Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Научни скуп са међународним учешћем
„НАЦИОНАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО – АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ТЕМЕ“

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Зборник радова
„НАЦИОНАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО – АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ТЕМЕ“

Издавач:
Правни факултет Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици,
Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица, тел. 028.425.336, www.pra.pr.ac.rs

За издавача
Проф. др Владан Михајловић, декан

Главни и одговорни уредник
Проф. др Олга Јовић-Прлаиновић

Уређивачки одбор
Чланови из земље: Проф. др Владан Михајловић, Проф. др Марија Крвавац, Проф. др Владимир Боранијашевић, Доц. др Здравко Грујић, Доц. др Драган Благић, Доц. др Душко Челић - Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици; Чланови из иностранства: Проф. др Дамјан Корошец, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Република Словенија; Проф. др Барбара Новак, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Република Словенија; Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска, БиХ; Доц. др Весна Симовић-Звицер, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Република Црна Гора; Доц. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методије“, Република Македонија.

Секретар Уређивачког одбора:
Доц. др Здравко Грујић

Технички уредник:
Доц. др Здравко Грујић

Дизајн корица:
Димитрије Милић

Штампа: Кварк, Краљево

Тираж: 100 примерака

ISBN 978-86-6083-047-2

Штампање овог Зборника помогло је Министарство просвете,
науке и технолошког развоја Републике Србије

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ЗБОРНИК РАДОВА

„НАЦИОНАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО –
АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ТЕМЕ“

COLLECTION OF PAPERS

„NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW –
CURRENT ISSUES AND TOPICS“

Научни скуп са међународним учешћем одржан је 26. маја 2017. године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Том I

Косовска Митровица
2017.

П Р Е Д Г О В О Р

Тематски зборник радова који је пред вама представља публикацију радова припремљених поводом обележавања 56. година постојања и рада Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици и саопштених на научној конференцији са међународним учешћем под називом „НАЦИОНАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО – АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ТЕМЕ“ дана 26. маја 2017. године.

Општа тема овогодишње научне конференције пружила је прилику за проверу ставова о изазовима пред којима се налази национално у односу на међународно право са различитих аспеката. Избор теме конференције последица је настојања правне науке да се унапреде и заштите права субјеката у свим областима друштвених односа и поштовање, заштита и унапређење људских права.

Вредносни оквир односа ова два права, у правнополитичком смислу, осликан је у идеји суверенитета националног права и идеји заједништва која је карактерична за међународно право. Будући да потпуно јединство националног и међународног права, условљено специфичностима сваког од њих, није могуће, неопходно је стварања услова за међусобну интеракцију.

Систем међународног права није развијен једнако на свим пољима и у његовим оквирима егзистирају подсистеми у односу на које државе имају исте или сличне ставове - непосредна примена међународноправних решења у домену људских права заједничка је тенденција свих држава, што, међутим, није случај са другим подсистемима. Сложеност међународног правног поретка и разлике националних правних традиција јасно упућују на закључак да јединствени одговор у вези са питањем односа националног и међународног права не постоји.

У овом зборнику радова, аутори су у својим разматрањима, запажањима, критикама и закључцима, понудили или потражили одговоре на изазове савремних друштвених императива и права. Стваралачки напори еминентних стручњака из области права и друштвених наука, из земље и региона, усмерени су на актуелни прелаз у постранзицијско друштво и европске интеграције са становишта спровођења основних идеја и вредности у национални правни поредак, а не само као на фомални чин.

Владавина права, независност институција, свеобухватна реформа јавног сектора, поштовање људских и мањинских права, посебно права рањивих друштвених група су стратешки циљеви Републике Србије у предстојећем периоду.

Објављивањем овог Зборника, правничкој, али и неправничкој критичкој јавности доступни су радови позитивно оцењени од стране два рецензента, стручњака из области рецензиране материје. Педесетпет ауторских и коауторских научних прилога уподобљени су општој теми научне конференције, и својом садржином ће, надамо се, допринети афирмисању научног и стручног стваралаштва у комплексној, и увек значајној, области односа националног и међународног права, у теоријском и практичном смислу.

УРЕДНИК

С А Д Р Ж А Ј

ПРЕДГОВОР V

ГРАЂАНСКОПРАВНА И ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Марија КРВАВАЦ, Др Јелена БЕЛОВИЋ
Посебна материјална правила која непосредно уређују ситуацију
са страним елементом …..... 1

Др Наташа СТОЈАНОВИЋ
Општи међународноправни оквир заштите и очувања биолошке
разноликости ……..…… 15

Др Хајрија МУЈОВИЋ - ЗОРНИЋ
Пратеће штете и споредна дејства у медицини – питања одговорности . 37

Др Дејан МИЦКОВИЋ
Регулисање сурогат материнства у савременим законодавствима …… 57

Др Олга ЈОВИЋ-ПРЛАИНОВИЋ
Пословна способност инвалидних особа као људско право ……..... 79

Др Маша КУЛАУЗОВ
Извршење судских одлука по одредбама парничног законодавства
из 1865. године ……... 101

Др Новак КРСТИЋ
Завештајни сведоци код јавних облика завештања у праву Србије ……. 117

Др Ангел РИСТОВ
Macedonian Civil Code and the reforms in the marital
property regime of the spouses ……....…… 137

Др Татјана ЗОРОСКА-КАМИЛОВСКА, Мр Татјана ШТЕРЈОВА
Приступ права Европске уније у регулисању поступака
за колективну заштиту права ……..... 159

Др Душко ЧЕЛИЋ
Конвалидација уговора о промету непокретности у пракси
специјализованих квазисудских тела које је основала
мисија Уједињених нација на Косову и Метохији ……. 179

Др Срђан РАДУЛОВИЋ
Аутентична српска борилачка вештина пред захтевима одштетног права ……..… 207

Гордана ДАМЈАНОВИЋ
Појам и врсте матичних ћелија у светлу патентног права ……..….... 223

Милица СОВРЛИЋ
Одговорност за високо постављене ствари ……..... 239

Др Јелена ЋЕРАНИЋ
Патентна заштита проналазака у међународном, европском и националном праву ……. 255

Др Љубиша ДАБИЋ
Врсте стечајних поступака ……..... 273

Марко РАДОВИЋ
Заштита права на суђење у разумном року у стечајном поступку ……... 301

Урош ЗДРАВКОВИЋ
Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације ... 323

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Јован ЋИРИЋ
Dura lex sed lex ……...……. 343

Др Владимир В. ВЕКОВИЋ
Нови систем кривичних санкција према малолетницима у Републици Србији …….....….....… 361

Др Драган ЈОВАШЕВИЋ
Међународно кривично право – појам, извори и принципи …….. 379

Др Бранислав РИСТИВОЈЕВИЋ
Новине у киминалнополитичком приступу сузбијању насиља у породици у Србији: на слепом колосеку ……..……. 401

Др Сретен М. ЈУГОВИЋ
Поглед на „нове“ законске надлежности полиције у спречавању насиља у породици у Републици Србији ……. 417

Др Саша КНЕЖЕВИЋ, Мирјана ЂУКИЋ
Споразум о сведочењу окривљеног у кривичнопроцесном законодавству Републике Србије ……..….. 429

Др Зоран ЂИРИЋ, Милена ЂИРИЋ
Прилог бољем квалитету и контроли судско-психијатријских вештачења ……..….. 447

Др Ванда БОЖИЋ, Др Жељко НИКАЧ, Бранко ЛЕШТАНИН
Кривичноправни оквир за поступање и примену овлашћењаполиције …….……..….. 467

УПУТСТВО АУТОРИМА 483

ГРАЂАНСКОПРАВНА И ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 341.9

Др Марија КРВАВАЦ*
Др Јелена БЕЛОВИЋ*

ПОСЕБНА МАТЕРИЈАЛНА ПРАВИЛА КОЈА НЕПОСРЕДНО УРЕЂУЈУ СИТУАЦИЈЕ СА СТРАНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Апстракт: Национално право које се примењује на конкретан случај мора бити одређено у смислу сукоба закона који, по правилу, није довољно разумљив и приступачан за пословни свет. Чак и за саме правнике примена принципа који се разликују од земље до земље ради решавања конкретног сукоба закона може оставити извесну дозу несигурности. Прилично је тешко извршити унификацију правила међународног приватног права на високом нивоу и у оквиру ограниченог броја земаља. Због тога су оправдана настојања да правила која треба применити на приватноправне односе са елементом иностраности морају и сама бити међународна, а никако унутрашњег карактера. Унификација националних права која би означила крај сукоба закона јавља се као нужност. Посебна унификована материјална правила која непосредно уређују ситуације са међународним обележјем остаје најефикаснији метод превазилажења разлика различитих националних правних система.

Кључне речи: *материјална правила, елемент иностраности, унификација, међународни уговор.*

1. УВОД

Међународноприватноправна регулатива уређује ситуације са елементом иностраности на директан и индиректан начин. Узимајући у обзир сврху материјалноправне регулативе приватноправни односи са елементом иностраности могу бити регулисани колизионим правилима која упућују на право меродавно за одређено питање, било оно домаће или страно, или нормама које директно уређују одређену проблематику. Директно, непосредно регулисање постиже се утврђивањем норми

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, marija.krvavac@pr.acr.rs
* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, jelena.belovic@pr.ac.rs

непосредне примене и посебним материјалним правилима. Примена система на чију меродавност указују унапред утврђени критеријуми чини колизиони метод, док је стварање посебних материјалних правила за ситуације са елементом иностраности директни, односно супстанцијални, метод регулисања грађанских и трговинских односа. Колизионе норме представљају правила о одређивању меродавног права и основни инструмент функционисања индиректног начина регулисања, јединственог у систему права. Савремено међународно приватно право у одређеним ситуацијама тежи постављању „елестичних“ колизионих правила чија је сврха примена повољнијег права и заштита слабије стране уговорнице, већи обим деловања страначке аутономије воље. Уместо правила које је утврђено на генералан и апстрактан начин за све евентуалне случајеве одређене врсте, колизиона норма добија социјалну димензију, при чему се води рачуна и о осталим околностима предмета у вези са другим државама.

У одређеним сегменатима грађанског и трговинског права држава директно уређује одређене приватноправне односе са елементом иностраности, мимо колизионих правила, чиме их искључује или дупуњује. Супстанцијални метод има дужу традицију у односу на колизиони, а позитиван однос преме директном методу регулисања приватноправних односа са елементом иностраности изражен је у међународним споразумима у концепту једнаких правила у државама уговорницама,посебно у уговорном и транспортном праву. Такође, евидентан је и значајан број споразума у процесу свеобухватне унификације меничног и чековног права, ауторског и права индустријске својине који садрже непосредна решења.

2. ПОСЕБНА СУПСТАНЦИЈАЛНА ПРАВИЛА НА МЕЂУНАРОДНОМ НИВОУ

Прописи којима се штите економски интереси домаће државе у пословном и платном промету са иностранством одражавају посебан интерес државе и говоре у прилог њихове обавезне примене. Позивање на ову врсту прописа домаћег законодавства врши се по правилу у ситуацијама и код радњи које се одвијају у прецизном правном окружењу. Брига о аутономном привредном развоју домаће земље, заштита домаћег правног поретка лежи у основи примене правила непосредне примене.

На међународном нивоу директан, супстанцијални метод регулисања почива на утврђивању правила која изражавају специфичности ситуација са међународним обележјем. Њима се одступа од решења која постоје за искључиво унутрашње правне односе и стварају посебна правила за међународне ситуације. Реч је о методу који се све више развија путем унификације и хармонизације појединих делова грађанског и трговачког

права. У настојањима да се уједначе правила материјалног права на међународном нивоу издвајају се различити модели и инструменти унификације и хармонизације права. Тако је нужност уједначавања уговорног права произашла је из потребе правне сигурности, олакшавања међународне трговине, несавршености *lex mercatoria*. Инструменти унификације и хармонизације којим се постиже уједначавање или усклађивање норми у оквиру једне, или више држава су многобројни и различити. Ипак, процес међународне унификације још увек је далеко од момента када ће елиминисати потребу за међународноприватноправном проблематиком, односно за колизионим решењима. Посебним материјалним правилима у погледу ситуација са елементом иностраности искључује се примена колизионоправне методе, осим када утврђеним посебним материјалним правилима нису изричито решена сва питања везана за материју на коју се односе.

У изворе посебних материјалних правила за ситуације са елементом иностраности могу се сврстати унутрашњи прописи, међународни уговори и, у одређеној мери, судска пракса.[1] Међународни уговори представљају традиционални, најчешћи инструмент унификације и хармонизације права којим државе остварују различите политичке, економске, правне, културне и друге циљеве.[2] Државе најчешће иступају кроз међународне организације кроз невладине међународне организације, професионална удружења трговаца и правника. Међународни уговор може да садржи једнообразни закон, као посебан прилог који су државе чланице у обавези да унесу у унутрашње законодавство (нпр. Конвенција о једнообразном меничном праву из 1931[3] и др.) или да сам текст уговора може да садржи једнообразне одредбе које се након ратификације примењују без потребе уношења у национално законодавство (нпр. Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980, Конвенција о застарелости потраживања у области међународне продаје робе из 1971)[4]. Поље примене међународних уговора у правилу је ограничено *rationae personae* і *rationae materiae* чиме се искључује одређени број важних питања. Осим тога, у случајевима када су испуњени услови за примену конвенцијских одредби, не значи да ће до тога и доћи. Покретањем поступка у држави која није ратификовала конвенцију (или на други начин изразила пристанак на обавезивање) примена конвенцијских правила се може заобићи. У свим случајевима када није

[1] Krešimir Sajko, *Međunarodno Privatno Pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2005, 277.

[2] Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право (општи* део), Службени лист, Београд, 2004, 58.

[3] „Службене новине Краљевине Југославије“, бр. 24-IV, год. XVII-1935.

[4] „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 10/84; „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 5/78.

могуће наћи унификована међународна правила мериторном решавању спорова претходи решавање сукоба закона у ситуацијама са међународним обележјем. Бројне међународне конвенције на глобалном и регионалном плану имају за циљ ублажавање различитости националних система и испуњење захтева судске праксе за једнакошћу решења. Значај конвенцијског права није резултат само великог броја конвенција које регулишу различита правна питања, већ исто тако и великог броја држава које су их прихватиле и на тај начин, посредно или непосредно, инкорпорисале у свој правни систем.

3. КОНВЕНЦИЈЕ КОЈЕ САДРЖЕ ПОСЕБНА МАТЕРИЈАЛНА ПРАВИЛА У МАТЕРИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

Материја међународног приватног права регулисана је националним законодавством, међународним уговорима и у земљама чланицама Европске уније, комунитарним правом. Један од најзначајнијих међународних правних инструмената у области супстанцијалног уговорног права представља Конвенција УН о међународној продаји робе (CISG) донета 1980. године у Бечу[5] под окриљем УНЦИТРАЛ-а (Комисија УН за међународно трговинско право). Конвенција представља значајан извор норми материјалноправног карактера у области промета робе и услуга са иностранством. Она садржи јединствена правила у области међународне продаје робе а примењује се на трговинске уговоре, уколико уговорне стране не одреде другачије. Конвенција о међународној продаји робе је донета на основу ревидираних хашких Конвенција-Конвенције о једнообразном закону о међународној продаји телесних покретних ствари (ULIS) и Конвенције о једнообразном закону о закључивању уговора о међународној продаји телесних покретних ствари (ULFIS),[6] усвојене на дипломатској конференцији у Хагу 1964. Униформна правила хашких једнообразних закона представљала су значајан пут превазилажења разлика између националних права у домену продаје робе.[7] Сврха Једнообразних закона била је креирање диспозитивних правила којим ће се "помирити" интереси продавца и купца. Оба документа садрже идентичне ставове који не праве разлику између грађанске и трговачке

[5] *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1980. Преузето са: http://www.un.org.uncitral. Конвенцију је ратификовала и наша земља, вид. „Службени лист СФРЈ“, бр. 10/847.

[6] Владимир Тодоровић, *Трговина и облигације*, Међународни уговори, књ. 5, т. I, Службени гласник, Београд, 2000.

[7] Видети: Јелена Перовић, *Битна повреда уговора Међународна продаја робе*, Службени лист СЦГ, Београд, 2004, 21.

купопродаје, и оба закона ће се примењују без обзира на трговачки или грађански карактер уговорних страна, односно уговора. Доношењем Бечке конвенције реализована је идеја знаменитог теоретичара Рабела (Rabel)[8] и његових истомишљеника, стара педесет година, о потреби једне универзалне кодификације међународне продаје робе.[9]

Сходно чл.1(1) Конвенција се примењује на уговоре о продаји робе закључене између странака које имају пословно седиште на подручју различитих држава: а) кад су то државе уговорнице или б) кад правила међународног приватног права упућују на примену права једне од држава уговорница. Наиме, Конвенција се примењује на међународну привредну продају робе из чега произилази да је реч о међународном карактеру продаје, да је у питању продаја робе и да се ради о привредној трансакцији како би се конвенција применила на поједини случај.[10] Одредба чл. 95. омогућује држави чланици да стави резерву у погледу тачке б). Такође, Конвенција се примењује на уговоре о испоруци робе која треба да се изради или произведе, осим ако је страна која је наручила робу преузела обавезу да испоручи битан део материјала потребног за израду или производњу (чл.3 ст.1), као и на уговоре у којима се мањи део обавеза странке које испоручују робу састоји у обављању неког рада или пружању услуга (чл.3.ст.2). Под робом се у складу са чл.1 подразумевају само покретне телесне ствари, уз изузетке према чл.2 (роба која је купљена за личну или породичну употребу или за потребе заједничког домаћинства, осим ако продавац било у које време пре или после тренутка склапања уговора није знао нити је морао знати да се роба купује за такву употребу; б) на јавној дражби, ц) у случају заплене или неког другог поступка судске власти, д) вредносних папира и новца, е) бродова, глисера са ваздушним јастуком и авиона, ф) електричне енергије). Конвенција се не примењује на одговорност продавца за смрт или телесне повреде које роба проузрокује било ком лицу (чл.5.). Осим тога, Конвенција не садржи ограничења *ratione personae* у погледу држављанства или статуса странака тако да се примењује без обзира на то јесу ли странке трговци или не. Поље примене *ratione materiae* Конвенције односи се само на склапање уговора о продаји и на права и обавезе продавца и купца. Уколико сама Конвенција изричито другачије не одређује, њене одредбе се не примењују на питање правоваљаности уговора или било које од његових одредаба или обичаја, као и на дејство које би уговор могао имати на својину продате робе (чл.4.). Уговорна воља странака има предност у односу на одредбе Конвенције које имају диспозитиван карактер, што значи да се странама уговорницама оставља слобода да саме одреде право и услове који

[8] Ernest Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, Berlin, 1964, 48.

[9] Ibid, 30.

[10] Конвенција о међународној продаји робе (CISG), члан 2 (а).

ће се примењивати на уговор, као и да потпуно или делимично, искључе примену Конвенције у погледу свог уговорног односа. Тиме се потврђује принцип слободе уговарања као основни принцип облигационог права усвојен у правним системима већине земаља. Уколико би, примера ради, у случају искључења Конвенције за спор био међународно надлежан српски суд, меродавно право се утврђује по српском међународном приватном праву, односно члану 19. ЗРСЗ, ако су странке одредиле меродавно право, а уколико то нису учиниле по члану 20. који упућује на примену меродавног материјалног уговорног права.

Стране уговорнице могу предвидети примену Конвенције и у случају када немају пословно седиште у државама уговорницама и када правила међународног приватног права не указују на примену права државе уговорнице, само уколико су конвенцијске одредбе у складу са императивним нормама меродавног права (2а). Поред тога, странке могу предвидети примену конвенцијских решења на уговоре о продаји који су изван поља примене *rationae materiae,* као што су уговори о продаји бродова (чл.2.е).

Конвенција се примењује на међународну привредну продају робе о чијем појмовном одређењу нема дефиницију.[11] Конвенција не дефинише појам „продаје“ тако да је значење могуће утврдити тумачењем њених одредби. Сходно конвенцијским начелима, при тумачењу се мора водити рачуна о међународном карактеру конвенције, и потреби да се унапреди једнакост примене конвенцијских одредби као и поштовање савесности у међународној трговини (чл.7. ст.1). Конвенцијски појам робе односи се на покретне ствари, што значи да није обухваћена продаја права и непокретности.

Попуњавање празнина које могу да се јаве унутар конвенцијског поља примене, односно питања која се тичу материје уређене конвенцијом а која у њој нису изричито решена подлежу примени општих начела на којима се темељи, или праву меродавном на основу правила међународног приватног права (чл.7. ст.2). Бечка Конвенција садржи врло мало „општих начела“ а недостатак је употпуњен формулацијом „према праву меродавном на основу правила међународног приватног права“.

За пуноважност уговора о продаји, конвенцијска правила не постављају захтеве у погледу форме, тако да уговор не мора бити закључен нити потврђен у писменој форми, нити подвргнут било којим другим захтевима у погледу форме. Уговор се може доказивати на било који начин укључујући и сведоке, чиме је доследно усвојен принцип консенсуалности.

[11] Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Службени лист СЦГ, Београд, 2005, 138.

Конвенција не уређује питање пуноважности уговора, нити уговора у корист трећих лица већ то препушта меродавном домаћем праву. Бечка конвенција уређује велики број важних питања која произилазе из међународне привредне продаје робе. Ипак ова конвенција се не може посматрати као генерална унификација тако да поједина питања, као што је застарелост потраживања, висина затезних камата и др. нису обухваћена овим унификаторским документом. Може се прихватити становиште да су материјалноправне одредбе Конвенције компромис између европског и англосаксонског права тако да странке морају упознати овај систем како би се определиле за њега, или за неки други који штити њихове заједничке интересе. Даном ступања на снагу Бечке Конвенције у нашем праву је створена тзв. *двојност* материјалноправног уређења облигационих односа, за уређење односа у домаћем промету роба и услуга и за уређење спољнотрговинских односа, односно трговинског промета са иностраним партнерима. Управо због тога је неопходна пажња и обзир од стране нашег законодавства, судова и арбитраже.

Питање застарелости изазива опречна становишта у погледу саме правне природе ове установе, што доводи до тога да се застарелост у англосаксонским правним системима посматра као институт процесног права, док је у другим националним правима институт материјалног права. У упоредном праву не постоји сагласност око тачке везивања за меродавно право, док наше колизионо право застарелост подвргава праву које је меродавно за садржину правног односа или правне радње поводом које се питање застарелости поставља.[12] Такође, наша земља је једна од уговорница Конвенције о застарелости потраживања у области међународне купопродаје робе.[13] Према Конвенцији, у ситуацијама када се седиште продавца и купца налазе у различитим земљама уговорницама, или колизионе норме форума воде примени права земље уговорнице, судови ће уместо националних правила о року застарелости применити конвенцијски рок од четири године.[14]

3.1. УНИДРОА (UNIDROIT) начела међународних трговачких уговора

Упоредо са колизионим методом регулисања приватноправних односа више међународних организација и удружења настоје да услове

[12] Члан 162д Нацрта ЗМПП.

[13] „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 5/78; Преузето са: http:// www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts /sale_goods/1974Convention_status.html.

[14] Из домаће судске праксе: Врховни суд Србије, Прев. 27/2003 од 30. јануара 2004. године.

пословања са иностранством и уговорно право у ширем или ужем обиму обухвате јединственим правилима. Значајне резултате на том пољу остварио је Међународни институт за унификацију приватног права (UNIDROIT), организација са седиштем у Риму која је основана 1926.[15] године као помоћни орган Друштва народа. После трансформације спроведене 1940. године УНИДРОА је успоставио данашњи облик и структуру независне, међународне, владине организације. Циљ ове организације је унификација и хармонизација приватног права држава које су њене чланице. Институт је ограничио свој рад на унификацију материјалног правила приватног права, док су питања сукоба закона и сукоба јурисдикција остављена Хашкој конференцији за међународно приватно право. Поред низа нацрта конвенција, које су касније усвојене на дипломатским конференцијама, у оквиру ове организације су 1994. састављена Начела међународних трговачких уговора као резултат потребе за стварањем модерних и једнообразних правила општег уговорног права.[16] Активност УНИДРОА састоји се, између осталог, у припремању међународних уговора, модел закона, законодавних водича и Начела. Од када су 1994. објављена Начела међународних трговачких уговора су широко у употреби. Полазећи од идеје стварања кодификованог међународног трговачког права приликом израде овог акта узета су у обзир решења Америчког једнообразног законика, Америчких Resteitmenta уговорног права, Бечке конвенције, Грађанског законика Квебека, INCOTERMS- клаузуле и др. Створен је необавезујући правни акт у чијој Преамбули се предвиђа да се примењује на међународне трговачке уговоре уколико су их странке уговориле, а могу се применити ако су странке уговориле примену општих правних начела, *lex mercatorie* и сл.

УНИДРОА Начела се могу применити у судским или арбитражним поступцима када се уговорне стране споразумеју о примени "општих принципа права" као меродавног права, или о примени *lex mercatoria* као и у поступку тумачења и измене међународног и националног права.[17] Начела садрже униформна материјалноправна правила и неколико униформних правила о сукобу закона, која немају законодавни карактер.[18] Као резултат напора ка обезбеђивању међународне хармоније у одлучивању УНИДРОА Начела представљају нов приступ међународном трговинском праву.

---

[15] International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT, http://www.unidroit.org

[16] Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome, 1994, измењени и допуњени *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2004.

[17] Маја Станивуковић, „Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом“, *Право и Привреда*, бр. 5-8/99, 422-432.

[18] M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Irvington, N.Y, 1994.

Публиковани су у виду зборника а Институт је препоручио њихову примену у пракси.[19] Начела садрже опште одредбе које се тичу; настанка уговора и овлашћења заступника; пуноважности уговора; тумачења уговора; садржине уговора и права трећих лица; испуњења уговора; неиспуњења уговора, права на испуњење, отказивања уговора и штета; поравнања; уступања права, уступања обавеза и уступања уговора; и рок застарелости. У значајном броју међународних трговинских уговора стране уговорнице упућују на одредбе Начела као на право које ће бити меродавно за случај спора. Правила, односно одредбе Начела чине део аутономног трговачког права те представљају допуну конкретних уговора.

Допуњена и измењена Начела 2004. уређују додатна питања којих није било у основном тексту. У поглављу које садржи опште одредбе утврђене су дефиниције најважнијих појмова, слободе уговарања, форме, обавезности, измена и тумачења уговора као и примене начела савесности и поштења. Поглавље које уређује закључење уговора детаљно разрађује начине закључења, односно питање прихвата понуде и њеног повлачења, опозива, одбијања понуде, типских клаузула и неуобичајених одредаба и њиховом тумачењу. Решења које дефинишу пуноважност уговора за закључење, измену или раскид прихватају прост споразум уговорних страна. Поред тога, Начела дефинишу и заблуду, превару, и њихов утицај на пуноважност уговора. У сфери тумачења, Начела прихватају оно тумачење које је у складу са заједничком намером странака. Посебну пажња посвећена је садржини уговора, тако што се прави разлика између облигације циља и облигација средстава, с обзиром на то да ли дужник мора да обезбеди постизање одређеног циља, односно тачно одређени резултат, или је обавезан да изврши чинидбу са дужном пажњом разумног лица.[20] Начела уређују и питање времена и места извршења уговора, као и извршавање новчаних обавеза. У погледу неизвршења уговора, утврђује се шта се има сматрати неизвршењем, мањкавим извршењем и задоцњењем са извршењем уговора. Сходно томе, предвиђена је накнада штете за све облике неизвршења уговора и детаљно уређење питања доказивања штете, камата и валута.

Нови текст Начела допуњен је одредбама које се односе на заступање, уступање права као и на питање застарелости.[21] Додато је 65 нових одредаба, са незнатним изменама тако да се не би могле сматрати ревизијом међународног уговора. Анализу би свакако захтевао појам "неразумне

[19] Ближе A. Hartkamp, *Principles of Contract Law, Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 1998, 105.

[20] Ближе: Ј. Перовић, Op. cit., 43. и даље.

[21] Ближе Ј. Вилус, „UNIDROIT Начела међународних трговинских уговора“, *ПЖ,* бр.11/2005, Београд, 2005, 460 и даље.

примене" из чл.1.9 у вези са којим службени коментар прихвата да разлози за такву примену леже у одређеним условима, према којим једна или обе уговорне стране послују и/или у нетипичној природи трансакција.

Циљ Начела је стварање правила која ће се примењивати без обзира на правну традицију, економске као и политичке услове различитих земаља. Међународни карактер Начела истакнут је у коментарима уз поједине одредбе, у складу са којим ће се Начела уздржавати од упућивања на национална законодавства у циљу објашњавања порекла и аргументације понуђеног решења.

3.2. UNIDROIT конвенција о украденим и незаконито извезеним предметима од културног значаја

Значајна материјална правила којима се непосредно уређују захтеви за повраћајем украдених културних предмета садржана су у УНИДРОА конвенцији из 1995.године.[22] Овим међународним уговором уређују се и захтеви за повраћај културног добра који су однети са подручја једне државе уговорнице противно домаћим прописима о извозу, ради заштите културног наслеђа. Реч је о захтевима који имају међународни карактер. Промет културних добара се драстично разликује од промета остале робе тако да за његов промет важе посебна правила. Конвенција УНИДРОА се великим делом ослања на Конвенцију УНЕСКО-а као и на Директиву ЕЕЗ о повраћају културних добара противправно премештених са територије једне државе чланице из 1993. Међутим, Конвенција УНЕСКО-а регулише питање крађе и противправног извоза културних добара на уопштен начин што је уследило после супротстављених гледишта представника *civil* и *common law* система у погледу прибављања (куповине). У мноштву нерешених питања свакако је најважније било питање заштите претпостављеног *bona fide* купца у различитим националним системима.

Враћање украдених и илегално извезених УНИДРОА конвенција не решава доношењем уједначених материјалних правила већ утврђује правне последице ових ситуација. Конвенцијске одредбе узимају у обзир интерес власника који су лишени поседа предмета, као и интересе савесних купаца таквих предмета, односно државе из које је противно њеним јавноправним прописима извезен културни предмет, али и особа које су прибавиле тај предмет у доброј вери.

[22] UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural objects, Rome, 24. June 1995.

Осим тога, Конвенција не садржи никаква ограничења у погледу држављанства, државне припадности, територијалне везе особе и органа повезаних са постављањем захтева, тако да се конвенцијске одредбе могу применити ако постоји бар минимум страног обележја. Одредбе конвенције могу се применити и у случају када је предмет украден у држави неуговорници па је затим пренесен у државу уговорницу. Питање меродавног права односи се на примену права места у којем се добро налази (*lex rei sitae*), места у којем је обављена правна трансакција *lex contractus*), или неко треће право коју су странке одредиле користећи се аутономијом воље.[23]

У чл. 2. конвенција даје дефиницију културног добра (објекта) под којим подразумева предмете који су важни из религиозних или световних разлога за археологију, праисторију, историју, литературу, уметност, и науку тако да улазе у категорију коју садржи конвенцијски Додатак, идентичан одредби чл.1. УНЕСКО Конвенције о начинима забрана и спречавања илегалног увоза, извоза и преноса власништва на културној имовини из 1970.[24] Тако се искључује примена различитих дефиниција националног права држава уговорница, а комбиновани начин из обе конвенције (општа дефиниција, плус набрајање у самом тексту или додатку) прихвата као најбољи. УНИДРОА конвенција се примењује на враћање културних добара који се као такви могу подвести под наведену дефиницију, без обзира на то да ли су регистровани или само означени у држави која тражи њихово враћање.[25] Она је конципирана у области приватног права и заснива се на тужбама које покрећу појединци, тако да држава не мора да одреди културна добра чији би се повраћај захтевао. Обавеза враћања противправно извезеног културног добра постоји уколико држава која поставља захтев докаже да је његово одношење значајно угрозило један или више интереса који се односе на материјална добра или његове садржине; интегритет једног комплексног добра; очување информације нарочито од научног или историјског значаја;

[23] У случају Winkworth v. Christie's, Manson e Woods Ltd. (1980 Ch.496) вредно јапанско уметничко дело украдено је у Енглеској, пребачено у Италију где је продато једном лицу које је на основу италијанског права постало власник. Затим је то исто дело поново враћено у Енглеску и продато једној уметничкој кући антиквитета која је постала власник јер је својину стекла од власника. Енглески суд је у овом случају применио италијанско право које је омогућило да се обави легална продаја после чега је свака следећа такође била законита.Ово решење је наишло на различите оцене и најчешће било подвргнуто критици. B. M. Jefferson, „An Atempt to Evade the Lex Situs Rule for Stolen Goods“, *The Law Quarterly Review*, vol. 96, 1980, No. 1, 40-56.

[24] „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 50/73.

[25] Ближе: Calvo Caravaca, „PIL and UNIDROIT Convention of 1995“, Festschrift Jayme, I, 2004, 105. и даље.

традиционално или ритуално коришћење добра од стране аутохтоне или племенске заједнице (чл.5(3)).

Сходно конвенцији, питања која нису изричито уређена нити се до решења може доћи тумачењем (правне празнине) подлежу праву форума (*lex fori*). Упоредо са тим, државе уговорнице могу уместо конвенцијских решења применити домаће право, ако је оно повољније за реституцију или за враћање украдених и незаконито извезених културних предмета (чл.9.ст.1.). УНИДРОА конвенција прихвата и уводи принцип да се украдено културно добро *мора вратити његовом власнику,* али садржи и низ одредби којима се овај принцип ублажава (чл.4.). У складу са тим, конвенција садржи низ примера којима ће се ценити "одговарајућа пажња" држаоца, највећим делом субјективне природе, насупрот објективним као што су цена, консултовање разумно приступачних регистра украдених културних добара и др. Судији се допушта да процени да ли је држалац предузео друге кораке које би у истим околностима предузело разумно лице.

4. ЗАКЉУЧАК

Непосредно регулисање свих приватноправних односа са елементом иностраности на међународном плану представља тешко остварљив циљ. Међународно приватно право би својим правилима требало да олакша положај учесника правног посла са међународним обележјем упућујући на меродавно право за сваки конкретни правни однос. Међутим, колизиони прописи су национални и могу да узрокују значајне тешкоће у домену неједнаког регулисања приватноправних односа. Више организација и удружења чине покушаје на професионалном, привредном, регионалном и глобалном (међународном) нивоу да услове пословања са иностранством, уговорно право и остале области обухвате униформним правилима која ће имати међународни, а не национални карактер.

Униформна правила која се примењују на ситуације са међународним обележјем отклањају препреке у одвијању међународног пословног промета, доприносе развоју међународне трговине и остварењу правне сигурности уопште, док уједначено материјално право у знатној мери искључује колизионоправни метод. С друге стране, конвенцијско право не може у потпуности заменити и искључити проблем сукоба закона, имајући у виду да је његово поље примене ограничено, те нужно долази (опет) до упућивања на национално право. Поред тога, унификована правила морају бити усаглашена са одговарајућим правилима националних права која се односе на конкретан предмет. Најзад, увек остају норме националних права које из разлога везаних за јавни поредак имају императиван карактер. Комбинација метода међународног приватног права у решавању приватноправних односа са елементом иностраности чини се најпогоднијом.

Marija KRVAVAC, LL.D.
Full-time Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica
Jelena BELOVIĆ, LL.D.
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

SUBSTANTIVE RULES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

Due to the internationalization of contract relations are factually and legally connected with two or more States, that is to say, with different legal system. They are by their nature international. That is why from its very beginning a development of contract law has been followed by tendency of international unification. Despite intensive international unification during the last years differences in national contract laws are still present.Therefore while deciding in contract disputes judges and arbitraros usually face the problem of conflict of laws.

Determination of uniform contract law should consider both international and domestic elements as well as numbersof other elements considered in trade transactions that influences development of international trade relations. Collision method as an international private law mechanism always results in a state law. Contrary, direct method of international private law in contracts manifest it's self through unification and harmonization in both civil and trade law. Unification process appears through creating of commercial systems and special contractual techniques and provisions.

CISG provides a uniform text of law for international sale of goods. It is adopted by almost all countries with which Serbia is intensively trading. The most importante areas and subjects of international harmonization and unification which has been treated by UNIDROIT are international sale of goods, transport, liability, agencies ect.

Keywords: *substantive rules, unification, international contract, direct method.*

ЛИТЕРАТУРА

Bonell M. J., *An International Restatement of Contract Law :The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Irvington, N. Y, 1994.

Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., Павић В., *Међународно приватно право*, Београд, 2012.

Вилус Ј., *Правна заштита културних добара*, Европски центар за мир и развој, Београд, 2007.

Вилус Ј., *UNIDROIT Начела међународних трговинских уговора*, ПЖ бр.11/2005, Београд.

Драшкић М, Станивуковић М., Уговорно право међународне трговине, Службени лист СЦГ, Београд, 2005.

Jefferson M., *An Atempt to Evade the Lex Situs Rule for Stolen Goods*, The Law Quarterly Review, vol 96, 1980.

Крвавац М., *Међународно приватно право (општи део),* Правни факултет Косовска Митровица, 2010.

Перовић Ј., *Битна повреда уговора. Међународна продаја робе*, Службени лист СЦГ, Београд, 2004.

Rabel E., *Das Recht des Warenkaufs*, Berlin, 1964.

Сајко К., *Међународно приватно право*, Загреб, Народне Новине, 2005.

Станивуковић М., Живковић М., *Међународно приватно право (општи део),*Службени лист СЦГ, Београд, 2004.

Станивуковић М., *Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом*, Право и привреда бр. 5-8/1999.

Тодоровић В., *Трговина и облигације*, Међународни уговори књ.5 т.I, Службени гласник, Београд, 2000.

Hartkamp A., *Principles of Contract Law, Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 1998.

Caravaca C., *PIL and UNIDROIT Convention of 1995*, Festrschrift Jayme I, 2004.

UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (Rome 24 june 1995.) preuzeto sa: http;//www.unidroit.org , приступ 13.02.2017.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Rome 1994). http://www.unidroit.org , приступ 13.02.2017.

The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) преузето са: http://www.un.org.uncitral ,приступ 13.02.2017.

UNESCO Convention of the Means of Prohibing and Preventing the illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (1970.) unesdoc.unesco.org/images/0019/001916/191606E.pdf , приступ 26.03.2017.

Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије, преузето са: www.drzavnauprava.gov.rs , приступ 10.05.2015.

УДК 349.6:574.1

Др Наташа СТОЈАНОВИЋ*

ОПШТИ МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ И ОЧУВАЊА БИОЛОШКЕ РАЗНОЛИКОСТИ[1]

Апстракт: У раду аутор биолошку разноликост као свеукупност врста, гена и екосистема на планети Земљи разматра кроз призму Конвенције о биолошкој разноврсности, Картагена протокола о биолошкој заштити, Нагоја протокола о приступу гентеским ресурсима и поштеној и правичној подели добити која произлази из њиховог коришћења и Стратешког плана за очување биодиверзитета, за период 2011–2020. године, укључујући и Аичи циљеве. Полазећи од значаја који биодиверзитет има за живот на планети Земљи и опстанак људске популације, аутор указује на смисао и домашај решења садржаних у овим међународноправним изворима, као и на њихове предности и недостатке. У циљу постизања вишег степена делотворности у примени правила Конвенције о биолошкој разноврсности и пратећих протокола, аутор предлаже: одговарајуће измене и допуне које би ишле у правцу изједначавања држава уговорница у погледу извршавања уговорених обавеза. Такође, залаже се, сагласно постављеном циљу у оквиру Стратешког плана за очување биодиверзитета, за ефикасније јачање свести, путем медија и образовања, о неопходности разумевања вредности биолошке разноликости, о потребама планете Земље и њеним биолошким границама, као и за већи број акција које би имале за циљ очување и заштиту компоненти биолошке разноликости, нарочито оних врста које имају статус угрожених врста.

Кључне речи: *биолошка разноликост, Конвенција о биолошкој разноврсности, Картагена протокол, Нагоја протокол, Аичи циљеви.*

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу
natasa@prafak.ni.ac.rs

[1] Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013 – 2018. године.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Људски род, на планети Земљи, живи са великим бројем других облика живота (биљкама, животињама, микроорганизмима и слично). И поред огромног напретка науке, до сада није утврђен тачан број биолошких врста које су некада живеле или сада живе на нашој планети. Према проценама Међународне уније за заштиту природе (*International Union for Conservation of Nature, IUCN*), иако ту нема пуне сагласности,[2] планету Земљу настањују између осам и петнаест милиона врста, од којих је само нешто мање од два милиона врста откривено, именовано и класификовано.[3]

Разноликост (разноврсност, варијабилност) живог света, где припада и људски род, на планети Земљи (специјска разноликост), укључујући њихове јединствене и непоновљиве комбинације гена (генетичка разноврсност) и екосистема, као јединство станишта (биотопа) и њихових животних заједница (биоценоза) и еколошких процеса који их повезују (екосистемска варијабилност), другачије се назива биолошка разноликост или биодиверзитет.[4] [5]

Свеукупност и разноликост биљака, животиња, микроорганизама и других облика живота на планети Земљи битна је из више разлога. Пре свега, она одржава природну равнотежу на планети, с обзиром на узајамну зависност многих биолошких врста. Она је стабилизатор климе, пречишћавач ваздуха и воде, контролор болести и штеточина, разлагач отпада и главни детоксикатор. Она је, такође, заслужна за спречавање ерозије тла и обнављање плодности земљишта, као и за опрашивање биљака. Биолошка разноликост обезбеђује економске активности људског рода, као

---

[2] Светски фонд за природу (*World Wide Fund for Nature, WWF*) у тим проценама иде шире, износећи тврдњу да на планети земљи живи између пет и сто милиона различитих врста. Подаци преузети са интернет странице: https://www.wwf.panda.org /about_our_earth/species. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

[3] Подаци преузети са интернет странице: https://www.iucn.org/theme/species /about. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

[4] Израз биодиверзитет заправо је сложеница, настала спајањем две речи „био“ („*Bio“*) и „диверзитет“ („*Diversity“*). Први пут јавно је употребљена на састанку Националног форума за Био Диверзитет који је одржан у Вашингтону, септембра 1988. године, у организацији Националне академије наука САД и Смтисоновог института. Нешто пре овог Скупа, исте године, објављена је књига коју је уредио E. O. Wilson (ed), *BioDiversity*, National Academies Press, Washington, 1988. Детаљније вид. Министарство животне средине и просторног планирања, *Стратегија биолошке разноврсности*, Уводна реч, Београд, 2011, 3.

[5] О облицима биолошке разноврсности, детаљније вид. на интернет страници: http://www.zzps.rs/novo/index.php?jezik=sr&strana=zastita_prirode_bioloska_raznovrsnost_biodiverzitet. Приступ остварен 30. јануара 2017. године.

