju tih radova donosi se saglasnošću vlasnika stanova i drugih posebnih delova zgrade kojima pripada više od polovine ukupne površine stanova i drugih posebnih delova zgrade.

Pravo na učešće u postupku lica koje ima pravni interes, odnosno želi da interveniše u cilju zaštite svojih pravnih interesa ili prava (u skladu sa Zakonom o opštem upravnom postupku), mora da dokaže. Sve troškove nastale u vezi sa dokazivanjem i eventualnim pribavljanjem stručnog mišljenja, snosi lice koje je podnelo zahtev da interveniše.

⁷ *Sl. list SFRJ*, 6/80 i 36/90, *Sl. list SRJ*, 29/96 i *Sl. glasnik RS*, 115/2005 - dr. zakon.

⁸ *Sl. glasnik RS*, 44/95, 46/98, 1/2001 - odluka USRS, 101/2005 - dr. zakon, 27/2011 - odluka US i 88/2011.

Treba napomenuti da ovi drugi učesnici u ovom posebnom upravnom postupku imaju ista proceduralna prava kao stranka, posebno imajući u vidu načelo saslušanja stranke (poziv, učešće u svim procesnim radnjama, pravo da pregledaju dokumente, obaveštenja o odluci, pravo na žalbu, korišćenja vanrednih pravnih sredstava).

4. Pokretanje postupka za izdavanje građevinske dozvole

Za pokretanje bilo kog upravnog postupka potrebno je da inicijativa potekne ili od organa uprave ili od stranke (fizičkog ili pravnog lica). Pošto proces izdavanja građevinske dozvole može biti pokrenut isključivo na zahtev stranke, njoj mora biti data odgovarajuća uloga. Zahtev za građevinsku dozvolu zbog toga može, s obzirom na ključnu ulogu koju ima u izgradnji objekta, podneti samo investitor, ili u njegovo ime punomoćnik. Zakon o planiranju i izgradnji izričito ne reguliše zastupanje preko punomoćnika pa se u tom slučaju primenjuju opšta pravila Zakona o opštem upravnom postupku odnosno Zakona o parničnom postupku, kao supsidijarnog zakona.

Uz zahtev za izdavanje prilaže se:

- 1) lokacijska dozvola;
- 2) glavni projekat sa izveštajem o izvršenoj tehničkoj kontroli;
- 3) dokaz o pravu svojine, odnosno pravu zakupa na građevinskom zemljištu;
- 4) dokaz o uređivanju odnosa u pogledu plaćanja naknade za uređivanje građevinskog zemljišta;
- 5) dokaz o uplati administrativne takse.

Najvažniji dokaz o pravu svojine nesumnjivo je list Katastra nepokretnosti Republičkog geodetskog zavoda, kojim se pokazuje da investitor ima pravo vlasništva ili bilo koje drugo stvarno pravo ili obavezu na osnovu kojeg se može vršiti izgradnja, odnosno drugi građevinski radovi. Za izgradnju linijskih infrastrukturnih objekata, kao dokaz o pravu svojine služi konačno rešenje o eksproprijaciji i dokaz da je krajnji korisnik eksproprijacije obezbedio novčana sredstva u visini tržišne vrednosti nepokretnosti, odnosno ugovor o ustanovljavanju prava službenosti sa vlasnikom poslužnog dobra. Za izgradnju ili izvođenje radova na građevinskom zemljištu ili objektu koji je u vlasništvu više lica, uz zahtev, prilaže se i overena saglasnost tih lica. Ako se radovi izvode na pripajanju ili pretvaranju zajedničkih prostorija u stan, odnosno poslovni prostor u stambenim zgradama, odnosno nadziđivanju stambene zgrade, prilaže se i ugovor zaključen u skladu sa posebnim zakonom. Za izgradnju energetskih objekata, uz zahtev prilaže se i energetska dozvola u skladu sa posebnim zakonom. Zakon o energetici predviđa obavezu pribavljanja energetske dozvole kao uslova za izgradnju: dakle, neophodno je pribavljanje dozvola od dva različita Ministarstva!

5. Sadržina građevinske dozvole

Građevinska dozvola je upravni akt posebnog naziva kojim nadležni organ, nakon što utvrdi da je planirana izgradnja u skladu sa aktom o korišćenju zemljišta da objekti planirani za izgradnju ispunjavaju osnovne uslove i da izgradnja neće uticati na prava trećih lica i javni interes, odobrava izgradnju i propisuje posebne uslove koji se moraju uzeti u obzir. Pored sastojaka predviđenih pravilima Zakona o opštem upravnom postupku (Vučetić, 2008: 175-196), primenjuju se odredbe člana 136. Zakona o planiranju i izgradnji, koja su konkretizovana posebnim Pravilnikom o sadržini i načinu izdavanja građevinske dozvole⁹.

Građevinska dozvola sadrži, naročito, podatke o:

- 1) investitoru;
- 2) objektu čije se građenje dozvoljava sa podacima o gabaritu, spratnosti, ukupnoj površini i predračunskoj vrednosti objekta;
- 3) katastarskoj parceli na kojoj se gradi objekat;
- 4) postojećem objektu koji se ruši ili rekonstruiše radi građenja;
- 5) roku važenja građevinske dozvole i roku završetka građenja;
- 6) dokumentaciji na osnovu koje se izdaje.

Građevinska dozvola se izdaje rešenjem, u roku od osam dana od podnošenja urednog zahteva, a glavni projekat je sastavni deo rešenja. Na rešenje se može izjaviti žalba u roku od osam dana od dana dostavljanja. Ako je rešenje izdalo ministarstvo nadležno za poslove građevinarstva, odnosno nadležni organ autonomne pokrajine, može se tužbom pokrenuti upravni spor (ne žalba nego odmah tužba Upravnom sudu). Građevinska dozvola izdaje se za ceo objekat, ali može i za deo objekta, ako taj deo predstavlja tehničku i funkcionalnu celinu i na osnovu nje se izvode i pripremni radovi.

6. Privremena građevinska dozvola

Prema odredbi člana 147 Zakona o planiranju i izgradnji privremena građevinska dozvola se izdaje za izgradnju: asfaltne baze, separacije agregata, fabrike betona; samostojećih, ankerisanih meteoroloških anamometarskih stubova, kao i stubova za druge namene sa pratećom mernom opremom privremene saobraćajnice i priključci, kao i za izvođenje istražnih radova na lokaciji, u cilju utvrđivanja posebnih uslova za izradu glavnog projekta i za izmeštanje postojećih instalacija.

Na postupak izdavanja privremene građevinske dozvole i njenu sadržinu primenjuju se odredbe kojima je regulisana sadržina glavnog projekta (član 121.),

⁹ *Sl. glasnik RS*, 93/2011.

zahtev za izdavanje građevinske dozvole (član 135.) i sadržina građevinske dozvole (član 136.). Uz zahtev za izdavanje privremene građevinske dozvole ne prilaže se lokacijska dozvola.

Zavisno od vrste objekta, odnosno radova, privremena građevinska dozvola se donosi za tačno određeni period u kome se objekat može koristiti, odnosno izvoditi radovi, a koji ne može biti duži od tri godine od dana donošenja privremene građevinske dozvole. U slučaju da investitor sam ne ukloni privremeni objekat u određenom roku, organ koji je doneo privremenu građevinsku dozvolu, po službenoj dužnosti dostavlja zahtev građevinskoj inspekciji za uklanjanje. Žalba na rešenje građevinskog inspektora ne zadržava izvršenje rešenja.

7. Dostavljanje rešenja o građevinskoj dozvoli

Rešenje se dostavlja stranci u upravnom postupku u dva primerka (podnosiocu zahteva), a jedan primerak rešenja o građevinskoj dozvoli dostavlja se inspekciji koja vrši nadzor nad izgradnjom objekata. Ako je rešenje izdalo ministarstvo/pokrajina dostavlja se i jedinici lokalne samouprave. Ovde je čest problem to što različiti organi uprave nemaju informacije šta rade drugi organi.

8. Konačnost, pravnosnažnost i izvršnost građevinske dozvole

Odluka koja se više ne može osporavati žalbom postaje konačna, a ukoliko se ne može osporavati ni tužbom u upravnom sporu postaje pravosnažna. Značaj konačnosti odluke je u tesnoj vezi sa izvršenjem rešenja, jer izvršnost odluke obično prati njenu konačnost, izuzev ako drugačije nije predviđeno posebnim zakonom. Sticanjem svojstva konačnosti rešenja stranka u pitanju može pokrenuti postupak njegovog sprovođenja odnosno ostvarivanja prava koje je stekla.

Bez obzira na činjenicu da je formalni uslov za početak izgradnje pravno-snažna građevinska dozvola, investitor može, na osnovu odredbe člana 138a Zakona o planiranju i izgradnji započeti izgradnju na osnovu konačne građevinske dozvole, ali na **sopstveni rizik**, što znači da investitor preuzima rizik da dozvola u kasnijim postupcima može biti ukinuta ili poništena. Ako je stranka pokrenula upravni spor, a investitor iz tog razloga ne započne sa građenjem objekta do pravnosnažnosti rešenja, investitor ima pravo na naknadu štete i na izgublenu dobit u skladu sa zakonom, ako se utvrdi da je tužba neosnovana.

Kao što smo napomenuli na rešenje koje je donelo Ministarstvo, odnosno pokrajina nije dozvoljena žalba, dok je protiv rešenja jedinice lokalne samouprave moguće izjaviti žalbu Ministarstvu, odnosno nadležnom organu pokrajine za rešenja lokalne samouprave na njenoj teritoriji, odnosno Gradu Beogradu za rešenja gradskih opština do 800m². Ovde se opravdano postavlja pitanje zašto i drugim gradovima nije dodeljena ova nadležnost?

Jedan od elemenata rešenja o građevinskoj dozvoli je rok važenja građevinske dozvole, odnosno rok u kome je investitor u obavezi da otpočne sa građenjem, odnosno izvođenjem radova. Nakon isteka roka od dve godine od dana pravno-snažnosti rešenja, građevinska dozvola prestaje da važi ukoliko nije otpočeto sa izgradnjom objekta. Rešenje kojim se utvrđuje prestanak važenja građevinske dozvole donosi organ nadležan za izdavanje građevinske dozvole.

Prethodni tekst Zakona nije propisivao šta se dešava ako investitor u predviđenom roku započne sa izvođenjem radova, ali ih ne završava. Iz tog razloga mnoge građevinske parcele nisu privedene planiranoj nameni. U toj situaciji poreskog prihoda nije bilo, kočile su se investicije, a nesolventni investitori nisu snosili nikakve sankcije. Oni su nedovršene, odnosno započete objekte prodavali i po više puta, najčešće savesnim trećim licima, čime je pravna sigurnost bila potpuno ugrožena. Odredbom novog stava 5. člana 140. Zakona o planiranju i izgradnji nerealizovane investicije imale bi poreski tretman izgrađenog objekta u skladu sa građevinskom dozvolom, čime će se povećati pravna sigurnost, a nesolventni investitori bi se destimulisali da otpočnu investiciju bez obezbeđenih sredstava za njeno sprovođenje.

Građevinska dozvola prestaje da važi ako se u roku od pet godina od dana pravosnažnosti rešenja kojim je izdata građevinska dozvola, ne izda upotrebna dozvola. Ovo pravilo se ne primenjuje na građevinske dozvole za izgradnju porodičnih stambenih zgrada, koje gradi investitor radi rešavanja svojih stambenih potreba i za objekte iz člana 133. Zakona, za koje građevinsku dozvolu izdaje ministarstvo nadležno za poslove građevinarstva. Međutim, investitor ima mogućnost da traži odobrenje da pravosnažna dozvola ostane na snazi još dve godine nakon isteka roka od pet godina od dana pravosnažnosti rešenja kojim je izdata građevinska dozvola ukoliko ispuni određene uslove, koji se odnose se na stepen završenosti objekta. Nakon isteka roka važenja građevinske dozvole, nova građevinska dozvola za istu lokaciju može se izdati samo na ime drugog investitora, koji ne spada u krug povezanih lica prema posebnim zakonima. Izuzetno građevinska dozvola se može izdati na ime lica koja su tokom izgradnje od investitora kupila objekat, odnosno posebne delove objekta.

9. Vanredna pravna sredstva

Protiv izdatih građevinskih dozvola mogu da se koriste vanredni pravni lekovi u skladu sa Zakonom o opštem upravnom postupku, a u praksi se najčešće može javiti ponavljanje postupka kada stranci nije dato pravo da učestvuje u postupku.

Građevinska dozvola je finalna faza u postupku izgradnje određenog objekta i njenom izdavanju prethodi vođenje drugih upravnih postupaka i izdavanje „prethodnih“ upravnih akata. Njihovo uklanjanje iz pravnog poretka može dovesti do ponavljanja postupka.

Takođe, izdavanje građevinske dozvole često prati kombinacija različitih upravnih akata i usluga u odnosu na istu stranku, kao što je, na primer, dozvola za rad u slučaju ugostiteljskog objekta. U takvom slučaju, uklanjanje građevinske dozvole iz pravnog poretka (po žalbi ili tužbi) značilo bi uklanjanje i pratećih dozvola.

10. Posebni slučajevi građenja, odnosno izvođenja radova bez pribavljene građevinske dozvole

Prema odredbi člana 143. Zakona o planiranju i izgradnji, građenju objekta, odnosno izvođenju pojedinih radova može se pristupiti i bez prethodno pribavljene građevinske dozvole, ako se objekat gradi neposredno pred nastupanje ili za vreme elementarnih nepogoda, kao i radi otklanjanja štetnih posledica tih nepogoda neposredno posle njihovog nastupanja, u slučaju havarije na energetskim objektima ili telekomunikacionim sistemima, kao i u slučaju rata ili neposredne ratne opasnosti. Objekti o kojima je reč, mogu ostati kao stalni, ako investitor pribavi građevinsku dozvolu, odnosno odgovarajuće rešenje iz člana 145. zakona, u roku od jedne godine od dana prestanka opasnosti koje su prouzrokovale njegovo građenje, odnosno izvođenje radova.

11. Izgradnja objekata i izvođenje radova za koje se ne izdaje građevinska dozvola

Prema odredbi člana 144. Zakona o planiranju i izgradnji posebna vrsta objekata, odnosno radova za koje nije potrebno pribavljati akt nadležnog organa za gradnju, odnosno akt za izvođenje radova jesu: radovi na tekućem odražavanju objekta ili stana; postavljanje žičane ili drvene ograde; građenje objekata protivgradne odbrane; građenje jednostavnih objekata koji se grade na istoj katastarskoj parceli na kojoj je sagrađen glavni objekat, a koji se izvode na način da ne ometaju redovno korišćenje susednih objekata; stočne jame određenih karakteristika; grobnice i spomenici na groblju; pešačke staze, ploče za obaveštavanje površine do 6 m² i druga oprema u zaštićenim prirodnim dobrima; nosači antena, bazne stanice i sredstva odgovarajuća elektronskih komunikacija; kontejneri za smeštaj elektronsko komunikacione i elektroenergetske opreme i uređaja, mikrorovovi za optičke i druge kablove, tipski ormani za unutrašnju i spoljašnju montažu za smeštaj opreme elektronske komunikacije i sl.; stubići katodne zaštite za čelične cevovode i stanice katodne zaštite, oznake kilometraže, oznake skretanja i zaštitne lule na ukrštanjima sa putevima i prugama na linijskim infrastrukturnim objektima tipa gasovoda, naftovoda i produktovoda.

Prema odredbama člana 145 građenje pomoćnih i ekonomskih objekata definisanih u odredbi člana 2. tač. 24) i 24a) Zakona,¹⁰ izvođenje radova na inve-

¹⁰ Pomoćni objekat jeste objekat koji je u funkciji glavnog objekta, a gradi se na istoj parceli na kojoj je sagrađen glavni stambeni, poslovni ili objekat javne namene (garaže, ostave, septičke

sticionom održavanju objekta i uklanjanju prepreka za osobe sa invaliditetom, izgradnja sekundarnih, odnosno distributivnih mreža komunalne infrastrukture i uređenje saobraćajnica u okviru postojeće regulacije ulica, rekonstrukcija, adaptacija, sanacija, promena namene objekta bez izvođenja građevinskih radova, promena namene uz izvođenje građevinskih radova, izvođenje radova na razdvajanju ili spajanju poslovnog ili stambenog prostora, ugradnja unutrašnjih instalacija u postojeći objekat, postavljanje antenskih stubova i sekundarnih, odnosno distributivnih delova elektronske komunikacione mreže, pojedinačni elektrodistributivni i elektroprenosni stubovi, odgovarajući deo niskonaponske elektrodistributivne mreže, tipske transformatorske stanice i delovi elektrodistributivne mreže od transformatorske stanice do mesta priključka na objektu kupca, razvodna postrojenja, manje crpne stanice i manji ski-liftovi, priključci na izgrađenu vodovodnu, kanalizacionu, gasnu mrežu; kompresorske jedinice za gas, uređaji za isporuku gasa, solarni kolektori i solarne ćelije, tipski toplovodni priključci, građenje zidanih ograda, vrše se na osnovu rešenja kojim se odobrava izvođenje tih radova, odnosno promena namene objekta, koje izdaje organ nadležan za izdavanje građevinske dozvole.

Uz zahtev za izdavanje ove vrste rešenja podnosi se: 1) dokaz o pravu svojine; 2) idejni projekat, odnosno glavni projekat, odnosno tehnički opis i popis radova za izvođenje radova na investicionom održavanju (tzv. tehnička dokumentacija); 3) informacija o lokaciji za izgradnju; 4) dokaz o plaćanju naknade za uređivanje građevinskog zemljišta za izgradnju garaža, ostava i drugih sličnih objekata. Na navedenu tehničku dokumentaciju za izgradnju vodova i priključaka do izgrađene mreže komunalne infrastrukture, pribavlja se saglasnost javnog komunalnog preduzeća, odnosno privrednog društva kome je povereno obavljanje komunalne delatnosti.

12. Zaključci i moguća poboljšanja pravnog okvira izdavanja građevinskih dozvola

U prethodnom delu rada pokazali smo da Zakon o planiranju i izgradnji predstavlja zaokruženu, i relativno dobro koncipiranu celinu, te da je potrebno samo prilagoditi postupak izdavanja dozvole objektima čija izgradnja se traži, tako što će se za objekte jednostavnijeg tipa dozvole izdavati brzo i po pojednostav-

jame, bunari, cisterne za vodu i sl.). Ekonomski objekti jesu objekti za gajenje životinja (staje za gajenje konja, štale za gajenje goveda, objekti za gajenje živine, koza, ovaca i svinja, kao i objekti za gajenje golubova, kunića, ukrasne živine i ptica); prateći objekti za gajenje domaćih životinja (ispusti za stoku, betonske piste za odlaganje čvrstog stajnjaka, objekti za skladištenje osoke); objekti za skladištenje stočne hrane (senici, magacini za skladištenje koncentrovane stočne hrane, betonirane silo jame i silo trenčevi), objekti za skladištenje poljoprivrednih proizvoda (ambari, koševi) i drugi slični objekti na poljoprivrednom gazdinstvu (objekti za mašine i vozila, pušnice, sušionice i sl.).

ljenoj proceduri. Broj građevinskih radova koji se izvode na osnovu obaveštenja nadležnog organa, bez pribavljanja građevinske dozvole trebalo bi povećati. Takođe, neophodno je pojednostavljivanje regulative u oblasti urbanističkog planiranja, koja je trenutno predimenzionirana uslovima javnih preduzeća, koji ne bi trebalo da budu deo plana. Suština celog koncepta reforme treba da bude smanjenje uticaja javnih preduzeća, jer kako je pokazalo istraživanje izrađeno u okviru USAID-ovog Projekta za bolje uslove poslovanja od 400 dana, koliko u proseku traje postupak dobijanja građevinske dozvole u Srbiji, 80 procenata otpada na postupke pred javnim preduzećima.

Kako se navodi u radnoj verziji Predloga koncepta reforme postupka izdavanja građevinskih dozvola izrađenog u okviru USAID-ovog Projekta za bolje uslove poslovanja, najzanemarivaniji problem u postupku je iskazan u sledećoj konstataciji:

„Velika ovlašćenja niza slabo kontrolisanih javnih preduzeća i drugih javnih tela koja su nezainteresovana za veću efikasnost u vezi sa građevinskim dozvolama, ili čak nameću nepotrebne procedure kako bi ojačali svoj položaj, odnosno opravdali nerazumno visoke naknade (USAID, 2013:2)“.

Optimizaciju postupka izdavanja građevinskih dozvola potrebno je stoga izvršiti kroz prilagođavanje tzv. sektorskih zakona, odnosno podzakonskih akata koji zapravo izazivaju najviše problema. U tom smislu bilo bi potrebno izmeniti pojedine odredbe sledećih zakona: Zakon o vodama,¹¹ Zakon o šumama,¹² Zakon o javnoj svojini,¹³ Zakon o javnim putevima,¹⁴ Zakon o železnici,¹⁵ Zakon o energetici,¹⁶ Zakon o vanrednim situacijama,¹⁷ itd.

Druga opasnost koja se stalno iznova javlja prilikom promena u ovoj oblasti jeste pitanje tzv. „pozitivnog ćutanja uprave“, tj. da će se, ako nadležni organ ne donese rešenje (izda građevinsku dozvolu) u roku od 30 dana smatrati da je izdato pozitivno rešenje. Iskustva država koja su primenom ove pravne mere pokušale da ubrzaju proces rešavanja upravno-građevinskih stvari, a najsvežiji primer je susedna Republika Makedonija, pokazuju da se uvođenjem „pozitivnog ćutanja uprave“ u ovoj oblasti otvara „Pandorina kutija“ koja bi još više povećala korupciju i stvorila niz novih, teško premostivih pravnih problema.

11 *Sl. glasnik RS*, 30/2010 i 93/2012.

12 *Sl. glasnik RS*, 30/2010 i 93/2012.

13 *Sl. glasnik RS*, 72/2011.

14 *Sl. glasnik RS*, 101/2005, 123/2007, 101/2011 i 93/2012.

15 *Sl. glasnik RS*, 45/2013.

16 *Sl. glasnik RS*, 57/2011, 80/2011 - ispr., 93/2012 i 124/2012.

17 *Sl. glasnik RS*, 111/2009, 92/2011 i 93/2012.

Umesto „pozitivnog ćutanja uprave“ zakonodavac bi trebalo da omogući stvaranje realnih pretpostavki za uvođenje jednošalterskog sistema za izdavanje građevinskih dozvola koji bi doprineo efikasnosti postupka i otežao koruptivne radnje.

Sve ove izmene trebalo bi obaviti u kontekstu šireg procesa poboljšavanja regulatornog okvira upravljanja građevinskim zemljištem, a pre svega zemljištem u javnoj svojini. Da podsetimo, Zakonom o lokalnoj samoupravi¹⁸ kao jedna od novih nadležnosti jedinica lokalne samouprave u Republici Srbiji predviđeno je upravljanje imovinom (Dimitrijević, Vučetić, 2011: 250). Trebalo bi podstaći prenošenje prava javne svojine na neuređenom javnom građevinskom zemljištu lokalnim samoupravama. Svrha ove mere bila bi da se lokalne samouprave sa odgovarajućim institucionalnim i kadrovskim kapacitetima više angažuju, jer su one najbolje pozicionirane za efikasno stavljanje neiskorišćenih resursa građevinskog zemljišta u produktivnu funkciju. Gradovi i opštine, imajući u vidu njihove nadležnosti u pogledu prostornog i urbanističkog planiranja i uređivanja građevinskog zemljišta, imaju ključnu poziciju i najveći interes da obezbede optimalno korišćenje tog, za sada slabo ili nikako iskorišćenog potencijala.

Literatura

Vučetić, D. (2008). Tipični slučajevi manljivosti forme upravnih akata u srpskoj upravno-procesnoj praksi. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Niš: Pravni fakultet. 51, 175-196.

Dimitrijević, P. (2008). *Upravno pravo: opšti deo – knjiga druga*, Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Dimitrijević P., Vučetić D. (2011). *Sistem lokalne samouprave*, Beograd: JP Službeni glasnik.

Dimitrijević, P. (2013). *Upravno pravo: opšti deo*, Niš: Sven.

Zakon o vanrednim situacijama. *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009, 92/2011 i 93/2012.

Zakon o vodama. *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010 i 93/2012.

Zakon o državnoj upravi. *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/2007 i 95/2010.

Zakon o energetici. *Službeni glasnik RS*, br. 57/2011, 80/2011 - ispr., 93/2012 i 124/2012.

Zakon o železnici. *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013.

18 *Sl. glasnik RS*, 129/2007.

Zakon o javnim putevima. *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 123/2007, 101/2011 i 93/2012.

Zakon o javnoj svojini. *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011.

Zakon o održavanju stambenih zgrada. *Službeni glasnik RS*, br. 44/95, 46/98, 1/2001 - odluka USRS, 101/2005 - dr. zakon, 27/2011 - odluka US i 88/2011.

Zakon o opštem upravnom postupku. *Službeni list SRJ*, br. 33/97 i 31/2001 i *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010.

Zakonu o osnovama svojinsko pravnih odnosa. *Službeni list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90, *Službeni list SRJ*, br. 29/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005 - dr. zakon.

Zakon o parničnom postupku. *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011 i 49/2013 – odluka US.

Zakon o planiranju i izgradnji. *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009, 81/2009 - ispr., 64/2010 - odluka US i 24/2011.

Zakon o šumama. *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010 i 93/2012.

Marković R. (2002). *Upravno pravo: opšti deo – drugo popravljeno i prošireno izdanje*, Beograd: Slovo.

Petrović N. (2011). *Komentar zakona o planiranju i izgradnji: sa podzakonskim aktima, primerima ugovora i zahtevima i prilogom (treće izmenjeno i dopunjeno izdanje)*, Beograd: Poslovni biro.

Pljakić Lj. (2007). Upravno-sudska praksa izgradnje objekata prema novom zakonu, *Pravo i privreda*, 5-8. 779-788.

Popović S., Petrović M., Prica M. (2011). *Upravno pravo: opšti deo*. Niš: SVEN.

Pravilnik o sadržini i načinu izdavanja građevinske dozvole. *Službeni glasnik RS*, br. 93/2011.

Tomić Z. (2002). *Upravno pravo: sistem (četvrto, doterano izdanje)*. Beograd: Javno preduzeće Službeni list SRJ.

USAID SRBIJA, M&P ASSOCIATES (2013). *Predlog koncepta reforme postupka izdavanja građevinskih dozvola – radna verzija*. Beograd: USAID projekat za bolje uslove poslovanja (<http://www.naled-serbia.org/documents/ve-sti/2013-07-17/2013%2006,%20Koncept%20GD,%20v2.1.pdf>)

Dejan Vučetić, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Predrag Dimitrijević, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Special Features of Building Permits Issuing Procedure

Summary

The paper presents research results obtained by applying the standard corpus of legal methods, such as dogmatic, normative, teleological and axiological method. The goal is, first, to identify the characteristics of the procedure for issuing construction permits as a special type of administrative proceedings, and, second, to show whether they are the cause of reduced efficiency and effectiveness of this procedure.

The authors have grouped the provisions of the Planning and Construction Act into smaller parts specific for the structure of the General Administrative Procedure Act. These units are: issuing authorities; parties in the process of issuing building permits; filing and contents of building permits; temporary construction permits and service of permits; finality, absoluteness and enforceability of building permits; and legal remedies. Some problems were dealt with separately: special cases of construction, or construction works without obtained building permit, and construction of buildings and works that do not require building permits.

The paper proves that the Planning and Construction Act is a relatively well-formed and coherent system but that it is necessary to adjust the procedure of issuing building permits to the importance of objects that they going to be built. The authors conclude by stating that the problems in this special administrative area arise from the so-called accessory procedures, and that it is necessary to simplify the legal regime of urban planning and reduce the role of public enterprises in the process of obtaining building permits. To achieve this goal, it is necessary to change a number of specific sectoral Acts (which are listed in the conclusion of the paper), to introduce "one-stop shop" system for issuing building permits and to provide the capable local governments with more responsibility in this area.

Key words: *special administrative procedures, ministry in charge of construction, local government, public enterprises*

Dr Aleksandar Đorđević,
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 340.15:728](47)"04/14"

Rad primljen: 30.09.2013.

Rad prihvaćen: 10.10.2013.

DREVNORUSKI GRADOVI KAO DRUŠTVENI OKVIR RAZVIJENOG PRIVATNOG PRAVA¹

Apstrakt: U radu autor ističe značaj postepenog nastanka i evolucije drevnoruskih gradova u srednjem veku kao važan preduslov za razvijenost privatnog prava. U srednjovekovnim evropskim društvima to nije uobičajena pojava. Ruski feudalizam bio je poseban, budući da je u mnogim gradovima postojao razgranat robno-novčani promet. Zanatstvo i trgovina bili su na veoma visokom stepenu razvitka još u IX i X veku. Važan trgovački put od Severnog mora do Konstantinopolisa povezivao je sve važnije drevnoruske gradove. Unutrašnji razvoj ovih gradova takođe je doprineo postepenom stvaranju ekonomskih osnova koje su uslovile razvijenost stvarnog i obligacionog prava srednjovekovne Rusije. Među mnogobrojnim drevnoruskim gradovima kao najznačajnije treba izdvojiti Novgorod i Pskov, kao i prestonice Kijev i Moskvu.

Ključne reči: drevnoruski gradovi, privatno pravo, feudalizam, zanatstvo, trgovina, srednji vek.

Srednji vek i feudalizam obeleženi su nerazvijenošću robno-novčanog prometa i nepostojanjem tržišta uopšte, što je za posledicu imalo nepostojanje razvijenih gradskih centara. Za razliku od Rimskog carstva i Vizantije, ekonomija novih ranofeudalnih evropskih država bila je nekoliko vekova zasnovana na naturalnoj zatvorenoj privredi, sa pretežno seoskom proizvodnjom. Razvoj gradova u Evropi otpočeo je tek u XI-XII veku. U tom pogledu, Rusija nije nimalo zaostajala za Zapadom. Naprotiv, može se reći da je u izvesnom smislu bila i naprednija. Postoje podaci da su prvi stari ruski gradovi uveliko postojali još u IX-X veku.²

1 djole@prafak.ni.ac.rs

Rad je rezultat istraživanja na projektu "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013-2018. godine.

2 Ruski letopisi daju nesumnjivo svedočanstvo o postojanju 25 gradova u tom periodu. Među njima se najznačajnijim smatraju Kijev, Novgorod, Pskov, Rostov, Polock, Smolensk,

U čitavoj Evropi se XI vek smatra vekom ponovnog obnavljanja, razvoja i nastanka novih gradova. Uz italijanske, francuske i nemačke gradove, postoje i gradske sredine u slovenskom svetu, a posebno u Poljskoj, Češkoj i Rusiji. M. N. Tihomirov osporava tvrdnje pojedinih poljskih i čeških istraživača o načinu postanka gradova na teritoriji Zapadnih Slovena. On se protivi hipotezama da je razvoj slovenskih gradova na teritoriji Poljske i Češke bio uslovljen isključivo nemačkom kolonizacijom. Nasuprot tim teorijama, on iznosi tezu o samostalnom razvoju gradova Zapadnih i Istočnih Slovena. Ovaj autor ističe da ti gradovi niču u sredinama gde prethodno nije bilo ni rimskih, ni vizantijskih, ni germanskih naseobina i da oni nastaju spontano, kao centri zanatstva i trgovine. (Tihomirov, 1956: 5). Potvrda njegovih razmišljanja jeste i činjenica da su drevnoruski gradovi od osnivanja nosili čisto slovenske nazive. Teško je u takvim okolnostima i razmišljati o presudnom značaju stranih uticaja na sam postanak tih slovenskih gradova. Njih su osnovali Istočni Sloveni. O drevnoruskim gradovima svedoče slovenski, vizantijski i normanski izvori. Veoma je važno što je sve to potvrđeno arheološkim istraživanjima sprovedenim 50-tih godina prošlog veka.

Među istraživačima ipak postoje izvesna neslaganja o uzrocima postanka i sveobuhvatnog razvoja drevnoruskih gradova. Sve polemike mogu da se svedu na dva suprotstavljena gledišta, delom opredeljena i ideološki. Predstavnik buržoaske, takozvane "dorevolucionarne" istorijske misli, V. O. Ključevski, spoljnu trgovinu i važan trgovački put od Severnog mora do Konstantinopolisa³ smatra odlučujućim činiocem postanka i razvoja drevnoruskih gradova. (Кljučевский, 1937: 123). Predstavnik sovjetske historiografije, B. D. Grekov, s druge strane, smatra da je zemljoradnja bila najvažniji činilac postepenog razvoja gradova i gradskog života u srednjovekovnoj ruskoj državi. (Grekov, 1944: 250). U literaturi postoji još jedno, neutralno gledište S. V. Juškova koji tvrdi da su drevnoruske gradove osnivali kneževi i bojari. (Юшков, 1939: 20-24).

M. N. Tihomirov prihvata naučne stavove B. D. Grekova i dalje ih razrađuje tvrdnjom da gradovi nastaju u prvom redu tamo gde se razvija seoska privreda i u sredinama u kojima dolazi do odvajanja trgovine od zanatstva. Po njihovom zajedničkom mišljenju, nosioci gradskog razvoja su zanatstvo i zanatlije, a

Černigov, Izborsk, Suzdalj i drugi gradovi. (Tihomirov, 1956: 13-14).

³ Trgovački put koji se u najstarijim istorijskim izvorima nazivao "od Varjaga do Grka". Ova formulacija prvi put je upotrebljena u *Povest vremennyh let*, tj. Povest minulih ljeta, Povest o drevnim vremenima ili Prvi ruski letopis, koji je poznatiji kao Nestorov letopis, nastao najverovatnije 1113-1115. godine. (Obolenski, Oti: 64). "Varjazi" predstavljaju drevnoruski naziv za Normane, žitelje Skandinavije koji su imali određenu ulogu u stvaranju prve ruske države. "Grci" su Romeji, tj. stanovnici Istočnog Rimskog Carstva, odnosno Vizantije. Trgovački put vodio je od Baltičkog mora, preko reke Neve i Ladoškog jezera, reke Volhov, jezera Iljmen, reke Lovate. Posle Lovate sledio je suvozemni put sve do gornjeg toka Dnjepra koji se ulivao u Crno more i vodio do Konstantinopolisa. (Lihačev, 1996: 144-145, 386-388).

ne trgovci i trgovina. U razvijenim zanatlijskim sredinama nastaje gradska okolina koja postepeno teži svom centru. Po rečima M. N. Tihomirova, ne treba potpuno isključiti uticaj trgovine i važnih trgovačkih puteva, ali im nikako ne treba dati glavni značaj u postanku i razvoju starih ruskih gradova. Kao dokaz on iznosi činjenicu da je najveća koncentracija gradova u razdoblju XI-XIII veka prisutna u oblastima Kijeva, Perejaslava i Černigova, odnosno u krajevima gde je zemljoradnja bila tradicionalno najrazvijenija. Kako dalje tvrdi ovaj naučnik, zanatska proizvodnja se postepeno izdvajala iz zemljoradnje. Zanatska proizvodnja bila je ključan preduslov za izgradnju gradskih "posada", zanatlijskih predgrađa, a samim tim i za razvoj gradova u drevnoruskoj državi. (Tihomirov, 1956: 58-63).

I pored naučno utemeljenih stavova ovih naučnika iz sovjetskog perioda, ne treba ipak u potpunosti odbaciti stanovišta V. O. Ključevskog o značaju trgovine, kao ni razmišljanja S. V. Juškova o kneževsko-bojarskom uticaju na nastanak gradova. Spoljna trgovina ruskih gradova, a posebno trgovački put od Baltičkog do Crnog mora u velikoj meri je uticao na razvoj, a ranije i na samo osnivanje pojedinih srednjovekovnih ruskih gradova. Zahvaljujući trgovini, a posebno razmeni dobara sa tada najrazvijenijom i najbogatijom državom Vizantijom, došlo je do jačanja ekonomske osnove severozapadnih ruskih gradova (prvenstveno Novgoroda i Pskova). Taj ekonomski rast uslovio je u značajnoj meri i sveopšti razvoj ruskog severozapada. Reč je o gradskim sredinama iz kojih inače ima najviše izvora privatnog prava. To posredno ukazuje na nivo njihovog ekonomskog razvoja, koji je osnova i za razvijeno privatno pravo, u prvom redu za obligaciono i stvarno pravo.

I razmišljanja S. V. Juškova ne treba u potpunosti isključiti kao osnov za postanak i razvoj pojedinih drevnoruskih gradova. To se posebno odnosi na period osvajačkih ratnih pohoda velikih kijevskih kneževa. Gradovi tada ne nastaju širom Kijevske Rusije kao trgovački i zanatlijski centri, već kao vojna utvrđenja. Budući da se ranofeudalna ruska država u velikoj meri oslanjala na osvajačke ratove svojih kneževa vojskovođa, na pojedinim strateški važnim mestima osnivaju se vojne naseobine koje postepeno prerastaju u prave gradove. Oni nastaju kao vojne tvrđave, tj. kao feudalni dvorci. S. V. Juškov tvrdi da je jedina razlika od zapadnoevropskih zamaka bila u tome što je drevnoruska vojna tvrđava bila po pravilu bila drvena i na obali reke. Takvih utvrđenja bilo je na desetine u gotovo svim evropskim srednjovekovnim državama, a posebno u Rusiji XII veka. (Юшков, 1939: 136). Možda tako i može da se objasni impozantan broj gradova u drevnoj Rusiji od XI-XIII veka.⁴ Međutim, i u tako nastalim gradovima su se tokom vremena stvarali preduslovi za razvijene društvene i ekonomske odnose.

⁴ Po podacima preuzetih iz letopisa, vizantijskih i normanskih spisa, utvrđen je ukupan broj gradova. M. N. Tihomirov je u posmatranom periodu do XIII veka nabrojao skoro 300

Još jedna okolnost posredno je uticala na razvoj drevnoruskih gradova. Razvoj feudalnih odnosa doveo je do stalnog napuštanja bojarskih poseda od strane zavisnih seljaka, kmetova. Oni su sa seoskih imanja bežali upravo u gradove. Za potrebe seljaštva izrađivali su poljoprivredni alat i tako se postepeno utapali u već postojeći sloj zanatlija u drevnoruskim gradovima. (Tihomirov, 1956: 63-64).

U literaturi postoje i mišljenja o sličnosti drevnoruskih gradova i starogrčkih polisa, kao i drevnoruskih gradova i starog Rima. Među prvima je još u XIX veku takvu hipotezu izneo A. Nikitski. U jednom od prvih istraživanja o istoriji drevnoruskog grada, ovaj autor je istakao mnoge zajedničke karakteristike antičkih gradova-država i srednjovekovnih severozapadnih ruskih gradova. Postoje velike sličnosti u političkom uređenju Atine u doba Klistena i državnom uređenju Pskova iz XIII veka. (Nikitskiĭ, 1873: 162). Na osnovu te sličnosti, ali i zbog drugih razloga, A. Nikitski tvrdi da Kijevska Rusija podseća na antičku Heladu. On zaključuje da su stari srednjovekovni ruski gradovi poput grčkih polisa države, da imaju posebno pravo i potpunu nezavisnost.⁵

Ove zanimljive zaključke A. Nikitskog razrađivali su dalje naučnici buržoaskog, tzv. "dorevolucionarnog" perioda. Gotovo svi istraživači nastavili su njegovim putem. Njihova zajednička osnovna ideja zasniva se na teoriji da su svi veći gradovi drevnoruskih prostora predstavljali posebne pravne sisteme i centre okupljanja ruskih zemalja. (Vladimirskiĭ-Budanov, 2005: 38-40), (Presnjakov, 1938: 167).

Od novijih istraživanja o drevnoruskim gradovima treba istaći rad dvojice naučnika, I. J. Frojanova i A. J. Dvorničenka. (Фроянов, Дворниченко, 1988). U njihovoj zajedničkoj studiji analizirana su razmišljanja mnogih istraživača razvoja drevnoruskih gradova. Oni sa žaljenjem konstatuju da je u sovjetskom periodu istorijska misao značajno odstupila od ideje drevnoruskog grada-države izloženom u pomenutom delu A. Nikitskog. Iznoseći stavove mnogih

gradova u Rusiji. Od toga, najveći broj gradova nastao je XII veku (134), u vremenima ratnih osvajачkih pohoda, ali i međukneževskih sukoba. (Tihomirov, 1956: 36-39, 43).

⁵ U prilog te teze treba istaći još jednu sličnost grčkih polisa i srednjovekovnih ruskih gradova. Poznato je da su stari grčki polisi po čitavom Mediteranu osnivali svoje kolonije, tzv. *kleruhije* putem kojih su širili helenske običaje, državno ustrojstvo, pravo, kulturu, jezik i religiju širom tadašnje Evrope. Ruski gradovi imali su *prigorode*, reč potpuno neprevodivu na savremeni jezik. Prigorod je manji grad, grad koji je pripadao starijem gradu osnivaču. Drevnoruske prigorode moguće je, u izvesnoj meri, porediti sa starim antičkim kolonijama. Preko prigoroda su "gradovi-majke" Kijevske Rusije širili svoj uticaj među mnogobrojnim Istočnim Slovenima. Novgorod i Kijev su u imali najzapaženiju ulogu u njihovom osnivanju. Dešavalo se da tokom vremena manji grad dobije veći značaj, pa čak i da izbori nezavisnost. Kijev je, zbog osnivanja mnogih prigoroda, u srednjem veku nosio naziv "majka svih ruskih gradova".

prethodnika, oni delom prihvataju tvrdnje starije, buržoaske generacije istraživača o drevnoruskim gradovima kao gradovima-državama. I. J. Frojanov i A. J. Dvorničenko posebno ističu da se srednjovekovna ruska državnost i drevnorusko pravo moraju posmatrati kroz razvoj oblasti čije su prestonice bili veći i značajniji gradovi. Svaka oblast bila je praktično država za sebe i imala je sopstveno i posebno pravo. Pomenuti istraživači iznose pretpostavke da je drevnoruski grad imao gotovo sve bitne državno-pravne odlike još u veoma ranom periodu, u vremenu od IX-XI veka. (Frojanov et al., 1988: 8-21).

Od svih ruskih srednjovekovnih gradova koji su imali svoju ulogu u periodu XI-XV veka, treba izdvojiti tri grada: Kijev, Novgorod i Moskvu. Kijev kao prvi centar drevnoruske državnosti po kojem je i država kasnije dobila naziv Kijevska Rusija; Novgorod kao prestonicu ruskog severozapada, najrazvijenijeg i najbogatijeg dela srednjovekovne ruske države i jedinog dela Rusije koji nikada nije pao pod mongolsku vlast; Moskvu kao centar kasnijeg ponovnog okupljanja ruskih zemalja i novo stvaranje jedinstvene ruske države. Hronološki posmatrano, Kijev je primat imao sve do sredine XIII veka, Novgorod (i njegov značajan prigrad Pskov) najznačajniji su gradovi u međuperiodu od XII-XIV veka, a Moskva svoju ulogu dobija tek u drugoj polovini XV veka. Posmatrano kroz razvoj prava, za kijevski period se vezuje Ruska pravda, za novgorodsko-pskovsku epohu Pskovska sudna gramota, a za početak moskovskog doba Sudebnik Ivana III Vasiljeviča.

Što se tiče svih izloženih teorija o drevnoruskim gradovima, ne treba odbaciti ni jedno razmišljanje. Možda bi najpotpunije i najtačnije bilo stanovište da je unutrašnji razvoj gradova zasnovan na razvoju zanatske proizvodnje i njenom odvajanju od zemljoradnje bio presudan faktor u postanku i daljem napretku gradskih centara širom Rusije, a da je spoljna trgovina i trgovački put od severa do juga bio takođe važan činilac u izrastanju drevnoruske države i prava. Takva srednjovekovna ruska državno-pravna simbioza zasluga je i ruskih i normanskih trgovaca-vojnika, koji su u značajnoj meri doprineli da Kijevska Rusija bude država koja zapravo predstavlja savez gradova sa njihovim okolinama ili oblastima, tj. zemljama. Trgovci i trgovački put "od Varjaga do Grka" sigurno su bili nezaobilazni činioци u postepenom izgrađivanju jednoobraznosti najpre običaja, a zatim i običajnog i pisanog prava Rusije od XI-XV veka. Celokupno privatno pravo, a posebno stvarno i obligaciono pravo, bilo je na mnogo višem nivou razvitka nego što je to bilo uobičajeno za srednjovekovno društvo i državu uopšte. To se desilo zahvaljujući široko rasprostranjenoj pismenosti među svim slojevima društva, razvijenom robno-novčanom prometu, veoma zastupljenom zanatstvu i dobro organizovanoj i razgranatoj unutrašnjoj i spoljnoj trgovini. To ne bi bilo moguće bez postojanja naprednih i u svakom pogledu stalno rastućih drevnoruskih srednjovekovnih gradova. Načelno gledano, to nije karakteristika

srednjovekovnog razdoblja i feudalnog poredka. Zbog toga, kao i usled razvijene ekonomije i privrede drevnoruskog društva, sa puno osnova se razmišlja o razvijenosti ruskog srednjovekovnog privatnog prava u celini i, samim tim, zastupljenosti ugovora obligacionog prava u drevnoruskom pravnom sistemu.

Zaključak

Drevnoruski gradovi bili su osnov razvoja srednjovekovne Rusije. Privatna svojina, rasprostranjenost srednjeg i sitnog zemljišnog poseda, robno-novčani promet, razvijeno zanatstvo, dobro organizovana razgranata mreža trgovačkih puteva i sveobuhvatna povezanost gradova preduslovi su za visok stepen razvijenosti drevnoruskog privatnog prava. Gradsko pravo severozapadne Rusije, bitno drugačije u odnosu na feudalno pravo, odražavalo je interese slobodnih ljudi koji su se bavili različitim profesijama. Novi gradski odnosi koji su se postepeno stvarali, zahtevali su i novu regulativu. To se pre svega ogleda u privatnopravnim odredbama Pskovske sudne gramote, jedinog u celini sačuvanog pravnog zbornika jednog drevnoruskog grada. U tim pravnim normama opažaju se nove tendencije ruskog srednjovekovnog građanskog prava. Među njima je najviše odredaba posvećeno ugovornom obligacionom pravu. One su siguran pokazatelj veoma razvijenog pravnog prometa ne samo grada Pskova, već i drugih mnogobrojnih gradova širom drevnoruskih prostora.

Literatura

Vladimirskij-Budanov M.F. (2005), *Obzor istorii ruskogo prava*, Moskva: Izdatel'skij dom Territorija budućego.