што су туризам, рибарство и шумарство и за њега има значајну културну, естетску и духовну вредност. Осим тога, она је за људску врсту извор хране, одеће, огрева и лекова.[6]

Највише „захваљујући" људском роду, биолошка разноликост последњих деценија доживљава радикалне промене. Наиме, повећање броја људске популације на планети Земљи,[7] затим губитак или деградација природних станишта, прекомерна експлоатација одређених врста,[8] загађење, климатске промене, нелегална трговина, уношење инвазивних врста на подручја која нису њихова природни „амбијент" и болести, у значајној мери утичу на биолошку разноликост до границе да су поједине врсте изумрле, а друге, многобројне врсте угрожене и у константној борби за опстанак.[9] Чини се довољно алармантно звуче подаци да је у периоду од 1970. године до 2012. године популација кичмењака смањена за 58%, у односу на претходно раздобље,[10] да се изумирање врста дешава 1.000 пута брже од природне стопе изумирања,[11] а да је, барем према Црвеној листи Међународне уније за заштиту природе, 16.118 врста добило статус угрожених врста.[12]

Међународна заједница, свесна опасности коју, у првом реду, деструктивно деловање људске популације може да утиче на биолошку разноврсност, још у прошлом веку започело је правну борбу на плану

---

[6] Опширније о томе на интернет страницама: https://www.iucn.org/theme/species /about; https://www.wwf.panda.org/about_our_earth/biodiversity. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

[7] Према доступним подацима, планету Земљу је 1900. године насељавало око, 1.6 милијарди људске популације, да би се тај број попео на читавих 7.3 милијарди у 2016. години. Опширније видети: Светски фонд за природу, Извештај о живој планети за 2016. годину (*Living Planet Report 2016*), 16, на интернет страници: http://awsassets. panda.org/downloads/lpr_living_planet_report_2016.pdf. Приступ остварен 30. јануара 2017. године.

[8] „Црна" статистика каже да људска популација од раних 70. година, прошлог века, захтева од планете Земље много више него што она може да понуди, и да су у 2012. години потребе човечанства равне биокапацитетима 1,6 планете Земље. Опширније вид. *Ibid,* 20.

[9] О активностима људске популације које представљају претњу за биодиверзитет, опширније вид.: *Ibid,* 8–9. Такође, вид. Н. Стојановић, „Заштићене врсте дивље фауне у Републици Србији и човек – правни аспект", *Тематски зборник радова „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору"*. Књ. 3, Правни факултет, Ниш, 2013, 171–172.

[10] Светски фонд за природу, *ibid,* 6.

[11] Подаци преузети са интернет странице: https://www.iucn.org/theme/species/ about. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

[12] Подаци преузети са интернет странице: https://www.wwf.panda.org/about_our_ earth/species/about_species. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

заштите и очувања биолошке разноликости. Наиме, прво је усвојена Међународна конвенција о заштити птица[13] (Париз, 18. октобар 1950. године). Потом следи Конвенција о мочварама које су од међународног значаја, нарочито као станишта птица мочварница[14] (Рамсар, 2. фебруар 1971. године). Тај низ се наставља Конвецијом о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре[15] (Вашингтон, 3. март 1973. године), те Конвенцијом о очувању миграторних врста дивљих животиња[16] (Бон, 23. јун 1979. године). Најсвеобухватнији међународноправни документ којим се уређује бидиверзитет јесте Конвенција о биолошкој разноврсности[17] (Рио де Жанеиро, 5. јун 1992. године), са пратећим протоколима: Картагена протоколом о биолошкој заштити[18] (Монтреал, 29. јануар 2000. године) и Нагоја протоколом о приступу генетским ресурсима и поштеној и правичној подели добити која произлази из њиховог коришћења[19] (Нагоја, 29. октобар 2010. године). Конвенцију о биолошкој разноврсности, такође, „прати“ и Стратешки план за очување биодиверзитета, за период од 2011. до 2020. године, укључујући и Аичи циљеве[20] (Нагоја, 29. октобар 2010. године).[21] У

[13] International Convention for the Protection of Birds. Текст ове Конвенције може се наћи на интернет страници: http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-02/protection-birds.hml. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[14] Convention on Wetlands of International Importance especialy as Waterfowl Habitat. Текст Конвенције може се наћи на интернет страници: http://portal.unesco.org/en/ev.php.URL_ID=15398&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#ENTRY. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[15] Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES). Текст Конвенције доступан је на интернет адреси: https://cites.org/sites/default/files/eng/disc/CITES-Convention-EN.pdf. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[16] Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS), на интернет страници: http://www.cms.int/en/conventions-text.Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[17] Convention on Biological Diversity (CBD). Текст Конвенције доступан је на интернет адреси: https://www.cbd.int/convention/text. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[18] The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity. Текст Протокола може се наћи на интернет страници: https://bch.cbd.int/protocol/text. Приступ остварен 20. новембра 2016. годилне.

[19] Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity (ABS). Текст Протокола доступан је на интернет адреси: https://www.cbd.int/convention/text/. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[20] Strategic Plan for Biodiversity 2011–2020, including Aichi Biodiversity Targets, доступан на интернет страници: https://www.cbd.int/sp/. Присутп остварен 21. фебруара 2017. године.

[21] Заправо, ради се о измењеној и допуњеној изворној верзији Стратешког плана за очување биодиверзитета, усвојеног заједно са Картагена протоколом.

односу на остале наведене међународноправне изворе, Конвенција о биолошкој разноврсности са пратећим протоколима издваја се по општем карактеру својих правила.

Предмет наше пажње јесу управо међународноправни извори који представљају општи правни оквир очувања и заштите биолошке разноликости на глобалном нивоу са циљем да се утврди у којој мери су они делотворни правни механизми.

2. КОВЕНЦИЈА О БИОЛОШКОЈ РАЗНОВРСНОСТИ

Конвенција о биолошкој разноврсности ступила је на правну снагу 29. децембра 1993. године. До сада је ову Конвенцију ратификовало 196 држава, укључујући и Европску унију.[22] Република Србија прихватила је решења овог правног извора, на основу Закона о потврђивању Конвенције о биолошкој разноврсности.[23]

Државе, потписнице ове Конвенције, свесне и сагласне да је биолошка разноликост темељ еволуције и одржавања живих система, да компоненте биолошке разноврсности имају вишеструки значај (нпр. кроз задовољавање прехрамбених, здравствених и других потреба) и вредност (научну, образовну, естетску, рекреативну, генетичку и еколошку) за људе и да је биодиверзитет, у претежном делу, угрожен деловањем човека, као и да његово очување, заједничком активношћу народа, може допринети глобалном миру, приступиле су овој Конвенцији.[24]

Конвенција о биолошкој разноврсности има за циљеве: очување билошке разноликости, одрживо коришћење њених компоненти, као и поштену и праведну поделу користи из генетичких извора.[25]

Конвенција ближе дефинише биолошку разноврсност као разноликост живих организама из свих извора, како копнених, тако и водених екосистема[26] и еколошких комплекса. Конвенција разликује: генски

[22] Листа држава – уговорних страна може се наћи на интернет страници: https://www.cbd.int/information/parties.shtml. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[23] „Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 11/2001.

[24] Вид. преамбулу Конвенције о биолошкој разноврсности.

[25] Вид. чл. 1 Конвенције о биолошкој разноврсности.

[26] Према Конвенцији о биолошкој разноврсности израз „екосистем“ подразумева јединство („динамички комплекс“) заједнице биљака, животиња и микроорганизама (тзв. биоценоза), као и њихове неживе околине (тзв. биотоп). Видети: чл. 2, ст. 1, тач. 7 овог правног извора.

(разноврсност у оквиру врсте), специјски (разноврсност између врста) и екосистемски (разноврсност између екосистема) диверзитет. [27]

Употребљени израз „одрживо коришћење биодиверзитета“ у Конвенцији се ближе одређује као таква употреба компоненти биолошке разноликост које дугорочно неће имати за последицу њено осиромашење, и које ће на тај начин омогућити да се задовоље потребе садашњих, али и будућих генерација.[28]

Конвенција о биолошкој разноврсности потврђује суверено право држава да искоришћавају своје природне изворе. То право, међутим, није апсолутно. Оно је ограничено обавезом очувања и одрживе употребе компоненти биолошке разноликости и правилом, обичајног међународног права, да експлоатација природних ресурса (или било које друге активности) не сме угрожавати животну средину других држава или области које нису под њеном јурисдикцијом.[29]

Конвенција о биолошкој разноврсности обавезује све државе потписнице да, непосредно или преко одређених међународних организација, сарађују (нпр. разменом информација,[30] унапређивањем заједничких програма истраживања, заједничким улагањем у технологију од интереса за остваривање циљева Конвенције[31]) ради очувања и одрживог коришћења биодиверзитета, посебно на подручјима која излазе изван оквира националне јурисдикције држава.[32]

Са циљем очувања биолошке разноликости и одрживог коришћења њених компоненти, Конвенција о биолошкој разноврсности обавезује државе потписнице да сачине националне стратегије, планове или програме за очување и одрживо коришћење биодиверзитета, или да постојеће стратегије, планове или програме прилагоде циљевима и мерама садржаним у Конвенцији.[33] [34]

Свака држава потписница, по слову Конвенције, обавезна је да: утврди компоненте биолошке разноликости од важности за очување и одрживо коришћење; да те компоненте биодиверзитета прати применом одговарајућих техника, и да идентификује активности и процесе који могу

[27] Вид. чл. 2. ст. 1. тач. 1. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[28] Вид. чл. 2. ст. 1. тач. 16. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[29] Вид. чл. 3. као и чл. 6–10 Конвенције о биолошкој разноврсности.
[30] Вид. чл. 17. ст. 1. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[31] Вид. чл. 18. ст. 1. и 5. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[32] Вид. чл. 5. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[33] Вид. чл. 6. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[34] Ту обавезу извршила је Република Србија, доношењем Стратегије биолошке разноврсности, за период од 2011. до 2018. године, „Службени гласник РС“, бр. 11/2011.

негативно утицати на очување и одрживо коришћење тих компоненти биолошке разноврсности.[35]

Конвенција посебно регулише мере *in situ* и *ex situ* за очување биолошке разноликости, у зависности од тога да ли се компоненте биодиверзитета налазе у свом природном станишту (*in situ* очување) или ван њега (*ex situ* очување).[36]

Када је у питању одрживо коришћење компоненти биолошке разноликости, Конвенција посебно инсистира на заштити и подстицању одрживог коришћења биодиверзитета, у складу са обичајима и праксом одређеног подручја, и на подржавању локалног становништва у предузимању одређених акција којима би се побољшала билошка разноврсност у деградираним подручјима.[37]

Конвенција обавезује државе потписнице да, у циљу ефикасног очувања и одрживог коришћења компоненти биолошке разноликости, морају да образују и обучавају кадрове за идентификовање, очување и одрживо коришћење компоненти биолошке разноврсности.[38] Осим тога, од држава уговорница захтева се да утичу на свест људи о неопходности очувања биолошке разноликости, путем медија и едукативних програма.[39]

Конвенција о биолошкој разноврсности обавезује државе потписнице да обавезно врше процену утицаја на животну средину оних пројеката који вероватно могу имати негативан утицај на биолошку разноликост, све са циљем избегавања или свођења на минимум таквих последица.[40]

У ситуацији да одређене активности, које су биле предмет процене, ипак, могу представљати непосредну или велику опасност или да оне проузрокују штету, држава уговорница, на чијем подручју је настао извор опасности по биолошку разноликост, у обавези да, без одлагања, о томе обавести државе чији биодиверзитет може бити угрожен, и да предузму акције за спречавање или смањивање негативних ефеката те активности.[41]

Иако стране уговорнице имају суверено право на генетичке ресурсе који се налазе на њеној територији, Конвенција о биолошкој разноврсности их обавезује да морају другим државама уговорницама олакшати приступ тим ресурсима за намене које су еколошки здраве за њихову животну средину.[42] При томе, свака држава, потписница Конвенције, мора, путем

[35] Вид. чл. 7. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[36] Вид. чл. 8. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[37] Вид. чл. 10. ст. ц и д Конвенције о биолошкој разноврсности.
[38] Вид. чл. 12. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[39] Вид. чл. 13. Конвенције о биолошкој разноврсности.
[40] Вид. чл. 14. ст. а Конвенције о биолошкој разноврсности.
[41] Вид. чл. 14. ст. д Конвенције о биолошкој разноврсности.
[42] Вид. чл. 15. ст. 1. и 2. Конвенције о биолошкој разноврсности.

одговарајућих законских, административних или политичких мера, да омогући учешће у биотехнолошким истраживањима, другим државама уговорницама, нарочито земљама у развоју које уступају генетичке резерве за таква истраживања.[43]

Свака држава, потписница Конвенције у обавези је да олакша приступ и трансфер свих технологија које су од важности за очување и одрживо коришћење биолошке разноликости и генетичких ресурса, а не изазивају значајне штете животној средини. При томе, од других страна уговорница тражи се да земљама у развоју, потписницама Конвенције, приступ или трансфер технологија омогуће под најповољнијим условима.[44]

Конвенција о биолошкој разноврсности од држава уговорница захтева да, у складу са својим могућностима финансирају активности које су у служби остваривања њених циљева.[45] За развијене државе додатно се тражи да обезбеде финансијска средства, бесповратно или под концесионим условима,[46] за државе у развоју, која ће им омогућити извршавање обавеза преузетих уговором.[47] Притом, испуњење уговорених обавеза земаља у развоју директно је условљено претходним извршавањем обавеза развијених земаља у погледу трансфера технологија и обезбеђивања финансијских извора.[48]

Колики значај државе уговорнице дају биолошкој разноврсности, јасно се види из одредбе Конвенције која недвосмислено указује да овај правни извор неће утицати на претходно преузета права и обавезе, по основу закључених међународних уговора, осим ако би реализација тих права и обавеза за последицу имала претњу по биодиверзитет или озбиљну штету.[49]

3. КАРТАГЕНА ПРОТОКОЛ О БИОЛОШКОЈ ЗАШТИТИ УЗ КОНВЕНЦИЈУ О БИОЛОШКОЈ РАЗНОВРСНОСТИ СА АНЕКСИМА

Картагена протокол о биолошкој заштити уз Конвенцију о биолошкој разноврсности (Картагена протокол) ступио је на правну снагу 11. септембра 2003. године. Ратификовало га је укупно 170 држава, укључујући и Европску

[43] Вид. чл. 19. ст. 1. Конвенције о биолошкој разноврсности.

[44] Вид. чл. 16. ст. 1. и 2. Конвенције о биолошкој разноврсности.

[45] Вид. чл. 20. ст. 1 Конвенције о биолошкој разноврсности.

[46] Вид. чл. 20. ст. 2. и чл. 21, ст. 1 Конвенције о биолошкој разноврсности.

[47] Такву обавезу земље које прелазе на тржишне услове привређивања могу добровољно да преузму. Вид. чл. 20, ст. 2 Конвенције о биолошкој разноврсности.

[48] Вид. чл. 20. ст. 4 Конвенције о биолошкој разноврсности.

[49] Вид. чл. 22. ст. 1 Конвенције о биолошкој разноврсности.

унију.[50] Република Србија је, на основу Закона о ратификацији Картагена протокола о биолошкој заштити,[51] прихватила правила овог правног извора.

Државе, потписнице Картагена протокола, свесне великих могућности савремене биотехнологије за људски род, али и штетних ефеката које модификовани живи организми[52] могу произвести на биодиверзитет и људско здравље, прихватиле су његова правила.[53]

Циљ Картагена протокола јесте да се трансфер, укључујући и прекогранични промет,[54] управљање и коришћење модификованих живих организама, створених модерном биотехнологијом, остварује на начин којим се спречавају или своде на најмању меру штетне последице по очување, одрживо коришћење биолошке разноликости и људско здравље.[55]

Картагена протокол регулише процедуру прелиминарне информативне сагласности која се начелно примењује[56] пре првог намераваног прекограничног промета модификованих живих организама. [57] Ова процедура не важи у случају прекограничног промета модификованих живих организама који се користе за исхрану људи, као сточна храна или за прераду, већ се примењују посебна правила.[58]

Према Картагена протоколу, процедура прелиминарне информативне сагласности обухвата неколико фаза. У првој фази, држава, потписница Протокола, а извозница модификованих живих организама обавештава, или ће то затражити од извозника да писмено обавести надлежно национално

[50] Списак држава које су ратификовале или потписале овај Протокол може се наћи на интернет страници: https://bch.cbd.int/protocol/parties/. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[51] „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 16/2005.

[52] Под овим изразом подразумева се сваки живи организам који има нову комбинацију генетског материјала, добијеног употребом модерне биотехнологије. Вид. чл. 3, под г Картагена протокола.

[53] Вид. преамбулу Картагена протокола.

[54] Према слову Картагена протокола, његове одредбе неће се примењивати на прекогранични промет модификованих живих организама који су заправо фармацеутски производи, намењени за људску употребу, а који су предмет других међународних уговора. Вид. чл. 5. Картагена протокола.

[55] Вид. чл. 1. Картагена протокола.

[56] Вид. чл. 7. ст. 1. Картагена протокола.

[57] Државе, потписнице Протокола могу на својој Конференцији одлучити да се процедура прелиминарне информативне сагласности неће примењивати на прекогранични промет модификованих живих организама за које је утврђено да неће штетно деловати на компоненте биолошке разноврсности и на људско здравље. Вид. чл. 7. ст. 4. Картагена протокола.

[58] Видети: чл. 7, ст. 2. и 3. и чл. 11. Картагена протокола.

тело државе увознице о прекограничном промету модификованих живих организама који намерава да спроведе.[59]

У другој фази ове процедуре, држава, потписница Протокола, а увозница модификованог живог организма, у писаној форми, у року од 90 дана потврђује пријем обавештења.[60] Њен пропуст да то учини, према слову Протокола, не подразумева да се она прећутно саглашава са прекограничним прометом.[61]

Трећа фаза процедуре прелиминарне информативне сагласности подразумева доношење одлуке о (не)одобравању прекограничног промета модификованог живог организма од државе, потписнице Протокола, а могућег увозника и обавештавање о томе државе извознице, у року од 270 дана, од датума пријема обавештења. Необавештавање државе, могућег увозника модификованих живих организама о овој одлуци не подразумева њену сагласност о прекограничном промету.[62]

Донета одлука, државе-увознице може у било ком тренутку бити промењена, уколико нова научна открића потврде негативни утицај модификованих живих организама, који треба да буду предмет прекограничног промета, на компоненте биолошке разноликости и ризик за људско здравље.[63]

Када је реч о прекограничном промету модификованих живих организама који се могу употребљавати у исхрани човека или као сточна храна или за прераду, Картагена протокол предвиђа да он мора бити у сагласности са законодавством државе увознице.[64] Уколико држава увозница нема прописе којима се уређује прекогранични промет модификованих живих организама, онда одлука о њиховом увозу мора бити базирана на процени ризика уношења истих по очување и одрживо коришћење биолошке разноврсности, као и по здравље људи.[65] Набавку модификованих живих организама који се користе за исхрану људи или животиња или за прераду могу, на захтев државе, потписнице Протокола која искаже такву потребу, финансијски или технички помоћи друге државе, потписнице овог правног документа.[66]

Протокол омогућава државама које су га ратификовале или му приступиле да закључују билатералне, мултилатералне или регионалне

[59] Вид. чл. 8. ст. 1. Картагена протокола.
[60] Вид. чл. 9. ст. 1. Картагена протокола.
[61] Вид. чл. 9. ст. 4. Картагена протокола.
[62] Вид. чл. 10. Картагена протокола.
[63] Вид. чл. 12. ст. 1. Картагена протокола.
[64] Вид. чл. 11. ст. 4. Картагена протокола.
[65] Вид. чл.11. ст. 6. а сагласно Анексу III Картагена протокола.
[66] Вид. чл. 11. ст. 9. Картагена протокола.

уговоре који за предмет имају прекогранични промет модификованих живих организама, али притом, тим правним изворима не сме да буде предвиђен слабији вид заштите, у односу на оно што прописује Картагена протокол.[67]

Картагена протокол обавезује државе потписнице да, без одлагања, обавесте друге државе и евентуално одговарајуће међународне организације о ненамерном прекограничном промету модификованих живих организама који потиче са њихове територије, а могу имати штетног утицаја на очување, одрживо коришћење билошке разноврсности или здравље људи других држава.[68]

Свакој држави, потписници Протокола се налаже да мора максимално да поштује све међународне стандарде и правила која се односе на паковање, транспорт и поступање са модификованим живим организмима који су предмет прекограничног промета.[69]

Према слову Картагена протокола, државе које су га ратификовале или му приступиле, обавезне су да међусобно сарађују у погледу размене научних, еколошких, техничких и правних информација и искустава из области биолошке сигурности, као и да пружају стручну помоћ једној другој у примени Протокола.[70]

Обавеза је држава, потписница Картагена протокола да укључују јавност у процес одлучивања о употреби модификованих живих организама на територији њене јурисдикције, као и да развијају едукативне програме и јачају свест код људи о коришћењу модификованих живих организама, у контексту очувања и одрживог коришћења биодиверзитета.[71]

За нелегални прекогранични промет модификованих живих организама, свакој држави, потписници Протокола се омогућава да усвоји одговарајуће мере којима се он спречава или санкционише. Право је сваке државе, на чију територију је доспео модификовани живи организам, да од државе са чије територије он потиче, захтева да га уколони, реституцијом или уништавањем, о сопственом трошку.[72]

[67] Вид. чл. 14. ст. 1. Картагена протокола.
[68] Вид. чл. 17. ст. 1. Картагена протокола.
[69] Вид. чл. 18. ст. 1. Картагена протокола.
[70] Вид. чл. 20. ст. 1. Картагена протокола.
[71] Вид. чл. 23. Картагена протокола.
[72] Вид. чл. 25. Картагена протокола.

4. НАГОЈА ПРОТОКОЛ О ПРИСТУПУ ГЕНЕТСКИМ РЕСУРСИМА И ПОШТЕНОЈ И ПРАВИЧНОЈ ПОДЕЛИ ДОБИТИ КОЈА ПРОИЗИЛАЗИ ИЗ ЊИХОВОГ КОРИШЋЕЊА УЗ КОНВЕНЦИЈУ О БИОЛОШКОЈ РАЗЛИЧИТОСТИ

Нагоја протокол о приступу гентетским ресурсима и поштеној и правичној подели добити која произлази из њиховог коришћења уз Конвенцију о биолошкој разноврсности (Нагоја протокол) ступио је на правну снагу 12. октобра 2014. године. Ратификовало га је 89 држава, укључујући и Европску унију.[73] Република Србија до сада није ратификовала овај правни извор.

Уговорне стране Нагоја протокола, свесне важности генетских ресурса за очување биолошке разноликости, ублажавање и прилогађавање климатским променама, здравље људи и сигурност хране; потенцирајући нераскидиву везу између генетских ресурса и праведне и поштене поделе користи од њих, као и повезаности традиционалних знања са генетским ресурсима и праведну и поштену поделу добити која проистиче од таквог знања, потписале су овај правни документ.[74]

Нагоја протокол представља инструмент за спровођење одредаба Конвенције о биолошкој разноврсности које се односе на приступ и поделу користи од генетских ресурса и са њима повезаним традиционалним знањима.[75]

Овај Протокол потписан је са циљем очувања биолошке разноликости и одрживог коришћења њених компоненти, путем праведне и поштене поделе користи од приступа генетским ресурсима и традиционалним знањима, повезаних са генетским ресурсима, између државе која има суверено право на тим ресурсима, односно аутохтоних и локалних заједница које имају таква знања и других држава које би да та добра користе.[76]

Према слову Нагоја протокола, приступ генетским ресурсима у циљу њиховог коришћења, мора, по редовном току ствари, да прати претходна информативна сагласност државе која обезбеђује те ресурсе. То је, по правилу, држава порекла генетских ресурса или држава која је стекла такве ресурсе, поштујући одредбе Конвенције о биолошкој разноврсности.[77] Свака

[73] Списак држава које су ратификовале или потписале овај Протокол може се наћи на интернет страници: https://www.cbd.int/information/parties.shtml#tab=1. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

[74] Вид. преамбулу Нагоја протокола.

[75] Вид. чл. 15. Конвенције о биолошкој разноврсности и чл. 4. ст. 4. Нагоја протокола.

[76] Вид. чл. 1. и чл. 5. Нагоја протокола.

[77] Вид. чл. 6. ст. 1. Нагоја протокола.

држава која захтева претходну информативну сагласност државе која обезбеђује генетске ресурсе мора да предузме читав спектар неопходних законодавних, административних или мера опште политике, како би уредила сва релевантна питања која се тичу приступа и поштене и праведне поделе користи од генетских ресурса.[78]

Претходна информативна сагласност или одобрење основни је услов за приступ традиционалном знању, повезаном са генетским ресурсима државе која обезбеђује те ресурсе, уз обавезно укључивање аутохтоних и локалних заједница које имају то знање.[79]

Нагоја протокол налаже уговорним странама да подстичу оне који директно обезбеђују генетске ресурсе и традиционална знања повезана са њима и оне који их користе, да добит која проистиче од тог коришћења усмере на очување биолошке разноликости и одрживо коришћење њених компоненти.[80]

Када се одређени генетски ресурс нађе *in situ* на територији више држава, уговорних страна Нагоја протокола, или када традиционална знања, повезана са генетским ресурсима деле једна или више аутохтоних и локалних заједница са простора неколико страна уговорница, онда овај правни извор налаже сарадњу између тих држава, како је примерено, уз укључивање аутохтоних и локалних заједница.[81]

Спровођење слова Нагоја протокола подразумева уважавање обичајних правила аутохтоних и локалних заједница, протокола и поступака тих заједница, када је у питању приступ традиционалним знањима, повезаним са генетским ресурсима и подела добити из њих.[82] Овај правни извор посебно инсистира на томе да његове стране уговорнице морају, у погледу приступа традиционалном знању, повезаном са генетским ресурсима, да раде на томе да подржавају аутохтоне и локалне заједнице, а посебно жене у оквиру тих заједница, приликом израде протокола заједнице, затим минималних захтева за договорене услове и модела уговорних клаузула који се тичу обезбеђења поштене и праведне поделе добити које произлазе од коришћења таквог знања.[83]

Како би у пуној мери биле примењене одредбе Нагоја протокола, а на основу чл. 18, ст. 3 Конвенције о биолошкој разноврсности, успостављен је механизам за размену информација о приступу генетским ресурсима и

[78] Вид. чл. 6. ст. 3. Нагоја протокола.
[79] Вид. чл. 7. Нагоја протокола.
[80] Вид. чл. 9. Нагоја протокола.
[81] Вид. чл. 11. Нагоја протокола.
[82] Вид. чл. 12. ст. 1. Нагоја протокола.
[83] Вид. чл. 12. ст. 3. Нагоја протокола.

традиционалним знањима, повезаним са њима, као и подела добити од њиховог коришћења.[84]

Нагоја протокол, узимајући за полазну основу чл. 16 Конвенције о биолошкој разноврсности, како би на најделотворнији начин остварио приступ генетским ресурсима и традиционалним знањима, повезаним са њима, захтева од страна уговорница да једна другој, а поготово најслабије развијеним државама, затим малим острвским земљама и земљама у транзицији омогуће приступ одговарајућим технологијама и њихов пренос.[85]

Нагоја протокол инсистира на томе да државе, стране уговорнице морају да предузимају одговарајуће мере које имају за циљ подизање свести о важности генетских ресурса и традиционалних знања, повезаних са њима, као и о праведној и поштеној подели користи од њих.[86]

За успешну примену одредаба Нагоја протокола од утицаја су људски ресурси, степен институционалне способности и финансијске могућности страна уговорница, посебно оних држава које су најнеразвијеније, малих острвски држава, као и држава у транзицији.[87] У том смислу, Нагоја протокол промовише финансијски механизам који је заправо финансијски механизам, садржан у Конвенцији о биолошкој разноврсности.[88]

5. НЕКОЛИКО НАПОМЕНА О ПРАВИЛИМА ЗА (НЕ)ЕФИКАСНУ ПРИМЕНУ КОНВЕНЦИЈЕ О БИОЛОШКОЈ РАЗНОВРСНОСТИ СА ПРАТЕЋИМ ПРОТОКОЛИМА

Евидентно је да се Конвенцијом о биолошкој разноврсности са пратећим протоколима штите врсте, посебно оне које су угрожене, њихов генетски потенцијал и екосистеми. Озбиљну намеру држава уговорница о заштити биолошке разноликости нарочито потврђују одредбе ових правних извора да свака држава уговорница мора подносити Конференцији страна, у прописаним временским периодима, које одређује ово тело, извештаје о предузетим мерама и њиховој делотворности у остваривању циљева Конвенције. [89] [90] Додатну потврду тој озбиљности представља и решење

[84] Вид. чл. 14. Нагоја протокола.

[85] Вид. чл. 23. Нагоја протокола.

[86] Вид. чл. 21. Нагоја протокола.

[87] Вид. чл. 22. ст. 1–2. Нагоја протокола.

[88] Вид. чл. 25. ст. 2. Нагоја протокола.

[89] Вид. чл. 26. Конвенције о биолошкој разноврсности, чл. 33. Картагена протокола и чл. 29. Нагоја протокола.

[90] Република Србија је припремила и доставила Конференцији страна периодичне националне извештаје о примени одредаба Конвенције о биолошкој

којим се не дозвољава државама уговорницама да стављају резерве на Конвенцију и њене протоколе.[91]

Осим тога, ефикасност примене Картагена протокола и Нагоја протокола постиже се и кроз решење да Конференција страна уговорница разматра и одобрава поступке сарадње и институционалне механизме за унапређење поштовања њихових одредаба, као и за решавање случајева непридржавања истих, укључујући и пружање савета или помоћи у вези примене.[92] У прилог делотворној примени одредаба ових протокола иде и правило садржано у њима да Конференција страна уговорница у одређеним временским периодима (код Картагена протокола, на сваких пет година, а код Нагоја протокола у интервалима које одреди Конференција страна уговорница), врши евалуацију ефикасности.[93]

Чињеница је, међутим, да слово Конвенције и пратећих протокола не може бити у потпуности и до краја примењено, јер и данас има много неистражених биолошких врста, од којих су неке већ изумрле, највише захваљујући људском делању, а врло вероватно да су имале одговарајући утицај на остале компоненте биолошке разноврсности. Осим тога, примена одредаба Конвенције, исто важи и за пратеће протоколе, умногоме је зависна од законских акција држава уговорница и њихове спремности да сарађује да другим државама, уважавајући њихове интересе. Оно што се, такође, може сматрати недостатком ових међународних правних извора јесте, код обавезивања страна уговорница, уметање правних стандарда типа: „у мери у којој је то могуће и одговарајуће“,[94] „у складу са својим посебним условима и могућностима“,[95] „у мери у којој је то изводљиво (могуће)“,[96] или „како је примерено“,[97] што директно отвара могућност за различит приступ у извршавању обавеза.[98]

разноврсности. Подаци преузети из Стратегије биолошке разноврсности Републике Србије, за период од 2011. до 2018. године, 47.

[91] Вид. чл. 37. Конвенције о биолошкој разноврсности, чл. 38 Картагена протокола и чл. 34 Нагоја протокола.

[92] Вид. чл. 34. Картагена протокола и чл. 30 Нагоја протокола.

[93] Вид. чл. 35. Картагена протокола и чл. 31 Нагоја протокола.

[94] Вид. чл. 5. чл. 8–11 Конвенције о биолошкој разноврсности и чл. 16. ст. 3. Нагоја протокола.

[95] Вид. чл. 6. ст. 1. тач. а и чл. 20. ст. 1. Конвенције о биолошкој разноврсности.

[96] Вид. чл. 6. ст. 1. тач. б и чл. 14. ст. 1. Конвенције о биолошкој разноврсности и чл. 13. ст. 4. Нагоја протокола

[97] Вид. чл. 5. ст. 3 и 5, чл. 6. ст. 3, чл. 7. ст. 1, чл. 11. ст. 1, чл. 17. ст. 1, чл. 19. ст. 1, и чл. 20. ст. 1. Нагоја протокола.

[98] Тако и: P. Birnie, A. Bozle, C. Redgwell, *International Law & the Environmet*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, 612–640; M. Drenovak Ivanović, „Pravni

6. СТРАТЕШКИ ПЛАН ЗА ОЧУВАЊЕ БИОДИВЕРЗИТЕТА, ЗА ПЕРИОД 2011–2020. ГОДИНЕ

Како је већ речено, Стратешки план за очување биодиверзитета, за период од 2011. до 2020. године, укључујући и Аичи циљеве (Стратешки план), усвојен је ради ефикасније примене Конвенције о биолошкој разноврсности.

Овај међународноправни документ обухвата двадесет циљева (Аичи циљеви), распоређених у пет стратешких области, чије би остварење на глобалном нивоу требало да допринесе заштити биолошке разноликости. Ради се о следећим целинама: смањењу узрока губитка биодиверзитета кроз интегрисање биодиверзитета у активности владе и држава; смањењу директних притисака на биодиверзитет и промовисање одрживог коришћења; побољшању статуса биодиверзитета, заштитом екосистема, врста и генетске разноликости; повећању добити коју обезбеђује биодиверзитет и услуге екосистема и побољшању спровођења кроз партиципативно планирање, управљање знањем и изградњу капацитета.

Аичи циљеви представљају флексибилан правни оквир који омогућава државама, уговорницама Конвенције о биолошкој разноврсности да утврде своје националне циљеве, узимајући у обзир сопствене потребе и приоритете, и водећи рачуна о националном доприносу у достизању глобалних циљева.[99]

У оквиру своје прве области, Стратешки план за очување биодиверзитета предвиђа да државе уговорнице морају да раде на томе да јачају свест код људи о вредности биодиверзитета и активностима које се предузимају, или ће се предузимати, на плану његовог очувања и одрживог коришћења.[100] Осим тога, инсистира се на интегрисању вредности биодиверзитета у националне и локалне стратегије развоја и процесе планирања,[101] као и на подстицању и предузимању активности које би имале за циљ смањивање штетног утицаја на биодиверзитет, и активности које би допринеле очувању и одрживој употреби биолошке разноликости, у складу са Конвенцијом о биолошкој разноврсности и другим релевантним међународноправним изворима.[102] Посебно, владама, пословном окружењу и другим актерима налаже се предузимање одговарајућих мера са циљем

---

okvir zaštite biološke raznovrsnosti“*, Pravni život*, tematski broj „Pravo i odgovornost“, br. 9/2011, 629.

[99] Опширније о томе на интернет страници: https://www.cbd.int/sp/. Приступ остварен 21. фебруара 2017. године.

[100] Вид. први циљ, у оквиру Стратешког плана.

[101] Вид. други циљ, у оквиру Стратешког плана.

[102] Вид. трећи циљ, у оквиру Стратешког плана.

примене планова који промовишу одрживу производњу и потрошњу и употребу природних ресурса у оквиру безбедних еколошких граница.[103]

Стратешки план за очување биодиверзитета, у оквиру друге области, предвиђа смањење за половину или, тамо где је то могуће у потпуности, губитка природних станишта, укључујући и шуме, као и значајно смањење њихове деградације и фрагментације.[104] Поред тога, инсистира се на одрживом управљању и располагању рибљим фондом, залихама водених бескичмењака и водених биљака, спречавању прекомерног улова риба, примени мера за оздрављење подручја у којима је исцрпљен рибљи фонд и друге животињске и биљне врсте, подстицању гајења врста риба које немају значајан утицај на угрожене врсте водене фауне и флоре и рањиве екосистеме у безбедним еколошким границама.[105] Одрживо управљање пољопривредом, аквакултуром и шумарством, уз очување биодиверзитета, такође је један од циљева.[106] Осим тога, државама уговорницама налаже се смањивање нивоа загађења које неће бити шкодљиво за функционисање биодиверзитета, као и смањивање притиска на коралне гребене и остале екосистеме који имају утицаја на климатске промене и киселост океана.[107] У циљеве из ове стратешке области спада и идентификација инвазивних врста и путева њиховог уласка, одређивање приоритетних инвазивних врста које ће се контролисати или искоренити или предузимање мера за спречавање њиховог уласка и њиховог настањивања на стаништима која нису њихова матична подручја.[108]

Стратешки план за очување биодиверзитета, у оквиру треће области, залаже се за стицање статуса заштићених подручја најмање 17% копнених површина и 10% обалских и поморских подручја, посебно оних која су од нарочите важности за очување биодиверзитета и услуге екосистема.[109] Осим тога, предвиђа спречавање изумирања познатих угрожених врста и побољшање њиховог очувања, посебно оних врста чије се популације највише смањују.[110] Такође, инсистира се на очувању и развоју генетског диверзитета врста биљака које човек обрађује и користи, домаћих животиња и њихових „рођака“ у дивљини, као и других социјално-економски и културно вредних врста, уз минимум генетске ерозије.[111]

---

[103] Вид. четврти циљ, у оквиру Стратешког плана.
[104] Вид. пети циљ, у оквиру Стратешког плана.
[105] Вид. шести циљ, у оквиру Стратешког плана.
[106] Вид. седми циљ у оквиру Стратешког плана.
[107] Вид. осми и десети циљ у оквиру Стратешког плана.
[108] Вид. девети циљ у оквиру Стратешког плана.
[109] Вид. једанаести циљ у оквиру Стратешког плана.
[110] Вид. дванаести циљ, у оквиру Стратешког плана.
[111] Вид. тринаести циљ, у оквиру Стратешког плана.

Стратешки план за очување биодиверзитета, у оквиру четврте области, предвиђа оздрављење екосистема који пружају људском роду основне услуге, посебно оне које се тичу воде, или доприносе здрављу и добробити, притом узимајући у обзир потребе жена, аутохтоних и локалних заједница, сиромашних и других угрожених група.[112] Поред тога, залаже се за реституцију најмање 15% деградираних екосистема, како би се ублажиле климатске промене.[113]

У оквиру пете, последње области, Стратешки план за очување биодиверзитета налаже државама, уговорницама Конвенције о биолошкој разноврсности усвајање и развијање инструмената, као и примену националних стратегија о биодиверзитету и акционих планова који су усаглашени са овим међународним документом.[114] Притом, инсистира се на поштовању, у националним и међународноправним оквирима, традиционалних знања, иновација и праксе аутохтоних и локалних заједница које се односе на очување и одрживо коришћење биолошке разноврсности, као и на употребу биолошких ресурса, у складу са обичајима средине, уз пуно и ефикасно учешће аутохтоних и локалних заједница на свим релевантним нивоима.[115] Такође, резултати научних истраживања и технологија морају да буду у служби очувања и заштите биодиверзитета.[116] Како би се постављени циљеви у пуној мери применили, предвиђено је повећано учешће финансијских средстава у односу на досадашње стање.[117]

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Узимајући за полазну основу број држава које су потписале и ратификовале Конвенцију о биолошкој разноврсности, Картагена протокол и Нагоја протокол, као и на темељу извршене анализе њихових одредаба, може се закључити да ови међународноправни извори представљају солидан општи нормативни оквир за очување и заштиту компоненти биолошке разноликости.

Међутим, прекомерна употреба, у тексту Конвенције о биолошкој разноврсности и пратећим протоколима, правних стандарда који пружају могућност широке интерпретације, али, чини се, више недостатак добре воље

[112] Вид. четрнаести циљ, у оквиру Стратешког плана.
[113] Вид. петнаести циљ, у оквиру Стратешког плана.
[114] Вид. седамнаести циљ, у оквиру Стратешког плана.
[115] Вид. осамнаести циљ, у оквиру Стратешког плана.
[116] Вид. деветнаести циљ, у оквиру Стратешког плана.
[117] Вид. двадесети циљ, у оквиру Стратешког плана.

и јасне намере држава, страна уговорница ових међународних докумената на плану заштите биолошке разноликости, учинили су да је овај кључни природни ресурс и даље угрожен, према расположивим подацима, можда још и више него у време потписивања ове Конвенције.[118]

Због тога је неопходно да ове правне изворе прихвате што више земаља у свету, посебно Нагоја протокол, што важи и за Србију, и да они садрже прецизнија решења која морају бити примењивана исто од свих држава уговорница. Осим тога, те нормативне промене морају да буду праћене јачањем свести, путем медија и образовања, о потреби успостављања равнотеже између људске популације и преосталог дела биодиверзитета, разумевања вредности биолошке разноликости, као и о потребама планете Земље и њеним биолошким границама.[119] Такође, неопходно је наставити спровођење конкретних акција које имају за циљ успостављање нових заштићених подручја, опоравак екосистема, контролу инвазивних врста, квалитетније управљање постојећим заштићеним подручјима, реинтродукцију јединки појединих врста и *ex situ* мере за очување.[120]

[118] Опширније вид. Светски фонд за природу, *Op. cit.,* 6–9.

[119] Светски фонд за заштиту природе у свом Извештају о живој планети за 2016. годину, предлаже, осим тога, у циљу заштите биолошке разноликости, боље изборе за управљање, употребу и поделу природних ресураса у оквиру еколошких граница планете земље, паметније начине производње, мудрију потрошњу и нови систем финансирања. Детаљније вид. *Ibid,* 28–34.

[120] Тако и Међународна унија за очување природе. Детаљније на интернет страници: https://www.iucn.org/theme/species/our-work. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

Nataša STOJANOVIĆ, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

GENERAL INTERNATIONAL FRAMEWORK FOR THE PROTECTION AND CONSERVATION OF BIOLOGICAL DIVERSITY

Summary

In the paper, the author considers biological diversity as the comprehensiveness of species, genes and ecosystems on the planet Earth through a prism of the Convention on Biological Diversity, the Cartagena Protocol on Biosafety, the Nagoya Protocol on the Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization, and the Strategic Plan for Biodiversity Conservation, for the period 2011–2020, including Aichi targets. Considering the significance that the biodiversity has on life on the planet Earth and on survival of human population, the author indicates the meaning and outreach of the solutions contained in these international sources, as well as their advantages and disadvantages. With the goal of achieving a higher efficiency degree in the application of the rules of the Convention on Biological Diversity and the Protocols Thereto, the author proposes: adequate amendments that would lead to the equalisation of the Contracting States in respect of performing the contractual obligations. Also, she advocates, in accordance with the target set within the framework of the Strategic Plan for Biodiversity Conservation, for a more efficient awareness strengthening, through media and education, on the necessity of understanding the values of biological diversity, as well as for a higher number of actions that would aim at conservation and protection of the components of biological diversity, particularly those species that have the status of endangered species.

Keywords: *biological diversity, Convention on Biological Diversity, Cartagena Protocol, Nagoya Protocol, Aichi Targets*.

ЛИТЕРАТУРА

Birnie, P., Bozle, A., Redgwell, C., *International Law & the Environmet*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, 612–640.

Drenovak Ivanović, M., Pravni okvir zaštite biološke raznovrsnosti*, Pravni život*, tematski broj „Pravo i odgovornost“, br. 9/2011, 625–640.

International Convention for the Protection of Birds. http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-02/protection-birds.hml. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

Министарство животне средине и просторног планирања, *Стратегија биолошке разноврсности*, Београд, 2011.

Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization (ABS) to the Convention on Biological Diversity. https://www.cbd.int/convention/text/. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

Стојановић, Н., Заштићене врсте дивље фауне у Републици Србији и човек – правни аспект. *Тематски зборник радова „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*. Књ. 3, Правни факултет, Ниш, 2013, 171–198.

Strategic Plan for Biodiversity 2011–2020, including Aichi Biodiversity Targets. https://www.cbd.int/sp/. Присутп остварен 21. фебруара 2017. године.

The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity. https://bch.cbd.int/protocol/text. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

https://bch.cbd.int/protocol/parties/. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

http://www.zzps.rs/novo/index.php?jezik=sr&strana=zastita_prirode_bioloska_raznovrsnost_biodiverzitet. Приступ остварен 30. јануара 2017. године.

https://www.iucn.org/theme/species/about. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

https://www.cbd.int/information/parties.shtml. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

https://www.iucn.org/theme/species/our-work. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

https://www.cbd.int/information/parties.shtml#tab=1. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

https://www.cbd.int/sp/. Приступ остварен 21. фебруара 2017. године.

https://www.wwf.panda.org/about_our_earth/species. Приступ остварен 12. фебруара 2017. године.

Convention on Biological Diversity (CBD). https://www.cbd.int/convention/text/. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES). https://cites.org/sites/default/files/eng/disc/CITES-Convention-EN.pdf. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS). http://www.cms.int/en/conventions-text. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

Convention on Wetlands of International Importance especialy as Waterfowl Habitat. http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=15398&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#ENTRY. Приступ остварен 20. новембра 2016. године.

Wilson, E. O. (ed), *BioDiversity*, National Academies Press, Washington, 1988.

World Wide Fund for Nature, *Living Planet Report 2016*. http://awsassets.panda.org/downloads/lpr_living_planet_report_2016.pdf. Приступ остварен 30. јануара 2017. године.

УДК 347.56:614.25

Др Хајрија МУЈОВИЋ-ЗОРНИЋ*

ПРАТЕЋЕ ШТЕТЕ И СПОРЕДНА ДЕЈСТВА У МЕДИЦИНИ - ПИТАЊА ОДГОВОРНОСТИ

Апстракт: Медицинска делатност је према својим етичким и професионалним циљевима усмерена на пацијента, његово тело, живот и здравље. Увек је циљ да се пацијент одржи у животу, излечи или да се његове патње ублаже. Ипак, дешавају се и пратеће болести и оштећења, или нежељена и споредна дејства лекова. Општа је констатација да је у данашње време медицина несумљиво успела да смањи ризике које прете од настанка болести али, са друге стране, повећала је ризике који прате дијагностику и лечење болести. Ризике условљавају не само медицинске процедуре које саме по себи носе одређену несигурност и неизвесност него и нежељени пратећи догађаји, па и грешке у поступању до којих може доћи. Право има улогу да осигура квалитет медицинских услуга и да понашање даваоца услуга учини подложним друштвеној контроли, а не само контроли медицинског сталежа, која није довољна. У кршењу правних обавеза леже различити основи одговорности припадника медицинских професија. Код ових питања је важно правилно схватање њиховог односа са пацијентима у смислу превенције нежељених штета, јер често активности лекара и других у лечењу могу довести до нежељених последица које нису природни ток болести. Велики значај добија информисање о лечењу. Кад дође до последице која се није хтела, са правног аспекта постаје релевантно разграничити штете за коју се одговара од оне друге код које се може искључити одговорност јер улази у уобичајене сазнатљиве ризике који су били познати пацијенту. Поставља се питање одговорности лекара и других припадника медицинских струка као пружаоца здравствених услуга. У том контексту разматра се и појам медицинских грешки, њиховог разграничења од сродних појмова, као и услови одговорности за насталу штету.

Кључне речи: *медицина, пацијент, пратеће штете,споредна дејства, одговорност*

* Научни саветник Центра за правна истраживања Института друштвених наука у Београду, руководилац пројекта МПиНТР 179023; hmujovic@idn.org.rs

1. УВОД

У оквиру система здравствене заштите и пружања одговарајућих услуга присутни су и случајеви у којима лечење пацијента упркос предузетим мерама доводи до нежељених догађаја и оштећења здравља. У правно релевантном смислу настала оштећења квалификују се као својеврстан вид *личне штете,*[1] који као такав може бити правно надокнадив Ипак, оштећење у медицинском смислу не значи увек и штету у правном смислу. Отуда је од важности сагледати где су границе допуштености пратећих оштећења и споредних дејстава, а где оне улазе у сферу правне одговорности. Далеки корени ових појава и правничких промишљања срећу се још у римском праву које је обухватало одредбе код медицински нанесених повреда – *damnum injuria datum per medicum*, а римско правосуђе је лекара сматрало дужним да пред законом одговара не само због свог незнања и немара, већ и због надмености.[2]

У данашње време нагли развој биотехнологије довео је до одређених тешкоћа у приступу и разматрању ових проблема, као и различитог разумевања ситуација и односа, а пре свега схватања самог медицинског чињења у виду здравствених услуга тј. третмана који са аспекта настале штете могу да буду спорни. Наиме, једним делом постоји несагласност у терминима и различитом поимају од стране права и медицине у следећим компарацијама: 1) однос поверења између медицинског професионалца и пацијента стоји наспрам њиховог правног односа/односа из професионалне делатности; 2) лечење стоји наспрам допуштене повреде тела, слобода лечења наспрам ограничења начелом пристанка пацијента (*informed consent*); 3) ризици (типични/пратећи) стоје наспрам дужности управљања ризицима и обавештавања; 4) успех/жељени исход лечења стоје наспрам обавезе средства/обавезе резултата лечења; 5) компликације/оштећења стоје наспрам појма штете за коју се правно одговара; 6) несрећан случај стоји наспрам случаја у грађанском праву; 7) медицински појам грешке у лечењу стоји наспрам правног појма грешке; 8) сталешка одговорност пред судовима части стоји наспрам правне одговорности (кривична, прекршајна, имовинска одговорност).

Без обзира на осетљивост проблематике медицинских штета, као и разлика медицинског и правног приступа оштећењима здравља, евидентно је да пратеће штете и споредна дејства могу бити од значаја за процедуре лечења, а у правном погледу оне се сагледавају и објашњавају како пре, тако и после насталих оштећења, у смислу превенције, предочавања или правних

[1] J. Mc Hale, M. Fox, *Health Care Law – text and Materials*, London, 2007, 153; Видети: *personal injury,* http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/personal+injury

[2] PLINIUS SECUNDUS, Naturalis Historia XXIX, 19.

последица. Право их препознаје као један вид штете за коју се одговара, увек када постоји општа обавеза сигурности лечења, обавеза обавештавања пацијента о ризицима, као и управљање ризицима уз примену принципа сразмере користи и штете од предузетог лечења. На страни лекара и других медицинских професионалаца стоје како *стручне* дужности, тако и *моралне* дужности и *правне* обавезе, а границе међу њима су често недовољно видљиве због међусобног преклапања. У свему томе, право има улогу да осигура квалитет медицинских услуга и да понашање припадника медицинских професија учини подложним друштвеној контроли од стране суда, будући да само облик сталешке контроле у виду надзорне медицине није довољан. Осим тога, кршење правних обавеза некад излази из професионалних оквира јер чини повреду основних људских права, а у таквим случајевима могу такође лежати различити узроци насталих штета по здравље, због којих се изводи неки од облика одговорности. У овој материји даља правна елаборација могла би ићи у правцу анализе да се диференцирају *примарне* од *секундарних* штета (на пример, код болничких инфекција), дефинишу случајеви искључења од одговорности (крајња нужда и случај), као и да сагледа могућности обештећења без обзира на кривицу (одштетни фондови / осигурање од одговорности и сл.). У вези са тематиком пратећих, нежељених догађаја који се испољавају као штетни, развиле су се у теорији познате социолошке студије према којима се сви лоши ефекти предузетих процедура и терапија дефинишу као својеврсне 'странпутице' медицине, првенствено због тога што се медицина развијала тако да је све мање служила човеку, а све више самој себи.[3]

2. ПОЈАМ ПРАТЕЋИХ ШТЕТА И СПОРЕДНИХ ДЕЈСТАВА

Пратећа оштећења здравља стара су колико и сама медицина. Многа су позната као нежељене реакције лекова (пример лека *Талидомид*)[4], болести настале услед датих вакцина (уместо да се спречи болест, она се изазове), инфекције здружене са трансфузијом крви (од општих бактерија до ХиВ-а), или као нежељени ефекти дијагностичких тестова (као што је настанак малигне болести услед неправилне мамографије, или услед узимања естрогена у превенцији остеопорозе или срчаних обољења у пост-менопаузи жена). У медицинској литератури се то везује за појаву тзв.

[3] И. Илич, *Медицинска Немезис*, Београд, 1976, 11.

[4] Видети више: Х. Мујовић Зорнић, *Фармацеутско право – Право о лековима и штете од лекова*, Београд, 2008, 18-20.

јатрогенезе.[5] Једно од најстаријих истраживања било је усмерено на учесталост у то време пост-порођајне сепсе још давне 1843. године.[6] Данас се са изазовима различитих пратећих штета лекари и пацијенти суочавају свакодневно. Сматра се да у корену узрока пратећих штета лежи неизвесна природа споредних, нежељених ефеката и некомплетност знања у медицини о пуним ефектима дате терапије на индивидуалном плану. Разлози те некомплетности леже у томе да не може да се све предвиди, а некад и у трошковима сигурнијих алтернативних терапија, које су недоступне.

Постоји више појмовних одређења пратећих оштећења, а најопштије је рећи да су то оштећења која настају код пацијента као споредни резултат лекарских интервенција (хируршких интервенција, болничких услова, лекова, и др.).[7] Њима се обухватају све нежељене последице по пацијента које настају било којом терапијском, дијагностичком и профилактичком интервенцијом. Битно је да проузроковане последице не припадају природном току болести. До болести или смрти долази ненамерно. Некада је у основи тога грешка у поступању или непажња од стране оног ко лечи, уколико је пратеће оштећење било предвидиво и могло да се спречи. Ова је област у пракси доживела је промену јер су поједина од спорних поступања временом постала кажњива у многим правима. На пример, здравствене статистике које евидентирају оштећења по правилу укључују: нежељене реакције на лекове, инфекције, медицинске грешке, декубитус, малнутриције, и непотребне процедуре.[8] Ови се случајеви нарочито бележе јер пракса показује да мали број лекара саопштава нежељене реакције на лекове или њихове интеракције. Исто тако, свака процедура која је инвазивна, а непотребна, сматра се такође делом шире слике пратећих штетних појава. У пракси се једним делом поступа аналогно правилима о

[5] *Јатрогене* болести - све болести које лекар мозе да изазове без обзира да ли је он за то одговоран или не; *иатро* - лекар; *иатрогенија* - наука о лечењу болести, А. Костић, *Медицински речник*, Београд, 1976, 209; видети више: Х. Мујовић Зорнић, "Правна питања одговорности за јатрогене штете у медицини", у: С. Петрич и др., *Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, Правни факултет у Мостару, БиХ, Мостар, 2013, 268-279.

[6] И. Илић*, Op.cit.,* 46; Semmelweis, Ignaz (September 15, 1983) [1861], Etiology, Concept and Prophylaxis of Childbed Fever, translated by Carter, K. Codell, University of Wisconsin Press.

[7] *Медицински лексикон*, Медицинска књига Београд, Загреб, 1981, 400.

[8] D. Tsilimingras, *Adverse Events and Medical Errors*, Center on Patient Safety, The Florida State University College of Medicine, http://med.fsu.edu/uploads/file

доброј клиничкој пракси када је реч о нежељеним догађајима и нежељеним реакцијама на лек.[9]

У упоредној литератури објашњавају се ситуације у којима сам лекар постаје узрочник болести или им доприноси, у смислу да је то прекомерна штета коју он наноси пацијенту.[10] Упркос ризицима који постоје, сматра се да би било тешко у спровођењу лечења било тешко искористити све медицинске предности, уколико би потребни кораци у дијагностици или терапији изостали због могућих пратећих ризика. То се односи како на дијагностичке процедуре (механичке и радиолошке), терапијске режиме (лекови, хирургија и друге инвазивне процедуре), хоспитализацију, тако и на само поступање лекара које је довело до неког вида оштећења по здравље пацијента. Тада се са медицинског аспекта говори о нежељеном исходу предузетих процедура. На пример, убризгавање течности може водити хеморагији и секундарним инфекцијама, а у сложенијим поступцима и узимање биопсије може довести до шока, па чак и смртног исхода, док ендоскопске процедуре могу да изазову перфорације.[11] Нежељене последице најчешће се појављују фрагментарно, али могу бити изазване и као последице неадекватне сарадње болничких служби.

3. ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ПРАТЕЋИХ ШТЕТА И СПОРЕДНИХ ДЕЈСТАВА

3.1. Квалитет и сигурност здравствене заштите

Развој савремене медицине прате стални напори да помоћ пацијенту буде све боља и делотворнија. Разлози што се све већи број земаља у Европи и свету одлучује да системски унапреде квалитет и сигурност здравствене застите су многобројни, а могу се сумирати у следећем: - све већи број медицинских грешака и нежељених догадаја у пружању услуга; - коришћење мање ефикасних технологија у пружању здравствене заштите; - незадовољство корисника пруженим услугама; - листе чекања и неједнак приступ корисника расположивим услугама здравствених служби; - високи

[9] *Good Clinical Practice/GCP,* ICH The International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use, E6 (R1), Current *Step 4* version, dated 10 June 1996.

[10] M. Mc Rae, G. M. Bean, "Sufferers of Iatrogenic Neglect", *Costs to victims and their families v. Costs to the NHS and health professionals*, UK Department of Health, march 2002, www.bristol-inquiry.org.uk

[11] Lt. G. NR. Krishnan, B. As. Kasthuri, "Iatrogenic Disorders", *MJAFI* vol. 61, 1/2005, 2-6; Walter LAST, *Are most diseases caused by medical system*, www.health-science-spirit.com/medicaldisease.html;

трошкови здравствене заштите које друштвена заједница себи не мозе да приушти; - управљање које није координирано из одговарајућих центара; - одсуство јасно дефинисаних критеријума за пријем, отпуст и премештање пацијената; - мало података (углавном непотпуних) о клиничком процесу лечења и исходима пружених услуга; - непотпуна и неодговарајућа медицинска документација, и сл.[12] Европска повеља о правима пацијената, у тачки 9. јасно је дефинисала да сваки појединац има право да буде поштеђен повреда проузрокованим лошим функционисањем здравствених служби, погрешном медицинском праксом, као и право приступа здравственим услугама и третманима који задовољавају високе сигурносне стандарде.[13]

У разматрању ових питања с посебном пажњом се пришло проблему сигурности у области промета и коришћења лекова, као најчешћег извора опасности за пацијенте. Нежељене реакције лекова укључују алергијске реакције, погрешно преписане лекове и интеракције лекова, што чини велики део пратећих штета. Управо је развој законодавства о лековима у прошлости пуно пута био иницира због штетних, нежељених последица лекова, а нови закони су се доносили у циљу обезбеђења веће сигурности лекова за људе и животиње и задовољења високих захтева за квалитетом, делотворношћу и безопасности фармацеутских производа.[14] Преузимањем у законски текст одредбе о општој обавези сигурности лечења гарантује се обештећење, што поставља професијама у здравству захтев да организују службу тако да се у њима ради на превенцији грешака и пропуста у дијагностици или лечењу. У развијеним земљама установљавају се посебна национална тела за обештећење код медицинских инцидената, а део тог система је и осигурање од одговорности.[15]

Истицање опште *обавезе сигурности* карактеристично је за право Француске.[16] Оно је уобличило принцип уведен кроз судску праксу према коме је одговорно лице као носилац обавезе по основу лечења дужно да осигура не само основне елементе уговора о здравственој услузи, него и да пружи сигурност за пацијента као другу страну у том уговору. То се у пракси актуелизовало такође на честом облику пратећих грешака медицинских

[12] C. Romeo-Casabona, "The legal approach to medical liability. Negligence and breach of patient's autonomy", *The ever-growing challenge of medical liability: national and European responses*, Councel of Europe, Book of proceeding, Strasbourg, 2009, 118.

[13] *European Charter of Patients' Rights – Basic document*, Active Citizenship Network, Rome, 2002.

[14] Видети за право Немачке: *Arzneimittelgesetz* (§5 Abs.2, AMG 1978/2009); видети за право Србије: Закон о лековима и медицинским средствима, „Сл. гласник РС", бр. 30/2010 и 107/2012 (чл. 53, чл.163).

[15] J. Mc Hale, M. Fox, *Health Care Law – text and Materials*, London, 2007, 149.

[16] L. Dubouis, "La réparation des conséquences des risques sanitaires", *Revue de droit sanitaire*, 4/2002, 805.

професионалаца кога чине изазивање или неспречавање тзв. *нозокомијалних* инфекција (инфекција стечена у болници). На пример, први случај осуде из разлога такве инфекције у Француској датира још из 1960. године.[17] Спорна питања су решавана кроз судску праксу, да би се према усвојеном закону такви спорови сврстали у штете од здравствених ризика. У погледу хоспитализованих болесника по закону постоји обавеза да се спрече случајеви заразе. Пошто је немогуће гарантовати апсолутну стерилност уређаја, инструмената и медицинског радног простора појам нозокомијалне инфекције се онда различито тумачи од стране медицинских и правних коментатора, а законодавац предвиђа различите механизме превенције, организације, информисања и борбе против инфекције. Одговорност у овој материји уводи један од изузетака режима одговорности за кривицу. Постоји претпоставка кривице јер се сматра да сви здравствени субјекти, јавни и приватни, сносе пуну одговорност у материји болничких инфекција. Здравствена установа може да се изузме од одговорности само ако се не докаже унутрашњи узрок инфекције, односно да је она дошла споља, а у тој правној ствари надлежан је Комитет за борбу против болничких инфекција.[18]

Закон о здравственој заштити Србије садржи одредбе о квалитету здравствене заштите, које ближе разрађују одговарајућа подзаконска акта.[19] Право на квалитет здравствене услуге подразумева одговарајући ниво пружања здравствених услуга и хуманог односа према пацијенту. Права пацијента на квалитетну и безбедну здравствену заштиту уређују се такође одредбом Закона о правима пацијената.[20] Наиме, пацијент има право на безбедност у остваривању здравствене заштите, у складу са савременим достигнућима здравствене струке и науке, с циљем постизања најповољнијег исхода лечења и смањења ризика за настанак нежељених последица по здравље на најмању могућу меру. Пацијент ово право остварује у складу са здравственим стањем и утврђеним стручним медицинским стандардима. Здравствена установа је дужна да се стара о безбедности у пружању здравствене заштите, као и да континуирано, преко комисије прати факторе ризика и предузима мере за њихово смањење.

---

[17] CE 18. novembar 1960, Savelli, Rec. 640; P. Desmarais, Infection nosocomiale – La responsabilité médicale, *Gestions hospitalières*, No 488 – aout/septembre 2009, 410.

[18] *Ibid.*

[19] Члан 23, Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57.2011, 119/2012 и 45/2013 – др. закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2015; видети више: Правилник о показатељима квалитета здравствене заштите, „Сл. гласник РС“, бр. 49/2010

[20] Чланови 9. и 10. Закон о правима пацијената, „Сл. гласник РС“, бр. 45/2013.

3.2. Управљање ризицима по здравље

Медицинска делатност је таква да стално шири подручје лечења и оперативних захвата које прате ризици високог степена. Међутим, то није разлог да се лечење не обавља, јер је ризик који носи природни ток болести знатно већи и статистички погубнији. Може се рећи да познато Хипократово начело *primum non nocere* данас важи још само у ограниченој мери.[21] Појам ризика по здравље обухвата разне врсте опасности као што су могуће компликације, трајне или привремене штетне последице, неповољан утицај на остале пацијентове органе, опасност по плод у мајчиној утроби и сл. Ту се урачунава и могућност да лечење или захват буду неуспешни. Најзад, постоји и опасност да дође до грешке од стране лекара и другог медицинског особља и да се она негативно одрази на пацијентово здравље. У зависности од конкретне мере или захвата ризици се могу поделити на: *опште* и *посебне*, *типичне* и *атипичне*, *честе* и *ретке*, *уобичајене* и *повећане*, они који су се могли избећи и они који се нису могли избећи (*судбински* ризици).[22] Заједничко за све њих је да преовлађује становиште да онај ко медицински поступа према пацијенту, тамо где је то неизбежно, не треба да избегава ризике, него да их контролише, односно да њима управља.

Расправљање судских случајева у вези са спорном медицинском праксом помогло је да се уобличи пракса управљања ризицима, коју суштински чине различите процедуре и поступци у намери да се смањи ризик од нежељених инцидената. Као последица тога је да медицинска професија мање или више прихвата пратеће штете и споредна дејства као неминовност, која се дешава у свакодневном раду, али се истовремено ангажује на превазилажењу и управљању ризицима, колико год је то могуће сопственим мерама организације рада и обавештавања. Полази се од тога да здравствена заштита треба да се пружа по највишим стандардима, али да се и поред тога дешавају споредни ефекти због несигурности разних фактора, па некада и људског фактора у виду грешака и пропуста. У свим анализама уочених ризика и стручне и правне регулативе јатрогена оштећења се истичу као битни чиниоци система сигурности из најмање два разлога: 1) изазвана оштећења у погледу исправности лечења представљају кршење правила о урачунавању ризика и управљању ризицима; 2) разумевање природе пратећих оштећења у медицинском контексту добар је показатељ за јавноздравствену политику и њене циљеве у погледу унапређења сигурности

[21] *Corpus Hipocraticum*, nastao u Staroj Grčkoj između 5. i 3. veka pr.ne. kao izvorna tačka svih lekarskih zakletvi i kodeksa.

[22] Х. Мујовић Зорнић, "Правни значај ризика у обављању медицинских делатности", у: А. Бјелица и др, *Pravna zaštita lekara od rizika neželjenih posledica u medicini* Beograd, 2014, 243-266.

лечења.[23] На тај начин, превазилажење ризика постаје генерални изазов за све који раде у здравственом систему.

3.3. Обавештење које се даје пацијенту и начело пристанка (*informed consent*)

Однос између медицинског професионалца, најчешће лекара, и пацијента у правном значењу представља однос релативне, односно облигационоправне природе и истовремено однос по основу обављања професионалне делатности. У том односу пристанак информисаног пацијента је оно што овлашћује лекара да поступа, јер пацијентова одлука има преимућство над медицинским разлозима лечења. То је општеприхваћено становиште у упоредној правној теорији и пракси, а строге и ретке изузетке од тог правила прописује закон. Саглашавајући се са предложеном медицинском мером пацијент преузима ризик који прати лечење, под условом да није реч о ризику који је изазван грешком лекара. Обавештење је саставни део права на пристанак пацијента, а прибављање пристанка саставни део дужног лекарског професионалног поступања. Ако пацијент није довољно обавештен то има карактер противправне радње у грађанско-правном смислу.[24]

На страни оног ко медицински поступа постоји обавеза да пацијенту, односно његовом законском заступнику пружи потребна обавештења. Та обавештења су веома различита и могу имати двојак смисао: 1) обавештење ради пацијентове сигурности, и 2) обавештење ради коришћења права на самоодређење од стране пацијента. Обавештења ради сигурности представљају саставни део лечења и медицинску заштиту од опасности штете по пацијентово здравље, па се зато називају *терапијска* обавештења или *лекарски савет*.[25] Она свакако обухватају и обавештења о пратећим ризицима, уколико то у конкретном случају има значај за здравствено стање пацијента. Пуноважан пристанак може дати само пацијент који разуме оно на шта пристаје или не пристаје. Разумевање медицинске мере значи бити упућен у њену суштину, вредност и домашај. Пацијент треба да зна са чиме се саглашава, шта ће се са њим дешавати и шта се може десити. Само у том случају он је у могућности да узме у обзир разлоге за и против и да донесе разумну одлуку која се тиче његовог здравља. Пацијент је најчешће медицински лаик који о оном што одлучује не зна ништа или не зна довољно

[23] J. B. wiener, Managing the Iatrogenic Risks of Risk Management, *Risk: Health, Safety & Environment*, 39/1998, 39-82.

[24] Ј. Радишић, Грађанска одговорност лекара која проистиче из њиховог занимања, *Ревија за право осигурања*, 1/2009, 11- 27.

[25] *Ibid.*

и има право да добије благовремено обавештење. Оно треба да обухвати: 1) дијагнозу и прогнозу болести; 2) кратак опис, циљ и корист од предложене медицинске мере, време трајања и могуће последице предузимања односно непредузимања предложене медицинске мере; 3) врсту и вероватноћу могућих ризика, болне и друге споредне или трајне последице; 4) алтернативне методе лечења; 5) могуће промене пацијентовог стања после предузимања предложене медицинске мере, као и могуће нужне промене у начину живота пацијената; 6)дејство лекова и могуће споредне последице тог дејства.[26] Лекар је дужан да у медицинску документацију унесе податак да је дао одговрајуће обавештење.

Обим обавештења спада међу најтежа питања која се у пракси свакодневно постављају, те га отуда закон не уређује или само оквирно уређује, а појединости оставља оцени конкретног случаја. О ризицима који су карактеристични за одређени захват (*типични* ризици) треба обавестити независно од њихове учесталости, док обавештење о осталим ризицима (*атипични* ризици) треба да зависи од њихове учесталости. На опасност од неуспеха захвата лекар је дужан да упозори увек, ако неуспех операције може стање болесника да погорша, уместо да га поправи. С друге стране сматра се да пацијента не треба обавештавати о општепознатим ризицима, као на пример, инфекција ране, набор незараслог ожиљка, емболије и сл, јер су они познати и медицинком лаику. Поред тога, треба имати у виду да обим обавештења зависи и од хитности и неизбежности захвата. Ако захват треба да спречи ширење болести која непосредно угрожава живот пацијентов, и уколико је он хитно потребан, захтеви за обавештење су мањи, и обратно. Постоје такође случајеви у којима обавештење није потребно: 1) кад је пацијент већ обавештен, 2) кад се пацијент одрекне права на обавештење 3) кад постоји медицинска контраиндикација, 4) кад се захват обавља на основу претпостављеног пристанка.[27]

4. ПИТАЊА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПРАТЕЋЕ ШТЕТЕ И СПОРЕДНА ДЕЈСТВА

4.1. Битни елементи одговорности

Ако се пође од општег погледа на питања одговорности у медицини, дуго је постојао модел непогрешиве медицине који је водио интелектуалном непризнавању нерегуларности, нарочито грешака, а њихово заташкавање и

[26] Члан 11. Закон о правима пацијената.
[27] *Ibid,* 104-105.

непријављивање отклањало је сваку могућност да се ради на превенцији тих појава. Статистике показују да се задњих деценија континуирано дешава пораст медицинских грешака. Погрешном праксом и ризицима баве се како националнас, тако и међународна тела као што је Светска медицинска асоцијација (WMA) која ауторитетом својих ставовима у форми изјава настоји да државама пружи препоруке у овом домену.[28] Нарочито се скреће пажња на отежавајуће околности рада у здравству и потребу разграничења грешака (*malpractice*) и нежељеног исхода који се јавља приликом лечења и неге, а који није последица грешке. Реч је о случајевима одговорности за штету произашлу из обављања делатности као једног од облика професионалне одговорности. Дефинишу се и као случајеви одговорност због медицинских грешака, што није истоветно са случајем одговорности учиниоца кривичног дела, будући да се грешке не сматрају друштвено опасним већ значе повреду личних човекових добара као што су здравље, тело и живот.[29] Према основу одговорности то је субјективна одговорност тј. одговорност по основу кривице. Обављање праксе се везује за сигурност и квалитет медицинских услуга.

Спорови везани за кршење дужности обавештавања о споредним дејствима лека релативно су чести у пракси, јер лекови иманентно по свом хемијском саставу већ носе одређене опасности по здравље пацијента.[30] У случају из праксе америчких судова *Ingram* v. *Hook's Drugs* поставило се питање разграничења одговорности апотекара и лекара због необавештавања пацијента о споредним дејствима која су изазвала штету.[31] Пацијенту је лек преписан први пут, а у разговору му је објашњен начин дозирања. Ипак, пропуштено је упозорење на нежељена дејства лека : несаницу, вртоглавицу, поспаност и да упозори пацијента да узимање овог лека може утицати на способност управљања моторним возилима или машином. Пацијент је радио у производном погону једне фабрике. Након два дана доживео је повреду на

[28] World Medical Association Statement on Medical Malpractice, a*dopted by the 44th World Medical Assembly Marbella, Spain, September 1992, and rescinded at the WMA General Assembly, Santiago 2005,* http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2/

[29] J. Радишић, *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Београд, 2007, 153-166; J. Радишић, „Грађанска одговорност лекара која проистиче из њиховог занимања«, *Ревија за право осигурања*, бр. 1/2009, 11-27.

[30] Видети више: Х. Мујовић Зорнић, М. Миленковић, „Правни аспекти рада Агенције за лекове и медицинска средства и значај за сигурност лекова", *Правни живот*, 9/2012, 409-431.

[31] S. Huang, "The Omnibus Reconciliation Act of 1990: Redefining Pharmacists' Legal Responsibilities", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIV NO. 4/1998, 424.

раду. Недељу дана након несреће, правни заступник фабрике поднео је тужбу ради накнаде штете запосленом.

Суд је досудио припадајућу штету, али је ослободио апотеку сматрајући да је дужност упозорења о неизвесности споредних дејстава лека прописаног на рецепт део односа лекар - пацијент. У том случају апотекар врши просто издавање лека, уз отклањање евентуалних нејасноће у контакту са лекаром, чиме он испуњава своју обавезу према пацијенту. Дужност обавештавања отуда стоји на лекару који је преписао лек.

Питања извођења одговорности су комплексна. Најважнија су правна средства којима се свака одговорност за штету на известан начин ограничава. Општа ограничења чине адекватност узрочне везе и циљ прекршене норме.[32] Док природна или логичка узрочност представља фактичко питање, адекватна узрочност је правно питање. Утврђивање узрочне везе у природном смислу задатак је судских вештака, док процена да ли је та веза адекватна спада у задатак суда. Код неповољног исхода лечења судови разликују несрећне случајеве од скривљеног шкођења пацијентовом здрављу.

Уско повезан са појмом кривице и одступања од професионалног стандарда јесте појам лекарске, односно медицинске грешке до које може доћи. Док у правној литератури преовлађује гледиште по коме грешка представља одступање од општепризнатих правила медицинске науке као лечење које се не обавља *lege artis*, у медицинској литератури се под грешком подразумева *стручна заблуда* без елемената несавесности.[33] Медицинско схватање подразумева да је лекар применио све што је у конкретном случају било у оквиру његових субјективних и постојећих објективних могућности, али је и поред тога дошло до грешке. То је нешто што се дешава, што је стални и неминовни ризик у медицини, односно оно што је обухваћено оквирима медицинске толеранције. Приступ који се залаже за појам савесне заблуде на страни лекара, правно гледано је неодржив, јер грешком се сматра и свака штета која није спречена или пак објективно неизбежни ризици о којима пацијент није био обавештен, а требао је бити. Зато се каже да је правни појам лекарске грешке много шири него медицински појам такве грешке.

Постоје у основи два типа кршења лекарске дужности: у облику *грешке у лечењу* (поступању) и у облику *грешке у обавештавању* (упозорењу, информисању или саветовању).[34] Према судској пракси и постојећој правној теорији, грешке приликом информисања и прибављања

---

[32] Ј. Радишић, Медицинско право, *op.cit*, 106-108.

[33] С. Савић, "Лекарска делатност и законска одговорност", www.ius.bg.ac.rs/.../

[34] Видети више: Х. Мујовић Зорнић, "Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности", *Страни правни живот*, 3/2011, 98-112.

сагласности пацијента изједначују се са грешкама у умећу лекара. Уколико је лекар без важеће сагласности, због пропуштеног или недовољног информисања пацијента извршио неки захват, и ако се ризик због кога је обавештавање било потребно остварио, онда лекар треба да плати пуну накнаду настале штете.[35] У оквиру ове противправности допушта се доказивање сваког појединачног облика кршења потребне пажње. Лекар поступа противно својој дужности када крши постојећа *правила струке* (лекарске вештине) или установљена *правила пажње*. Пажљивост, коју улаже, мора бити таква да осигурава квалитет лекарске услуге. Тај степен усредсређености законодавац у Србији квалификује као *пажњу доброг стручњака*.[36]

4.2. Искључење одговорности

Код разматрања случајева одговорности полази се најпре од примене начела *volenti non fit injuria* по коме пристанак пацијента да му се медицинским поступањем нанесе штета искључује карактер недопуштености штетног догађаја.[37] Пацијент сноси ризик свог безуспешног лечења или погоршања стања свог здравља, осим уколико је лекар пропустио да прибави његов пристанак на лечење или да му пружи потребна обавештења о ризику. И овде се потврђује правило о одговорности по основу кривице, док објективна одговорност није основана, пре свега, зато што је медицинска служба алтруистичка, а ризик оштећења здравља или смрти пацијента није примано изазван од стране лекара, него самом болешћу. Реч је о томе да се услед болести пацијент већ налази у опасности, а лекар настоји да му помогне, да ту опасност по могућству отклони или бар умањи. То његово настојање не ствара ризик опасности који би условио одговорност без обзира на кривицу.

Када су у питању прекомерне штете или несаопштени и знатни ризици, па и драстични исходи, сваки од спорних случајева подлеже правној провери. Судска пракса показује да разлог искључења одговорности лекара за штете у медицини може бити позивање на несрећан случај. У медицинској литератури наилази се у вези са тим на објашњење нежељеног догађаја, несрећног случаја и компликације болести, што подразумева ситуације у којима су неповољне последице у току пружања лекарске помоћи наступиле услед неких околности које се нису могле предвидети, при чему је лекар применио све неопходне мере предвиђене савременом медицинском науком

[35] E. Deutsch, A. Spickhoff, *Medizinrecht*, Springer, Berlin-New York 2014, 287-289.
[36] Члан 18. став 2, Закон о облигационим односима.
[37] Члан 163. Закон о облигационим односима (пристанак оштећеног).

и праксом да спречи настајање тих последица, као и њихово штетно дејство по здравље пацијента.[38] Када је у питању област нежељеног деловања лекова, о томе су дефиниције садржане у неким од подзаконских аката.[39]

Са правног становишта постоји *случај* у грађанском праву који такође искључује одговорност за штету.[40] У грађанском праву се случај схвата шире: то је догађај који је настао без кривице одређеног лица. Питање одговорности за насталу штету увек се поставља у погледу једног одређеног лица (релативни карактер облигација) па се тако и овде догађај цени са становишта кривице одређеног лиица и стога се случајем сматра сваки догађај који се не може томе лицу уписати у кривицу без обзира да ли је догађај изазван природним силама или људском вољом. Према томе, случај може да буде природни догађај или радња трећег лица за које то лице не одговара, или радња самог оштећеника (јер свако сноси последице својих поступака) или чак и радња самог учиниоца коју није извршио ни намерно ни непажњом, односно сваки догађај за чије наступање нема кривице одређеног лица.

У немачкој правној литератури несрећни случај се означава као *судбински ток болести*, за кога се сматра да није ништа друго него посебан израз општег животног ризика.[41] Свако сам сноси ризик природног развоја болести, а подвргавање лечењу је само покушај да се тај ризик спречи. Некад постоје одређене случајности везане за лечење, посебно неповољан стицај околности, особеност болесниковог организма и сл., што се према постојећем стању медицинске науке није могло предвидети. Такве су на пример алергије на одређени лек, или смрт од наркозе дате према свим захтевима анестезиологије. У тим случајевима ризик пада на пацијента према начелу *casus sentit dominus*. Наиме, кад се примењују правила субјективне одговорности не одговара се за штете настале случајем, већ њих сноси онај коме су се догодиле. Уопштено се случајем назива догађај који се никоме не може приписати у кривицу. У медицини се њиме означава одсуство лекарске грешке или непостојање узрочне везе. Случај настаје онда кад се штетна последица није могла савладати упркос томе што је лекар поступао са потребном пажњом. У првом реду ради се о штети коју је проузроковао неки

[38] С. Савић, "Лекарска делатност и законска одговорност", www.ius.bg.ac.rs/.../

[39] Члан 2. став.1 тачка 2-7, Правилник о начину пријављивања, прикупљања и праћења нежељених реакција на лекове, „Службени гласник РС“, 64/2011 od 31.8.2011

[40] М. Вуковић, *Обвезно право*, Загреб, 1964, 304; С. Јакшић, *Облигационо право*, Сарајево, 1960, 273.

[41] E. Deutsch, A. Spickhoff, *op.cit* , 415.

природни догађај и тада се говори о случају као узроку штете и о случајној штети као њеном резултату.[42]

Када се поступак против лекара води због лечења без пристанка и потребног обавештења и савета пацијенту тада лекар може да се ослободи одговорности уколико докаже: 1) да је пацијента обавестио и посаветовао о свему што се тиче његовог здравља, начину, току и ризицима медицинског захвата и да је он дао пристанак; 2) да обавештење о остваренoм ризику није било потребно јер је такав ризик нетипичан, сувише удаљен или је пацијент већ са њим био упознат; 3) да обавештење и савет нису били могући због тога што је пацијент био без свести, у стању шока и сл; 4) да би пацијент пристао на захват да је био обавештен и посаветован, што је у пракси посебно случај кад је болесник трпео велике болове а ризик захвата био незнатан.[43]

5. ЗАКЉУЧАК

Ризици по здравље у медицини су неизбежни, али се ипак у једној мери могу контролисати или се бар њима може управљати. Многе предности савремене медицине не би било немогуће остварити уколико се не би у исто време предузимале циљано и медицински потребно мере у дијагностици или терапији, чак и без обзира на могуће неповољне ризике по здравље пацијента. Из тог угла посматрано случајеви пратећих штета и споредних дејстава били би сасвим допуштени.

У анализи проблема пратећих штета сматра се да је он повезан са слабостима у приступу савремене медицине и да се он може смањити хуманизацијом медицине, што би вратило значај односа поверења лекара и пацијента. Поновним успостављањем праве природе тог односа сигурно би се смањили неки јатрогени поступци, а с друге стране изоштриле би се обавезе и тиме осигурала превенција различитих јатрогених деловања.

---

[42] Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1980, 469-475.

[43] П. Кларић, *Одштетно право*, Загреб, 2003, 422.

Правно гледано, појам пратећих штета најпре се везује за ризике по здравље пацијента, што значи за обавезу оног ко медицински поступа да избалансира користи и штете од третмана и уопште лечења. Даљи правно битан моменат представља обавеза обавештавања пацијента о опасности од штете. Обавештење зависи од природе третмана, озбиљности претеће опасности, као и личности пацијента, тако да се обим и обавеза обавештења не узимају по аутоматизму.

Поступак извођења одговорности за пратеће штете и споредна дејства зависи од елемената битних за квалификацију дужног поступања лекара из штетног догађаја. Она се поставља као одговорност за кривицу, а доказни поступак прате тешкоће да се утврди са потребним степеном вероватноће неки од елемената одговорности. Објективно мерило за медицинску професионалну пажњу на овим примерима показује да се приближава гранична линија између субјективне и објективне одговорности, али да она и даље постоји. Због комплексности случајева ових штета, права неких земаља прибегавају другачијем систему обештећења изван парничног поступка, а који се изводи у управном поступку путем шеме обештећења *без обзира на кривицу*, где се исплата накнаде врши из посебних одштетних фондова по принципу опште друштвене солидарности или по основу осигурања.

Може се рећи да се за пратеће штете у споредна дејства у лечењу одговара само уколико су оне здружене са почињеном грешком, која се везује за њихово постојање, односно само уколико и они постану део те грешке. На пример, одговорне радње би биле необавештавање о могућој штети од лекова, непоштовање правила о пристанку пацијента, неспречавање прекомерне штете и сл., док у великом броју осталих случајева не би било места овој врсти одговорности.

Hajrija MUJOVIĆ-ZORNIĆ, LL.D.
Senior Fellow, Institutut of Social Science

ADVERSE DAMAGES AND SIDE EFFECTS IN MEDICINE – THE ISUESS OF CIVIL LIABILITY

Summary

Medical profession, according to its ethical and professional goals is focused primarily on the patient's body, life and health. Always aims to keep the patient alive, cure or to alleviate his suffering. Nevertheless, there is an accompanying diseases and defects, or side effects of drugs. The general conclusion is that medicine has undoubtedly managed to reduce the risks arising from the occurrence of the disease or, on the other hand, increased the risks that accompany the diagnosis and treatment of disease. Risks condition not only medical procedures that carry a certain insecurity and uncertainty in themselves, but also unwanted side events including professional errors that may occur. The Law has a role to ensure the quality of medical services and that the behavior of service providers to submit to social control, not just control of medical stocks, which is not enough. In violation of legal obligations lie different basis of liability of members of the medical profession. A proper understanding of their relationship with patients is important in order to prevent unwanted damage, because often doctors and other activities in treatment can lead to unintended consequences that are not natural flow of patient treatment. The great importance of information about it. When undertaking treatment cause damage that is not wanted, from a legal point of view it is relevant to distinguish the damage that it corresponds to one of the other codes that can be turned off responsibility. It is the responsibility of doctors and other members of the medical profession as a healthcare provider. In this context, considers the concept of medical errors, their demarcation of related terms and conditions of liability for damages.

Keywords: *medicine, patient, unwanted damages, side effects, liability*

ЛИТЕРАТУРА

D. Giesen, International medical malpractice law – A Comparative Law Study of Civil liability Arising from Medical Care. Tuebingen/London; 1988

E. Deutsch, Medizinrecht, Springer Verlag, Berlin, 2014

G. Mémeteau/ M. Girer, Cours de droit médical, Bordeaux, 2016

H. L. Schreiber, "Der Standard der erforderlichen Sorgfalt als Haftungsinstrument", Versicherungsmedizin, 1/1995,

J. B. Wiener, "Managing the Iatrogenic Risks of Risk Management", Risk: Health, Safety & Environment, 39/1998,

J. McHale/ M. Fox, Health Care Law – text and Materials, London, 2007,

K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Munchen/Berlin, 1965,

L. Dubouis, "La réparation des conséquences des risques sanitaires", Revue de droit sanitaire, 4/2002,

Loi No 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO. 5 mars 2002,

Lt G. NR Khrishnan/ B. AS. Kasthuri, "IATROGENIC DISORDERS", MJAFI vol.61, 1/2005,

M. Mc Rae/ G. M. Bean, "Sufferers of Iatrogenic Neglect", Costs to victims and their families v. Costs to the NHS and health professionals, UK Department of Health, march 2002, www.bristol-inquiry.org.uk

M. Stauch & K. Wheat with J. Tingle, Sourcebook on Medical Law, London/Sidney, 1999

N. udell/ D. Kendall/ N. Blaming, "Junk lawsuits for driving up doctors' insurance fees", Policy Report. PPi 2005

P. Desmarais, "nfection nosocomiale – La responsabilité médicale", Gestions hospitalières, No 488 – aout/septembre 2009,

World Medical Association Statement on Medical Malpractice, adopted by the 44th World Medical Assembly Marbella, Spain, September 1992, and rescinded at the WMA General Assembly, Santiago 2005, http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2/

Б. Благојевић/ В. Круљ, Коментар Закона о облигационим односима, Савремена администрација, Београд, 1980,

Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник РС“ 107/2005, 72/2009 - др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012 и 5/2013 - др. Закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2015

Закон о лековима и медицинским средствима, "Сл. гласник РС", бр. 30/2010.