Grekov B. D. (1944), *Kievskaja Rus'*, Moskva-Leningrad: Gosudarstvennoe izdatel'stvo političeskoj literatury.

Juškov S. V. (1939), *Očerki po istorii feudalizma v Kievskoj Rusi*, Moskva-Leningrad: Gosudarstvennoe izdatel'stvo juričeskoj literatury.

Ключевский, (1937), *Kurs ruskoj istorii, tom 1*, Moskva: Gosudarstvennoe izdatel'stvo političeskoj literatury

Lihačev D. S. (1996), *Povest vremennyh let*, Sankt Peterburg: "Nauka".

Nikitskij A. (1873), *Očerki vnutrennoj istorii Pskova*, S. Peterburg: Tipografija Zamyslovskogo, Vol'saja M'ščanskaja.

Oti R., Obolenski D. (2003), *Istorija Rusije*, Beograd: Klio.

Presnjakov A. E. (1938), *Lekcii po ruskoj istorii*, Moskva: Gosudarstvennoe

izdatel'stvo političeskoj literatury.

Tihomirov, M. N. (1956), *Drevnerusskie goroda*, Moskva: Gosudarstvennoe izdatel'stvo političeskoj literatury.

Фроянов И. Я., Дворниченко А. Ю. (1988), *Goroda-gosudarstva Drevnej Rusi*, Leningrad: Izdatel'stvo Leningradskogo univerziteta 1988.

Aleksandar Đorđević, LL.D.

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

***Ancient Russian Towns as a Social Framework for
the Development of Private Law***

Summary

In this paper, the author points out to the importance of the gradual establishment and evolution of the ancient Russian medieval towns as an important precondition for the development of private law. In the medieval European societies, that was not a common phenomenon. The Russian feudalism was specific as the exchange of goods for money existed in many towns. The craftsmanship and trade were highly developed as early as the 9th and 10th century. All major ancient Russian towns were linked by the important trade route leading from the Northern Sea to Constantinople. The internal development of these towns also contributed to the gradual establishment of economic grounds that preconditioned the development of Property Law and Law of Obligations in medieval Russia. Apart from the capital cities of Kiev and Moscow, the most important ancient Russian towns were Novgorod and Pskov.

Key words: *ancient Russian towns, private law, feudalism, craftsmanship, trade, Middle Ages.*

Mr Jovana Pušac¹,
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Banjaluci,
Republika Srpska, BiH

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.440

Rad primljen: 29.09.2013.
Rad prihvaćen: 07.10.2013.

PRAVNE POSLEDICE POVREDE BITNE FORME UGOVORA

Apstrakt: Autor u ovom radu, na osnovu filigranske analize relevantnih propisa, doktrinarne baštine i aktuelne sudske prakse, zaključuje da se klasični principi obligacionog prava u materiji ništavosti, kada se ona javlja kao posledica povrede *ad solemnitatem forme*, imaju prilagoditi specijalnom režimu te anulirajuće građanskopravne sankcije. Specifičnosti se ogledaju u nizu pravila, u principu, svojstvenih samo formalnim ugovorima od kojih neka bezuslovno vode restituciji kao redovnoj posledici ništavosti, a druga, pak, sprečavaju prestanak ništavog ugovora (*konvalidacija i konverzija*). Budući da se forma manifestuje kao sredstvo pravne tehnike kojom se uvek zaštićuju određeni interesi (privatni ili javni), to se kriterijumom cilja forme odmerava sankcija zbog njene povrede. Ipak, čini se da povreda čak i one forme koja nesumnjivo štiti javni interes ne zadire u načela poretka, poput zabranjenih ugovora, pa otuda ovdje nema mesta primeni najteže sankcije (tzv. građanskopravne konfiskacije).

Ključne reči: konstitutivna forma, ništavost, restitucija, *Nemo auditur*, konvalidacija, konverzija.

1. Uvod

Postoje dva osnovna načina povrede forme. Prva se ispoljava u tome što ugovorne strane svoju izjavu nisu dale u predviđenom obliku (npr. kad je zakon predvideo obaveznu pisanu formu, a strane su se saglasile samo usmeno). To je povreda forme u širem smislu. Druga vrsta povrede forme postoji kada su ugovorne strane svoje izjave dale u potrebnoj formi, ali *sadržaj forme ne odgovara njihovoj stvarnoj volji*. U tom slučaju se radi ili o fiktivnom ili o simulovanom ugovoru (Salma, 2009: 321), tj. o zaobilaženju zakona sredstvom forme što čini zaseban

1 j.pusac@pravobl.com

problem (Salma, 1981: 10). Zajedničko za obe vrste povrede jeste istovetna građanskopravna sankcija – ništavost ugovora. Mi ćemo na ovome mestu razmatrati posledice povrede forme u širem smislu.

2. Opšta sankcija povrede bitne forme

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo ukoliko iz cilja propisa kojim je određena forma ne proizlazi što drugo.² Isto važi i za ugovor koji nije zaključen u ugovorenoj formi ukoliko su stranke punovažnost ugovora uslovile posebnom formom.³ Prema tome, ugovore koji oskudevaju bitnom (zakonskom ili ugovorenom) formom, tzv. forma *ad solemnitatem*, pogađa apsolutna ništavost kao kategorija poništajne ili anulirajuće građanskopravne sankcije (Nikolić, 1995:128), ukoliko intervencijom svrhe forme, ugovor ne ostane punovažan. To znači da, svrha (cilj) propisa kojim se određuje forma predstavlja odlučujući kriterijum u rešavanju pitanja nedostatka potrebne forme. Da bi sud utvrdio nevažnost ugovora usled nedostatka forme, potrebno je da prethodno ispita cilj zbog kojeg je forma propisana, pa u zavisnosti od toga da odluči da li će ugovor ostati na snazi ili će biti proglašen ništavim (Perović, 1986: 363).

Pojedini pravni pisci smatraju da ovde nije reč o ništavim, već o nepostojećim ugovorima⁴ koji za posledicu imaju sankciju vraćanja po pravilima stečenog bez osnova (Karamarković, 2004: 11). Nama se čini da je teško braniti izneto stanovište budući da su nepostojeći ugovori samo teorijska konstrukcija bez praktičnog domašaja. Naime, Zakon o obligacionim odnosima, unutar instituta „nevažnost ugovora“ poznaje jedino ništave i rušljive ugovore, preciznije – normira posledice jedino ove dve kategorije pravno nevaljanih ugovora. „Oni (nepostojeći ugovori – *prim. autora*) obuhvaćeni su kategorijom ništavih

2 Čl. 70 st. 1 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, 17/93, 3/96, 39/03, 74/04. Napominjemo da je u Republici Srpskoj izvršena tzv. čista recepcija obligacionog prava koja se sastojala u gotovo potpunom preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima SFRJ, te Zakona o obligacionim odnosima SRJ u zakonodavni sistem Republike Srpske. Usled toga, razlike između teksta Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije, *Službeni list SFRJ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ*, 31/93, *Službeni list SCG*, 1/03 i *Službeni glasnik RS*, 98/06 i Zakona o obligacionim odnosima Republike Srpske su neznatne (odredbe se po numeraciji u potpunosti podudaraju) i ne tangiraju predmet rada.

3 Ovo drugo pravilo treba razumeti tako da ugovornici, koji su sporazumno sebi postavili zahtev forme, mogu isto tako sporazumom od njega odustati bilo izričito, bilo konkludentnom radnjom.

4 Kategorija nepostojećih ugovora delo je francuske pravne teorije u bračnom pravu u vezi sa ništavošću braka odakle je proširena na pravne poslove u opštem smislu, više v. (Babić, 2009: 112), (Đurović, 1996: 435). Međutim, i sami francuski pravnici saglasni su da se radi o čisto teorijskom pitanju (Mazeaud, 1978: 280), kao i da ni sama teorija nepostojanja (*theorie de l'inexistence*) nije jednodušno prihvaćena u francuskom pravu (Cabrillac: 2010, 82).

ugovora. Takvo prosuđivanje je ispravno ne samo zbog praktičnih, nego i zbog logičko-semantičkih razloga. Može se, naime, govoriti o *nepostojanju ugovora*, ali ne i o *nepostojećem ugovoru*, jer je to pojam koji je protivrečan samom sebi. Tzv. »nepostojeći ugovor« nije ugovor; on je samo izvestan neuspeo ili nedovršen pokušaj da se ugovor zaključi. Budući da ugovora nema, nije moguća ni njegova klasifikacija“ (Radišić, 2004: 171).

Zastupajući stanovište o dvojnoj podeli nevažnosti ugovora, onako kako to čini i sam zakonodavac, zaključujemo da je opšta sankcija povrede bitne forme - ništavost ugovora.⁵ Pravo na isticanje ništavosti nije oročeno,⁶ a može se vršiti podnošenjem tužbe nadležnom sudu ili stavljanjem peremptornog prigovora u toku parničnog postupka. Ovu građanskopravnu sankciju, koja u našem pravnom sistemu proizilazi iz povrede prinudnih propisa, ustanove javnog poretka ili dobrih običaja,⁷ možemo posmatrati kako sa subjektivnog, tako i sa objektivnog stanovišta koja ćemo u nastavku rada bliže razjasniti. Pored toga, potrebno je da ispitamo i eventualnu mogućnost konvalidacije, kao i konverzije ugovora pogođenog ništavošću usled povrede bitne forme, budući da je nedostatak tog bitnog elementa ugovora moguće sanirati pod zakonom određenim uslovima.

3. Subjektivne posledice ništavosti

Subjektivne posledice ništavosti tiču se pitanja koji su subjekti prava u poziciji da se s uspehom pozivaju na ništavost ugovora. Prema Zakonu, na ništavost se može pozivati *svako zainteresovano lice*.⁸ Ova odredba pokazuje da, iako se radi o zaštiti javnih interesa, kod ništavih ugovora pravo na pozivanje nije neograničeno kako se u prvi mah čini. Istina, krug ovlašćenih subjekata Zakon postavlja veoma široko obuhvatajući njime i subjekte izvan ugovora, tj. organe društvene zajednice koji imaju i pravo i dužnost da štite javni interes (sud, javni tužilac). Međutim, ostala lica koja se pozivaju na ništavost treba u takvoj parnici da dokažu svoj pravni interes. Zakon nije bliže odredio krug zainteresovanih lica ovlašćenih na poništaj ugovora, ali se može zaključiti da su to ona lica koja za utvrđenjem ništavosti predmetnog ugovora vezuje neki posredni pravni ili vanpravni (moralni) interes (Salma, 2009: 404-405). Izvesno je da taj interes,

5 „Sama ništavost ima jedan represivni i jedan preventivni cilj: represivni, da suzbije već zaključene poslove, a to će se postići odstranjivanjem posledica i preventivni, da predupredi zaključivanje protivzakonitih transakcija“ (Kruļj, 1965: 151). Zanimljivo je da u engleskom pravu povreda forme takođe može biti uzrok ništavosti, ali ipak najčešće dovodi do njegove neupućivosti. V. (Cartwright, 2007: 145).

6 Čl. 110 ZOO.

7 Čl. 103 st. 1 ZOO.

8 Čl. 109 ZOO.

sem ugovornih strana (kao i strana iz predugovora),⁹ nadležnih javnih organa i nosilaca prava preče kupovine, neće morati da dokazuju ni univerzalni sukcesori ugovornika, ali će oni moći da zahtevaju restituciju samo u granicama svog naslednog dela.¹⁰

Javni organi koji su ovlašćeni na pozivanje na ništavost, odnosno na nadzor ugovora sa stanovišta interesa poretka, podrazumevaju sudske organe i organe (javnog) tužilaštva.¹¹ Postavlja se pitanje šta zapravo Zakon očekuje od suda kada kaže da „na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti“. Da li se tada ingerencije suda svode na njegov parnični zadatak u smislu da je, na osnovu ove odredbe, sud aktivno legitimisan da, makar i u odsustvu takvog tužbenog zahteva, pokrene parnicu za utvrđenje ništavosti ugovora, tj. da unutar već pokrenute parnice za raskid ili ispunjenje ništavog ugovora, sam odluči o ništavosti? Ili bi time grubo bila povređeni osnovni principi parnične procedure, i to, princip da nema tužbe bez parnice (*nemo iudex sine actore*),¹² te princip da je sud u parničnom postupku vezan granicama tužbenog zahteva (*ne eat iudex ultra et extra petitium partium*).¹³

Stanovišta teorije i prakse nisu u ovom pitanju ujednačena. U teoriji vlada stav da, iako bismo oduzimanjem sudu svake moguće aktivne intervencije zanemarili materijalnoppravna pravila Zakona u pogledu širokog kruga lica ovlašćenih na isticanje ništavosti, te bi nadzor suda nad ništavim ugovorima time bio praktično onemogućen, ipak, treba imati u vidu da sud ne može u isto vreme imati i funkciju tužioca i obavljati zadatak suđenja. Shodno tome, obavezu sudskog nadzora nad ništavim ugovorima ne bi trebalo shvatiti kao ovlašćenje tog suda da po službenoj dužnosti pokrene ili nastavi već započetu parnicu radi poništaja ugovora, već dužnost suda da saraduje s drugim organima pravosuđa, tj. sa nadležnim (javnim) tužilaštvom (Salma, 1981: 21). Međutim, u novijoj sudskoj praksi ova nadzorna funkcija suda nad eventualnom ništavošću ugovora tumači se znatno ekstenzivnije. Smatra se da je u parnici po tužbi za raskid ili radi ispunjenja ugovora sud uvek ovlašćen da po službenoj dužnosti pazi na ništavost toga ugovora, ali da utvrđenje ništavosti, kao *prethodno pitanje*, tada predstavlja

9 “Kao strana iz predugovora, koji stvara obaveze između ugovarača, tužilac može imati pravni interes da traži da se utvrdi njegova ništavost.“ Rešenje Višeg suda u Valjevu, Gž. 237/10 od 18.2.2010. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Građansko procesno pravo, 2013: 129).

10 V. presudu Kasacionog suda u Sarajevu, Bilten sp KsS-1/2002, (Tajić, Medić, 2005: 135).

11 Čl. 109 ZOO. U Republici Srpskoj je 2002. godine u potpunosti izmenjena organizacija tužilaštava, tj. ukinut je institut javnog tužioca iako su njegove nadležnosti u pogledu zaštite javnog interesa u suštini ostale iste, v. čl. 50-53. Zakona o tužilaštvima Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, 33/02, 85/03, 115/03, 37/06, 68/07. Iz tog razloga epitet „javni“ koristimo i u daljem tekstu (budući da ga ZOO još uvek takvog poznaje), ali u zagradi.

12 Čl. 53 st. 1 Zakona o parničnom postupku - ZPP, *Službeni glasnik Republike Srpske*, 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13. U suprotnom bi takav položaj suda značio oživotvorenje pravila „kadija te tuži, kadija ti sudi“.

13 Čl. 2 st. 1 ZPP.

deo obrazloženja odluke o postavljenom tužbenom zahtevu i ne unosi se u izreku presude. Ukoliko sud o tome odluči u izreci presude, smatraće se da je prekoračio postavljeni tužbeni zahtev, jer je odlučio o nečemu što nije bilo predmet spora.¹⁴

Mora se primetiti da su sudovi vešto udvoljili i materijalnom pravnom (nadzorna funkcija suda prema ZOO) i procesnom pravnom principu (poštovanje načela dispozicije prema ZPP),¹⁵ i tako pronašli put do svrsishodnog ostvarenja svoje uloge u materiji ništavosti. Takvo stanovište čini nam se i formalno-logički ispravnim, jer podupire restriktivnu primenu istražnog procesnog načela na osnovu kojeg je sud ovlašćen da onemogući raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima¹⁶ (razume se, propisi o formi ugovora su kogentne prirode) i, shodno tome, odbije tužbeni zahtev za izvršenje ništavog ugovora.¹⁷ S druge strane, čini nam se da bi u suprotnom *ratio legis* odredbe o sudskom nadzoru ostao osujećen, jer saradnja parničnog suda s nadležnim tužilaštvom u ovom pitanju, već na prvi pogled, ukazuje na tromost i nesvrshodnost.

4. Objektivne posledice ništavosti

U parnici radi utvrđenja ništavosti ugovora sud donosi deklarativnu presudu kojom samo konstatuje ono što se već davno, u vreme zaključenja ugovora, po sili zakona, dogodilo - ugovor je od početka ništav, jer je vređao prinudni propis o obaveznoj formi. „Međutim, deo presude koji se odnosi na saniranje ništavosti u pogledu prava i obaveza ugovornika je konstitutivan, odnosno preobražajan. Drugim rečima, u pogledu obaveza ugovornih strana, odnosno njihove sudbine, sud ima kreativnu ulogu, jer mora da razreši sudbinu izvršenih i neizvršenih prestacija“ (Salma, 2009: 408). Ovaj stvaralački zadatak suda zaslužuje posebnu pažnju imajući u vidu njegovu slobodu da izrekne jednu od mogućih

14 Iz presude Višeg trgovinskog suda Pž. 3068/06 od 18.9.2006. (Petrović, Kozar, 2009: 64). Isto stanovište sadrži i presuda Apelacionog suda Brčko distrikta, Rev. 11/08 od 22.12.2019. (Blagojević, 2010: 562). „Sud na ništavost pazi po službenoj dužnosti kada se radi o apsolutnoj ništavosti ugovora. Stoga nije vezan postavljenim tužbenim zahtevom za poništaj ugovora iz razloga relativne ništavosti.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 251/07 od 11.7.2007. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 87).

15 Tako se u novijoj sudskoj praksi smatra da ova nadzorna funkcija nad ništavošću ugovora važi i kada sud postupa u vanparnici, pa je tako u zemljišnoknjižnom postupku dužan da *ex offio* pazi na ništavost isprave, odnosno ugovora koji je priložen kao osnov za uknjižbu prava svojine. Iz rešenja Apelacionog suda Brčko distrikta, Gž. 369/10 od 12.5.2010. (Blagojević, 2010: 563).

16 Čl. 3 st. 2 ZPP.

17 “Ograničenje raspolaganja stranaka se odnosi i na odredbe procesnog i materijalnog prava.” Stav odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda od 14.11.2006. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Građansko-procesno pravo, 2013: 3).

posledica ništavosti ugovora nezavisno od predloga tužioca.¹⁸ Te su posledice, tradicionalno, uspostavljanje predašnjeg stanja (restitucija), primena maksime *Nemo auditur*, oduzimanje prestacije u korist opštine i naknada štete.

4.1. Restitucija

Opšta pravna posledica ništavih ugovora sastoji se u obavezi ugovornih strana da vrata jedna drugoj sve ono što su primile po osnovu takvog ugovora (*restitutio in integrum*).¹⁹ Restitucija znači uspostavljanje onog stanja u imovini stranaka koje je bilo pre zaključenja ništavog ugovora i koje se vrši po pravilima istovremenog ispunjenja.²⁰ Primarnost naturalne restitucije zasnovana je na pretpostavci da se vraćanjem stvari omogućuje najbolja zaštita interesa saugovarača i, istovremeno, sprečava njegovu bogaćenje na račun odgovornog lica (Nikolić, 1995: 151). Ali, ako naturalna restitucija objektivno nije moguća (ako je npr. stvar koja je predmet prestacije propala, potrošena ili punovažno otuđena) ili se priroda onog što je ispunjeno protivi vraćanju, sud će obavezati ugovornike na isplatu novčane naknade prema cenama u vreme donošenja sudske odluke ukoliko zakon šta drugo ne određuje. Pri odlučivanju, sud je dužan da se rukovodi kriterijumima koje mu je Zakon postavio, i to savesnošću jedne, odnosno obeju strana, značajem ugroženog dobra ili interesa, kao i moralnim shvatanjem društva.²¹ Kako je reč o ugovoru čiji je osnov, utvrđenjem ništavosti otpao, to će se restitutivna obaveza izvršiti po pravilima o vraćanju stečenog bez osnova (*condictio indebiti*),²² te će po obimu obuhvatiti sve koristi od izvršenja ugovora (glavne i sporedne).²³

U zavisnosti od toga da li je samo jedna strana izvršila obavezu ili su to učinile

18 "Dakle, nezavisno od zahteva stranke koji je predmet spora, postupajući po službenoj dužnosti u primeni odredbe člana 104. ZOO, koji predviđa lepezu građansko-pravnih posledica ništavosti ugovora, sud može da izrekne sankciju za koju oceni da odgovara okolnostima slučaja." (Karamarković, 2004: 23). Ovo je značajna razlika u odnosu na pojedine savremene građanske kodifikacije (npr. u francuskom i italijanskom pravu sud neće, po oglašavanju ugovora ništavim, *ex offio*, izreći restitutivnu posledicu, već jedino na zahtev stranke).

19 Čl. 104 st. 1 ZOO.

20 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 44/04 od 05.05.2004. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 92).

21 V. čl. 104 st. 3 ZOO. „Savesnost ugovornih strana je odlučna činjenica za odlučivanje o zahtevu za povraćaj datog na osnovu ništavog ugovora, i treba je ceniti u odnosu na vrstu ugovora čija je ništavost utvrđena (potpuno ili delimično), kao i u odnosu na pažnju ugovornih strana koja je potrebna kod zaključenja i izvršenja tog ugovora.“ Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 1322/06 od 5.10.2006. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 85).

22 Čl. 210 st. 2 ZOO. „Zahtev jedne ugovorne strane u slučaju raskida ili poništaja ugovora da joj druga strana vrati ono što je od nje primila ne zasniva se na odgovornosti nego na neosnovanom obogaćenju.“ (Jankovec, 1993: 12). Više o restituciji u ugovornom pravu v. (Simonović, 2012: 107).

23 Čl. 211-219 ZOO.

obe, restitucija biva jednostrana ili obostrana (uvek istovremena),²⁴ retroaktivna, sa dejstvom *inter partes* i nastupa po sili zakona nezavisno od odgovornosti kontrahenata (što znači da će i nesavesna strana imati pravo na restituciju). Ipak, kriterijum savesnosti restitutivnog dužnika dolazi do izražaja pri odmeravanju obima vraćanja, jer će nesavesni ugovornik morati da vrati sporedne stvari (prirodne ili civilne plodove) od dana sticanja, a savesni od dana podnošenja tužbe.²⁵ Razume se, restitutivna posledica nema značaja ukoliko nijedna strana nije izvršila ugovornu obavezu. Strane tada ne mogu zahtevati ni izvršenje ugovora, jer se smatra da ugovor nikada nije ni nastao (*quod nullum est nullum producit effectum*).

4.2. Načelo *Nemo auditur* i oduzimanje prestacije u korist opštine

Odstupanja od restitucije, kao redovne pravne posledice ništavosti, ogledaju se u odbijanju restitutivnog zahteva nesavesne strane primenom maksime *Nemo auditur*²⁶ i oduzimanju predmeta prestacije u korist nadležne opštine. Prema rečima Zakona, ukoliko je ugovor ništav zbog toga što je *po svojoj sadržini ili cilju protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima* sud može odbiti, u celosti ili delimično, zahtev nesavesne strane za vraćanje onog što je drugoj strani dala, a može i odlučiti da druga strana ono što je primila po osnovu zabranjenog ugovora preda opštini na čijoj teritoriji ona ima sedište, odnosno prebivalište ili boravište.²⁷ Teleološkim tumačenjem citirane norme dolazimo do zaključka da se navedenom pravilu mogu podvrgnuti samo zabranjeni (protivzakoniti, nemoralni) ugovori.²⁸ Argumenti su sledeći. Naime, primenom pravila *Nemo auditur* odstupa se od zabrane neosnovanog obogaćenja jer

24 Analogno pravilu o istovremenom ispunjenju obaveza (čl. 122 st. 1 ZOO).

25 Čl. 214 ZOO.

26 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* - Niko se neće saslušati ko navodi sopstvenu sramotu (nedopuštenu radnju), odnosno, niko ne može pred sudom zasnivati svoj zahtev na nedopuštenom (protivzakonitom, nemoralnom) osnovu. Koreni ove rimske maksime, nastale recepcijom rimskog prava (*Glosa ad C. II, 4, 30*), sadržani su u pravilu *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, što u slobodnom prevodu znači – Ako obe ugovorne strane navode svoju sramotu, otpada povraćaj.

27 V. čl. 104 st. 2 ZOO.

28 Ipak, suprotno stanovište usvojeno je u Zaključku sa savetovanja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, Vrhovnog suda Srbije, Vrhovnog suda Crne Gore i Višeg privrednog suda od 24. 25. i 26. septembra 1996. godine u Subotici (Bilten Vrhovnog suda Srbije, br. 3/2005, 51) prema kojem će sud odbiti zahtev stranke ako utvrdi da je ona onemogućila zaključenje ugovora u zakonom propisanoj formi ili ako bi restitucija bila suprotna načelima savesnosti i poštenja i moralnog shvatanja društva. Dakle, nesavesna strana neće uspeti sa zahtevom za povraćaj dobrovoljno datog samo zbog toga što ugovor nije sačinjen u zakonom propisanoj formi. Nama se čini da time problem pravne valjanosti ugovora nije rešen, jer sud ima obavezu ili da, izricanjem ništavosti, razreši sudbinu izvršenih prestacija a da, time ne povredi princip zabrane neosnovanog obogaćenja na strani saugovarača (što je upravo

tužena ugovorna strana zadržava predmet prestacije zahvaljujući svojoj procesnoj poziciji i nezavisno od svoje savesnosti, te se ovaj princip ne pokazuje kao najsrećnije rešenje.²⁹ Uostalom, ono je u praksi uglavnom primenjivano uz oduzimanje predmeta prestacije kao netipične i oštro kritikovane građanskopravne sankcije.³⁰ S druge strane, teorija i praksa su jednoglasne u stavu da će se sankcija oduzimanja predmeta ugovora, koja se zapravo svodi na konfiskaciju u opštem interesu radi zaštite javnog poretka, primenjivati samo na one ništave ugovore koji su u očiglednoj suprotnosti sa društvenim vrednostima najvišeg ranga i čijim bi se izvršenjem u većoj meri narušavala društvena dobra (materijalna, intelektualna, moralna), a obe strane su pri tom, postupale *mala fidei*.³¹ U svim ostalim slučajevima ništavih ugovora, gde prema proceni suda nisu ispunjeni pomenuti uslovi, primenjuje se pravilo o povraćaju u pređašnje stanje (Perović, 2011: 49). Ako imamo u vidu da je forma uslov i determinanta nastanka, a ne punovažnosti ugovora, te da se njome mogu štititi i individualni i opšti interesi, tada se ona, po svojoj užoj svrsi - sredstvo manifestacije volje, ne može ticati poretka i morala. Zato u slučaju povrede forme, u principu, nema mesta najtežoj građanskopravnoj posledici - oduzimanju predmeta prestacija. To potvrđuje legislativni argument (čl. 73. ZOO): nedostatak forme kod formalnog ugovora može se sanirati obostranim izvršenjem ugovora. Povredu onog propisa koji se tiče poretka, zakon, po prirodi stvari nikada, ni pod kojim uslovom, ne da sanirati. Zato nam se čini da povreda forme nije pitanje zabranjenih ugovora, već pre pitanje uslova nastanka ugovora, te će povreda forme imati za najdalju praktičnu posledicu restituciju prestacija. Drugo je, naravno, pitanje ako su strane formu izigrale ili su njenom upotrebom zaobišle zakon, no tada se ne radi

sporno u slučaju dosledne primene navedenog stava) ili da, ukoliko postoje zakonski uslovi, konvalidira ništav ugovor koji oskudeva konstitutivnom formom.

29 Istina, sud će ovu maksimu moći primeniti i po osnovu čl. 104 st. 3 ZOO, budući da je reč o instruktivnoj normi koja upućuje na izricanje najcelishodnijih posledica, ali će ishod biti identičan.

30 S pravom se postavlja pitanje osnovanosti načela *Nemo auditur* u kontekstu oduzimanja predmeta prestacije budući da je na civilnom propisu da restituiše, a ne da kažnjava (penalne sankcije su tipične za krivične propise). Opširnije v. (Salma, 2004: 495). „Oduzimanjem predmeta prestacije se ne uspostavlja pređašnje stanje. Ugovorne strane se ne dovode u poziciju u kojoj su ranije bile ili u kojoj bi se nalazile da je ugovor punovažan. One se kažnjavaju (...) Međutim, nema nikakvog opravdanja da se to čini po pravilima građanskog prava, naročito kada se ima u vidu činjenica da postoje krivičnopravne mere koje u funkcionalnom pogledu uglavnom odgovaraju tom zadatku. Sve to upućuje na zaključak da oduzimanje predmeta prestacije u korist države treba eliminisati iz građanskog prava.“ (Nikolić, 1995: 151). O odstupanju od restitucije uopšte v. (Simonović, 2012: 187).

31 U tom smislu v. i pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 29.1.1991. Bilten Vrhovnog suda Srbije, br. 4/2008, 167 kojim je sud utvrdio bliže kriterijume za izricanje sankcije oduzimanja predmeta prestacije u korist opštine: da li se štetne posledice po društveni interes mogu otkloniti restitucijom, da li je oduzimanje predmeta prestacije neophodno radi suzbijanja masovnih negativnih društvenih pojava, da li predmet prestacije objektivno predstavlja predmet krivičnog dela i da li se strana protivi restituciji.

o povredi pravila o formi, već o zaobilaženju zakona sredstvom forme (Salma, 1981: 9) što ulazi u domen zabranjenih ugovora. Prema tome, pooštavanje posledica ništavosti moguće je samo kod zabranjenih ugovora, a imajući u vidu da ugovori koji „pate“ od nedostatka zahtevane forme ne pripadaju toj kategoriji, zaključujemo da ovde nema mesta odstupanju od opšteg restitutivnog principa.³²

4.3. Naknada štete

Osim pomenutih, posledica ništavog ugovora može biti i naknada štete koju je jedna strana pretrpela usled zaključenja takvog ugovora. No, sud će usvojiti odštetni zahtev samo od savesne strane, odnosno one koja dokaže da nije znala, niti je prema okolnostima mogla znati za ništavost ugovora.³³ Dakle, tri su uslova neophodna za nastupanje ove odgovornosti: da je jedan od ugovornika svesno (namerno, dolozno) skrivio povredu bitne forme, da je oštećeni saugovornik savestan i da postoji uzročna veza između štete i ništavosti ugovora.

Kako u pravnoj teoriji jednodušno vlada stav o tome da briga o zakonskoj formi ugovora ne pada na teret samo jednog ugovornika već je to obaveza svih njegovih strana, odnosno da se nedostatak zahtevane forme ugovora pripisuje u krivicu svima onima kojih se ugovor tiče, sledi zaključak da je svaka strana dužna da snosi vlastitu štetu ako se pokaže da je ugovor ništav zbog nedostatka forme. Samo se izuzetno ništavost ugovora može pripisati u krivicu isključivo jednoj strani i tada dolazi u obzir njena *predugovorna odgovornost*. To će biti slučaj kada jedna strana zna da je druga neupućena u obaveznost forme ugovora pa ipak propusti da je o tome upozori ili kada je reč o ugovorniku koji je profesionalni stručnjak, više v. (Radišić, 1991: 91). Naknada u tom slučaju treba da obuhvati štetu koju je savesna strana pretrpela zbog neizvršenja ugovora, kao i zbog preduzimanja svih postupaka koji su proizašli iz njenog verovanja da je zaključen punovažan ugovor, a koji je dovede do smanjenja njene imovine (Perović, 1986: 469), (Salma, 2009: 497).³⁴ Dakle, iako naknada štete zbog *culpa in contrahendo*, u načelu, obuhvata samo *negativni ugovorni interes* (troškove zaključenja, ispunjenja ili prijema ispunjenja ugovora, te štetu usled toga što je savesna strana, pouzdajući se u pravnu valjanost i ostvarenje ugovora, propustila priliku da zaključi drugi koristan ugovor), u slučaju kada je „jedna ugovorna strana nepridržavanje propisa o formi izazvala svojim lukavstvom, tj. aktivnom

32 Sem toga, restitutivna sankcija treba da se primeni sve dotle dok se preventivni i represivni ciljevi ostvaruju (Krulj, 1965: 151).

33 V. čl. 108 ZOO.

34 Takav j stav poznat i u sudskoj praksi: „Ugovorna strana, koja krivicom druge ugovorne strane ne dobije očekivani stan po ugovoru, može tražiti da joj druga strana naknadi štetu. Stan predstavlja imovinu i iznevereno očekivanje stana znači i gubitak u imovini te može biti predmet zahteva za naknadu imovinske štete, a o visini se sudi na osnovu utvrđenih činjenica ili po uverenju suda.“ Presuda Saveznog vrhovnog suda Rev. 880/58 od 17.2.1959. Zbirka sudskih odluka, knj. IV, 49.

ili pasivnom prevarom saugovornika u pogledu forme, tada se šteta ne sastoji jedino od negativnog interesa, nego upravo od izostalog ispunjenja“ (Radišić, 1991: 135), tj. od *pozitivnog ugovornog interesa*.³⁵

5. Konvalidacija i konverzija

Izuzetke od ništavosti, kao redovne *ex lege* sankcije za nedostatak bitne forme ugovora, čine instrumenti koji sprečavaju prestanak ugovora – konvalidacija i konverzija.³⁶ Mogućnost konvalidacije (naknadno osnaženje izvršenjem) ugovora koji oskudeva zahtevanom formom, Zakon rešava kriterijumom cilja forme,³⁷ određujući da će se, ugovor, za čije se zaključenje zahteva pismena forma smatrati punovažnim iako nije zaključen u toj formi, ako su ugovorne strane izvršile, u celini ili u pretežnom delu, obaveze koje iz njega nastaju, osim ako iz cilja zbog koga je forma propisana očigledno ne proizlazi što drugo.³⁸ Ovo znači da će pitanje sankcije ovog formalnog nedostatka zavisiti od toga da li je cilj propisane forme ugovora, *in concreto*, zaštita javnih ili, pak, privatnih interesa ugovornih strana. Naime, u slučaju kada se formom pretežno zaštićuju *interesi ugovornika* (npr. forma ugovora o građenju, ugovora o jemstvu, ugovorena forma, i sl.), tada bi strane mogle faktičkim izvršenjem da nadomeste takav formalan nedostatak. Tako je sud u jednom sporu utvrdio da je „svrha pismene forme ugovora o građenju (kao i drugih ugovora za koje je zakon propisao obaveznu formu) da se naglasi njegova ozbiljnost i omogući lakše utvrđivanje sadržine. Svrha je, međutim, postignuta i ako ugovor nije zaključen u pismenoj formi, ali je ispunjen u celini od jedne ugovorne strane. Suprotno stanovište bilo bi protivno načelu savesnosti i poštenja.“³⁹ Međutim, ukoliko je cilj forme konkretnog ugovora zaštita *javnih interesa* (npr. ugovor o prometu nepokretnosti), ugovornici tada ne bi mogli da ignorišu kogentnu zakonsku normu i da materijalnim izvršenjem osnaže ništav ugovor *izuzev* ako poseban (*lex specialis*) propis takvu mogućnost dopušta. A takva, izuzetna, mogućnost predviđena je upravo za ugovor o prometu nepokretnosti koji u Republici Srbiji podleže konvalidaciji pod zakonom određenim uslovima.⁴⁰ Ista pravna mogućnost postojala je i u pravnom sistemu

35 V. i (Orlić, 1993: 46). Ima i suprotnih stanovišta prema kojima ugovorna strana koja je kriva za zaključenje ništavog ugovora odgovara svome saugovaraču za štetu koju ovaj trpi zbog zaključenja takvog ugovora, ali ne i za štetu zbog neizvršenja ugovora (Jankovec, 1993: 10).

36 Konvalidacija, praktično, ima isti pravni značaj kao i konverzija iako su to pravno dve potpuno različite stvari. (Krulj, 1980: 312).

37 Više o cilju forme formalnih ugovora, v. (Perović, 1964: 70). Za nemačko pravo v. (Larenz, 1979: 59).

38 Čl. 73 ZOO.

39 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 12981/11 od 9.11.2011. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 53).

40 Čl. 4 st. 3 Zakona o prometu nepokretnosti, *Sl. glasnik Republike Srbije*, 42/98, 111/09. Više o tome v. (Pušac, 1/2011: 187). „Kada priznanica ima sve elemente pismenog

Republike Srpske do uvođenja notarijata,⁴¹ od kada je konvalidacija ugovora koji oskudeva obaveznom notarskom formom apsolutno isključena (Pušac, 8/2011: 117). S obzirom da je ovu isključivu formu (tzv. formu *notarski obrađene isprave*) zakonodavac propisao s ciljem postizanja veće pravne sigurnosti, efektivne kontrole zakonitosti i zaštite, prevashodno, *javnog interesa*, u njenom odsustvu, shodno kriterijumu cilja te forme, ugovor neminovno biva pogođen ništavošću bez mogućnosti konvalidacije.⁴²

Konverzija (pretvaranje ništavog ugovora u punovažan), takođe, sprečava prestanak ugovora i dovodi do redovnog i najpoželjnijeg načina gašenja obligacionog odnosa – ispunjenja. No, ovo preobraćanje kontrakta iz domena nevažnosti u domen pravne valjanosti moguće je tek uz kumulativno ispunjenje zakonskih uslova. Najpre, potrebno je da se ne radi o izričito zabranjenom ugovoru, jer se konverzijom ne mogu spasavati zabranjeni pravni poslovi (protivzakoniti, nemoralan, zelenaški, prividan), već ništavi poslovi zbog nedostatka forme (Kuštrimović, Lazić, 2008: 317). Zatim, potrebno je da ništav ugovor ispunjava uslove za punovažnost nekog drugog ugovora, kao i da je konvertovani ugovor u saglasnosti sa ciljem koji su ugovarači imali u vidu kada su ugovor zaključili ako se može uzeti da bi oni zaključili taj ugovor da su znali za ništavost svog ugovora.⁴³ To, izgleda, povlači i četvrti uslov – savesnost obeju

ugovora o kupoprodaji (označenje ugovornih strana, predmet prodaje i ugovorenu cenu) i nepokretnost je predata u posed kupcu koji je isplatio ugovorenu cenu, ispunjeni su uslovi za konvalidaciju pismenog neoverenog ugovora o prodaji u smislu člana 4 stav 3 Zakona o prometu nepokretnosti,“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 212/04 iz decembra 2004. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligationo pravo, 2013: 55).

41 Naime, Zakon o notarima Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11 stupio je na snagu 2004. godine, no njegova vakacija je trajala dve godine, jer je primena zakona odložena za 1.11.2006. godine. Ipak, kako su notari zvanično počeli sa radom tek 11. marta 2008. godine, Zakon od tada obavezuje.

42 V. čl. 68 st. 1 tač. 3 Zakona o notarima. Tumačenjem čl. 70 st. 1 ZOO sledi da nema mesta konvalidaciji ugovora koji oskudeva ovom, po karakteru, *isključivom* notarskom formom. „Jedini izuzetak je predviđen u pogledu obećanja poklona.“ (Povlakić, Schalast, Softić, 2009: 141), v. i (Bikić, Brkić, 2010: 129). Upor. čl. 82 i 83 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, kojima se forma javnog beležništva, u principu, predviđa kao *konkurentna* (alternativna sa formom ugovora sačinjenom pred sudom), pa ju je moguće sanirati obostranim izvršenjem (konvalidacija).

43 V. čl. 106 ZOO. Tako je u jednom sporu ugovor o doživotnom izdržavanju nižestepenim presudama utvrđen ništavim zbog nedostatka forme javne isprave, jer o zaključenju ugovora sudija nije sačinio zapisnik, niti je uneo upozorenje o posledicama zaključenja ugovora. U obrazloženju presude revizioni sud navodi: “Ukoliko bi se utvrdilo da sudija nije u stvarnosti pročitao ugovor i upozorio ugovornike na posledice zaključenja, bilo je nužno u smislu člana 106 ZOO ispitati uslove za konverziju ugovora. Naime, kada bi ništav ugovor ispunjavao uslove za punovažnost nekog drugog ugovora (u konkretnom slučaju tzv. nepravog ugovora o doživotnom izdržavanju gde je predaja imovine izvršena u momentu zaključenja ugovora) onda bi među strankama važio taj drugi ugovor ako bi to bilo u saglasnosti sa ciljem koji su

strana, tj. da nisu znale za ništavost, jer bi jednostrana nesavesnost isključivala konverziju. Dakle, konverzija je „institucija restitucione, a ne penalne materije. Sem toga, ona je institucija javnog poretka, te stoga ne može biti vansudska. To znači da strane ne mogu saglasnom izjavom volja, mimo sudskog postupka, konvertovati ništav ugovor“ (Salma, 2009: 433), jer bi se tada radilo o prenovu (novaciji). Konverzija je, u suštini, izraz težnje očuvanja ugovora i u osnovi se zasniva na tumačenju ugovora prema zajedničkoj nameri stranaka. Zbog toga se odredbe ugovora tumače u smislu u kome one mogu imati dejstvo, a ne u smislu da nemaju nikakvo dejstvo. To je staro pravilo koje svoj izvor ima još u Digestama: *Actus interpretandus est potius ut valeat quam et pereat* – Ulpianus, 80, Dig. 45.1. (Perović, 1980: 366).⁴⁴ No, imajući u vidu da forma neretko ugovornim stranama služi kao sredstvo za izigravanje zakona (npr. simuluje se formalni ugovor iz razloga što je disimulovani ugovor neformalan ili zbog toga što se time može prikriti činjenica od opšteg interesa – npr. kupoprodajna cena kao osnovica poreza na promet nepokretnosti⁴⁵), „sudska praksa konverziju dopušta isključivo u situaciji kada su stranke nevezite u zaključenju ugovora ili neobaveštene o potrebnim uslovima koje zakon zahteva za njegovu egzistenciju pa ugovor sačinjavaju tako da ne obezbede sve bitne uslove (zahtevana forma) za njegovo zaključenje“ (Karamarković, 2004: 13).

6. Zaključak

Na osnovu pažljivo izvršene analize pravnih posledica povrede konstitutivne forme ugovora, možemo izvesti nekoliko zaključnih napomena. Najpre, zakonodavac je za ugovore koji oskudevaju bitnom (zakon-skom ili ugovorenom) formom predvideo anulirajuću građanskopravnu sankciju - ništavost. Posledice ništavosti, prema rečima Zakona, svode se na povraćaj u pređašnje stanje (restituciju), odbijanje restitutivnog zahteva nesavesne strane primenom maksime *Nemo auditur*, oduzimanje prestacije u korist opštine i naknadu štete. Pri tome se pod redovnom posledicom ništavosti podrazumeva jedino restitucija, dok se izricanjem ostalih, čine odstupanja (isključenja ili ograničenja) od

ugovorači imali u vidu kada su ugovor zaključivali i ako bi se moglo uzeti da bi oni zaključili taj ugovor da su znali za ništavost ugovora koji je predmet spora.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2339/99 od 30.12.1999. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Nasledno pravo, 2013: 103).

44 “Činjenica da je ugovor o doživotnom izdražavanju po svom sadržaju zapravo ugovor o darovanju, ne čini taj ugovor ništavim, već vrijedi kao ugovor o darovanju”. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 151/89 od 22.3.1989. (Bikić, Brkić, 2010: 154).

45 Prema čl. 27 st. 1-3 Zakona o porezima na imovinu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, 26/01, *Službeni list SRJ*, 42/02 i *Službeni glasnik RS*, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 i 47/13, osnovicu poreza na prenos apsolutnih prava čini ugovorena cena u trenutku nastanka poreske obaveze, ukoliko nije niža od tržišne vrednosti. Ako nadležni poreski organ oceni da je ugovorena cena niža od tržišne, ima pravo da u roku od 60 dana od dana prijema poreske prijave utvrdi poresku osnovicu u visini tržišne vrednosti. U slučaju da to ne učini u navedenom roku, poresku osnovicu čini ugovorena cena.

primene opšteg restitutivnog principa. No, mišljenja smo da u materiji povrede bitne forme ugovora ovim odstupanjima nema mesta, budući da ne postoji racionalni osnov za primenu najteže građanskopravne posledice – oduzimanje predmeta prestacija, ali ni maksime *Nemo auditur*. Ovo stoga što se ugovorima koji oskudevaju bitnom formom ne vređaju društveni principi najvišeg ranga, tj. takav formalan nedostatak ugovora ne tiče se poretka u užem smislu kao što je to slučaj sa zabranjenim ugovorima (istina, često i sama forma zna da posluži kontrahentima kao sredstvo za prikrivanje, simulovanje zabranjenog ugovora, ali tada je razlog ništavosti prividan ugovor, a ne povreda forme). Navedeni stav, čini se, opravdan je i legislativnim argumentom prema kojem se ugovor, pogođen ništavošću zbog povrede forme, konvalidacijom, odnosno konverzijom može „spasiti“ od prestanka, što, razume se, nikada neće biti privilegija ugovora koji vređaju najviše principe jednog poretka. Pitanje tog „pravnog ozdravljenja“ ništavog ugovora rešavaće se kriterijumom cilja forme, te će biti moguće samo ukoliko je svrha forme konkretnog ugovora - zaštita privatnih interesa.

Literatura

- Babić, I. (2009). *Obligaciono pravo, opšti deo*. Beograd – Sremska Kamenica: Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum i JP Službeni glasnik.
- Blagojević, M. (2010). *Praktikum za parnični postupak sa sudskom praksom*. Banja Luka: Grafomark.
- Bikić, E., Brkić, A. (2010). Materijalne i procesnopravne posledice nedostatka forme u pravnom prometu nekretnina. *Analiza Pravnog fakulteta u Zenici*. 5. 129 – 159.
- Gams, A., Đurović, Lj. (1981). *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Naučna knjiga.
- Đurović, Lj. (1996). Nepostojeći i ništavi ugovori. *Pravni život*. 10. 433 – 450.
- Jankovec, I. (1993). *Ugovorna odgovornost*. Beograd: Poslovna politika.
- Karamarković, K. (2004). *Rasprave iz ugovornog, odštetnog i procesnog prava*. Beograd: Glosarijum.
- Kuštrimović, R., Lazić, M. (2008). *Uvod u građansko pravo*. Niš: Punta.
- Krulj, V. (1965). Pravilo o isključenju povraćaja u slučaju ispunjenja nedopuštenog ugovora, *Zbornik radova o stranom i uporednom pravu*, Beograd. 3. 151 – 180.
- Krulj V. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, redaktori: Blagojević, B., Krulj V., knjiga I. Beograd: Savremena administracija.
- Larenz, K. (1979). *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*. Munchen: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Leon, H., Mazeaud J. (1978). *Lecons de droit civil*. Tome 2. Vol. 1. Paris: Montchrestien.
- Povlakić, M., Schalast, S., Softić, V. (2009). *Komentar Zakona o notarima u Bosni i*

- Hercegovini. Sarajevo: Nemačka organizacija za tehničku saradnju-GTZ.
- Nikolić, D. (1995). Građanskopravna sankcija - geneza, evolucija i savremeni pojam. Novi Sad: Pravni fakultet Novi Sad.
- Orlić, M. (1993). Zaključenje ugovora. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Perović, S. (2011). Zakon o obligacionim odnosima sa registrom pojmova. Predgovor Slobodan K. Perović. Beograd: Službeni glasnik.
- Perović, S. (1986). Obligaciono pravo. Beograd: Službeni list SFRJ.
- Perović, S. (1980). Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redaktori: Perović, S., Stojanović, D. Kragujevac - Gornji Milanovac: Pravni fakultet Kragujevac i Kulturni centar G. Milanovac.
- Perović, S. (1964). Formalni ugovori u građanskom pravu. Beograd: Naučna knjiga.
- Petrović, Z., Kozar, V. (2009). Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava. Beograd: Intermex.
- Popov, D. (2007). Građansko pravo, opšti deo. Novi Sad: Pravni fakultet Novi Sad.
- Pušac, J. (2011). Zakonske pretpostavke za konvalidaciju ugovora o nepokretnosti. Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu. 1. 591 – 603.
- Pušac, J. (2011). Konvalidacija ugovora o kupoprodaji nepokretnosti u pravnom sistemu Republike Srpske. Anali Pravnog fakulteta u Zenici. 8. 117 – 133.
- Cabrillac, R. (2010). Droit des obligations. Paris: Dalloz.
- Radišić, J. (2004). Obligaciono pravo – opšti deo. Beograd: Nomos.
- Radišić, J. (1991). Predugovorna odgovornost. Beograd: Institut za društvene nauke.
- Salma, J. (2009). Obligaciono pravo. Novi Sad: Pravni fakultet Novi Sad.
- Salma, J. (2004). Načelo Nemo auditur propriam turpitudinem allegans i ništavost ugovora. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu. 3-4. 487 – 495.
- Salma, J. (1981). Nedopuštena restitucija i oduzimanje predmeta prestacije u korist društvene zajednice kod zabranjenog ugovora u praktičnoj primeni prava. Glasnik Advokatske komore Vojvodine. 10. 7 – 26.
- Cartwright, J. (2007). Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer. Oxford: Hart Publishing.
- Simonović, I. (2012). Restitucija u građanskom pravu – domašaj primene. Doktorska disertacija. Niš: Pravni fakultet Niš.
- Tajić, H., Medić D. (2005). Zakon o obligacionim odnosima, izbor sudskih odluka 1980-2005. godine. Sarajevo: Privredna štampa.
- Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske. Službeni list SFRJ. Br. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 57 (1989) i Službeni glasnik RS. BR. 17 (1993), 3 (1996), 39 (2003), 74 (2004).
- Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije. Službeni list SFRJ. Br. 29

(1978), 39 (1985), 45 (1989), 57 (1989), Službeni list SRJ. Br. 31 (1993), Službeni list SCG. Br. 1 (2003), Službeni glasnik RS. Br. 98 (2006).

Zakon o notarima Republike Srpske. Službeni glasnik RS. Br. 86 (2004), 2 (2005), 74 (2005), 76 (2005), 91 (2006), 37 (2007), 50 (2010), 78 (2011).

Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije. Službeni glasnik RS. Br. 31 (2011), 85 (2012), 19 (2013).

Zakon o tužilaštvima Republike Srpske. Službeni glasnik RS. Br. 33 (2002), 85 (2003), 115 (2003), 37 (2006), 68 (2007).

Zakon o parničnom postupku Republike Srpske. Službeni glasnik RS. Br. 58 (2003), 85 (2003), 74 (2005), 63 (2007), 49 (2009), 61 (2013).

Zbirka aktuelne sudske prakse 2013, Obligaciono, Građansko procesno pravo, Nasledno pravo, Poslovni biro. Retrieved 26, September 2013, from http://www.poslovnibiro.rs/index.php?page_id=159

Rešenje Višeg suda u Valjevu, Gž. 237/10 od 18.2.2010. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Građansko procesno pravo, 2013: 129).

Presuda Kasacionog suda u Sarajevu, Bilten sp KsS-1/2002. (Tajić, Medić, 2005: 135).

Presuda Višeg trgovinskog suda Pž. 3068/06 od 18.9.2006. (Petrović, Kozar, 2009: 64).

Presuda Apelacionog suda Brčko distrikta, Rev. 11/08 od 22.12.2019. (Blagojević, 2010: 562).

Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 251/07 od 11.7.2007. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 87).

Rešenje Apelacionog suda Brčko distrikta Gž. 369/10 od 12.5.2010. (Blagojević, 2010: 563).

Presuda Vrhovnog suda Srbije Gzz. 44/04 od 5.5.2004. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 92).

Rešenje Višeg trgovinskog suda Pž. 1322/06 od 5.10.2006. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 85).

Zaključak sa savetovanja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, Vrhovnog suda Srbije, Vrhovnog suda Crne Gore i Višeg privrednog suda od 24, 25. i 26. septembra 1996. u Subotici, Bilten Vrhovnog suda Srbije, br. 3/2005.

Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 12981/11 od 9.11.2011. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 53).

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 212/04 iz decembra 2004. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Obligaciono pravo, 2013: 55).

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2339/99 od 30.12.1999. (Zbirka aktuelne sudske prakse, Nasledno pravo, 2013: 103).

Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 151/89 od 22.3.1989. (Bikić, Brkić, 2010: 154).

Jovana Pušac, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka

Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

The Legal Consequences of Breaching the Legal Form of Contract

Summary

In this paper, the author discusses the legal consequences stemming from the breach of the legal form of contract. On the basis of a detailed analysis of relevant legislation, the doctrinal heritage and the abundant case law, the author concludes that the traditional principles of contract law on nullity (ensuing from the breach of the ad solemnitatem form of contract) must be adapted to the special regime governing the consequences of nullity. These particularities are reflected in a series of rules which are (in principle) inherent only to formal contracts; some of these rules necessarily lead to restitution as a regular legal consequence of nullity while others prevent the termination of contract (by means of convalidation and conversion). Given that the legal form is an instrument which is always aimed at protecting certain private or public interests, this objective is used as the essential criterion for determining a relevant sanction for the violation of formalities. However, in case of breaching the legal form of contract which is undoubtedly aimed at protecting the public interest, the breach of legal form does not encroach on the basic principles of the public policy, which is the case in forbidden contracts. Consequently, it implies that the most serious civil law sanction (confiscation) is inapplicable.

Key words: *ad solemnitatem form, nullity, restitution, nemo auditur, convalidation, conversion*

SUDSKA PRAKSA

Dr Maja Nastić,
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

KOMENTAR SUDSKE ODLUKE

UDK: 342.565.2(497.11)

Rad primljen: 30.09.2013.
Rad prihvaćen: 21.10.2013.

ODNOS USTAVNOG SUDA I REDOVNIH SUDOVA - KOMENTAR ODLUKE USTAVNOG SUDA SRBIJE - ¹

Apstrakt: U radu je analizirana odluka Ustavnog suda Srbije, kojom je utvrđeno da odredba Zakona o Ustavnom sudu, kojim su od poništavanja u postupku po ustavnoj žalbi izuzete sudske odluke, nije u saglasnosti sa Ustavom. Nakon objavljivanja odluke u Službenom glasniku Republike Srbije, Ustavnom sudu "vraćena" su ovlašćenja koja je imao prema sudskim odlukama, u postupku po ustavnoj žalbi, počev od 2007. godine. Time je ponovo otvoreno pitanje odnosa ustavnog suda i redovnih sudova, odnosno da li se takvim postupanjem Ustavni sud Srbije dovodi u poziciju super-apelacionog suda. Ovo pitanje predstavlja centralno mesto u radu i sagledano je iz perspektive Ustavnog suda Srbije, uz navođenje relevantnih teorijskih stavova.

Ključne reči: Ustavni sud Srbije, ustavna žalba, redovni sud.

1. Uvod

Predmet naše analize jeste odluka Ustavnog suda Srbije doneta u postupku ocene ustavnosti odredbe čl. 89 st. 2 Zakona o Ustavnom sudu.² U ovoj odluci, Ustavni sud je utvrdio da odredba osporenog zakona, kojim su od poništavanja u postupku po ustavnoj žalbi izuzete sudske odluke, nije u saglasnosti sa Ustavom. Na prvi pogled, čini se da se ova odluka ne izdvaja ničim posebno u odnosu na niz drugih odluka, koje Ustavni sud redovno donosi u postupku normative kontrole. Jednostavna formulacija dispozitiva, koji, između ostalog, kaže da navedena odredba Zakona o Ustavnom sudu, u delu koji glasi "osim sudske

¹ maja@prafak.ni.ac.rs

Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke

² Odluka Ustavnog suda IUz -97/2012, *Sl.glasnik RS*, 18/13.

odluke" nije u saglasnosti sa Ustavom, ne otvara nikakve nedoumice, niti, čini se, zaslužuje posebnu pažnju. Međutim, vrlo obimno obrazloženje, uverava nas da to nikako ne može biti slučaj.

Ova odluka privukla je našu pažnju iz razloga što je u njoj, možemo slobodno reći, kulminirao do tada latentan "sukob" na relaciji između Ustavnog suda i redovnih sudova (čitati: Vrhovni kasacioni sud), koji je "tinjao" od donošenja Zakona o Ustavnom sudu Srbije krajem 2007. godine. Da li će ova odluka predstavljati epilog u odnosima između sudova, ostaje da se vidi, ali to ne umanjuje specifičan značaj ove odluke. Utoliko će pitanje odnosa dva suda predstavljati ključno i suštinsko pitanje, na koje ćemo nastojati da damo odgovor, pre svega, pozivajući se na stavove Ustavnog suda.

U tom smislu, prethodno ćemo ukazati na poseban ustavni položaj Ustavnog suda Srbije i njegove osnovne nadležnosti.

Ustavni sud Srbije je samostalan i nezavisan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost ljudskih i manjinskih prava i slobode.³ On nije organizacijski, ni hijerarhijski zavisan o nekom drugom ustavnom organu, niti mu može biti podređen. Krug nadležnosti Ustavnog suda izvire direktno iz Ustava i čini ga jemcem i čuvarem Ustava.

Osnovna i svakako najvažnija nadležnost Ustavnog suda odnosi se na zaštitu ustavnosti i normativnu kontrolu, koju tom prilikom sprovodi. Ocena ustavnosti zakona se ostvaruje, po pravilu, u obliku naknadne kontrole. U tom postupku Ustavni sud može da ukine svaki zakon ili bilo koji drugi propis koji vređa ustavne odredbe, uključujući i odredbe o ljudskim i manjinskim pravima. Za položaj Ustavnog suda u ustavnom sistemu Republike Srbije od značaja je i ustavno pravilo o prirodi i dejstvu odluka Ustavnog suda, kojim je utvrđeno da su sudske odluke konačne, izvršne i opšteobavezujuće, odnosno deluju erga omnes.

Usvajanjem Ustava Republike Srbije (2006) ustavna žalba je prepoznata kao posebno sredstvo ustavnosudske zaštite. Ustavna žalba može biti izjavljena protiv pojedinačnih akata i radnji državnih organa i organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava ili slobode zajemčena Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva ili je zakonom isključeno pravo na sudsku zaštitu.⁴ Odlučujući po ustavnim žalbama, Ustavni sud postupa kao specijalna instanca po žalbama građana po principu *inter partes*.

Iako je apstraktna normativna kontrola suštinska nadležnost svakog ustavnog suda, uključujući i Ustavni sud Srbije, u praksi dominiraju odluke donete u

3 Čl. 166 st. 1 Ustava Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/06

4 Čl. 82 st. 1 Zakona o Ustavnom sudu, *Sl. glasnik RS*, 109/07,99/11

postupku po ustavnoj žalbi, zbog velikog broja podnetih ustavnih žalbi.

Odluka koja je predmet analize, iako doneta u postupku normativne kontrole, od posebnog je značaja za odlučivanje Ustavnog suda po ustavnim žalbama.

2. Pokretanje postupka i prethodna pitanja

“Rešenjem Ustavnog suda broj IUz -97/2012 od 12. jula 2012. godine, koje je Sud doneo po sopstvenoj inicijativi, u smislu odredbe čl. 168 st. 1 Ustava Republike Srbije, pokrenut je postupak za utvrđivanje neustavnosti odredbe čl. 89 st. 2 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu, u delu koji glasi: “osim sudske odluke”. Donoseći navedeno rešenje, Sud je ocenio da se osnovano postavlja pitanje saglasnosti s Ustavom odredbe Zakona kojom su sudske odluke izuzete od primene mere poništaja kao ustavnosudske sankcije za utvrđenu povredu Ustavom zajemčenog ljudskog ili manjinskog prava i slobode. Sud je navedeno rešenje, shodno čl. 107 st.1. Zakona o Ustavnom sudu, dostavio na odgovor Narodnoj skupštini”. Kako Narodna skupština nije dostavila odgovor, Sud je nastavio postupak.

Na osnovu ovako pokrenutog postupka, otvaraju se dva, mogli bismo reći, prethodna pitanja. Prvo, da li Ustavni sud može pokrenuti postupak po sopstvenoj inicijativi i drugo, da li predmet ocene ustavnosti može biti Zakon o Ustavnom sudu?

Pokretanje postupka po sopstvenoj inicijativi ustavnog suda predmet je mnogobrojnih polemika i dilema u naučnoj i stručnoj javnosti. Razlozi su brojni, a mi ćemo izdvojiti dva najvažnija. Pokretanje postupka *ex officio* čini Ustavni sud sudijom u sopstvenoj stvari i suprotno je principu *nemo iudex in sua causa*, čime se prejudicira rešenje o glavnoj stvari. Na taj način, Ustavni sud postaje aktivan činilac u zaštiti principa ustavnosti i zakonitosti, što ne mora da ima negativan predznak. Međutim, ustavni sud time može doći u poziciju da “bira koje će zakone podvrgnuti ustavnoj kontroli”, čime bi “premašio ulogu negativnog zakonodavca i došlo bi se na teren političkog procenjivanja”. (Stojanović, 2011: 12)

Međutim, drugo je pitanje da li se ovog instrumenta treba sasvim odreći u tranzicijskim zemljama, kakva je naša i da li je došlo vreme za strogu primenu “sudijske uzdržanosti svojstvene stabilnim sistemima”? (Nenadić, 2010: 58)

Pokretanje postupka pred ustavnim sudom *ex officio* može biti osporavano na teorijskom nivou, međutim, povodom konkretnog slučaja dobija drugačiju dimenziju. Ukoliko pitanja “za” i “protiv” ostavimo po strani, možemo konstatovati da je Ustavni sud, pokrenuvši postupak suo sponte u ovom slučaju, realizovao Ustavom mu povereno ovlašćenje.

Kada je reč o tome da li Ustavni sud može da ocenjuje ustavnost "svog" zakona, odnosno Zakona o Ustavnom sudu, treba imati u vidu sledeće. Zakon o Ustavnom sudu, poput svakog drugog zakona, donela je Narodna skupština i on za predmet svog regulisanja ima uređenje Ustavnog suda, postupke po kojima se ostvaruju nadležnosti Ustavnog suda, dejstvo njegovih odluka, izvršenje akata Ustavnog suda i sva druga važna pitanja koja nisu uređena Ustavom. Ovaj zakon donet je, a u međuvremenu i izmenjen, po postupku koji se primenjuje i u pogledu drugih "običnih" zakona. Dakle, Zakon o Ustavnom sudu se po svojim formalnim obeležjima ne razlikuje u odnosu na bilo koji drugi zakon, koji može biti predmet kontrole pred Ustavnim sudom. To što se njime uređuju pitanja koja se tiču rada Ustavnog suda ne čini ga imunim na kontrolu ustavnosti, iako se posledice njegove neustavnosti direktno odražavaju na rad Suda.

3. Glavno pitanje

Osnovno pitanje na koje je Ustavni sud trebalo da odgovori u konkretnom slučaju jeste: Da li je isključivanje poništavanja sudskih odluka u postupku po ustavnoj žalbi, uz zadržavanje takvog ovlašćenja u odnosu na sve druge pojedinačne akte, u skladu sa Ustavom? Time, odnos Ustavnog suda i redovnih sudova dolazi u centar zbivanja, mada je to pitanje otvoreno još donošenjem Zakona o Ustavnom sudu (2007), kojim je, između ostalog, razrađen institut ustavne žalbe. Odredbama člana 89 st. 2. i 3. koje su bile sadržane u osnovnom tekstu Zakona o Ustavnom sudu ("Sl.glasnik RS", broj 109/07), donetog u novembru 2007. godine, bilo je propisano: "Kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom, odnosno radnjom, povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, poništiće pojedinačni akt, odnosno zabraniće dalje vršenje ili narediti vršenje određene radnje i odrediti da se uklone štetne posledice u određenom roku. Odluka Ustavnog suda kojom se usvaja ustavna žalba je pravni osnov za podnošenje zahteva za naknadu štete ili otklanjanja drugih štetnih posledica pred nadležnim organom, u skladu sa zakonom." Ovaj zakon, takođe, sadržao je rešenje koje je podrazumevalo izjašnjavanje svih sudija Ustavnog suda povodom svake ustavne žalbe, što je predstavljalo veliku prepreku u efikasnom rešavanju ustavnih žalbi. Vremenom, kako je rastao broj podnetih ustavnih žalbi, ovaj problem je postao sve izraženiji. To je glavni razlog zbog čega su predložene izmene i dopune, koje su pretočene u Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu (*Sl.glasnik RS*, 99/11), donetog u decembru 2011. godine, koji je stupio na snagu početkom 2012. godine. Novim zakonskim rešenjima pojednostavljeno je odbacivanje ustavne žalbe i Ustavni sud sada o tome odlučuje na sednici Malog veća⁵, a uvedeni su i novi razlozi za odbacivanje.

⁵ Malo veće čine troje sudija Ustavnog suda, od kojih je jedan predsednik veća (čl. 42v Zakona o Ustavnom sudu Srbije)

Meritorno odlučivanje po ustavnoj žalbi sada je u nadležnosti Velikog veća.⁶

Međutim, potpuno neočekivano i bez valjanog obrazloženja, Ustavni sud lišen je ovlašćenja da u postupku po ustavnoj žalbi poništava sudske odluke. Ranije pomenuti član 89 st. 2. i 3. izmenjen je tako da glasi: "Kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt osim sudske odluke (podvukla M.N.), zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca. Odlukom kojom se usvaja ustavna žalba Ustavni sud će odlučiti i o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete kada je takav zahtev postavljen."

Ustavni sud, stoga, osnovano postavlja pitanje da li izuzimanje akata sudske vlasti od primene mere poništaja narušava ustavni princip opšte i jednake podložnosti akata javne vlasti ustavnosudskoj kontroli i da li postoji ustavni osnov za zakonsko propisivanje različitih ovlašćenja Ustavnog suda, odnosno različitog dejstva odluka Ustavnog suda donetih radi zaštite zajemčenih prava i sloboda?

Ustavni sud je na stanovištu da je ustavnosudska zaštita uređena na principu "da apsolutno svi akti javne vlasti, odnosno svih grana vlasti, na isti način podležu oceni ustavnosti i ustavnosudskoj zaštiti ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Zaštita u postupku po ustavnoj žalbi je obezbeđena u odnosu na pojedinačne akte ili radnje svih državnih organa, uključujući i nosioce sudske vlasti. Takvo opredeljenje ustavotvorca, po shvatanju Ustavnog suda, obavezuje i zakonodavni organ da zakonom uredi pravno dejstvo odluka Ustavnog suda i njihovo izvršenje. U tom smislu, pri zakonskom uređivanju dejstva odluka Ustavnog suda, zakonodavni organ je dužan da propiše i obezbedi jednaku podložnost ustavnosudskoj kontroli svih akata javne vlasti i jednako dejstvo odluka Ustavnog suda, u vidu jednakih ovlašćenja Ustavnog suda za izricanje određene mere. Stoga se, izuzimanjem sudskih odluka od mogućnosti izricanja mere poništaja, narušava ustavni princip opšte i jednake podložnosti akata javne vlasti ustavnosudskoj kontroli na jednak način, odnosno, zahtev jednakog dejstva odluka Ustavnog suda. Nadalje, Ustavni sud je ocenio da ustavno ovlašćenje zakonodavca da uredi pravno dejstvo i izvršenje odluka Ustavnog suda, ograničeno Ustavom utvrđenim pravom Ustavnog suda da kao samostalan i nezavisni državni organ, svojom odlukom uredi način njenog izvršenja, kada je to potrebno. Stoga, Sud ocenjuje da je svako ograničavanje Ustavnog suda

⁶ Veliko veće čine predsednik Ustavnog suda i sedam sudija. (čl.42 b Zakona o Ustavnom sudu)

u pogledu određivanja mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ustavnog prava nesaglasno sa Ustavom utvrđenim položajem Ustavnog suda”.

“Sud konstatuje i to da u Republici Srbiji, od ustanovljenja instituta ustavne žalbe, faktičko stanje pokazuje da su sudske odluke ne samo najčešći predmet ustavne žalbe nego i vrsta akata kod kojih se najčešće utvrđuju povrede ustavnih prava”. Mada, moramo dodati, činjenica je da u najvećem broju slučajeva ustavne žalbe bivaju odbačene ili odbijene, a da je procenat usvojenih žalbi vrlo nizak. Međutim, “izuzimanje sudskih odluka od mere poništaja, uz istovremeno zadržavanje ovlašćenja Suda da ovu meru može primeniti na (druge) pojedinačne akte i radnje kao sankciju prema tim izvorima povrede ustavnih prava, predstavlja i svojevrsnu pravno-sistemska kontradikciju”. Naime, “u najvećem broju slučajeva odluka organa sudske vlasti je poslednji akt u nizu čijom se kontrolom i poništajem može otkloniti povreda prava, bilo da je učinjena odlukom suda u postupku pružanja pravne zaštite ili propuštanjem organa sudske vlasti da svojom odlukom otkloni povrede prava učinjene u prethodnim fazama odlučivanja o pravima i obavezama lica”.

Uvažavajući sve navedene razloge, iznete u obrazloženju odluke Ustavnog suda, ne možemo, a da ne primetimo, da izjavljivanje ustavne žalbe Ustavnom sudu u odnosu na presude koje donose redovni sudovi stvara izvesnu napetost u odnosu između redovnih sudova i Ustavnog suda, koja je dodatno pojačana ovlašćenjem Ustavnog suda da poništava sudske odluke. Stoga, osnovano se može postaviti pitanje da li Ustavni sud ovakvim postupanjem sebe dovodi u poziciju super-apelacionog suda? Da li je to u skladu sa odredbama Ustava, kojima se utvrđuje da sudska vlast pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti,⁷ i odredbama prema kojima sudske odluke ne mogu biti predmet vansudske kontrole, odnosno da sudske odluke može preispitivati samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku?⁸

U odgovoru na pomenuta pitanja mogu se čuti dva, protivrečna odgovora. Prema jednom, (Trifunović, 2009: 170, Cvetković, Đorđević, 2011: 221) ukazuje se da Ustavni sud nije deo sudske vlasti i da ne može vršiti ocenu valjanosti sudske odluke. Kada se dozvoli da predmet preispitivanja pred Ustavnim sudom bude svaka odluka redovnog suda i kada ona bude poništena, time se ugrožava pravna sigurnost i stvara se pravna neizvesnost, vređa se načelo pravnosnažno presuđene stvari i ruši autoritet sudske odluke. Stoga, prema ovom shvatanju, neprihvatljivo je da ustavni sud može da poništava ili ukida sudsku odluku, već će biti dovoljno da samo konstatuje da je došlo do povrede ljudskog ili

7 Član 143 st.1 Ustava Srbije

8 Član 145 st. 3. i 4. Ustava Srbije

manjinskog prava. Time se od ustavnog suda traži da postupa poput Evropskog suda za ljudska prava, i da donosi samo deklaratorne odluke.

Drugo, potpuno suprotno gledište zastupaju mnogi konstitucionalisti (Pejić, 2009:139; Simović, 2012:12; Stojanović, Vučić, 2009:887), a takvo mišljenje deli i Ustavni sud. Naime, "Ustavni sud je na stanovištu da podvrgavanje sudskih odluka ustavnosudskoj kontroli u postupku po ustavnoj žalbi, kao i izricanje mere poništaja sudske odluke povodom utvrđenja Suda da je odlukom organa sudske vlasti učinjena povreda ustavnih prava i sloboda, nije u suprotnosti niti protivreči ustavnom načelu nezavisnosti sudske vlasti, niti ustavnim određenjima da sudska vlast pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti, da su sudske odluke obavezne za sve i da ne mogu biti predmet vansudske kontrole, odnosno, da sudsku odluku može preispitivati samo nadležni sud, u zakonom propisanom postupku. Naprotiv, ovlašćenje Ustavnog suda kao organa nadležnog za obezbeđivanje ustavnosudske zaštite u svim njegovim nadležnostima utvrđenim Ustavom, pa i nadležnosti za odlučivanje o ustavnim žalbama, u funkciji je ostvarivanja ustavnog načela vladavine prava, koje se temelji na neotuđivim ljudskim pravima, a ostvaruje se, pored ostalog, i ustavnim jemstvima ljudskih prava i manjinskih prava, nezavisnom sudskom vlašću i povinovanjem (svake) vlasti Ustavu i zakonu".

"Iz korelacije ustavnih odredbi, prema kojima je ostvarivanje Ustavom zajemčenih prava i sloboda pretpostavka vladavina prava, a ustavna žalba pravno sredstvo čiji je cilj zaštita od povreda ili uskraćivanja prava zajemčenih Ustavom, i to onih koji učine državni organi, Sud zaključuje da se ustavni smisao i cilj ustavne žalbe ne ostvaruje samim deklarativnim utvrđivanjem postojanja povrede prava, već se ostvaruje otklanjanjem posledica koje su nastale utvrđenom povredom ustavnih prava i sloboda, bez obzira koji je državni organ donosilac osporenog akta". Naime, ako pođemo od toga da je suštinski element ustavne žalbe, ne samo tome što vodi da se utvrdi povreda prava, gde je to potrebno, već i "ponovno uspostavljanje žaliočevog prava" (Danneman, 1994:149), to znači da neustavne odluke upravne vlasti ili sudova mogu biti poništene. Ako je glavni cilj izjavljivanja ustavne žalbe zaštita povređenog ili ugroženog prava, onda je razumno očekivanje da ovom cilju bude primerena i odluka Ustavnog suda, koja bi tu zaštitu trebalo da pruži i svojim dejstvom efikasno otkloni povredu osnovnog prava. Takvo mišljenje deli i Venecijanska komisija, naglašavajući da je ispitivanje sudskih odluka u postupku pred Ustavnim sudom itekako pozitivno iz perspektive ljudskih prava, ali da Ustavni sud treba da ima "moć" da ih sankcioniše ukoliko vređaju osnovna prava. Ako odluka redovnog suda ne može biti poništena, to umanjuje snagu Ustavnog suda i njegov ugled.⁹

⁹ European Commission for Democracy through Law, Opinion on draft Amendments and addition to the law on the Constitutional Court of Serbia, Retrieved 16-17 December 2011,

“Sud smatra da između Ustavom utvrđene nadležnosti Ustavnog suda za postupanje po ustavnim žalbama i zakonom utvrđenih nadležnosti sudova opšte i posebne nadležnosti ne postoji odnos konkurencije niti međusobnog isključivanja, niti podvrgavanje sudskih odluka ustavnosudskoj kontroli u postupku po ustavnoj žalbi ima značenje Ustavom nedopuštene vansudske kontrole sudskih odluka, budući da se svakako ne radi o odlučivanju “ o istoj stvari”. Oba vida pravne zaštite ostvaruju se u odvojenim i nezavisnim postupcima, od strane samostalnih i nezavisnih organa, a sa ciljem da se, u okviru Ustava, u pravnom poretku obezbedi celovita zaštita prava i sloboda zajemčenih Ustavom”. Sud je, međutim, stava “da ustavno ustanovljenje neposredne ustavnosudske zaštite, uz istovremeno, ustavno određenje da se sudske odluke zasnivaju na Ustavu, podrazumeva da se sudskim odlukama moraju poštovati, pre svega, ljudska prava i slobode, kao njihovo vrednosno jezgro”.

Polazeći od značenja, sistematske i smislono-logičke povezanosti odgovarajućih normi Ustava koje se odnose na ulogu i mesto Ustavnog suda u sistemu javne vlasti, a posebno njegovu ulogu u neposrednoj zaštiti Ustavom garantovanih prava, sledi da dejstvo ustavnog načela o nezavisnosti sudske vlasti (član 4 stav 4. Ustava) i principa “nedodirljivosti” sudskih odluka za vansudske vlasti (član 145. st.3. i 4. Ustava) treba razumeti tako da sudske odluke ostaju apsolutno “nedodirljive” za zakonodavnu i izvršnu vlast, čime je održano standardno značenje i dejstvo principa nezavisnosti sudske vlasti. Sudske odluke, međutim, nisu “nedodirljive” za ocenu da li su povredila osnovna ljudska prava garantovana Ustavom. Kao što u postupku normativne kontrole Ustavni sud ceni ustavnost zakona i zakonitost propisa izvršne vlasti, tako u postupku po ustavnoj žalbi Ustavni sud ocenjuje saglasnost sudskih odluka sa Ustavom garantovanim ljudskim pravima i slobodama. Kao što je “prirodno” da iz konstatacije Ustavnog suda da zakonska norma nije saglasna sa Ustavom sledi posledica da opšta norma gubi svojstvo važećeg prava, tako i konstataciju da je sudska odluka povredila “specifično ustavno pravo” neizbežno mora da prati nevažnost (ništavost) pojedinačnog akta sudske vlasti koji je u sukobu sa Ustavom”.

“U vršenju svoje nadležnosti Ustavni sud se kretao u granicama svoje ustavne nadležnosti, ispitujući osporene sudske odluke u onoj meri u kojoj je to neophodno da bi se utvrdilo da li je donošenjem sudske odluke došlo do povrede ili uskraćivanja ustavnih prava i sloboda i u granicama razloga koji su navedeni u ustavnoj žalbi. Pri tome, u slučajevima kada bi utvrdio da je do povrede Ustavom zajemčenog prava došlo pred prvostepenim sudom, Sud je poništavao samo odluku suda poslednje instance, kako bi taj sud u ponovnom postupku, po izjavljenom pravnom sredstvu, otklonio učinjenu povredu”. Ustavni sud podseća da nije nadležan da vrši proveru utvrđenog činjeničnog stanja i načina na koji

from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)050cor-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)050cor-e)

su redovni sudovi tumačili pozitivnopravne propise, osim u slučajevima kada su njihove odluke dovele do povrede ustavnih prava, ili su ta prava zanemarile, jer je primena zakona bila arbitrarna ili diskriminatorna, kao i ukoliko je došlo do povrede određenih procesnih prava (na pristup sudu, na delotvorni pravni lek).¹⁰ Ustavni sud je u postupku po ustavnoj žalbi nadležan jedino da ispituje postojanje povreda ili uskraćivanja Ustavom zajemčenih prava i sloboda, te se stoga i navodi ustavne žalbe moraju zasnivati na ustavnopravnim razlozima kojima se, sa stanovišta Ustavom utvrđene sadržine određenog prava ili slobode, potkrepljuju tvrdnje o njegovoj povredi ili uskraćivanju. To istovremeno znači da Ustavni sud nije nadležan da, postupajući po ustavnoj žalbi, kao instancioni (viši) sud još jednom ispituje zakonitost osporenih akata ili radnji, pa iz tih razloga formalno pozivanje na povredu ustavnih prava i sloboda, samo po sebi, ne čini ustavnu žalbu dopuštenom. Ustavni sud očekuje da navodi i razlozi ustavne žalbe pokreću neko opšte pitanje o eventualnoj povredi označenog prava, koje je od ustavnopravnog značaja za odlučivanje Ustavnog suda.¹¹

Ustavni sud naglašava da "ni zakonom dato ovlašćenje da poništava odluke sudova, ni njegovo postupanje u izricanju te mere, nisu imali karakter instancione kontrole u odnosu na odluke sudova, koje su bile predmet ustavne žalbe". Poništavajući presudu redovnog suda, Ustavni sud ne preuzima "stvar u svoje ruke", već upućuje da se nastala povreda može "izlečiti" u postupku pred nadležnim sudom. Postupajući prema odlukama redovnih sudova, Ustavni sud ne postupa kao "sud pune jurisdikcije". (Simović, 2012:11) Ustavni sud se nalazi "pored, a ne iznad redovnih sudova i ne ispituje sudske odluke u punom obimu u pogledu njihove pravne valjanosti" (Stojanović, Vučić: 2009: 889), ali dok je Ustavni sud "čuvar Ustava", redovni sud jeste samo "sluga zakona". To ne daje za pravo Ustavnom sudu da nastupa kao superapelacioni sud, već "kao sud koji razmatra i sankcioniše povrede Ustava, a ne obične pravne greške" (Marković, 2007: 36). Težište ustavnosudskog ispitivanja nije na ispitivanju tačnosti i potpunosti činjeničnog stanja ili primeni materijalnog prava od strane redovnog suda, već na "interpretaciji pravnog stanovišta koje je redovni sud zauzeo ili je trebalo da zauzme o značenju osnovnih prava garantovanih Ustavom, njihovom normativnom dometu i njihovim granicama". (Stojanović, Vučić, 2009: 891) U postupku po ustavnoj žalbi Ustavni sud vrši "kontrolu mikroustavnosti"- the review of microconstitutionality. (Harutyanyan, Mavcic, 1999:157) On razjašnjava i precizno utvrđuje sadržaj određenog ustavnog prava, čime ovaj postupak ne služi samo subjektivnoj, već ostvaruje i objektivnu svrhu.

"Ako je glavni cilj izjavljivanja ustavne žalbe zaštita povređenog ili ugroženog prava, onda je razumno očekivanje da ovom cilju bude primerena i odluka

10 Rešenje Ustavnog suda UŽ 1939/2012

11 Odluka Ustavnog suda UŽ 1033/2012

Ustavnog suda koja bi trebalo da pruži tu zaštitu i da svojim dejstvom efikasno otkloni povredu osnovnog prava. Jedino ukoliko se na ovaj način pružena zaštita pokaže nedovoljnom, moguće je da Ustavni sud proširi dejstvo svoje odluke tako što će, pored eliminacije neustavnog pojedinačnog akta, odrediti i način pravičnog zadovoljenja. To znači da korekcija pojedinačnog akta nije dovoljna, ali je bez sumnje prvi i najvažniji rezultat odluke Ustavnog suda kojom se utvrđuje da je pojedinačnim aktom povređeno ljudsko ili manjinsko pravo. Ukoliko se ovo pravno dejstvo ne bi priznalo odluci Ustavnog suda, onda bi ustavnosudska zaštita bila teorijska i iluzorna. Bilo bi nerazumno ostaviti na snazi pojedinačni akt koji vređa Ustavom garantovana prava, pozivajući se na ustavnu zapovest koja isključuje mogućnost vansudskog preispitivanja sudskih odluka”.

Ustavni sud podseća da dostignuti stepen zaštite ustavnih prava i sloboda koji je ostvaren postupanjem Ustavnog suda po ustavnim žalbama na navedeni, ustavno utemeljen i zakonom propisani način, učinio je ustavnu žalbu delotvornim pravnim sredstvom u pravnom sistemu Republike Srbije, što je i potvrđeno u pravnim shvatanjima Evropskog suda za ljudska prava u proteklom periodu primene rešenja iz osnovnog teksta zakona.

4. Zaključne napomene

“Iz svih izloženih razloga, Sud je ocenio da izuzimanje akata sudske vlasti od primene mere poništaja narušava ustavni princip opšte i jednake podložnosti akata javne vlasti ustavnosudskoj kontroli, kao i da ne postoji ustavni osnov za zakonsko propisivanje različitih ovlašćenja Ustavnog suda, odnosno različitog dejstva odluka Ustavnog suda donetih radi zaštite Ustavom zajemčenih prava i sloboda, pa ni za ustanovljenje onih razlika koje bi se temeljile na vrsti osporenih akata, zavisno od pripadnosti donosioca osporenog akta kojoj od grana vlasti. Stoga, ocenjujući da se izuzimanje sudskih odluka od mogućih poništaja ne temelji na kakvom ustavno-pravno zasnovanom osnovu i razlogu, Sud je utvrdio nesaglasnost osporene odredbe Zakona u navedenom delu sa Ustavom”.

Nakon objavljivanja ove odluke u Službenom glasniku Republike Srbije, Ustavnom sudu su “vraćena” ovlašćenja kojima je raspolagao još od svog ustanovljavanja. Da li je time stavljena tačka u pogledu odnosa Ustavnog suda Srbije i redovnih sudova, ostaje da se vidi. Nema sumnje da je donoseći navedenu odluku Ustavni sud ustao u odbranu svog integriteta i ugleda, koji je bio trenutno poljuljan, neustavnim zakonskim rešenjima. To svakako ne bi smelo da znači degradiranje sudske funkcije, posebno ako imamo u vidu da redovni sudovi čine okosnicu unutrašnjeg sistema zaštite ljudskih prava i da su prva “karika” u “lancu” zaštite ljudskih prava. Od redovnih sudova se stoga, opravdano očekuje da podnesu najveći “teret”. Rivalitet između ustavnih i redovnih sudova mora da nestane

ako imamo u vidu da je postupanje redovnih sudova je u funkciji redovne, stalne zaštite ljudskih prava, dok je postupanje Ustavnog suda u funkciji "ekskluzivne" zaštite, za kojom bi trebalo da se sasvim retko poseže. Zato i odnos dva suda mora biti rasterećen straha od nadređenosti i kontrole i oba suda, svaki sa svoje strane, moraju pronaći "razuman način za koegzistenciju" (Garlicki, 2007: 49). Osim toga, ukoliko izađemo iz nacionalnog okvira i odnos dva suda stavimo u kontekst evropskog sistema zaštite ljudskih prava, onda možemo videti da odluke Ustavnog suda mogu biti "pod lupom" Evropskog suda za ljudska prava. To znači da Ustavni sud stoji između dva sistema zaštite ljudskih prava i svojim delovanjem treba da koriguje eventualne propuste u zaštiti ljudskih prava nastalih postupanjem redovnih sudova, a kako bi se smanjio priliv predmeta pred Evropskim sudom.

Literatura

- Dannemann, G. (1994). Constitutional complaint-the European perspective. *International & Comparative Law Quarterly*. 43. 142-153.
- Garlicki, L. (2007). Constitutional courts versus supreme courts. *International Journal of Constitutional Law* 1(V) 44-68.
- European Commission for Democracy through Law, Opinion on draft Amendments and addition to the law on the Constitutional Court of Serbia, Retrieved 16-17 December 2011, from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)050cor-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)050cor-e)
- Nenadić, B. (2010). Ustavno sudstvo na proveru. U *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*. Beograd, Fondacija Konrad Adenauer. 51-68.
- Marković, R. (2007). Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006 godine. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*.2 (LV). 19-46.
- Pejić, I. (2009). Ustavne garancije ljudskih prava u Srbiji. *Pravna riječ*. 18. 129-142
- Simović, D. (2012). Ustavna žalba-teorijskopravni okvir. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*.1 (LX). 203-223.
- Stojanović, D. (2011). Stanje i problemi u ostvarivanju naknadne ustavne kontrole prava. U M. Petrović (ur.), *Ustav Republike Srbije:pet godina posle: (2006-2011)* (str. 1-19). Niš: Pravni fakultet.
- Stojanović, D., Vučić O. (2009). Domašaj ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama građana. *Pravni život*.14. 879-885.
- Trifunović, P (2009).Sudska odluka i ustavna žalba. *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, 3.165-179.

Harutyanyan, G., Mavcic A (1999), Constitutional review and its development in the Modern World: A Comparative Constitutional Analysis, Yerevan-Ljubljana.

Cvetković-Đorđević V. (2011) Preispitivanje sudske odluke od Ustavnog suda Srbije. U S. Lilić (prir.) *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Beograd: Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 217-224.

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006).

Zakon o Ustavnom sudu Srbije, *Službeni glasnik RS*, Br.109 (2007), Br. 99(2011).

Odluka Ustavnog suda Srbije IUz -97/2012, *Službeni glasnik RS*. Br.18 (2013).

Odluka Ustavnog suda Srbije, UŽ 1033/2012, *Službeni glasnik RS*. Br.116 (2012).

Rešenje Ustavnog suda Srbije UŽ 1939/2012, izvor www.ustavni.sud.rs

Maja Nastić, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

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

Summary

In this paper, the author analyses a decision of the Constitutional Court of Serbia on the validity of the Constitutional Court Act provision which envisages that judicial decisions of ordinary court are exempt from annulment in the course of the constitutional appeal procedure. The Court held that these provisions of the Constitutional Court Act are unconstitutional. Although this Constitutional Court decision was awarded in the course of the constitutional review proceeding, this decision casts more light on the relationship between the Constitutional Court and regular courts in constitutional appeal proceedings.

Moreover, this decision provides answers to some questions concerning the formal requirements for initiating a constitutional appeal proceeding. Namely, in this specific case, the constitutional review proceeding was instigated ex officio upon the initiative of the Constitutional Court itself, which is quite rare in the jurisprudence of this Court. Another peculiarity of this case is that the subject matter of constitutional review is the Constitutional Court Act, which ultimately implies that the outcome of this proceeding has direct implications on the operation of the Constitutional Court.

The Constitutional Court found that the exemption of ordinary courts' decisions from annulment constitutes a violation of the constitutional principle that all acts of public authorities are subject to the same general constitutional review procedure; thus, the Constitution does not envisage any Constitutional Court powers other than those it has already been vested with, nor a different effect of the Constitutional Court decisions awarded for the purpose of protecting the constitutionally guaranteed rights and freedoms. The Constitution does not recognize differences which may be based on the type of a disputed act (in terms of the branch of government it has been issued by). Concurrently, the effectiveness of the constitutional appeal is diminished because the ordinary courts' decisions are the most common subject matter of constitutional appeal. Moreover, in a vast majority of cases, an ordinary court decision is the act of the last resort which may be used to remove the violation of some human rights.

The Court assumes that the purpose and objective of the constitutional appeal is not accomplished by declaring that there was a violation of a guaranteed right but by removing the consequences arising from the established violation of the constitutionally guaranteed rights and freedoms, no matter which public authority has issued the disputed act. Thus, ordinary courts' decisions remain absolutely "untouchable" for the legislative and executive authorities but they are not "untouchable" in terms of assessing whether they violate the basic constitutionally guaranteed human rights. The Constitutional Court emphasizes that its legally vested power to annul the ordinary courts' decisions does not imply a last-instance control over these decisions because the focus of constitutional review is not to assess the accuracy of facts or examine how the regular courts applied the substantive law but to provide the interpretation of constitutionally guaranteed rights.

It remains to be seen whether this decision will contribute to clarifying the relations between the Constitutional Court and the regular courts; however, from the aspect of human rights protection, it is extremely important to end up the rivalry between these courts. The activities of regular courts, which are aimed at providing a permanent and on-going protection of human rights, may not be substituted by the Constitutional Court activities. The constitutional appeal submitted to the Constitutional Court is aimed at providing an "exclusive" protection of human rights, and only in exceptional cases can it lead to the annulment of ordinary courts' decisions. Besides, the Constitutional Court is not the "supreme" guarantor of human rights because its decisions are subject to the reassessment of the European Court of Human Rights.

Key words: *the Constitutional Court of Serbia, constitutional complaint, judicial power*

PRIKAZI

Miljana Todorović,¹
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PRIKAZ

UDK: 34(37)“03”

Rad primljen: 26.09.2013.
Rad prihvaćen: 02.10.2013.

„1700 GODINA MILANSKOG EDIKTA“

Međunarodna naučna konferencija održana na Pravnom fakultetu u Nišu od 17. do 19. maja 2013. godine

Čitava 2013. godina u znaku je obeležavanja 1700 godina od donošenja Milanskog edikta, akta kojim je dozvoljeno ispovedanje hrišćanstva u Rimskom carstvu. Godišnjica donošenja Edikta koji je postavio osnov vrednostima na kojima će se temeljiti evropska civilizacija, dao je povod naučnoj javnosti širom Evrope da još jednom osvetli okolnosti vezane za donošenje ovog Edikta i njegov istorijski značaj. Niš, kao rodno mesto cara Konstantina, tvorca Milanskog edikta, bio je centar mnogobrojnih aktivnosti kojima je na različite načine obeležavan ovaj jubilej. Pravni fakultet u Konstantinovom rodnom gradu bio je domaćin održavanja jedne od najvećih naučnih konferencija posvećenih ovoj temi. Višestruki značaj Milanskog edikta pružio je mogućnost održavanja jedne ovakve mulditisciplinarnе konferencije. Radovi iz oblasti pravne istorije, istorije, crkvenog prava, filozofije i arheologije pokrili su široko polje uticaja hrišćanstva od njegovih početaka do modernih dana, kao i normativnu i organizacionu isprepletanost duhovnih i svetovnih vlasti.

U organizaciji Pravno-istorijske katedre Pravnog fakulteta u Nišu, Grada Niša i Ministarstva prosvete, od 17. do 19. maja 2013. godine, održana je međunarodna naučna konferencija „1700 godina Milanskog edikta“. Za učešće na konferenciji prijavio se 101 učesnik sa 74 referata. Učesnici su bili nastavnici i saradnici pravnih i filozofskih fakulteta iz pet zemalja i čak 17 univerziteta iz regiona: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Beogradu, Novom Sadu, Kragujevcu, Kosovskoj Mitrovici, Podgorici, Skoplju, Ljubljani, Novoj Gorici, Splitu, Zagrebu, Rijeci, Osijeku, Sarajevu, Zenici, Tuzli i Mostaru; Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu, Beogradu, Novom Sadu, Zagrebu i Zenici; Arhitektonski fakultet Univerziteta u Beogradu.

1 miljana@prafak.ni.ac.rs

Svečana akademija kojom je otvorena naučna konferencija održana je u Velikoj sali Univerziteta u Nišu, uz pristustvo predstavnika Vlade Srbije, Grada Niša i Srpske pravoslavne crkve. Konferencija je otvorena pozdravnim govorima dekana Pravnog fakulteta u Nišu prof. dr Miroslava Lazića, gradonačelnika Niša, prof. dr Zorana Perišića i prorektora Univerziteta u Nišu, prof. dr Nenada Pavlovića. Naročito ton svečanoj akademiji dalo je obraćanje prof. dr Srđana Šarkića, redovnog profesora Pravnog fakulteta u Novom Sadu, koji je još daleke 1983. godine prvi preveo Milanski edikt na srpski jezik.