Закон о правима пацијената, „Сл.гласник“ РС 45/2013.

Закона о здравственом осигурању, „Сл. гласник РС“ 107/2005, 109/2005 - испр., 57/2011, 110/2012 - одлука УС и 119/2012, 106/2015 и 10/2016.

Ј. Радишић, "Грађанска одговорност лекара која проистиче из њиховог занимања", Ревија за право осигурања, 1/2009,

Ј. Радишић, "Одговорност лекара и медицинских установа због секундарних штета", Правни живот, 9/1996,

Ј. Радишић, Медицинско право, Номос, Београд, 2008.

Ј. Радишић, Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента, Београд, 2007,

Ј. Радишић, Професионална одговорност медицинских посленика, Београд, 1987.

Ј. Радишић,"Лекарске грешке у светлости правних разматрања", Актуелни правни проблеми у медицини, Београд, 1996.,

Кодекс медицинске етике Лекарске коморе Србије, Сл.гласник РС бр. 104/2016.

М. Вуковић, Обвезно право, Загреб, 1964.

Медицински лексикон, Медицинска књига Београд, Загреб, 1981.

П. Кларић, Одштетно право, Загреб, 2003.

Правилник о начину пријављивања, прикупљања и праћења нежељених реакција на лекове, „Службени гласник РС“, 64/2011 od 31.8.2011

Правилник о показатељима квалитета здравствене заштите, „Сл. гласник РС“ бр. 49/2010.

С. Јакшић, Облигационо право, Сарајево, 1960,

С. Савић, "Лекарска делатност и законска одговорност", www.ius.bg.ac.rs/.../

Х. Мујовић-Зорнић, "Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности", Страни правни живот, 3/2011,

Х. Мујовић-Зорнић, "Правна питања одговорности за јатрогене штете у медицини", у: Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, ур. С. Петрич, Правни факултет у Мостару, 2013.

УДК 347.634

Др Дејан МИЦКОВИЋ*

РЕГУЛИСАЊЕ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА У САВРЕМЕНИМ ЗАКОНОДАВСТВИМА

Апстракт: Сурогат материнство је репродуктивна технологија која се примењује у последњих неколико деценија и која је повезана са великим бројем правних, моралних, етичких и религијских дилема. У раду је дат преглед концепата сурогат материнства, као и аргументи за и против прихватања и регулисања сурогат материнства. Поред тога, у раду се анализирају најважније судске одлуке у споровима о сурогат материнству из САД и европских земаља, као и одлуке Европског суда за људска права. Аутор даје компаративну анализу правног регулисања сурогат материнства у Сједињеним Америчким Државама, као и у европским земљама у којима је сурогат материнство дозвољено и регулисано. Овај рад даје детаљну анализу законског регулисања сурогат материнства у Македонији, предвиђену у Закону о биомедицински потпомогнутој оплодњи, као и законске одредбе које регулишу сурогат материнство садржане у Нацрту Грађанског закона у Србији. На крају, аутор указује на недостатке у регулисању сурогат материнства и даје предлоге за побољшање законске регулативе која ће допринети већој заштити сурогат мајки, намераваних родитеља и детета, као и омогућити већи степен правне сигурности.

Кључне речи: *сурогат материнство, вештачка оплодња, комодификација, намеравани родитељи, репродуктивне слободе.*

1. УВОД

У задњих неколико деценија, брзи развој репродуктивне медицине, као што је вештачка инсеминација, *in vitro* фертилизација, постхумна оплодња и сурогат материнство, омогућио је великом бројем неплодних парова да постану родитељи, али истовремено је отворио бројна и изузетно сложена правна, етичка и морална питања повезана са материнством,

* Редовни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Ћирило и Методије“ Скопље, dejanmickovik@yahoo.com

породицом, родитељским односима и правима детета.[1] Ово се посебно односи на сурогат материнство, репродуктивну технику која се све више примењује у свету[2] и која је довела у питање концепт материнства, који у историском, правном, психолошком и филозофском смислу представља један од основних стубова на којима се темељи људска цивилизација.

Сурогат материнство, у правном смислу, може да се дефинише као уговор којим се сурогат мајка обавезује да буде оплођена спермом биолошког оца или ембрионом донора, да носи и да роди бебу и да је након порођаја преда намераваним родитељима.[3] Сурогат материнство омогућује паровима која немају деце, а који не могу због медицинских разлога да користе вештачку инсеминацију или *in vitro* фертилизацију, да добију дете које је генетски повезано са једним или са оба своја родитеља. Постоје два вида сурогат материнства: традиционално и гестациско сурогат материнство. Код традиционалног сурогат материнства сурогат мајка је и биолошка мајка, јер она рађа дете, и генетска мајка, јер се користи њена јајна ћелија. Код гестациског сурогат материнства не постоји генетска веза између сурогат мајке и бебе, јер се за оплођивање сурогат мајке користи ембрион. Уговори о сурогат материнству могу да буду алтруистички и комерцијални. Код првих се не плаћа надокнада мајци (осим што се плаћају трошкови који су повезани са редовним лекарским прегледима, трошкови за рађање бебе и слично), а код комерцијалних уговора о сурогат материнству се плаћа одређени износ за услуге сурогат мајке.[4]

Један од највећих проблема код сурогат материнства се састоји у томе што примена ове репродуктивне технике доводи до „фрагментације" материнства. У целокупној досадашњој историји било је примењивано правило "*mater simper certa est*"[5], а концепт мајке није уопште био споран,

---

[1] Види детаљније: B. Williams-Jones, „Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood", *The Journal of Philosophy, Science and Law*, Vol. 2, February 2002.

[2] До 2005. године у свету су сурогат мајке родиле 10.000 деце, а данас је тај број вишеструко већи. У САД, у периоду од само четири године (2004 до 2008 године), удвостручио се број деце рођене од стране сурогат мајки, и тај број је 2008 године износио 1.000 детета. Сурогат материнство је привукло велику пажњу светске јавности када су познате личности, као што су Никол Кидман, Елтон Џон и Сара Џесика Паркер, добиле децу путем сурогат материнства. Види S. Mortzavi, "It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy"*, The Georgetown Law Journal*, Vol. 100, 2012, 2250.

[3] Види: American Law Reports, Validity and Construction of Surrogate Parenting Agreement, 77 A.L.R. 4th 70. (1989).

[4] За комерцијалне и алтруистичке уговоре о сурогат материнству видети више: S. Banarjee, „Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial?" *A Contract Theoretic Approach*, Gokhale Institut of Politics and Economics, May 2006, Pune, India, 2.

[5] Corpus Juris Civilis, Digest 2,4,5,Theodor Mommsen & Alan Watson eds., 1985.

јер се сматрало да је мајка жена која је родила дете. Због примене сурогат материнства у задњих десетак година друштво је принуђено да се фокусира на материнство, за разлику од ранијег периода, када је друштво било више фокусирано на правна и друштвена питања повезана са очинством.[6] Када се ради о традиционалном сурогат материнству, где је сурогат мајка истовремено и генетска мајка детета, дете може имати две мајке-сурогат мајку и жену која је са сурогат мајком потписала уговор о сурогат материнству (намеравана мајка). У случају гестациског сурогат материнства, дете може имати три мајке: мајком се може сматрати жена која је донирала јајну ћелију (генетска мајка), затим жена која је родила дете (сурогат мајка) и жена која је закључила уговор са сурогат мајком (намеравана мајка). Правни системи свих европских земаља предвиђају да дете може имати само једну мајку која је носитељ родитељских права и одговорности, тако да се у случају сурогат материнства, као што ћемо касније видети, могу јавити спорови која жена је мајка детета.[7]

У раду ћемо се задржати на анализу различитих аргумената у прилог и против прихваћања и правног регулисања сурогат материнства, затим ћемо дати приказ неколико најважнијих судских случајева повезаним са сурогат материнством у САД, као и случајева из судске праксе Европског суда за људска права. Затим се даје преглед различитих законских модела за регулисање сурогат материнства у Европи, са посебним освртом на регулисање сурогат материнства у Македонији и предложеним решењима за регулисање сурогат материнства у Преднацрту Грађанског закона Републике Србије. На крају ћемо дати одређене предлоге за промене у регулисање сурогат материнства у Македонији и Србији.

---

[6] У овом смислу Kindregan истиче да се и у речницима мења дефиниција мајке. У Black's Law Dictionary, из 1999. године мајка се дефинирала као „жена која је родила или је увојила дете“ а у Black's Law Dictionary из 2004. године, због великог броја случајева сурогат материнства и случајева вештачке оплодње, мајка се дефинише као „жена која је родила дете, која је донирала јајну ћелију за да се роди дете или која је усвојила дете“. Види код P. Charles, Kindregan, Considering Mom: Maternity and the Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 17:3, 2009, 602.

[7] За контраверзна питања повезана са утврђивањем материнства у САД уколико је дете рођено од стране сурогат мајке видети више код F. Storrow, Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parenthood, *Hastings Law Journal*, Vol. 52, 2002, 604-623.

2. АРГУМЕНТИ *PRO ET CONTRA* ЗА ПРИХВАТАЊЕ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Аутори који сматрају да је сурогат материнство противно основним етичким и моралним нормама друштва[8] и да се стога не треба прихватити и правно регулисати у основи наводе три аргумента у прилог ових својих ставова: они истичу да сурогат материнство представља експлоатацију сурогат мајке, да се код сурогат материнства јавља проблем комодификације сурогат мајке и проблем трговине децом, као и аргумент да сурогат материнство доводи до негативних психолошких последица за све учеснике у овом поступку-сурогат мајку, дете и намераване родитеље.[9] Један од најзначајнијих аргумената против сурогат материнства се састоји у томе да се применом ове репродуктивне технологије у процес репродукције уводе тржишни елементи.[10] Противници сурогат материнства сматрају да се увођењем тржишних механизама и принципа у сфери репродукције жена и деца се претварају у ствари које се могу куповати и продавати, што није прихватљиво у једном демократском друштву.[11] Противници сурогат материнства сматрају да постоји велика супротност између блиских, емотивних друштвених односа (пре свега односа између мајке и детета) и финансиских трансфера у тржишним односима, којима се може „контаминирати" процес репродукције.[12] У овом смислу, Хациз истиче: „Када се тржишне норме примењују у процес репродукције, жене се деградирају од субјекте који заслужују поштовање и захвалност у објекте за

[8] За ставове *pro et contra* сурогат материнства види детаљније Дејан Мицковић, „Уговори о сурогат материнству:етички и правни аспекти", *Правни живот*, бр.10.

[9] За аргументе против прихваћања сурогат материнства видети више код Christine Metteer, Lorillard, „Informed Choices and Uniform decisions: Adopting the Aba's Self-enforcing Administrative Model to Ensure Successful Surrogacy Arrangements", *Cardozo Journal of Law & Gender*, Vol. 16, 2010, 238.

[10] У овом смислу Anderson истиче да је „слободно тржиште изванредан механизам. Али да се томе може ставити приговор када се примењује у сферима живота која не смеју да буду предмет комодификације. У свету у којему се тржишне норме сматрају за лек за све друштвене проблеме, време је да се ставе неке границе за њихову примену." S. Elizabeth Anderson, „Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales", *Health Care Analysis*, 8, 2000, 25.

[11] Видети код S. Banarjee, Op. cit., 2.

[12] Види детаљније код M. Ertman, J. C. Williams, „Freedom, Equality and the Many Futures of Commodification", *University of Utah, S. J. Quinney College of Law*, http:ssrn.com/abstracts=774944.

употребу“,[13] а Скот сматра да комерцијални уговори о сурогат материнству деградирају децу и мајке због тога што третирају дете као ствар која се може заменити за профит, а женско тело третирају као фабрику за производњу деце.[14]

Један од аргумената противника сурогат материнства је и тај да код сурогат мајке недостиже слободна воља да скључи уговор, јер је она на то присиљена, пре свега због економских разлога.[15] Они који сматрају да код уговора о сурогат материнству не постоји слободна воља сурогат мајке[16] истичу да оне најчешће потичу из најниских социјалних слојева друштва, за разлику од пара који закључује уговор, и који најчешће има високи материјални статус у друштву.[17]

Насупрот ауторима који сматрају да сурогат материнство доводи до експлоатације сурогат мајке и до трговине децом, чиме се нарушавају основна људска права и њихов дигнитет, заступници сурогат материнства истичу да оно треба бити прихваћено јер представља једини начин да неплодни парови добију децу, чиме се остварује њихова репродуктивна слобода. Сматрамо да ставови противника сурогат материнства, који истичу да се применом ове репродуктивне технологије угрожава достојанство и дигнитет сурогат мајке и бебе које оне рађају нису прихватљиви, јер се не заснивају на валидним аргументима. Сурогат материнство је израз репродуктивног права неплодних парова и оно се заснива на аутономији воље и на слободи уговарања.[18] Сматрамо да је концепт индивидуалног

---

[13] A. N. Hatzis, "Just the Owen", A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Katharina Boele-Woelki (ed) Intersentia, 2003, 8.

[14] E. S. Scott, „Surrogacy and the Politics of Commodification“, *Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, Paper Number 08-186, 5.

[15] У овом смислу Шанли истиче да „да би био ваљан уговор о репродуктивној услузи, морају се преузети кораци да се сагласност за скључивање таквог уговора да слободно.“ Види код Mary Lindon, Shanley, „A Case against Pregnancy Contracts: Embodied Selves, Liberal Theory and the Law“, *Politics and the Life Sciences*, Vol. 8, No. 2, 1990, 216.

[16] У овом смислу Ruth Macklin истиче да ”сиромашне жене тешко могу одбити новчану понуду, и она у том смислу представља присилу за сурогат мајку”. Цитирано према, Alan Wertheimer, „Two Questions About Surrogacy and Exploatation, Philosophy and Exploatation“, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 21, No. 3, Summer 1992, 223.

[17] Lorillard истиче да противници сурогат материнства наводе да комерцијални уговори о сурогат материнству представљају притисак да се жена откаже од свог родитељског права када закључује уговор због њеног тешког финансиског положаја. Види код Lorillard, Christine Metteer, Op. cit., 249.

[18] У овом смислу Anderson истиче да су уговори средство за остваривање слободе уговарања, тако да уколико је уговор о сурогат материнству слободно прихваћен од стране сурогат мајке, он не представља нарушавање њене воље и њеног

избора, (који се заснова на томе да сваки појединац може слободно да остварује своју вољу уколико се тиме не повређују права других и јавни интерес) веома тесно повезан са концептом људског дигнитета и са основним људским правима и слободама. Поред тога, треба истаћи да сурогат материнство не доводи до експлоатације жена и не представља опасност за сурогат мајку; управо супротно, могућност за скључивање уговора о сурогат материнству представља шансу за жене из сиромашнијих социоекономских слојева да обезбеде материјална средства, која би им, забраном сурогат материнства, била ускраћена.[19]

Забрана уговора о сурогат материнству, са циљем да се спречи експлоатација сиромашних жена и да се заштити дигнитет и достојанство сурогат мајке, у основи се заснива на патерналистички концепт за улогу жене у репродуктивном процесу, као и за њено место у породици и у друштву. У овом смислу Shalev истиче да „Забрана да се призна валидност уговора о сурогат материнству имплицира да жене нису компетентне, због њиховог пола, да делују као рационални и морални субјекти у односу на њихову репродуктивну активност".[20]

Најзначајнији аргументи присталица уговора о сурогат материнству су резултати емпириских истраживања, као и практично искуство свих учесника у процесу сурогат материнства. Као што истиче Mortzavi[21] највећи број сурогат мајки су задовољне са процесом рађања деце за неплодне парове, што је сасвим супротно од ставова противника сурогат материнства, који истичу да оно доводи до експлоатације жена и до угрожавање њиховог дигнитета и људског достојанства.[22] Ограничавање или забрана сурогат материнства мора да се заснива на валидним аргументима који би указивали да је то неопходно да би се обезбедила заштита права учесника у процесу сурогат материнства или да би се обезбедила заштита јавног поретка. Ови

дигнитета. Критикујући забрану сурогат материнства, Anderson истиче: "Било би нарушавање њене воље и њене личности, а то је недозвољива форма патернализма, уколико се спречи могућност да сурогат мајка скључи уговор о сурогат материнству". Види E. S. Anderson, Op. cit., 22.

[19] У овом смислу Malm истиче да "ми не бисмо заштитили права сиромашних жена уколико им, са жељом да их заштитимо од експлоатације, забранимо могућност да се ослободе од сиромаштва."Види више: H. M. Malm, „Commodification or Compensation: A Reply to Ketchum, Hypatia, Vol. 4, No. 3, *Ethics & Reproduction, Autumn* 1989, 134.

[20] Види код S. M. Lindon, Op. cit., 620.

[21] Види више код S. Mortzavi, Op. cit., 2284.

[22] У овом смислу и Scott наводи да „Противно ставовима да сурогат материнство деградира материнство, постојећи докази указују да сурогат мајке сматрају да врше услугу која има велики друштвени значај". Види Elizabeth Stark, „Born to no Mother: In re D.B. Roberto and Equal Protection for Gestational Surrogates Rebutting Maternity", *Journal of Gender, Social Policy and Law*, Vol. 16, No. 2, 2008, 38.

разлози не постоје, када се ради о уговорима о сурогат материнству. Због тога сматрамо да се сурогат материнство треба дозволити (под условом да буде регулисано прецизним нормама) јер се на тај начин омогућује да неплодни парови добију децу, обезбеђује се заштита аутономије воље и индивидуалне слободе[23] и остварује се слобода уговарања. [24]

3. СУДСКИ СЛУЧАЈЕВИ ПОВЕЗАНИ СА СУРОГАТ МАТЕРИНСТВОМ

Сурогат материнство доводи до бројних судских случајева у САД, због тога што не постоје правила за његово регулирање на федералном нивоу, као и због чињенице да постоје велике разлике у регулисању сурогат материнства између појединих савезних држава.[25] Због чињеница да сурогат материнство доводи до фрагментацију материнства (мајка више није само жена која рађа дете), као и очинства (генетски отац не мора да буде партнер мајке), у великом броју случајева судови су морали да решавају питање дали приоритет код утврђивања ко су родитељи треба да има генетска веза, рађање детета или намера да се постане родитељ.[26] Један од најпознатијих судских случајева, у коме су судови решавали питања око утврђивање материнства је случај Baby M.[27] Брачни пар Бил и Бетс Штерн је закључио уговор о сурогат материнству са Мери Бет Вајтхед. У уговору је било предвиђено да се сурогат мајка оплоди са спермом господина Штерна (у овом случају се радило о традиционалном сурогат материнству, где је сурогат мајка и генетска мајка детета) и да након порођаја преда бебу

[23] За остваривање индивидуалне слободе код уговора о сурогат материнству видети више код S. M. Lindon, Op. cit., 623.

[24] У овом смислу Epstein сматра да уговори о сурогат материнству треба да буду прихваћени и да производе правно дејство. Epstein истиче да „Људи добро знају који је њихов интерес, а уговори најчешће служе за остваривање обостране користи, а не за експлоатацију једне уговорне стране". Види Richard Epstein, „Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement", *Virginia Law Review,* Vol. 81, No. 8, Symposium: New Directions in Family Law, Nov. 1995, 2313.

[25] Као што наводи Price "САД немају свеобухватну политику у односу на сурогат материнство, већ имају посебне законе који се веома разликују од једне до друге државе". Види Terry Price, „The Future of Compensated Surrogacy in Washington State: Anytime Soon?", *Washington Law Review*, Vol. 89, No. 4, 2014, 1312.

[26] Као што наводи Stark, судови, законодавци и правни теоретичари полазе од четири различите теорије за опредељивање материнства када је дете рођено од стране сурогат мајке: 1. Од намере странака; 2. Од генетске везе; 3. Од чињенице која жена је родила дете и 4. Од најбољег интереса детета. Види E. Stark, Op. cit., 288.

[27] In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988)

брачном пару Штерн уз надокнаду од 10.000 долара. Проблем је настао када се након рађања бебе сурогат мајка предомислила и није хтела да преда бебу као што је било предвиђено уговором. У судском процесу, првостепени суд је донео одлуку да се мора поштовати уговор, тако да је родитељско право додељено господину Штерну, а госпођа Штерн је имала право да усвоји бебу. Сурогат мајка није имала никакво право у односу на бебу.[28] Међутим, Врховни суд државе Њу Џерзи је донео супротну одлуку. Суд је сматрао да уговор о сурогат материнству не производи правно дејство јер је супротан позитивним прописима и јавном поретку.[29] Према мишљењу суда, родитељско право не може бити одузето сурогат мајци, јер она не само што је родила бебу, већ је и његова генетска мајка.[30] Суд је сматрао да уговор није валидан, јер није дозвољено да се плаћа за да се добије дете,[31] а осим тога и сурогат мајка се није, према мишљењу суда, добровољно сагласила да се откаже од свог родитељског права, већ је то урадила због тешке материјалне ситуације.[32]

Џонсон против Калверт (Johnson v. Calvert) [33] је други познати случај повезан са уговором о сурогат материнству у САД. Марк и Криспина Џонсон су потписали уговор са сурогат мајком Аном Калверт. За разлику од случаја Baby M, у овом случају се радило о гестациском сурогат материнству, јер је у сурогат мајку имплантиран ембрион који је створен од репродуктивних ћелија брачног пара Џонсон, тако да сурогат мајка није имала генетску везу са бебом. Сурогат мајка је у седмом месецу трудноће затражила од брачног пара да јој исплати цео новчани износ предвиђен уговором, јер ће у противном задржати бебу. Брачни пар Џонсон је започео судски процес, а првостепени суд је донео одлуку да је уговор валидан и доделио је родитељска права брачном пару Џонсон. Врховни суд Калифорније је потврдио ову одлуку.[34] У овом случају суд је дао предност генетској вези, као и намери да се постане родитељ,[35] сматрајући да су то кључни елементи за

---

[28] Детаљније за случај Baby M. Видети код C. Sanger, „(Baby) M is for many things: Why I start with Baby M", *Saint Louis University Law Journal,* Vol. 44, 2000.

[29] In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988), 422.

[30] Види J. S. Hendricks, „Essentially a Mother", *William and Mary Journal of Women and the Law,* Vol. 13, 2005, 475.

[31] Према мишљењу Врховног суда савезне државе Њу Џерзи плаћање за бебу је забрањено, и то претпоставља кривично дело. Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988), 423.

[32] Видети више код R. Sharma, An international, moral & legal perspective: *The Call for Legalization of Surrogacy in India*, http://ssrn.com.abstracts=997923.

[33] *Johnson v. Calvert (1993)* 5 Cal. 4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494 (May 20, 1993).

[34] Видети више за случај Jonson v. Calvert, код R. Storrow, op. cit., 605-606.

[35] У случају Johnson v. Calvert Врховни суд Калифорније је увео нови критеријум за утврђивање родитељског права, а то је намера да се постане родитељ.

додељивање родитељског права, док је трудноћа и рађање бебе од стране сурогат мајке ставио у други план. Случај Johnson v. Calvert, код кога није постојала генетска веза између бебе и сурогат мајке, је допринео да се ублаже раније правне, етичке и моралне дилеме у односу на сурогат материнство.[36]

Осим америчких судова који су поставили одређене стандарде за решавање проблема који настају применом сурогат материнства и Европски суд за људска права има значајну улогу у решавању спорних питања повезаним са сурогат материнством у европским земљама. И поред чињенице да је сурогат материнство забрањено у великом броју европских земаља, судска пракса Европског суда за људска права у задњих неколико година (посебно у случајевима Mennesson v. France и Labassee v. France) индиректно омогућује да се створи повољнија клима за прихватање сурогат материнства у европским земљама. У случају Mennesson v. France[37] брачни пар Mennesson није могао да добије дете због неплодности жене. Након више покушаја, брачни пар је закључио уговор са сурогат мајком у Калифорнији[38] која је била оплођена са ембрионом (при стварање ембриона коришћена је донирана јајна ћелија и сперма господина Менисона). Сурогат мајка је родила близанце, а одлуком Врховног суда Калифорније брачни пар Менесон су проглашени за родитеље деце. Због чињенице да сурогат материнство није дозвољено у Француској, француски суд није дозволио да се у регистар рођених упишу деца које је родила сурогат мајка, након чега је брачни пар Менесон покренуо поступак пред Европским судом за људска права, наводећи да је у њиховом случају повређен члан 8. Европске

Према овом критеријуму пар који је покренуо поступак за рађање детета (намеравани родитељи) треба да се сматрају за родитеље у правном смислу у овом случају. Види K. Sirola, „Are You My Mother? Defending the Right of Intendet Parents in Gestational Surrogacy Arrangements in Pennsylvania“, *Journal of Gender, Social Policy & the Law,* Vol. 14, No. 1, 2006, 136.

[36] У овом смислу Scott сматра да је појава и широка примена гестацисног сурогат материнства један од најзначајнијих фактора за промену друштвеног значаја сурогат материнства; уместо става да се ради о експлоатацији жене и продаји деце, са појавом гестацисног сурогат материнства почиње да доминира другачији дискурс – да сурогат мајка код гестацисног сурогат материнства омогућује пару да добије бебу која ће бити генетски повезана са родитељима. Види E. S. Scott, Op. cit., 14.

[37] Mennesson v. France, Application no. 65192/11, available at: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf.

[38] Због изузетно либералног законодавства, Калифорнија се сматра за „престоницу сурогат материнства у САД“. Види S. Mohapatra, „States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States in Commodification of the Human body: A Cannibal Market“, (Eds. J. D. Rainhorn & S. El Boudamoussi) *Editions de la Fondation Maison des Sciences de l'Homme,* Paris, 2015, 6.

Конвенције о људским правима (право на приватност и на породични живот). Европски суд је донео одлуку да није повређен члан 8 у односу на родитеље, али да је Француска повредила право на приватност близанаца Валентине и Фиореле Менесон. Сличну одлуку Европски суд за људска права је донео и у случају Labassee v. France.[39] И у овом случају француски брачни пар Labassee, због неплодности жене је закључио уговор о сурогат материњству са сурогат мајком из САД, из савезне државе Минесота. Након рађања бебе, и након одлуке суда, у регистар рођених су уписани брачни пар као отац и мајка бебе. Ипак и у овом случају француски органи нису хтели да упишу брачни пар као родитеље бебе која је била рођена од стране сурогат мајке у регистар, због чега беба није могла да добије француско држављанство. Брачни пар је покренуо поступак пред Европским судом за људска права, који је, слично као и у случају Mennesson v. France, донео одлуку да није повређено право на породични живот брачног пара Labassee, већ да је повређено право на приватни живот детета. У оба случаја Европски суд за људска права је утврдио да није повређено право на породични живот родитеља (јер државни органи Француске нису одвојили родитеље од деце) већ да је повређено право на приватност деце. Европски суд је сматрао да и поред тога што сурогат материнство није дозвољено у Француској, однос родитељ-дете је утврђен у другој земљи, а осим тога и у оба случајева је постојала генетска веза између једног од родитеља (у оба случаја оца) и деце, тако да непризнавање односа родитељ-дете у Француској доводи децу у правну несигурност и дискриминише децу у односу на остале деце.[40] У ова два случаја, Европски суд за људска права је донео одлуку да је право на идентитет интегрални део права на породични живот, који је заштићен чланом 8. Европске конвенције о људским правима.[41]

[39] Labassee v. France, Application No. 65941/11, available at: https://www.crin.org/en/library/legal-database/labassee-v-france.

[40] K. Fetig, International surrogacy cases: Mennesson and Labassee, available at: http://www.koupallaw.com/project/international-surrogacy-cases-mennesson-and-labassee/

[41] Види *ECHR Registrar*, Целосна забрана утврђивања везе између оца и његовог биолошког детета које је рођену у иностранство применом сурогат материнстрва представља повреду Конвенција за људска права, Press release, 185, 2014.

4. РЕГУЛИРАЊЕ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА У САВРЕМЕНИМ ЗАКОНОДАВСТВИМА

У европским земљама постоје велике разлике у односу на прихваћање и регулисање сурогат материнства.[42] Одређена европска законодавства забрањују сурогат материнство. У ову групу земаља где сурогат материнство није дозвољено спадају Немачка, Аустрија, Италија, Шпанија, Француска и Швајцарска.[43] Забрана сурогат материнства постоји и у највећем броју балканских земаља, као што су Албанија, Хрватска, Словенија, Србија, Босна и Херцеговина, Бугарска и Црна Гора.[44] У другим земљама Европе, као што су Грчка, Велика Британија, Русија, Украјина, Грузија, Румунија и Македонија сурогат материнство је дозвољено и регулисано. У неким земљама Европе, као што су Белгија, Шведска[45] и Низоземска, сурогат материнство није регулисано, али се примењује у пракси.[46]

Русија је једна од првих европских земаља које су прихватиле и регулисале сурогат материнство у свом правном систему. Сурогат материнство је прихваћено у руском право пре више од двадесет година.[47] Руско право предвиђа само гестациско сурогат материнство, где сурогат мајка нема генетску везу са дететом. У Русији је дозвољено и алтруистичко и комерцијално сурогат материнство. Да би се заштитила сурогат мајка, Руски

---

[42] За разлике које постоје у регулисању сурогат материнства у Европи видети више код E. P. Foubert Caracciolo, „Surrogacy, pregnancy and maternity rights: a missed opportunity for a more coherent regime of parental rights in the EU“, *University of Leicester School of Law Research Paper,* no. 15-20, 2015, 3.

[43] Види Гордана Ковачек-Станић, “Биомедицински потпомогнуто зачеће и рађање детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и у Србији”, *Становништво*, број 1, 2013, 11.

[44] Види Дејан Мицковић, “Сурогат материнство у Републици Македонији”, *Јуридика*, 2015, 119.

[45] У Шведској постоји могућност да се ускоро уведе забрана за сурогат материнство, јер се сматра да оно доводи до трговине са бебама и да представља експлоатацију сурогат мајке. Види Jane Stoll*,* „Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood“, *Swedish Law in a Comparative Context,* Uppsala, 2013, 22.

[46] Види детаљније за регулисање сурогат материнства у европским земљама код Brunet, L. Carruthers, J. Davaki, K. King, D. Marzo, C. J. McCandless, *A comparative Study on the Regime of surrogacy in EU Member States*, Directorate - General for Internal Policies, European Parliament, 2013.

[47] У Русији је сурогат материнство уведено 1996 године. Види V. S. Korsak, E.V. Isaakova, O. A. Vorobjeva, M. B. Tsirulnikov, O. N. Arzhanova ‘The First Experience in Russia of Conducting of a Programme of Surrogate Motherhood’, *Problems of Reproduction,* 1996, 2, 46.

породични закон предвиђа да она има право да задржи бебу.[48] Руски закон о здрављу грађана из 2011. године предвиђа да сурогат мајка треба да је стара између 20 и 35 година, да је у добром здравственом стању и да је родила најмање једно дете. Уколико је сурогат мајка у браку, тражи се сагласност и њеног брачног партнера. Право да закључе уговор о сурогат материнству имају и брачни и ванбрачни партнери. Након рађања детета, мушкарац и жена који су закључили уговор о сурогат материнству се уписују у цивилни регистар као отац и мајка детета без судске одлуке, уколико за то да сагласност сурогат мајка. Руско законодавство је либерално, тако да и страни држављани могу да закључују уговоре о сурогат материнству са женама из Русије.

Грчка је регулисала сурогат материнство 2002. године, доношењем закона 3089/2002 о медицински асистираној репродукцији, који је постао део Грађанског закона. Грчка је једина земља чланица ЕУ која је уредила сурогат материнство на свеобухватан и систематски начин.[49] Неки аутори наводе да је грчко законодавство у односу на регулисање сурогат материнства једно од најпрогресивнијих у свету.[50] Сурогат материнство у Грчкој је дозвољено само због медицинских, а не и због социјалних разлога.[51] У Грчкој (као и у Русији) је дозвољено само гестациско сурогат материнство, где сурогат мајка нема генетску везу са дететом.[52] Уговор о сурогат материнству могу да закључе брачни и ванбрачни хетеросексуални партнери.[53] Жена која је неплодна и жели да скључи уговор са сурогат мајком, мора да добије претходну дозволу суда.[54] Пре него што одобри уговор о сурогат

[48] Руски породични закон (члан 51, став 4) предвиђа да „Лица која су у браку и која су дала сагласност за имплантацију ембриона у тело друге жене могу бити уписани као родитељи детета само уз сагласност жене која је родила дете (сурогат мајке)".

[49] Види ESHRE, 2010. Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies (SANCO/2008/C6/051). Available from: http://ec.europa.eu/health/blood_ tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf .

[50] Види A. N. Hatzis, From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece, *Portuguese Economic Journa*l (2009), 207.

[51] У овом смислу Г. Ковачек-Станић истиче да је „сурогат материнство дозвољено само ако постоје медицинске индикације, а у случају да жена жели да избегне трудноћу из неког другог разлога, сурогат материнство не би било дозвољено (естетски разлози, професионални разлози). Види Г. Ковачек-Станић, Op. cit., 6

[52] Члан 3. став 9. закона 3305/2005.

[53] Члан 1456. став 1. Грчког грађанског закона. Према томе, истополни партнери немају право да закључују уговоре о сурогат материнству у Грчкој.

[54] Партнер намераване мајке није овлашћен да почне судску процедуру за оцену уговора о сурогат материнству. Према одредби предвиђеној у члану 5 закона 3305/2005 он има право да стекне очинство над дететом на основу чињеница да је његова брачна или ванбрачна партнерка мајка детета, под условом да је и он дао сагласност за скључивање уговора о сурогат материнству.

материнству судија треба да добије потврду да је сурогат мајка у добром физичком стању и да је способна да носи и да роди дете,[55] а осим тога закон захтева да судија добије и процену психолога да сурогат мајка има добро ментално здравље и емоционалну стабилност.[56] Да би се спречила појава „репродуктивног туризма" грчки законодавац је предвидео да обе жене које закључују уговор о сурогат материнству треба да имају стално место живљења у Грчкој.[57] Уговор о сурогат материнству у Грчкој треба бити потписан од стране сурогат мајке (и од партнера, ако је у браку или живи у ванбрачној заједници), као и од стране намераваних родитеља.[58] Не производи правно дејство одредба уговора којом се сурогат мајци забрањује право на законски абортус, јер се тиме нарушава њено право на телесни интегритет.[59] Уговор мора бити одобрен од стране суда, који води рачуна дали су испуњени сви законски предвиђени услови. Судско одобрење уговора о сурогат материнству ствара претпоставку да је мајка детета жена која је са сурогат мајком закључила уговор о сурогат материнству, тако да се она уписује у цивилни регистар као мајка детета, а сурогат мајка нема родитељска права у односу на дете.[60] У Грчкој су дозвољени само алтруистички уговори о сурогат материнству. У том смислу Грчки грађански закон[61] предвиђа да је плаћање сурогат мајци забрањено, чиме је грчки законодавац хтео да избгене опасност комодификације и експлоатације сурогат мајке.

Регулисање сурогат материнства у САД је остављено у надлежност савезним државама, а разлике које постоје између одређених држава у погледу регулисања сурогат материнства су велике, тако да се може рећи да не постоји један доминантан модел за регулирање ове репродуктивне технике у САД. У неким савезним државама уговори о сурогат материнству су забрањени и кажњиви (као у Аризони и Мичигену),[62] а у другим државама ови уговори не произведе правно дејство (Њујорк, Индијана, Кентаки, Луизијана и Небраска). У неким државама (Вашингтон, Северна Дакота) само одређени уговори за сурогат материнство су дозвољени, а у другим државама ови уговори су дозвољени и правно регулисани (Арканзас,

[55] Члан 1458. Грчког грађанског закона.
[56] Члан 13. став 2. закона 3305/2005.
[57] Члан 8. закона 3089/2002.
[58] Члан 1458. Грчког грађанског закона.
[59] Види код L. Brunet et all., op. cit., 290.
[60] Члан 1464. став 1. Грчког грађанског закона.
[61] Члан 1458. Грчког грађанског закона.
[62] У овим државама су забрањени и кажњиви не само комерцијални, већ и алтруистички уговори о сурогат материнству. Види John Seymour, Sonia Magri, A.R.T., Surrogacy and Legal Parentage: A Comparative Legislative Review, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1936469, 35.

Флорида, Илиноис, Невада, Тексас, Јута и Калифорнија).[63] У САД, само је неколико држава прихватила одредбе Uniform Parentage Act-а[64] којим се регулишу родитељска права уколико је дете рођено од стране сурогат мајке. Овај закон дозвољава суду да прихвати уговор о сурогат материнству уколико су намеравани родитељи и сурогат мајка сагласни да се она одриче свога родитељског права и уколико је надокнада за сурогат мајку у разумним границама.[65]

5. СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО У МАКЕДОНИЈИ И СРБИЈИ

Република Македонија је прихватила и регулисала сурогат материнство 2014 године,[66] а у Србији сурогат материнство није регулисано, али се оно предвиђа у Преднацрту Грађанског закона Србије. У Македонији је дозвољено само гестациско[67] и алтруистичко[68] сурогат материнство. Македонски закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи предвиђа да уговор о сурогат материнству могу да закључе само брачни партнери и сурогат мајка који су македонски држављани, чиме се спречава репродуктивни туризам у Македонији. Македонски законодавац је предвидео ограничење у односу на сурогат мајку, тако да она има право да роди само једном,[69] односно сурогат метеринство не може да постане њено трајно „занимање“. Према македонском законодавству, право да се користи

[63] Детаљније за уговоре о сурогат материнству у САД види више http://www.americanprogress.org/issues/2007/12/surrogacy_laws.html

[64] Uniform Parentage Act представља модел-закон за регулисање родитељског права. Прва верзија је била усвојена 1973, а ревидиран је 2002 године.

[65] Uniform Parentage Act предвиђа могућност да намеравани родитељи и сурогат мајка могу повући сагласност за спровођење поступка до момента имплантације ембриона. За правно регулисање сурогат материнства у Uniform Parentage Act види више код C. Kindregan, Thinking About the Law of Assisted Reproductive Technology, *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper 08-01, December 2007, Suffolk University Law School, Boston, Massachusetts.

[66] Види Закона за измену и допуну Закона за биомедицински потпомогнуту оплодњу, „Службен весник на РМ”, бр. 149 од 13.10.2014 године.

[67] Члан 6а став 6. Закона измену и допуну Закона за биомедицински потпомогнуту оплодњу.

[68] Македонски закон предвиђа и санкције за комерцијално сурогат материнство. У том смислу, у члану 69в став 3 Закона за измену и допуну Закона за биомедицински потпомогнуту оплодњу је предвиђено да „онај ко даје услуге, или користи услуге за рађање детета за другог уз материјалну надокнаду, казниће се казном затвора од једне до три година“.

[69] Члан 12г став. 1 Закона за измену и допуну Закона за биомедицински потпомогнуту оплодњу.

сурогат материнство је предвиђена само уколико жена, из медицинских разлога, није у могућности да роди бебу, тако да оно није дозвољено у случајевима када не постоји такви разлози. У македонском закону се предвиђа да сурогат мајка (македонски законодавац користи термин гестациски носилац) треба, између осталог, да испуњава следеће услове: да је држављанин Републике Македоније, да је у добром психофизичком стању, да има најмање 25 година, да има рођено најмање једно дете и да јој није одузета пословна способност.[70] Македонски законодавац је предвидео психолошко и правно саветовање сурогат мајке и намераваних родитеља, како би се они упознали са психолошким и правним последицама закључивања уговора о сурогат материнству.[71] Поступак за сурогат материнство почиње подношењем писменог захтева намераваних родитеља (уз претходну писмену сагласност сурогат мајке и њеног партнера) који се подноси до Министарство здравља. Уколико Министарство здравља утврди да су испуњени сви законом предвиђени услови, оно даје сагласност да намеравани родитељи и сурогат мајка закључе уговор о сурогат материнству. Брачни пар и сурогат мајка закључују уговор за регулисање међусобних права и обавеза које произилазе од поступка за сурогат материнство. Сурогат мајка, према македонском Закону за биомедицински потпомогнуту оплодњу, нема родитељска права или обавезе у односу на дете, тако да се она скључивањем договора о сурогат материнству практично одриче да својих родитељских права.

Македонски закон којим се уводи сурогат материнство у Македонији има више недостатака и слабости који би законодавац требао да отклони у следећој реформи Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи. Спорно је законско решење које предвиђа да сурогат мајка може бити оплођена не само ембрионом који потиче од репродуктивних ћелија намераваних родитеља, већ да се могу користити и дониране ћелије, па чак и дониран ембрион.[72] Сматрамо да је ово екстремно либерално решење које није познато у осталим европски земљама, и које дозвољава да пар нема никакве генетске везе са дететом које рађа сурогат мајка. Другим речима, у Македонији се дозвољава да се родитељски пар претвори у „менаџерски“ пар; они проналазе сурогат мајку, проналазе донора сперме и донора јајне ћелије, менаџирају цео процес и на крају добију бебу, без да жена роди бебу и без да постоји генетска веза „оца“ или „мајке“ са бебом. Друга слабост

[70] Члан 6а Закона за измену и допуну Закона за биомедицински потпомогнуту оплодњу.

[71] Члан 11а и 11б Закона за измену и допуну Закона за биомедицински потпомогнуту оплодњу.

[72] Види члан 1. став 5. Закона за измену и допуну Закона за биомедицински потпомогнуту оплодњу.

македонског закона је решење да само брачни партнери имају право да закључе уговор о сурогат материнству. Сматрамо да законодавац на овај начин прави неосновану дискриминацију ванбрачних партнера, која се тешко може оправдати и прихватити, посебно ако се има у виду да се у свим другим случајевима, (чак и у случају постхумне оплодње, која је дозвољена у Македонији) осим у случају сурогат материнства, Закон за биомедицински потпомогнуту оплодњу предвиђа да се као корисници овог поступка могу јавити и ванбрачни партнери.[73] Осим тога, сматрамо да и македонски закон треба да предвиди решење према коме ће суд бити надлежан да одобри уговор о сурогат материнству, уколико утврди да су испуњени сви законом предвиђени услови (као што је то предвиђено у грчком законодавству). Скључивање уговора о сурогат материнству производи изузетно значајне правне последице (у уговору се предвиђа да се роди дете, да се оно преда намераваним родитељима, да се сурогат мајка откаже од свог родитељског права), тако да тај уговор не може бити остављен само слободној вољи странака, већ је потребно да и суд одобри уговор. Македонски закон о биомедицинској потпомогнутој оплодњи има и друге недостатке у односу на регулисање сурогат материнства које треба отклонити у реформи у следећој реформи.[74]

У овом моменту сурогат материнство није дозвољено у Србији, али у Преднацрту Српског грађанског закона[75] су предвиђене одредбе за регулисање сурогат материнства. Решења предвиђена у Србији су слична са решењима које је предвидео и законодавац у Македонији, са одређеним разликама. [76] Правна теорија у Србији у основи има позитиван став у односу на питање дали да се сурогат материнство прихвати у правном систему Србије.[77] И у Преднацрту СГЗ, као и у македонском законодавству, предвиђа

[73] У члану 9. Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи се предвиђа да се као корисници овог поступка могу јавити пунолетни и пословно способни мушкарци и жене, који су у браку или ванбрачној заједници, као и саме жене, ако је претходно лечење било неуспешно.

[74] У том смислу спорно је решење које је предвиђено у члану 12в, ставу 5 закона, у којему се каже да подаци о сурогат мајци и начина на који је дете рођено могу бити саопштени детету када оно напуни 5 година. Сматрамо да ово решење није добро, јер дете од пет година је сувише мало да би у потпуности схватило информацију да га је родила сурогат мајка.

[75] Одредбе о сурогат материнству су предвиђене од чл. 2272 до чл. 2281 преднацрта Српског грађанског закона, Влада Републике Србије, Београд, мај 2015.

[76] За регулисање сурогат материнства у Србији и у Македонији види детаљније код Јелене Видић, „Сурогат материнство у праву Србије (de lege lata и de lege ferenda) и праву Македоније“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015.

[77] У том смислу Миша Ђурковић каже: „Уочљиво је да огромна већина ових аутора има у основи позитиван став према сурогат материнству и залаже се за његово

се могућност скључивања уговора о сурогат материнство само када за то постоје медицински разлози,[78] дозвољено је само алтруистичко сурогат материнство и постоји забрана да се користи јајна ћелија сурогат мајке.[79] Преднацрт СГЗ прописује да се у матичне књиге рођених као родитељи детета уписују намеравани родитељи, при чему је идентично решење прихваћено и у Македонији.[80] И у Македонији, и у Србији се предвиђа да уговор о сурогат материнству могу да закључују само држављани Македоније или Србије.[81]

Постоје одређене разлике између македонског и српског модела сурогат материнства. У том смислу, Преднацрт СГЗ предвиђа да уговор о рађању за другог мора бити оверен од стране судије,[82] док у Македонији се не предвиђа надлежност суда. Као што је већ било наведено, сматрамо да је решење из Преднацрта СГЗ боље, те би требало прихватити идентично решење и у Македонији. Македонски закон за биомедицински потпомогнуту оплодњу предвиђа да сурогат мајка треба да има најмање 25 година и да има рођено једно дете, што није предвиђено у Преднацрту СГЗ.[83] Разлика између македонског закона о БПО и Преднацрта СГЗ постоји и у односу на питање

увођење у Србију". Види Миша Ђурковић, „Покушај увођења сурогат материнства у Србију", *Култура полиса*, год. XII (2015), бр. 27, 141. Ипак, сам аутор је против увођења сурогат материнства у Србији. У том смислу он истиче да „због једне иначе морално контроверзне праске, и због пропорционално мале користи коју би друштво и један број грађана могли да имају ризикује се да се отвори простор за експлоатацију нашег генетског и људског материјала у неком будућем репродуктивном туризму где ће се деца овде производити, а затим односити на штету и те деце и мајки и државе Србије", Ibid, 147.

[78] Члан 2273. Преднацрта СГЗ.

[79] Члан 227.7 Преднацрта СГЗ.

[80] Види Ј. Видић, op. cit., 1188.

[81] У Преднацрт СГЗ предвиђа и алтернативу (члан 2276 став 1) у коме се каже: „Уговор о рађању за другог може бити закључен између држављана Републике Србије, као и између лица која имају пребивалиште на територији Републике Србије најмање три (пет) година." Сматрамо да би било најбоље да се прихвати алтернатива која је садржана у члану 2276, где се каже да „Уговор о рађању за другог може бити закључен само између држављана Републике Србије". Сматрамо да би се на овај начин спречила могућност репродуктивног туризма.

[82] Члан 2274. став 1 Преднацрта СГЗ.

[83] Сматрамо да је македонски законодавац добро уредио питање узрасти жене, као и услов да је сурогат мајка родила најмање једно дете, и да би слично решење требало предвидедети и у Србији. Овакав став заступа и Влашковић. Види Вељко Влашковић, „Preliminary Draft of the Serbian Civil Code in the Field of Surrogacy Through the Lens of Comaparative Family Law", *Revija za Evropsko pravo*, XVII (2015) 2-3, 100. Г. Ковачек-Станић исто тако сматра да би услов за жену да буде сурогат мајка би требао да буде да је жена већ рађала. Види Г. Ковачек-Станић, Op. cit. 16, а исти став заступа и Јелена Видић, Op. cit., 1168.

дали уговор може биди закључен између сродника. Македонски закон не регулише ово питање (у пракси се већ јављају случајеви где мајка служи као гестациски носилац својој ћерки) док у Србији Преднацрт СГЗ предвиђа алтернативна решења.[84] Значајна разлика између Македоније и Србије постоји у регулисању питања ко може да скључи уговор о сурогат материнству. У Македонији закон предвиђа да то могу бити само брачни партнери (ово решење је са правом критиковано) док у Србији се предвиђа да то могу бити и ванбрачни (хетеросексуални) партнери, па чак, ако постоје нарочито оправдани разлози, и жена или мушкарац који немају партнера.[85] Сматрамо да је решење из Преднацрта СГЗ да и ванбрачни партнери могу да закључе уговор боље од забране која за ванбрачне партнере постоји у Македонији. Постоји разлика и у регулисању питања дали треба да постоји генетска веза једног (или оба двојице) намераваних родитења са дететом. У Србији је предвиђено боље решење, према коме рађање за другог је дозвољено ако се за оплодњу сурогат мајке користи репродуктивни материјал бар једног или оба намеравана родитеља.[86] На крају, може се закључити да и Македонија и Србија генерално добро уређују сурогат материнство, али да су и у Македонији и у Србији потребне одређене измене, како би се остварила већа правна сигурност и боља заштита права и интереса свих учесника у поступку сурогат материнства.

[84] У члану 2275. Преднацрта СГЗ се предвиђа да уговор о рађању за другог може бити закључен само између сродника или, као алтернатива, да уговор о рађању за другог може бити закључен само између лица која нису у сродству. Ставови теорије су подељени. У том смислу Г. Ковачек-Станић сматра да „у нашим условима, не би требало дозволити сродничку сурогацију, јер она доводи до конфузије у сродничким односима". Види Г. Ковачек-Станић, Op. cit., 16; Ј. Видић истиче да „посматрано у контексту свих предложених алтернатива, сматрамо да би прихватање предлога из Преднацрта ГЗ, према којем сурогат мајка може бити и лице које се не налази у сродничким односима и лице које се налази у сродничким односима са намераваном мајком, било најприхватљивије решење, јер би се њиме отворила најшира могућност за заснивање родитељства применом овог поступка". Види Ј. Видић, Op. cit., 1188.

[85] У члану 2277. се предвиђа да ако постоје нарочито оправдани разлози уговор о рађању за другог може закључити и жена која живи сама, у ком случају се за оплодњу сурогат мајке мора користити јајна ћелија намераване мајке. Ако постоје нарочито оправдани разлози уговор о рађању за другог може закључити и мушкарац који живи сам, у ком случају се за оплодњу сурогат мајке мора користити јајна ћелија намераваног оца и донирана јајна ћелија

[86] Члан 2277. став 1. Преднацрта СГЗ.

Dejan MICKOVIĆ, LL.D.
Full Professor at Ss. Cyril and Methodius University - Iustinianus Primus Faculty of Law, Skopje,

REGULATION OF SURROGATE MOTHERHOOD IN MODERN LEGISLATION

Summary

Surrogacy is a reproductive technology that is applied in the last few decades and which is associated with a number of legal, moral, ethical and religious dilemmas. The paper provides an overview of the concept of surrogate motherhood, as well as the arguments for and against acceptance and regulating of the surrogate motherhood. In addition, the paper analyzes the most important court decisions in disputes about surrogate motherhood from the US and European countries, as well as the decisions of the European Court of Human Rights. The author gives a comparative analysis of legal regulation of surrogate motherhood in the United States, as well as in European countries where the surrogate motherhood is permitted and regulated. The paper provides a detailed analysis of the legislation on surrogate motherhood in Macedonia, which are provided for in the Law on biomedical assisted fertilization, as well as the legal provisions to regulate surrogate motherhood contained in the Draft of the Serbian Civil Law. Finally, the author points out the shortcomings in the regulation of surrogate motherhood and provide suggestions to improve its legal regulation that would contribute to greater protection of surrogate mothers, intended parents and the child and that would allow greater legal certainty.

Keywords: *surrogate motherhood, artificial insemination, commodification, the intended parents, reproductive freedom.*

ЛИТЕРАТУРА

Alan, Wertheimer Two Questions About Surrogacy and Exploatation, Philosophy and Exploatation, Philosophy and Public Affairs, Vol. 21, No.3, Summer 1992.

American Law Reports, Validity and Construction of Surrogate Parenting Agreement, 77 A.L.R. 4th 70. (1989).

Banarjee, S., Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? A Contract Theoretic Approach, Gokhale Institut of Politics and Economics, May 2006, Pune, India.

Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K.,King, D., Marzo, C., McCandless, J., A comparative Study on the Regime of surrogacy in EU Member States, Directorate - General for Internal Policies, European Parliament, 2013.

Charles, Kindregan, P., Considering Mom: Maternity and the Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 17:3, 2009.

Charles, Kindregan, Thinking About the Law of Assisted Reproductive Technology, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 08-01, December 2007, Suffolk University Law School, Boston, Massachusetts.

Christine Metteer, Lorillard,, Informed Choices and Uniform decisions: Adopting the Aba's Self-enforcing Administrative Model to Ensure Successful Surrogacy Arrangements, Cardozo Journal of Law & Gender, Vol. 16, 2010

Дејан Мицковић, Уговори о сурогат материнству:етички и правни аспекти, Правни живот, бр.10.

Дејан Мицковић, Сурогат материнство у Републици Македонији, Јуридика, 2015.

Elizabeth, Anderson,S., Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales, Health Care Analysis, 8, 2000.

Elizabeth, Stark., Born to no Mother: In re Roberto D.B. and Equal Protection for Gestational Surrogates Rebutting Maternity, Journal of Gender, Social Policy and Law, Vol.16, No. 2, 2008.

Ertman, M., Williams, J., C., Freedom, Equality and the Many Futures of Commodification, University of Utah, S. J. Quinney College of Law, http:,,ssrn.com/abstracts=774944.

Foubert,Caracciolo, E., P., Surrogacy, pregnancy and maternity rights: a missed opportunity for a more coherent regime of parental rights in the EU, University of Leicester School of Law Research Paper, no. 15-20, 2015.

Гордана Ковачек-Станић, Биомедицински потпомогнуто зачеће и рађање детета:сурогат материнство у упоредном европском праву и у Србији, Становништво, број 1, 2013.

Hatzis, A., N. "Just the Owen", A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts, Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, Katharina Boele-Woelki (ed) Intersentia, 2003.

Hatzis, A.N., From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece, Portuguese Economic Journal, No. 8, (2009).

Hendricks, J., S., Essentially a Mother, William and Mary Journal of Women and the Law, Vol. 13, 2005.

Jane, Stoll, Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood, Swedish Law in a Comparative Context, Uppsala, 2013.

Јелена Видић, Сурогат материнство у праву Србије (de lege lata и de lege ferenda) и праву Македоније, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2015.

John, Seymour., Sonia Magri, A.R.T., Surrogacy and Legal Parentage: A Comparative Legislative Review, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1936469.

Malm, H.,M., Commodification or Compensation: A Reply to Ketchum, Hypatia, Vol. 4, No. 3, Ethics & Reproduction, Autumn 1989.

Mary, Lindon, Shanley., A Case against Pregnancy Contracts: Embodied Selves, Liberal Theory and the Law, Politics and the Life Sciences, Vol. 8, No. 2, 1990.

Mohapatra, S. : States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States in Commodification of the Human body : A Cannibal Market (Eds. J.D. Rainhorn & S. El Boudamoussi) Editions de la Fondation Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2015.

Миша Ђурковић, Покушај увођења сурогат материнства у Србију, Култура полиса, год. XII (2015), бр. 27.

Mortzavi, S., It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy, The Georgetown Law Journal, Vol. 100 2012.

Richard Epstein, Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement, Virginia Law Review, Vol. 81, No. 8, Symposium: New Directions in Family Law, Nov., 1995.

Richard., Storrow, F., Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parenthood, Hastings Law Journal, Vol. 52, 2002.

Sanger, C., (Baby) M is for many things: Why I start with Baby M, Saint Louis University Law Journal, Vol. 44, 2000.

Scott, E., S., Surrogacy and the Politics of Commodification, Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper Number 08-186.

Sharma, R., An international, moral & legal perspective: The Call for Legalization of Surrogacy in India, http://ssrn.com.abstracts=997923.

Sirola, K., Are You My Mother? Defending the Right of Intendet Parents in Gestational Surrogacy Arrangements in Pennsylvania, Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 14, No. 1, 2006.

Terry, Price, The Future of Compensated Surrogacy in Washington State: Anytime Soon? Washington Law Review, Vol. 89, No. 4, 2014.

V.S. Korsak, E.V. Isaakova, O.A. Vorobjeva, M.B. Tsirul'nikov, O.N. Arzhanova 'The First Experience in Russia of Conducting of a Programme of Surrogate Motherhood' (1996) Problems of Reproduction, 2.

Вељко Влашковић, Preliminary Draft of the Serbian Civil Code in the Field of Surrogacy Through the Lens of Comaparative Family Law, Revija za Evropsko pravo, XVII (2015) 2-3.

Williams-Jones, B., Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood, The Journal of Philosophy, Science and Law, Vol. 2, February 2002.

УДК 342.726-056.24

Др Олга ЈОВИЋ-ПРЛАИНОВИЋ[*]

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ ИНВАЛИДНИХ ОСОБА КАО ЉУДСКО ПРАВО[**]

Апстракт: Уживање и остваривање пословне способности лица са инвалидитетом у протеклих неколико година заузима значајно место у области људских права на глобалном и европском нивоу. Промена парадигме у односу на правни статус лица са инвалидитетом изазвана је чињеницом да су постојећи системи пословне способности застарели и превазиђени и да нужно захтевају законодавну интервенцију, ради заштите њихових људских права и урођеног достојанства. Потребно је да се претпоставка о пословној способности прошири и на лица са инвалидитетом са циљем подршке која ће им омогућити погодну алтернативу за одлучивање. Лица са интелектуалним и/или психосоцијалним инвалидитетом стављају се под старатељство, чија правила би требало прилагодити новим друштвеним потребама. Заштита људских права одраслих који нису у стању да се брину о својим правима и интересима остварује се напуштањем општих облика лишења или ограничења пословне способности, односно ревидирањем важећих правила и отклањањем очигледних недостатка. Међународни стандарди у овој области полако се интегришу у национална законодавства држава чланица међународних и регионалних организација о људским правима.

Кључне речи: *пословна способност, интелектуални и психосоцијални инвалидитет, Савет Европе, ЕУ, подршка приликом одлучивања*.

---

[*] Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, olga.jovic@pr.ac.rs

[**] Рад је резултат истраживања на пројекту Министарства за науку и технолошки развој РС 179023 „Људска права и вредности у биомедицини – Демократизација одлучивања у здравству и имплементација“, 2011-2017. године, чији је носилац Институт друштвених наука у Београду.

1. УВОД

Право на пословну способност особа са инвалидитетом гарантује се међународним документима о људским правима. Правни статус особа са инвалидитетом,[1] као посебно осетљиве и вишеструко угрожене групе људи, у великој мери, зависи од пословне способности. Пословна способност је правна категорија која одлуке и деловања лица потврђује и чини видљивим са становишта права. Могућност доношења одлука о својим правима и обавезама је услов остваривања права на једнакост пред законом, на правну личност и, у ширем смислу, права на приватност и породични живот, као основних људских права.[2] У области људских права пословна способност представља капацитет и право сваког појединца да одлучује, односно право на евентуалну подршку особама која имају потешкоће у процесу доношењу одлука (тзв. доношење одлука уз подршку).[3] Другим речима, пословна способност је квалитет који омогућава доношење битних и свакодневних одлука, њена негација подразумева да одлуке доносе трећа лица. По својој садржини, пословна способност значи много више од доношења одлука - значи контролу над својим животом и планирање. Изазови са којима се сусрећу државе чланице међународних и регионалних организација, осим неадекватних система старатељства, односе се и на аутоматски губитак људских права особа која су стављена под старатељство, укључујући онемогућен приступ правди.[4] У земљама западног света постепено се успостављају системи који пружају подршку у свакодневним животним одлукама особама којима је отежано самостално функционисање. На регионалном нивоу, европски правни системи развијају механизме који се баве особама са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом и нису у стању да схвате значај и последице одређених одлука или да процене разумно очекиване последице различитих околности.

---

[1] Термин „особе са инвалидитетом“ обухвата све особе са дугорочним физичким, менталним или сензорним оштећењима која, имајући у виду различите негативне ставове или физичке препреке, спречавају у потпуности особе са инвалидитетом да учествују у друштву. Видети „Од искључености до једнакости Остваривање права особа са инвалидитетом“*, Приручник намењен посланицима који тумачи и појашњава Конвенцију о правима особа са инвалидитетом и Опциони протокол уз Конвенцију*, бр. 14/2007, 2. http://www.undp.org, приступ 20.03.2017.

[2] Видети: Никола Грујић, „Пословна способност у Србији: неиспуњеност стандарда у заштити права особа са инвалидитетом на једнакост пред законом“, у: *Бриге о менталном здрављу по мери људског достојанства*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Хелсиншке свеске 33, Београд, 2014, 27-28.

[3] *Ibid.*

[4] „Ко може да одлучује? Право на пословну способност лица са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом“, *Тематски извештај Комесара Савета Европе за људска права*, Савет Европе 2013, 9-10.

Иако у нашем правном поретку још увек, формалноправно, није успостављен систем алтернативне подршке за особе којима је потребна помоћ у остваривању пословне способности, новелирањем одредаба Закона о ванпарничном поступку,[5] процесни положај ових лица у поступку лишења пословне је побољшан. Међутим, с обзиром на обавезе Републике Србије у испуњењу утврђених међународних стандарда, пре свега поштовање људских права и основних слобода и прилагодљивост правних могућности, поставља се питање ревидирања материјалноправних одредби Породичног закона,[6] односно увођења нових одредби о положају особа са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама.[7]

2. УНИВЕРЗАЛНИ ИЗАЗОВИ – ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ

2.1. О пословној способности у међународним инструментима

Особама са инвалидитетом припадају сва људска права и основне слободе предвиђене општим инструментима међународног права.[8] Њихове одредбе, ипак, не забрањују на изричит начин, дискриминацију по основу инвалидности, што је, конкретизовано тек усвајањем Конвенције о правима детета (1989).[9] Подсећања ради, глобална активност у овој области почиње усвајањем Светског програма деловања за особе са инвалидитетом[10] који

[5] Закон о ванпарничном поступку, „Сл. гласник СРС“, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон.

[6] Породични закон, „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

[7] Видети Олга Цвејић-Јанчић, „Помаци у заштити лица са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама“, *Правни живот* бр. 10, Београд, 2016, 5-6.

[8] Универзална декларација о људским правима (1948); Међународни пакт о грађанским и политичким правима - ПГП (1966), Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима - ПЕСК (1966); Конвенција о елиминацији свих облика расне дискриминације (1965); Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена (1979); Конвенција против тортуре и других сурових, нехуманих или понижавајућих поступака или казни (1984); Конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица (1990).

[9] Конвенција о правима детета усвојена је Резолуцијом Генералне скупштине УН 44/25 од 20. новембра 1989. године. Видети чл. 2. ст. 1. Конвенције о правима детета, Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета, „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 15/90 и „Сл. лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97.

[10] Генерална скупштина УН-а је 3. децембра 1982. године Резолуцијом 37/52 усвојила Светски програм деловања за лица са инвалидитетом (The World Programme of

промовише једнакост и пуно учешће особа са инвалидитетом у друштву. Када је предмет пажње управљен на особе са менталним потешкоћама, камен темељац у постављању стандарда налази се у Принципима заштите особа са менталним сметњама и побољшање заштите менталног здравља,[11] чија садржина пружа заштиту од најозбиљнијих кршења људских права. Стандардна правила о изједначавању могућности које се пружају особама са инвалидитетом представља следећи документ који је Генерална скупштина УН-а усвојила 1993. године[12] Тачком 15. прописано је да је сврха овог документа да девојчице, дечаци, жене и мушкарци са инвалидитетом уживају иста права и обавезе попут других чланова друштва. Државе су одговорне за стварање законске основе за мере чији је циљ постизање пуног учешћа и равноправност особа са инвалидитетом.[13] Стандардна правила представљају моралну и политичку, али не и правну обавезу за државе које су их изгласале или приступиле, представљају оријентациони инструмент за креирање политика и активности држава чланица.

Светска здравствена организација усвојила је 1996. године документ *Право о бризи о менталном здрављу – десет основних начела*: Промоција менталног здравља и превенција менталних поремећаја; Приступ основној заштити менталног здравља; Процена менталног здрвља у складу са међународним прихваћеним принципима; Пружање најмање рестриктивног облика заштите менталног здравља; Самоодређење; Право на подршку у остваривању самоодређења; Доступност поступка прегледа; Механизми

Action Concerning Disabled Persons) A/RES/37/52 https://www.un.org. У остала, значајна, документа УН и Међународне организације рада (МОР) у вези са људским правима и особа са инвалидитетом убрајају се и Талинске смернице за деловање на подручју развоја људских ресурса у случајевима инвалидитета (1990), Tallinn Guidelines for Action on Human Resources Development in the Field of Disability, A/RES/44/70 http://www.un.org

[11] The Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care („MI Principles"- UN Principles), Рез. Генералне скупштине 46/119 (17. децембар 1991.), www.who.int, приступ 16.03.2017.

[12] Стандардна правила о изједначавању могућности које се пружају лицима са инвалидитетом, Резолуција Генералне скупштине бр. 48/96 од 20. децембра 1993. године - The Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities. New York, USA: United Nations; 1993. www.un.org

Стандардна правила изједначавању могућности за особе са инвалидитетом резултат су искуства стеченог током Деценије особа са инвалидитетом УН (1983-1992), у складу са међународним корпусом људских права заједмчених Универзалном декларацијом о људским правима, ПЕСК, ПГП, Конвенцијом о правима детета; Конвенцијом у укидању свих облика дискриминације против жена као и Светским програмом деловања у вези са особама са инвалидитетом, чине политичку о моралну основу Правила (т. 13.).

[13] Вид. Правило 15. Стандардна правила о изједначавању могућности које се пружају лицима са инвалидитетом.

аутоматских периодичних прегледа; Квалификовано доношење одлука; Поштовање владавине права.[14] Референтни принципи садржани у овом инструменту имају за циљ да прикажу основне правне оквире за област менталног здравља, без уплитања у разноликост правних традиција држава чланица.

Укорењено схватање да особе са инвалидитетом представљају „објекте“ социјалне помоћи или медицинске бриге, а не титуларе права, захтевало је доношење универзалног међународног инструмента за заштиту људских права у виду Конвенције о правима особа са инвалидитетом, која гарантује особама с инвалидитетом уживање свих људских права и једнаке могућности, односно заштиту људских права особа са инвалидитетом у економској, социјалној, правној, политичкој и културној сфери.[15] Конвенција представља први свеобухватни споразум о људским правима особа са инвалидитетом и отворена је за потписивање и од стране регионалних организација. Државе имају обавезу да предузму мере како би обезбедиле да особе са инвалидитетом уживају сва права на равноправној основи са осталима. У том смислу, изричито су предвиђена следећа права: једнакост пред законом без дискриминације; право на живот и личну слободу и безбедност; забрана суровог, нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања; забрана мучења, насиља и злостављања; право на поштовање телесног и менталног интегритета; слобода кретања и држављанства; право на независан живот и укљученост у заједницу; слобода изражавања мишљења и приступ информацијама; право на приватност; право на поштовање дома и породице; право на образовање; право на здравствену заштиту; право на рад и запошљавање; право на одговарајући животни стандард и социјалну заштиту; право на учествовање у политичком и јавном животу; право на културни живот, рекреацију, слободно време и спортске активности.[16] Како би се прописана права остварила, државе чланице су обавезне да осигурају одговарајуће окружење које ће особама са инвалидитетом омогућити потпуно уживање права на равноправној основи са другима, односно **подизање нивоа свести** да особе са инвалидитетом разумеју своја права и одговорности; **приступачност** - основ за уживање права и независан живот у заједници; **ситуације ризика и ванредне**

[14] Mental Health Care Law: Ten Basic Principles, WHO/MNH/MND/96.9, http://www.who.int, приступ 17.03.2017.

[15] Конвенција о правима особа са инвалидитетом (у даљем тексту: КПОИ), Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) усвојена је на 61. заседању Генералне скупштине УН 13. децембра 2006. године и Факултативни протокол уз Конвенцију (Optional Protocol (A/RES/61/106)). Конвенција је ступила на снагу 3. маја 2008. године, https://www.un.org, приступ 23.03.2017.

[16] Чл. 13-30. КПОИ.

хуманитарне кризне ситуације – предузимање посебних мера држава како би се осигурале заштиту и безбедност особа са инвалидитетом у ситуацијама ризика, укључујући оружане сукобе хуманитарне кризне ситуације и природне катастрофе.[17]

2.2. Пословна способност у Конвенцији о правима особа са инвалидитетом

Једнако признање права особама са инвалидитетом у својој сложености обухвата право на признање правне и пословне способности. За разлику од правне способности која подразумева да се буде носилац права и обавеза, која се стиче рођењем и траје до смрти, истог је обима и квалитета за све људе, не може бити одузета нити ограничена, пословна способност претпоставља способност самосталног одлучивања о правима и обавезама, способност да се изјавама спствене воље утиче на настанак, промену и престанак грађанских права, и, по правилу, стиче се пунолетством.[18] Пословна способност, једна је од способности које чине правни статус физичког лица, коју, у контексту заштите особа са инвалидитетом, ваља јасно разликовати од способности за расуђивање. Способност за расуђивање је способност разумевања, памћења, обраде и процене информација и саопштавања одлуке, односно психолошка способност појединца различитог опсега.[19] Способност за расуђивање је субјективни квалитет и индивидуалног је карактера, док је пословна способност објективно одређена и има општи домашај.

Одредба чл. 12. ст. 2-4. Конвенције о правима особа са инвалидитетом је претежним делом своје садржине посвећена пословној способности. Наиме, државе чланице признају да особе са инвалидитетом уживају пословну способност на једнаким основама са другим лицима у свим аспектима живота, и у том циљу предузеће одговарајуће мере да особама са инвалидитетом омогуће приступ подршци која им је неопходна за остваривање њихове пословне способности, предвиђањем одговарајућих и ефективних механизама заштите који ће спречити злоупотребе. Овим механизмима осигурава се да мере везане за уживање пословне способности

[17] Чл. 8. 9. 11. КПОИ.

[18] Косана Бекер, „Право да донесем одлуку – питање лишавања пословне способности особа са инвалидитетом у Србији и препоруке за даљи рад на усклађивању домаћег законодавства и праксе са Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом“, *Иницијатива за инклузију ВеликиМали*, Панчево, 2010, 3.

[19] Драгица Живојиновић, „Пословна способност и њено лишење у српском праву“, *Правни живот* бр. 10, Београд, 2016, 399.

поштују права особа са инвалидитетом, њихову вољу, жеље, уз искључење сукоба интереса и недозвољеног мешања, сходно околностима сваког конкретног случаја, да се одвијају у најкраћем могућем времену и да подлежу редовној ревизији од стране надлежног, независног и непристрасног административног или судског органа, пропорционално степену утицаја мера на права и интересе особа са инвалидитетом.[20] Комитет за права особа са инвалидитетом, као надзорно тело за спровођење КПОИ, је у циљу прецизирања смисла и суштине овог члана, усвојио Општи коментар бр. 1 (2014),[21] којим је потврђено да једнакост пред законом представља *condition sine qua non* за остваривање свих људских права. Ускраћивање пословне способност особама са инвалидитетом значило би ускраћивање других основних права (право гласа, право склапања брака и заснивање породице, репродуктивна права, родитељско право, право да дају пристанак на медицински третман, и сл. (т. 8 Општег коментара)).

Конвенција одлучно указује да ментална способност не сме бити основ за ограничавање и одузимање пословне способности. Супротно поступање представљало би дискриминацију по основу инвалидитета према особама са интелектуалним, когнитивним, психосоцијалним и тешкоћама у комуникацији које се сусрећу са изазовима приликом доношења одлука.[22] Прихватање социјалног модела инвалидитета, препозната је чињеница да људи нису ограничени сопственим (не)способностима, него социјалним и физичким окружењем у којем живе. Управо, из тог разлога, КПОИ предвиђа да особама које имају потешкоћа у разумевању опција, комуникацији и/или чињењу сопственог избора првенствено им се мора помоћи у доношењу одлуке.[23] Иако нису прецизиране врсте подршке које држава треба да понуди, остављена је слобода у осмишљавању различитих услуга за подршку особи која не говори да своју вољу изрази на другачији начин. Имајући то у виду, од несумњивог значаја је да се постигне равнотежа између гарантовања пуне пословне способности за све особе са инвалидитетом, са једне стране, и

[20] Чл. 12. ст. 5. КПОИ предвиђено је да државе чланице предузму све одговарајуће и ефективне мере како би осигурале једнако право особа са инвалидитетом да посудеју и наслеђују имовину, да контролишу своје финансијске послове и имају приступ банкарским зајмовима, хипотекама и другим облицима кредита под једнаким условима, и да државе чланице осигурају да особе са инвалидитетом не буду арбитрерно лишена имовине.

[21] Committee on the Rights of Persons with Disabilities Eleventh session 31 March–11 April 2014 General comment No. 1 (2014), CRPD/C/GC/1, https://documents-dds-ny.un.org, приступ 20.03.2017.

[22] Драгана Ћирић Миловановић, Леа Шимоковић, „Пословна способност као основно људско право – Водич кроз домаћу праксу и могуће алтернативе старатељству“, *Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом* (MDRI-S), Београд, 2012, 11.

[23] Ibid, 22.

ограничења у вршењу пословне способности у случају стратељства и законског заступања, са друге стране, будући да пружање подршке особама са инвалидитетом приликом остваривања пословне способности не значи укидање старатељства и законског заступања.[24]

Право на подршку у одлучивању имају и особе са највишим степеном тешкоћа, особе којима је потребна интензивнија подршка, како је наведено у преамбули Конвенције.[25] У појединим случајевима, упркос напорима да се разумеју избори и намере, није могуће успоставити било какав облик комуникације са особом, најчешће са особом која је највећи део живота провела у изолованости од друштва без услуга подршке. Али, то не значи да такве особе немају потенцијал да изразе своју вољу, па да би се у томе успело неопходно је почети са радом на стварању услова за живот у заједници (нпр. прелазак из институционалног смештаја у заједницу или осмишљавање услуга подршке за живот особа које већ живе у породичном окружењу). Изградња друштвених веза и односа је пресудна, јер кроз односе са другима, чак и особе са највишим степеном тешкоћа обликују се и уче како да искажу своје жеље и склоности. И у овим случајевима није пожељно да особа буде лишена пословне способности, већ да јој се пружи интензивнија подршка околине, сходно најбољем интересу особе у питању. Наравно, тумачење правног стандарда „најбољи интерес“ увек прати ризик субјективности и супротстављености интереса приликом доношења одлуке за другога.[26] Доношење одлуке за другога оправдано је само у изузетним случајевима, када су исцрпљени сви други покушаји разумевања жеља и склоности особе са инвалидитетом, под условом да су у питању појединачне одлуке ограниченог временског трајања. Признавање аутономије особама са инвалидитетом подразумева примену одговарајућих мера заштите од последица лоших одлука и поступања. У овом, изузетно осетљивом, домену, важно је правити разлику између заштите од несавесних поступака других и пружања подршке. Из тог разлога су заштитне мере усмерене на пружаоце подршке, како би се кретали у границама својих овлашћења, а да се пружање подршке не би претворило у заменско одлучивање.[27]

---

[24] Дамјан Татић, „Увод у међународну Конвенцију о правима особа са инвалидитетом“, *Центар за самостални живот инвалида Србије*, Београд, 2006, 13.

[25] Вид. Преамбулу КПОИ, параграф (j).

[26] Вид. опширније о објективном тесту за утврђивање најбољег интереса код Ћирић Миловановић, Шимоковић (2012), „Пословна способност као основно људско право – Водич кроз домаћу праксу и могуће алтернативе старатељству“, *op.cit.,* 24-25.

[27] *Ibid*. Ауторке посебно наводе да ће пружалац подршке заштитну улогу остварити кроз информисање особе о исходима одлука, једноставним пружањем информација и својом доступношћу, што није гаранција да особе са инвалидитетом због свог осетљивог положаја, ипак, неће бити жртве злоупотреба. Заштиту од злонамерних поступака ваља организовати кроз дефинисање кривичне одговорности, промовисање и

Из текста КПОИ јасно произилази да је одговорност државе и друштва да омогући особама са инвалидитетом да уживају права и слободе потпуно и несметано. На тај начин се у области права особа са инвалидитетом уводи друштвени модел, отклања медицински и модел соцјиалне помоћи у друштвеном третману инвалидитета и апострофира се укидање индиферентности особа са инвалидитетом у друштву.[28] Конвенција захтева од држава чланица да реализују и обезбеде одлучивање, заштиту прописаних права, укидање постојећих и усвајање нових националних прописа сходно квалитативној промени обрасца. Дакле, КПОИ у заштити њихових права уводи универзалистички приступ који активира друштвене процесе ради постизања стварне равноправности.[29]

3. ЕВРОПСКА РЕГУЛАТИВА И ПРАКСА О ПОСЛОВНОЈ СПОСОБНОСТИ ИНВАЛИДНИХ ОСОБА

3.1. Промовисање права и учешће особа са инвалидитетом у оквирима СЕ

За особе са инвалидитетом, пре свега, са психосоцијалним и/или интелектуалним инвалидитетом, које нису у стању да доносе „информисане" одлуке, односно да разумеју последице одређених одлука или да процене исход различитих одлука, у свим европским правним системима, успостављени су високи стандарди заштите. Савет Европе је имајући у виду различите националне, регионалне или локалне структуре држава чланица и одговорности, усвојио Препоруку (2006) 5 у вези са спровођењем Акционог плана за промовисање и пуно учешће особа са инвалидитетом у друштву: унапређење квалитета живота особа са инвалидитетом у Европи 2006-2015. године.[30] Основни циљ овог документа огледа су у сугерисању државама чланицима да у правну регулативу и праксу интегришу принципе и примене

пружање адекватне подршке, да би особе којима је подршка потребна могле у сваком тренутку да се обрате особама од поверења или институцији.

[28] Милан Марковић, „Пословна способност као универзално људско право", *Становништво* бр. 2, Београд, 2012, 70.

[29] *Ibid.*

[30] Recommendation Rec (2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, https://coe.int, приступ 24.03.2017.

[31] Вид. т. 12. Council of Europe Action Plan – 2006-2015 Promoting the rights of people with disabilities, https://rm.coe.int, приступ 25.03.2017.

предвиђене мере Акционим планом. Акциони план садржи петнаест тачака које се односе на једну или више области живота у којима је неопходно предузети мере како би особе са инвалидитетом имале једнак приступ и квалитетнији живот у друштву. Акционом тачком бр. 8 прописано је да особе са инвалидитетом треба да имају могућност за самосталнији живот и могућност избора места и начина живота, што се може постићи унапређењем живота у заједници, усвајањем стратешких докумената који подржавају прелазак са институционалне неге према животу у заједници. С обзиром да особе са инвалидитетом имају приступ правном систему на истим основама као и остали грађани, правна заштита према тачки бр. 12 Акционог плана подразумева предузимање одговарајућих мера, законских и административних, ради спречавања дискриминације особа са инвалидитетом.[31] Спровођење Акционог плана захтева јачање сарадње између приватног и цивилног сектора, посебно невладине организације особа са инвалидитетом.[32]

У оквирима СЕ, усвојен је низ посебних докумената у домену правне заштите особа са инвалидитетом,[33] који су националним властима основ за

[32] К. Бекер (2010), „Право да донесем одлуку...“*, op. cit.,* 14.

[33] Recommendation No. R (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States on a Coherent Policy for People with Disability (1992). Recommendation No. R (83)2 to member States on legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients (1983). The Parliamentary Assembly of the CE Recommendation No. 1235 (1994) on psychiatry and human rights.

Пратећи Препоруку 1235 (1994), Комитет министара је формирао радну групу за психијатрију и људска права (CDBI-PH), као подорган Одбора за биоетику (CDBI), како би се ојачала заштита људских права и достојанства особа са менталним потешкоћама, посебно бесвесних пацијената, укључујући њихово право на одговорајуће лечење. Овај документ садржи смернице за измену правних инструмената Савета Европе. Опширније о тме видети "WHITE PAPER" on the protection of the human rights and dignity of people suffering from mental disorder, especially those placed as involuntary patients in a psychiatric establishment, Strasbourg, 3 January 2000 DI R/JUR (2000) 2. http://www.coe.int, приступ 25.03.2017. Потом је усвојена и Recommendation Rec (2004) 10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder (2004).

[34] Невена Петрушић, „Поступак за принудну хоспитализацију особа са менталним поремећајем у светлу стандарда заштите људских права“, *Темида* бр. 3, Виктимолошко друштво Србије, Београд, 2007, 25.

[35] Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine - Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, European Treaty Series - No. 164 (1997).

даље деловоње у унапређењу њиховог друштвеног и правног положаја.[34] Тако, Конвенција о људским правима и биомедицини (1996),[35] штити особе које нису способне да изјављују вољу због узраста или из здравствених разлога (чл.1.). Са истом предметном детерминантом и Ревидирана Европска социјална повеља СЕ (1996)[36] предвиђа права свих особа са инвалидитетом, на независност, социјалну интеграцију и учешће у животу заједнице, без обзира на узраст и природу инвалидитета. Изричито предвиђа забрану дискриминације по питању природе инвалидитета (сензорни, интелектуални, физички).[37] Државе имају обавезу да унапреде пуну друштвену интеграцију и учешће у животу заједнице особа са инвалидитетом мерама којима ће се превазићи баријере у споразумевању и покретљивости, да омогуће приступ превозу, стамбеном смештају, културним активностима, укључујући и мере техничке подршке.[38]

Парламентарна скупштина СЕ је усвојила Резолуцију 1642 (2009) Приступ правима особа са инвалидитетом и њихово пуно и активно учешће у друштву,[39] којом су државе чланице одредбом чл. 7. позване да гарантују да ће особе са инвалидитетом уживати право на пословну способност равноправно са другим члановима друштва тако што ће:... (3) обезбедити одговарајуће механизме заштите од злостављања особа под старатељством успостављањем механизма за периодичну ревизију старатељства у коју ће лице под старатељством у потпуности бити укључено и имати одговарајуће правно заступање. Резолуција је резултат потребе за реформом постојећих и застарелих система пословне способности, јер у државама чланицама СЕ ограничавање пословне способности има правне последице које се крећу у распону од ускраћивања пословне способности до слободе доношења одлука. Модели одузимања пословне способности особа са инвалидитетом

[36] European Social Charter (Revised), European Treaty Series - No. 163, 3.05.1996. https://rm.coe.int, приступ 25.03.2017.

[37] Чл. 15. Ревидиране Европске социјалне повеље.

[38] Урош Новаковић, Владан Јовановић, Лишавање пословне способности, рехабилитација и запошљавање особа са инвалидитетом, Жарко Шундерић (ур.), *Тим за социјално укључивање и смањење сиромаштва, Кабинет потпредседнице Владе за европске интеграције*, Београд, 2013, 18-19.

[39] Resolution 1642 (2009) Access to rights for people with disabilities and their full and active participation in society, 26 January 2009, http://assembly.coe.int, приступ 25.03.2017.

су тројаки: **статусни приступ** - изједначава одређен облик и степен инвалидитета са неспособношћу доношења одлуке у свим или појединим областима живота, односно само постојање инвалидитета је довољно да се појединцу одузме пословна способност без обзира на његове стварне способности ; **приступ исхода** – усмерен је на „разумност" одлуке коју особа са инвалидитетом донесе; и **функционални приступ** – обухвата когнитивне способности лица, тј. способност да схвати природу и последице одређене одлуке.[40] Основна тенденција у савременим европским јурисдикцијама односи се на то да тешкоће приликом доношења одлука не би требало да буду основ за лишавање пословне способности.

3.1.1. Референтна пракса Европског суда за људска права

Особе са инвалидитетом имају право да остварују грађанска и политичка права, а сва ограничења у вршењу тих права мора бити у складу са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (1950)[41] и не смеју бити заснована на чињеници да особа има менталних

---

[40] „Ко меже да одлучује? Право на пословну способност лица са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом", *Тематски извештај Комесара Савета Европе за људска права*, *op. cit.,* 13.

[41] The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (у даљем тексту Европска конвенција о људским правима)*, European Treaty Series* - *No. 5.* http://www.echr.coe.int, приступ 25.03.2017.

Текст Конвенције допуњен је одредбама Протокола број 14 (CETS бр. 194), 1. јуна 2010. године. Конвенција је раније измењен одредбама Протокола бр . 3 (ETS бр. 45), 21. септембра 1970. године, Протокола број 5 (ETS бр. 55), 20. децембра 1971. године, и Протокола број 8 (ETS бр. 118), 1. јануар 1990. године, а садржи и текст Протокола 2 (ETS бр. 44) који је, у складу са чл. 5. ст. 3, био саставни део Конвенције од њеног ступања на снагу 21. септембра 1970. год. Све одредбе које су биле измењене или додате овим протоколима су замењени Протоколом број 11 (ETS бр. 155), од дана његовог ступања на снагу 1. новембра 1998. године. Од тог датума, Протокол 9 (ETS бр. 140), је укинут, а Протокол бр 10 (ETS бр. 146) је изгубио важност.