Radni deo konferencije odvijao se 18. maja 2013. godine, u prostorijama Pravnog fakulteta u Nišu. Paralelno su održane tri sesije, formirane prema temama koje su učesnici prijavili.

U prvoj, najbrojnijoj sesiji, izlagali su pravni istoričari i učesnici sa pravno-istorijskim temama. Njome su predsedavali prof. dr Sima Avramović, Dekan Pravnog Fakulteta u Beogradu, prof. dr Srđan Šarkić i prof. dr Vladimir Simić sa Pravnog fakulteta u Ljubljani. Najveći broj radova ticali su se uloge koju je hrišćanstvo imalo u istoriji države i prava, kao i istorijskim i savremenim aspektima odnosa države i crkve. U ovoj sesiji radove su izložili i doajeni pravno-istorijske nauke. Profesor Avramović je svoje izlaganje posvetio kooperativnoj odvojenosti države i crkve, doktrini koja je, kao uspešan pravni transplant iz savremene evropske prakse, uspešno usađena u pravni sistem Republike Srbije Zakonom o crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine. Profesor Šarkić je govorio o nekim aspektima Konstantinove politike prema hrišćanima. Kao jedan od najjačih dokaza da je ovaj car zaista bio naklonjen hrišćanima, profesor je istakao dva dokumenta u kojima je Konstantin darivao crkvu u Africi i izuzeo je od javnih dažbina u korist države, čime je ustanovio crkvene privilegije koje će se uvećavati tokom srednjeg veka.

Druga sesija je okupila učesnike sa temama iz oblasti Rimskog prava. Predsedavali su prof. dr Žika Bujuklić, prof. dr Nevenka Bogojević Gluščević i doc. dr Marija Miladinović. U ovoj sesiji izlaganja su imali gotovo svi profesori Rimskog prava državnih pravnih fakulteta u Srbiji: prof. dr Magdolna Sič (Novi Sad), prof. dr Žika Bujuklić (Beograd), prof. dr Nataša Deretić (Novi Sad), prof. dr Milena Polojac (Beograd), prof. dr Emilija Stanković (Kragujevac). Među radovima okupljenih romanista iz Srbije, Makedonije, Crne Gore i Hrvatske bio je veliki broj onih u kojima je ukazivano na sveprisutnu aktuelnost rimskog prava, što se ogleda i u naslovima nekih referata: „O aktuelnosti jednog pretorovog edikta“ (prof. dr Milena Polojac, Beograd), „Justinijanova kodifikacija – kamen temeljac evropskog privatnog prava“ (doc. dr Vladimir Vuletić, Beograd), „Antihreza – relikv prošlosti ili rešenje za budućnost“ (Ines Matić, Rijeka) i „Pravno neosnovano obogaćenje od rimskog do savremenog srpskog prava“ (Valentina Cvetković-Dorđević, Beograd). Radove je pratila živa diskusija o samom sadržaju radova,

ali i o pitanjima koje tema konferencije neizbežno nameće, kao što je rasprava o motivima cara Konstantina - da li je bio iskreni hrišćanin ili samo pragmatičan političar kome je hiršćanstvo bilo sredstvo za ostvarivanje političkih ciljeva.

Treća sesija je prema temama bila najraznovrsnija. Moderatori ove sesije bili su prof. dr Krešimir Filipec (Zagreb) i doc. dr Irena Ljubomirović (Niš). Izlagani su radovi istoričara, filozofa i arheologa. Profesorka Suzana Rajić (Beograd) posvetila je svoje izlaganje državi i crkvi u Kraljevini Srbiji za vreme poslednjeg Obrenovića. Govorila je o odnosu vladara i predstavnika izvršne i zakonodavne vlasti prema poglavaru Srpske crkve mitropolitu Mihailu, koji se 1889. godine vratio u zemlju nakon šestogodišnje emigracije. Zapaženo izlaganje imao je prof. dr Krešimir Filipec, koji je dao zanimljiv prikaz života prvih hrišćana. Docent Slaviša Nedeljković je razmatrao srpsko crkveno pitanje u Staroj Srbiji u 19. i početkom 20. veka, kada je dolazak srpskih mitropolita u Prizren i Skoplje otvorio mogućnost da se preko crkvenih institucija ojača nacionalna i politička aktivnost u Staroj Srbiji. Zanimljiv rad iz oblasti filozofije imao je, između ostalih, prof. dr Željko Škuljević iz Zenice, o odnosu hrišćanstva prema helenskom filozofskom nasleđu u svetlu Konstantinovog Milanskog edikta.

Zajedničku završnu diskusiju 19. maja, vodio je prof. dr Dragan Nikolić, šef Pravno-istorijske katedre Pravnog fakulteta u Nišu. Učesnici su izrazili zadovoljstvo što je Pravno-istorijska katedra u Nišu organizovala konferenciju koja je, nakon mnogo godina bez značajnijih susreta, okupila pravne istoričare iz regiona. Devedesete su prekinule tradiciju interkatedarskih sastanaka, što je mladu generaciju pravnih istoričara uskratilo za međusobne kontakte i uvid u naučna interesovanja i dostignuća kolega iz susednih država. Uspešno organizovana međunarodna konferencija pokazala je da su okupljanja nastavnika i saradnika ove naučne oblasti moguća, uprkos nezavidnim finansijskim uslovima koji su zajednički problem svih univerziteta u regionu. Volja da se ulože vreme i napor koje iziskuje organizacija regionalnih konferencija i posvećenost ideji zajedničkog negovanja pravno-istorijske nauke, dovoljni su da se stvari pomere sa nulte tačke. Izražena je nada da do naredne pravno-istorijske konferencije neće proći previše vremena i razmatrane su mogućnosti i prednosti sadradnje susednih univerziteta na ovom planu.

Nakon diskusije, učesnici su posetili Gamzigrad, arheološko nalazište carske palate *Felix Romuliana*, koje se nalazi na Uneskovoju listi svetske baštine. Ovim izletom i zajedničkom večerom završena je konferencija posvećena Milanskom ediktu. Simbolično, akt koji utemeljuje versku toleranciju je 1700 godina nakon donošenja okupio istraživače sa prostora koji ima bremenitu prošlost, ali čija društva na ovoj i drugim evropskim vrednostima kojima vekovi šire polja delovanja ne menjajuću njihovu suštinu, započinju nova poglavlja u svom razvoju.

Miloš Prica,¹
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PRIKAZ
UDK: 35.077.3

Rad primljen: 07.10.2013.
Rad prihvaćen: 15.10.2013.

PRIKAZ JAVNE RASPRAVE O PREDLOGU NACRTA ZAKONA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

U prvom danu poslednje sedmice maja 2013. godine, na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, održana je javna rasprava o Predlogu nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku (nadalje Predlog), u kojoj je učešće uzeo i pisac ovih redova. Dotična rasprava bila je prva javna debata o predloženim promenama u pravno-procesnom zakonodavstvu Republike Srbije.

Javnu raspravu je otvorila Gordana Stamenić, državna sekretarka Ministarstva pravde Vlade Republike Srbije. U svojstvu članova radne grupe za izradu Predloga bili su prisutni dr Predrag Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Vuk Cucić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Vladana Jović, pomoćnica Ministra pravde Vlade Republike Srbije. Na drugoj strani, kako to biva u okvirkim prilikama, zabeležili smo prisustvo nastavnika i saradnika Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, sudija, advokatâ, čelnikâ i zaposlenih u organima uprave, te pravnikâ iz drugih organa i organizacija.

Uz tekst **Predloga**, za potrebe javne rasprave je priloženo i **obrazloženje** Predloga. Prvo što je piscu ovih redova palo u oko bio je sadržaj teksta obrazloženja, jer su u njemu, osim opisivanja strukture i delova Predloga, gotovo izostali argumentacija i razlozi autora Predloga. Ta okolnost da obrazloženje predstavlja čisto deskriptivno objašnjenje predloženih zakonskih rešenja, poslužila nam je kao povod da se zapitamo o tehnicima donošenja zakonâ danas.

Gledano iz ugla povesti zakonodavne tehnike romansko-germansko-slovenskih pravnih poredaka, obrazloženje nacrtu zakona smisao crpe iz potrebe da se predoče ideje i razlozi kojima je bilo nadahnuto zakonopisanje. Zbog toga je u prirodi stvari da obrazlaganje predloženih zakonskih rešenja počiva na pristupu pro et contra, na koncu kojega će se čitaocu izložiti argumentacija i razlozi

¹ pricamilos@prafak.ni.ac.rs

koji su prevagnuli u korist predloženih zakonskih rešenja. Ovde osobito valja imati u vidu da je u povesti pravne tehnike romansko-germansko-slovenskih pravnih poredaka, u vidu pravila, zabeležen pristup zakonopisacâ koji su uz tekst nacrtâ zakona ili zakonika izdavali obimna obrazloženja, ponekad čak i u formatu celih udžbenika. Takvim pristupom pravnim pokolenjima zaveštana je, kao nauk, obaveza temeljitog, primenljivog i pravno-jezički preciznog i lepog zakonopisanja. Sve ovo, dakako, ne znači da je obrazloženje samo po sebi garantija dobre zakonodavne tehnike, ali je svakako pokazatelj ozbiljnosti sa kojom se pristupa pisanju zakonâ. Zato je nepodesno obrazloženje najčešće znak lošeg zakonodavnog rada. Najvećma do toga dolazi u slučajevima kada se zakoni pišu i usvajaju u kratkom vremenskom periodu, bez namere da se prethodno čuje reč pravne nauke i pravne struke, dočim su i obrazloženje nacrtâ zakona i javna rasprava suvišni i beznačajni.

Ako se pitanje sagleda sa tačke gledišta pravnog poretka Republike Srbije, videće se da je u periodu od uvođenja takozvanog „višestranačja“ do danas ne mali broj zakonâ donesen kao izraz čistog voluntarizma i pravnog eksperimentisanja. Pritom je usvajanje zakonâ u nas često nailazilo na oštru osudu poslanika pravne nauke i pravnika praktičara, da bi se docnije i u praksi pokazala potpuna neprimenljivost takvih zakonâ.

Imajući sve ovo u vidu, veoma je važno znati da su postojanoj zakonodavnoj tehnici, između ostalog, svojstveni: 1. predočavanje stručnoj javnosti motiva i razloga, iz kojih proishodi neophodnost pisanja zakonâ; 2. obznanjivanje ideja i argumentacije kojima je bilo nadahnuto uobličavanje predloženih rešenja; i 3. organizovanje delotvorne javne rasprave o nacrtu zakona. Formalno, javna rasprava postoji kada se stručnoj javnosti pruži prilika da se izjasni o predloženom zakonskom tekstu, a to se danas u eri visoko razvijenih informaciono-komunikacionih tehnologija može postići i tako što će se predvideti mogućnost elektronskog slanja komentara i primedaba. Suštinski, međutim, uslov istinske i delotvorne javne rasprave biće ispunjen samo kada u ravni odlučujuće volje postoji svest o potrebi da se putem javnoga razmatranja dođe do najboljih rešenja. U stvari, postojanje javne rasprave je neodvojivo od spremnosti uvažavanja stavova poslanika pravne nauke i pravne struke. Tako, kada narečena spremnost postoji, neće biti teško uglaviti vreme i podesnu formu kako bi se čula reč pravne nauke i pravne struke. U protivnom, javna rasprava je sama sebi cilj i pojavljuje se kao zadovoljenje puke forme.

Javna rasprava o Predlogu nacrtâ Zakona o opštem upravnom postupku u Nišu bila je prilika za iznošenje stava o Predlogu, kako u celosti, tako i o pojedinim njegovim rešenjima. Kad to već nije navedeno u obrazloženju Predloga, ona je poslužila i tome da se zainteresovaniim učesnicima objasni ratio pojedinih

predloženih rešenja. Razume se, umesto sučeljavanja stavova, javna rasprava je okončana pozivom da se radnoj grupi dostave predlozi, primedbe i sugestije.

Najzapaženije u javnoj raspravi bilo je izlaganje dr Dejana Vučetića, docenta Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Doc. dr Dejan Vučetić je uputio određene pohvale (na primer, u pogledu strukture Predloga, uvođenja načela srazmernosti i načela legitimnih očekivanja stranke, u pogledu pravne zaštite prigovorom i dr.), ali je sugerisao više od dvadeset izmena i dopuna Predloga. Izlaganje pisca ovih redova prevashodno se odnosilo na pitanje zakonskog definisanja upravne stvari i na kritiku predložene definicije upravne stvari, dok se obraćanje ostalih učesnika prvenstveno ticalo eventualne primene pojedinih novina Predloga.

U vreme nastajanja ovih redova došli smo do saznanja da će se vrlo brzo pristupiti izradi novoga Predloga nacрта Zakona o opštem upravnom postupku, i to, po svemu sudeći, bitno drugačijeg od postojećeg. S tim u vezi, odmah po objavljivanju pomenutoga Predloga, na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu održaće se okrugli sto na temu „Reforma upravno-procesnog zakonodavstva Republike Srbije“. Učešće u radu okruglog stola uzeće domaći poslenici pravne nauke i pravne struke. Ostaje da se vidi u kojoj će meri donošenje novog Zakona o opštem upravnom postupku biti saobrazno zaključcima poslenika upravno-pravne nauke i upravno-pravne struke.

STUDENTSKI RADOVI

Sanja Marjanović,
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.96:347.615](497.11)

Rad primljen: 09.10.2013.
Rad prihvaćen: 13.11.2013.

MEĐUNARODNA NADLEŽNOST ZA SPOROVE O IZDRŽAVANJU U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU SRBIJE DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA¹

Apstrakt: U materiji izdržavanja u međunarodnom privatnom pravu Srbije trenutna situacija je specifična. S jedne strane, još uvek važe norme o nadležnosti Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, a, s druge strane, kolizione norme ovog zakona su derogirane novim međunarodnim izvorom – Haškim protokolom o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja. Stoga je neophodno ispitati funkcionisanje važećih normi o nadležnosti u periodu do donošenja novog zakona o međunarodnom privatnom pravu, čemu je članak posvećen.

Ključne reči: izdržavanje, međunarodna nadležnost, ZRSZ, Nacrt ZMPP.

1. Uvod

Generalno posmatrano, domaće međunarodno privatno pravo se danas nalazi u posebnoj situaciji – situaciji iščekivanja. Naime, s jedne strane, još uvek je na snazi Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ)², izrađen za potrebe jednog drugog vremena i u skladu sa tadašnjim razvojem međunarodnog privatnog prava. Njegov uspeh je u odnosu na najveći broj drugih domaćih zakona nesporan, o čemu svedoče dve činjenice. Najpre, da u Srbiji važi već 30 godina, a potom i da je jedan od retkih zakona SFRJ koji su

1 sanjamarjan@yahoo.com

Ovaj članak je rezultat rada na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ Pravnog fakulteta u Nišu koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije (evidencioni broj 179046).

2 Sl. list SFRJ 43/82, 72/82 i Sl. list SRJ, 46/96.

preuzele novonastale države i koji u većini od njih i danas važi.³ S druge strane, u toku je rad na Nacrtu novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (Nacrt),⁴ kao rezultat potrebe da se sistem domaćeg međunarodnog privatnog prava osavremeni u skladu sa novinama u uporednom međunarodnom privatnom pravu, u međunarodnom privatnom pravu EU i u pojedinim konvencijama donetim u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Pored toga, tvorci Nacrta su u pogledu pojedinih pitanja išli korak ispred svog vremena. Naime, usled krutosti uobičajenih zakonskih rešenja ili pravnih praznina, privatni subjekti ponekad ne mogu da svoje odnose urede na zadovoljavajući način. U tom smislu, Nacrt donosi određene novine i to za ona pitanja povodom kojih u uporednom pravu još uvek preovlađuju konzervativna shvatanja.⁵ Najzad, i pristupanje Srbije novim haškim konvencijama o međunarodnom privatnom pravu takođe predstavlja razlog da se razmotre odredbe Nacrta, kao i rešenja ZRSZ-a.

Kada je reč o izdržavanju, određeni razlozi utiču da se preispitaju norme o nadležnosti ZRSZ-a, koja su vremenom u znatnoj meri postala anahrona. Naime, osnovi nadležnosti su nedovoljno široko postavljeni, tako da ponekad, iako je stranka faktički dovoljno povezana sa Srbijom, domaći sud uglavnom ne može odlučivati, a da ne posegne za prekomernom nadležnošću (2). Pored toga, Srbija je nedavno ratifikovala Haški protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (Protokol),⁶ što je nametnulo i pitanje korelacije njegovih kolizionih normi sa normama o nadležnosti ZRSZ-a (3). Najzad, osim razmatranja navedenih problema, cilj ovog članka je i da ukaže na razvoj sistema izdržavanja *de lege ferenda* (4), uključujući i problem nadležnosti u dvostranim ugovorima koji uređuju ovu materiju (5).

2. Osnovna rešenja ZRSZ-a

Norme o nadležnosti za sporove o izdržavanju ZRSZ-a zasnivaju se, tradicionalno,

3 Slovenija je prva donela novi zakon 1999. godine, a 2007. godine i Makedonija. ZRSZ još uvek važi u Srbiji, Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Hrvatskoj. Što se tiče Crne Gore, predlog novog zakona je trenutno u skupštinskoj proceduri. Hrvatska, pak, u očekivanju usvajanja zakona, još uvek primenjuje ZRSZ u delu koji nije pokriven međunarodnim privatnim pravom EU univerzalnog karaktera. Međutim, situacija u Bosni i Hercegovini je delikatnija s obzirom na odnos nadležnosti Federacije i Republike Srpske, a u delu teorije je sugerisano i da bi trebalo sačekati rešenja zakona Srbije i Hrvatske radi usklađivanja sa njima. O tome Šaula, 2011: 91-100.

4 <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html>

5 Npr. odredbe Nacrta o ličnom imenu.

6 *Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori*, 1/2013.

na prebivalištu i državljanstvu, koji se u zavisnosti od kategorije poverilaca ili vrste izdržavanja, primenjuju samostalno ili u različitim kombinacijama. Pored toga, osnov nadležnosti može biti i imovina dužnika u Srbiji, pri čemu se ovaj kriterijum primenjuje na sve vrste izdržavanja. Ukratko, nadležnost domaćeg suda može biti zasnovana:

1. Za sve sporove o izdržavanju, prema: a) prebivalištu tuženog u Srbiji (opšta nadležnost, čl. 46 st. 1)⁷ i b) postojanju imovine u Srbiji iz koje se može naplatiti izdržavanje (posebna nadležnost, čl. 68);

2. Za izdržavanje *dece*, pored osnova navedenih *ad 1*, još i prema: a) prebivalištu deteta kao tužioca (posebna nadležnost, čl. 67 st. 1 tač. 1); ili, b) zajedničkom srpskom državljanstvu tužioca i tuženog bez obzira gde imaju prebivalište (posebna nadležnost, čl. 67 st. 1 tač. 2); ili, v) srpskom državljanstvu deteta kao maloletnog tužioca (posebna nadležnost, čl. 67 st. 1 tač. 3);

3. Za izdržavanje između (*bivših*) *supružnika*, pored osnova navedenih *ad 1*, i prema: a) srpskom državljanstvu tužioca sa prebivalištem u Srbiji (posebna nadležnost, čl. 67 st. 2); ili b) prebivalištu tužioca u Srbiji „u trenutku suđenja“, ako je poslednje zajedničko prebivalište supružnika bilo u Srbiji (posebna nadležnost, čl. 67 st. 3), i naposljetku

4. Za *ostale vrste izdržavanja*, pored osnova navedenih *ad 1*, i prema srpskom državljanstvu tužioca koji ima prebivalište u Srbiji (posebna nadležnost, čl. 67 st. 2).

Posmatrano iz ugla savremenog međunarodnog privatnog prava, primedbe se, pre svega, odnose na kriterijume državljanstva i imovine. Naime, oba kriterijuma su za pitanje izdržavanja u teoriji već duže vreme na lošem glasu, ocenjeni kao prekomerni.⁸ Štaviše, u međunarodnom privatnom pravu Evropske unije, državljanstvo tužioca i u određenoj meri forum imovine dospeli su na *crnu* listu kriterijuma prekomerne nadležnosti generalno.⁹

Kriterijum *državljanstva* zasniva se na težnji ka zaštiti domaćih državljana, što je nesporno bio jedan od ciljeva u vreme donošenja ZRSZ-a.¹⁰ Ovo utoliko pre ako se ima u vidu da je najveći broj sporova iz porodičnih odnosa mešovitog

7 Boravište tuženog u Srbiji je isključeno za sporove o izdržavanju. Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 227.

8 Martiny, 1994: 254 i Duncan, 2004: 90.

9 Videti Aneks I *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, koja je prvobitno uređivala i nadležnost za sporove o izdržavanju.

10 Primat državljanstva, utemeljen još Mancinijevim učenjem, duboko se ukorenio u naš sistem, potpomognut i činjenicom da je Srbija (kao i nekada SFRJ) emigraciona država.

karaktera (između domaćeg i stranog državljanina). Međutim, savremeno međunarodno privatno pravo se, generalno, sve više okreće zaštiti *svih lica koji žive u istoj državi*, bez obzira na državljanstvo.¹¹ To je posebno izraženo u oblasti porodičnih odnosa, dok, u pogledu statusa, državljanstvo još uvek zadržava primat.

Kada je reč o *imovini u Srbiji* kao kriterijumu nadležnosti, on bi, uz dodatne uslove, mogao biti prihvatljiv za imovinskopravne zahteve (iako tada blago prekomeran), ali ne i u materiji izdržavanja. Drugim rečima, iako je i priroda obaveze izdržavanja imovinskopravna i podrazumeva postojanje dužničko-poverilačkog odnosa, ona je ipak specifična budući da njen pravni osnov nije ni ugovor ni šteta, već porodičnopravni odnos. Istini za volju, forum imovine u materiji izdržavanja i danas predviđaju pojedina zakonodavstva.¹² Uglavnom je reč o državama koje ne propisuju dovoljno široke osnove nadležnosti, te usled toga pribegavaju ovom kriterijumu. Isto važi i za ZRSZ. Nasuprot tome, Srbija ima priliku da novim sistemom međunarodnog privatnog prava, čije su norme o nadležnosti dovoljno široke, ukloni ovaj kriterijum iz materije izdržavanja.

Pored državljanstva i imovine, veza sa nadležnošću suda Srbije može se ostvariti preko prebivališta bilo kao osnova opšte (čl. 46 st. 1 ZRSZ) ili posebne nadležnosti (čl. 67 st. 1 tač. 1. i čl. 67 st. 2 i 3). Ipak, postoje situacije koje ovaj kriterijum ne obuhvata, a veza tuženog ili tužioca sa Srbijom je dovoljna da opravda zasnivanje nadležnosti domaćeg suda. S jedne strane, reč je o strancima koji žive u Srbiji i imaju uobičajeno boravište kod nas, ali ne uvek i prebivalište zbog strogih uslova Zakona o strancima.¹³ Tipičan primer su kineski državljani. S obzirom da uobičajeno boravište predstavlja centar životnih interesa jednog lica,¹⁴ nadležnost domaćeg suda bi bila opravdana u ovim slučajevima, bez obzira

Međutim, poslednjih godina sve je više stranaca koji žive u Srbiji, tako da prvobitna ideja ZRSZ-a više ni iz tog razloga nije adekvatna. O idejama ZRSZ-a Stanivuković, Živković, 2013: 87.

11 Tome u prilog idu i moderne konvencije donete u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo u materiji međunarodnog *porodičnog* prava.

12 Od novijih kodifikacija, npr. Zakon o međunarodnom privatnom pravu Ukrajine (2005) i Zakon o građanskom sudskom postupku Litvanije (2002). Za Ukrajinu Dövgert, 2005: 159. Za Litvaniju Mikelenas, 2005: 179.

13 Čl. 37 i 74 st. 2 Zakona o strancima, *Sl. glasnik RS*, 97/2008.

14 O definiciji uobičajenog boravišta u Nacrtu videti Živković, 2013: 84 (fusnota 18). Međutim, sudije bi trebalo da budu posebno obazrive kada je reč o utvrđivanju uobičajenog boravišta *deteta*. Naime, ono se ne utvrđuje prema istim kriterijumima kao kada je reč o odraslom licu. Naprotiv, oni zavise od uzrasta deteta. Osnovni bi bili: a) stepen integrisanosti u društvenu i porodičnu sredinu, b) trajanje i redovnost boravka, v) uslovi i razlozi za ostanak u određenoj državi, g) preseljenje porodice, d) državljanstvo deteta, đ) mesto i uslovi pohađanja škole, e) poznavanje jezika konkretne države, i) ž) porodične i društvene veze deteta u konkretnoj državi. Treba imati u vidu da lista kriterijuma za utvrđivanje

na nepostojanje prebivališta u Srbiji. Uprkos tome, prema ZRSZ-u, u ovoj situaciji sudija mora da posegne za kriterijumom imovine tuženog kao jedinim mogućim (čl. 68 ZRSZ). Time, pak, nadležnost postaje prekomerna. Dakle, da bi domaći sud mogao *redovno* da odlučuje o izdržavanju i u ovim situacijama, neophodno je uvođenje uobičajenog boravišta tuženog i poverioca kao kriterijuma nadležnosti. Na taj način domaći sud može odlučivati i kada je poverilac taj koji tuži, ali i kada dužnik pokreće postupak za izmenu odluke o izdržavanju.

Kriterijumu uobičajenog boravišta tuženog se nema šta zameriti zato što, kao i prebivalište, počiva na principu *actor sequitur forum rei*. S druge strane, situacija sa kriterijumom uobičajenog boravišta poverioca je delikatnija. Na prvi pogled, on predstavlja derogaciju principa *actor sequitur forum rei* i može se kritikovati.¹⁵ Međutim, uobičajeno boravište poverioca je kriterijum koji se zasniva na drugom, jednako legitimnom principu – *favor creditoris*. On omogućava slabijoj strani, a to je po pravilu poverilac, privilegiju da tuži „od kuće“. Na taj način se poverilac, koji tuži upravo da bi ostvario svoje egzistencijalne potrebe, štiti od nepotrebnih troškova pokretanja postupka u inostranstvu. Pored toga, sud uobičajenog boravišta poverioca je u najboljoj poziciji da oceni potrebe i okolnosti u kojima živi poverilac.¹⁶

S druge strane, kada su u pitanju domaći državljani na tzv. privremenom radu u inostranstvu, odredbe o nadležnosti ZRSZ dozvoljavaju da srpski sud odlučuje i kada veza preko prebivališta nije dovoljno izražena. Naime, naši državljani, po pravilu, zadržavaju prebivalište u Srbiji ukoliko imaju važeću ličnu kartu,

uobičajenog boravišta deteta nije konačna. Tako, namera roditelja ima uticaja u zavisnosti od uzrasta deteta, pa starije dete, tako, može imati i uobičajeno boravište nezavisno od roditelja. Prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta deteta preporučljivo je slediti čl. 3 Nacrta Zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja, kao i odluke Evropskog suda pravde povodom primene *Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*. Praksu je najjednostavnije pratiti preko INCADAT baze Haške konferencije za međunarodno privatno pravo: www.incadat.com. U našoj literaturi za prikaz dela uporedne sudske prakse Đundić, 2004: 551-570. Od novije strane literature posebno Bucher, 2003:150; McEleavy, 2012, 20-23; Schuz, 2012: 37.

¹⁵ Ovaj osnov nadležnost iako zastupljen u uporednom pravu, ipak nema univerzalni značaj. Najpoznatiji primer su SAD u kojima je to čak protivustavan kriterijum nadležnosti jer se ne zasniva na dovoljnoj vezi dužnika i suda (*Due Process Clause*). Duncan, 2004: 90. Međutim, američki Kongres je devedesetih godina pokrenuo inicijativu da se (bar kada je reč o deci), zasnivanje nadležnosti za izdržavanje dozvoli i na osnovu uobičajenog boravišta poverioca (*child-state jurisdiction*). Formirana je i Komisija o međudržavnom izdržavanju dece (*Commission on Interstate Child Support*) koja je izradila takav predlog. Uprkos tome, Kongres do danas nije odgovorio na preporuku Komisije. Spector, 2005: 65-67.

¹⁶ Martiny, 1994: 253.

a istovremeno stiču uobičajeno boravište u stranoj državi. Pored toga, često imaju i dvostruko prebivalište i dvostruko državljanstvo. U takvoj situaciji, može se postaviti pitanje da li je i tada nadležnost našeg suda opravdana.¹⁷ Kako se prebivalište ne poklapa sa uobičajenim boravištem, to znači da je u stranoj državi, a ne u Srbiji, centar životnih interesa naših državljana. Usled toga, prebivalište se, kao osnov nadležnosti, a sa njim i *opšta nadležnost*, zasniva na *papirnatom prebivalištu* odnosno fikciji da će se ova lica jednom vratiti u Srbiju. Slično tome, u okviru *posebne nadležnosti*, povezanost koja se ostvaruje preko ZRSZ-a sa domaćim sudom temelji se vrlo često na vezama koje nisu dovoljno faktički utemeljene. Naime, pored papirnato g prebivališta, često je reč i o *papirnatom državljanstvu*. Oba ova osnova bi se mogla nazvati osnovima *prikrivene prekomerne nadležnosti*.

Na kraju, problem nadležnosti iz ZRSZ-a mogao bi doći do izražaja i ukoliko bi Srbija ratifikovala Hašku konvenciju o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih oblika porodičnog izdržavanja iz 2007. godine (Konvencija 2007)¹⁸ pre stupanja na snagu novog ZMPP. S obzirom da se njena ratifikacija razmatra,¹⁹ potrebno je da zakonski osnovi nadležnosti odgovaraju, što je više moguće, normama o indi-rektnoj nadležnosti sadržanim u Konvenciji 2007. Tim pre što će njena ratifikacija omogućiti prevazilaženje problema diplomatskog reciprociteta sa državama sa kojima su slučajevi izdržavanja najčešće povezani (pre svega u okviru EU).²⁰

Enumeracija kriterijuma indirektn e nadležnosti u višestranim ugovorima nije

17 Stanivuković, Živković, 2013: 103-105.

18 *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*. Do sada su je ratifikovale četiri države: Albanija, Bosna i Hercegovina, Norveška i Ukrajina, a potpisale EU, SAD i Burkina Faso.

19 Savet za međunarodno privatno pravo Vlade Republike Srbije je juna meseca 2013. godine formirao komisiju koja treba da utvrdi potrebu ratifikacije Konvencije 2007. Osnovni problem zbog koga se ovo razmatra vezan je za Njujoršku konvenciju o međunarodnom ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu (*Sl. list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 2/60), donetu u okviru UN. Najvažniji razlozi tiču se problema u njenoj praktičnoj primeni i rešenja koja ne pružaju zaštitu dužniku kada pokreće postupak za izmenu odluke. Borrás, Degeling, 2009: 6 i Schmidt, 2000: 663-665.

20 Iako EU još nije ratifikovala Konvenciju 2007, to se može očekivati u 2014. godini. *Council Decision 2011/220/EU of 31 March 2011 on the signing, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, OJ. L 93, 7.4.2011 i *Proposal for a COUNCIL DECISION amending Annexes II and III of Council Decision of 9 June 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of The Hague Convention of 23 November 2007, on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, COM/2013/0035, Retrieved 10, August, 2013, from <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130035.do>.

tako česta (barem izvan materije izdržavanja).²¹ Te norme govore o tome da će odluka države ugovornice biti priznata samo ako je doneta od strane suda koji je svoju nadležnost zasnovao na jednom od kriterijuma koji je izričito naveden u samoj konvenciji. Član 20 Konvencije 2007 predviđa sledeće kriterijume: a) uobičajeno boravište tuženog i tužioca; b) prećutni pristanak tuženog; v) atrakciju nadležnosti za statusne i sporove o roditeljskom pravu, pod uslovom da nadležnost za glavni tužbeni zahtev nije zasnovana samo na državljanstvu jedne od stranaka; g) uobičajeno boravište deteta, pod uslovom da je dužnik živeo sa njim ili ga izdržavao u toj državi; i d) pisani prorogacioni sporazum sem za izdržavanje dece. Već je na prvi pogled očigledno da kriterijumi iz ZRSZ ne korespondiraju sa pobrojanim osnovima indirektno nadležnosti. Problem će biti rešen usvajanjem novog zakona.

3. Korelacija kolizionih normi Protokola i normi o nadležnosti ZRSZ

Stupanjem Protokola na snagu,²² postavilo se i pitanje korelacije normi o međunarodnoj nadležnosti i normi o merodavnom pravu za izdržavanje.²³ Naime, njihov odnos važan je, s jedne strane, zato što su zakonske norme o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja potpuno zamenjene Protokolom na osnovu principa univezalne primene.²⁴ Drugim rečima, od dana kada je Protokol stupio na snagu u međunarodnom smislu, kolizivne norme ZRSZ-a o izdržavanju su stavljene *ad acta*. Nasuprot tome, norme ZRSZ o međunarodnoj nadležnosti važe i dalje. Problema ne bi bilo da su važeće norme o nadležnosti i kolizivne norme usaglašene na nivou ideje jednake zaštite svih poverilaca koji žive u istoj državi.²⁵ Ipak, iako to nije slučaj, svakako se ne radi o propustu ZRSZ-a. Naime, 1982. godine kada je ZRSZ donet, nije se ni mogao naslutiti pravac razvoja međunarodnog privatnog prava, a još manje njegovo stvaranje u okviru Evropske unije. Štaviše, ova situacija nije osobena samo za Srbiju. Pored naše

21 Čl. 3 Haške konvencije o priznanju i izvršenju odluka o izdržavanju dece iz 1958. godine (*Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children*) i čl. 7 i 8 Haške konvencije o priznanju i izvršenju odluka o izdržavanju iz 1973. godine (*Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*) predviđaju osnove indirektno nadležnosti.

22 Na osnovu čl. 25 Protokola, stupio je na snagu 1. avgusta 2013. godine.

23 O Protokolu Bordaš, Đundić, 2013: 133-153.

24 Čl. 2 predviđa: „Ovaj protokol se primenjuje čak i ako je merodavno pravo države nečlanice.“

25 Bonomi, 2006: 207-208.

države, Protokol je ratifikovala i Evropska unija.²⁶ Države članice EU, s jedne strane, međusobno primenjuju osnove nadležnosti iz Regulative o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju, izvršenju i saradnji u materiji izdržavanja (Regulativa),²⁷ koji direktno korespondiraju sa kolizionim normama Protokola.²⁸ S druge strane, u odnosu na treće države primenjuju svoje nacionalne norme o međunarodnoj nadležnosti, što situaciju čini vrlo sličnom onoj u kojoj se trenutno nalazi međunarodno privatno pravo Srbije u ovoj materiji. Međutim, Srbija ima jedinstvenu priliku da svoje norme o nadležnosti *de lege ferenda* prilagodi kolizionim normama. Naime, iako Protokol ne uređuje međunarodnu nadležnost, pojedine kolizivne norme su povezane sa ovim pitanjem bilo preko principa *favor creditoris* ili tako što se direktno vezuju za nadležnost. Tako, osnovni slučajevi korelacije normi o nadležnosti ZRSZ-a i kolizionih normi Protokola mogu činiti njihovu simetriju poželjnom (3.1) odnosno neophodnom (3.2), ali i suvišnom (3.3).

3.1. Poželjna simetrija

Simetrija kriterijuma međunarodne nadležnosti i merodavnog prava je poželjna kada se primenjuje osnovno rešenje Protokola – uobičajeno boravište poverioca (čl. 3). Dakle, ma o kojoj vrsti izdržavanja se radilo, favorizacija poverioca se vrši na apstraktan način, primenom prava uobičajenog boravišta poverioca.

Osnovna kolizionna norma je, takođe, inspirisana idejom da se najefikasnija zaštita ostvaruje u slučajevima kada je i nadležnost zasnovana na uobičajenom boravištu poverioca.²⁹ Iako bi primena domaćeg prava kao posledica poklapanja kriterijuma nadležnosti i određivanja merodavnog prava obradovala svakog sudiju, to ne predstavlja *raison d'être* ovog rešenja.³⁰ Simetrija je poželjna zato što u tom slučaju potrebe svakog poverioca utvrđuje sud države u kojoj on

26 Promena Statuta Haške konferencije 2007. godine omogućila je da članstvo u ovoj međunarodnoj organizaciji ne bude rezervisano samo za države, već i da Evropska unija može biti njen član, s obzirom da je reč o materiji koja spada u spoljnu nadležnost EU.

27 Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7, 10.1.2009.

28 Čl. 15 Regulative glasi: „Merodavno pravo za obaveze izdržavanja određuje se na osnovu Haškog protokola...u državama članicama obavezanim ovim instrumentom.“U toku rada na Predlogu Regulative, odustalo se od prvobitne ideje da njome budu predviđene posebne kolizivne norme. Protokol ne obavezuje samo Dansku i Ujedinjeno Kraljevstvo, http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=1065&disp=resdn.

29 Bonomi, 2013: 31.

30 Ali jeste supsidijarni cilj. Bonomi, 2013: 31.

živi, u skladu sa aktuelnim životnim standardom.³¹ U odnosu na *privilegovane* poverioce, to će, s jedne strane, omogućiti funkcinisanje uobičajenog kaskadnog sistema tj. supsidijarnog vezivanja (uobičajeno boravište; *lex fori*; zajedničko državljanstvo), a s druge, ocenu potreba poverioca vršiće uvek sud njegovog uobičajenog boravišta, bez obzira na to koje će od navedenih prava konkretno biti primenjeno. Iako uobičajeno boravište poverioca ne treba shvatiti kao obavezni osnov nadležnosti, njegova važnost je nesumnjiva ako se želi dosegnuti najefikasniji sistem zaštite poverioca *de lege ferenda*. Iz tog razloga treba podržati rešenje predloženo u Nacrtu³² jer se njime *načelno* pruža mogućnost ovakve zaštite, iako njeno *praktično* ostvarenje zavisi od volje poverioca budući da, po pravilu, on bira sud kome podnosi tužbu.

3.2. Neophodna simetrija

U odnosu na slučaj poželjne simetrije, veza između merodavnog prava i nadležnosti je još izraženija preko odredaba Protokola koje se direktno vezuju za nadležnost. Prva takva odredba čini simetriju neophodnom, dok je druga čini suvišnom. U prvom slučaju reč je o odstupanju od osnovne kolizione norme u korist uobičajenog boravišta dužnika i važi samo za *privilegovane poverioce*.³³

U ovoj situaciji, do odstupanja od osnovne kolizione norme dolazi samo ako *poverilac* podnosi tužbu sudu uobičajenog boravišta *dužnika* (čl. 4 st. 3). Tada je merodavan *lex fori* (uobičajeno boravište dužnika). S obzirom da ZRSZ ne predviđa uobičajeno boravište tuženog (dužnika) kao kriterijum nadležnosti, sudija mora, u svakom konkretnom slučaju, da proveriti da li se primenjeni osnov nadležnosti ZRSZ-a (prebivalište, državljanstvo, imovina) poklapa sa uobičajenim boravištem dužnika. Najčešće će do toga doći ako se nadležnost zasniva prema prebivalištu tuženog (dužnika). Međutim, kao što smo videli, ni slučajevi nepodudaranja uobičajenog boravišta i prebivališta nisu toliko retki (primer naših državljana na privremenom radu u inostranstvu i kineskih državljana). Zato sudija ne može automatski zaključivati da prebivalište u Srbiji *uvek* znači i postojanje uobičajenog boravišta u Srbiji. Naprotiv, neophodno je da u svakom konkretnom slučaju utvrdi da li dužnik ima uobičajeno boravište u

31 U slučaju značajne disproporcije potreba poverioca i mogućnosti dužnika, korektiv je supstancijalna odredba čl. 14 Protokola koja predviđa da se prilikom određivanja iznosa izdržavanja uvek uzimaju u obzir potrebe poverioca i prihodi dužnika, kao i svaka naknada data poveriocu umesto periodičnih plaćanja izdržavanja. Više Bordaš, Đundić, 2013: 150 i Živković, 2013: 91.

32 Nacrt predviđa uobičajeno boravište poverioca (čl. 97 st. 1 tač. a).

33 Privilegovani poverioci su: a) deca u odnosu na roditelje, b) lica mlađa od 21 godine u odnosu na lica koja nisu njihovi roditelji, uz isključenje izdržavanja između (bivših) supružnika i v) roditelji u odnosu na decu (čl. 4 st. 1 Protokola).

Srbiji. S obzirom da mu ZRSZ u tome nije od pomoći, sudija se mora osloniti na kriterijume uobičajenog boravišta iz Nacrta.³⁴

U vezi sa tim, napomenula bih da je problem moguće jednostavnije rešiti ukoliko bi uobičajeno boravište tuženog (u ovom slučaju će to biti dužnik) bilo predviđeno kao kriterijum opšte nadležnosti. Naime, tada bi zasnivanje međunarodne nadležnosti na osnovu kriterijuma posebne nadležnosti, najčešće, značilo da tuženi dužnik nema uobičajeno boravište u Srbiji (jer bi inače postojala opšta nadležnost). Međutim, s obzirom da takvo rešenje u našem pravu još uvek nije prihvaćeno,³⁵ preklapanje postojećih kriterijuma u ZRSZ-u i uobičajenog boravišta tuženog (dužnika) su moguća i kod opšte i kod posebne nadležnosti. Zato se može desiti, primera radi, da dužnik kao tuženi ima i prebivalište (čl. 46 st. 1), ali i uobičajeno boravište u Srbiji; ili da je tužilac-maloletno dete sa državljanstvom Srbije (čl. 67 st. 1 tač. 3), ali i da tuženi istovremeno ima uobičajeno boravište u Srbiji; ili da tuženi ima imovinu u Srbiji iz koje se može naplatiti izdržavanje (čl. 68), baš zato što ima uobičajeno boravište u Srbiji. I obrnuto. Tuženi može imati prebivalište ali ne i uobičajeno boravište u Srbiji; maloletno dete može imati državljanstvo Srbije, ali tuženi ne mora istovremeno imati uobičajeno boravište u Srbiji; tuženi može imati imovinu u Srbiji, ali ne nužno i uobičajeno boravište, itd.

3.3. Suvišna simetrija

Drugi, pak, slučaj kada je odredba Protokola direktno vezana za nadležnost čini simetriju suvišnom i odnosi se na član 7 Protokola. Reč je o izboru merodavnog prava za potrebe posebnog postupka (tzv. *procesnopravni sporazum*) koji se vrši ili u trenutku podnošenja tužbe ili neposredno pre toga, kada je već izvesno da će postupak biti pokrenut, i važi i za obične i za privilegovane poverioce. Tada se može izabrati samo *lex fori*. Da bi ova odredba imala smisla, nadležnost ne treba da bude zasnovana na kriterijumu koji je istovremeno i tačka vezivanja za merodavno pravo. U suprotnom, izbor nema značaja jer će se primeniti pravo koje bi i inače bilo merodavno. Tako, kada je, s jedne strane, reč o *poveriocu generalno*, on ne bi trebalo da ima uobičajeno boravište u Srbiji (poklapanje sa osnovnom kolizionom normom, čl. 3). U slučaju *privilegovanih poverilaca*, dužnik, pak, ne bi trebalo da ima uobičajeno boravište u Srbiji ako poverilac pokreće postupak (poklapanje sa prvom kolizionom normom *obrnuto*g kaskadnog sistema, čl. 4 st. 3).

Na kraju, za razliku od slučaja neophodne simetrije, kada o poklapanju kriterijuma nadležnosti i merodavnog prava mora da vodi računa sudija, sada o

³⁴ Videti *supra* fusnota 14.

³⁵ U Nacrtu je uobičajeno boravište tuženog kriterijum opšte nadležnosti (čl. 12).

tome treba da brinu stranke jer sud proverava samo da li je izabran *lex fori*, a ne i da li je simetrija suvišna.

4. Osnovi nadležnosti prema Nacrtu i njihov značaj

U odnosu na ZRSZ, Nacrt donosi mnoge novine u pogledu nadležnosti za sporove o izdržavanju. Naime, on prvenstveno prati rešenja Regulative. Za to postoji valjani razlog. Pre svega, njeni osnovi nadležnosti su koncipirani tako da direktno korespondiraju sa Protokolom, ali i sa pravom na pristup sudu. Stoga, moglo bi se reći da je novo međunarodno privatno pravo Srbije u materiji izdržavanja okrenuto, s jedne strane, haškom, a s druge strane, međunarodnom privatnom pravu EU.

Pre svega, u odnosu na ZRSZ, postoji konceptijska razlika. Svi kriterijumi nadležnosti u Nacrtu, sem prorogacije, važe za sve vrste izdržavanja. To su: a) opšta nadležnost: prebivalište i uobičajeno boravište tuženog (čl. 12), b) posebna nadležnost: uobičajeno boravište poverioca, potom, atrakcija nadležnosti kod paternitetskih, maternitetskih sporova i sporova o roditeljskom pravu (čl. 97),³⁶ te zajedničko državljanstvo poverioca i dužnika (čl. 99).³⁷ Takođe, uvodi se i izuzetna nadležnost (*forum necessitatis*) koja treba da omogući pokretanje postupka u Srbiji kada je pristup sudu onemogućen ili ograničen u inostranstvu (čl. 20).³⁸ Uslovi za njeno zasnivanje formulisani su kao pravni standardi. Stoga je važno pratiti praksu Evropskog suda pravde i njegovo tumačenje Regulative.³⁹ U svakom slučaju, paralela sa Protokolom se ne bi mogla povući. Naime, *nemogućnost ostvarivanja izdržavanja*, koja za privilegovane poverioce pokreće kaskadni sistem Protokola, *ne bi mogla* biti povod za zasnivanje izuzetne nadležnosti.⁴⁰ Upravo suprotno, ova nadležnost je vezana samo za

36 Ova odredba Nacrta u najvećoj meri sledi rešenja domaćeg porodičnog procesnog prava i omogućava poveriocu da se u jednom postupku odluči o svim aspektima konkretnog pravnog odnosa, uključujući i statusna pitanja. Nasuprot tome, u odnosu na merodavno pravo i dalje postoji stroga linija razdvajanja između statusnih odnosa i izdržavanja. Više o ovom problemu Lortie, 2003: 6-19.