[42] Уп. чл. 14. Европске конвенције о људским правима који гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с неком националном мањином, имовина, рођење или други статус" и чл. 1. Протокола бр. 12 уз Конвенцију о људским правима:" 1. Уживање сваког права које закон предвиђа мора се обезбедити без дискриминације по било ком основу, као што је пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с неком националном мањином, имовина, рођење или други статус. 2. Јавне

потешкоћа (чл. 5. (1) (е) присилни психијатријски смештај). Од посебног значаја у овој материји су одредба чл. 8. (право на поштовање приватног и породичног живота), чл. 6. (право на правично суђење) и чл. 10. (слобода изражавања), те чл. 14. (забрана дискриминације). У првобитној верзији текста, Европска конвенција о људским правима забрањује дискриминацију по неколико основа, али не и по основу инвалидности, што је као значајан недостатак отклоњено усвајањем Протокола бр. 12 уз Европску конвенцију о људским правима, којим је уведена општа забрана дискриминације.[42] У пракси Европског суда за људска права забрана дискриминације недвосмислено обухвата и забрану дискриминације по основу инвалидитета, с тим да не представља дискриминацију свака разлика у поступању, него само у случају када се особа стави у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији, а да за то нема разумног ни објективног оправдања.[43]

У вези са повредом чл. 6. ст. 1. и чл. 8. Европске конвенције о људским правима, Суд је у пресуди у случају *Салонтаји-Дробњак против Србије* утврдио постојање несразмере између националног законодавства у вези са ограничавањем права подносиоца представке на приступ суду,

---

власти не смеју ни према коме вршити дискриминацију по основима као што су они поменути у ставу 1“, од 4. новембар 2000.

[43] *Glor v. Switzerland*, App. No. 13444/04, 30.04.2009. http://hudoc.echr.coe.int, приступ 27.03.2017. У пресуди у предмету Глор против Швајцарске, Европски суд за људска права је, први пут, утврдио повреду права на недискриминацију по основу **инвалидности** подносиоца представке, позивајући се на **Конвенцију УН о правима особа са инвалидитетом,** користећи се концептом људских права „**разумно поступање**“.

[44] *Салонтаји-Дробњак против Србије*, Представка бр. 36500/05, 13. октобар 2009. године. http://www.vk.sud.rs, приступ 27.03.2017. Суд је утврдиопостојање повреде члана 6. став 1. Европске конвенције о људским правима – **правичност поступка за делимично лишавање пословне способности и право на приступ суду у вези са враћањем потпуне пословне способности** и повреду члана 8. Конвенције – **право на поштовање приватног и породичног живота.**

[45] Вид. пресуде у случају *Shtukaturov v. Russia*, App. no. 44009/05, 27. March 2008. http://www.mdac.org; *Alajos Kiss v. Hungary*, App. No. 38832/06, 20 May 2010. http://hudoc.echr.coe.int; *Stanev v Bulgaria*, App. No. 36760/06, 19 January 2012. http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/1182.html ; *H v. Croatia*, App. No. 11223/04, 17 July 2008. http://hudoc.echr.coe.int; *Bock v. Germany*, App. No. 11118/84, 21 February 1989. http://hudoc.echr.coe.int;

Matter v. Slovakia, App. No. 31534/96, 5 July 1999.

http://www.mentalhealthlaw.co.uk/Matter_v_Slovakia_31534/96_(1999)_ECHR_38 , приступ 27.03.2017.

будући да му пословна способност није враћена пуне четири године од тренутка када је делимично лишен пословне способности, тим пре, што је у том периоду, изостао свеобухватни психијатријски преглед подносиоца представке.[44] Суд констатује недостатак домаћег законодавства које не предвиђа периодично судско разматрање стања подносиоца представке сходно принципу 14. Препоруке Комитета министара Савета Европе (1999) који предвиђа да лишење пословне способности би требало бити временски ограничено, уз периодично преиспитивање.

Предмет разматрања Европског суда за људска права у домену права особа којим је пословна способност ограничена или одузета односили су се на: неправичност поступка потпуног и делимичног лишења пословне способности; немогућност особе потпуно лишене пословне способност да промени старатеља; немогућност особе потпуно лишене пословне способност да сама покрене поступак за враћање пословне способности; дужина поступка одузимања, односно враћања пословне способности; аутоматско одузимање права располагања имовином; диспропорцијалност одлуке о одузимању пословне способности; губљење права учествовања у поступку усвојења детета самим одузимањем пословне способности.[45]

Узимајући у обзир ставове Европског суда за људска права у наведеним пресудама, чини се да европски систем људских права још увек није у потпуности имплементирао парадигму о примарном праву особа са инвалидитетом на подршку у одлучивању које је прокламовано КПОИ. Наиме, да би се европски правни системи ускладили са Европском конвенцијом о људским правима и КПОИ потребно је укинути механизам потпуног лишења пословне способности и правила о старатељству у том случају, као и да се прошири поље примене претпоставке о пословној способности особа са инвалидитетом. Затим, реформисање прописа који на дискриминишући начин особе са инвалидитетом ускраћују у уживању људских права због умањених способности. Коначно, важно је да владе на националном нивоу, локалне власти, судови, здравствене установе и други пружаоци услуга учине услуге приступачнијим, подразумевајући под тим разумно прилагођавање потребама особа са инвалидитетом који им приступају.[46] Зато је примерено усвојити двострани приступ: деловање у правцу да опште процедуре правног промета постану приступачније и, истовремено, стварање мера које ће бити више индивидуализоване и прилагођене особама које желе помоћ у остваривању пословне способности.

[46] Видети опширније у „Ко може да одлучује? Право на пословну способност лица са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом“, *Тематски извештај Комесара Савета Европе за људска права, op. cit*., 33-34.

Једном речју, да би на националном нивоу мере подршке имале ефекта, морају бити интегрисане у правни систем који суштински треба да буде систем подршке, а не заменско доношење одлука.[47]

3.2. Стратегија Европске уније о правима особа са инвалидитетом

Унапређење права особа са инвалидитетом која ће им омогућити пуно учешћче у друштву на једнаким основама са другим људима основна је идеја Стратегије ЕУ о инвалидитету 2010–2020.[48] ЕУ и њене државе чланице посвећене су побољшању социјалног и економског положаја особа са инвалидитетом. У том циљу, и у циљу делотворног спровођење Конвенције УН о правима особа са инвалидитетом, активностима на нивоу ЕУ допуњују се активности које се предузимају на националном нивоу. Осам је кључних области деловања: приступачност, партиципација, једнакост, запошљавање, образовање и обука, социјална заштита, здравство и међународне активности.[49] Институције ЕУ и државе чланице позивају се на сарадњу, у оквирима ове стратегије, са циљем изградње Европе без препрека за све њене грађане. Ово је први документ ЕУ у којој се помиње појам и дефиниција инвалидитета. Целокупна политика ЕУ у овој области изграђена је на социјалном моделу инвалидности, једнаким могућностима, активном учешћу особа са инвалидитетом у животу заједнице и људским правима. Темељ активности ЕУ представља препознавање и заштита права особа са инвалидитетом. ЕУ је ратификовала Конвенцију УН о правима особа са инвалидитетом 23. децембра 2010. године. Ово је први међународни инструмент о људским правима који је ратификовала регионална организација за сарадњу.[50]

Принцип једнаких могућности који чини суштину Стратегије, као и КПОИ, има четири правца деловања ради уживања једнаких права, једнаког квалитета живота и равноправног учешћа особа са инвалидитетом у друштвеним збивањима, и то: 1) развој и примена општег режима забране

[47] *Ibid.*

[48] European Disability Strategy *2010-2020*, COM (2010) 2020, 15 November 2010. http://europa.eu, приступ 28.03.2017.

[49] Видети Саопштење Комисије упућено Европском Парламенту, Савету, европском Економском и социјалном Комитету и Комитету Региона – Европска стратегија за особе са инвалидитетом 2010-2020: обновљено опредељење за Европу без препрека - SEC(2010) 1323 - SEC(2010) 1324 (Европска Комисија Брисел, 15. 11. 2010. године - COM (2010) 636 final), 4. http://ravnopravnost.gov.rs, приступ 28.03.2017.

[50] Милка Димитријевић, Положај особа са инвалидитетом у Србији у контексту придруживања ЕУ, Приручник за активисте и доносиоце одлука, *Национални демократски институт за међународне послове*, Београд, 2013, 6.

дискриминације особа са инвалидитетом; 2) стварање предуслова за пуно учешће особа са инвалидитетом у друштвеном животу кроз уклањање физичких, социјалних и комуникационих баријера; 3) развој и примена режима афирмативних акција ради стварања једнаких могућности особа са инвалидитетом; и 4) укључивање питања инвалидности у опште развојне политике (енг. mainstreaming) држава чланица.[51]

На нивоу ЕУ још један стратешки документ који егзистира под називом Јединствене европске смернице за бригу и подршку особа са инвалидитетом у заједници,[52] у форми препорука промовише прелазак са институционалне заштите на алтернативне услуге бриге и подршке особа са инвалидитетом у породици и заједници. Процес деинституционализације подразумева: стварање услова за развој услуга старања у заједници као замена за институционално старање; процена постојећег стања; израда стратегије и акционог плана деинституционализација; успостављање одговарајућег правног оквира за пружање услуга у оквиру заједнице; израда појединачних планова за ефективно спровођење процеса деинституционализације; подршка појединцима и заједницама приликом преласка са институционалног старања на старање у оквиру заједнице; утврђивање индикатора, начина процене и праћење квалитета услуга; и усавршавање квалитета услуга.[53]

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Реформа система пословне способности са аспекта људских права, према ставу Комитета УН о правима особа са инвалидитетом, у Општем коментару, а у вези са чл. 12. КПОИ односи се на следеће:

Најпре, режим старатељског доношења одлука мора бити укинут, из ког разлога државе чланице морају да ревидирају законе којима ће заменити режим старатељског доношења одлука са режимом доношења одлука уз подршку. Поред тога, свако ускраћивање пословне способности које је

[51] *Ibid*, 7-8.

[52] Common European Guidelines on the Transition from Institutional to Community-based Care, Guidance on implementing and supporting a sustained transition from institutional care to family-based and community-based alternatives for children, persons with disabilities, persons with mental health problems and older persons in Europe, November 2012 Brussels, Belgium. http://www.deinstitutionalisationguide.eu, приступ 30.03.2017.

[53] Опширније видети Дејан Миленковић, „Потреба за јачањем процеса деинституционализације особа са менталним сметњама“, у *Бригa о менталном здрављу По мери људског достојанства*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Хелсиншке свеске 33, Београд, 2014, 13.

резултат процене претпостављене менталне способности мора се укинути. Такође, коришћење нестандардних начина комуникације једне особе не сме бити фактор у одређивању пословне способности (невербална комуникација, знаковни говор, гестовни језик или говор тела). Осим тога, потреба за подршком не сме бити разлог за лишење пословне спосбности, односно лишење пословне способности не може бити постављено као услов за доступност социјалних услуга и обезбеђивања различитих врста подршке једној особи. Надаље, подршка за остваривање пословне способности мора бити призната законом, тј. формална подршка мора бити доступна и правно препозната. Потом, истиче се да подршка у доношењу одлука не сме да утиче на остваривање основних права која се тичу идентитета и самоодређења особе. Исто тако, све врсте подршке за остваривање пословне способности (укључујући и интензивније облике подршке), морају бити засноване на вољи и жељама особе, а не на претпостављеним (објективним) најбољим интересима особе у питању. Затим, особа са инвалидитетом мора имати право да добије подршку или прекине процес пружања подршке у било које време (особе са инвалидитетом имају право да одбију комплетну подршку, неки ниво подршке, или да окончају подршку у било које време, без давања разлога или објашњења за такву одлуку). Као претпоследње, неопходно је успоставити заштитне мере за све процесе који се тичу пословне способности и подршке у остваривању пословне спсобности (мере за спречавање лишења пословне способности и мере које штите људска права особе са инвалидитетом током процес пружања подршке) да би воља и жеље особе са инвалидитетом биле испоштоване. На крају, све информације и процеси који се тичу пословне способности и могућности обезбеђивања подршке морају бити доступне свима, укључујући и особе са инвалидитетом, због чега је важно постојање доступне надлежне институције којој се особа у конкретном случају може обратити уколико се деси конфликт у процесу доношења одлука уз подршку.[54]

[54] Вид. Основна начела за реформу система пословне способности, PERSON – Partnership to Ensure Reform of Supports in Other Nations, 10 April 2015. Centre for Disability Law & Policy, National University of Ireland, Galway, Ireland. http://www.eu-person.com, приступ 30.03.2017.

Olga JOVIĆ - PRLAINOVIĆ, LL.D.
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

LEGAL CAPACITY OF DISABLED PERSONS AS A HUMAN RIGHT

Summary

In this paper author states that the enjoyment and exercise of legal capacity of persons with disabilities has an important place in the field of human rights on a global and European level. A paradigm shift with respect to the legal status of persons with disabilities caused by the fact that the existing systems of legal capacity obsolete and outdated and not necessarily require legislative intervention, to protect their human rights and inherent dignity. It is necessary that the presumption of legal capacity extended to persons with disabilities in order to support that will enable them to decide a suitable alternative. Person with intellectual or psychosocial disabilities are placed under guardianship whose rules should be adopted to new social needs. Protection of human rights of adults who are unable to take care of their rights and interests realized leaving the general form of deprivation or limitation of legal capacity, or by revising the applicable rules and removing obvious lack. International standards in this area are slowly integrated into the national legislation of the Member States of international and regional organizations on human rights.

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities stems that the responsibility of the state and society to enable people with disabilities to enjoy the rights and freedoms fully and freely. In this way, in the field of disability rights introduces social model, eliminating the medical model and social assistance in social treatment of disability and emphasized the abolition of the indifference of people with disabilities in society. The recognition of the autonomy of people with disabilities involves the application of appropriate measures of protection from the consequences of bad decisions and actions. In this domain it is important to make distinction between protection from unscrupulous actions of others and support.

Keywords: *legal capacity, intellectual and psychosocial disabilities, Council of Europe, European Union, support in decision-making.*

ЛИТЕРАТУРА

Бекер, К. (2010). Право да донесем одлуку – питање лишавања пословне способности особа са инвалидитетом у Србији и препоруке за даљи рад на усклађивању домаћег законодавства и праксе са Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом, *Иницијатива за инклузију ВеликиМали*, Панчево.

Грујић, Н. (2014). Пословна способност у Србији: неиспуњеност стандарда у заштити права особа са инвалидитетом на једнакост пред законом, у *Брига о менталном здрављу По мери људског достојанства*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Хелсиншке свеске 33, Београд.

Димитријевић, М. (2013). Положај особа са инвалидитетом у Србији у контексту придруживања ЕУ, Приручник за активисте и доносиоце одлука, *Национални демократски институт за међународне послове*, Београд.

Живојиновић, Д. (2016). Пословна способност и њено лишење у српском праву, *Правни живот* бр. 10, Београд.

Цвејић-Јанчић, О. (2016). Помаци у заштити лица са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама, *Правни живот* бр. 10, Београд.

Марковић, М. (2012). Пословна способност као универзално људско право, *Становништво* бр. 2, Београд.

Миленковић, Д. (2014). Потреба за јачањем процеса деинституционализације особа са менталним сметњама, у *Брига о менталном здрављу По мери људског достојанства*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Хелсиншке свеске 33, Београд.

Новаковић, У. Јовановић, В. (2013). Лишавање пословне способности, рехабилитација и запошљавање особа са инвалидитетом, Жарко Шундерић (ур.), *Тим за социјално укључивање и смањење сиромаштва, Кабинет потпредседнице Владе за европске интеграције*, Београд.

Од искључености до једнакости Остваривање права особа са инвалидитетом, Приручник намењен посланицима који тумачи и појашњава Конвенцију о правима особа са инвалидитетом и Факултативни протокол уз Конвенцију, бр. 14/2007, 2. http://www.undp.org

Основна начела за реформу система пословне способности, PERSON – Partnership to Ensure Reform of Supports in Other Nations, 10 April 2015. Centre for Disability Law & Policy, National University of Ireland, Galway, Ireland. http://www.eu-person.com

Петрушић, Н. (2007). Поступак за принудну хоспитализацију особа са менталним поремећајем у светлу стандарда заштите људских права, *TEMIDA* бр. 3, Виктимолошко друштво Србије, Београд.

Татић, Д. (2006). Увод у међународну Конвенцију о правима особа са инвалидитетом, *Центар за самостални живот инвалида Србије*, Београд.

Ћирић Миловановић, Д. Шимоковић, Л. (2012). Пословна способност као основно људско право – Водич кроз домаћу праксу и могуће алтернативе старатељству, *Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом* (MDRI-S), Београд.

Саопштење Комисије упућено Европском Парламенту, Савету, европском Економском и социјалном Комитету и Комитету Региона – Европска стратегија за особе са инвалидитетом 2010-2020: обновљено опредељење за Европу без препрека - SEC(2010) 1323 - SEC(2010) 1324 (Европска Комисија Брисел, 15. 11. 2010. године - COM (2010) 636 final), http://ravnopravnost.gov.rs

Ко може да одлучује? Право на пословну способност лица са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом, *Тематски извештај Комесара Савета Европе за људска права*, Савет Европе 2013.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities Eleventh session 31 March–11 April 2014 General comment No. 1 (2014), CRPD/C/GC/1, https://documents-dds-ny.un.org

Common European Guidelines on the Transition from Institutional to Community-based Care, Guidance on implementing and supporting a sustained transition from institutional care to family-based and community-based alternatives for children, persons with disabilities, persons with mental health problems and older persons in Europe, November 2012 Brussels, Belgium. http://www.deinstitutionalisationguide.eu

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine - Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, European Treaty Series - No. 164 (1997).

Council of Europe Action Plan – 2006-2015 Promoting the rights of people with disabilities, https://rm.coe.int

Конвенција о правима особа са инвалидитетом (Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)) и Факултативни протокол уз Конвенцију (Optional Protocol (A/RES/61/106)). https://www.un.org

Mental Health Care Law: Ten Basic Principles, WHO/MNH/MND/96.9, http://www.who.int

Resolution 1642 (2009) Access to rights for people with disabilities and their full and active participation in society, 26 January 2009, http://assembly.coe.int

European Social Charter (Revised), European Treaty Series - No. 163, 3.05.1996. https://rm.coe.int

Recommendation No. R (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States on a Coherent Policy for People with Disability (1992).

Recommendation No. R (83)2 to member States on legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients (1983).

The Parliamentary Assembly of the CE Recommendation No. 1235 (1994) on psychiatry and human rights.

"WHITE PAPER" on the protection of the human rights and dignity of people suffering from mental disorder, especially those placed as involuntary patients in a psychiatric establishment, Strasbourg, 3 January 2000 DI R/JUR (2000) 2. http://www.coe.int

Recommendation Rec (2004) 10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder (2004).

Recommendation Rec (2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, https://coe.int

The Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities. New York, USA: United Nations; 1993. www.un.org

The Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care ('MI Principles'-UN Principles) (1991.), www.who.int

European Disability Strategy 2010-2020, COM (2010) 2020, 15 November 2010. http://europa.eu

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *European Treaty Series - No. 5*. http://www.echr.coe.int

Светски програм деловања за лица са инвалидитетом (The World Programme of Action Concerning Disabled Persons) A/RES/37/52 https://www.un.org

Закон о ванпарничном поступку (у даљем тексту: ЗВП), Сл. гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Сл. гласник РС, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон.

Породични закон, Сл. гласник републике Србије, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

Пракса Европског суда за људска права:

Shtukaturov v. Russia, App. no. 44009/05, 27. March 2008. http://www.mdac.org;

Alajos Kiss v. Hungary, App. No. 38832/06, 20 May 2010. http://hudoc.echr.coe.int;

Stanev v Bulgaria, App. No. 36760/06, 19 January 2012.
http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/1182.html ;

H v. Croatia, App. No. 11223/04, 17 July 2008. http://hudoc.echr.coe.int;

Bock v. Germany, App. No. 11118/84, 21 February 1989. http://hudoc.echr.coe.int;

Matter v. Slovakia, App. No. 31534/96, 5 July 1999. http://www.mentalhealthlaw.co.uk/Matter_v_Slovakia_31534/96_(1999)_ECHR_38

Салонтаји-Дробњак против Србије, Представка бр. 36500/05, 13. октобар 2009. године. http://www.vk.sud.rs

Glor v. Switzerland, App. No. 13444/04, 30.04.2009. http://hudoc.echr.coe.int

УДК 347.952(497.11)”18”

Др Маша М. КУЛАУЗОВ*

ИЗВРШЕЊЕ СУДСКИХ ОДЛУКА ПО ОДРЕДБАМА ПАРНИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ИЗ 1865. ГОДИНЕ

Апстракт: Аутор у раду врши историјскоправну анализу одредаба Законика о грађанском судском поступку из 1865. године које се односе на извршење судских одлука. С обзиром на дуговечност Законика који се примењивао пуне 64 године, у току његовог важења уследиле су бројне измене и допуне законских одредаба објављене у службеном зборнику Закона и уредаба изданих у Књажеству и Краљевини Србији, чије је проучавање било неопходно за стицање целовите, заокружене слике о поступку егзекуције. Пажња је посвећена и тумачењу појединих нормативних решења, било кроз расписе ресорних министара, било кроз судску праксу објављивану у званичним Службеним новинама или листовима за правне и државне науке – Браничу, Правнику и Пороти. Мада је извршни поступак у свим процесним кодификацијама нормиран на сличан начин, указано је и на разлике које постоје између парничних законика из 1853, 1860. и 1865. у погледу дужине рокова за извршење пресуде и уништење неуредне јавне продаје.

Кључне речи: *парнично законодавство, грађански судски поступак, извршење судских одлука, попис имовине дужника, јавна продаја.*

1. УВОД

Извршење пресуде је последња етапа у поступку остваривања субјективних грађанских права. Оно представља логичан наставак грађанског судског поступка окончаног правноснажном и коначном одлуком коју дужник није спреман добровољно да изврши у парицином року. Тек са извршењем пресуде остваривање права досуђених у парничном поступку је перфектуирано. Наиме, парнична процедура је први стадијум у реализовању правне заштите повређених и угрожених субјективних права. Титулар

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, kulauzov@pf.uns.ac.rs

никада не би остварио своје право да не постоји егзекуција, тј. механизам принудног извршења судских одлука.

Извршењу пресуде је у Законику о грађанском судском поступку из 1865. године посвећено чак 39 чланова, који су за време дугог важења процесне кодификације доживели бројне измене и допуне што сведочи о деликатности и значају ових процесних радњи. Подзаконским актима су поједини аспекти извршења судских одлука толико детаљно допуњени да у коначном опсегу регулатива о извршењу знатно превазилази првобитни оквир. Посебна пажња посвећена је измени тач. 4 чл. 471 Законика из 1865. везаној за имовину која се земљораднику не може узети у попис за извршење пресуде у грађанским парницама, и која по обиму заједно са пропратним упутством за њено извршење представља посебну новелу.[1] У погледу извршења пресуде Законик целовито обрађује две најважније етапе процедуре извршења: попис и јавну продају. Кодексом су прецизно нормирани услови, формалности, дејства пописа, као и списак ствари које се не могу узети у попис.[2] И у претходним парничним кодификацијама је посвећена посебна пажња свим аспектима принудне наплате повериочевог потраживања имајући у виду њен процесни значај.[3]

2. ПОПИС ИМОВИНЕ ДУЖНИКА

У поступку извршења важи начело диспозиције, што значи да од воље заинтересованог повериоца зависи да ли ће се обратити полицијским властима за извршење судске одлуке. Да би се пресуда или решење извршили, неопходно је да буду снабдевени потврдом о извршности коју на захтев парничара ставља и потписује суд (чл. 462). Једино су решења оснажена од стране Касационог суда извршна *ipso iure* чим их прими странка која је изгубила парницу. Како је за извршну власт често било врло тешко да се увери да ли је странка примила решење, уследила је препорука министра

[1] Вид. Маша Кулаузов, „Покушаји да се законским путем ублаже последице зеленаштва у Србији XIX века", *Зборник радова са међународног научног скупа „Хармонизација грађанског права у региону" одржаног 26. октобра 2012. године на Палама*, Источно Сарајево, 2013, 124-126.

[2] Вид. чл. 461-500. Законика о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама - Законик из 1865. год., Крф, 1917.

[3] Вид. чл. 619-663. Законика о судејском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију - Законик из 1853. год., Београд, 1853. и чл. 246-269. Законика о поступку судејском у грађанским парницама за Књажество Србију - Законик из 1860. год., Београд, 1860.

правде да се и на оваква решења ставља ознака „извршно".[4] У Законику из 1865. год. није наведено који суд ставља потврду о извршности, да ли првостепени суд или евентуално Апелациони суд, тим пре уколико је он преиначио првостепену судску одлуку, и који се судски званичник потписује испод извршне формуле. У пракси је ова правна празнина премошћена на тај начин што се свака извршна пресуда подноси суду који је решавао у првом степену, и потврду о извршности ставља и испод ње се потписује пријавник суда, с обзиром на то да је у његовој надлежности да води евиденцију о свршеним и несвршеним парницама.[5] Оваква јуриспруденција у складу је и са законским решењем садржаним у чл. 246 претходног парничног законика из 1860. год. према којем је за стављање потврде о извршности надлежан судски званичник у чијој је ингеренцији пријем тужби.[6] На овај начин је одржан континуитет у поступању са извршном пресудом.

За извршење је надлежна полицијска власт у месту сталног пребивалишта дужника, која је обавезна да судску одлуку у свему изврши из покретних ствари најдуже за шест недеља, а из непокретности најдаље за три месеца (чл. 464).[7] Како основном законском одредбом није опредељен тренутак од када почињу тећи наведени рокови, то је учињено законском изменом из 1898. Рок се рачуна од дана када је извршна власт примила судски налог за извршење, или од када јој је на извршење поднета извршна судска пресуда.[8] Министар унутрашњих дела је 1880. године заузео становиште да окружна начелства и управа вароши Београда треба стриктно да се придржавају редоследа којим су им пресуде предате на извршење само уколико се ради о истоврсним предметима за које важе сличне околности. У оквиру прописаних рокова надлежне власти су дужне да најпре изврше пресуде донете у хитним предметима, као што је нпр. извршење пресуде из узапћених плодова, из ствари подложних квару, или извршење пресуде о

[4] Распис министра правде првостепеним судовима од 28. новембра 1867, *Српске новине*, број 158 од 9. децембра 1867, Београд, 691.

[5] Андра Ђорђевић, *Теорија грађанског судског поступка с погледом на Законик о поступку судском у грађанским парницама за Краљевину Србију I*, (приредио Д. Аранђеловић), Књижара Геце Кона, Београд, 1924, 173.

[6] Законик из 1860. год.

[7] Законик из 1865. год. Претходно парнично законодавство не предвиђа различите рокове за извршење из покретних и непокретних ствари већ дужина рокова зависи од величине досуђене суме и вредности предмета. По чл. 625. Законика из 1853. год. крајњи рок износи два месеца од пријема пресуде, док по чл. 246. Законика из 1860. год. пресуда мора бити у свему извршена најдаље за шест недеља, осим у изузетним случајевима када Попечитељство правосудија може продужити рок.

[8] Закон о изменама и допунама у Закону о грађанском судском поступку од 14. јула 1898. године - Измене и допуне из 1898. год., „Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији", бр. 53/1901.

исељењу кирајџија из куће, дућана и слично. Исто важи и за дела у којима се извршење може лако спровести и без губљења много времена, попут извршења из продаје какве покретности, или извршења код којих само треба да се пише надлежном органу да задржи део нечије плате или зараде. Свако начелство и среска власт дужни су да воде ажурну евиденцију свих предмета поднетих на извршење и извршених пресуда и решења, како би се постигла што већа уредност и тачност у обављању посла.[9] Овакво интерпретативно тумачење било је неопходно да се не би изиграо смисао законске одредбе и осујетила хитна извршења.

Полицијска власт дужна је да најпре опомене дужника на испуњење своје доспеле обавезе. Опоменом се дужнику ставља на знање да је поверилац решен да егзекутивним путем тражи намирење свог потраживања, и истовремено му се оставља могућност да полагањем дуговане суме спречи принудну наплату.[10] Правноснажна судска одлука снабдевена потврдом о извршности, након што протекне парициони рок за добровољно извршење постаје перфектна извршна исправа. Полицијска власт је дужна да је у року од петнаест дана од пријема узме у извршење тако што ће пописати и проценити најпре покретне ствари, па уколико оне нису довољне и непокретности, и потом заказати јавну продају. Дужнику се оставља на диспозицију да сам одреди ствари које ће бити продате, односно да прецизира предмет извршења на којем ће бити спроведено извршење да би се намирило потраживање повериоца. Поред полицијских власти, попис непокретног имања ради наплате пореза овлашћени су да спроводе и општински судови, кад год им то пореско одељење нареди. Ово законодавно тумачење дао је министар финасија јер су судови поништавали јавне продаје као неуредне и у пореској материји ако је попис имања вршила општинска власт. Ресорни министар је заузео становиште да је овакво поступање противно чл. 101 Закона о порезу по којем егзекутивну наплату врше и општински судови.[11]

Надлежна власт дужна је да на захтев повериоца без опомене попише и процени покретне ствари дужника ако је одлука изречена по меници, како би се истакла строгост меничних обавеза, или ако поверилац докаже да је дужник претрпео велику штету на имању, да је на њега већ стављена забрана

---

[9] Распис министра унутрашњих дела, свима окружним начелствима и управи вароши Београда од 7. јула 1880. године, *Порота – лист за правне и државне науке*, број 19 од 10. (22.) јула 1880, Београд, 296-297.

[10] Живојин М. Перић, Драгољуб Аранђеловић, *Грађански судски поступак – предавања на Правничкоме факултету*, *други део: о извршењу одлука судских*, прва књига, Књижара Геце Кона, Београд, 1912, 14-16.

[11] Михајло Л. Стојадиновић, „Тумачење чл. 466. грађан. суд. поступка", *Бранич – часопис за правне и државне науке*, број 3 и 4. март – април 1901. г., Београд, 257-258.

или да га дужник кришом продаје, склања или расипа како би осујетио извршење (чл. 466 у вези са чл. 399 тач. 3, 4 и 5).[12]

Ако се у поседу дужника нађе ствар за коју он тврди да није његова, извршна власт ће саслушати лице које је дужник означио као сопственика и, уколико он тврди да није власник, ствар ће изложити јавној продаји. У противном, ако треће лице тврди да је сопственик ствари о томе ће обавестити повериоца, који је дужан да се у року од петнаест дана од саопштења изјасни да ли се противи тој изјави. Ако се противи, извршна власт ће упутити претпостављеног власника да у року од петнаест дана покрене својинску парницу и о томе достави доказ, иначе ће ствар бити продата.[13] Ако је пописана ствар у државини претпостављеног власника, или он поднесе тапију, извршну судску пресуду, судско поравнање изједначено са извршном пресудом или неку другу пуноважну јавну исправу као доказ свог права својине, власт ће упутити повериоца да покрене парницу у којој ће оспорити ово право својине. Дакле у оба случаја процедура и рокови за доказивање правног основа ће бити исти, разлика је једино у томе ко поседује активну парничну легитимацију да покрене спор.

Вредност пописаног имања процениће три поштена, имућна, и, колико је то могуће, стручна лица. Пописана добра предаће се на руковање стараоцу кога заједнички именују поверилац и дужник, или, у одсуству њиховог договора, сама извршна власт. Изузетно, могу остати у државини дужника ако то поверилац изричито затражи (чл. 466 а, б).[14]

Поверилац стиче заложно право на пописаном имању. Ако је попис извршен истовремено у корист више поверилаца, тада се ред првенства наплате одређује према дану када је пресуда предата извршној власти. Ако су истога дана примљене, онда заложна права свих поверилаца имају исти ранг (чл. 469-470). Ствари које су изузете и не могу бити предмет извршења су: туђе ствари, женин мираз, накит, дечије ствари и најнужније дужниково покућство, заједничке ствари, ствари кирајџије или закупца, неопходна средства за рад, део плате, пензије и других прихода, милостиње, аманети, уговорне награде и слично (чл. 471 тач. 1-16).

Како би се спречило даље имовинско раслојавање које је претило да угрози опстанак ситног сељачког поседа, изменом тач. 4 чл. 471 из 1873. г. изузети су од продаје за дуг основно пољопривредно оруђе, нешто стоке и

---

[12] Закон о изменама и допунама у Закону о поступку судском у грађанским парницама од 19. априла 1885. године - Измене из 1885. год., „Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији", бр. 41/1885.

[13] Измена Законика о поступку судском у грађанским парницама од 7. маја 1868. године - Измена из 1868. год., „Зборник закона и уредба изданих у Књажеству Србији", бр. 21/1868.

[14] Измене и допуне из 1898. год.

укупно од земље шест дана орања, односно кућа са зградама и плацем до једног дана орања и још пет дана земље.[15] Штета проузрокована кривичним делима учињеним намерно или из користољубља може се надокнадити и продајом заштићеног земљишног минимума.[16] Поменути минимум од пет дана земље односио се на једну пореску главу, па уколико је у задрузи било, на пример, пет пореских глава, неотуђиво имање је износило двадесет и пет дана земље.[17]

3. ЈАВНА ПРОДАЈА ПОПИСАНИХ СТВАРИ

Извршна власт дужна је да у року од осам дана од пописа непокретности затражи од суда извештај да ли на пописаним добрима постоји интабулација (прибелешка) и за колики дуг. Суд треба да на тражење одговори у року од петнаест дана. По истеку наредних петнаест дана приступа се оглашавању јавне продаје, с тим што се ствари подложне кварењу хитно продају, за десет дана од пописа. Скупоцене ствари за које се у другом месту може добити боља цена биће послате у то место на захтев повериоца или дужника и на трошак предлагача. Оглас садржи податке који су потребни да би се продаја спровела у складу са прописаним правилима. Зато се мора обезбедити протек времена од најмање петнаест дана ако ствари вреде мање од хиљаду динара, односно тридесет дана ако ствари вреде више од хиљаду динара, од дана првог огласа до дана продаје. Продаја ствари вредности до хиљаду динара оглашава се у месту продаје и окружној вароши, а, сходно законским изменама чл. 476 из 1898. г., продаја ствари веће вредности поред тога и три пута путем новина.[18] Оглас треба да садржи опис непокретности и процену њене вредности, податке о евентуалним интабулацијама (прибелешкама), време и начин продаје.

---

[15] Замена од 24. децембра 1873. године која није објављена у Зборнику закона и уредаба.

[16] Закон од 4. децембра 1867. године, „Зборник закона и уредба издани у Књажеству Србији", бр. 20/1867.

[17] Упутство за извршивање закона од 24. децембра 1873. год. односно тога шта се земљеделцу за извршење пресуде у попис узети не може, „Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији", бр. 26/1874.

[18] И пре доношења поменуте законске измене судови су поништавали јавну продају као неуредну уколико није три пута оглашена, уз аргументацију да се по чл. 121 ст. 1 Законика из 1865. год. све што се објављује у званичним новинама мора три пута одштампати. Вид. Решење Касационог суда од 7. септембра 1893. године, *Правник – лист за правне и државне науке*, свеске 10 и 11. октобар – новембар 1893, Београд, 696-697.

Извршна власт дужна је да најкасније четири дана пре заказане јавне продаје на њу позове дужника, интабулисане повериоце и повериоце који су тражили извршење, проценитеље имања и смеснике. На јавној продаји могу се надметати сви осим малолетника, презадужених лица и распикућа, чиновника који врши продају и лица чије се имање продаје (чл. 472-479). Остала лица могу учествовати у надметању, с тим да претходно треба да положе јемство. Оно износи 5% од процењене вредности ствари која се налази у селима, односно 10% од вредности ствари у варошима.[19] Од обавезе полагања јемства ослобођени су само интабуланти и неинтабулисани повериоци за чији је рачун непокретно имање узето у попис, и то уколико њихове тражбине с интересом, по одбитку тражбина са првенством наплате, не прелазе процењену вредност имања у време продаје.[20]

У случају продаје покретне ствари купац је дужан да положи цену одмах на рочишту за усмено (јавно) надметање. Када су у питању непокретности тај рок износи шеснаест дана од дана продаје. Уколико купац не одржи рокове исплате, полицијска власт проглашава ту продају ништавом и одређује нову у року од месец дана. Купац је тада дужан да накнади трошкове нове продаје и разлику између цене ако је за ствар на новој продаји постигнута нижа цена (чл. 483-484).

Пописане ствари могу се продати и испод процењене вредности уколико су присутна бар два надметача. Али ако један од купаца с места буде спреман да плати цену већу од процењене вредности чиме би се другима који су на лицитацију дошли одузела могућност да и сами лицитирају, или уколико тај понудилац буде једини купац, то ће се саопштити присутним повериоцима. Ако се они задовоље са ценом понуђеном од тог јединог лицитанта, уступиће му се имање као једином купцу (чл. 486).[21] Дакле, овде се ради о ситуацији када најбољу понуду дâ лице које није унапред положило кауцију као учесник у надметању у смислу чл. 479 Законика, или такво лице буде једини понудилац. Он у другом случају не може инсистирати да се продаја одржи, пошто су присутни повериоци овлашћени да траже да се рочиште одложи и одреди ново.

Судска пракса је неједнообразна у вези тумачења када се сматра да је јавна продаја уредна у погледу броја лицитаната. Наиме, у једном случају тужилац је тражио поништај продаје његовог имања јер је она закључена тек када је остао само један лицитант док су остала три већ била одустала од даљег лицитирања и преузела положену кауцију. Првостепени и Апелациони

[19] Допуна чл. 479. грађ. судског поступка од 14. јула 1878. године, „Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији", бр. 33/1878.

[20] Закон о измени допуне чл. 479. грађ. судског поступка од 14. јула 1878. године, „Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији", бр. 34/1879.

[21] Измена из 1878. год.

суд су одбили ово тражење као неосновано, али је Касациони суд у свом одељењу заузео сасвим супротан став тврдећи да је смисао надметања да лицитанти до последњег момента или до самог закључења продаје учествују у надметању те да, како тај услов овде није био испуњен, није могло ни бити правог надметања. Међутим, другостепени суд је изнео своје противразлоге наводећи да се суштина надметања не огледа у томе да надметачи – лицитанти – учествују у надметању до последњег момента, јер сама природа надметања не дозвољава да се одреди до када ће оно трајати. Битно је само да је било такмичења макар и за најкраће време што у конкретном случају потврђује протокол јавне продаје из кога се види да су у лицитацији поред туженог учествовала још три понудиоца који су се надметали и давали куповну цену. Тим пре овај аргумент стоји с обзиром на чињеницу да су поменута три лицитанта и по одустанку остали до закључења продаје и потписали протокол лицитације.

Општа седница Касационог суда оснажила је противразлоге Апелације заузевши став да је јавна продаја уредна ако је било надметања ма и најкраће време, а није потребно да је све до закључења лицитације било најмање два лицитанта (одлука опште седнице од 28. октобра 1898. г. бр. 8643). У аргументацији свог становишта општа седница се позива на допуну чл. 486 из 1878. г. која предвиђа случај када при продаји има више присутних купаца, али нема *два надметача*. То је ситуација када један купац *с места*, дакле први понуди за имање такву цену која би истина била већа од *процењене вредности*, али би се тиме одузела могућност осталим купцима да лицитирају. Тада би извршна власт то протоколарно саопштила присутним повериоцима, и, уколико би се ови са том ценом сагласили, имање би се уступило том једом надметачу. Дакле, чл. 486 ст. 2 прописује да је под одређеним условима јавна продаја уредна и онда када је од самог почетка присутан *de facto* само један лицитант, те је самим тим она свакако уредна ако их је присутно више али одустану пре закључења лицитације.[22]

Уколико за ствар буде понуђена цена мања од процењене вредности, одлука о продаји или евентуалном одлагању рочишта биће донета већином гласова присутних поверилаца, а у њиховом одсуству полицијска власт ће решити онако како је најбоље за осуђеног дужника (чл. 487). Власт води евиденцију о непокретностима продатим усменим (јавним) надметањем уз упис свих релевантних података везаних за место, дан и сат почетка и свршетка продаје, име, презиме и пребивалиште надметача, понуђене цене, и цену по којој је непокретност продата и коме.

[22] „Из суднице – тумачење чл. 486. грађ. судс. поступка", саопштио Мих. М. Радивојевић, *Бранич – часопис за правне и државне науке*, број 23. од 1. децембра 1898. г., Београд, 884-886.

Из добијене цене биће намирени интабулисани повериоци и они по чијем предлогу је одређено извршење, а остатак ће бити предат дужнику. У року од петнаест дана од продаје власт ће послати суду опис граница добара како би суд могао купцу да изда тапију ради уписа својине у баштинске књиге. Он је уједно дужан и да скине с продате непокретности попис, интабулације и прибелешке и купцу изда тапију у року од месец дана од пријема извештаја о продаји са описом граница (чл. 489). До издавања тапије, односно до убаштињења, извршна судска пресуда служи купцу као доказ о својини на непокретности. Штавише, она представља доказано право, безусловно опредељену норму и закон за конкретни расправљени правни однос. Тапија, с друге стране, представља доказ своје садржине у времену свог постанка, што не значи да не могу наступити околности и узроци због којих оно што стоји у исправи више не одговара стварном стању. Стога неки правни писци резонују да је извршна судска пресуда јачи доказ о својини на непокретности од тапије.[23]

Када је у питању извршење ради остварења неновчаног потраживања, односно извршење потраживања на предају покретних ствари, полицијска власт ће одузети досуђену покретну ствар од дужника и предати је повериоцу. Такво извршење може се спровести и ако је ствар код трећег лица, под условом да је треће лице вољно да је преда службеном лицу. Ако треће лице није спремно то да учини, поверилац ће о томе бити обавештен белешком на пресуди. Уколико се извршење спроводи на непокретностима, службени орган ће предати ствар у државину повериоцу, осим у случају када је досуђено непокретно добро дато у закуп када оно остаје у поседу закупца до истека закупног рока, али уз његову обавезу да закупнину плаћа повериоцу (чл. 491-494). Дужник који би се противио извршењу пресуде кривично би одговарао по казненом законику (чл. 500).[24] Чиновник који прекрши неку од законских одредаба о спровођењу извршења биће кажњен новчано, губитком плате од петнаест дана до три месеца, о чему одлучује министар унутрашњих дела. Ако је за његов неправилан рад одговоран и његов старешина, и он ће бити кажњен на исти начин. Оштећена лица могу тужити судовима ове чиновнике за штету и трошкове проузроковане њиховим неправилним радом. Одобрење за покретање судског поступка даје министар унутрашњих дела, који о оваквим захтевима решава по хитном поступку. Исто важи и за чиновника задуженог за то да огласи о продајама буду на време и уредно штампани, због чијих пропуста продаја бива

[23] М. Лазаревић, „Није јача тапија у праву својине од извршне судске пресуде, која замењује тапију", *Бранич – часопис за правне и државне науке*, бројеви 5 и 6, мај и јуни 1901. г., Београд, 533.

[24] Законик из 1865. год.