37 Zajedničko državljanstvo je rešenje koje najjasnije ukazuje na promenu značaja državljanstva. Premda se može reći da je u pitanju blaga prekomerna nadležnost, njena kritika nije oštra kao kada je reč o zasnivanju nadležnosti na osnovu državljanstva *samo jedne* od stranaka ili, pak, imovine jer se veza sa sudom ostvaruje preko državljanstva obe stranke. Ista ideja je prisutna i u pogledu merodavnog prava (čl. 4 st. 4 Protokola).

38 Tada se postupak pred sudom Srbije može pokrenuti samo ako spor ima dovoljnu vezu sa domaćom državom.

39 Ancel, Muir-Watt, 2010: 482.

40 Regulativa ju je i uvela u međunarodno privatno pravo EU (čl. 7). Ancel, Muir-Watt, 2010: 484.

procesne razloge. Pri tome, trebalo bi napomenuti da je *forum necessitatis* predviđen opštim odredbama Nacrta i nije svojstven samo materiji izdržavanja. Na kraju, i autonomija volje dobija svoje mesto u materiji izdržavanja (čl. 25 i 98).⁴¹ Njen prodor iz materije ugovornih obaveza u materiju izdržavanja važi za „izvanredno“⁴² dostignuće savremenog međunarodnog privatnog prava.

S jedne strane, svi navedeni kriterijumi nadležnosti se bolje uklapaju u indirektnu nadležnost Konvencije 2007. S druge strane, oni odgovaraju i sistemu priznanja stranih sudskih odluka u Nacrtu. Naime, budući da je njime predviđena kontrola indirektno nadležnosti preko sistema ogledala (jednaka pravila o direktnoj i indirektnoj nadležnosti domaće suda), širi osnov nadležnosti domaće suda znači i veću mogućnost da strana odluka ispuni ovaj uslov.

Pored toga, u smislu Protokola, „konvencijska“⁴³ zaštita poverilaca ostvarivaće se, u korelaciji sa Nacrtom, pre svega, putem poželjne i neophodne simetrije nadležnost-merodavno pravo. Tako, s jedne strane, *uobičajeno boravište tuženog* postaje osnov *opšte nadležnosti* i dovodi do poželjne simetrije ako je u ulozi tuženog *obični poverilac*. Ukoliko je, pak, reč o *privilegovanom poveriocu*, tada kaskadni sistem funkcioniše na uobičajeni način (uobičajeno boravište poverioca; *lex fori*; zajedničko državljanstvo). Naime, u svim ovim slučajevima, s obzirom da je reč o postupku za izmenu odluke koji pokreće dužnik, poveriocu je potrebna posebna zaštita jer dužnik može pokušati da izigra odredbe Protokola. Ukoliko, pak, privilegovani poverilac pokreće postupak pred sudom Srbije jer tuženi dužnik ima uobičajeno boravište kod nas, onda dolazi do izražaja obrnuti kaskadni sistem (*lex fori*, uobičajeno boravište poverioca, zajedničko državljanstvo) i neophodna simetrija.

S druge strane, *uobičajeno boravište poverioca* kao prvi osnov *posebne nadležnosti*, kao što je objašnjeno, dovodi do poželjne simetrije sa osnovnom

41 Prorogacija je jedini osnov nadležnosti koji podrazumeva saglasnost i dužnika i poverioca. Ravnoteža principa jednakosti stranaka koja je u sporovima o izdržavanju pomerena u korist poverioca, na ovaj način se ponovo uspostavlja. Ansel, Muir-Watt, 2010: 482.

42 Ansel, Muir-Watt, 2010: 467.

43 Iako nosi naziv Protokol, on je samostalni međunarodni ugovor. Naime, izdržavanje u haškim konvencijama je uvek uređivano konvencijskim parovima (merodavno pravo – priznanje i izvršenje), premda je svaka od ovih konvencija bila potpuno samostalna u odnosu na drugu. Tako se države mogu opredeliti da ratifikuju samo konvenciju o merodavnom pravu ili samo konvenciju o priznanju i izvršenju ili, pak, obe. Naziv „protokol“ je izabran da bi se istakla nezavisnost Konvencije 2007. Njegov naziv je rezultat i insistiranja država *common law* sistema koje nisu previše zainteresovane za ratifikaciju konvencija o merodavnom pravu jer u porodičnim odnosima primenjuju domaće pravo. Working Group on the law applicable to maintenance obligations, *Prel. Doc. No 14 of March 2005 - Proposal by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligation*, Retrieved 10, August, 2013, from http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd14e.pdf.

kolizionom normom Protokola, što omogućava najefikasniju zaštitu poverioca. U odnosu na *privilegovane poverioce*, sada funkcioniše uobičajeni kaskadni sistem (uobičajeno boravište poverioca; *lex fori*; zajedničko državljanstvo).

5. Dvostrani ugovori i nadležnost

Naposletku, par napomena u pogledu odredaba o nadležnosti dvostranih ugovora koji obavezuju Srbiju. To su ugovori sa Bugarskom (čl. 39);⁴⁴ Grčkom, (čl. 23)⁴⁵; Mađarskom sa izmenama i dopunama (čl. 28, 33 i 35);⁴⁶ Poljskom (čl. 26 stav 3 i 29);⁴⁷ Rumunijom (čl. 24 i 27);⁴⁸ Slovačkom i Češkom (čl. 25 i 28 st. 4);⁴⁹ Francuskom (čl. 7, 9, 12 i 36);⁵⁰ Rusijom i Ukrajinom (čl. 28);⁵¹ i Mongolijom (čl. 33).⁵² Generalno, osnovi nadležnosti koji su njima predviđeni tiču se prvenstveno državljanstva, potom (zajedničkog) prebivališta, kao i poslednjeg zajedničkog prebivališta. U pojedinim ugovorima čak i boravište ima značaja za pojedine vrste izdržavanja (Rumunija, Rusija, Ukrajina, Mađarska), dok u drugima nadležnost zavisi od toga čije je pravo merodavno (Rusija, Ukrajina, Poljska). Ipak, posebnu pažnju pobuđuje uobičajeno boravište. Naime, u jednom ugovoru se izričito navodi *uobičajeno boravište tuženog* (Mađarska, prema izmenama i dopunama, čl. 33 st. 2), dok drugi koriste izraze „*gde živi*“ i „*mesto stanovanja*“ što, takođe, može upućivati na uobičajeno boravište (Poljska, Slovačka, Češka). Međutim, uprkos tome što pojedini ugovori očigledno predviđaju i osnove nadležnosti koji

44 Ugovor o uzajamnoj pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i NR Bugarske, *Sl. list FNRJ – dodatak 1/1957*.

45 Konvencija o uzajamnim pravnim odnosima između FNR Jugoslavije i Kraljevine Grčke, *Sl. list FNRJ – dodatak, 7/1960*.

46 Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između SFR Jugoslavije i NR Mađarske (1968) sa izmenama i dopunama, *Sl. list SFRJ – dodatak br.3/1968*; izmene i dopune – *Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori 1/1987*.

47 Ugovor o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i NR Poljske, *Sl. list FNRJ – dodatak, 5/1963*.

48 Ugovorao pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i Rumunske Narodne Republike, *Sl. list FNRJ – dodatak, 8/1961*.

49 Ugovor o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Čehoslovačke, *Sl. list SFRJ – dodatak, 13/1964*.

50 Konvencija o nadležnosti i zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava između SFR Jugoslavije i Francuske Republike, *Sl. list SFRJ, 55/72*.

51 Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i SSSR, *Sl. list FNRJ, dodatak, 5/1963*.

52 Ugovor o pružanju pravne pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Mongolske Narodne Republike, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori, 7/1982*.

su savremeni, većina se, pak, oslanja na kriterijume ZRSZ.

Svim ovim ugovorima je osobeno što nadležnost uređuju samo za one vrste izdržavanja za koje predviđaju kolizione norme, tako da su i u pogledu nadležnosti, ugovorni sistemi nepotpuni. Slično kao i kod merodavnog prava,⁵³ za one vrste izdržavanja koje konkretan ugovor uređuje primenjivaće se *ugovorne* norme o nadležnosti, a povodom ostalih - ZRSZ. Rezultat je postojanje dvostrukog koloseka i za merodavno pravo i za nadležnost. Imajući u vidu nepotpunost rešenja, bilo bi bolje da se delovi dvostranih ugovora u pogledu izdržavanja derogiraju u odnosu na kolizione norme, što je već u našoj teoriji predloženo,⁵⁴ ali i u odnosu na nadležnost.⁵⁵

6. Zaključak

Iako razmatranje normi o međunarodnoj nadležnosti u materiji izdržavanja može na prvi pogled izgledati kao „mapiranje minskog polja“,⁵⁶ izmena normi ZRSZ-a je neophodna. U svakom slučaju, korelacija sa Protokolom će, s jedne strane, biti bolja, a s druge, nadležnost suda Srbije će postojati u većem broju slučajeva. Takođe, *de lege ferenda*, i kontrola indirektno nadležnosti ne bi trebalo da predstavlja veću smetnju za priznanje stranih odluka prema Nacrtu, ali ni za priznanje domaćih odluka kada bude ratifikovana Konvencija 2007. Zbog toga je dalji razvoj sistema izdržavanja u novom međunarodnom privatnom pravu Srbije okrenut završetku Nacrta i Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo. Cilj je da se sistem koji je počeo da se stvara Protokolom i čije se konture prepoznaju u odredbama Nacrta, zaokruži. Dakle, realno je pretpostaviti da će u vrlo bliskoj budućnosti međunarodno privatno pravo Srbije u materiji izdržavanja biti u potpunosti harmonizovano sa savremenim dostignućima na međunarodnoj pozornici.

Literatura

Ancel, B., Muir-Watt, H.(2010).Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière

53 Videti za merodavno pravo Živković, 2013: 81-83.

54 Videti predlog Živković, 2013: 81-83.

55 Prema podacima Ministarstva pravde i državne uprave Republike Srbije, Slovačka je u skladu sa čl. 351 Ugovora o funkcionisanju EU i nakon konsultacija sa organima Unije već inicirala razgovor o reviziji dvostranog ugovora o pravnoj pomoći u građanskim stvarima, tako da o ovoj mogućnosti može da se razgovara.

56 Kako je duhovito svoj članak nazvao Tyzack, 2012: 277-280.

d'obligations alimentaires.*Revue critique de droit international privé* 3(2010).457-484.

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

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

Bordaš B., Đundić, P.(2013).Haški protokol o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja – najnoviji izvor međunarodnog privatnog prava Srbije.*Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*.47(2013).133-153.

Borrás, A., Degeling, J.,with the assistance of W. Duncan and Ph. Lortie(2009). Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.Retrieved 10 August 2013, from <http://www.hcch.net/upload/expl38e.pdf>

Bucher, A.(2003).L'enfant en droit international privé.Genève-Zurich-Bâle:Helbing & Lichtenhahn.

Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S.(1991).*Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*. Beograd:Nomos.

Dovgert, A.(2005).Codification of Private International Law in Ukraine.*Yearbook of Private International Law* VII(2005).131-159.

Duncan, W.(2004).Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions – The Quest for Uniformity.U Einhorn, T., Siehr, K.(eds),*International Cooperation Through Private International Law – Essays in Memory of Peter E. Nygh* (89-105).The Hague,The Netherlands:T.M.C. Asser Press.

Đundić, P.(2004).Redovno boravište deteta u praksi primene Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece od 25 oktobra 1980. godine.*Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 38(2004).551-570.

Živković, M.(2013).O primeni Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije.*Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 65 (2013) 79-94.

Zakon o strancima,*Službeni glasnik RS*, br. 97(2008).

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja,*Službeni list SFRJ*

br. 43(1982), br. 72(1982) i *Službeni list SRJ*, br. 46(1996).

Konvencija o nadležnosti i zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava između SFR Jugoslavije i Francuske Republike, *Službeni list SFRJ*, br. 55 (1972).

Konvencija o uzajamnim pravnim odnosima između FNR Jugoslavije i Kraljevine Grčke, *Službeni list FNRJ – dodatak br.7* (1960).

Lortie, Ph.(2003). *Prel. Doc. No 4 of April 2003 - Parentage and International Child Support Responses to the 2002 Questionnaire and an Analysis of the Issues*. Retrieved 10, September, 2013, from http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd04e.pdf

Martiny, D.(1994). *Maintenance obligations in the Conflict of Laws*. Recueil des cours 247(III) (131-290). The Hague, Netherlands: Hague Academy of International Law.

Mikelenas, V.(2005). Reform of Private International Law in Lithuania, *Yearbook of Private International Law* (Vol. 7). 161-181.

McEleavy, P.(2012). Habitual residence and children. *International Family Law*. March (2012). 20-23.

Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu, <http://arhiva.mpravde.gov.rs>

Nacrt Zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja, <http://arhiva.mpravde.gov.rs>

Proposal for a COUNCIL DECISION amending Annexes II and III of Council Decision of 9 June 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of The Hague Convention of 23 November 2007, on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, COM/2013/0035, Retrieved 10, August, 2013, from <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130035>

Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 1(2013).

Schmidt, E. G.(2000). Equal Treatment of the parties in international maintenance cases. U Basedow, J. et al. (eds), *Private Law in International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr* (657-666). The Hague, Netherlands: T.M.C. Asser Press.

Spector, R.(2005). Maintenance in Private International Law in the USA: Harmonization of divergent rules and the proposed Hague Maintenance Convention, *Yearbook of Private International Law*. VII(2005). 63-83.

Stanivuković, M., Živković, M. (2013). *Međunarodno privatno pravo: opšti deo*. Beograd: Službeni glasnik.

Schuz, Rh. (2012). The Hague Abduction Convention and Children's Rights Revisited. *International Family Law*. March (2012). 35-38.

Tyzack, W. (2012). Mapping the jurisdiction minefield: steering clear of the traps of the EU Maintenance Regulation. *International Family Law*. September 2012. 277-280.

Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između SFR Jugoslavije i NR Mađarske sa izmenama i dopunama, *Službeni list SFRJ – dodatak* br. 3(1968); izmene i dopune, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori* br. 1(1987).

Ugovor o pružanju pravne pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Mongolske Narodne Republike, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* br. 7(1982).

Ugovor o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i Čehoslovačke, *Službeni list SFRJ – dodatak* br. 13(1964).

Ugovor o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i NR Poljske, *Službeni list FNRJ – dodatak* br. 5(1963).

Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između FNR Jugoslavije i SSSR, *Službeni list FNRJ, dodatak* br. 5(1963).

Ugovor o pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i Rumunske Narodne Republike, *Službeni list FNRJ – dodatak* br. 8(1961).

Ugovor o uzajamnoj pravnoj pomoći između FNR Jugoslavije i NR Bugarske, *Službeni list FNRJ – dodatak* br. 1(1957).

Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations.

Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children.

Council Decision 2011/220/EU of 31 March 2011 on the signing, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, *OJ. L 93, 7.4.2011*.

Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction,

applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *OJ L 7, 10.1.2009.*

Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters *OJ L 339, 21/12/2007.*

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJ L 338, 23.12.2003.*

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 012, 16.1.2001.*

Šaula, V. (2011). Dalije došlo vrijeme za donošenje novih zakona o međunarodnom privatnom pravu u Bosni i Hercegovini, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci*. 33(2011). 91-100.

Working Group on the law applicable to maintenance obligations, *Prel. Doc. No 14 of March 2005 - Proposal by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligation*, Retrieved 10, August, 2013, from http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd14e.pdf

Sanja Marjanović, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

***International Jurisdiction in Maintenance Disputes in the Private
International Law of the Republic of Serbia***

Summary

Although analyzing the rules of jurisdiction in the matter of maintenance obligations may, at first sight, seem like “mapping the jurisdiction minefield” (Tyzack, 2012), the modification of the 1982 PIL Code rules is necessary. On the one hand, it would provide for a better correlation with the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations; on the other hand, Serbian courts would have jurisdiction in a larger number of cases. Moreover, de lege ferenda, the control of indirect jurisdiction should not be a significant obstacle either for the recognition of foreign judgments (under the Draft PIL Code) or for the recognition of domestic judgments (after the ratification of the 2007 Hague Convention). Hence, a further development of the maintenance obligations system in new Serbian PIL is aimed at completing the Draft PIL Code and the Hague Conference on Private International Law. Therefore, it is realistic to assume that the Serbian Private International Law in the matter of maintenance obligations will be harmonized in the nearest future with the latest developments on the international scene.

Key words: *maintenance obligations, international jurisdiction, 1982 PIL Act, new PIL Act Draft*

Mihajlo Cvetković,
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.440

Rad primljen: 30.09.2013.
Rad prihvaćen: 04.11.2013.

OBJEKTIVNI ELEMENT UGOVORA O POKLONU¹

Apstrakt: Značajno obeležje ugovora o poklonu je tzv. objektivni element. Predmet prvog dela rada je besplatnost u rimskom, francuskom, nemačkom i common law pravu. U drugom delu analizirane se redovne imovinske posledice poklanjanja, ali i shvatanje da osiromašenje poklonodavca i obogaćenje poklonoprimca nisu uvek logička tautologija. Inovativne odredbe evropskog Nacrta zajedničkog referentnog okvira (DCFR) o mešovitom i „čistom“ poklonu prikazane su u trećem delu. Saznanja iz antropologije, sociologije i psihologije o poklonodavčevoj koristi, egoističnom poklonu i obavezi zahvalnosti, izneta u četvrtom delu, dovode u pitanje klasično poimanje ugovora o poklonu u Obligacionom pravu.

Ključne reči: poklon, objektivni element, besplatnost, osiromašenje, obogaćenje, korist, naknada.

1. Uvod

Ugovor o poklonu obeležavaju subjektivni element (tzv. animus donandi) i objektivni element, koji se u doktrini objašnjava ili idejom besplatnosti ili pojmovnim parom obogaćenje/osiromašenje. Tim redom u radu su prikazane obe koncepcije. Uporednopravna i istorijska analiza objektivnog elementa ima teorijski značaj, jer je njegova funkcija u zakonskim i doktrinarnim definicijama poklona različita. Poznavanje objektivnog elementa je od velikog praktičnog značaja, njegovo postojanje sugeriše da je zaključen poklon, a ne neki drugi ugovor. U tom slučaju, na odnos između ugovarača primenjuje se niz specifičnih pravila (o poslovnoj sposobnosti, motiv utiče na punovažnost, poklonodavčeva ugovorna odgovornost je ublažena). Poklon je ranjiv: može da se opozove, pobije, poništi zbog formalnih nedostaka.

¹ mcmc3001@yahoo.com

Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Neujednačenost legislative, jurisprudencije i judikature svedoči o aktuelnosti teme. U poznatom slučaju iz francuske sudske prakse, poklonodavac je finansirao restauraciju gradskog zvona pod uslovom da ono zvuči kao u njegovoj mladosti. Sud je zaključio da se radi o teretnom poslu jer zadovoljava poklonodavčev kapric, maštu i sujetu. Kasnije su sudovi počeli da uvažavaju razliku između materijalnog i nematerijalnog interesa. Ako se zauzvrat dobija nešto materijalno, posao je teretan; ako je korist nematerijalna reč je o poklonu. Složenije su situacije u kojima su interesi spojeni, npr: poklonjeno je zemljište za izgradnju crkve pa je poklonodavčeva susedna parcela sada vrednija; istovremeno, ktitorstvo ovekovečeno na crkvenoj tabli predstavlja moralnu satisfakciju.

2. Besplatnost u rimskom i uporednom pravu

Objektivni element poklona se u stranoj literaturi prevashodno vezuje za besplatnost. Pojam besplatnosti je opšte poznat, ali ga je teško definisati. Besplatni pravni poslovi su, po pravilu, formalni. Njima se zadovoljavaju nematerijalne potrebe i ciljevi subjekata. Ugovor o poklonu je paradigma besplatnog ugovora. Ugovore slobodnog tržišta karakteriše antipod - naplatnost odnosno teretnost ili oneroznost. U domaćoj literaturi se za besplatan ugovor koristi i termin dobročin ugovor. Ova dva pojma ipak treba razlikovati, jer dobročinstvo sadrži kvalitet više (npr. besplatno davanje narkotika sigurno nije dobročinstvo). Dobročinstvo bolje opisuje subjektivni element poklona.

2.1. Rimsko klasično pravo

Rimsko poimanje besplatnosti je kruto. Besplatnost podrazumeva nepo-stojanje bilo kakve protivčinidbe i značajnija je nego sama imovinska korist koja se poklonom postiže. Okolnost da se ekonomski efekat poklona stavlja u drugi plan, dovela je do shvatanja da i neimovinska protivčinidba isključuje poklon (npr. dovoljno je da darovani uzme ime poklonodavca) (Malenica, 1981: 113).

Besplatnost darovanja rimski pravници shvataju drugačije od besplatnosti drugih ugovora. Ona ima četiri karakteristike: totalna je (sastoji su u potpunom odsustvu protivčinidbe), definitivna (besplatni akt se ne može transformisati u naplatni), korelativna (akt se posmatra unutar određene ekonomske operacije) i bitna (određuje prirodu ugovora). Tu razliku su i terminološki izrazili. Besplatnost tipičnih pravnih poslova označena je terminima gratis, gratuitus, a besplatnost darovanja terminom lucrativus. Rimljani besplatnost darovanja ne vide kao suprotnost naplatnosti. Svaka protivčinidba pribavioca, momentalna ili buduća, imovinska ili neimovinska, ako je u odnosu međuzavisnosti (kauzalne veze) sa činidbom prenosioca, isključuje besplatnost (Radovčić, 1983: 68-69).

Da li je posao besplatan ili nije, zavisi od postojanja protivčinidbe. Imaginaria venditio (prodaja sa sporazumom da se ne plati cena) je poklon jer nema protivčinidbe. Postojanje protivčinidbe isključuje besplatnost čak i ako se poslom jedna strana obogaćuje na račun druge. Prodavac, razumljivo, želi da proda što skuplje, a kupac da kupi što jeftinije. Odstupanje ugovorene cene od vrednosti stvari je normalna pojava. Međutim, niža ili viša cena se može ugovoriti i iz razloga poklona. To se lepo vidi u slučaju prodaje viliore pretio (prijateljska prodaja). Po shvatanju klasičnih rimskih pravnika ipak nema poklona već postoji kupoprodaja. Zato dugo nije mogao postojati mešoviti poklon. Danas ovo mišljenje nije prihvatljivo, jer u takvom ugovoru postoji negotium mixtum (delom prodaja, delom poklon) (Malenica, 1981: 112-113).

2.2. Common Law

U Common Law sistemu besplatnost se relativno jednostavno utvrđuje, ona postoji u pravnim poslovima bez consideration. U odsustvu quid pro quo,² obećanje nije pravno sankcionisano. Consideration odvaja prinudno izvršiva obećanja od pravno neobavezujućih. Besplatnost je sinonim za neobaveznost (Eisenberg, 1997: 841). Obećanje jednog ugovorača je consideration za obećanje drugog, ako su se strane tako sporazumele, odnosno ako o tome postoji pogodba (bargain). Poklonu nedostaje consideration i po tome se on razlikuje od prinudno izvršivih sporazuma, „punokrvnih“ ugovora.

Pojmanje consideration nije jednobrazno. U engleskom pravu dovoljan je nominalni consideration, u američkom se zahteva tzv. adekvatnost. Nominalni consideration postoji, npr. ako za obećanje poklonoprimca da će pokloniti novac, druga strana obeća da će po novac doći; ili kada trgovac obeća poklon ako potrošač pristane da vrati ambalažu, mada je ona bezvredna. To je dovoljno da poklon postane obavezujuć, prinudno izvršiv sporazum. Ovakav pristup, primenjen na poklon, zapravo potkopava doktrinu consideration. U američkom pravu, zahteva se adekvatnost odnosno ujednačenost davanja. Granicu između nominalnog i adekvatnog consideration nije lako povući, zato što se uzima u obzir i nematerijalna korist (npr. prijateljstvo). Na prvi pogled, ovakvo rezonovanje deluje nategnuto, ali i u kontinentalnom pravu poveriočeva korist od činidbe može biti i nematerijalna.

Ponekad je za consideration dovoljno da se, npr. u ugovoru o darovanju nekretnine, dogovori da se na nekretnini postavi natpis sa zahvalom poklonodavcu. Iako takav gest nema karakter protivčinidbe, obaveza je utuživa. Postavljanje navedenog natpisa u germanskim pravnim sistemima ima karakter protivčinidbe jedino ako je imovinskog odnosno poslovnog karaktera. Mimo tog

² U značenju: uzajamnost; razmena; do ut des.

slučaja, ugovor je besplatan, iako pored obaveze poklonodavca postoji i dužnost poklonoprimca, jer ona nema karakter protivčinidbe (Nikšić, 2006: 1076).

Postojanje moralne obaveze može isključiti besplatnost. U poznatom presedanu *Webb v. McGowin*, radnik je herojski spasio svog poslodavca od povrede na radu. Žrtvujući sebe, ostao je nepokretan. Poslodavac mu je obećao penziju, ali je nakon njegove smrti staratelj zaostavštine obustavio isplate. Sud je zauzeo stav da moralna obaveza poslodavca predstavlja *consideration*, koji obećanje pretvara u obavezujući ugovor.³ Iz izloženog se vidi da u Common Law sistemu objektivni element utiče na utuživost, mada u kontinentalnom pravu nema nikakvu sličnu funkciju.

2.3. Kontinentalno pravo

Besplatnost nije definisana francuskim *Sode Civil-om*, niti zakonodavac izričito propisuje da je poklon besplatan posao (vidi SS 894). Lukrativan (besplatan) ugovor je određen kao ugovor kojim jedna besplatno pribavlja korist drugoj strani (SS 1105). Ova cirkularna definicija nije od velike pomoći. Francuska doktrina deli pravne poslove na onerozne, besplatne i poslove punovažne bez obzira da li su onerozni ili besplatni. U besplatne poslove svrstavaju se poklon i testament. Besplatnost se opisuje odsustvom ekvivalencije, voljnom nesrazmerom, obavezivanjem bez protivčinidbe. Poklonodavac ne dobija ništa za ono što daje.

Poklon sa teretom (nalogom) je specifičan. Kada je teret u interesu poklonodavca ili trećeg lica, „vrednost“ tereta ne sme premašiti vrednost poklonjenog. Ako je teret u zajedničkom interesu ili interesu poklonoprimca (npr. za školovanje) radi se o poklonu, čak i kada iziskuje dodatna sredstva.

Prirodna obaveza nije prinudno izvršiva, ali ako je dužnik ispuni, nema pravo na restituciju. Izvršenje prirodne obaveze predstavlja isplatu duga. Dug implicira *quid pro quo* pa nema poklona, mada postoji i suprotno mišljenje (Planiol, Ripert, 1957: 980-981). U savremenoj francuskoj doktrini, ispunjenje prirodne obaveze nije poklon jer nedostaje subjektivni element.

U italijanskom pravu koristi se negativna definicija: ugovor je bespla-tan ako nije onerozan; onerozan je ako ugovarači teže ekvivalenciji prestacija. Besplatnost je žrtvovanje. Žrtva je kod posluge ili beskatatnog zajma manja, kod poklona je ona najveća. Besplatnost ne postoji u senci fizičke ili moralne prinude. Davanje radi ispunjenja ranije moralne ili društvene dužnosti je prinudno. Ako poklonodavac nije potpuno slobodan, isplata makar i prirodne obaveze, nije poklon. Jedino je remunerativni poklon izuzetak. Čini se da se ovi argumenti (spontanost,

³ Izvor: <http://www.lawnix.com/cases/webb-mcgowin.html>, 4. 11. 2013.

sloboda) više odgovaraju subjektivnom elementu poklona.

U često citiranom slučaju, gradu je poklonjena parcela i novac pod uslovom da izgradi školu i imenuje je u čast poklonodavčevog sina. Formalnosti nisu ispoštovane. Posle izvesnog vremena poklonodavac je tražio restituciju. Grad je tvrdio da se radi o teretnom ugovoru te da formalnosti nisu bile nužne. Sud je presudio da je posao besplatan (poklon) jer se grad obogatio, imenovanje škole nije umanjilo njegovu imovinu, a poklonodavac od posla nije imao ekonomsku korist (Casulli, 1964: 968-969).

U nemačkoj doktrini besplatnost se ne objašnjava odsustvom ekvivalencije. Besplatnost je samo jedan mogući uzrok neekvivalentnosti, ali nju izazivaju i druge okolnosti, npr. mane volje, promenjene okolnosti i sl. Zato je besplatnost poklona uži pojam (Husa, 2009: 353). Samo ispunjenje ugovora o poklonu nije besplatno, jer je zapravo izvršenje ranije preuzete obaveze (Savinji).

Karakter jednog posla zavisi od veze između činidbi u svesti subjekata. Ako su činidbe povezane, posao nije besplatan. Veza može biti sinalagmatična, što je tipično za teretne ugovore. Veza se uspostavlja i uslovom, uključujući tu i jednostrane izjave volje poput obećanja nagrade. Najzad, veza može biti i kauzalna (prouzrokovanje i naknada štete).

Poklonodavac i poklonoprimac se moraju sporazumeti da je ugovor besplatan. Davanje kojim jedno lice iz svoje imovine obogaćuje drugog je poklon, kada su obe strane saglasne da je to davanje besplatno (BGB 516). Nisu sva besplatna davanja poklon. Poklonom se ne smatra „otpremнина“ (ausstattung) koju roditelj daje detetu ante nuptias, radi osamostaljivanja ili kao pomoć u ostvarivanju određenog ekonomskog cilja. Poklon je jedino višak koji premašuje vrednost srazmernu ekonomskim mogućnostima roditelja (BGB 1624).

Ispunjenje prirodne obligacije nije besplatno, jer po pravilima restitucionog prava, isplaćeno po tom osnovu može se zadržati. Uže poimanje besplatnosti ima za posledicu da se poslovi kojima se drugi podstiče na neki akt, ili kojima se gasi dug, makar i prirodan, nisu poklon. Na primer: ako muž prenese nepokretnost ženi kako bi je ubedio da mu se vrati; ili A prenese određeno pravo na B da bi izdejtvoavao zajam trećem, ovi poslovi nisu besplatni, čak i kada je „protivčinidba“ pribavioca nematerijalna (Kollhossler, 2004: komentar uz čl. 516).

2.4. Domaće pravo

Kod besplatnog ugovora stranka ne daje nikakvu naknadu za korist koju od druge stranke dobija (Perović, 1981: 203). Besplatni ugovor zaključuje se isključivo u interesu jedne strane, tako da druga ne očekuje ništa od prve (Radišić, 2008: 127). Savremena doktrina naplatnost vezuje za jednakost (srazmeru) činidbe i

protivčinidbe; čim te jednakosti nema, postoji besplatnost. Postoje doduše velike razlike u shvatanju o tome po kojem kriterijumu treba procenjivati srazmernost činidbe i protivčinidbe (objektivna, subjektivna, miksna teorija) (Radovčić, 1983: 68-69).

Besplatnost, bitan element darovanja, znači da poklonodavac za svoju činidbu ne dobija protivčinidbu. Pri tom se ne uzimaju u obzir motivi darovanja, koji mogu biti i egoistični (Vuković, 1964: 252). Žrtvovanje jedne ugovorne strane je suština besplatnosti. Poklon je dobročino delo i zato pretpostavlja izvesnu žrtvu od strane poklonodavca. On odvaja nešto od svojih materijalnih dobara (irelevantno je koliko ekonomsku vrednost to nešto ima: poklon može biti veći ili manji) i daje bez naknade (Perić, 1927: 280).

Ako poklonoprimec uzvratiti sa svoje strane nekim besplatnim davanjem poklonodavcu, na koje po ugovoru nije obavezan, poklonu nije oduzet karakter besplatnosti. Uzvratanje predstavlja nov samostalan poklon sa izmenjenim ulogama (Loza, 2000: 71). Besplatnost je prisutna i kada je ugovorena određena protivčinidba poklonoprimeca, mada postoji i suprotno mišljenje.

3. Osiromašenje poklonodavca i obogaćenje poklonoprimeca

Izloženo shvatanje o objektivnom elementu nije jedino. Druga koncepcija, umesto besplatnosti, ističe učinak poklona. Objektivno obeležje poklona ima dve povezane komponente: osiromašenje poklonodavca i obogaćenje poklonoprimeca (Đurđević, 2012: 85, 96).

Polazi se od osiromašenja, *donare est perdere*. Poklanjanje umanjuje imovinu poklonodavca. On izdvaja deo imovinske mase i prenosi ga u imovinu poklonoprimeca. Prisutna je voljna disproporcija (Antić, 2005: 847). Bez osiromašenja, nema poklona. Zato nije poklon: besplatni medicinski ili pravni savet, nenaplaćena lekcija ili gostoljubivost; odricanje od prava kojem se neko nada ili od prava koje nije stečeno; odbijanje nasleđa ili legata;⁴ propuštanje da se stekne imovina; napuštanje hipoteke, jer se zapravo radi o napuštanju sigurnosti. Nema poklona ako se daju neka druga prava koja nisu imovinska, npr. ako se radnik odrekne prava na godišnji odmor (Loza, 2000: 69; Marković, 1997: 558; Medić, 2004: 511; Vuković, 1964: 251).

Postavlja se pitanje koliko treba da je osiromašenje da bi postojao poklon? Vrednost poklona pominje se u zakonima na više mesta.⁵ Za postojanje

4 „Poklonom se smatra ... odricanje od nasleđa u korist određenog naslednika...“, čl. 50. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS, br. 46/95 i 101/2003 - odluka USRS*, u nastavku: ZON.

5 Ne mogu se pobijati zbog oštećenja poverilaca uobičajeni prigodni darovi, nagradni darovi, kao ni darovi učinjeni iz zahvalnosti, srazmerni materijalnim mogućnostima dužnika (čl. 282.

objektivnog elementa poklona nije bitna veličina osiromašenja, već je ona značajna za primenu nekih pravila o poklonu. Određeni pokloni su izuzeti od opšteg režima, jer osiromašenje koje oni izazivaju ne povređuje prava trećih lica, kao što su poverioci ili naslednici poklonodavca (Đurđević, 2012: 89).

Obogaćenje je druga komponenta objektivnog elementa. Poklonoprimac za poklon ne daje nikakvu naknadu poklonodavcu. Imovinska korist poklonoprimca je prvo obeležje rimskog poklona u klasičnom periodu. Da je to bit svakog poklona pokazuje regulisanje zabrane između supružnika jer su zabranjena samo ona darovanja kojima se poklonoprimac bogati, a poklonodavac siromaši. Međutim, treba imati u vidu da se imovinska korist javlja i u drugim poslovima, pa i u teretnim ugovorima (npr. kada kupac jeftino kupi ili prodavac skupo proda stvar) (Malenica, 1981: 112-113).

Lazar Marković je obogaćenje poklonoprimca isticao kao glavni element poklona. Poklon postoji ako davanje faktički uvećava imovinu poklonoprimca, tj. predstavlja obogaćenje. Obogaćenje leži u nameri darivanja. Davanje se čini da bi poklon učinio poklonoprimca bogatijim. Poklonoprimac mora da primi davanje kao poklon (Marković, 1997: 557). Izraz „lukrativni“ označava ugovor koji donosi korist bez rada i protivnake. Za poklonoprimca poklon ima lukrativni karakter (Mijačić, 1983: 61).

U predratnoj literaturi pojam poklona isključuje bilo kakav imovinski interes poklonodavca, zahteva se „čisto obogaćenje i osiromašenje“, posao je ili poklon ili nije, nema delimičnog poklona. Kasnije, doktrina ublažava ovaj oštar zahtev, verovatno odraz „rimske“ besplatnosti. Objektivni element postoji i kada poklonodavac nešto dobija, što je slučaj u određenim modalitetima poklona (uzajamni, mešoviti poklon).⁶ Ono čega ne sme biti je ekvivalentnost.

3.1. Veza između osiromašenja i obogaćenja i njihov značaj

Po starijim shvatanjima veza između osiromašenja i obogaćenja mora biti direktna. Obogaćenje proističe iz osiromašenja, njihove vrednosti su jednake. Zbog toga je neophodno da poklonodavac u vreme zaključenja ugovora ima svojinu. U suprotnom, nema ni osiromašenja ni obogaćenja, a samim tim ni poklona.

Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, 29/78, ... *Sl. list SCG 1/2003*, u nastavku: ZOO). U vrednost zastavštine na osnovu koje se izračunava nužni deo ne ulaze pokloni učinjeni u dobrotvorne i druge opštekorisne svrhe ni manji uobičajeni pokloni (ZON čl. 49). Uobičajeni manji pokloni nikada se ne računavaju u nasledni deo (ZON čl. 75).

6 Iz obrazloženja presude: „ugovor predstavlja ugovor o doživotnom izdržavanju u 2/10 dela, a u 8/10 dela ugovor o poklonu. Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 2546/1990-2 od 28. 2. 1991.

U savremenoj doktrini, veza može biti i posredna. Naročito je to slučaj kod indirektnih poklona, npr. kod ugovora o osiguranju života u korist trećeg (Đurđević, 2012: 97-98). Stipulant osiromašuje za iznos premija koje uplaćuje promitent-u-osiguravaču. Beneficijar, poklonoprimac, se bogati osiguranom sumom koju prima u slučaju nastupanja osiguranog slučaja. Predmet poklona ne prelazi uvek direktno iz imovine poklonodavca u imovinu poklonoprimca. Ako A kupi zemljište, ali se sa prodavcem dogovori da se nekretnina uknjiži na ime B, tada je A poklonodavac zemljišta, mada nikada nije bio njegov vlasnik (Bikić, 2005: 72).

Pojmovni par obogaćenje-osiromašenje je osnov razgraničenja poklona od drugih besplatnih ugovora i u tome se ogleda njegov pravni značaj. Poslugodavac ne otuđuje stvar predatu poslugoprimcu, pa nema njegovog osiromašenja, niti se poslugoprimac bogati. Poklonom se stiče svojina. Kod beskatnog zajma postoji, u određenom vremenskom intervalu, osiromašenje i obogaćenje, kod poklona je ono trajno. Besplatna ostava nije poklon, jer ostavoprimac ne umanjuje svoju imovinu. Iz istog razloga, besplatno zastupanje nije poklon.

Jemstvo nije poklon. Poverilac nije poklonoprimac, jer se isplatom ne obogaćuje. Ni dužnik nije poklonoprimac, jer dolazi do personalne subrogacije, jemac stupa na mesto poverioca. Međutim, ako oni modifikuju zakonska dejstva jemstva tako da jemac nema pravo na regres, tada bi se moglo govoriti o poklonu (Đurđević, 2012: 86).

Besplatno obavljanje nekog rada drugom licu nije poklon jer onaj ko radi ne poklanja drugome vrednost svog rada, čak i kada se rad može proceniti u novcu. Isto je i kod besplatnog uzdržavanja. U oba slučaja nema osiromašenja, već eventualno propuštanja da se uveća imovina (Đurđević, 2012: 86).⁷

Na osnovu prisustva objektivnog elementa u sudskoj praksi utvrđuje se pravna priroda ugovora povodom kojeg se vodi parnica. Iz obrazloženja presude: Prvostepeni sud nalazi da se radi o dobročinom pravnom poslu, ugovoru o poklonu, koji je tako i naslovljen. Međutim, pravnu prirodu ugovora ne određuje naslov već njegova sadržina, a prema sadržini navedenog ugovora poklonodavac poklanja označenu imovinu poklonoprimcu da bi ga ovaj izdržavao i hranio, kao i sahranio, a za uzvrat, ovaj se poklon neće uračunati u nasledni deo, što poklonodavac prihvata sa zahvalnošću. Sadržina navedenog ugovora, što proizilazi i iz pojedinih dokaza (iskaz svedoka), ukazuje da se radi o dvostrano obaveznom ugovoru ... Prvostepeni sud će u ponovnom postupku, imajući pre svega u vidu sadržinu spornog ugovora, ali i pravu volju ugovornih strana,

⁷ Pitanje da li je rad može biti predmet poklona pravazilazi okvire ovog rada.

utvrditi pravnu prirodu ugovora.⁸

3.2. Negacija osiromašenja i obogaćenja kao objektivnog elementa

Postoji mišljenje da pojmovni par osiromašenje/obogaćenje nije suštinski značajan, odnosno da je relikv zastarelih teorija o poklonu. Osiromašenje/obogaćenje nije bilo konstitutivni element darovanja u rimskom klasičnom periodu, kako se to ponekad uzima u pravnoj nauci (Radovčić, 1983: 79). Daskora je u teoriji vladalo opšteusvojeno gledište da ugovor o poklonu nužno pretpostavlja osiromašenje poklonodavca odnosno obogaćenje poklonoprimeca, i to s obzirom na konkretan slučaj, cenjen po subjektivnom merilu. Bitno je da poklon, objektivno posmatrano, predstavlja teret za poklonodavca, a korist za poklonoprimeca. Mada poklon može doneti neposrednu korist i poklonodavcu: poklanjanje nemodernih artikala kako bi se oslobodile prostorije za smeštaj nove robe i u isti mah napravila reklama. Teret se po pravilu izražava u smanjenju imovine poklonodavca, a korist u povećanju imovine poklonoprimeca, ali to ne mora biti uvek slučaj, niti je uslov za punovažnost ugovora o poklonu (Blagojević, 1947: 85). Gledište da darovana stvar mora imati prometnu vrednost je suvišno, jer čim je neko primio poklon, znači da on za njega ima neku vrednost, objektivnu ili subjektivnu. Suvišno je govoriti o vrednosti poklona i nekom obogaćenju. Nije potrebno posebno isticati da je poklon smanjenje imovine poklonodavca i povećanje imovine poklonoprimeca, jer obogaćenje nije drugo već naličje besplatnosti. Kada se nekome daje besplatno svakako se time povećava njegova imovina (Vuković, 1964: 250).

Neke zakonske i teorijske definicije poklona ne pominju osiromašenje/obogaćenje, već kao objektivni element ističu besplatnost: „Poklonodavac daje ne ištuci niti primajući ikakve za to naplate“, (SGZ čl. 561); „Poklon je ugovor kojim neko daje ili obećava drugome besplatno i dobrovoljno izvesnu imovinsku korist, a drugi to prima ili prihvata“, (Vuković, 1964: 248).

U određenim slučajevima, davanje bez protivnake donosi materijalnu korist poklonodavcu. Razvoj tehnologije i reciklaža učinili su otpad korisnom sirovinom. Primer: Preduzeće predaje pulpu krompira, nusproizvod čije je uklanjanje skupo, lokalnim farmerima za ishranu stoke. Pulpa je izazvala pomor stoke te farmer zahteva naknadu štete. Odgovornost poklonodavca je blaža u odnosu na odgovornost prenosioca u teretnom ugovoru pa je ispravna kvalifikacija pravnog posla vrlo značajna.⁹ Pošto troškovi uklanjanja otpada mogu biti

⁸ Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. 1938/2005 od 7. 12. 2005. godine, pravna baza Paragraf.

⁹ Primer baziran na presudi BGH od 20. 11. 1984 – BGHZ 93, 23. Izvor: <http://dejure.org>, 4.11.2013.

izuzetno visoki, postavlja se pitanje da li je preuzimanje otpada protivčinidba koja eliminiše besplatnost? Treba ispitati da li namera ugovarača obuhvata i specifične obaveze pribavioca/poklonoprимca (prihvat i preuzimanje otpada).

4. Nacrt zajedničkog referentnog okvira (DCFR)

Nacrt zajedničkog referentnog okvira (DCFR), najznačajniji projekat civilistike nakon velikih građanskog zakonika, reguliše poklon u posebnom delu „Pojedini ugovori i njihovo dejstvo“. Besplatnost je objektivan, dok je namera da se učini korist subjektivni element poklona. Besplatnost je odlučujući marker poklona, ne zavisi od subjektivnog elementa, niti nužno pretpostavlja velikodušnost ili favorizovanje poklonoprимca. Test je objektivan: pravni posao je besplatan ako se za pravo koje se prenosi ne dobija naknada (IV. H. – 1:201). Naknadu predstavlja svaka vrsta protivčinidbe, novac, stvar, usluga ili teret koji snosi druga strana. Kvalifikacija ne zavisi od subjektivne ili objektivne procene vrednosti, bilo kakva naknada, makar trivijalna i beznačajna, isključuje besplatnost. Ovo nefleksibilno shvatanje podseća, u neku ruku, na rimsko poimanje besplatnosti i svedoči o enigmatičnosti objektivnog elementa.

Namensko davanje za određenu naročitu svrhu ne eliminiše besplatnost. Ilustracija: ako A uplati novac sportskom udruženju radi renoviranja klubskih prostorija, onda obaveza da se novac namenski upotrebi nije naknada, tako da se radi o ugovoru o poklonu.¹⁰

Davanje radi ispunjenja ranije nastale obaveze nije poklon. Nema besplatnosti ako se daje radi ispunjenja ugovorne ili zakonske obaveze, ili obaveze ustanovljene sudskom odlukom. Ilustracija: ako roditelj ima zakonsku obavezu izdržavanja maloletnog deteta, onda sporazum o ispunjenju ove obaveze nije ugovor o poklonu.

Mešoviti ugovori su naročito problematični. DCFR posebnim članom uređuje posao koji nije u celini besplatan (IV. H. – 1:202). Kada prenosilac dobija određenu naknadu pa posao nije potpuno besplatan, posao se smatra primarno poklonom: a) ako postoji namera da se učini korist drugoj strani; i b) po merilu ugovarača nema ekvivalencije između uzajamnih činidbi.

Razgraničenje od „čistog“ poklona je oštro. Ilustracija: Uprava nove robne kuće obećala je da će pokloniti aparat za kafu svakom zainteresovanom, s tim da se aparat preuzima na petom, poslednjem spratu (pritom se obilazi prodajni prostor i razgleda roba). Penjanje je naknada, pa je ugovor mešovit, ali će se smatrati primarno poklonom ako su kumulativno ispunjeni uslovi a i b.

¹⁰ Svi stavovi i ilustracije u ovom delu preuzeti su iz: Von Bar, Clive, 2009: 2799-2877.

Objektivni element korigovan je i dopunjen subjektivnim. Zaključen je ugovor o poklonu samo ako, po oceni ugovarača, postoji neekvivalencija. Ilustracija: U nekim krajevima Evrope vlada sujeverje da poklanjanje noža donosi nesreću poklonoprincu. Da bi se izbegle te „štetne posledice“, poklonoprimac daje simboličnu naknadu (novčić). Ova naknada je beznačajna i posao se smatra primarno poklonom. Slično je i sa prijateljskom prodajom kod koje, s obzirom da sadrži elemente prodaje i poklona, primena pravila o poklonu zavisi od subjektivnog shvatanja ugovarača o ekvivalenciji činidbi.

Kod uslovljenih davanja nema „čiste“ besplatnosti, već se radi o mešovitom ugovoru. Ilustracija: Lice A prenese u svojinu vrednu sliku na lice B sa raskidnim uslovom da B izlaže sliku u muzeju četiri puta godišnje. Ovde izlaganje slike predstavlja naknadu i zato nema „čiste“ besplatnosti, pa se pravila DCFR o poklonu primenjuju samo ako su ispunjeni uslovi a i b.

Poklon sa teretom nije potpuno besplatan. Ako se teret ne ispuni, posledice su slične onima koje se javljaju u slučaju neispunjenja obaveze iz teretnog ugovora. Ilustracije: Ugovoren je poklon sa teretom da se poklonoprimac stara o poklonodavčevom grobu, takva usluga je naknada; A pokloni novac B pod uslovom da on četvrtinu novca preda C, isplata trećem je naknada; A obeća da će pokloniti akcije B, sa teretom da B finasijski pomaže A sa 20% godišnje dividende. Ovi mešoviti slučajevi smatraće se primarno poklonom ukoliko postoji namera da se učini korist i ugovarači su saglasni da nema ekvivalencije.

Za ugovor koji se smatra primarno poklonom važe pravila o poklonu: formalan je, poklonodavčeva odgovornost je ublažena; snižen je prag za poništenje zbog zablude; važi relativna pretpostavka eksploatacije poklonodavca kao slabije strane u zaštićenom odnosu. Opoziv deluje na ceo ugovorni odnos (ne samo na besplatnu komponentu). Poklonoprimac može sprečiti dejstvo opoziva ako ponudi odgovarajuću naknadu u razumnom roku nakon opoziva. Ilustracija: A usmeno obeća da će prodati automobil za polovinu njegove vrednosti, što B sa zahvalnošću prihvati. Ukoliko A ima nameru da učini korist B, i vrednosti činidbi po predstavi ugovarača nisu ekvivalentne, primenjuju se pravila o poklonu. Međutim, pošto izjava poklonodavca nije u pisanoj formi, ona je neobavezujuća (ugovor o poklonu je formalan).

5. Objektivni element u drugim disciplinama

Poklanjanje kao društvena pojava je predmet istraživanja različitih humanističkih nauka. Antropolozi su prvi primetili kompleksnost darovanja. Naizgled slobodno i spontano, poklanjanje je u realnosti prinudno i ciljano.¹¹

11 Reč je o socijalnoj, ne o pravnoj prinudi.

Sistem poklanjanja čine tri isprepletene obaveze: davanje, prihvatanje i uzvraćanje jednakim ili vrednijim poklonom. Neispunjenje donosi neprijateljstvo i sukob. Poklanjanje ima socijalnu funkciju na individualnom, porodičnom i plemenskom nivou. Ako na moj zlatni poklon, uzvратиš grubom tkaninom, saznao sam dosta o tebi kao savezniku ili zetu; ako je to sve što možeš da daš, ili nisi dobar ratnik ili uskraćuješ prijateljstvo. Poklanjanje uspostavlja hijerarhiju. Poklonodavac stiče dobru reputaciju bogatog i darželjivog čoveka. Odbijanjem poklona status se gubi, jer to znači da ponuđeni nije u situaciji da uzvрати (Schroeder, 1999: 833, 843, 846).

Poklon je višestruko koristan poklonodavcu. U antičko vreme poklonima su se „pribavljali“ supružnici i stvarali savezi. Poklon poslovnom partneru olakšava buduću saradnju. U psihologiji je opisan hedonistički paradoks: i najnesebičniji akt donosi psihološku nagradu. Poklanjanje rezultira samozadovoljstvom i samopouzdanjem, i obrazlaže se egoističnim motivima. Prihvatanje poklona omogućava poklonodavcu zaštitu reputacije, uklapanje u društvo, emocionalno olakšanje i iskupljenje. Svadbeni poklon čini se pod pritiskom običaja kako bi se izbegla kritika rodbine. Srodniku pomažemo ne zbog solidarnosti, već zato što nam je potreban ili očekujemo protivuslugu. Neplaćanje skupe školarine za dete ugrozilo bi reputaciju roditelja u konkretnom društvenom miljeu. Shvatajući da donatori daju kako bi pokazali svoj status, organizacije koje sakupljaju priloge rado publikuju imena dobrotvora. U mnogim elitnim udruženjima zabranjeni su ekstravagantni pokloni kako skorojevići ne bi zasenili stare porodice (Keren, 2013: 30-35, 42-47, 52; Baron, 1988: 174; Posner, 1997: 583, 590).

Reciprocitet je uvek prisutan, nema besplatnog ručka. Poklonoprimalac oseća lični, psihološki i društveni pritisak da se revanšira. Poklon se redovno uzvraća poklonom, novac bi zatvorio krug. Pravno lice uzvraća odavanjem počasti (npr. imenovanjem zgrade univerziteta po poklonodavcu). Prisutan je i element agresije, jer poklonodavac, često nesvesno, uspostavlja dominaciju nad poklonoprimalcem. Poklonoprimalac koji ne može da uzvрати nalazi se u podređenoj ulozi, u servilnom odnosu zahvalnosti. Jedino kod anonimnog poklona, poklona u opštekorisne svrhe, poklona nepoznatom ili umirućem nema reciprociteta. Poklon nije ni besplatan ni teretan ugovor, već hibrid (Schroeder, 1999: 842, 823-824, 879; Eisenberg, 1997: 842).

Poklon je naročito dvoznačan u politici. Javnost percipira korupciju ako političar obeća protivuslugu za novčani prilog. Kada političar ne da eksplicitno takvo obećanje, neuočljivost quid pro quo abolira i poklonoprimalca i poklonodavca, premda niko ne smatra prilog zaista besplatnim (Posner, 1997: 570-572).

U pravnoj filosofiji sreću se oprečni pogledi na poklon. Utilitarizam međuljudske odnose sagledava sa aspekta ličnog interesa. Poklon je primitivna, nepotpuna

i nesavršena vrsta ugovora čiji je ekonomski cilj uvećanje koristi ili bogatstva poklonodavca. Pravo ne treba da ohrabruje niti olakšava poklanjanje. Ljudi poklanjaju iz istog razloga iz kojeg zaključuju teretne ugovore. Za laike, nepravnike, poklon je razmena. Poklon je sličniji teretnim poslovima nego što se čini, pa specifičnosti koje ga prate (posebna pravila o poslovnoj sposobnosti ugovarača, uticaj motiva na punovažnost, stroga forma, izmenjen režim ugovorne odgovornosti, mogućnost opoziva) nemaju opravdanje. Poklonodavac postupa proračunato u ličnom interesu, očekujući isplativost poklona te ne zasluži zaštitu. U filozofskom romantizmu međuljudski odnosi zasnovani su, ili bi trebalo da teže, altruizmu. Poklon se fundamentalno razlikuje od teretnih ugovora, superioran je, gradi dugoročne odnose, vezuje ljude. Pravo treba da zaštiti i stimuliše poklanjanje (Schroeder, 1999: 832, 839; Baron 1988: 198; Eisenberg 1997: 841).

6. Zaključak

Objektivni element poklona, uprkos svom značaju, deluje zagonetno i neuhvatljivo. Pojam besplatnosti, oko čije definicije nema saglasnosti, je preširok da bi ga tačno opisao, jer nije svaki besplatni posao poklon. Pojmovni par osiromašenje/obogaćenje je precizniji, ali bez kapaciteta da obuhvati sve slučajeve. Nema ni osiromašenje ni obogaćenja kada je predmet poklona bezvredna stvar, stvar subjektivne ili afekcione vrednosti. Umesto osiromašenja, poklon može doneti imovinsku korist poklonodavcu (npr: poklon nepotrebnih stvari oslobađa skladište; poklon otpada; poklon životinje čije je izdržavanje skupo). Nekad poklon osiromaši poklonoprimeca (npr: poklonjena životinja zarazi stado). Najzad, osiromašenje i obogaćenje javlja se i mimo poklona (npr: kada većim pregovorima ugovarač postigne izuzetno povoljnu cenu, on se bogati na račun druge strane). Poslednji primer pokazuje da je objektivni element ograničenog domašaja, u obzir se mora uzeti i subjektivni element poklona.

Objektivni element poklona najbolje se objašnjava kumulativno, besplatnošću sa jedne i osiromašenjem/obogaćenjem sa druge strane. Između ovih komponenti postoji tesna veza, besplatnost je uslov postojanja poklona, korelativni par je imovinska posledica poklanjanja. Moguća su dva pristupa ukoliko se ispostavi da ugovor nije proizveo željeni rezultat (plaćena je bezvredna stvar, poklon je naneo štetu): 1) treba se zapitati šta je tipično za posao koji su strane preduzele; 2) ocenu treba dati tek na osnovu konačnog bilansa.

Pogled društvenih nauka na poklon je drugačiji od pravničkog. Reciprocitet se podrazumeva, nema slobode, egoizam potiskuje altruizam. Odsustvo naknade nije gubitak za poklonodavca, naprotiv njegov dobitak je, što je možda i bitnije, nematerijalan. Poklanjanje je društvena pojava složenija od prostog besplatnog

akta. Ugovor o poklonu, pokušaj prava da reglišu ovu pojavu, biće uspešan samo ako razumemo njenu suštinu.

Objektivni element treba sagledati iz ugla poklonoprimca: eventualna poklonodavčeva korist, redovno nematerijalna neretko i materijalna, je sekundarna. Važnije je da nema poklonoprimčeve protivčinidbe, odnosno da on daje manje nego što poklonom dobija.

Literatura

- Antić O. (2005). Kauza, *Pravni život*, 10/2005.
- Baron J. (1988). Gifts, Bargains, and Form, *Indiana Law Journal*, 64/1988.
- Bikić A. (2005). *Obligaciono pravo*, Sarajevo.
- Blagojević B. (1947). *Građanskopravni obligacioni ugovori*, Beograd.
- Von Bar C., Clive E. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 3, Minhen.
- Vuković M. (1964). *Obvezno pravo*, Zagreb.
- Đurđević M. (2012). *Ugovor o poklonu*, Beograd.
- Eisenberg M.A. (1997). The World of Contract and the World of Gift, *California Law Review*, vol. 85, 4/1997.
- Keren H. (2013). Considering Affective Consideration: Toward A Conscious Enforcement Of (Some) Gratuitous Promises, *Golden Gate University Law Review*, Forthcoming, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1397122>.
- Kollhosser H. (2004). *Münchener Kommentar zum BGB*, Minhen.
- Loza B. (2000). *Obligaciono pravo II, posebni deo*, Pale.
- Malenica A. (1981). *Poklon u rimskom pravu*, Beograd.
- Marković L. (1997). *Obligaciono pravo*, Beograd.
- Marcel P., Ripert G. (1957). *Traité pratique de droit civil français, V: Donations et testaments*, Pariz.
- Medić D. (2004). Darovanje prema nacrtu ZOO RS, *Pravni život*, 10/2004.
- Mijačić M. (1983). *Obligacioni ugovori*, Niš.
- Nikšić S. (2006). Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 4/2006.
- Perić Ž. (1927). *O posebnim ugovorima*, Beograd.
- Perović S. (1981). *Obligaciono pravo*, Beograd.
- Posner E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts And Gratuitous Promises, *Wisconsin Law Review*.

Radišić J. (2008). *Obligaciono pravo*, Beograd.

Radovčić V. (1983). *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb.

Schroeder JL. (1999). Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts, *UCLA Law Review*, 46/1999.

Husa J. (2009). Gift: The Piece That Does Notfit The Legal Puzzle, *Maastricht J. Eur. & Comp. L*, 16/2009.

Casulli Vincenzo R. (1964). *Donazione (diritto civile)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano.

Mihajlo Cvetković, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Donation Contract: The Objective Element

Summary

The objective element of a donation contract has a great theoretical and practical importance because it is a distinctive indication of donation. It is the boundary between market-oriented transactions and transactions designed to fulfill other sorts of needs and goals. The concept is intuitively simple: the donor gives something away and receives nothing in exchange. Yet, legal systems are rarely able to define the idea clearly. The objective element is usually described using the concept of gratuitousness: an absence of consideration (in Common Law), a lack of equivalence (in French law); no causal link between performances (in German law). The second approach to describing the objective element is to look at the effects of donation: the donor gets poorer and the donee gets richer (in Roman law). Problems arise when contract does not produce expected results: the donor may also benefit from the donation while the donee might sustain some loss. The first concept is too broad; the second is too narrow. There are additional difficulties with the perception of reward, donation for a special purpose, donation with charge, gratuitous supply and waste disposal. Some of these concepts are discussed in the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and presented in this paper. The knowledge from related sciences (sociology, anthropology, psychology) may be extremely valuable for lawyers dealing with these issues.

Key words: *gift, donation, equivalence, contract, objective element, DCFR, enrichment, impoverishment.*

Novak Krstić,
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.65/68

Rad primljen: 30.09.2013.
Rad prihvaćen: 09.11.2013.

ODREĐIVANJE VELIČINE NUŽNOG DELA¹

Apstrakt: U pravu Republike Srbije, kao i u većini savremenih prava, usvojen je sistem pojedinačnog nužnog dela. Shodno tome, veličina nužnog dela svakog nužnog naslednika utvrđuje se od veličine zakonskog naslednog dela koji mu u svakom konkretnom slučaju pripada. U radu su, najpre, sagledane posledice odricanja od nasleđa, nedostojnosti i nesposobnosti za nasleđivanje, te isključenja iz nasleđa, na veličinu nužnog dela nužnih naslednika. Kako u teoriji postoje značajna mimoilaženja u razumevanju dejstava koje pojedini instituti imaju na veličinu nužnog dela, autor, osvrćući se na postojeće stavove, argumentuje svoje viđenje pojedinih spornih pitanja. U tom smislu, posebna pažnja posvećena je analizi uticaja lišenja prava na nužni deo, nehtenja nužnog naslednika da ostvari svoje pravo na nužni deo, odricanja od nasleđa u korist sanaslednika, kao i promena u veličini zakonskih naslednih delova, na veličinu nužnih delova nužnih naslednika.

Ključne reči: nužni deo, zakonski deo, nužni naslednici, nasleđivanje.

1. Uvod

Pravo na nužni deo jeste ovlašćenje, kogentnim normama priznato naročito privilegovanoj kategoriji zakonskih naslednika – nužnim naslednicima, na određeni udeo i određenu vrednost iz zaostavštine. Nužni deo predstavlja deo zaostavštine kojim ostavilac nije mogao slobodno raspolagati, i koji nezavisno od njegove volje mora pripasti nužnim naslednicima, kada to zahtevaju. Ovom ustanovom štite se imovinski interesi određenog kruga ostaviocu naročito bliskih lica koji su po zakonskom naslednom redu pozvani da ga naslede, kada ih je, barem prema shvatanjima društva oličenoj u volji zakonodavca, ostavilac

¹ novak@prafak.ni.ac.rs

Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013 – 2018 godine.

neopravdano mimoišao prekomernim besteretnim raspolaganjima.

Savremena prava, koja poznaju institut nužnog dela, određuju krug nužnih naslednika kao numerus clausus. Veličina nužnog dela nužnih naslednika zakonom je unapred definisana i ne može biti promenjena odlukom suda, u smislu njegovog povećanja ili smanjenja (Vidić, 2006: 800). Sistemi određivanja veličine nužnog dela i kriterijumi na osnovu kojih se utvrđuje nužni deo svakog nužnog naslednika, različiti su u savremenim pravnim sistemima. Pravo Republike Srbije decenijama unazad priklonjeno je sistemu pojedinačnog nužnog dela, konceptu koji je dominantan u uporednom pravu.

U radu se detaljno sagledavaju pravila o utvrđivanju veličine nužnog dela u našem pravu, sa osvrtom na način određivanja veličine nužnog dela kada jedan ili više nužnih naslednika ne žele ili ne mogu da naslede, odnosno kada nužni naslednik ne traži namirenje nužnog dela. Posebna pažnja posvećena je uticaju promena u veličini zakonskih naslednih delova, lišenja prava na nužni deo, te odricanja od nasleđa u korist sanaslednika, na veličinu nužnog dela. S tim u vezi, iznose se stavovi kojima se oponira pojedinim stanovištima zauzetim u pravnoj doktrini. Predmet analize u ovom radu nije izračunavanje vrednosti nužnog dela, osim u onoj meri koja je neophodna da bi se određena sporna pitanja razlučila.

2. Ukratko o sistemima utvrđivanja veličine nužnog dela u savremenom pravu

Definisanje kruga nužnih naslednika i veličine nužnih delova predstavlja delikatan zadatak za svakog zakonodavca. Brojni su faktori koji, tom prilikom, moraju biti uzeti u obzir kako bi se pronašlo rešenje kojim se štite i interesi ostaviocu bliskih lica, koji polažu nadu na određeni deo zaostavštine, ali i interesi samog ostavioca. Veličina nužnog dela pojedinih kategorija nužnih naslednika, kao i krug lica koja mogu biti nužni naslednici, varira od države do države, u zavisnosti od značaja koje društvo pridaje porodici, braku (odnosno zakonom uređenoj zajednici dva lica), pretpostavljenoj bliskosti veza među pojedinim članovima uže i šire porodice, ali, nasuprot tome, i od stepena slobode raspolaganja imovinskim pravima poslovima *inter vivos* i *mortis causa*, koje pravni poredak želi garantovati pojedincu.

Savremena prava, koja poznaju ustanovu nužnog dela, opredeljuju se za jednu od dve koncepcije utvrđivanja veličine nužnog dela.

Francuski *Code Civil* usvojio je sistem skupnog nužnog dela, prema kome se veličina nužnog dela (i raspoloživog dela zaostavštine) utvrđuje prema celini zaostavštine, a uslovljena je brojem i kvalitetom nužnih naslednika. Veličina skupnog nužnog dela prvenstveno je opredeljena brojem dece ostavioca, pri

čemu se u obzir uzima i dete ostavioca koje ne može ili ne želi da nasledi, ukoliko ima svoje potomke, jer dolazi do primene prava predstavljanja. Ukoliko ostavilac ima jedno dete, veličina nužnog dela iznosi $1/2$ zaostavštine, ako ima dvoje dece, nužni deo je $2/3$, a u slučaju da ima troje ili više dece, nužni deo iznosi $3/4$ zaostavštine, i deli se među decom na jednake delove.² Supružnik može biti nužni naslednik tek ukoliko ostavilac nema potomaka koji su pozvani da naslede, a veličina njegovog nužnog dela utvrđena je na $1/4$ zaostavštine.³

Većina prava, među kojima je i naše, opredelila su se za koncept pojedinačnog nužnog dela. Ovu koncepciju karakteriše određivanje veličine nužnog dela za svakog nužnog naslednika koji je pozvan na nasleđe od veličine zakonskog naslednog dela koji mu u konkretnom slučaju pripada. U zavisnosti od kriterijuma kojima se rukovodi legislator (pripadnost nužnim naslednim redovima, svojstvo apsolutnog ili relativnog nužnog naslednika, pretpostavljena bliskost ostavioca sa pojedinim kategorijama nužnih naslednika), postoje značajne razlike u veličini nužnih delova pojedinih kategorija nužnih naslednika.

3. Osnovna pravila o određivanju veličine nužnog dela u našem pravu

U naslednom pravu Republike Srbije nužni deo svakog nužnog naslednika, koji je pozvan na nasleđe, određuje se od naslednog dela koji mu prema zakonu pripada. Prilikom izračunavanja zakonskih naslednih delova, u obzir se uzimaju svi zakonski naslednici, nezavisno od toga da li ulaze u krug nužnih naslednika, i utvrđuje se zakonski deo svakog od njih. Nužni deo lica koja su *in concreto* nužni naslednici potom se određuje u zakonom definisanom razlomku od zakonskog naslednog dela (Blagojević, 1955: 140; Stojanović, 2011: 154).

Pravila o nužnom nasleđivanju u našem pravu konstruisana su na temeljima modifikovane teorije izdržavanja (Antić, 2009: 191), kao i na principu uzajamnosti u nasleđivanju (Antić, Balinovac, 1996: 113-124; Stojanović, Krstić, 2008: 217). Nužni naslednici raspoređeni su po nužnim naslednim redovima, između kojih postoji isključivost u pozivanju na nasleđivanje. U prvom nužnom naslednom redu nalaze se ostaviočevi potomci, usvojenici i njihovi potomci, te supružnik, dok su u drugom, pored supružnika, još i roditelji ostavioca i njegova braća i sestre. Treći i dalje nužne nasledne redove čine samo preci ostavioca (u trećem su dede i babe, u četvrtom pradede i prababe itd.). Za razliku od nužnih naslednika iz prvog naslednog reda i roditelja, koji su apsolutni nužni naslednici,

2 Videti: čl. 913-1 *Code Civil des Français* iz 1804. godine. U daljem tekstu: CC.

3 Videti: čl. 914-1 CC. Do izmena SS iz 2006. godine, pravo na nužni deo imali su i roditelji i ostali preci ostavioca, kada bi bili pozvani da naslede, i oni su imali prvenstvo u ostvarenju prava na nužni deo u odnosu na supružnika ostavioca.

ostali nužni naslednici pravo da zahtevaju namirenje nužnog dela imaju samo ako su trajno nesposobni za privređivanje i bez nužnih sredstava za život, uz prethodni uslov da su pozvani na nasleđe.⁴

Kriterijum koji Zakon o nasleđivanju Srbije koristi za određivanje veličine nužnog dela jeste pripadnost nužnog naslednika određenom nužnom naslednom redu. Pripadnost krugu apsolutnih, odnosno relativnih nužnih naslednika nije od primarnog značaja. Tako, nužni deo nužnih naslednika prvog nužnog naslednog reda uvek iznosi polovinu, a naslednika drugog i ostalih nužnih naslednih redova – trećinu od zakonskog naslednog dela. Jedini izuzetak učinjen je kod supružnika, čiji je nužni deo, nezavisno od toga u kom naslednom redu nasleđuje, uvek polovina od zakonskog naslednog dela.⁵

Na veličinu nužnih delova značajan uticaj mogu imati različite okolnosti. U nastojanju da otklonimo dileme koje među poslenicima pravne misli postoje, u redovima koji slede nastojaćemo analizirati kakve posledice po veličinu nužnih delova nužnih naslednika proizvode pojedini instituti regulisani ZON-om Srbije.

4. Određivanje veličine nužnog dela kada je nužni naslednik nedostojan ili nesposoban za nasleđivanje, isključen iz nasleđa ili se odrekne nasleđa

Kada nužni naslednik, koji je doživeo trenutak delacije, neće (odrekne se nasleđa) ili ne može da nasledi ostavioca (kada je nedostojan za nasleđivanje, nesposoban za nasleđivanje, isključen iz nasleđa ili lišen prava na nužni deo), postavlja se pitanje kakva je sudbina njemu pripadajućeg nužnog dela. Zakon o nasleđivanju Republike Srbije, kao pravilo, predviđa da njegov nužni deo ne prirasta po automatizmu ostalim nužnim naslednicima.⁶ Kako nemogućnost ili nehtenje da se nasledi u našem pravu imaju samo lično dejstvo, smisao ovog rešenja ogleda se u tome da se iznova pristupa izračunavanju zakonskih naslednih delova svih zakonskih naslednika koji mogu i žele da naslede, kao da konkretnog nužnog naslednika nije ni bilo (Vizner, 1967: 9).⁷ Tom prilikom se primenjuju osnovna pravila raspodele pripadajućeg naslednog dela nužnog naslednika, koji ne može ili neće da nasledi, karakteristična za parentelarno-

4 Čl. 39 Zakona o nasleđivanju Srbije, *Sl. glasnik RS*, 46/95. U daljem tekstu: ZON.

5 Naravno, ukoliko nadživeli supružnik, čiji je brak sa ostavioцем prestao njegovom smrću, izgubi pravo zakonskog nasleđivanja na osnovu čl. 22 ZON-a, neće imati ni pravo na nužni deo.

6 Videti: čl. 40 st. 3 ZON.

7 Makedonski zakonodavac zauzeo je potpuno drugačiji stav, propisujući da nastupanje ovih činjenica nema uticaja na veličinu nužnog dela (čl. 31 st. 2 Zakona za nasleđivanje, *Sl. vesnik na RM*, 47/96 – dalje: ZONRM). Usled toga, nužni deo nužnog naslednika koji ne može/ne želi da nasledi prirasta zaveštajnim naslednicima, a nužni delovi ostalih nužnih naslednika ostaju nepromenjeni (Čavdar, 1996: 73).

linearni sistem – pravo predstavljanja, pravo priraštaja i pravo sledoreda. Potom se od zakonskih utvrđuju pojedinačni nužni delovi nužnih naslednika.⁸

Domašaj *ius representationis*, *ius accrescendi* i *successio ordinum* nije identičan u sferi zakonskog i nužnog nasleđivanja. Dok se zakonski deo naslednika koji ne može ili ne želi da nasledi, primenom ovih pravila, u punom obimu, *ex lege*, „preliva“ ostalim naslednicima koji se pozivaju na nasleđe (svima ili samo nekima od njih), nužni deo nužnog naslednika koji ne nasleđuje može u potpunosti, ali i samo u jednom delu, prirasti ostalim nužnim naslednicima, a može se dogoditi i da njihov nužni deo ostane nepromenjen. Stoga, kada nužni naslednik ne može ili ne želi da nasledi, njegov nužni deo može u potpunosti otići u raspoloživi deo zaostavštine, delom otići u raspoloživi, a delom u nužni deo nužnih naslednika, ili, pak, raspoloživi deo zaostavštine može ostati nepromenjen, a nužni deo nužnog naslednika koji ne nasleđuje u potpunosti prirasti nužnim delovima ostalih nužnih naslednika, jednom ili više njih (Stojanović, 2011: 155).

Izvesne nedoumice u literaturi postoje kod dejstava isključenja iz nasleđa. Tako, postoje shvatanja da nužni deo isključenog naslednika pripada njegovom potomstvu, a ukoliko nema potomaka, nužni deo ostalih nužnih naslednika će se uvećati za deo koji bi pripao isključenom nužnom nasledniku (Babić, 2005: 135). Prisutan je i stav da u drugom nužnom naslednom redu, umesto roditelja koji je isključen iz nasleđa, na nasleđe bivaju pozvana samo njegova deca koja su trajno nesposobna za privređivanje i nemaju nužnih sredstava za život, a ako njih nema na nasleđe neće biti pozvana druga lica (Svorcan, 2004: 168). Potpuno je nejasan stav da ukoliko umesto isključenog nužnog naslednika ne mogu na nasleđivanje biti pozvana druga lica, neće doći do priraštaja njegovog nužnog dela, već će se pri izračunavanju nužnih delova ostalih nužnih naslednika uzeti kao da i isključeni dobija nužni deo (Svorcan, 2004: 168).

Mišljenja smo da je zakonodavac bio jasan kada je stipulisao da se prava ostalih koji mogu naslediti određuju kao da je isključeni umro pre ostavioca.⁹ Kako isključeni nužni naslednik gubi nasledna prava u meri u kojoj je razbaštinjen, i pravi se fikcija njegove smrti, zakonski nasledni deo koji bi mu pripao raspodeljuje se prema pravilima redovnog zakonskog nasleđivanja licima koja se umesto njega javljaju na nasleđe (detaljnije: Marković, 1981: 205). Od tako utvrđenog zakonskog dela, određuje se nužni deo onih naslednika koji ulaze u krug nužnih naslednika.

8 Izuzetak u tom smislu predstavlja lišenje prava na nužni deo, čije će pravne posledice biti predmet zasebne analize. Do odstupanja od gore navedenog pravila dolazi i u slučaju isključenja iz nasleđa, kada je zaveštalac u zaveštanju odredio supstituta nužnom nasledniku, odnosno u slučaju delimičnog isključenja, kada nužni naslednik voljom zaveštaoca dobija određenu vrednost iz zaostavštine, manju od vrednosti nužnog dela.

9 Videti: čl. 63 st. 2 ZON.

5. Određivanje veličine nužnog dela kada nužni naslednik ne traži nužni deo

Od odricanja od nasleđa nužnog naslednika treba razlikovati situaciju kada nužni naslednik, poštujući ostaviočevu volju, ne zahteva svoj nužni deo u okviru materijalnopravnih rokova predviđenih zakonom, ali se prihvata nasleđa kao zakonski naslednik na delu čiste zaostavštine koji je preostao nakon smrti *de cuius-a*. „Odricanje“ od nužnog dela nikako se ne može smatrati odricanjem od zakonskog dela (Stanojević, 1959: 216). Stoga, nema mesta primeni fikcije, kao kod negativne nasledničke izjave, da nužni naslednik nikada nije ni postojao, već mu se utvrđuje nasledni deo koji mu po zakonu pripada (Kreč, Pavić, 1964: 78). Kako se u tom slučaju zakonski deo ostalih zakonskih naslednika ne menja, nepromenjeni ostaju i nužni delovi nužnih naslednika, te će za veličinu nužnog dela nužnog naslednika koji nije tražio namirenje, biti povećan raspoloživi deo zaostavštine.¹⁰

Ista situacija postojaće i kada je nužni naslednik uredno pozvan na ostavinsku raspravu, ali se do okončanja prvostepenog postupka za raspravljanje zaostavštine nije odazvao pozivu, ili nije želeo da dâ nasledničku izjavu na ročištu, niti je u pisanoj formi tražio namirenje nužnog dela. U tom slučaju, smatraće se da se naslednik prećutno prihvatio zakonskog naslednog dela,¹¹ ali ne i nužnog dela, s obzirom da sud ne utvrđuje pravo na nužni deo po službenoj dužnosti, već samo na zahtev nužnog naslednika.

Ako nužni naslednik nije bio uredno pozvan na ostavinsku raspravu i nije joj prisustvovao, moći će da zahteva nužni deo i nakon pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju, ukoliko rok za traženje nužnog dela nije istekao.¹² Pravnosnažnost rešenja o nasleđivanju ima svoje subjektivne granice, i tiče se samo lica koja su uzela učešće u ostavinskoj raspravi, pa će naslednik koji nije učestvovao u postupku moći da zahteva namirenje svog nužnog dela u parnici.

6. Određivanje veličine nužnog dela u slučaju odricanja od nasleđa u korist sanaslednika

Nužni naslednik se, kao i bilo koji drugi naslednik, može odreći nasleđa u korist

10 Raspoloživi deo zaostavštine jeste onaj deo zaostavštine kojim je ostavilac mogao po svojoj volji raspolagati, nepovređujući pri tom nužni deo nužnih naslednika.

11 Shodno čl. 219 st. 1 ZON.

12 Zastarelost prava da se zahteva nužni deo nastupa protekom roka od tri godine od proglašenja zaveštanja, ako je nužni deo povređen zaveštajnim raspolaganjima, odnosno protekom tri godine od otvaranja nasleđa, kada je nužni deo povređen poklonima (čl. 58 i 59 ZON).

sanaslednika (zakonskih, zaveštajnih i nužnih) koji *in concreto* nasleđuju. Prema slovu ZON-a Srbije, takva izjava smatra se izjavom o prijemu nasleđa i ustupanju naslednog dela sanasledniku.¹³ Tačnije, reč je o ponudi koju nužni naslednik čini sanasledniku, a koju ovaj treba da prihvati da bi do ustupanja naslednog dela došlo. Ukoliko sanaslednik prihvati ustupljeni nasledni deo, na odnose između ustupioaca i prijemnika primenjuju se pravila o poklonu,¹⁴ osim ukoliko je ustupanje izvršeno uz naknadu, kada ima obeležja teretnog pravnog posla. Identično dejstvo izjavi o odricanju nasleđa u korist sanaslednika ima i ugovor kojim jedan naslednik ustupa svoj nasledni deo sanasledniku (više: Stojanović, 2009: 53-55).

Kada do ustupanja naslednog dela dođe, ukoliko ustupilac i/ili prijemnik ulaze u krug nužnih naslednika, postavlja se pitanje da li se veličina njihovog nužnog dela utvrđuje od naslednog dela koji im je po zakonu pripao, ili od „uvećanog“, odnosno „umanjenog“ naslednog dela. U teoriji je zastupljen stav da se, kada do odricanja u korist sanaslednika dođe, iznova izračunava zakonski deo naslednika kome je nasledni deo ustupljen. Potom se, ukoliko se radi o licu koje je nužni naslednik, od zakonskog određuje nužni deo (Antić, Balinovac, 1996: 222-223).

Ovakvo stanovište čini nam se neprihvatljivim. Izjava o odricanju od nasleđa u korist sanaslednika po svojoj suštini je pozitivna naslednička izjava. Davanjem ove izjave naslednik se prihvata nasleđa, što se i konstatuje u dispozitivu rešenja o nasleđivanju. Naslednik se ne odriče prava nasleđa, već samo ustupa deo zaostavštine koji je po zakonu nasledio. Usled toga, njemu ne prestaje nasledničko svojstvo, i on odgovara za ostaviočeve dugove do vrednosti ustupljenog naslednog dela (osim ukoliko su se sanaslednici što drugo dogovorili).¹⁵ Ovde ne dolazi do uvećanja naslednog dela prijemnika, već on stiže ustupiočev zakonski nasledni deo (ili nužni deo, ako se samo on ustupa) kao poklonoprimac. Ukoliko je ostavilac besplatnim raspolaganjima povredio nužni deo nekom nužnom nasledniku, na pitanje da li je do povrede nužnog dela došlo ili ne, ne može imati uticaj činjenica da su sanaslednici jedni drugima besteretno ili teretno preneli svoj nasledni deo.

Stoga, mišljenja smo da odricanje u korist sanaslednika nema nikakvog uticaja na veličinu nužnog dela prijemnika naslednog dela. Veličina njegovog nužnog dela utvrdiće se od naslednog dela koji mu je po zakonu i pripao. Prilikom utvrđivanja postojanja povrede nužnog dela, i vrednosti za koju nužni deo treba

13 Shodno čl. 216 st. 1 ZON.

14 Videti: čl. 216 st. 2 ZON.

15 Štaviše, ovom nasledniku pripada i pravo da nasledi naknadno pronađeni deo zaostavštine, kao i deo koji bi mu pripao na osnovu primene prava priraštaja, u visini nasledne kvote (Pavić, 1958: 446; Stojanović, 2009: 46).

biti dopunjen, uzeće se u obzir samo vrednost zakonskog naslednog dela koji mu je pripao (uz uračunavanje eventualnih poklona ili isporuka koje je nužni naslednik dobio od ostavioca), a ne i vrednost ustupljenog naslednog dela sanaslednika.

Mišljenja smo da čak i naslednik koji je ustupio svoj nasledni deo, ima pravo da zahteva namirenje nužnog dela, ukoliko jeste nužni naslednik *in concreto*. Ustupanje naslednog dela sanasledniku, motivisano različitim razlozima, ne može imati uticaja na činjenicu da li je njegov nužni deo povređen ili ne, i on može imati interesa da traži namirenje nužnog dela od zaveštajnih naslednika i/ili poklonoprimalaca u čiju korist mu je ostaviočevim raspolaganjima i povređen nužni deo. Veličina nužnog dela, kao što je to redovno slučaj, odredila bi se od veličine zakonskog naslednog dela. Prilikom utvrđivanja postojanja povrede nužnog dela, i vrednosti koja nužnom nasledniku treba biti isplaćena radi namirenja nužnog dela, uzela bi se u obzir vrednost naslednog dela koji je nužni naslednik ustupio. Na ime nužnog dela nužni naslednik bi mogao dobiti samo vrednost koja je jednaka razlici između vrednosti nužnog dela i vrednosti ustupljenog zakonskog naslednog dela (uz uzimanje u obzir poklona ili isporuka koje je eventualno dobio od ostavioca). U suprotnom, imali bismo konstrukciju, po nama neodrživu, da se naslednik koji se odrekao nasleđa u korist sanaslednika smatra univerzalnim sukcesorom, odgovara do visine naslednog dela za dugove ostavioca, ali da, iako jeste nužni naslednik, nema pravo na nužni deo, a da sanaslednik kome je ustupio nasledni deo ima pravo da, koristeći se time, ishodi za sebe uvećani nužni deo.

7. Uticaj lišenja prava na nužni deo na veličinu nužnih delova nužnih naslednika

Institut lišenje prava na nužni deo omogućava zaveštaocu da u zaveštanju, na nesumnjiv način, delimično ili u potpunosti liši prava na nužni deo svog potomka, zbog njegove prezaduženosti ili rasipničkog ponašanja, u korist potomaka lišenog.¹⁶ Pravne posledice lišenja prava na nužni deo, u određenoj meri, razlikuju se od posledica kada nužni naslednik iz nekog drugog razloga ne može da nasledi.

U pravnoj doktrini postoje različita poimanja dejstava koje lišenje prava na nužni deo proizvodi. Razlog tome vidimo u nepreciznoj zakonskoj formulaciji kojom su regulisane posledice lišenja. Naime, zakonodavac u st. 1 čl. 64 ZON stipuliše da zaveštalac svog potomka može lišiti prava na nužni deo „u korist potomaka lišenog“, dok se u čl. 65 ZON, kao uslov punovažnosti lišenja, određuje da lišeni u trenutku ostaviočeve smrti mora da ima makar jedno maloletno dete,

¹⁶ Videti: čl. 64 ZON.

ili maloletnog unuka od ranije preminulog deteta, odnosno punoletno dete ili punoletnog unuka od preminulog deteta, koje je nesposobno za privređivanje. Neki autori ovakvo rešenje poimaju na način da lišenje može ići samo u korist potomaka lišenog, čije je postojanje u trenutku delacije uslov punovažnosti lišenja (Svorcan, 2004: 174; Babić, 2005: 137). Sa druge strane, pojedini civilisti smatraju da se u slučaju lišenja, budući da se za lišeno lice uzima kao da je umrlo pre ostavioca, primenjuju pravila redovnog zakonskog nasleđivanja (Bazala, 1957: 140; Đurđević, 2010: 231). Takođe, suprotstavljeni su stavovi i po pitanju slobode zaveštaoca da nasledni deo lišenog po svom nahođenju rasporedi njegovim potomcima: dok pojedini autori takvu slobodu negiraju (Svorcan, 2004: 174; Babić, 2005: 137), drugi teoretičari čak smatraju da je izričita izjava zaveštaoca kome nužni deo ostavlja uslov punovažnosti lišenja (Blagojević, 1976: 234).

Prema našem shvatanju, postojanje potomaka lišenog iz čl. 65 ZON, samo je uslov punovažnosti lišenja, ali to ne znači da nasledni deo lišenog potomka mora njima pripasti. Ukoliko je to bila intencija legislatora, zakonska formulacija morala bi biti znatno preciznija od postojeće, kao što je to učinjeno u pravu Republike Srpske.¹⁷ Smatramo da je u dispoziciji zaveštaoca kojim potomcima lišenog nužnog naslednika će ostaviti njegov nasledni deo, u kojoj meri i na koji način (isto: Đurđević, 1997: 299; Antić, 2009: 211). Sloboda raspolaganja zaveštaoca ovde jeste ograničena u smislu da nasledni deo lišenog ne može zaveštati kome želi, već samo njegovim potomcima – u suprotnom lišenje ostaje bez dejstva i lišeni descendent nasleđuje ostavioca, bez obzira što je prezadužen ili rasipnik.

Ukoliko zaveštanjem nije raspoređen nasledni deo lišenog potomka, on će biti raspoređen njegovim potomcima, prema pravilima redovnog zakonskog naslednog reda. Naime, lišenjem se potomku oduzima i onaj minimum zaostavštine koji bi mu prema pravilima nužnog nasleđivanja morao pripasti, tako da on ne nasleđuje ništa – ni zakonski ni nužni deo. Stoga, nasledni deo lišenog potomka, primenom prava predstavljanja, prelazi na sve potomke lišenog, pa i one koji su punoletni, a sposobni za privređivanje. Veličina nužnog dela potomaka lišenog određuje se od tako utvrđenog zakonskog naslednog dela. Time se štite interesi svih potomaka lišenog, niko se od njih ne dovodi u neravnopravan položaj, a ovakvo poimanje, utisak je, odgovara i pretpostavljenoj volji zaveštaoca, čija namera prilikom lišenja i jeste da zaštiti i materijalno zbrine sve potomke lišenog nužnog naslednika (Krstić, 2012: 246).

17 Član 50. Zakona o nasleđivanju Republike Srpske, *Sl. glasnik R. Srpske*, 1/09 nedvosmisleno reguliše posledice lišenja: „Ako je potomak koji je imao pravo na nužni dio prezadužen ili je rasipnik, zavještalc ga može lišiti u cjelini ili djelimično njegovog nužnog dijela u korist njegovih maloljetnih ili punoljetnih potomaka koji su nesposobni za privređivanje.“

8. Uticaj promena u veličini zakonskih naslednih delova naslednika u prvom i drugom zakonskom naslednom redu na veličinu nužnih delova nužnih naslednika

Zakonom o nasleđivanju Republike Srbije definisani su uslovi pod kojima može doći do promena u veličini zakonskih naslednih delova naslednika prvog i drugog naslednog reda. U prvom naslednom redu može doći samo do smanjenja naslednog dela supružnika do dva puta, uz istovremeno povećanje naslednih delova svih ostalih potomaka koji nasleđuju, ukoliko postoji ostaviočevo dete kome preživeli supružnik nije roditelj, a imovina supružnika je veća od one koju bi dobio podelom zaostavštine na jednake delove, i ukoliko sud oceni takav zahtev opravdanim.¹⁸ U drugom naslednom redu zakonski deo supružnika može biti umanjen do četvrtine, ukoliko zajednica života sa ostaviocem nije trajala duže vreme, a ostaviočeva nasleđena dobra čine više od polovine njegove posebne imovine, i ukoliko naslednik, u čiju korist će ići smanjenje naslednog dela supružnika, podnese zahtev u roku od godinu dana od delacije.¹⁹ Nasledni deo roditelja i supružnika ostavioca u drugom naslednom redu može biti povećan na plodouživanje, izuzetno i u svojinu, ukoliko ova lica nemaju nužnih sredstava za život i podnesu zahtev u roku od godinu dana od smrti ostavioca.²⁰

Postavlja se pitanje da li povećanje, odnosno smanjenje zakonskih delova nužnih naslednika ima uticaja na veličinu njihovih nužnih delova? S obzirom da odluka suda kojom se utvrđuje opravdanost zahteva za promenu u veličini zakonskih delova ima retroaktivno dejstvo, te da se smatra da su naslednici, u čiju korist ili na čiju štetu je došlo do promene zakonskog dela, izmenjeni nasledni deo „stekli“ trenutkom otvaranja nasleđa, u domaćoj teoriji zauzet je jedinstven stav da promene u veličini zakonskih naslednih delova utiču i na veličinu nužnih delova (npr. Blagojević, 1955: 140; Antić, 1983: 324-327; Vidić, 2006: 804). Stoga se nužni deo nužnog naslednika u svakom konkretnom slučaju određuje od zakonskog dela koji mu je odlukom suda utvrđen.²¹

18 Čl. 9 st. 3 ZON.

19 Čl. 26 st. 1 ZON.

20 Čl. 23 i čl. 31 ZON.

21 Ovakvo poimanje uticaja promena u veličini naslednih delova može u specifičnim situacijama za posledicu imati da lica koja bi mogla biti nužni naslednici, usled odluke suda da ne dobiju ništa na ime zakonskog naslednog dela, ne bi mogla ni zahtevati namirenje nužnog dela od ostaviočevih zaveštajnih naslednika, isporukoprimaca ili poklonoprimaca. Tako, kada su bez nužnih sredstava za život, a zaostavština je tako male vrednosti da bi njenom podelom zapali u oskudicu, zakonodavac predviđa mogućnost da supružnik ili roditelji naslede celokupnu zaostavštinu u svojinu (čl. 23 st. 2 i čl. 31 st. 4 ZON). U tom slučaju pravo na nužni deo za one naslednike koji trpe povećanje, i koji nisu ništa ni dobili iz zaostavštine predstavlja *nudum ius*, dok bi se nužni deo naslednika koji je nasledio celu

Međutim, to neće biti jednostavan zadatak u slučajevima kada se na ime zakonskog dela ne dobija deo zaostavštine u svojinu, već na plodouživanje. Tako, kada je istaknut zahtev za smanjenje naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu, pre donošenja odluke suda o istaknutom zahtevu, supružnik je ovlašćen da umesto nasleđa u svojinu izabere polovinu zaostavštine na doživotno uživanje.²² Kako u tom slučaju odrediti veličinu i vrednost nužnog dela supružnika? Kako odrediti veličinu nužnog dela i ostalih nužnih naslednika, uzimajući u obzir da zakon ne precizira šta se dešava sa tzv. svojinskim viškom koji preostane nakon izvršenog izbora supružnika?²³

Na prvi pogled, utisak je da se rešenje nameće samo po sebi kada je reč o veličini nužnog dela supružnika, i da bi mu u slučaju izbora polovine zaostavštine na plodouživanje, na ime nužnog dela pripala četvrtina od obračunske vrednosti zaostavštine na plodouživanje (tako: Antić, Balinovac, 1996: 218; Vidić, 2005: 91). Ovakvo poimanje nameće niz praktičnih pitanja, s obzirom da određivanje nužnog dela nije cilj po sebi, već je njegov smisao u utvrđivanju da li je zakonom rezervisani udeo nužnog naslednika povređen i u kojoj meri treba biti namiren, odnosno dopunjen: Kako izračunati vrednost koju supružnik treba da dobije (uzimajući tom prilikom u obzir i vrednost plodouživanja koje supružnik ima na polovini zaostavštine na ime zakonskog naslednog dela, a koja svakako postoji, jer supružnik u suprotnom ne bi ni imao šta da izabere)? Da li bi nužnom nasledniku pripao, na ime nužnog dela, novčani iznos, kao što je to pravilo u nas, ili bi mu nužni deo bio namiren u vidu alikvotnog dela? Ako više poklonoprimeca duguje namirenje nužnog dela, koliko će dužan biti da plati svako od njih, ili na koji način će se plodouživanje ostvariti, ako odlukom suda bude promenjena pravna priroda nužnog dela u stvarnopravnu, a plodouživanje treba konstituisati na više poklonjenih dobara? Konačno, koliki je nužni deo ostalih naslednika, kojima jeste uvećan nasledni deo, ali koji trpe plodouživanje supružnika, i koji u delu koji su nasledili imaju nuda proprietas? Sve su to pitanja na koja je veoma

zaostavštinu, utvrđivao u zakonom definisanom procentu za konkretnog nužnog naslednika (za supružnika 1/2, a za roditelje 1/3).

22 Čl. 28 st. 1 ZON.

23 Postoje više različitih shvatanja o sudbini tzv. svojinskog viška – dela zaostavštine koji ostaje bez titulara kada se supružnik opredeli za plodouživanje na polovini zaostavštine. Prema jednom shvatanju, u slučaju da su svi naslednici tražili smanjenje naslednog dela supružnika, svojinski višak se deli između njih, a ako je samo neko od sanaslednika istakao zahtev – on će pripasti supružniku ostavioca (Antić, Balinovac, 1996: 183-185). Prema drugom shvatanju, u svakom slučaju bi svojinski višak trebalo biti dodeljen onim naslednicima koji su istakli zahtev za smanjenjem naslednog dela supružnika (Đurđević, 2001: 168). Postoji i mišljenje da bi svojinski višak trebao pripasti svim naslednicima drugog zakonskog naslednog reda, nezavisno od toga da li su zahtevali smanjenje naslednog dela supružnika (Stojanović, 2011: 128).

teško odgovoriti.

Sličan problem javlja se u vezi sa utvrđivanjem veličine nužnog dela i kada na ime uvećanja zakonskog naslednog dela supružnik ili roditelji dobiju deo zaostavštine na doživotno uživanje. Po redovnom toku stvari, naslednik koji je istakao zahtev zadržava zakonom utvrđeni nasledni deo u svojinu, a na ime povećanja dobija plodouživanje na delu ili celini zaostavštine. Ukoliko, recimo, supruga, pored polovine svog naslednog dela, na ime uvećanja dobije plodouživanje na preostalom delu zaostavštine, koliki će njen nužni deo biti – da li bi imala smisla konstrukcija po kojoj supruzi na ime nužnog dela pripada četvrtina zaostavštine u svojinu i četvrtina na plodouživanje? Naš odgovor je odričan. Posebno, možda još složenije, pitanje je koliki je nužni deo roditelja u tom slučaju, koji dele drugu polovinu zaostavštine kao zakonski naslednici, ali čije je pravo delimično ili u potpunosti opterećeno plodouživanje supružnika.

Napomenimo, na kraju, da je na sva ova, čini nam se veoma složena pitanja, makedonski zakonodavac dao veoma jednostavan odgovor, propisujući da zakonske odredbe o povećanju ili smanjenju zakonskih naslednih delova nemaju uticaja na veličinu nužnog dela.²⁴

9. Zaključak

Prihvatajući sistem pojedinačnog nužnog dela, domaći zakonodavac opredelio se da se veličina nužnih delova nužnih naslednika određuje u svakom konkretnom slučaju od veličine zakonskog naslednog dela, pri čemu je za svaku kategoriju nužnih naslednika zakonom definisano u kom se razlomku (percentu) od zakonskog dela utvrđuje nužni deo. Premda na prvi pogled deluje jednostavno, utvrđivanje nužnog dela značajno usložnjavaju određene okolnosti, koje mogu imati uticaja na veličinu i vrednost nužnih delova.

Postojanje razloga koji nužnog naslednika čine nedostojnim i nesposobnim za nasleđivanje, kao i isključenje iz nasleđa i davanje negativne nasledničke izjave, imaju identično dejstvo na veličinu nužnih delova. Lica koja iz navedenih razloga ne nasleđuju, treba tretirati kao da nisu doživela trenutak delacije, te se njihov nasledni deo raspoređuje prema pravilima redovnog zakonskog nasleđivanja, a od tako utvrđenog zakonskog dela određuju se nužni delovi ostalih nužnih naslednika. Stoga, nužni deo nužnog naslednika koji ne može ili ne želi da nasledi može prirasti, delimično ili u potpunosti, nužnim delovima jednog ili više ostalih nužnih naslednika, a može u potpunosti otići u raspoloživi deo zaostavštine, u kom slučaju nužni delovi nužnih naslednika ostaju nepromenjeni.

„Odricanje“ od prava na nužni deo, odnosno netraženje nužnog dela, ne može

²⁴ Videti: čl. 31 st. 2 ZONMK.

se poistovetiti sa negativnom nasledničkom izjavom. Nužni naslednik u tom slučaju zadržava svoj zakonski nasledni deo, te zakonski, samim tim i nužni delovi ostalih naslednika ostaju nepromenjeni. Do promene u veličini nužnih delova ne dolazi ni u slučaju kada se nužni naslednik odrekne naslednog dela u korist sanaslednika, jer se time ne uvećava nasledni deo prijemnika, već njemu nasledni deo ustupioca biva ustupljen kao poklon.

Lišenje prava na nužni deo je institut koji je izazvao brojna oprečna mišljenja u teoriji, kada su u pitanju pravne posledice koje proizvodi. Po našem shvatanju, ukoliko ostavilac nije u zaveštanju opredelio raspored naslednog dela lišenog potomka u korist njegovih descendenata, treba smatrati kao da je lišeni umro pre ostavioca. Lišenje bi išlo u korist svih potomaka lišenog nužnog naslednika, a ne samo u korist onih potomaka čije je postojanje u trenutku smrti ostavioca uslov za punovažnost lišenja.

Promene u veličini zakonskih naslednih delova svakako imaju uticaja na veličinu nužnih delova. Međutim, u slučajevima kada je zakonski deo naslednika u celini ili delimično utvrđen sudskom odlukom u vidu plodouživanja, određivanje vrednosti nužnog dela, i obima njegove povrede veoma je diskutabilno, i skopčano sa gotovo nepremostivim preprekama. Stoga, veliko je pitanje da li je opravdano utvrđivanje veličine nužnog dela, kada se na ime zakonskog naslednog dela dobija deo zaostavštine na plodouživanje, na identičan način kao i kada se deo zaostavštine nasleđuje u svojinu.

Literatura

- Antić, O. (2009). *Nasledno pravo*. Beograd: Službeni glasnik;
- Antić, O., Balinovac, Z. (1996). *Komentar Zakona o nasleđivanju*. Beograd: Nomos;
- Antić, O. (1983). *Sloboda zaveštanja i nužni deo*, doktorska disertacija. Beograd;
- Babić, I. (2005). *Komentar Zakona o nasleđivanju*. Beograd: Službeni list SCG;
- Bazala, B. (1957). *Nužno nasljedstvo*. Naša zakonitost. 3-4 (XI). 136-154;
- Blagojević, B. (1976). *Nasledno pravo u Jugoslaviji*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva;
- Blagojević, B. (1955). *Nužni naslednici i veličina nužnog dela*. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu. 2. 136-141;
- Vidić, J. (2006). *Nužni deo u srpskom i evropskom pravu*. Pravni život. 10. 789-825;
- Vidić, J. (2005). *Nužno nasleđivanje u domaćem i uporednom pravu*, magistrarska teza. Novi Sad;
- Vizner, B. (1967). *O pravnoj sudbini nužnog dijela u slučaju odricanja nužnog nasljednika od nasljedstva*. Pravni život. 6. 6-13;
- Đorđević, V. (1997). *Nasledno pravo*. Niš: Pravni fakultet Niš;
- Đurđević, D. (2010). *Institucije naslednog prava*. Beograd: Službeni glasnik;
- Đurđević, D. (2001). *Smanjenje naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu do jedne četvrtine*. Pravni život. 10. 151-172;
- Zakon za nasleđivanje Makedonije. *Službeni vesnik na Republika Makedonija*. Br. 47 (1996);
- Zakon o nasleđivanju Republike Srbije. *Službeni glasnik R. Srbije*. Br. 46 (1995);
- Zakon o nasleđivanju Republike Srpske. *Službeni glasnik R. Srpske*. Br. 1 (2009);
- Kreč, M., Pavić, Đ. (1964). *Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom*. Zagreb: Narodne novine;
- Krstić, N. (2012). *Konceptualna mimoilaženja u regulisanju nužnog nasleđivanja u Republici Srbiji i Republici Srpskoj*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. 59. 229-248;
- Marković, S. (1981). *Nasledno pravo*. Beograd: Službeni list SFRJ;
- Pavić, Đ. (1958). *Odricanje od nasljedstva u korist određenog nasljednika*. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu. 4. 438-452.
- Presuda Vrhovnog suda Srbije Gž-794/55, *Zbirka sudskih odluka Saveznog vrhovnog suda*. I/1 (1956);
- Svorcan, S. (2004). *Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom*. Kragujevac: Pravni fakultet Kragujevac;

Stanojević, D. (1959). *Određivanje nužnog dela u vezi sa odricanjem pojedinih nužnih naslednika od nasleđa*. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu. 2. 211-216.

Stojanović, N. (2011). *Nasledno pravo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu;

Stojanović, N. (2009). *Naslednička zajednica*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu;

Stojanović, N., Krstić, N. (2008). *Neka zapažanja o zakonskom i nužnom nasleđivanju u Republici Srbiji de lege lata i de lege ferenda*. Aktuelna pitanja građanske kodifikacije: zbornik radova. Pravni fakultet u Nišu. 215-232;

Code Civil des Français iz 1804. godine;

Čavdar, K. (1996). *Komentar na Zakonot za nasleđivanje*. Skopje: Agencija „Akademik“.

Novak Krstić, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Assessing the Amount of Compulsory Portion

Summary

In this paper, the author deals with an issue of assessing the amount of compulsory portion of compulsory heirs. In particular, the author focuses on considering the effects of the inability or unwillingness to succeed, as well as the changes in the amount of the legal portions (i.e. the amount of each forced portion). In case of indignitas and incapacitas to inherit, as well as in case of renouncing the inheritance rights and exhereditio nota causa, the author thinks that the legal portions of other legal heirs should be determined under the presumption that the heir (who cannot or does not want to inherit) died before the deceased. The institute exhereditio bona mente has the same legal effects but the hereditary portion of the deprived successor may belong only to his descendants, on the basis of the right of representation (ius representationis). When a compulsory heir does not require only the compulsory (forced) portion but wants to retain his legal portion, the legal and the compulsory portions of other compulsory heirs remain unchanged. The greatest dilemmas emerge from the effect that changes in the amount of the legal hereditary portions exert on the amount of the forced portions, especially when the legal portion partially or fully includes the usufruct right. The author questions the justifiability of assessing the amount of the compulsory share on the basis of the legal portion when it appears in the form of a usufruct right because it significantly complicates the assessment of the value of the compulsory portion, its possible violation and the scope of its violation.

Key words: compulsory portion, legal portion, compulsory heirs, succession.

Marko Dimitrijević,
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 336.221

Rad primljen: 19.09.2013.
Rad prihvaćen: 07.10.2013.

PORESKA KONKURENCIJA: TEORIJSKI OSVRT¹

Apstrakt: Harmonizacija domaćih pravnih propisa sa komunitarnim pravom Evropske Unije, prisutna je i u oblasti poreskog prava. Pored trenda poreske harmonizacije uočava se i trend poreske konkurencije, koja se može shvatiti kao odsustvo saradnje između poreskih jurisdikcija država u borbi za privlačenje inostranog kapitala, najčešće u vidu direktnih stranih investicija. Predmet analize u ovom radu jesu pozitivni i negativni efekti poreske konkurencije na ukupno poresko opterećenje, kroz pravnu analizu poreskih podsticaja za privlačenje inostranog kapitala u oblasti korporativnih poreza i njihov uticaj na privredni razvoj.

Gljučne reči: poreska konkurencija, poreski podsticaji, strane direktne investicije, multinacionalne kompanije.

1. Uvod

Poreska konkurencija, pored poreske harmonizacije, predstavlja značajnu tendenciju u međunarodnom poreskom pravu. O njoj govorimo kada poreski sistem jedne države ili drugog nivoa političko-teritorijalne jedinice utiče na poreski sistem drugog kolektiviteta u smislu ukupno ubranih poreskih prihoda (Goodspeed, 1998: 579-582). Pitanje poreske konkurencije ne predstavlja novinu u poreskom pravu. Svojevremeno je ekonomista *Čarls Tibo* (*Charles Tibeout*) govorio o mogućnosti birača da „glasaju nogama“, u smislu da odaberu za sebe „savršenu kombinaciju poreskih dužnosti i doprinosa (usluga) javnog sektora između konkurentskih poreskih jurisdikcija“ (Tibeout, 1954: 416-424). Faktori koji utiču na ekonomske efekte poreske konkurencije jesu spoljna trgovina, postojanje ekonomije obima, efekat preliivanja javnih dobara, kao i mogućnost javnog sektora da proizvede dobra koja snižavaju privatne troškove

¹ markod1985@prafak.ni.ac.rs

Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i maњinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ бр.179046, које финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

proizvodnje (Wilson, 2000: 297-304). U teoriji se pravi distinkcija između efekata *horizontalne* i *vertikalne* poreske konkurencije. *Horizontalna poreska konkurencija* se odigrava između jedinica koje se nalaze na istom nivou vlasti npr. lokalnih ili centralnih jedinica vlasti, kada oporezuju mobilnu osnovicu (jer samo jedna od njih utvrđuje visinu poreske osnovice). *Vertikalna poreska konkurencija* se odnosi na jedinice koje se nalaze na različitim nivoima vlasti ukoliko one oporezuju istu osnovicu.

2. Osnovne postavke poreske konkurencije

Predmet analize u radu jesu efekti horizontalne poreske konkurencije koji se javljaju u vidu „previše“ ili „premalo“ oporezivanja, zavisno od toga da li govorimo o uzvodnom (*upstream*) ili nizvodnom (*downstream*) obliku horizontalne poreske konkurencije (McGuire, 1991: 153-164). Potrebno je napomenuti da efekti poreske konkurencije zavise od konkretnog poreskog oblika koji je predmet „nadmetanja“. Takođe, nizvodna poreska konkurencija karakteristična je za zemlje sa nerazvijenim privredama, pretežno otvorenog tipa, koje se oslanjaju u svom poreskom sistemu na kapitalne poreze. Praksa je pokazala da to za posledicu ima distorzivne efekte na odluke o alokaciji kapitala, jer se poreske stope kod ovih poreza utvrđuju na nižem nivou nego obično, a to rezultira nižim kvalitetom usluga koje pruža javni sektor (Zodrow, Meizskowski, 1986: 356-370). U ekstremnom obliku ovaj model konkurencije bi značio da se poreske stope mogu svesti na nulu (tzv. negativni porezi), jer bi zagovornici takve konkurencije smatrali da kapital nema koristi od javnih dobara (mada se, po našem mišljenju, ovaj argument ne može prihvatiti jer marginalizuje značaj javnih dobara i njihove pozitivne eksterne efekte).

Problem „previše“ ili „premalo“ oporezivanja bi se hipotetički mogao rešiti uzimanjem u obzir političkog ambijenta u kome se donosi odluka o visini poreskih stopa. Naime, bilo bi neophodno kumulativno ispuniti dva bitna uslova efikasnosti: 1) da proizvodni faktori budu ravnomerno raspoređeni u obema poreskim jurisdikcijama; 2) da se omogući efikasno pružanje javnih dobara svim poreskim obveznicima (Goodspeed, 1995: 279-296). U uslovima asimetričnih informacija i nesavršenosti tržišta moguće je da se prvi uslov ne može ispuniti, zbog čega, od predloženog rešenja ne možemo očekivati željene rezultate. Destruktivna horizontalna poreska konkurencija se opaža u uslovima kada vlada poseduje „tržišnu moć“, a tipičan primer jeste oporezivanje izvoza dobara i usluga (Goodspeed, 1998: 582). Ukoliko jedna jedinica pooštri poreske stope u cilju povećanja poreskih prihoda, postavlja se pitanje kako to utiče na ponašanje druge jedinice i na njenu odluku o promeni visine svoje poreske stope? Hipotetički posmatrano, ona bi mogla da smanji svoje troškove i da tako

snizi poresku stopu ili da pak poveća poresku stopu na visinu poreskih stopa prve jedinice (što bi bilo moguće samo pod uslovom da je elastičnost u odnosu poreske osnovice i poreske stope konstantna i da povećanje poreske stope utiče na povećanje prihoda). Svakako je moguće i da zbog gubitka alikvotnog dela društvenog blagostanja po drugu poresku jedinicu, njena reakcija bude smanjenje poreskih stopa u cilju uspostavljanja narušene ravnoteže (Beslez, Rosen, 1997: 144). Na osnovu svega napred pomenutog, možemo zaključiti da je teško meriti efekte poreske konkurencije u praksi. Ti efekti se ne mogu okarakterisati kao isključivo „loši ili dobri“, nezavisno od uslova u kojima se poreska konkurencija odigrava.

2.1. Uloga multinacionalnih kompanija u poreskoj konkurenciji

Kvalitet javnih dobara je faktor koji veoma utiče na poresku konkurenciju. Razlika u visini poreske stope može da potiče iz različite tražnje za javnim dobrima. Viša poreska stopa u određenom području može da predstavlja signal multinacionalnim kompanijama da na tom području postoji visoko kvalifikovana radna snaga ili izgrađena infrastruktura zbog koje su one spremne da plate viši iznos poreza (Holz-Eakin, 1994: 13-20). Faktor političke, pravne i ekonomske stabilnosti kao i otvorenost zemlje prema inostranstvu takođe, po našem mišljenju, određuje pravac i smer poreske konkurencije. Investitor je često više zainteresovan da u zemlji u kojoj ulaže kapital postoji sloboda preduzetništva, efikasno pravosuđe i adekvatna zaštita prava stranih državljana u odnosu sa domaćim rezidentima, nego za niske poreske stope domaćih poreza. U finansijskoj literaturi se ističe da poreska konkurencija u oblasti oporezivanja kapitala predstavlja negativnu pojavu za razliku od oporezivanja drugih proizvodnih faktora (rada).

Danas se smatra da je proces finansijske liberalizacije (koji se meri preko obima međunarodne trgovine) faktor koji vodi oštrijem oporezivanju kapitala (Bretschger, Hettich, 2010: 3-4). Globalizacija ima niz različitih uticaja na visinu javnih rashoda i poreskih izdataka. Ograničavanjem svog fiskalnog suvereniteta države čine kvalitativne promene u strukturi fiskalne politike. U teoriji se uticaj globalizacije na fiskalnu politiku objašnjava tzv. *hipotezom efikasnosti (kompenzacije)*. Iako se ovom hipotezom predviđa erozija poreskog sistema, istovremeno se sugeriše da vlada treba da poveća javne izdatke ne bi li građanima osigurala blagostanje i zaštitila ih od ekonomskih rizika koje globalizacija nosi sa sobom (Garrett, Mitchell, 1998: 1-3).

Poreska konkurencija na području EU svoje korene ima u Mastrohtskom ugovoru (1992). Naime, njime su stvoreni uslovi za slobodno kretanje, kapitala, roba i usluga u cilju formiranja slobodnog zajedničkog tržišta. Međutim, ove slobode su rezultirale i u fiskalnim eksternalijama u državama članicama u vidu „seljenja“

poreskih osnovica (Vogiatzoglou, 2004: 120). Na ovom mestu moramo ukazati na problem razgraničavanja *fiskalnih efekata* jedinstvenog unutrašnjeg tržišta EU, sa jedne strane i *fiskalnih aspekata* istog, sa druge strane. Naime, *fiskalni efekti* koji se ogledaju u povećanom obimu spoljne trgovine i investicija osigurani su sporazumom, ali se njegovi *fiskalni aspekti* u vidu poreske konkurencije između zemalja članica nisu mogli predvideti ugovorom i nastali su kao njegova nus-posledica. Stoga je pitanje poreske konkurencije predmet rasprava još od osnivanja zajedničkog tržišta, a posebnu dimenziju dobilo je prilikom osnivanja ekonomske i monetarne unije. U literaturi se smatra da optimalno oporezivanja kapitala za zajednicu država ili jednu manju grupu postoji u situaciji kada se svi subjekti suočavaju sa identičnim poreskim opterećenjima, nezavisno od područja ne kome se investira kapital (Horst, 1980: 793-798). Za razliku od drugačijih poreskih stopa sa kojima se suočavaju investitori u pogledu plaćanja visokokvalifikovane radne snage (oporezivanje ljudskog kapitala), gde se diferencirano oporezivanje podrazumeva (zbog različitih nivoa znanja), kod oporezivanja kapitala postoji drugačija situacija.

Poreska konkurencija menja strukturu troškova proizvodnje, koji ne potiču od korišćenja različitih tehnologija i povećane produktivnosti (kao u slučaju oporezivanja ljudskog kapitala), već je rezultat administrativnih regulativa (poreskih zakona). Iako se o poreskoj harmonizaciji neposrednih poreza ne može govoriti kao jednoobraznom rešenju ovog problema, ne treba zaboraviti na činjenicu da je i poreska harmonizacija posrednih poreza svojevremeno, takođe, predstavljala kontroveržno pitanje (zbog straha od gubitka u kvalitetu javnih dobara koje države članice EU pružaju svojim građanima). Kasnije se ispostavilo da su te bojazni bile nepotrebne, jer se u supranacionalnoj organizaciji kakva je EU, efekat preliivanja javnih dobara spoznaje u punom svetlu, što znači da se gubitak u kvalitetu javnih dobara koje pruža jedna država članica može nadomestiti višim kvalitetom javnog dobra od strane druge države članice, odnosno međuvladinim intervencijama i dogovorima (Lahiri, 1998: 255-266). Poreska konkurencija u EU nije u skladu sa vrednostima pokrivenim ugovorom, ali ne treba ispustiti iz vida da ona nije samo u vezi sa ekonomskom integracijom zemalja članica EU, već je deo procesa globalizacije, gde snižavanje poreskih stopa korporativnih poreza postaje opšti trend u svetskoj ekonomiji, koji nije vezan samo za EU (Devereux, Pearson, 1989: 6-13).

Za ulaganje inostranog kapitala, poreski diferencijali nisu od tolikog značaja koliko faktori pravne i političke stabilnosti. Ipak, za stacioniranje filijala multinacionalnih kompanija, sedišta stvarne efektivne uprave i računovodstvenih departmana itekako jesu.

Jedan od načina da se izvrši evaluacija kompanija čija je uloga u snižavanju

poreskih stopa dominantna jeste da identifikujemo glavne multinacionalne kompanije koje oblikuju poslovno okruženje i klimu. U teoriji, se istuču *dve značajne hipoteze* o tome za koje je kompanije napor za snižavanjem poreskih stopa najdragoceniji. *Prva* hipoteza polazi od namere multinacionalnih kompanija da umanju tzv. višak inostranih poreskih kredita. Tako npr. za neke kompanije tzv. „*Izmena američkog poreskog zakonika*“ (*The Tax Reform Act*)- označila je umanjene poreske stope sa 46 na 34 procenta. To je značilo da kompanije čiji je ukupna prosečna poreska stopa inicijalno viša od 46 procenta sada nastoje da iskoriste sve prilike da umanje inostrane poreske stope za razliku od kompanija čije je poreska obaveza niža od 34 procenta (ili je bila pre izmena zakonika). *Druga* hipoteza polazi od toga da je za kompaniju značajnije da umanju poreske stope na dohodak koji ostvari u inostranstvu kroz svoje filijale. Bez obzira na promene koja globalizacija kapitala donosi sa sobom, poreske stope nisu postale blaže u svim granama industrije (npr. u proizvodnim industrijama kakva je elektronska nije došlo do značajnijeg pada.

Otvaranje baznih kompanija, off-shore kompanija i mogućnost vršenja utanjene kapitalizacije determiniše odluke multinacionalnih kompanija prilikom poreskog planiranja. Svojevremeno je država *Luksemburg* prva usvojila poreski zakon kojim se dozvoljava osnivanje holding kompanija u toj zemlji. Tokom 90-ih godina prošlog veka veliki broj sličnih zakona je usvojen u zemljama EU. U *Irskoj* je npr. ustanovljen tzv. međunarodni finansijski centar u *Dablinu*, koji predstavlja režim u kome kompanija plaća porez po sniženoj stopi od 10 procenata, ako pruža fiskalne usluge nerezidentima. *Belgija* ima sličan zakon kojim se koordinacionim centrima za obavljanje usluga reklamiranja, konsaltinga i istraživanja, dozvoljava da zadrže najveći deo svog profita. Slični preferencijalni režimi postoje u *Norveškoj* (gde se pogodnosti pružaju kompanijama koje pružaju finansijske usluge), *Italiji* (u *Trstu* postoji tzv. off-shore finansijski centar i osiguravajuće društvo), *Francuskoj* (preferencijalne poreske režime uživaju sedštva efektivne uprave) i drugo (Pinto, 2010: 255-278). Multinacionalne kompanije poresku diferencijaciju koriste kao svojevrsnu platformu za međunarodno poresko planiranje. Tako npr. koordinacioni centar u *Belgiji* može da pomogne filijali u *Nemačkoj* da umanju svoju poresku obavezu (obe jedinice su ekonomski posmatrano deo iste multinacionalne kompanije, iako su pravno samostani entiteti). Zapravo, koordinacioni centar prodaje brend (ime) filijali, koja za to od istog centra prima pozajmicu da bi platila tu uslugu. Ova transakcija snižava oporezivi profit na dva načina, jer plaćena cena snižava troškove u ostvarenom prihodu filijale (*transferna cena*), ali i kamata na pozajmicu filijale ne ulazi u osnovicu, već se od nje odbija (*utanjena kapitalizacija*). Primećujemo da složeni mehanizmi poreskog planiranja nanose veliku štetu budžetu, jer poreski obveznici svoj teret prevajaju na obveznike

sa manjom ekonomskom snagom i za takvo ponašanje ostaju nesankcionisani. Troškove od tako izgubljenih poreskih prihoda teško je proceniti. Samo na području SAD-a se smatra da više od polovine inostranih kompanija „virtuelno“ izmiruje svoje obaveze prema državi i da su gubici po budžet premašili iznos od 35 biliona dolara (Dicken, 1998: 247-250).

2.2. Pozitivne i negativne posledice poreske konkurencije

Klasična teorija poreske konkurencije zasniva se na sledećim dvema premisama da će se nivo ukupnog poreskog opterećenja vremenom smanjiti i da će se poreski teret vremenom premestiti sa mobilnih (misli se na kapital) na nemobilne poreske osnovice tj. rad i potrošnju (Genschel, 2011: 4-6). Značajno povećanje javnih rashoda tokom 80-tih i 90-ih godina prošlog veka treba tražiti u činjenici da su 60-ih i 70-ih godina (periodu naftnih recesija), države u svom programu ekonomske politike prihvatale koncept tzv. „države blagostanja“ (tj. države koja pokazuje brigu za svoje građane, tako što povećava penzione transfere i širi sve nivoe zdravstvene zaštite i socijalne zaštite uopšteno gledano). Ovim programom stvoreni su „zakonski troškovi“ koje je bilo teško kontrolisati, jer su se plaćanja vršila po uslovima koji nisu bile zakonske prirode, već je veličina i iznos transfera zavisio od demografskih trendova, zdravstvenog statusa, razvoja tržišta rada i drugih faktora (Cordes, 2000: 98).

Moderna teorija preispituje ove premise sumnjajući u njihovu validnost. Ističe se, da bi u svetu bez poreske konkurencije, nivo ukupnog poreskog tereta bio znatno viši iz razloga što se rast javnih rashoda ne može kontrolisati (usporiti). Takođe, veliki budžetski deficiti (nastali zbog emisije javne potrošnje) ne predstavljaju dugotrajno i održivo rešenje za nadomeštavanje jaza između stagnacije prihoda, sa jedne strane i naraslih rashoda, sa druge strane. Proteklih dvadeset godina dosta se radilo na *fiskalnoj konsolidaciji*, koja se između ostalog oslanja i na povećanje poreskih prihoda. Studija koja je obuhvatila 15 značajnih oblika fiskalne konsolidacije pokazuje da se čak 10 od njih oslanjalo na povećanje ukupnog nivoa oporezivanja, a samo 5 na „sečenje“ državnih rashoda (Economic Outlook 59, 2000). Kao što smo već napomenuli, niže poreske stope korporativnih poreza ne znače nužno i povećanje priliva inostranih investicija (prevashodno direktnih). U odsustvu poreske konkurencije, oporezivanje profita bilo bi strožije, ali posledice neloyalne poreske konkurencije deluju još opasnije po stanje budžeta. Rešenje ovog problema je u konsolidaciji poreske osnovice uz uvažavanje principa poreske neutralnosti, jednakosti između kompanija, stabilnosti prihoda i drugo.

Neki autori smatraju da za određivanje svojstva poreskog obveznika kao odlučujuću činjenicu treba uzeti državljanstvo (nacionalnost), a ne fiskalno

rezidenstvo, kroz integraciju korporativnog sa personalnim profitom (Goretr, Mooij, 2001: 211-216). Kao alternativni načini oporezivanja sve više na značaju dobijaju modeli dualnog oporezivanja, gde se prihodi od rada i kapitala oporezuju odvojeno. Takođe, odsustvo bilateralnih ugovora između zemalja članica stvara problem dvostrukog pravnog oporezivanja što bi se moglo rešiti modelom poreske konvencije ili multilateralnog sporazuma (Gaetan, 2000: 38).

3. Međunarodni pravni instrumenti za regulisanje poreske konkurencije

Zbog svega napred pomenutog OECD je usvojio „Izveštaj o nefer (štetnoj) poreskoj konkurenciji (The OECD Report on Harmful Tax Competition)“. U njemu su date opšte smernice za određivanje zemalja sa statusom poreskih rajeva i štetnih preferencijalnih poreskih režima, uz predlog mera i instrumenata koje države mogu preduzimati u suzbijanju efekata ovog vida štetne konkurencije. U tom smislu se predlaže uvođenje principa „3 RS“, tj. „uzdržati se, prikazati, ukloniti“ (*refrain, review, remove*). Ovaj princip podrazumeva da države članice imaju političku odgovornost i obavezu da se uzdrže od usvajanja novih fiskalnih mera kojim se pospešuje konkurencija, da učine transparentnim sve neloyalne poreske prakse i da uklone iz domaćeg poreskog zakonodavstva sve pojavne oblike štetnih preferencijalnih poreskih režima na period od pet godina. Takođe, ovim dokumentom se predviđa konstituisanje međunarodnog tela tzv. „Forum o štetnim poreskim praksama“ (*Forum on Harmful Tax Practices*), koji će biti zadužen za implementaciju pomenutih ciljeva. Ovaj dokument predstavlja prvi značajan pokušaj suzbijanja štetnih posledica poreske konkurencije, koji osnažuje sve unilateralne, bilateralne i multilateralne pokušaje država u postizanju globalnog ekonomskog blagostanja (Wiener, Hugh, Ault, 1998: 602).

Izveštaj OECD-a se fokusira na geografski mobilne aktivnosti, kakve su finansijske i druge usluge, kao i provizije od nematerijalnih ulaganja. U njemu se uzima u obzir uticaj poreskih jurisdikcija na finansijske odluke, kroz analizu rešenja u oporezivanju dobiti. Moramo naglasiti da usvajanjem ovog dokumenta nije dovedena u pitanje sloboda država članica u kreiranju programa fiskalne politike, ali se podrazumeva poštovanje određenih međunarodnih standarda. To znači, da iako jedna od zemalja članica određene postupke vidi kao oblik štetne poreske konkurencije, druga zemlja ih tako ne mora videti, niti se te radnje mogu okarakterisati kao štetne pod uslovima predviđenim izveštajem. Tako npr. država može da pruži dodatne poreske podsticaje namenjene povećanju priliva investicija, ali oni sami po sebi ne moraju biti štetni, jer niska poreska stopa nije dovoljna da bismo doneli zaključak o postojanju štetnih radnji, nezavisno od drugih činjenica i okolnosti. Sa druge strane, postoje određeni postupci koji per se predstavljaju oblike štetne poreske konkurencije. Kako je ova pojava prisutna

ne samo u zemljama članicama OECD-a, već i zemljama nečlanicama, vođeni su veliki napori da što više zemalja u svetu ratifikuje pomenuti *Izveštaj* u svoje domaće zakonodavstvo. Naročito je značajno *drugo poglavlje*, koje identifikuje faktore za prepoznavanje poreskih rajeva i preferencijalnih poreskih režima. Moramo istaći da se ovim ne identifikuje poreski režim neke konkretne države kao štetan, već se daje jedan opšti teorijski obrazac za prepoznavanje takvih režima.

Stoga, u analizi moramo napraviti distinkciju između *dve grupe zemalja, prvih* koje imaju niske poreske stope, ali nisu uključene u poresku konkurenciju i *drugih* zemalja, koje niske poreske stope dovode u vezu sa specijalnim potrebama i faktorima koji se prepoznaju kao loša poreska praksa. Naime, u *prvom* slučaju se radi o zemljama koje ostvaruju izdašne prihode, dok se u *drugom* slučaju radi o državama koje se u ostvarivanju budžetskih prihoda ne oslanjaju na oporezivanje dobiti (ili postoji samo njeno neznatno oporezivanje) ili se radi o povoljnijem poreskom tretmanu dobiti od uobičajenog. U posljednjem se radi o poreskim rajevima, koji se mogu shvatiti kao „poreske jurisdikcije u kojima nema nominalnog oporezivanja ili pak samo ono postoji, uz odsustvo administrativnih obaveza o davanju poreskih informacija, a u cilju reduciranja efektivnog oporezivanja dobiti pod tom jurisdikcijom“ (Turner, 2010: 7-33). Ključni faktor za prepoznavanje poreskih rajeva jeste odsustvo nominalnog oporezivanja dobiti, dok ostali faktori koji jesu potrebni, ali ne i nužni podrazumevaju: odsustvo razmene poreskih informacija, netransparentnost u izvršenju poreskih radnji, pravne i administrativne provizije i odsustvo nekih „suštinskih“ aktivnosti. Možemo primetiti da svi pomenuti uslovi (izuzev prvog) nalikuju pravnom standardu, čija se sadržina mora utvrđivati u svakom slučaju konkretno, zavisno od situacionih okolnosti i društvenih okvira u kojima se jedna zemlja nalazi. Svakako, odsustvo u razmeni informacija može predstavljati mnogo više od samog procesa nelojalne poreske konkurencije, jer otvara sumnju za postojanjem poreskih krivičnih dela. Efikasna alokacije može se postići jedino inicijativom javne vlasti u smislu dodeljivanja „korektivnih subvencija“ svakom poreskom regionu u visini prihoda koji on ostvaruje, uz istovremeni transfer dohotka između njihovih izvršnih organa vlasti (Wilson, 1999: 276).

Bitni faktori za prepoznavanje preferencijalnih poreskih režima su: postojanje tzv. „*nulte poreske stope*“; postojanje tzv. „*režima ograđenog prstena- (ring fenced regime)*“, netransparentnost i odsustvo razmene poreskih informacija. Naročito je značajno postojanje *ograđenog poreskog prstena*, koji podrazumeva da rezidenti nemaju mogućnost ostvarivanja prihoda korišćenjem predmetnog poreskog režima, ili postoji kada nerezidenti nemaju pristup domaćem tržištu (ovde dolazi do ograničavanja poreskih upada u određene delove (grane) tržišta ili upada određenih investitora, čime se sprečava fenomen „*urušavanja*“

nacionalne poreske osnovice. U *Izveštaju* OECD-a se ukazuje na dodatne faktore koji se moraju uzeti u obzir u određivanju poreskih rajeva i preferencijalnih poreskih režima, a to su: nemogućnost podvođenja međunarodnim principima transfernih plaćanja, promenljive poreske osnovice i stope, postojanje tajnih provizija i generalno promovisnje ideje o minimiziranju značaja oporezivanja po društvo (Commission of European Communities, 1997). Ovim dokumentom se predlaže 19 konkretnih mera za suzbijanje efekata štetne poreske konkurencije, grupisanih u *tri polja: domaća legislativa, poreski sporazumi i međunarodna saradnja*. Što se tiče *domaće legislative*, predlaže se usvajanja pravila ekvivalentnim pravilima tzv. „kontrola inostranih kompanija u zemlji rezidenstva (*controlled foreign corporation-CFN*)“, jer se tako doprinosi ograničavanju štetnih efekata poreske konkurencije (16 zemalja OECD-a je usvojilo pomenuto pravilo). Poreski sporazumi kao alternativna mera, imaju brojne nedostatke jer se lako mogu zloupotrebiti, pa se tako „koriste“ i od strane zemalja koje nisu potpisnice predmetnog poreskog aranžmana. Pomenuti nedostaci mogu se ukoloniti obavezom razmene informacija između poreskih administracija.

Konstituisanje „*Foruma za nefer poresku konkurenciju*“, po našem mišljenju, jeste značajan korak u borbi protiv nepravične konkurencije, ali njegove odluke o eventualnim zloupotrebama nemaju prinudni karakter. Odgovor na pitanje da li se odluke ipak moraju poštovati zbog političkih konsekvenci je krajnje diskutabilan (zavisno od toga u kojim zemljama su stacionirani centri moći i odlučivanja). Možemo primetiti da *Forum* obavlja „*kvazisudsku funkciju*“ kao i funkciju posredovanja u dijalogu između zemalja članica i zemalja nečlanica. Jedan od prvih zadataka *Foruma* je bio da načini listu zemalja poreskih rajeva u cilju zaključivanja sporazuma o razmeni informacijama sa ovim zemljama. Ministri finansija zemalja članica EU su 1997. godine u *Luksemburgu* usvojili „*Kodeks o ponašanju kompanija u sferi oporezivanja poslovne dobiti (Code of Conduct)*“. I pored manjkavosti ovih dokumenata i različitih motiva EU i SAD-a za njihovu primenu, nesumnjivo je da oni predstavljaju značajan mehanizam osujećenja „*trke do dna*“ koja se vodi među poreskim jurisdikcijama. Tako se sprečava donošenje investicionih odluka motivisanih isključivo poreskim razlozima, povećanje ukupnog poreskog tereta na manje mobilne proizvodne faktore i ograničavaju mogućnosti za vršenje zakonite nelegitimne poreske evazije. Evropska Unija, danas, eksperimentiše sa volontarističkim instrumentima suzbijanja štetne poreske konkurencije, koji se genusno označavaju sintagmom „*pravila o ponašanju kompanija*“. Tačnije, radi se o širenju dobre prakse i konvergencije fiskalnih ciljeva zemalja članica (Radaelli, 2003: 513-514). Smatra se da se željeni ciljevi mogu postići ne samo donošenjem posebnih poreskih zakona, već korišćenjem tzv. „*otvorenog metoda koordinacije*“ (koji se bazira na zajedničkim uverenjima, učenju, iskustvima i dobroj praksi) kroz

zajedničku platformu u vidu supranacionalne organizacije kakva je EU. Ipak, *Kodeks* nije u potpunosti identičan otvorenom metodu koordinacije, jer se njime samo želi uspostaviti „zajednički pravac uverenja“ o tome šta je prihvatljiva, a šta štetna poreska konkurencije, a ne ambiciozni cilj stvaranja zajedničke poreske politike EU (što je na terenu neposrednog oporezivanja teško izvodivo zbog nepristajanja članica na ograničavanje fiskalnog suvereniteta). Možemo primetiti da pomenuta koordinacija ima izvor u tzv. *mekom (sekundarnom) pravu* EU koje ima primarni značaj u oblastima gde je teško postići politički konsenzus (Snyder, 2001: 197-224). Moramo se zapitati da li alternativni način rešavanja problema poreske konkurencije koji on donosi predstavlja dobar put za rešavanje problema neloyalne poreske konkurencije. Kritičari zameraju na tome što je primena Kodeksa otpočela u tajnosti, bez uključenja predstavničkih tela država članica (EU Corporate Tax Reform, 2001).

Njegova upotreba je već donela određene rezultate, jer države prilikom kreiranja poreskog zakonodavstva, a naročito derogacije zakona o o korporativnom oporezivanju vode računa o kriterijumima predviđenim Kodeksom. Svakako, pored pravnog, ekonomskog i političkog značaja ovog međunarodnog poreskog dokumenta moramo istaći i njegov ideološki značaj, jer upravo stvaranje zajedničke svesti o značaju eliminisanja efekata štetne poreske konkurencije među državama predstavlja prvi korak ka stvaranju efikasne evropske pravne regulative.

4. Poreska konkurencija i privredni rast

Korporativni porezi uslovljavaju stopu akumulacije kapitala, pa sami tim i visinu bruto domaćeg proizvoda (BDP) per capita. Kako je donošenje investicione odluke determinisano troškom realizacije investicije, sa jedne strane i stopom investicione efikasnosti (što je utvrđeno vremenom povraćaja investicija), sa druge strane, logično se nameće odgovor da je uticaj korporativnog poreza na BDP negativan ukoliko se njime period investicionog povraćaja produžava. (Johansson, Heady, Jens, Brys, Vartia, 2008: 31). Efekat privlačenja investicija zavisi od stepena otvorenosti domaće privrede. Na ovom mestu bismo dodali i faktor stepena razvijenosti privrede, jer ti efekti nisu identični u razvijenim i slabo razvijenim zemljama, niti su njihove pravno-ekonomske posledice istog inteziteta po BDP. Stoga, ne možemo nedvosmisleno prihvatiti tezu o „negativnom uticaju“ korporativnog poreza na BDP, na način na koji su to isticali predstavnici klasične ekonomske teorije. Studija OECD-a koja je obuhvatila 14 zemalja članica kroz 21 granu industrije pokazala je sledeće korelacije: *prvo-* povećanje troškova investicija smanjuje njihov obim, ali je to svojstveno zemljama sa visoko profitabilnim industrijskim granama (*po našem mišljenju,*

ta teza se ne može primeniti u manje razvijenim zemljama); *drugo*-troškovi investiranja kapitala imaju različite reperkusije, zavisno od veličine kompanije. Smatra se da su „mlađe“ firme manje profitabilne od „starijih“, već brendiranih firmi (smatramo da je u pitanju relativna pretpostavka!) ili da imaju više koristi od poreskih podsticaja ili reduciranih poreskih stopa (što je, po našem mišljenju, prihvatljivije objašnjenje); *treće*-depresijacijski gubitak kapitala takođe je uslovljen poreskom stopom (Fundamental Reform on Capital Income Tax, 2007). Kreatori ekonomske politike nastoje da fundamentalnim poreskim reformama izbegnu probleme u vidu distorzije ukupnog nivoa investiranja, podrivanja već preduzetih investicionih projekata, lokacije poreske osnovice i negativnog uticaja na statusnopravne promene (Tax Effect on Foreign Direct Investment, 2007).

Pored analize pravne opravdanosti tradicionalnih poreskih podsticaja, predmet analize bi trebalo da budu i poreski podsticaji za istraživanje i razvoj, koji u domaćem poreskom pravu predstavljaju relativno novu poresku olakšicu. Transfer tehnike, tehnologije i znanja predstavlja bitnu komponentu privrednog razvoja svake zemlje, te stoga mora postojati i adekvatna studija o efikasnosti pomenutog podsticaja u poreskom pravu. Svakako da umanjenje poreza po osnovu ulaganja u oblasti inovacije deluje stimulativnije nego tzv. direktna podrška države (u vidu zaključenih ugovora sa potencijalnim pronalazačima-nosiocima patentnog prava), jer je ona nefiskalne prirode, a ugovor se zaključuje samo sa nekolicinom odabranih istraživača uz stalno prisutan problem asimetričnih informacija i alikvotni gubitak dela društvenog blagostanja (Palazzi, 2004: 31). Kako je naučno dostignuće predmet opšteg društvenog dobra, mesto poreskih podsticaja u sistemu poreza na dobit korporacija dobija na posebnom značaju.

Teza po kojoj poreski podsticaji ovog poreza proizvode distorzivne efekte se ne može prihvatiti, jer je njihov *ratio legis* upravo ta ista distorzija u vidu privlačenja inostranog kapitala na teritoriju određene zemlje. U odsustvu podsticaja do toga ne bi ni došlo, pa čak i ukoliko konkretnog ulaganja kapitala u određenom trenutku nema, ne možemo reći da je podsticaj neefikasan (razlog neulaganja je češće asimetrija informacija između potencijalnih investitora i domaćih kompanija). Alternativni način posmatranja efikasnosti korporativnih poreskih podsticaja bi mogao biti i sledeći: „oporezivanje kapitala iskrivljuje ponašanja investitora, a poreski podsticaji umanjuju ekonomske distorzije (jer predstavljaju bolju alternativu nego negativne poreske stope“ (Margalioth, 2010: 23-44).

Shvatanje da su poreski podsticaji opasni i društveno štetni, u smislu da njihovi troškovi premašuju koristi, ne odgovara slici koja danas postoji u privrednoj sferi društvenog života. Ako tvrdimo da nisu efikasni to bi značilo da bar

nemaju „lažnu vrednost u poreskom pravu“, pa sami tim ne mogu ni biti štetni. Ako investitor nije privučen, ni njegovo ponašanje ne može biti „iskrivljeno“ i poreski prihodi onda nisu izgubljeni. Navedena primedba bi se mogla prihvatiti jedino ukoliko bi poreski obveznik na neki način mogao da iskoristi prednosti olakšice, a da pri tome ne investira ili ukoliko bi investitor uložio kapital i bez poreskog podsticaja, a opet stekao kakvu korist od njega (Bird, 2000: 221). Ovaj argument mogao da se odnosi na sve vidove državne intervencije u privredi, pa obuhvata i poreske i neporeske regulative. Radi se o pravno-tehničkom pitanju izrade i implementacije zakonskih rešenja i problema pravnih praznina, odnosno izigravanja smisla pravnih normi i njihovog korišćenja za postizanje ličnog interesa. U finansijskoj literaturi je do pre petnaestak godina postojao prećutni konsenzus o tome kako je značaj poreskih podsticaja za privlačenje inostranog kapitala minoran (jer se smatralo da su odlučujući faktori obim i veličina domaćeg tržišta, znanje i makroekonomska i politička stabilnost). Ipak, **globalizacija** zahteva preispitivanje svih pomenutih faktora zajedno, jer su mnoge od ranijih determinanti prestale da postoje (stvaranjem zona slobodne trgovina i carinskih unija, instrumenti spoljnotrgovinske politike izgubili su na značaju).

5. Zaključak

Proces poreske konkurencije se ne može isključivo označiti kao „loš“ ili kao „dobar“ trend u međunarodnim poreskim odnosima, nezavisno od pravnih, ekonomskih i političkih okolnosti u kojima se konkurencija odvija. Negativne posledice poreske konkurencije (u vidu vršenja zakonite nelegitimne poreske evazije) mogu se ograničiti usvajanjem određenih sporazuma i adekvatnim poreskim reformama, kojima se državama nameće obaveza razmene poreskih informacija, u cilju dostizanja optimalnog nivoa privrednog razvoja. Kodeks o ponašanju kompanija i Vodič OECD-a o štetnoj poreskoj konkurenciji predstavljaju značajne međunarodne dokumente za suzbijanje loših posledica poreske konkurencije, zbog čega je neophodno da ih što veći broj država u svetu ratifikuje u svoja poreska zakonodavstva. Smatramo da su pozitivni efekti ovog procesa značajniji od negativnih, jer omogućavaju priliv inostranog kapitala u zemlje u razvoju u vidu stranih direktnih investicija.

Literatura

Beslez, T.J., Rosen, H. (1997). *Vertical Externalities in Tax Settings: Evidence from Gasoline and Cigarette*, Princeton: Princeton Centar for Economic Policy Studies.

Bird, R. (2000). *Tax Incentives for Investments in Developing Countries*. Fiscal Reform and Structural Change in Developing Countries, vol.I

Bretschger, L., Hettich F. (2010). *Globalization, Capital Mobility and Tax Competition: Theory and Evidence for OECD Countries*, Paris: OECD Working Papers.

Cordes, J. (2000). *How Yesterdays Decision Affect Today's Budget and Fiscal Options? U The New World Fiscal Order, Implications for Industrialized Nations*. Washington D. C: The Urban Institute Press.

Commission of the European Communities. (1997). *A Package to Tackle Harmful Tax Competition in the European Union*, COM (97) 564 Final, Brussels.

Devereux, M., Pearson, M. (1989). *Corporate Tax Harmonization and Economic Efficiency*. London: Institute of Fiscal Studies.

EU Corporate Tax Reform. (2001). Washington D.C: Centre for European Policy Studies.

Economic Outlook 59.(2000). Paris: OECD Publication Centar.

Gaetan, N. (2000). *Corporate Tax Competition and Coordination in the European Union: What Do We Know? Where Do We Stand?* European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs Publications, Belgium, BU1-1/13.

Garrett, G., Mitchell, D. (1998). *International Risk and Social Insurance: Reassessing the Globalization-Welfare state Nexus*, Unpublished Working Paper. Yale University.

Genschel, P. (2011). *Globalization, Tax Competition and the Fiscal Viability of the Welfare State*, MPifG Working Paper 1(11). 4-6.

Goodspeed, T.J. (2000). **Tax Structure in a Federation**. *Journal of Public Economics*. 75(3). 493-506.

Goodspeed, T.J. (1995). Local Income Taxation, Pigouvian Solution. *Public Policies, Reginal Science and Urban Economics*.25(3). 279-296.

Goodspeed, T.J. (1998). Tax Competition, Benefit Taxes and Fiscal Federalism. *National Tax Journal*. 51(3).579-582.

Goretr, J., Mooij, R. (2001). *Capital Income Taxation in the European Union: Trends and Trade-Offs*, London: The Haque.

Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue. (1998). Paris: OECD Publication Centar.

Holz-Eakin, D. (1994). Public-Sector Capital and the Productivity Puzzle. *Review of Economics and Statistics*.76(1).13-20.

Horst, T. (1980). A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income. *Quarterly Journal of Economics*. 44(1).793-798.

Ian, G., Halsey, V., Stern R. (2002). *The Role and Effectiveness of Development Assistance: Lessons from World Bank Experience*. A Research Paper from Development Economics Vice Presidency of the World Bank, Washington, D. C.

Johansson, A., Heady C., Arnold J., Brys B., Vartia L. (2008). *Taxation and Economic Growth*. Paris: OECD Economic Department Working Papers no. 620, p. 31.

Lahiri, S., Raimondos, P. (1998). Public Good Provisions and the Welfare Effect on Indirect Tax Harmonization. *Journal of Public Economics*. 67(32). 255-266.

Margalioth, Y. (2010). *Tax Competition, Foreign Direct Investments and Growth: Using the Tax System to Promote Developing Countries*. U Chicago Law School Work-in-progress Workshop and IDC Law Faculty Seminar.

McGuire, T. (1991). *Federal Aid to States and Localities and the Appropriate Competitive Framework*, Washington, D.C: The Urban Institute Press.

Palazzi, P. (2011). Taxation and Innovation. Paris: OECD Taxation Working Papers No. 9.

Fundamental Reform of Corporate Income Tax (2007). OECD Tax Policy Studies No. 16.

Tax Effect on Foreign Direct Investments: Recent Evidence and Policy Analysis (2007). OECD Tax Policy Studies 17.

Pinto, C. (2000). *Harmful Tax Competition Within the European Union, Concept and Overview of Certain Tax Regimes in Selected Member State*. [Electronic version] Retrieved 20, July, from <http://www.lof.ni/article15.7.1023>.

Radaelli, C.M. (2003). The Code of Conduct Against Harmful Tax Coordination: Open Method of Coordination in Disguise?. *Public Administration*. 81(3).513-514.

Ruding, R. (1992). *Report of the Committee on Independent Experts on Company Taxation*, Luxembourg: Office for Official Publication of the European Communities.

Snyder, F. (2002). *Soft Law and Institutional Performance in the European Community*. U *Essays in honor of Emile Noel* (pp.123-145). London: Kluwer.

Tiebout, C. (1954). A Pure Theory of Local Expenditure. *Journal of Political Economy*, 64(1). 416-424.

Vogiatzoglou, K. (2004). Tax Competition Versus Fiscal Integration in Europe: A European Perspective. *Facta Universitatis, Economic and Organization*, 2(2). 120.

Wiener, J.M. , Ault, H.J. (1998). The OECD Report on Harmful Tax Competition, *National Tax Journal*.51(3).601-602.

Wilson, J. D. (1999). Theories of Tax Competition. *National Tax Journal*. 52(2). 297-304.

Zodrow, G., Meizskowski, P. (1986). Pigou, Tiebout, Property Taxation and the Underprovision of Local Public Goods. *Journal of Urban Economics*. 19(3). 356-370.

Marko Dimitrijević, LL.M.
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš,

Tax Competition: A Theoretical Overview

Summary

The subject matter of this analysis are positive and negative effects of tax competition on the total tax burden, including the legal analysis of tax incentives aimed at attracting foreign capital in the corporate tax system and their impact on economic development. The positive effects of competition are reflected in the inflow of foreign capital, while the negative effects (tax evasion) may be limited by tax treaties. The process of tax competition may not be merely designated as a “bad” or a “good” trend in the international tax relations without taking into account the legal, economic and political circumstances in which the competition takes place.

Keywords: *tax competition, tax incentives, direct foreign investment, multinational companies*

INSPEKCIJSKI NADZOR NAD PRIMENOM PROPISA U OBLASTI RADA

Apstrakt: *U radu se analiziraju osnovni elementi organizacije i funkcionisanja inspekcije rada, sa osvrtom na probleme sa kojima se suočava i njenu modernizaciju. Upravno nadzorna funkcija koju obavlja posmatra se kroz nadzor nad primenom Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu i kroz ostvarivanje zaštite prava zaposlenih. Pažnja je posvećena i ovlašćenjima i obavezama inspektora.*

Ključne reči: *inspekcija rada, inspeksijski nadzor, upravna zaštita prava iz radnog odnosa.*

1. Uvod

Inspeksijski nadzor nad primenom Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu predstavlja oblik ostvarivanja upravno-nadzorne funkcije, koja se može posmatrati kroz obavljanje tog nadzora nad primenom propisa u oblasti rada i kroz ostvarivanje zaštite prava zaposlenih. Ovaj nadzor, koji vrši Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, odnosno Inspektorat za rad u okviru tog ministarstva, karakteriše postojanje posebnih metoda rada, te činjenica da su inspektori, državni službenici koji obavljaju poslove iz delokruga Inspektorata za rad, snabdeveni posebnim ovlašćenjima koja im omogućavaju obavljanje nadzora, preduzimanje odgovarajućih mera radi otklanjanja utvrđenih povreda i nametanje određenih sankcija. Imajući u vidu značaj i ulogu inspekcije rada potrebno je i dalje raditi na uspostavljanju i izgradnji modernog sistema inspekcije rada.

1 draganarado@sbb.rs

2. Pojam i karakteristike inspeksijskog nadzora

Inspeksijski nadzor predstavlja odnos koji se uspostavlja između dva subjekta od kojih je jedan aktivan (onaj koji vrši nadzor), a drugi pasivan (onaj nad kojim se vrši nadzor). Obavlja se ne samo kako bi se došlo do saznanja o određenim negativnim pojavama, već i kako bi se te negativne pojave suzbile, jer podrazumeva i “sistemske posmatranje i ocenjivanje rada drugog subjekta, na osnovu unapred utvrđenih merila” i “mogućnost da aktivni subjekt utiče na budući rad pasivnog” (Lilić, 1995: 56).

Inspeksijski nadzor je poseban, specifičan i specijalizovani oblik upravnog nadzora. Činjenica da postoje drugi oblici pravnog nadzora ukazuje na potrebu njihovog diferenciranja. Inspeksijski nadzor ne mogu obavljati nedržavni subjekti, niti svi državni organi, već samo organi državne uprave (inspektorati), jer predstavlja integralni deo upravne delatnosti (Bogićević, 1988: 155). Ovaj nadzor karakteriše i postojanje posebnih metoda rada. Osnovni je neposredni uvid u postupanje i poslovanje pravnih i fizičkih lica. Omogućava inspektorima da se lično upoznaju sa zakonitošću postupanja i poslovanja ovih lica (Marković, 1988: 146). Inspeksijski nadzor karakteriše i činjenica da su subjekti koji obavljaju ovaj nadzor snabdeveni posebnim ovlašćenjima. Ta ovlašćenja su, pre svega, autoritativnog karaktera. Obezbeđuju nesmetano obavljanje inspeksijskog nadzora, preduzimanje odgovarajućih mera radi otklanjanja utvrđenih nedostataka i nametanje određenih sankcija (Bogićević, 1988: 157). Stoga, ovaj nadzor nema pandana u drugim oblicima pravnog nadzora. Inspeksijski nadzor nad primenom propisa u oblasti rada ne može supstituisati ni sudska zaštita prava iz radnog odnosa. Ovim nadzorom, koji se obavlja i ex officio, nezavisno od povrede prava iz radnog odnosa, obezbeđuje se dosledna primena Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu, a njihovom doslednom primenom ostvarivanje prava iz radnog odnosa. Sud štiti prava iz radnog odnosa po tužbama zaposlenih i drugih ovlašćenih subjekta, ukoliko su povređena, a njihovom zaštitom obezbeđuje doslednu primenu ovih akata. Ukoliko zaposleni, kome je povređeno pravo iz radnog odnosa, ne pokrene radni spor iz straha od odmazde poslodavca, finansijskih ili drugih razloga, a inspekcija rada ne interveniše, stvorio bi se prostor za arbitrarnost u njihovoj primeni i dovelo u pitanje funkcionisanje radno-pravnog sistema (Lukić, 1991: 237). “Radno zakonodavstvo bez inspekcije je pre etički esej, nego obavezujuća socijalna disciplina”. Od toga kako i u kom obimu funkcioniše ovaj nadzor zavisi i efikasnost upravnog i pravnog sistema u celini (Šunderić, 2001: 510).

Inspeksijski nadzor u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu uređivače se posebnim zakonom², koji je u fazi nacрта. Predložena rešenja konceptijski se oslanjaju na ona koja postoje u uporednom pravu i međunarodne standarde, a njihovo usvajanje označiće novu etapu u uspostavljanju i izgradnji modernog sistema inspekcije rada kroz reformu, reorganizaciju i integraciju inspekcije rada (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012).

2 Čl. 18. Zakona o državnoj upravi, *Sl. glasnik RS*, 79/05, 101/07, 95/10.

Dok ne budu usvojena načelna pitanja inspekcijskog nadzora uređuje Zakon o državnoj upravi i Zakon o opštem upravnom postupku, a njegove specifičnosti materijalni propisi u oblasti rada.

3. Organizacija i nadležnost inspekcije rada

Organizacioni oblik u kome se obavljaju inspekcijski poslovi u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu određen je Zakonom o državnoj upravi³ i Zakonom o ministarstvima⁴. Zakonom o državnoj upravi određen je jedinstveno za sve inspekcijske poslove – ove i s njima povezane stručne poslove obavljaju inspektorati, dok je Zakonom o ministarstvima bliže određen: “Inspektorat za rad, kao organ uprave u sastavu Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike, obavlja inspekcijske poslove i s njima povezane stručne poslove u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu”. Ovaj organ državne uprave organizaciono je podeljen na uže unutrašnje jedinice (odeljenja, odseke i grupe). U sedištu ministarstva obrazovano je Odeljenje za drugostepeni upravni postupak u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu, Odsek za kontrolu ažurnosti i primenu procedura i Odeljenje inspekcije rada u Gradu Beogradu. Izvan sedišta ministarstva, u okružnim područnim jedinicama u upravnim okruzima, obrazovano je dvanaest odeljenja, dvanaest odseka i jedna grupa inspekcije rada (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2011).

Inspektoratom za rad rukovodi direktor. Pored položaja i ovlašćenja rukovodioca organa uprave, direktor ima ovlašćenje da rešava u upravnim stvarima iz delokruga organa uprave na čijem se čelu nalazi i odlučuje o pravima i dužnostima zaposlenih u njemu. Direktora i njegove pomoćnike postavlja Vlada na pet godina, na predlog ministra, u skladu sa zakonom koji uređuje položaj državnih službenika.⁵

Poslove iz delokruga Inspektorata za rad obavljaju inspektori, koji imaju status državnih službenika. Ta činjenica ukazuje da kandidati, koji se žele zaposliti u ovom organu državne uprave, moraju imati stručnu spremu određene vrste i stepena i ispunjavati druge uslove za zasnivanje radnog odnosa predviđene Zakonom o državnim službenicima⁶. Polazeći od principa jednakog tretmana žena i muškaraca, kandidatima su pod jednakim uslovima dostupna sva radna mesta, a prilikom izbora kandidata, koji se zasniva na stručnoj osposobljenosti, znanjima i veštinama, mora se voditi računa o tome da zastupljenost polova, ali i nacionalni sastav i broj osoba sa invaliditetom, odslikava u najvećoj mogućoj meri

3 Čl. 29. Zakona o državnoj upravi.

4 Čl. 17. Zakona o ministarstvima, *Sl. glasnik RS*, 72/2012.

5 Čl. 30. Zakona o državnoj upravi.

6 Čl. 45. Zakon o državnim službenicima, *Sl. glasnik RS*, 79/05, 81/05- ispr., 64/07, 67/07 – ispr., 116/2008, 104/2009.

strukturu stanovništava. Status i uslovi rada obezbeđuju inspektorima stabilnost zaposlenja i čine nezavisnim od svake promene vlasti i svakog nedopuštenog uticaja sa strane. Inspektori su samostalni u radu i postupaju u skladu sa Ustavom, zakonom i drugim propisom, prema pravilima struke, nepristrasno i politički neutralno. Niko ne sme vršiti uticaj na njih da nešto čine ili da čine suprotno propisima.⁷ O svakoj pojavi bitnijeg narušavanja samostalnosti i nezakonitog uticaja na njihov rad moraju obavestiti funkcionera koji rukovodi organom uprave. Trebalo bi im obezbediti pristojne plate, a sukob njihovih interesa sprečiti primenom pravila o sprečavanju sukoba interesa državnih službenika⁸. U svetlu reforme inspekcije rada pažnju bi trebalo posvetiti osposobljavanju inspektora kako bi svako od njih samostalno obavio nadzor po svim pitanjima iz oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu do određenog stepena složenosti materije ("opšti inspektor"), a ako tokom inspeksijskog nadzora uoči eventualne složenije probleme u oblasti koja je predmet nadzora, nadzor će izvršiti inspektor rada posebno stručan za tu oblast („specijalista“). Pažnju bi trebalo posvetiti i informacionoj opremljenosti inspekcije rada u cilju efikasne razmene podataka i elektronskih dokumenata i uopšte rešavanju problema tehničke prirode, koji su prisutni već godinama, a u znatnoj meri otežavaju rad inspektora (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012).

Što se tiče nadležnosti, inspekcija rada obavlja nadzor nad primenom Zakona o radu i drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa.⁹ Tako, inspekcija rada obavlja nadzor nad primenom: Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, Zakona o ravnopravnosti polova, Zakona o štrajku, Zakona o volontiranju, Zakona o privrednim društvima u delu koji se odnosi na bezbednost i zdravlje na radu, Zakona o privatnim preduzetnicima, Zakona o zaštiti stanovništva od izloženosti duvanskom dimu u delu koji se odnosi na zabranu pušenja u zatvorenom radnom prostoru, propisa o merama i normativima o bezbednosti i zdravlju na radu, propisa o tehničkim merama koje se odnose na bezbednost i zdravlje na radu, standarda i opšte priznatih mera o bezbednosti i zdravlju na radu. Takođe, obavlja nadzor nad primenom: Opšteg kolektivnog ugovora, posebnih kolektivnih ugovora i kolektivnih ugovora zaključenih na nivou poslodavca, pravilnika, itd. Dakle, obavlja nadzor nad primenom svih akata kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa, osim ukoliko je drugačije predviđeno. Tako, nadzor nad primenom Zakona o državnim službenicima i drugih propisa kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti državnih službenika obavlja upravna inspekcija, zbog specifičnosti radno-pravnog položaja državnih službenika. U nomo-tehničkom pogledu nadležnost inspekcije rada je izražena kao pravo, ali i dužnost, inspekcije rada da neposredno postupa u slučajevima predviđenim

7 Čl. 5. i 6. Zakona o državnim službenicima.

8 Čl. 25-31. Zakona o državnim službenicima.

9 Čl. 268. Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13.

zakonom i drugim propisom i kada je, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, potrebno obaviti ovaj nadzor, i povodom zahteva stranke. Prilikom određivanja nadležnosti nastojalo se da bude što šire određena kako bi inspekcija rada obavljala nadzor nad primenom što šireg dijapazona akata kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa, polazeći od toga da određivanje nadležnosti predstavlja pravni osnov za njen rad.

4. Karakter i sadržina postupka inspekcijskog nadzora

Inspekcija rada obavlja nadzor u skladu sa godišnjim planom rada, koji sačinjava Odsek za kontrolu ažurnosti i primenu procedura. U skladu sa planom rada i shodno utvrđenim strateškim ciljevima definisanih u skladu sa Strategijom o pridruživanju Evropskoj uniji i Strategijom za smanjenje siromaštva¹⁰, utvrđuju se prioritete aktivnosti Inspektorata za rad¹¹. Efikasnost planiranja i ostvareni rezultati sagledavaju se praćenjem sprovođenja plana rada. S tim u vezi, Odsek za kontrolu ažurnosti i primenu procedura sačinjava redovni mesečni, kvartalni, šestomesečni i godišnji izveštaj o radu Inspektorata za rad (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012), a objavljivanjem izveštaja obezbeđuje transparentnost rada ovog organa državne uprave.

U vezi sa inicijativom za pokretanje postupka inspekcijskog nadzora moguća je primena dva načela: načela oficijelnosti i načela privatne maksime.

Što se tiče pokretanja postupka inspekcijskog nadzora po službenoj dužnosti, Zakon o opštem upravnom postupku sadrži opštu odredbu prema kojoj organ uprave pokreće postupak po službenoj dužnosti u slučajevima predviđenim zakonom i drugim propisima i kada utvrdi ili sazna da, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, treba pokrenuti postupak radi zaštite javnog interesa. Prilikom pokretanja postupka uzima u obzir eventualne predstave građana i organizacija i upozorenja nadležnih organa¹² i, s tim u vezi, obaveštava ih o utvrđenom činjeničnom stanju i preduzetim merama, ukoliko ih je bilo. Drugim

10 Strateški ciljevi su: smanjenje broja povreda na radu, profesionalnih oboljenja i bolesti u vezi sa radom, suzbijanje rada na crno i povreda radno-pravnih instituta; promocija razvoja nacionalne kulture prevencije u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu i radnih odnosa, sa osvrtom na sektor malih i srednjih preduzeća i viokorizične sektore; prioritarno rešavanje problema vulnerabilnih kategorija zaposlenih; izgradnja modernog sistema inspekcije rada prilagođenog standardima Evropske unije, kroz reformu, reorganizaciju i integraciju inspekcije rada. Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012.

11 Prioritetne aktivnosti tiču se: suzbijanja rada na crno; organizovanje kampanja radi kontrole primene izabranih radno-pravnih instituta; efikasnog rada po predstavkama, naročito volnerabilnih kategorija zaposlenih; uspostavljanja saradnje sa socijalnim partnerima kako bi se predupredili potencijalni sporovi. Ministarstvo rada, zapošljavanje i socijalne politike, 2012.

12 Čl. 114. Zakona o opštem upravnom postupku, *Sl. list SRJ*, 33/97, 31/01. *Sl. glasnik RS*, 30/10.

rečima, inspekcija rada, postupajući po službenoj dužnosti, obavlja potpuni, ciljani i kontrolni nadzor, kao i nadzor povodom smrtno, teške i kolektivne povrede na radu. Potpunim nadzorom obuhvaćeni su svi radnopravni instituti, počev od normativne uređenosti radnih odnosa opštim aktom i ugovorom o radu do primene odredaba Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akta i ugovora o radu. Ciljani nadzor može biti delimični i pojačani. Delimičnim nadzorom obuhvaćen je, u celosti ili delimično, određeni radnopravni institut za koga se, na osnovu dobijenih informacija, pretpostavlja da je povređen. Uglavnom je nenajavljen poslodavcu i efikasniji u odnosu na potpuni nadzor. Pojačani nadzor obavlja se u određenoj delatnosti na lokalnom nivou uz učešće većeg broja inspektora u trajanju od jednog do dva dana. Kontrolnim nadzorom ispituje se da li je i u kojoj meri poslodavac postupio po rešenju inspektora (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2011).

Inspekcija rada postupa povodom zahteva stranke kada se zaposleni obrati zahtevom za odlaganje izvršenja rešenja poslodavca o otkazu ugovora o radu¹³, poslodavac zahtevom za utvrđivanje ispunjenosti propisanih uslova u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu pre početka obavljanja delatnosti¹⁴, kao i u drugim slučajevima predviđenim zakonom. Zahtev, podnet u pisanoj formi ili usmeno na zapisnik, mora sadržati sve elemente potrebne da bi se po njemu moglo postupiti.¹⁵ Inspekcija rada postupa i po anonimnim prijavama. Po anonimnim prijavama koje se odnose na rad na crno postupa uvek, a po onima koje se tiču drugih povreda Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akta i ugovora o radu, kada smatra da je to potrebno. Ovo zbog pretpostavke da lica, koja rade na crno ili su zaposlena, ne žele da otkriju identitet zbog straha od gubitka posla ili drugog razloga, iako imaju interes da zasnuju radni odnos ili zaštite prava iz radnog odnosa. Takva praksa pokazala se korisnom, jer se putem ovakvih prijava šire saznanja inspekcije rada o povredama propisa u oblasti rada i omogućava njihovo efikasnije suzbijanje (Stojšić, 2008: 16). Inspektor ne donosi formalni akt o pokretanju postupka, već se smatra da je postupak pokrenuo kada preduzme ma koju radnju u cilju njegovog vođenja. Ukoliko utvrdi da nema uslova za pokretanje postupka, donosi zaključak o odbacivanju zahteva protiv koga je dopuštena posebna žalba.¹⁶

Inspektor obavlja nadzor u toku radnog vremena poslodavca. Kod poslodavaca kod kojih je organizovan rad u smenama, ciljani nadzor može obaviti i u popodnevnim časovima i noću, kada se očekuje najveći efekat u odnosu na utvrđivanje stanja primene Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu. Dolazak može najaviti poslodavcu ili ovlašćenom licu, osim ukoliko smatra da to može štetno uticati na efikasnost nadzora, jer bi omogućilo poslodavcu da prikrije pravo stanje. Inspektor ima obavezu

13 Čl. 271. Zakona o radu.

14 Čl. 18. Zakona o bezbednosti i zaštiti zdravlja na radu, *Službeni glasnik RS*, 101/05.

15 Čl. 57. Zakona o opštem upravnom postupku.

16 Čl. 115. Zakona o opštem upravnom postupku.

da: pokaže legitimaciju kojom dokazuje svojstvo inspektora odgovornom i zainteresovanom licu, na njegov zahtev; postupa po osnovnim načelima opšteg upravnog postupka; postupa profesionalno, ljubazno i pristojno, uz poštovanje ličnosti i dostojanstva svakog lica; čuva službenu, trgovačku ili drugu tajnu koju sazna prilikom obavljanja nadzora, a prema podacima koje sazna tom prilikom i svakom zahtevu, predstavnici i upozorenju odnosi se kao prema službenoj tajni, ne samo za vreme vršenja funkcije, već i po prestanku njenog vršenja, pod pretnjom primene sankcija. Tako, poslodavcu ili ovlašćenom licu ne sme otkriti da nadzor obavlja povodom zahteva stranke. To pravilo predstavlja osnov za uspostavljanje poverenja između inspektora i drugih lica, pre svega, zaposlenih i onih koja rade na crno; sačini zapisnik o obavljenom nadzoru, shodno odredbama člana 64-68 Zakona o opštem upravnom postupku (Marković, 1998: 149).

Inspeksijskim nadzorom inspektor ispituje sprovođenje Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu. Ključni problemi sa kojima se suočava tom prilikom tiču se nedovršenosti i nekonzistentnosti propisa u oblasti rada. Tako, propust Zakona o radu da predvidi registrovanje svih zaključenih ugovora o radu (a ne samo zaključenih ugovora o radu za obavljanje poslova van prostorija poslodavca i poslova kućnog pomoćnog osoblja) i rok od tri dana u kome je poslodavac dužan da podnese prijavu na obavezno socijalno osiguranje predviđen Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju omogućava poslodavcu da obezvredi utvrđeno stanje naknadnim dostavljanjem ugovora o radu zaključenog, po pravilu, dan, dva pre obavljanja nadzora, uz izjavu da je prijava na socijalno osiguranje u toku i da će biti izvršena u roku (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012). U obavljanju nadzora inspektor ima pravo, ali i obavezu, da: pregleda opšte i pojedinačne akte, evidenciju i drugu dokumentaciju; sasluša i uzima izjave od odgovornih i zainteresovanih lica; pregleda poslovne prostorije, objekte, postrojenja, uređaje, sredstva i opremu za ličnu zaštitu, predmete, robu; uzima uzorke radi analize i ekspertize; naređuje merenja koja obavlja stručna organizacija kada poslodavac vrši merenja u određenim oblastima, a rezultati izvršenog merenja pružaju osnov za to; poslodavcima, zaposlenima i njihovim predstavnicima i sindikatu daje obaveštenja i savete o merama čijom se primenom obezbeđuje izvršavanje zakona; preduzima druge radnje na koje je ovlašćen.¹⁷

Inspektor ima dvojaka ovlašćenja, ovlašćenja meritornog i inicijativnog karaktera. Koristeći ovlašćenja meritornog karaktera, inspektor preduzima, odnosno nalaže preduzimanje odgovarajućih mera, radi suzbijanja i otklanjanja povreda Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu. Drugim rečima, koristeći ova ovlašćenja inspektor: donosi rešenje kojim nalaže otklanjanje utvrđenih povreda¹⁸; donosi rešenje o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu¹⁹; izriče mandatnu kaznu povodom učinjenih

17 Čl. 63. Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu.

18 Čl. 269. Zakona o radu.

19 Čl. 271. Zakona o radu.

prekršaja koje Zakon o radu, s obzirom na visinu zaprećene novčane kazne, kvalifikuje kao lakše;²⁰ zabranjuje rad zaposlenog na radnom mestu dok traju okolnosti koje ugrožavaju njegovu bezbednost i zdravlje²¹. Koristeći ovlašćenja inicijativnog karaktera, inspektor pokreće postupak pred nadležnim državnim organom povodom utvrđenih povreda za čije otklanjanje nije nadležan.

Kada utvrdi povredu Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu po bilo kom radno-pravnom institutu²², inspektor nalaže poslodavcu da je otkloni, iako time zaposleni može biti stavljen u (ne)povoljniji položaj od onog koji je utvrđen objektivnim pravom. Rešenjem kojim nalaže njeno otklanjanje ne može meritorno odlučivati o radno-pravnom statusu zaposlenog. On ima ovlašćenje, ali i obavezu, da naloži poslodavcu da je otkloni, a nadležni organ kod poslodavca, postupajući po rešenju, meritorno odlučuje o radno-pravnom položaju zaposlenog (Ivošević, 2006: 500). Rešenjem, koje u pisanoj formi dostavlja poslodavcu, određuje rok za njeno otklanjanje, imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja. Tako, kada primena mera, odnosno potreba za usaglašavanjem sa propisanim merama zaštite bezbednosti i zdravlja na radu, iziskuje veća investiciona ulaganja, a život i zdravlje zaposlenih nisu teže ugroženi, može naložiti poslodavcu da sačini poseban program o postupnom otklanjanju nedostatka u utvrđenim rokovima. Rok određen rešenjem može produžiti na molbu poslodavca pre isteka, ukoliko za to postoji opravdan razlog²³.

Kada poslodavac otkáže zaposlenom ugovor o radu, zaposleni, se može obratiti inspekciji rada zahtevom za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu, ukoliko je protiv njega pokrenuo radni spor. Zahtev, u pisanoj formi ili usmeno na zapisnik, može podneti u roku od 30 dana od dana pokretanja radnog spora. Podnošenje zahteva ne znači automatski odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu. Inspektor donosi rešenje o odlaganju njegovog izvršenja, ukoliko utvrdi da je pravo zaposlenog očigledno povređeno. Ovu objektivnu okolnost ocenjuje u svakom konkretnom slučaju, na osnovu subjektivnog uverenja i diskrecionog prava, u granicama ovlašćenja utvrđenih zakonom i drugim propisom. Kako Zakon o radu ne sadrži smernice o tome koje činjenice čine povredu prava zaposlenog očiglednom, značenje ovog atributa treba

20 Čl. 276. Zakona o radu.

21 Čl. 66. Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu.

22 Najčešće povrede tiču se instituta: zarada (ugovori o radu ne sadrže elemente za utvrđivanje radnog učinka, predviđa se mogućnost stimulacije ili „destimulacije“, ali se ne utvrđuju elemenata na osnovu kojih se može utvrditi njihov osnov i visina, ne dostavlja se obračun zarade ili naknade zarade, ne uplaćuju se doprinosi za obavezno socijalno osiguranje); prekovremenog rada (ne donosi se rešenje o uvođenju prekovremenog rada, ne isplaćuje uvećana zarada po tom osnovu, ne vodi se odgovarajuća evidencija); rada na određeno vreme (zloupotrebe uzastopnog zasnivanja ovog atipičnog oblika radnog odnosa); zasnivanja radnog odnosa (nezaključivanje ugovora o radu ili drugog ugovora pre stupanja zaposlenog na rad). Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012.

23 Čl. 89. Zakona o opštem upravnom postupku.

potražiti u pravnoj teoriji, gde prevladava stav da povreda mora biti grublja, odnosno bitno uticati na zakonitost rešenja o otkazu ugovora o radu, i očigledna, odnosno vidljiva u smislu da se do zaključka o povredi može doći i bez obimnijeg dokazivanja, a izvesno je da će zbog te povrede sud poništiti rešenje poslodavca. Prilikom odlučivanja inspekcija rada prioritet daje zahtevima vulnerabilnih kategorija zaposlenih. O zahtevima ove kategorije zaposlenih odlučuje u roku od 2 dana od dana podnošenja zahteva, iako je Zakonom o radu predviđen rok od 15 dana za donošenje rešenja o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012: 15). Donošenjem rešenja inspekcija rada obezbeđuje kontinuitet u ostvarivanju prava iz radnog odnosa u slučaju nezakonitog prestanka radnog odnosa i interveniše po konačnoj odluci poslodavca odlaganjem njenog izvršenja do donošenja pravosnažne sudske odluke, kada prestaje njeno i počinje pravno dejstvo pravosnažne sudske odluke. U tom smislu, deluje kao privremena mera (Ivošević, 2006: 499).

Po svojoj pravnoj prirodi, rešenje predstavlja upravni akt, akt prilikom čijeg se donošenja primenjuje Zakon o opštem upravnom postupku. Doneto radi otklanjanja utvrđene povrede, mora se izvršiti kako bi se obezbedila dosledna primena Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu. Postupajući po njemu, poslodavac otklanja utvrđenu nezakonitost ili nepravilnost i o tome obaveštava inspektora, u pisanoj formi ili usmeno na zapisnik, u predviđenom roku. U protivnom, čini prekršaj. Plaćanjem izrečene novčane kazne ne oslobađa se obaveze da postupa po rešenju. Uz konstataciju o plaćenju novčanoj kazni, a nepostupanju po rešenju, inspektor podnosi novi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka (Pljakić, 1998: 205).

Protiv rešenja je dopuštena žalba. Može je izjaviti i zaposleni i poslodavac. Zaposleni, ukoliko je rešenjem odbijen zahtev za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu ili zahtev za zaštitu prava, a poslodavac, ukoliko je rešenjem naloženo otklanjanje utvrđenih povreda. Rok u kome je mogu izjaviti je prekluzivan i iznosi 8 dana od dana dostavljanja rešenja. Podnose je ministru nadležnom za rad, zapošljavanje i socijalnu politiku, koji o njoj odlučuje u roku od 15 dana oda dana prijema. Ukoliko ministar ne odluči o žalbi u tom roku, podnosilac može pokrenuti upravni spor zbog drugostepenog ćutanja uprave, osim ako je žalba podneta protiv rešenja o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu. Upravni spor tada ne može pokrenuti, jer je kontrola pojedinačnog akta poslodavca obezbeđena u radnom sporu. Žalba ima suspenzivno dejstvo, osim ako je podneta protiv rešenja o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu.

Inspektor izriče mandatnu kaznu povodom utvrđenih povreda kojima je učinjen prekršaj iz člana 276 Zakona o radu, a povodom utvrđenih povreda kojima je učinjen prekršaj iz člana 273-275 ovog zakona, kao i povodom utvrđenih povreda kojima je učinjeno krivično delo ili privredni prestup, pokreće odgovarajući postupak pred nadležnim državnim organom, nezavisno od donošenja rešenja kojim nalaže otklanjanje povrede. Iako broj pokrenutih

postupaka i visina izrečenih kazni nije indikator efikasnosti rada inspekcije rada, zastarelost postupaka usled dugotrajnog vođenja i ublažavanje propisanih sankcija u značajnoj meri utiče na efikasnost njenog rada. S tim u vezi, a imajući u vidu rešenja u uporednom pravu, korisno bi bilo ustanoviti organ za vođenje prekršajnog postupka pri Inspektoratu za rad (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2010).

Dakle, u zavisnosti od rezultata nadzora, inspektor preduzima odgovarajuće mere preventivnog, korektivnog i represivnog karaktera. Prilikom izbora mere mora voditi računa o svrsi inspekcijuskog nadzora i efektima koji se postižu izabranom merom, a njegova sposobnost i veština da proceni situaciju i deluje na najefikasniji način dolazi do izražaja. Preventivnim merama trebalo bi dati prednost u odnosu na korektivne i represivne. Poslodavci imaju pozitivan odnos prema njima, a dosledna primena Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akta i ugovora o radu može se efikasno obezbediti tako što bi se sprečile njihove povrede. Ogladaju se u razgovorima, ukazivanju, upozoravanju, saradnji, stručnoj i drugoj pomoći, savetovanju, itd. Primenuju se, prevashodno, u postupku ostvarivanja prava zaposlenih pred nadležnim organom kod poslodavca, kada za to postoji potreba. Dolaze do izražaja i u postupku zaštite prava zaposlenih. U tom postupku inspektor ima diskreciono pravo da odluči o njihovoj primeni. Primeniće ih kada utvrđene povrede ne mogu izazvati teže posledice po prava zaposlenih, ili njihovu bezbednost i zdravlje, a poslodavac pokazuje spremnost da ih otkloni u kratkom roku. Korektivne i represivne mere dolaze do izražaja u postupku zaštite prava zaposlenih. Korektivne mere impliciraju donošenje rešenja kojim se nalaže poslodavcu otklanjanje utvrđenih povreda i odlaže izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu, a represivne pokretanje postupka povodom utvrđenih povreda kojima je učinjen prekršaj, krivično delo ili privredni prestup (Jovanović, 2010: 352).

5. Odgovornost inspektora

Inspektor za svoj rad snosi ličnu odgovornost, koja može biti disciplinska, materijalna, krivična i prekršajna.²⁴ Odgovornost za krivično delo i prekršaj ne isključuje disciplinsku odgovornost.

Inspektor podleže disciplinskoj odgovornosti zbog povrede radne dužnosti. Povrede radne dužnosti, predviđene Zakonom o državnim službenicima, mogu biti lakše i teže. Inspektor čini težu povreda dužnosti iz radnog odnosu ukoliko se neprofesionalno odnosi prema učesnicima u postupku, odnosno: oda službenu tajnu; nedolično, nasilnički ili uvredljivo se ponaša prema strankama; ometa stranke u ostvarivanju prava i interesa pred državnim organima. Posebno je odgovoran ukoliko propusti da vrši zakonom data ovlašćenja, odnosno: ne preduzme, ne predloži ili ne odredi meru za koju je ovlašćen; ne predloži ili ne pokrene postupak pred nadležnim državnim organom; prekorači granice

24 Čl. 107 – 124. Zakona o državnim službenicima.

ovlašćenja.²⁵

Inspektor podleže materijalnoj odgovornosti za štetu koju na radu ili u vezi sa radom namerno ili iz krajnje nepažnje prouzrokuje državnom organu. Postojanje i visinu štete, kao i okolnosti pod kojima je prouzrokovana, utvrđuje rukovodilac ili lice koje on ovlasti, s tim da visinu štete može utvrditi u paušalnom iznosu, ako bi utvrđivanje njene visine prouzrokovalo nesrazmerne troškove. Ukoliko se pitanje nadoknade štete ne reši sporazumno, držani organ može ostvariti pravo na nadoknadu štete u parničnom postupku. Inspektor se može osloboditi odgovornosti, ukoliko je štetu prouzrokovao izvršenjem naloga pretpostavljenog, koji je izjavio da izvršenje naloga ne može prouzrokovati štetu. Za štetu koju inspektor na radu ili u vezi sa radom prouzrokuje trećem licu nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija, s tim da se oštećeni može neposredno obratiti inspektoru zahtevom za nadoknadu štete, ako je štetu prouzrokovao namerno. Ukoliko Republika Srbija nadoknadi štetu trećem licu koju je inspektor prouzrokovao namerno ili iz krajnje nepažnje, ima prava da od inspektora zahteva naknadu isplaćenog iznosa.²⁶

Inspektor podleže prekršajnoj i krivičnoj odgovornosti, ako se u njegovim radnjama steknu elementi bića prekršaja i krivičnog dela. U radnjama inspektora stiču se elementi bića krivičnog dela: iznuđivanja iskaza (ako upotrebi silu, pretnju ili drugo nedopušteno sredstvo, ili nedopušten način u nameri da iznudi iskaz ili izjavu od učesnika u postupku); zloupotrebe službenog položaja (ako iskorišćavanjem službenog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granica službenog ovlašćenja ili nevršenjem službene dužnosti pribavi sebi ili drugom kakvu korist, drugom nanese štetu ili teže povredi prava drugog); povrede prava na podnošenje pravnog sredstva (ako učesnika u postupku spreči u ostvarivanju pravo na podnošenje pravnog sredstva ili podneska); primanje mita (ako zahteva ili primi poklon ili drugu korist, ili obećanje poklona ili druge koristi za sebe ili drugog, da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smeo izvršiti, ili da ne izvrši službenu radnju koju bi morao izvršiti); itd.

6. Saradnja

Inspekcija rada mora delovati u široj saradnji i partnerstvu, ukoliko želi biti delotvorna i svoj uticaj učini maksimalnim.

Saradnja sa strankama i drugim učesnicima u postupku omogućava inspektoru da pravilno i potpuno utvrdi činjenično stanje. Tim pre što neke relevantne činjenice može utvrditi jedino uvidom u dokumentaciju koju samo poslodavac može staviti na uvid, jer ne postoji drugi način da se one utvrde ili taj drugi način nije dovoljan. Uspostavljanju saradnje najviše doprinosi inspektor, jer od njegovog stava i načina komunikacije zavisi ponašanje i spremnost na saradnju

25 Čl. 109. Zakona o državnim službenicima.

26 Čl. 121-124. Zakona o državnim službenicima.

učesnika u postupku koji i sami doprinose njenom uspostavljanju. S tim u vezi, apostrofiraju se obaveze poslodavca prema inspektor. Pomenućemo obavezu poslodavca da omogući inspektor: ulazak u objekte i prostorije u svako doba kada su zaposleni na radu; uvid u dokaze o stabilnosti objekta; uvid u primenjene mere bezbednosti i zdravlja na sredstvima za rad; uvid u sredstva i opremu za ličnu zaštitu na radu; uvid u podatke i evidenciju o proizvodnji, korišćenju i skladištenju opasnih materija. Nepostupanje po ovim obavezama predstavlja prekršaj²⁷. Poslodavac, ili lice koje on ovlasti, ima pravo, ali i obavezu, da učestvuje u postupku, daje izjave i izjasni se o relevantnim činjenicama. Inspektor poziva predstavnike zaposlenih da prisustvuju nadzoru i može tražiti od njih izjašnjenja o relevantnim činjenicama (Ministarstvo za rad, zapošljavanja i socijalne politike, 2012).

Saradnja inspekcije rada sa drugim organima uprave omogućava ostva-rivanje osnovne funkcije državne uprave – primenu zakona i drugih pripisa. S tim u vezi, organi državne uprave imaju obavezu da međusobno sarađuju, jedni drugima pružaju pravnu pomoć i dostavljaju potrebne podatke i obaveštenja.²⁸ Inspekcija rada sarađuje sa: građevinskom inspekcijom u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu kod poslodavaca koji se bave izgradnjom građevinskih objekata, tržišnom inspekcijom u oblasti rada kontrole rada na crno, poreskom policijom u oblasti kontrole isplate zarada i drugih primanja iz radnog odnosa, itd. (Stojšić, 2008: 17). Stoga, bilo bi korisno: obrazovati koordinaciono telo kako bi se zajednički poslovi planirali i efikasno sprovedili i izbegla nepotrebna učestalost nadzora; poboljšati informacioni sistem inspeksijskih organa radi razmene podataka i elektronskih dokumenata u planiranju i sprovođenju nadzora (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012).

Poseban odnos inspekcija rada ima sa Ministarstvom unutrašnjih poslova i službama ovog organa na područjima na kojima deluju njihove unutrašnje jedinice. Na zahtev ovog ministarstva, inspekcija rada pruža potrebne informacija i dostavlja tražene spise. Kod poslodavca za koje postoji sumnja da će pružiti verbalni ili fizički otpor, ovo ministarstvo pruža inspektorima fizičku zaštitu i obezbeđuje nesmetano obavljanje nadzora, na njihov zahtev (Stojšić, 2008: 18).

Saradnja inspekcije rada sa pravosudnim organima omogućava efikasan rad svakog organa ponaosob. Na zahtev ovih organa, inspekcija rada pruža potrebne informacije i dostavlja tražene spise. U postupku pred nadležnim sudom ima svojstvo stranke, pravo da učestvuje u njemu i koristi predviđena pravna sredstva (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012:20)

Drugi organi i organizacije i treća lica koja učine verovatnim svoj pravni interes mogu dobiti informacije od inspekcije rada o toku i rezultatima nadzora (Stojšić, 2008: 18).

27 Čl. 64. Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu.

28 Čl. 64. Zakona o državnoj upravi.

Inspekcija rada obaveštava javnost o svom radu preko sredstava javnog informisanja ili na drugi prikladan način (Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, 2012: 89).

7. Napomene za kraj

Inspeksijskom nadzoru u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu, iako je ocenjen kao nedelotvoran od strane stručne javnosti, pridaje se veliki značaj. Od toga kako i na koji način funkcioniše zavisi efikasnost pravnog sistema u celini. S tim u vezi, treba raditi na modernizaciji sistema inspekcije rada kroz reformu, reorganizaciju i integraciju inspekcije rada, jer će rezultati takve modernizacije bitno uticati na druge preobražaje u društvu.

Literatura

- Bogićević, Č. (1998). Pravni nadzor inspekcije rada. *Radno i socijalno pravo*. 3-6. 155-166.
- Drašković, D. (1998). Inspekcija rada i njeni akti i radnje u vršenju inspeksijskog nadzora. *Radno i socijalno pravo*. 3-6. 167-184.
- Ivošević, Z. (2006). *Komentar Zakona o radu*. Beograd: Savremena administracija.
- Jovanović, P. (2012). *Radno pravo, Šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Lilić, S. (1995). *Upravno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- Lukić, P. (1991). *Komentar Zakona o radnim odnosima Republike Srbije, Prvo izdanje*. Beograd: DD "Dragan Srnić" PJ Pravno ekonomski centar Beograd.
- Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike. *Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2012. godinu* (2012).
- Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike. *Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2011. godinu* (2011).
- Marković, B. (1998). Inspeksijski nadzor u teoriji i praksi u jugoslovenskom pravnom sistemu. *Radno i socijalno pravo*. 3-6. 134-154.
- Pljakić, Lj. (1998). Pravne posledice inspeksijskog nadzora i kontrole u oblasti radnih odnosa. *Radno i socijalno pravo*. 3-6. 198-205.
- Stojišić, Lj. (2008). Ovlašćenja i obaveze inspektora rada. *Pravna praksa*. 6. 13-19.
- Šunderić, B. (2001). *Pravo Međunarodne organizacije rada*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Zakon o državnoj upravi. *Službeni glasnik RS*. Br. 79 (2005), 101 (2007), 95 (2010).

Zakon o državnim službenicima. *Službeni glasnik RS*. Br. 79 (2005), 81 (2005) - ispr., 64 (2007), 67 (2007) – ispr., 116 (2008), 104 (2009).

Zakon o ministarstvima. *Službeni glasnik RS*. Br. 72 (2012).

Zakon o radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 24 (2005), 61 (2005), 54 (2009), 32 (2013).

Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 101 (2005).

Zakon o opštem upravnom postupku. *Službeni list SRJ*. Br. 33 (1997), 31 (2001).
Službeni glasnik, RS. Br. 39 (2010).

Dragana Radovanović, LL.D.

***Labour Inspection and Supervision over the
Application of Labour Regulations***

Summary

In this paper, the author analyses the basic elements of the organization and duties of the Labor Inspectorate, with specific reference to the issues that labour inspectors deal with and the issues pertaining to the prospective modernization of this administrative authority.

The administrative and supervisory authorities which have been vested in the Labor Inspectorate include the supervision of the application of Labor Law provisions and other labour regulations, general acts, employment contracts, as well as the protection of employees' rights. In particular, the author focuses on the duties and authorities of the Labor Inspector.

Key words: *labour inspection, inspector's supervision, administrative protection of employment rights*