одложена или уништена. О његовом кажњавању одлучује министар просвете и црквених послова (чл. 500 а).[25]

У случају уништења неуредне јавне продаје, полицијска власт је дужна да на нову продају позове и првобитног купца (чл. 490). Јавна продаја је неуредна уколико нису поштоване формалности прописане законским изменама из 1898. год. у вези са роковима за попис и процену, стварима које не смеју бити узете у попис, оглашавањем јавне продаје и позивањем на њу, или ако су надметачи били у договору да се надмећу само за једног, тако да суштински правог надметања није ни било. Лице оштећено неуредном продајом има право да у преклузивном року од петнаест дана надлежном суду поднесе тужбу у којој мора бити назначено у чему се састоји повреда императивних законских прописа и датум када је одржано рочиште за усмено (јавно) надметање (чл. 501-503).[26] Судија Касационог суда Светозар Јањић указао је на неједнообразну праксу највише инстанце у погледу тога да ли је јавна продаја уредна уколико су претходне радње извршене по одредбама прописа који су важили до законске измене из 1898. год. којом су знатно пооштрене формалности у вези са продајом. Он лично сматра да, с обзиром на множину предмета који код полицијских власти чекају на извршење, не треба инсистирати на новим прописима ако је поступак започет по старим процедуралним правилима.[27] Аутор мисли да би било најбоље да општа седница заузме начелан став да ли је продаја важећа и ако претходне радње нису предузете по допуњеним прописима из 1898. год., а самим тим би Касација одговорила и на питање да ли формални закони имају повратну силу.[28] Иако општа седница није донела начелну одлуку, судија

[25] Измене из 1898. год.

[26] Измене и допуне из 1898. год. У погледу рокова везаних за поништај неуредне јавне продаје у претходном парничном законику уочљива је терминолошка неусклађеност. Наиме, у чл. 271 Законика из 1860. год. прописан је осмодневни рок за поништај јавне продаје који тече од дана сазнања оштећеног лица за усмено надметање, док је у чл. 274 предвиђено да суд неће купцу издавати тапију пре истека осам дана од јавне продаје. То практично значи да је осмодневни рок за издавање тапије могао истећи и пре него што је оштећено лице сазнало за јавну продају с обзиром на то да је рок за подношење тужбе субјективан и везује се за тренутак сазнања за спорну продају што може бити много касније од саме јавне продаје и зависи од околности случаја, пребивалишта оштећеног, његове упућености у ток судског поступка и слично. Било би боље да су рокови у обе законске одредбе опредељени на исти начин, као субјективни или објективни, и да се самим тим њихов почетак везује за исти моменат.

[27] На неоправдано одуговлачење у извршењу пресудâ од стране полицијских чиновника, што резултира материјалном штетом по заинтересована лица и отежава привредни саобраћај, указивао је знаменити правни теоретичар и професор Велике школе Андра Ђорђевић. Вид. А. Ђорђевић, *op. cit.*, 174.

[28] Светозар Јањић, „О јавној продаји", *Бранич – часопис за правне и државне науке*, број 10 од 16. маја 1899. г., Београд, 466-467.

Касационог суда Светозар Јањић нас обавештава да је она одлуком донетом са четрнаест гласова за и једним против оснажила примедбе свог одељења од 28. маја 1899. г. по којима само материјални закони немају повратну снагу, док се формални прописи ретроактивно примењују и на већ започете поступке. У том смислу општа седница сматра да треба поништавати јавне продаје које нису спроведене у складу са формалностима уведеним 1898. г. јер су започете по одредбама раније важећег законодавства.[29]

Може се тражити само поништај продаје непокретности, а покретних ствари само изузетно, уколико постоје злоупотребе или непоштење купца или извршитеља. Суд неће купцу издавати сведоџбу (тапију) док не истекне петнаестодневни рок за жалбу или, ако је уложена, не буде решено по њој и решење о томе не постане извршно. Уколико жалба буде уважена и продаја поништена, полицијска власт је дужна да у року од десет дана од добијеног судског извештаја о томе закаже ново рочиште за јавну продају (чл. 506-509).[30]

4. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Начин на који је нормирано извршење судских одлука указује на недвосмислену интенцију законодавца да заштити дужника као слабију страну у извршном поступку. Најпре на тај начин што се принудном извршењу судских одлука прибегава као последњем средству тек када су сви други модалитети утицаја на дужника да изврши дуговану престацију исцрпљени. Дужнику ће се, наиме, прво оставити париционi рок да добровољно испуни доспелу обавезу, па ће, уколико то не учини, бити опоменут да је поверилац спреман да принудним путем оствари своје право. Тек ако ни опомена не уроди плодом прибегава се реалној принуди у виду спровођења извршења од стране полицијских власти. Како намирење повериочевог потраживања не би угрозило егзистенцију дужника, Закоником из 1865. год. је прописан широк круг ствари које не могу бити обухваћене пописом. Међу стварима које су могле бити пописане дужник је имао право да сам изабере оне на којима ће, као на предмету извршења, бити спроведено извршење. Све ове законске мере имале су за циљ да принудна наплата унесе што мање потреса у живот дужника и његове породице.

Јавној продаји се могло приступити само уколико је испуњен читав низ формалности прописаних процесним законодавством, чије кршење повлачи за собом могућност уништења неуредне јавне продаје на захтев

[29] С. Јањић, „О јавној продаји", *Бранич – часопис за правне и државне науке*, број 11 од 1. јуна 1899. г., Београд, 501-504.

[30] Измене и допуне из 1898. год.

заинтересованог лица. Баш због осетљивости извршног поступка неправилан и несавестан рад службених лица био је оштро санкционисан. Деликатност и значај принудног извршења били су препознати у свим процесним кодификацијама, с обзиром да поред Законика из 1865. године, и Законици из 1853. и 1860. детаљно нормирају извршни поступак на сличан начин.

Maša M. KULAUZOV, LL.D.
Associate Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

EXECUTION OF COURT DECISIONS ACCORDING TO PROVISIONS OF LEGISLATION FROM 1865

Summary

The article sheds light on provisions of Code of Civil Procedure of 1865 concerning execution of court decisions. Execution is act of carrying into effect the final judgement of a court. As debtor is the weaker party, he enjoys special protection under law. Firstly, he will be invited by police authorities to discharge the obligation free willingly. If the debtor does not satisfy the judgement voluntarily, the process of enforcing a verdict will be initiated. But, even so, debtor has the right to select and indicate to the officer the property upon which the levy is to be made. After the authorized official has levied, a lien shall be created against the judgment debtor′s property. Official′s duty is to sell seized estate. However, debtor may pay the judgement and costs before sale to redeem personal and real goods that are subject to execution. If execution sale had not been conducted so as to promote competition and obtain the best price, debtor could address to court and ask for annulment of the conducted execution sale. All those aforementioned favorable circumstances for debtors had been thoroughly scrutinized in this paper, as well as complete execution procedure under Civil Procedure Code of 1865. Along with original provisions all amendments and supplements were examined, and, when necessary, compared to previous Codes of Civil Procedure from 1853 and 1860. The author also deals with regulations on jurisdiction of Court of Cassation.

Key words: *Legislation on civil procedure, civil proceedings, execution of court decisions, inventory of debtor's estate, public execution sale.*

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

1. Ђорђевић Андра, *Теорија грађанског судског поступка с погледом на Законик о поступку судском у грађанским парницама за Краљевину Србију I*, (приредио Д. Аранђеловић), Књижара Геце Кона, Београд, 1924;

2. Јањић Светозар, „О јавној продаји", *Бранич – часопис за правне и државне науке*, број 10 од 16. маја 1899. г., Београд, 462-467 и број 11 од 1. јуна 1899. г., Београд, 501-504;

3. Кулаузов Маша, „Покушаји да се законским путем ублаже последице зеленаштва у Србији XIX века", *Зборник радова са међународног научног скупа „Хармонизација грађанског права у региону" одржаног 26. октобра 2012. године на Палама*, Источно Сарајево, 2013, 119-129;

4. Лазаревић М., „Није јача тапија у праву својине од извршне судске пресуде, која замењује тапију", *Бранич – часопис за правне и државне науке*, бројеви 5 и 6, мај и јуни 1901. г., Београд, 530-536;

5. Перић М. Живојин, Аранђеловић Драгољуб, *Грађански судски поступак – предавања на Правничкоме факултету, други део: о извршењу одлука судских*, прва књига, Књижара Геце Кона, Београд, 1912;

6. Стојадиновић Л. Михајло, „Тумачење чл. 466 грађан. суд. поступка", *Бранич – часопис за правне и државне науке*, број 3 и 4, март – април 1901. г., Београд, 257-258.

1. Допуна чл. 479 грађ. судског поступка од 14. јула 1878. године, „Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији", бр. 33/1878;

2. Закон од 4. децембра 1867. године, „Зборник закона и уредба издани у Књажеству Србији", бр. 20/1867;

3. Закон о измени допуне чл. 479 грађ. судског поступка од 14. јула 1878. године, „Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији", бр. 34/1879;

4. Закон о изменама и допунама у Закону о поступку судском у грађанским парницама од 19. априла 1885. године, „Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији", бр. 41/1885;

5. Закон о изменама и допунама у Закону о грађанском судском поступку од 14. јула 1898. године, „Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији", бр. 53/1901;

6. Законик о судејском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију, Београд, 1853;

7. Законик о поступку судејском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд, 1860;

8. Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама, Крф, 1917;

9. „Из суднице – тумачење чл. 486 грађ. судс. поступка”, саопштио Мих. М. Радивојевић, *Бранич – часопис за правне и државне науке*, број 23 од 1. децембра 1898. г., Београд, 884-886;

10. Измена Законика о поступку судском у грађанским парницама од 7. маја 1868. године, „Зборник закона и уредба изданих у Књажеству Србији”, бр. 21/1868;

11. Распис министра правде првостепеним судовима од 28. новембра 1867, *Србске новине*, број 158 од 9. децембра 1867, Београд;

12. Распис министра унутрашњих дела, свима окружним начелствима и управи вароши Београда од 7. јула 1880. године, *Порота – лист за правне и државне науке*, број 19 од 10. (22.) јула 1880, Београд, 296-297;

13. Решење Касационог суда од 7. септембра 1893. године, *Правник – лист за правне и државне науке*, свеске 10 и 11, октобар – новембар 1893, Београд, 696-697;

14. Упутство за извршивање закона од 24. декембра 1873. год. односно тога шта се земљеделцу за извршење пресуде у попис узети не може, „Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији”, бр. 26/1874.

УДК 347.919:347.672(497.11)

Др Новак КРСТИЋ[*]

ЗАВЕШТАЈНИ СВЕДОЦИ КОД ЈАВНИХ ОБЛИКА ЗАВЕШТАЊА У ПРАВУ СРБИЈЕ[**]

Апстракт: Приликом сачињавања неког од јавних облика завештања, легислатор, у појединим случајевима, захтева присуство завештајних сведока. Једини изузетак јесте код међународног завештања, где је присуство завештајних сведока обавезно. Завештајни сведоци елемент су форме код јавних облика завештања, чије одсуство овај правни посао чини правно неваљаним, за разлику од сведока идентитета чија је улога да само потврде идентитет завештаоца. Правила о завештајним сведоцима садржана су у Закону о наслеђивању и Закону о ванпарничном поступку Републике Србије. Када су с почетка 2015. године учињени законодавни захвати у ова два законска текста, дошло је и до значајних измена у погледу круга лица која не могу бити завештајни сведоци и услова које лица морају да испуне да би могли имати ово својство. У раду ће бити анализирани разлози који завештајне сведоке чине апсолутно и релативно неподобним да се нађу у овој улози, број завештајних сведока чије присуство законодавац захтева приликом сачињавања јавних облика завештања, као и правне последице учешћа неподобних сведока у поступку сачињавања завештања и завештајних располагања у њихову и корист њима блиских лица.

Кључне речи*: јавна завештања, завештајни сведоци, сведоци идентитета.*

1. УВОД

Према изворном тексту Закона о наслеђивању из 1995. године,[1] српско право познавало је осам облика завештања: својеручно, писмено

[*] Доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу, novak@prafak.ni.ac.rs

[**] Рад је резултат истраживања на пројекту: „*Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*“ (бр. пројекта 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

[1] Закон о наслеђивању – ЗОН, "Сл. гласник РС", бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

завештање пред сведоцима, судско, међународно, конзуларно, бродско, војно и усмено завештање. Након што је ЗОН новелиран почетком 2015. године, нормиран је и девети облик завештања – јавнобележничко завештање.[2] Његово регулисање последица је увођења у правни поредак Републике Србије јавног бележништва, као службе од јавног поверења, у чијој је надлежности, између осталог, састављање исправа.[3] Облици завештања могу се различито класификовати, полазећи од разноврсних критеријума, а једна од уобичајених подела јесте на приватне (својеручно завештање, писмено завештање пред сведоцима и усмено завештање) и јавне облике завештања (судско, јавнобележничко, међународно, конзуларно, бродско и војно), при чему се као критеријум разврставања узима да ли је приликом састављања завештања учествовао орган јавне власти или не.

Како би завештање било правно ваљано, легислатор за сваки облик прописује формалне услове који морају да буду испуњени. Форма је гарант озбиљне и зреле одлуке завештаоца о начину распоређивања заоставштине, служи као доказ постојања и пуноважности завештања, а истовремено има и заштитну улогу, будући да спречава његово фалсификовање и минимизира утицај на слободну вољу завештаоца.[4] За пуноважност појединих облика завештања, између осталог, неопходно је и присуство завештајних сведока, док је присуство завештајних сведока код неких облика завештања услов њиховог настанка. Код већине завештајних облика, међутим, присуство завештајних сведока приликом сачињавања изјаве последње воље неопходно је само у посебним, законом прописаним случајевима.

У овом раду, пажња ће бити посвећена значају и улози завештајних сведока код јавних облика завештања, са кратким осртом на правни значај учешћа сведока при састављању приватних завештања. Опредељење за обрадом ове теме нарочито је подстакнуто чињеницом да су изменама Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, с почетка 2015. године, учињени значајни захвати у раније важећу регулативу која се тиче круга лица који се не могу наћи у улози завештајних сведока, као и у процесна правила која се односе на број сведока и услове које морају да испуне приликом састављања јавних исправа, а која се сходно примењују на сачињавање јавнобележничког, као и судског и осталих облика завештања, који се састављају по правилима за састављање судског завештања.

---

[2] Чл. 111а ЗОН.

[3] Чл. 2. ст. 1. Закона о јавном бележништву – ЗЈБ, "Сл. гласник РС", бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - др. закон, 93/2014 - др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

[44] А. Ђорђевић, *Наследно право у Краљевини Србији*, Београд, 1903, 14–15; Ж. Перић, *Специјални део грађанског права, IV Наследно право*, Београд, 1923, 32.

2. СВЕДОЦИ ИДЕНТИТЕТА И ЗАВЕШТАЈНИ СВЕДОЦИ

Приликом сачињавања завештања могу учествовати две категорије сведока: сведоци идентитета и завештајни сведоци. Између ове две категорије субјеката постоје значајне разлике, како у роли коју имају приликом састављања завештања, тако и у кругу лица која се могу наћи у једној или другој улози и условима које морају да испуне.

Сведоци идентитета могу се јавити само приликом сачињавања јавних облика завештања. Њихова улога јесте да службеном лицу, пред којим се завештање сачињава, потврде да је завешталац заиста оно лице за које се издаје, тј. да потврде његов идентитет. Њихово присуство неопходно је само када лице које врши јавна овлашћења (судија, јавни бележник, дипломатски или конзуларни представник и сл.), а пред којим се саставља завештање, не може са сигурношћу да утврди идентитет завештаоца. Наш законодавац определио се за систем везаног утврђивања идентитета приликом састављања исправа.[5] Службено лице више не може да у записник констатује да лично познаје завештаоца и на тај начин потврди његов идентитет,[6] већ се идентитет примарно утврђује увидом у личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом завештаоца.[7] Ако то из било ког разлога није могуће (нпр. зато што завешталац са собом није понео документ са фотографијом), идентитет завештаоца утврђује се саслушањем два сведока идентитета.

Сведоци идентитета морају код себе да поседују личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом,[8] како би се њихов идентитет могао утврдити. Да би једно лице могло да буде сведок идентитета, законодавац захтева испуњење два услова: да је пунолетно и да је способно да пружи потребне податке о идентитету завештаоца.[9] Осим наведених, нису прописана никаква друга ограничења у

[5] Више о системима слободног и везаног утврђивања идентитета странке у поступку састављања исправе, видети: Д. Ђурђевић, Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе, *Правни живот*, бр. 12, Београд, 2011, 64 и даље.

[6] Према раније важећем решењу, судија је у поступку састављања исправе могао да констатује да завештаоца познаје лично и по имену. Вид. ранији чл. 167. ст. 2 Закона о ванпарничном поступку – ЗВП, „Сл. гласник СРС“, бр. 25/1982 и 48/1988 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон.

[7] Чл. 168. ст. 1 ЗВП. Сматра се да се идентитет може утврдити и увидом у службену исправу чија је важност истекла. Д. Ђурђевић (2011), 73.

[8] Брисани чл. 74, ст. 2. ЗЈБ прописивао је да се у поступку састављања јавнобележничких исправа идентитет сведока идентитета може утврдити само ако код себе имају *важећи* службени документ.

[9] Чл. 168. ст. 1. ЗВП.

погледу круга лица који могу бити сведоци идентитета, тако да се у овој улози могу наћи и најближи сродници завештаоца и његов супружник, што и јесте правило, с обзиром да они са највишим степеном поузданости могу потврдити завештаочев идентитет. Такође, нема сметње да сведок идентитета буде и лице које је делимично лишено пословне способности, као и неписмено лице.[10] Дакле, присуство сведока идентитета неопходан је услов да би завештaлац, који не може свој идентитет доказати на други начин, уопште приступио састављању завештања. Њихова улога окончава се пре почетка саопштавања изјаве последње воље, тако да они ни на који начин не учествују у поступку састављања завештања пред службеним лицем.[11]

Завештајни сведоци, пак, могу се јавити и код јавних и код приватних облика завештања. Код појединих облика завештања, присуство завештајних сведока је обавезно (писмено завештање пред сведоцима, међународно и усмено завештање), док се код других облика завештања (судско, јавнобележничко, конзуларно, бродско и војно), појављују само у посебним ситуацијама, када завештaлац није у стању да прочита и да се потпише на завештању. Они имају потпуно другачију улогу од сведока идентитета, будући да њихово присуство често представља елемент форме, као услова пуноважности завештања (зато се и називају солемнитетни сведоци);[12] услови које морају да испуне далеко су строже нормирани, а такође и круг лица која могу имати ово својство у сваком конкретном случају знатно је уже дефинисан у односу на круг сведока идентитета, о чему ћемо детаљније говорити у редовима који предстоје.

3. УКРАТКО О УЛОЗИ ЗАВЕШТАЈНИХ СВЕДОКА КОД ПРИВАТНИХ ОБЛИКА ЗАВЕШТАЊА

Функција завештајних сведока код приватних и јавних облика завештања значајно се разликује. И код различитих облика приватних

---

[10] M. Kreč, Đ. Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju (sa sudskom praksom)*. Zagreb, 1964, 269; О. Антић, Тестаментарни сведоци у југословенском праву, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4, Београд, 1994, 463.

[11] То, међутим, не значи да се они у истом предмету, ако је то неопходно, не могу наћи и у улози завештајног сведока, будући да својство сведока идентитета ни на који начин није инкопатибилно са својством завештајних сведока, ако они испуњавају све законске услове да буду и сведоци при састављању завештања. О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2008, 310. Тако и: Одлука Врховног суда Југославије, Рев. 4031/64 (наведено према: М. Курдулија, *Практикум за наследно право, са одабраном судском праксом*, Београд, 1967, 83–84).

[12] M. Kreč, Đ. Pavić, *op. cit,* 211.

завештања постоје битне дистинкције у погледу њихове улоге и значаја за настанак и правну ваљаност завештања.

Приликом састављања својеручног завештања присуство завештајних сведока није потребно, нити је оно услов формалне пуноважности завештања, будући да законодавац само захтева да овај облик завештања завешталац, који зна да чита и пише, својом руком састави и потпише.[13] У пракси, међутим, нису ретки случајеви да састављању својеручног завештања присуствују и завештајни сведоци, који се, по правилу, у том случају потписују на исправи о завештању након што то учини завешталац.[14] Иако се присуство завештајних сведока при састављању својеручног завештања може посматрати као израз непознавања права, завешталац се одлучује да као сведоке позове нека блиска лица (најчешће пријатеље или комшије) "за сваки случај", како би они посведочили након његове смрти да је завештање било сачињено, да је завешталац то учинио "при чистој свести и здравој памети" и да је завештање састављено слободном вољом његовог творца. Неретко се садржина завештања и прочита завештајним сведоцима, тако да се у случају да се својеручно завештање касније изгуби или буде случајно уништено, може извршити и његова реконструкција.[15]

Код писменог завештања пред сведоцима присуство завештајних сведока је неопходно. Они, по правилу, не присуствују сачињавању самог завештања,[16] нити им је позната садржина завештаочеве последње воље, будући да завешталац није дужан да сведоцима своје завештање прочита.[17]

---

[13] Чл. 84. ст. 1. ЗОН.

[14] У правима Енглеске, Велса и Северне Ирске, где се примењује Wills Act из 1837. године, приликом потписивања на својеручном завештању (ако завешталац није у стању да се потпише, то по његовом налогу може учинити и неко друго лице), односно признавања већ стављеног потписа за свој, завештајни сведоци морају бити присутни и морају се потписати на завештању, односно признати пред завештаоцем свој већ стављени потпис. Више о учешћу завештајних сведока приликом састављања и потписивања завештања: A. R. Mellows, *The Law of Succession*, London, Dublin, Edinburgh, 1993, 66–70.

[15] У оваквим случајевима, у парничном поступку се извођењем доказа путем саслушања сведока може утврдити да је завештање било сачињено, да је форма за његово сачињавање испоштована, а може се утврдити и садржина завештања, те суд, уколико сходно чл. 171 ЗОН утврди ове чињенице, може признати дејство сачињеном, а изгубљеном (или случајно изгубљеном) завештању. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 4308/2012, од 28.02.2013. године (извор: *Paragraf Lex*).

[16] Писмено завештање пред сведоцима (*testamentum allographum*) завештаоцу, по његовом казивању, најчешће саставља адвокат (због чега се колоквијално назива и адвокатско завештање) или неко треће лице, мада то може учинити и сам завешталац (нпр. тако што ће на рачунару откуцати и одштампати завештање).

[17] Уколико завешталац одлучи да завештајне сведоке упозна са садржином своје последње воље, то неће имати никакав утицај на пуноважност самог завештања.

Њихова улога је двострука: пасивна и активна. Пред истовремено присутна (најмање) два завештајна сведока завештаlац, који зна да чита и пише, мора само да саопшти да је писмено прочитао, да је у њему садржана његова последња воља и да се пред њима на писменој исправи потпише.[18] Завештајни сведоци сведоче само о томе да је завештаlац признао завештање, које им је показао, као своје и да се на завештању својеручно потписао (тј. сведоче о аутентичности његовог потписа).[19] Ове чињенице завештајни сведоци гарантују својим потписом, које се ставља на крају завештања, испод потписа завештаоца, при чему је пожељно да на самом писмену њихово својство сведока буде назначено.[20] Функција завештајних сведока код алографског завештања је, дакле, и доказна и заштитна.

Код усменог завештања, присуство завештајних сведока услов је његове пуноважности, практично и услов његовог настанка, јер усмено изјављена последња воља у облику усменог завештања може бити спозната само ако је исказана пред сведоцима. Усмено завештање, као изузетан облик завештања, произвешће правно дејство само уколико је завештаlац изјавио своју последњу вољу пред (најмање) три истовремено присутна сведока[21] у изузетним приликама, услед којих није могао да сачини неки од писмених облика завештања.[22] У улози завештајних сведока, у нашем позитивном

Напротив, то може бити и корисно у случају да је завештање касније уништено, изгубљено или сакривено, будући да се сведочењем завештајних сведока може утврдити не само да је завештање било сачињено, већ и његова садржина (ваља нагласити да се у поступку реконструкције завештања утврђује само постојање и садржина завештања, као и чињеница да је оно изгубљено, сакривено или уништено, али не и да ли завештање испуњава законом прописане услове да буде пуноважно). Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7103/2012, од 13.03.2013. године (извор: *Paragraf Lex*).

[18] Чл. 85. ст. 1. ЗОН. У овој, пасивној, улози, завештајни сведоци у "јединственој просторној и временској вези са оставиоцем треба да чују и разумију да је он признао направљени запис за своју последњу вољу". Д. Ђеранић, Учешће свједока у поступку сачињавања алографског тестамента, *Правни живот*, бр. 10, Београд, 2010, 793.

[19] У том смислу: Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 15184/2010, од 20.04.2011. године (извор: *Paragraf Lex*).

[20] Чл. 85. ст. 2. ЗОН.

[21] Сматра се да у појединим случајевима, када је тешко обезбедити присуство три сведока истовремено (земљотрес, поплава...), треба узети да је усмено завештање пуноважно и када га је завештаlац у релативно кратком временском интервалу саопштио сведоцима који нису сви били истовремено присутни. С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању, са судском праксом*, Крагујевац, 2004, 253; Б. Кашћелан, Изузетни облик завештања, *Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву*, II, Сарајево, 2006, 550.

[22] Детаљно о условима за пуноважност усменог завештања: Н. Крстић, Изузетне прилике као услов пуноважности усменог завештања, *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије, зборник радова са научног скупа*, Ниш, 2016, 198 и даље.

праву, могу се наћи сва лица која су пунолетна и пословно способна, која знају језик на коме је сачињено усмено завештање,[23] и којима је очувано чуло слуха,[24] по неким ауторима и чуло вида, будући да сведоче не само о садржини завештаочеве изјаве, већ и о постојању изузетних прилика.[25]

4. ПОЗВАНИ СВЕДОЦИ КОД ЈАВНИХ ОБЛИКА ЗАВЕШТАЊА

Законом о ванпарничном поступку детаљно је регулисан поступак за састављање исправе о правном послу, изјави воље, правној и другој радњи (чл. 164–182 ЗВП). Састављање исправе у надлежности је јавног бележника, с тим што законом може бити предвиђено да исправе о појединим правним пословима може да састави и суд.[26] Наведене регуле ЗВП-а примењују се и приликом састављања јавнобележничког завештања – јавне исправе коју по казивању завештаоца саставља јавни бележник у виду јавнобележничког записа. Сходна примена ових норми, осим ако је ЗОН-ом или ЗВП-ом другачије прописано, предвиђена је и за састављање судског завештања, које по казивању завештаоца сачињава судија основног суда, а идентична правила као за судско важе и за састављање конзуларног, бродског и војног завештања.[27] Међународно завештање, пак, сачињава се сходно одредбама садржаним у Конвенцији о једнообразном закону о облику међународног тестамента из 1973. године (Вашингтонска конвенција), која је код нас ратификована Законом 1977. године.[28] Текст Прилога уз ову Конвенцију, у коме је садржан Једнообразни закон о облику међународног тестамента, имплементиран је у текст важећег ЗОН-а (чл. 92–107).

Законом о наслеђивању и Законом о ванпарничном поступку прописани су услови које лица морају да испуне да би имали својство завештајних сведока, број сведока у зависности од облика завештања које се саставља и физичких и других недостатака завештаоца и њихова улога приликом сачињавања завештања.

---

[23] Арг. из чл. 112. и чл. 113. ЗОН.

[24] Једино у ситуацији када је завешталац немо лице, које своју вољу саопштава знаковним језиком, услов за завештајне сведоке не мора да буде очувано чуло слуха, већ познавање знаковног језика.

[25] О. Антић, *Усмени тестамент*, магистарски рад, Београд, 1978, 64; Б. Кашћелан, *op. cit,* 549.

[26] Чл. 164. ст. 1. и 2. ЗВП.

[27] Сходно чл. 91, чл. 108. ст. 1 и чл. 109. ст. 1. ЗОН, ови облици завештања састављају се по правилима за сачињавање судског завештања.

[28] "Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори", бр. 3/77.

4.1. Минималан број завештајних сведока који морају да присуствују сачињавању завештања

Да би се задовољили услови форме који се тичу завештајних сведока, законодавац прописује број завештајних сведока који обавезно морају да присуствују при сачињавању појединих облика завештања. Код неких завештајних форми број сведока је фиксно одређен, док код других он варира, у зависности од околности конкретног случаја, које се превасходно тичу способности, односно недостатака самог завештаоца. Присуство потребног броја завештајних сведока треба да обезбеди сâм завешталац, будући да ови сведоци имају карактер тзв. позваних сведока (*testes rogati*).

Код међународног завештања, независно од околности случаја, број завештајних сведока је фиксиран. Поред овлашћеног лица, сачињавању завештања морају да присуствују и два сведока.

Међутим, приликом сачињавања јавнобележничког завештања, новелирани ЗВП прописује присуство једног или два сведока, у зависности од недостатака који се тичу завештаоца. Када завешталац није у стању да говори, њему исправа мора бити прочитана у присуству јавног бележника и једног позваног сведока,[29] а када није у стању да чује, завешталац мора лично да прочита исправу у присуству јавног бележника и позваног сведока.[30] У овим ситуацијама, дакле, законотворац захтева присуство само једног завештајног сведока, чија је улога да посведочи да је завештаоцу прочитано завештање, односно да га је сâм прочитао, и да је он на одређени начин (самостално или преко тумача) саопштио да одобрава садржину завештања.[31]

Када завешталац услед слабовидости, неписмености или из неког другог разлога није у стању да прочита завештање, када не познаје језик који је у службеној употреби, као и када је глув а из било ког разлога није у стању ни да чита, законодавац инсистира на присуству два сведока, пред којима се завештаоцу чита завештање.[32]

Приликом сачињавања судског завештања, када завешталац није у стању да га сâм прочита, завештање судија мора да прочита у присуству два сведока, пред којима завешталац изјављује да је то његово завештање, и пред њима га потписује, након чега се и завештајни сведоци морају истовремено

---

[29] Није довољно јасно зашто немо лице, које је у стању да чита, не може самостално да прочита сачињено завештање, већ му оно мора бити прочитано од стране јавног бележника или лица запосленог у његовој канцеларији.

[30] Чл. 174. ст. 1. и чл. 175. ст. 1. ЗВП.

[31] Г. Станковић, М. Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Београд, 2015, 811–812.

[32] Чл. 176. ст. 1, чл. 177, ст. 1 и чл. 178, ст. 1 ЗВП.

потписати.[33] ЗОН не садржи решење о томе да ли је присуство завештајних сведока неопходно када је завешталац нем или глув, али може самостално да прочита завештање. Чини се да, сходно чл. 183, ст. 2 ЗВП, у том случају треба применити процесна правила која важе за сачињавање јавнобележничког завештања (чл. 174, ст. 1, односно чл. 175, ст. 1 ЗВП), јер ниједан други пропис не предвиђа другачије, те да би сачињавању судског завештања обавезно требало да присуствује један завештајни сведок.[34]

Чињење дистинкције у погледу броја сведока чије је присуство неопходно, у горе наведеним ситуацијама, критиковано је у домаћој правној доктрини. Истиче се да нису јасни критеријуми којима се нормотворац руководио прописујући различита правила и поставља се питање да ли су ситуације када се захтева присуство само једног сведока мање правно неизвесне, односно да ли је могућност злоупотреба мања, него у случају када се инсистира на присуству два сведока.[35]

4.2. Услови које морају да испуне завештајни сведоци

Да би једно лице могло да се нађе у улози завештајног сведока, оно мора да испуни опште и посебне услове. Ако не испуњава услове који се по схватању легислатора траже како би се остварила заштитна улога форме завештања, биће неподобан за завештајног сведока, у ширем смислу речи. Разликујемо апсолутну неподобност (која може бити општа и посебна) и релативну неподобност завештајних сведока.

4.2.1. Општа апсолутна неподобност завештајних сведока

Да би једно лице могло уопште да буде сведок приликом сачињавања завештања било ког лица, мора да испуњава законом прописане минималне услове. ЗОН даје позитивно одређење у погледу својстава која лица морају имати да би били завештајни сведоци. Завештајни сведоци морају бити

[33] Чл. 88. ст. 1 и 2. ЗОН.

[34] Интересантно је напоменути да је Савезни врховни суд, у једној одлуци пре више од пола века, заузео став да се завештајним сведоцима могу сматрати и судија и записничар који су оверили завештање. Вид. Одлука Савезног врховног суда, Рев. 2298/61 (наведено према: С. Вуковић, *Коментар Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку (део о оставинском поступку)*, Београд, 1997, 154).

[35] Н. Стојановић, Шта доносе ново измене и допуне Закона о наслеђивању Републике Србије, *Право – теорија и пракса*, бр. 7–9/2015, 14. Ауторка своју дилему аргументује чињеницом да су у државама насталим распадом бивше Југославије предвиђена једнообразна правила у погледу броја сведока, независно од недостатака које завешталац има (вид. референце у фн. 24 наведеног рада).

писмени, пунолетни и потпуно пословно способни.[36] Малолетници, чак и они којима је призната пуна пословна способност у поступку диспензације,[37] неписмена лица, потпуно пословно неспособна лица, као и лица којима је пословна способност делимично одузета апсолутно су неподобни да се нађу у улози завештајних сведока код свих јавних облика завештања (општа апсолутна неподобност). Писменост завештајних сведока је неопходна, јер се они, по сачињавању завештања, морају потписати на самом завештању. За завештајне сведоке није предвиђена могућност стављања рукознака, нити могућност да овласте неко треће лице да се уместо њих потпишу, ако то нису у стању да учине (нпр. због повреде руке којом, иначе, пишу). Како они морају да ставе свој потпис на самом завештању – као логичан се намеће закључак да морају бити и у стању да се у конкретном случају потпишу. Премда то није изричито стипулисано, завештајни сведоци морају имати очувано чуло слуха,[38] а свакако и вида, да би могли да посведоче о предузетим радњама код сачињавања завештања.

И када испуњавају опште услове за завештајног сведока, поједина лица могу бити неподобна да буду завештајни сведоци. Неподобним их чине или одсуство одређених својстава које законодавац захтева приликом састављања појединих облика завештања, или близина и карактер веза са завештаоцем.[39]

4.2.2. Посебна апсолутна неподобност завештајних сведока

Посебна апсолутна неподобност тиче се посебних услова које сведоци морају да испуне код појединих облика завештања. У том смислу, апсолутно неподобним се сматра лице које не може да буде сведок приликом састављања одређеног облика завештања, без обзира ко је завешталац – његов лични однос према завештаоцу нема правни значај.[40]

---

[36] Чл. 112. ст. 1. ЗОН. Једини изузетак, који се тиче услова писмености, предвиђен је код усменог завештања, где завештајни сведок може бити и неписмен.

[37] У теорији наилазимо на став да еманциповани малолетници, будући да тренутком закључења брака стичу потпуну пословну способност, могу бити завештајни сведоци (О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, 366). Са оваквим мишљењем не можемо се сложити, јер је норма садржана у чл. 112 ЗОН јасна: завештајни сведоци морају бити пунолетна лица (suz то и потпуно пословно способна). Стицање потпуне пословне способности пре пунолетства свакако не анулира малолетство тога лица.

[38] Спорно је да ли позвани сведоци могу бити они људи који, мада не чују, имају способност читања са усана.

[39] Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2015, 149.

[40] О. Антић, З. Балиновац, *op. cit,* 366.

Код међународног завештања, услови које треба да испуне сведоци одређују се законским прописима држава потписница Конвенције о једнообразном закону о облику међународног тестамента, при чему само својство странца не представља сметњу да се оно нађе у својству сведока (чл. V Конвенције).[41] Осим општих услова које морају да испуне сви завештајни сведоци, код међународног завештања законодавац је прописао још један додатни услов. С обзиром да код овог облика завештања завешталац, у присуству овлашћеног лица и два сведока, изјављује да је сачињено писмено његово завештање и да је упознат са његовом садржином,[42] завештајни сведоци морају да знају језик на коме им завешталац саопштава да је завештање његово.[43] Будући да, сходно чл. 96, ст. 2 ЗОН завешталац није дужан да завештајне сведоке упозна са садржином међународног завештања, завештајни сведоци не морају да знају језик на коме је овај облик завештања сачињен.

Код јавнобележничког завештања, невезано за разлог због кога је присуство сведока неопходно, позвани сведок мора да зна језик на којем је састављено завештање.[44] Разлог томе лежи у чињеници да, када год сведок мора да присуствује састављању завештања, оно се у његовом присуству чита или од стране самог завештаоца (када није у стању да чује, али може да прочита садржину исправе), или најчешће од стране лица запосленог у јавнобележничкој канцеларији. Ако завешталац не зна језик који је у службеној употреби, позвани сведоци, осим службеног језика, морају да знају и језик завештаоца.[45] Када се лицу које не чује садржина завештања саопштава преко тумача, позвани сведоци, осим што морају да познају језик на коме је завештање сачињено, морају и да буду у стању да се споразумевају са завештаоцем (тј. да познају знаковни језик).[46] Будући да позвани сведок својеручним потписом на завештању потврђује које су све радње, којима је присуствовао, предузете, мора бити у стању и да се потпише на завештању.

Поред поменутих услова који се траже, законодавац приликом сачињавања јавнобележничког завештања прописује и посебна правила која

---

[41] Одредбу која се тиче могућности да се као завештајни сведок код међународног завештања појави странац, наша држава није посебно преузела и имплементирала у законски текст, али будући да сходно чл. VIII Конвенције на њу није допуштена никаква резерва, треба узети да и код нас странци могу бити у улози завештајних сведока. С. Марковић, Међународни тестамент, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 20, Ниш, 1980, 121.

[42] Чл. 96. ст. 1. ЗОН.

[43] Чл. 112. ст. 2. ЗОН.

[44] Чл. 182. ст. 2. ЗВП.

[45] Чл. 177. ст. 1. *in fine* ЗВП.

[46] Чл. 178. ст. 2. ЗВП.

се тичу специјалне апсолутне неподобности позваних сведока. Као завештајни сведок приликом састављања јавнобележничког завештања не може се појавити лице: 1. које ради у јавнобележничкој канцеларији или које је у служби код јавног бележника;[47] 2. које је јавном бележнику крвни сродник у правој линији, побочни сродник закључно са четвртим степеном сродства, тазбински сродник закључно с другим степеном сродства, сродник по усвојењу, супружник, бивши супружник, ванбрачни партнер, бивши ванбрачни партнер, старалац, бивши старалац, штићеник или бивши штићеник; 3. које је заступник, односно одговорно лице у правном лицу на чији правни положај непосредно или посредно може утицати правни посао о којем се саставља исправа; 4. на чији правни положај непосредно или посредно може утицати правни посао о којем се саставља исправа.[48]

Када је реч о судском завештању и осталим формама завештања које се састављају по правилима за састављање судског, ЗОН прописује обавезно присуство два завештајна сведока само када завешталац није у стању да сâм прочита завештање (чл. 88,ст. 1). Треба, међутим, узети да је присуство сведока, и то једног, неопходно када је завешталац у стању да прочита завештање, али је глуво, односно када не може да говори.[49] У овим случајевима, завештајни сведоци морају да знају језик на којем је завештање сачињено,[50] а морају бити у стању и да се потпишу на завештању, будући да легислатор захтева предузимање ове радње као услов формалне пуноважности завештања.[51]

4.2.3. Релативна неподобност завештајних сведока

И када испуњавају опште и посебне услове за завештајног сведока, поједини субјекти не могу бити сведоци приликом састављања завештања конкретног завештаоца. Тиме се настоје постићи што веће гарантије да воља завештаоца буде слободна и да се отклоне могућности недопуштеног утицаја на њу.

---

[47] Будући да законодавац користи садашње време (презент), може се извести закључак да лица која више не раде у јавнобележничкој канцеларији имају право да буду завештајни сведоци приликом састављања јавнобележничког записа о последњој изјави воље. Г. Станковић, М. Трговчевић Прокић, *op. cit,* 827.

[48] Чл. 182. ст. 3. ЗВП.

[49] Тако и: Н. Стојановић, Поступак за састављање судског завештања и новелирани Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, *Правни живот*, бр. 10, Београд, 2015, 552–553.

[50] Чл. 112. ст. 2. *in fine* ЗОН.

[51] Чл. 88. ст. 2. ЗОН.

Лица која не могу да сведоче завештању конкретног завештаоца релативно су неподобна да имају ово својство. Релативна неподобност сведока односи се, дакле, увек на одређеног завештаоца,[52] и проистиче из односа сведока са завештаоцем, услед његове заинтересованости за завештајна располагања.

Изворни текст Закона о наслеђивању прописивао је да завештајни сведоци не могу бити супружник и потомци завештаоца, усвојеници и њихови потомци, преци и усвојиоци, сви побочни сродници до четвртог степена сродства закључно, као и супружници свих ових лица.[53] Круг лица која не могу бити завештајни сведоци предвиђен је као *numerus clausus*.

Новелирани ЗОН задржава систем енумерације приликом одређења круга лица релативно неподобних за завештајне сведоке. Међутим, законодавац полази од сасвим другачијих критеријума приликом одређивања лица која се не могу наћи у улози завештајних сведока. С једне стране, сужен је круг лица која не могу бити сведоци приликом састављања завештања. С друге стране, уведене су нове категорије субјеката које ЗОН није познавао, али не како би им се признала нека наследноправна овлашћења, већ како би им се забранило учешће у поступку сачињавања завештања. Према измењеном чл. 113, ст. 1 поменутог прописа, од крвних сродника завештајни сведоци не могу бити рођаци у правој линији без ограничења, а у побочној линији до четвртог степена сродства закључно. Својство сведока не могу имати ни сродници по усвојењу, тазбински сродници закључно са другим степеном сродства, супружник, ванбрачни партнер, старалац и штићеник. Нису, међутим, изузети ни бивши супружник, ранији ванбрачни партнер, бивши старалац или штићеник, већ је и овим субјектима забрањено да буду завештајни сведоци.

Из законске формулације ишчезли су супружници завештаоцу блиских лица који се раније нису могли јавити у улози сведока. Према важећем решењу, дакле, тазбински сродници од трећег степена сродства надаље могу се јавити као завештајни сведоци.

---

[52] О. Антић, З. Балиновац, *op. cit,* 368.

[53] Вид. ранији чл. 113 ЗОН. Тако је у једном случају и поништено судско завештање јер се у улози завештајног сведока, будући да завешталац није био у стању да га самостално прочита, нашао супруг братанице завештаоца. Како је братаница у трећем степену сродства побочне линије са завештаоцем, то је суд нашао да је завештање формално манљиво. Вид. Пресуда Окружног суда у Краљеву, Гж. 1127/91, од 01.10.1991. године (извор: *Избор судске праксе*, бр. 11–12, 1993, 48). Интересантан је, међутим, став заузет у судској пракси у погледу могућности да завештаочева снаја по преминулом сроднику буде завештајни сведок: снаја је неподобна да буде сведок само док је жив сродник завештаоца по коме је сведок завештаочева снаја. Вид. Одлука Окружног суда у Марибору, Гж. 8/71, од 12.01.1971. године (извор: *Збирка судских одлука*, књ. XVI, св. 2, 1971, 45).

5. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПРИСУСТВОВАЊА НЕПОДОБНИХ ЗАВЕШТАЈНИХ СВЕДОКА САЧИЊАВАЊУ ЗАВЕШТАЊА

Учешће неподобних сведока приликом састављања завештања чини овај правни посао релативно ништавим, с обзиром да недостатке у форми при сачињавању последње воље законодавац санкционише рушљивошћу.[54] Наведено, међутим, важи само уколико је у конкретном случају био присутан законом прописан минималан број сведока, при чему је бар један од њих био неподобан за ову улогу. Ако је чину састављања завештања присуствовао већи број сведока, а потребан број сведока је испуњавао све законске услове, неподобност осталих лица да буду сведоци не утиче на правну ваљаност завештања.[55]

Сматрамо да позвани сведоци код јавних завештања не морају да буду присутни приликом саопштавања последње воље завештаоца судији, јавном бележнику или неком другом службеном лицу, већ је њихово присуство неопходно само када се завештање чита завештаоцу (односно када га глуви завешталац гласно чита). Чини се да само у случају када завешталац не зна језик у службеној употреби и када није у стању да чује, а ни да прочита завештање, има смисла инсистирати да завештајни сведоци буду присутни и приликом исказивања последње воље и приликом читања завештања (како би се могућност било каквих злоупотреба или једноставно грешака минимизирала), мада се такав закључак не може извести из важећих правила, те можемо закључити да је и у овим случајевима њихово присуство неопходно само при читању завештања. Када је о међународном завештању реч, позвани сведоци морају да буду само присутни када завешталац изјављује да признаје завештање као своје и потписује се на њему, или признаје раније стављени потпис као свој.

Иако дужност обезбеђења сведока лежи на завештаоцу и премда *ignorantio legis nocet*, сматрамо да би код јавних облика завештања службено лице (јавни бележник, судија...), пред ким се завештање сачињава, осим што је дужан да утврди идентитет сведока, требало завештаоцу да укаже да ли завештајни сведоци испуњавају све услове да се нађу у том својству у конкретном случају, иако он на то по слову закона није дужан. Тиме би се спречило да завештање, због недостатака у форми, буде поништено након смрти завештаоца, чиме би се предупредила неповратна штета пре свега према завештајним стицаоцима, а такође и према самом завештаоцу, јер би

[54] Чл. 168. ЗОН.

[55] У том смислу и: Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1286/2001, од 03.04.2002. године (извор. О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд, 2009, 189–190). Иако се ова одлука односи на сведоке код писменог завештања пред сведоцима, наведено важи и код јавних облика завештања.

се обезбедило остваривање његове последње воље. У супротном, читава процесна активност приликом састављања завештања могла би бити илузорна.

6. НИШТАВОСТ ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА У КОРИСТ ЗАВЕШТАЈНИХ СВЕДОКА И ЊИМА БЛИСКИХ ЛИЦА

У циљу спречавања злоупотреба и утицаја на вољу завештаоца, Законом о наслеђивању предвиђена је ништавост завештајних одредаба којима се нешто оставља у корист завештајних сведока и дефинисаног круга њима блиских лица. Овим нормама штите се интереси завештаоца и интерес правног поретка да воља завештаоца буде слободна и ничим не условљена. Истовремено, тиме се штите и интереси оних лица која би на основу завештања или закона стекла имовинску корист која је остављена лицима која су сведоци завештања или су са њима у некој врсти везе коју законодавац сматра релевантном.

С друге стране, на овај начин се ограничава воља завештаоца. Службено лице које саставља завештање требало би да упозори завештаоца на ништавост оваквих располагања,[56] како би завешталац таква располагања изоставио из завештања. Ако, пак, завешталац инсистира да одређена добра завешта овим лицима, чини се да би било целисходно да пронађе другог завештајног сведока, како би његова располагања била валидна.

Ништавошћу су санкционисана она завештајна располагања која су учињена у корист сведока, њихових супружника, потомака, предака и браће и сестара.[57] Појам *завештајна располагања* треба тумачити шире, тако да ће без правног дејства остати не само норме којима се ова лица именују за завештајне наследнике, већ и којима се они постављају за испорукопримце и кориснике налога.

Сматрамо да појам *потомци* инкорпорира у себе и усвојеника из потпуног усвојења и његове потомке, као и усвојеника из непотпуног усвојења, док појам *преци* садржи и усвојиоце завештајног сведока, те да располагања учињена у њихову корист не могу имати правну важност. Под браћом и сестрама подразумевају се само колатерали завештајног сведока који су са њим у другом степену сродства побочне линије, како пунородна браћа и сестре (*germani*), тако и браћа и сестре по оцу (*consanguinei*) и по мајци (*uterini*), али не и браћа и сестре од стричева, ујака и тетки. У литератури се указује да сва лица у чију корист су учињена завештајна

[56] Арг. из чл. 172. ст. 1. ЗВП.
[57] Чл. 160. ст. 2. ЗОН.

располагања морају да имају одређено својство у односу на завештајне сведоке у тренутку сачињавања завештања, будући да накнадно стицање или губитак тог својства нема утицај на ништавост завештајних одредаба.[58] Тако, располагања у корист супружника завештајног сведока биће ништава само уколико је брак између сведока и завештајног стицаоца постојао у моменту сачињавања завештања – ако је брак закључен касније (чак и уколико је постојао у тренутку отварања наслеђа завештаоца), супружник завештајног сведока стећи ће добра која су му завештана. Истодобно, ако је брак егзистирао у време завештања, а касније је престао, то неће имати никакав утицај на неважност завештајне одредбе, те бивши супружник завештајног сведока не може извући користи из чињенице да је брак доцније окончан.[59]

7. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Од девет облика завештања које познаје српско право, само се пуноважност својеручног завештања никада не условљава присуством завештајних сведока. Код свих осталих облика завештања завештајни сведоци морају учествовати приликом сачињавања завештања када легислатор то захтева – њихово одсуство завештање чини правно неваљаним, формално манљивим, будући да присуство завештајних сведока представља елемент форме завештања. Регуле које се односе на завештајне сведоке и њихову подобност да се нађу у овој улози, конструисане су тако да се обезбеди остваривање њихове заштитне и доказне функције, али и да се предупреди, у мери у којој је то могуће, њихов утицај на вољу завештаоца, нарочито када би се у овој улози нашла завештаоцу блиска лица.

Минимални услови који се захтевају да би једно лице могло имати својство завештајних сведока у нашем праву јесу да је оно пунолетно, потпуно пословно способно и писмено, али томе свакако треба додати и то да завештајни сведок мора имати очувано чуло вида, слуха и да буде способно да се потпише на самом завештању. Поред минималних, Законом о наслеђивању и Законом о ванпарничном поступку прописани су и други услови који зависе од облика завештања које се саставља, пред ким се саставља, а свакако и од телесних или других недостатака на страни завештаоца, као и број сведока који морају да присуствују сачињавању завештања.

---

[58] О. Антић, З. Балиновац, *op. cit,* 443.

[59] Као пример се наводи и да завештајни сведок може бити и завештаочево дете, када је завешталац очинство признао након састављања завештања. *Ibid*, 368.

Оно што је потпуна новина јесте да је новелирањем Закона о наслеђивању значајно редефинисан круг субјеката релативно неподобних да се нађу у улози сведока приликом сачињавања завештања. Поред крвних сродника у правој линији неограничено и побочној линији до четвртог степена сродства закључно, адоптивних сродника и супружника завештаоца, сада ово својство не могу имати ни његов бивши супружник, садашњи и бивши ванбрачни партнер, штићеник или старалац. Истовремено, сужен је круг тазбинских сродника који се не могу наћи у овој улози, тако да сада позвани сведоци могу бити завештаочеви сродници по тазбини од трећег степена сродства надаље. Ратио таквог решење произлази из процене законодавца да нема бојазни да ова лица изврше недозвољен утицај на завештаоца као сведоци приликом сачињавања завештања.

Novak KRSTIĆ, LL.D.
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

TESTAMENTARY WITNESSES AT PUBLIC FORMS OF TESTAMENTS IN SERBIAN LAW

Summary

Serbian law regulates nine forms of testaments. Public forms of wills are judicial, notary international, military, consular will and a will aboard a ship, and private are holographic, oral will and testamentum allographum. Testamentary witnesses participate in the procedure of making all of the forms of testaments, except holographic testaments. Speaking about public forms of wills, the presence of testamentary witnesses is always necessary only when making international testament. In all other public forms, witnesses need to be present only when testator is not able to read his will. Testamentary witness needs to be capable to be the witness. Serbian legislator stipulates different conditions for testamentary witnesses for different forms of wills, but also there is diversity of conditions for the same type of will, depending of what physical abilities the testator is lacking. Furthermore, in order to protect the testator and his free will from the influence of other people, legislator prescribes that people close to testator are not able to be testamentary witness. In this paper, the author analyses the difference between testamentary witnesses and witnesses of identity of testator, conditions for testamentary witnesses, their role in procedure of making testaments and legal consequences if incapable witnesses are involved in procedure of making a will.

Keywords: *public testaments, testamentary witnesses, witnesses of identity.*

ЛИТЕРАТУРА

О. Антић, *Усмени тестамент*, магистарски рад, Београд, 1978;

О. Антић, Тестаментарни сведоци у југословенском праву, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4, Београд, 1994;

О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2008;

О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996;

А. Ђорђевић, *Наследно право у Краљевини Србији*, Београд, 1903;

Д. Ђурђевић, Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе, *Правни живот*, бр. 12, Београд, 2011;

Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2015;

Б. Кашћелан, Изузетни облик завештања, *Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву*, II, Сарајево, 2006;

M. Kreč, Đ. Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju (sa sudskom praksom)*. Zagreb, 1964;

Н. Крстић, Изузетне прилике као услов пуноважности усменог завештања, *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије, зборник радова са научног скупа*, Ниш, 2016;

С. Марковић, Међународни тестамент, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 20, Ниш, 1980;

A. R. Mellows, *The Law of Succession*, London, Dublin, Edinburgh, 1993;

Ж. Перић, *Специјални део грађанског права, IV Наследно право*, Београд, 1923;

С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању, са судском праксом*, Крагујевац, 2004;

Г. Станковић, М. Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Београд, 2015;

Н. Стојановић, Поступак за састављање судског завештања и новелирани Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, *Правни живот*, бр. 10, Београд, 2015;

Н. Стојановић, Шта доносе ново измене и допуне Закона о наслеђивању Републике Србије, *Право – теорија и пракса*, бр. 7–9/2015;

Д. Ћеранић, Учешће свједока у поступку сачињавања алографског тестамента, *Правни живот*, бр. 10, Београд, 2010.

ПРОПИСИ

Закон о ванпарничном поступку, „Сл. гласник СРС“, бр. 25/1982 и 48/1988 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон;

Закон о јавном бележништву, "Сл. гласник РС", бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - др. закон, 93/2014 - др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015;

Закон о наслеђивању, "Сл. гласник РС", бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015;

Закон о ратификацији Конвенције о једнообразном закону о облику међународног тестамента, "Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори", бр. 3/77.

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Одлука Врховног суда Југославије, Рев. 4031/64 (наведено према: М. Курдулија, *Практикум за наследно право, са одабраном судском праксом*, Београд, 1967);

Одлука Окружног суда у Марибору, Гж. 8/71, од 12.01.1971. године (извор: *Збирка судских одлука*, књ. XVI, св. 2, 1971);

Одлука Савезног врховног суда, Рев. 2298/61 (наведено према: С. Вуковић, *Коментар Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку (део о оставинском поступку)*, Београд, 1997

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 15184/2010, од 20.04.2011. године (извор: *Paragraf Lex*);

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 4308/2012, од 28.02.2013. године (извор: *Paragraf Lex*);

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7103/2012, од 13.03.2013. године (извор: *Paragraf Lex*);

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1286/2001, од 03.04.2002. године (извор. О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд, 2009);

Пресуда Окружног суда у Краљеву, Гж. 1127/91, од 01.10.1991. године (извор: *Избор судске праксе*, бр. 11–12, 1993).

УДК 347.626(497.7)

Angel RISTOV, PhD*

MACEDONIAN CIVIL CODE AND THE REFORMS IN THE MARITAL PROPERTY REGIME OF THE SPOUSES

Summary: Macedonian Family Law hasn't suffered significant changes for decades. This especially concerns the issue on the marital property regime of the spouses. Given the fact that in Republic of Macedonia is ongoing the process of codification of the civil law, introduction of the marital agreement and its thorough regulation will be one of the crucial reforms. Besides the fact that marital agreement is one of the most controversial agreements in moral, ethical, legal and religious sense, it is predicted in great number of legislations. It enables the spouses to arrange their marital property relations upon their will, wishes and conditions. In the Macedonian Family Law marital agreement is still not regulated, but in the practice it is concluded upon the principle of autonomy of the will in the contractual relations. This is the reason why are posed, very often, questions and dilemmas about its allowance, parties, form, content and etc. To overcome these dilemmas and to solve the problems in the future it is necessary through regulation of the marital agreement in the civil code. In the family law reform it is also necessary to be regulated the present legal gaps concerning separate and joint property of the spouses that create problems and inevitable lawsuits in the practice.

Keywords: *Macedonian Civil Law Codification, Marital property regime of the spouses, Statutory property regime, Agreement property regime, Marital agreement, Separate property, Common property.*

1. INTRODUCTION

In Republic of Macedonia from the beginning of 2011 is ongoing the process of Civil Law Codification.[1] This will be one of the biggest reforms in the Civil Law, as well as, in the Macedonian legal system from its independence in

* Assistant Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", University "Saints Cyril and Methodius" Republic of Macedonia, angelristov@yahoo.com

[1] Decision of the Government of Republic of Macedonia, „Official gazette of Republic of Macedonia*",* No. 4/2011.

1991.[2] Traditionally, family law is consisted part of the civil codes in Europe.[3] In the Macedonian civil code, family law will be regulated in the Book 5 – Family Relations.[4] Till now, the Commission for the Civil code (further: Commission) finished the Draft versions of the Book 4 – Obligations and Book 4 – Succession.[5]Draft version of Book 5 – Family Relations is still in preparation.

From all the parts of the Civil code, Commission expects that the part dedicated to the family law will have to be reformed the most.[6]Main reason for this is that Macedonian Family Law hasn't suffered significant changes for decades,[7] although the marital and family relations in past decades are dramatically changed.[8] One of these changes is the improvement of the women's

[2] Commission for the preparation of the Civil code from its adoption expects to achieve two main goals: to improve the quality in the regulation of the civil law relations in the Republic of Macedonia and to overcome the existing legal gaps, problems and contradictions in the current law. The author is one of the members in the Commission for Family Law and Inheritance Law.

[3] See more on this issue: Dejan Mickovik, Angel Ristov, "The place of the Family Law in the Civil code" *Lawyer,* Society of lawyers in Republic of Macedonia, 2015; Dejan Mickovik, Angel Ristov, "Family Law in The New Civil Code of The Republic of Macedonia: Key Issues and Necessary Reforms" *International Survey of Family Law,* Jordan publishing, Bristol, 2014.

[4] Dejan Micković, Angel Ristov, "Codification of the Family Law in the Republic of Macedonia", *Proceedings of the Pale Law Faculty,* Republic of Srpska, 2014.

[5] The Commission for the civil code finished the third version of the Draft Book 3 – Obligations and Draft Book 4 – Inheritance in September 2016. In the meanwhile they were put on a public debate. First version of theoretical frame of the Draft Book 5 – Family relations was prepared in the end of 2015. The Commission still hasn't prepared the first version of Draft Book 1 – General part and Draft Book 2 – Real property relations.

[6] See more Dejan Mickovik, Angel Ristov, *Family Law,* Stobi Trejd, Skopje, 2016. For the changes in modern family see more: Martine Segalen, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, Paris, 2004; Mary Daly, Changing family life in Europe: significance for state and society*, European Societies,* Vol 7, Issue 3, September 2005; Graham Allan, Sheila Hawker, Graham Crow, Family Diversity and Change in Britain and Europe*, Journal of Family Issues*, Vol. 22, No. 7, October 2001.

[7] See more: Angel Ristov, "Non Marital Union in the Macedonian Family Law" Ohrid School of Law, *Iuridica Prima,* Vol. 1, May 2015; Dejan Mickovik, Angel Ristov, "Family Law in The New Civil Code of The Republic of Macedonia: Key Issues and Necessary Reforms" *International Survey of Family Law,* Jordan publishing, Bristol, 2014; D. Mickovik, A. Ristov, "Les changements dans les rapports conjugaux et familiaux dans les pays européens et dans la République de la Macédoine", *Facta Universitatis,* Pravni fakultet Nis, 2014; A. Ristov, "The New Challenges in the Regulation of Marriage and Non Marital Union," *Harmonius,* Belgrade, 2014; Dejan Micković, Angel Ristov, "Harmonisation of the Family Law and Inheritance Law in European countries", *Harmonius,* Belgrade, 2013.

[8] More about the changes in the family and their reflections on the inheritance law see: M. A. Glendon, *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1989; L.

position in the society, marriage and the family relations, upon which she became equal partner with the man.[9] Another reason is the establishment of the new political, economic and legal system in Republic of Macedonia that influenced on the social and legal relations in the family.[10] Many restrictions of the property from the socialist era were abolished in the new Constitution in 1991 and private property became dominant type.[11] Despite these changes, in the Family Law Act[12] (FLA) from 1992the legislator in great part accepted the old solutions from the previous socialist system.[13] This especially concerns the issue of the marital property regime of the spouses in which the statutory regime was dominant.[14]

Prediction of the marital agreement and its thorough regulation will be one of the crucial reforms in the family law.[15] With this reform marital partners will have choice and greater freedom in regulating their marital property relations upon their wishes, capabilities and conditions. In this sense Glendon points that "marital property regime is not always appropriate and adequate for each couple. Different

---

Gokalp-Villeneuve, I. Thery, *Couple, fillation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée,* Editions Odile Jacob, Paris, 1998.

[9] See more on this issue: Dejan Micković, Angel Ristov, The Position of the Spouse in the Macedonian and Comparative Inheritance Law , *Proceedings of the Faculty of Law "Iustinianus Primus" - Skopje in honor of prof. Todor Pelivanov,* Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje, 2012; Liljana. Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov, *Inheritance in Europe,* Shine, Skopje, 2011; Jelena Vidić, "Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice"*Pravni život,* Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 11/2009.

[10] See Svetomir Shkarik, *Constitutional Law,* 8 edition, Prosvetno delo, Skopje, 2007.

[11] More on the issue of restrictions of the property see Asen Grupche, *Estate Law, Property Law,* Kultura, 1976, 132-149. About the main forms of the property in present legislation see more: Rodna Zhivkovska, *Property Law, Book I,* Europe 92, Skopje, 108-114.

[12] „Official gazette of Republic of Macedonia", No. 80/92, 9/96, 38/04, 33/06, 84/08, 67.10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 153/14.

[13] More on this issue see: Bozhidar Kocov, "Property relations of the spouse" *Family legislation of Republic of Macedonia,* Supreme court od Republic of Macedonia, 1994, 197-214.

[14] See: Mile Hadzivasilev, *Family law,* Studentski zbor, Skopje, 1990.

[15] See more on this issue: Dejan Mickovik, Angel Ristov, "Marital Agreement in Macedonia and Croatia" Zagreb-Skopje Colloqium, University of Zagreb, Zagreb, 2016; Dejan Mickovik, Angel Ristov, "For permissibility of the Marital Agreement: Marriage based on love or interest, *Lawyer,* No. 284, Association of Lawyers of the Republic of Macedonia, Skopje, December 2015; Angel Ristov, "Is the Marriage Agreement Necessary in the Macedonian Legislation" *Notarius*, no. 23, Notary Chamber of Republic of Macedonia, Skopje, July 2013; Angel Ristov "Marital Agreement - Unknown, Reality or Necessity in the Modern Macedonian Family Law" *Proceedings of the Law Faculty "Iustinianus Primus" in Skopje in honor of prof. Ljiljana Spirović Trpenovska,* Law Faculty "Iustinianus Primus", Skopje, 2012; Dejan Micković, Angel Ristov, Marital Agreement in the Macedonian and Comparative Law, *Legal life,* Assossiation of the Lawyers - Repubic of Serbia, Belgrade, 2012.

couples have different needs and desires, but also their requirements in terms of economic and property relations may change during the marriage. It is therefore very important when the spouses may agree beyond the basic legal property regime and to regulate themselves their own property relations."[16]

Except for the spouses, prediction of the marital agreement will be in the interest of the creditors, bailiffs, and the principle of legal certainty[17] in the estate relations, as well.[18] Promoting the possibility for contractual arrangement of the marital property relations, our Family Law will be harmonized with the principles of European Family Law regarding property relations between spouses.[19] Crucial reforms will be also proposed in the regulation of the separate and joint property of the spouses, given the fact that there are too many legal gaps in the present legislation creating problems in the practice.[20]

With aim to present the main reforms in the Book 5 of the Civil code related to the marital property regime first we will analyze the arguments for regulation of the marital agreement, parties, its form and content in the comparative law as well as the problems in the existing marital property regime. In the end we will elaborate the proposals for regulatin of the marital agreement and statutory changes de lege ferenda.

2. MARITAL AGREEMENT

The marital agreement[21] is one of the most controversial agreements in the family law and the law generally, that raises many questions from ethical, moral, legal and religious aspects.[22] Can material interests and money be more important

[16] Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law,* The University of Chicago Press, Chicago and London, 1999, 135-136.

[17]Angel Ristov, Legal un/certainty in Macedonian Family an Inheritance Law, *Ohrid School of Law,* Iuridica Prima, Stobi Trejd, Skopje, 2016, 15-39.

[18]Angel Ristov, "Actual questions and dilemmas connected with the realization of the claims in the civil law relations in the Macedonian law", *International Seminar of Bailiffs,* May 7 - 10, 2015, Sandanski Republic of Bulgaria; Angel Ristov, "Current Problems in the Enforcement of Creditors' Claims in The Macedonian Family and Inheritance Law," *Seminar on Bailiffs,* 30 May-2 June 2013 Durres Albania, Bailiffs Chamber of the Republic of Macedonia, 2013.

[19] Available on http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf

[20] Thorough on the proposed reforms see: D. Mickovik, A. Ristov, *Family Law Act,* Stobitrejd, Skopje, 2015, 74-80.

[21] More about the notion marital agreement see Marcel Planiol, *Traité Élémentaire de DROIT CIVIL,* Tome troisième, Paris, 1910, 8; Jean Carbonier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le cople,* Quadriage/Puf, Paris, 2004, 1262.

[22] See more: Nenad Teshic, "Love on first Sigh" About morality of the marital agreements, *Annals of Faculty of Law in Belgrade,* LVII, 22/2009; Zoran Ponjavic, "Marital

than love,[23] compassion and self-sacrifice? Is the marital agreement moral? Is there love when concluding marital agreement? As a result of these questions, marital agreement has many opponents, but also there are proponents who point the bright side of this agreement.

Hence, marital agreement is agreement upon which future or present spouses regulates their property relations during the marriage and its end. It is predicted in many European countries, such as France, Germany, Austria, Switzerland, Sweden, Greece and others.[24] In the past decades prediction of the marital agreement is one of the main reforms in the family laws of the former socialist countries: Russia,[25] Bulgaria,[26] Croatia,[27] Serbia,[28] Montenegro, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina and others.

2.1. Arguments against marital agreement

In the theory marital agreement has a large number of opponents who consider that it puts the main focus on the material interest than love.[29] In this

agreement" *Annals of Faculty of Law in Belgrade,* 5/2009; Marija Ignjatović, Imovinski ugovor bračnih drugova u pravu Republike Srbije, Nesklad teorije i prakse, *Pravni život,* 10/2008.

[23] Can love be imported? Apparently - at least that is what one discovers from perusing the vast number of websites that promise success in finding a foreign bride or groom. One such website profiles 6,500 women from 49 countries. Americans are roaming the world looking for love via the Internet. At least some of them are likely to marry a foreigner. Those prospective brides or grooms would be wise to enter into an American-style premarital agreement to ensure enforcement in American courts. For those who elect a foreign marital regime, there is no guarantee that it will be enforced in the United States. Peter M. Waltzer, "A World of Agreements" *Family Advocate*, Winter 2011, Vol. 33, Issue 3, 1.

[24] See more the reports from the European counties on the web site of the European Commission for Family Law.

[25] See more Александра Матвеевна Нечаева, *Семейное право,* Юрайт, Москва, 2011, 77-78.

[26] See more: Екатерина Матеева, *Семейно право на Република България,* ВСУ „Черноризец Храбър", София, 2010, 164; Цанка Цанкова, Методи Марков, Анна Станева, Велина Тодорова, *Коментар на новия Семеен Кодекс,* ИК „Труд и право", София, 2009, 105-133; Методи Марков, *Семейно и наследствено право,* Сиби, София, 2009, 58-63.

[27] See more Mira Alinčić, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac-Lozić, Aleksandra Korać-Graovac, *Obiteljsko pravo,* Narodne Novine, Zagreb, 2007, 514-518.

[28] See more: Гордана Ковачек Станић, *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право,* Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2007,125-129;Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta,* JP Službeni glasnik, Beograd, 2009, 408-412; Milan Počuča, *Porodično pravo,* Univerzitet Privredna Akademija, Novi Sad, 2010, 324-326;

[29] See more Slobodan Panov, *Family Law,* Faculty of Law in Belgrade, 2010, 357-358.

sense, marital agreement does not correspond to the modern character of marriage that is concluded by love and is based upon solidarity, support and respect. Opponents also stress that property calculations connected with the marital property regime may lead to misunderstanding and conflict between the future spouses. Inclusion of the economic concepts - interest and profit, influence on the "coloring" of the marital relations with the characteristics of commercial relations. According to Zivojin Peric "marriage is not only economic, but also moral community. If there isn't love between spouses, then marriage would become only property and accountancy community; marriage would have no moral base nor would fit with the concept and essence of the marriage."[30]

Marital agreement also disrupts gender equality because it protects the wealthiest spouse, as party that poses the conditions in the agreement.[31] In most of the cases mightier party is men.[32] Women have lover income because of the activities in the family and motherhood. That is why marital agreement is often used to abuse social norms of equality of gender. In this sense marital agreement strengthens the existing uneven distribution of power in society, where men still have considerably more power than women. In case of divorce, marital agreement can be detrimental to one side, which had less power in negotiating. Very often marital agreement is used as blackmail by one spouse, who insists for its conclusion to accept to get married.

When marriage is concluded with account, it is an indicator that spouses don't believe them selves enough and they can not consider on their help and self sacrifice when is needed.[33]In this sense, certain authors believe that marital agreement is preparation for divorce, instead thinking of love and prosperity of the marriage till the end of the life.[34] The spouses from the beginning of the marriage try to protect their assets and financial interests.[35]

Acceptance of the marital agreement in the legal system means that much more attention is paid to the interests and welfare of the individual, rather than the welfare of the couple. This negatively affects for the stability and the success of marriage and often leads to divorce. According to Servidea concluding the marital agreement is a strong indicator that the spouses are preparing for divorce since the

---

[30] Zivojin Peric, *Personal Marital Law, according to Serbian Civil Code,* Belgrade, 1934, 52.

[31] J. F. Brod, „Premarital Agreements and Gender Justice"*Yale Journal of Law &Feminism,* 6/1994, 279.

[32]*Ibidem.*

[33]See: Bračni ugovor – kamen temeljac ili kamen spoticanja http://vencanjeizsnova. com/index.php/bračni ugovor.html

[34] K. Servidea, „Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage" *Virginia Law Review,* 91/2005, 537.

[35]*Ibidem.*

moment of its conclusion.[36] In the end, the main sensitive note upon Panov is that marital agreements destroy the romance in the marriage and emotional community.[37] To take account of property, material goods and money before marriage, when one considers that there should be love, absolute trust and harmony between partnersare opposite to the modern conception of marriage.[38]

Except certain number of academics, the Church is also a great opponent of the marital agreement.[39] According to their officials, when there is love and marriage the spouses shouldn't think about marital agreement.[40] Marital agreement is preparation for divorce and it spoils the trust between spouses and their plans in the future.

2.2. Arguments pro marital agreement

Despite critics of the marital agreement, there are many arguments according to which it has positive effects for the spouses.[41]In the first place, it allows the spouses[42] to arrange their property relations by free will, changing the rigid statutory provisions.[43] According to Reiss,,marital agreement enables the partners to get married without fear that if one day love ends they will spend their time at front of the courts and be exposed on a public humiliation.[44] That is the reason why with concluding a marital agreement spouses will not have to lead

[36]*Ibidem.*

[37]Slobodan I. Panov, *op. cit.,* 358. See more on this M.Ryznar, A. Stepien-Sporek, "To Have and to Hold, for Richer or Richer: Premarital Agreements in the Comparative Context", *Chapman Law Review,*Vol. 13/27, 2/2/2010, 27.

[38]About the financial challenges in the marriage and the romance see more Mary Rowland Linking Love and money, New York Times, Feb. 25, 1990.

[39]Slobodan I. Panov, *op. cit.,* 358.

[40]See more: The speech of Archiepiscope Vicentie. "Marital agreement preparation of the family for divorcehttp://radiosvetigora.wordpress.com

[41]See more Irena Majstorovic, *op. cit.,* 169.

[42]Jerome H. Poliacoff considers that "psychologically healthy people should be willing to discuss personal and financial matters, such as family ties and inheritance, the financial well-being of children from a previous marriage, the disposition and use of personal and business assets accumulated before the marriage, and other emotionally important expectations. Prenuptial agreements force an engaged couple to discuss thoroughly and honestly issues such as money and property, topics that some couples might avoid. These discussions can help build a better understanding of their assets and financial intentions, which can increase the chances of a peaceful and successful marriage." What does Love Have to do with it? *Family advocate,* Winter 2011, Vol. 33, Issue 3, 7.

[43]See more M. A. Glendon, *op. cit.,* 135-136.

[44] A.L. Reiss, „The 20 Milion Question" *The New York Times (NYT),* February 3, 2006, 235.

long, difficult and uncertain "war" on the division of the property in case of divorce.[45] Upon Fred Silberberg there are ten main reasons why marital agreement ought to be concluded: 1) The signing of the marital agreement helps spouses each other to become better acquainted; 2) The outstanding financial and property issues can disrupt the relationship between partners; 3) The separate property should remain unchanged; 4) Marriage commitments often can not be divided; 5) The divorce is expensive; 6) The marital agreement preserves peace in the family; 7) Financial independence affect the relations more fortunate; 8) The marital agreement provides freedom over other debts; 9) The law is not always fair and just regarding the division of property and 10) The expectations of the partners are predicted and secured in advance.[46]

Ability of the spouses to conclude a marital agreement upon their free will allows them to regulate their property relations in a different way than the statutory provisions.[47] Prenuptial agreements allow couples to write a "road map," that structures their finances according to a mutually predetermined plan.[48] In addition, prenuptial agreements enable an individual to protect a family business or specific piece of property from possible claims by a former spouse.[49]

In each country the legislator predicts statutory provisions for marital property regime, which can not meet the needs of all couples. There are many differences that exist between them, in terms of assets, their intellectual and emotional characteristics, desires, needs and interests. Contrary to those who think that marital agreement is detrimental to the stability of marriage it allows the couple to reach an agreement on property relations and finance, which is often a source of major conflict during the marriage. Moreover, the conclusion of a marital agreement can affect preventative for the occurrence of unsuccessful marriage.

---

[45]Children are the greatest victims from the divorce of their parents. Long lawsuits connected with the issue of division of the joint property negatively effects on their proper development. According to Paul R. Amato many studies show that the parents's divorce has negative consequences for the children when they grow up, including lower socioeconomic status, marital problems and greater likelihood of divorce. See more in:Paul R. Amato, The Consequences of Divorce for Adults and Children, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 62, No.4, 2000, 1279.

[46]Fred Silberberberg, *Prenuptial agreements 10 reasons to have one.*http://www1.divorcenet.com/ bbs/ubbthreads.php

[47]See more Gordana Kovachek Stanic, *Comparative Family Law,* University in Novi Sad, Faculty of Law, 2002, 43-72.

[48]See Karen S. Peterson, Money Sense From Start Is Important in Marriage, *Chi. Sun-Times,* Feb. 23, 1995, 2.9

[49]Albert B. Crenshaw, To Love, Honor and Protect Your Assets: Older Couples Embrace Prenuptial Agreements, *Wash. Post,* Apr. 27, 1993, (Health),12-13.

Supporters of the marital agreement consider it not as an expression of distrust between spouses, but as expression of true honesty and confidence that is necessary for a successful marriage.[50] It is also a confirmation that the spouses have not hidden intentions in marriage.[51] In this sense the fact that spouses discuss about concluding marital agreement is a reflection of the stability of the relationship and the maturity of the spouses.

Marital agreement provides better protection of the business, predicting that incomes are separate property of one of the spouses. Marital agreement is particularly useful for the partners who had been previously divorced and who want to protect the property interests of their children. In the US,[52] where over 50% of marriages end in divorce, similar as in Europe, couples often conclude a marital agreement to avoid traumas from the conflicts regarding the division of the property in divorce.[53] According to judicial practice in USA, marital agreement encourages concluding of marriage, because the divorced persons are not getting in to a new marriage if they do not conclude before a marital agreement with aim not to repeat the negative experiences from a previous marriage.

Divorce often rises an issue of maintenance of the children[54] and the ex spouse. These questions also lead to lengthy litigation, which adversely affects on the relations between the former spouses and exercising of the parental responsibilities after divorce.[55]This has an extremely negative impact on the children, who are the biggest victims of the conflicts between their parents who often finished with divorce. All these problems can be avoided if spouses conclude marital agreement in which, among others, they regulated the alimony issues.

Greater acceptance of the marital agreement in the contemporary societies

---

[50]Irena Majstorović, *op. cit.,* 225.

[51]*Ibidem.*

[52]According to Jerome H. Poliacoff in the USA "until the 1960s, American courts refused, on public policy grounds, to enforce prenuptial agreements designed to apportion property in the event of divorce as the enforcement of such contracts was viewed as being deleterious to the constancy of marriage. That changed in 1968, when a Florida appellate decision followed precedent in invalidating a prenuptial agreement, but a dissenting judge indicated that the contract should have been upheld as "not in contemplation of divorce, but in contemplation of marriage." Posner v. Posner, 206 So. 2d 416, 420 (Fla. Dist. Ct. App. 1968) (Swann, J. dissenting), rev'd, 233 So. 2d 381(Fla.1970). On appeal, the Florida Supreme Court agreed with the lower court dissent and held that prenuptial agreements settling alimony and property rights upon divorce are not void as contrary to public policy. Thus, the era of prenuptial agreements began." *Op. cit.,* 1.

[53]Allison A. Marston, "Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements", *Stanford Law Review,* Vol. 49:887, 1997, 895.

[54]More about the necessity for changes in the present concept of maintenance of the children see Dejan Mickovik, Angel Ristov, *Family Law Act..,* (2015b), 107-109.

[55] Lawsuits connected with non payment of the alimony are very often at front of the Macedonian courts.

is a result of the fact that in recent decades the essence, nature and meaning of marriage have been changed. It is more than evident that now days, despite the past, individual interests and needs of the spouses became more important, than the common interest, children and stability of marriage. In many countries dramatically is increasing the number of divorced marriages,[56] non marital unions and the number of the children born out of wedlock.[57] As a result of these, there is no more one and uniform model of family, like that was in the past with the nuclear family. New models of families occur, such as mono parental families, recomposed families etc.[58] In this sense, in the contemporary societies marriage doesn't have monopoly any more. These changes in the marital and family relations influence on the attitude of the judicial practice in the area of family law. According to Singer, it comes to the evolution of the Supreme Court of the United States toward marriage. Earlier the court treated marriage as an important public institution, unlike today, when "marriage is seen as a private connection in which the main goal is to promote individual happiness and personal fulfillment." In this context, it is quite logical to allow conclusion of a marital agreement in which will be evident the individual will and needs of the spouses.[59]

---

[56] According to Eurostat in the EU – 28 in 2012, there were around 2 million marriages concluded, while there were about 1 million divorces recorded. Marriages in the EU – 28 became less stable, as reflected by the increase in the crude divorce rate, which doubled from 1.0 divorce per year per 1000 inhabitants in 1970 to 2.0 divorces by 2010. Among the EU Member States, the highest crude divorce rates in 2012 were recorded in 2012 Latvia (3.6 divorces per 1000 inhabitants) and Lithuania (3.5), ahead of Denmark (2.8). The lowest crude divorce rate in 2012 was recorded in Ireland (0.6 divorces per 1000 inhabitants), Italy (0.9), Malta (1.1), Greece (1.2), Slovenia (1.2) and Croatia (1.3), Serbia (1.0), Montenegro (0.8) and Macedonia (0.9).

Available on http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics

[57] In the recent decades the number of the non marital unions and the live births outside marriage across the EU – 28 is increased. Usually the number of the children born out of wedlock is a indicator of the number of extra marital comunions. In 2011 in the EU -28 as a whole 39.3% of children were born outside marriage, while in 2000 the nthe rate was 27.3%. In 2012 extra-marital births accounted for the majority of births in Island (66.9%), Estonia (58.4%), Slovenia (57.6%), Bulgaria (57.6%), Sweden (57.4%), Belgium (52.3%), Denmark (50.6%), France (55.8%). The number of births are lowest in Greece (7.6%), Cyprus (18.6%) and Turkey (2.6%).In ex –Yu countries the number of extra marital births is highest in Slovenia (57.6%), while in other it is lower: Serbia (24.7%), Croatia (15.4%) and Macedonia (11.6%).

[58] See more Dejan Mickovik, Angel Ristov, *Family Law..,*(2016a), 88-91.

[59] Certain research in the past century shows that marital agreements are becoming very popular. In the United States, from 1978 to 1988 the number of marital agreement is tripled. It is estimated that 5% of all couples sign prenuptial agreement, and this percentage is 20% for partners who enter into a new marriage after divorce of the previous marriage. In France about 10% of couples enter into a marriage contract, usually in the case of particularly valuable assets. Marital agreements in Europe are especially popular in the Netherlands, where

3. PARTIES

In the comparative law there are not uniform solutions in the regulation of the marital agreement, as well as, other family law institutes.[60] That is why there are different solutions on the issue when can be marital agreement concluded. In some jurisdictions marriage contract can be concluded before the marriage, but also during the marriage.[61] In others it can be concluded only before the marriage. When marital agreement is concluded before the marriage it is called prenuptial agreement. As parties to this agreement are future spouses – fiancé and fiancée. Its validity is conditional depending on the conclusion of the marriage. In case they don't get married the marital agreement will not produce legal effect. Such provision is predicted in the French Civil Code (Art. 1395 Code civil). Same provision consists and Austrian civil code (Art. 1217 ABGB).[62] Similar provisions are predicted in the new family legislation of Russia, Bulgaria, Croatia, Serbia and Monte Negro. In other countries, such as in Germany, marriage contract can be signed only by current spouses, but not intending spouses.[63] A similar solution as Germany is envisaged in Italian law, under which prenuptial agreements are not permitted because they are considered to be contrary to the public interest. The main argument is that they could "affect on the spouses personal decisions such as divorce."[64]

4. FORM AND CONTENT

Marital agreement is a strictly formal agreement. Its form in almost all legislations is regulated by statutory provisions. In this sense, marital agreement

---

25% of couples enter into a marriage contract, and 40% of non marital partners older than 50 years conclude such an agreement for regulation of mutual property relations.

[60]See more Gordana Kovachek Stanik, *op. cit.,* 62-74.

[61]Besides these marital agreements, in the theory and practice are also known postnuptial agreements. They are relatively new phenomenon. But because of their practical advantages, there is reason to believe that they will become the dominant form of marital contract. See more Sean Hannon Williams, Postnuptial agreement, *Visconsin Law Review,* 2007, 829.

[62]See more Werner Ogris, Paul Oberhammer, *Législation Comparée: Autriche,* No. 8, Éditions du Juris'Classeur, 1997, 6.

[63]See more Peter Gotwald, Dieter Schwab, Eva Büttner, *Family and Succession Law,* Wolter Kluwer International, 2001, 107-116.

[64]Gordana Kovaček Stanić,*op. cit.,* 67. See also: Léonardo Lenti, *Législation compare: Italie,* Éditions du Juris-Classeur, No. 2, 1997; Dejan Micković, Angel Ristov, "Harmonisation of the Family Law and Inheritance Law in European countries", *Harmonius,* Belgrade, 2013.

must be concluded in written form and its content and the signatures must be certified by a competent authority such as public notary, judge or public servant. In German law marital agreement should be signed in the presence of both parties and verified by a notary (§1410 BGB). French law also predicts that marital agreement must be in writing and be verified by notary. The notary is obliged to warn the parties about the consequences of the agreement. Despite other legislations, French law is specific because the agreement must be approved by the competent national authority –the court *(tribunal de grande instance).*Similar solutions are predicted in Croatia, Bulgaria, Russia, Monte Negro etc.

In the comparative law there is also diversity of solutions that regulates the content of the marital agreement.[65]According to Kovachek Stanik "limitation of the freedom of contracting is consequence of the fact that contractual parties are the spouses and attention for protection of the weaker spouse."[66] In some countries the content is not thoroughly regulated and it is limited by the general legal rules and principles. Often there is a provision that in the content of the marital agreement can't be predicted issues that are contrary to the public order. In this sense, the freedom of contract of the spouses in German law is limited in terms of public order and morals. In Italian law, despite restrictions by the public order, freedom of contracting is limited by statutory rights and obligations arising from the marriage. This means that they can't change the rules on equality of the share in the common property and the rules for the division of property. But also, they can't change the mandatory rules related with the maintenance of the children and spouse. In other legislations the limitations of the content of the marital agreement are thoroughly regulated. In the Russian law, it is strictly précised that spouses in the marital agreement can't limit their legal and contractual capacity and the right to sue. They can't also prescribe in the marital agreement: personal relations between them, rights and responsibilities upon the children, as well as, other provisions that create disadvantage for one of the spouses. In the end it is predicted that all the provisions in the marital agreement that are contrary to the legal provisions of the family law can't produce legal effects. Despite the legislations that partially or fully regulate the content of marital agreement, in the comparative law there are legislations that do not have statutory provisions that regulates this issue, such is the example of the Serbian and Croatian law.

[65]See more Gordana Kovaček Stanić, *op. cit.,* 62.
[66]*Ibidem.*

5. PROBLEMS IN THE STATUTORY REGIME OF THE SPOUSES

One of the current problems with whom the spouses are faced in case of divorce is the status of their joint and separate property. The main dilemma is related to the question of what comes in the separate and what enters in the joint property of spouses.[67] In practice, very often, when separate property of a spouse is not enough to fulfill the claims of the creditors, they claim fulfillment from his part of the joint property. In this situation, with aim to abuse the right of the creditor's spouses' starts a lawsuit to prove greater contribution than ½ in the acquisition of joint property. These procedures, in most cases, aim to impede the execution of a portion in the joint property of the spouse who appears as a debtor. Until the end of the dispute bailiffs and creditors are obliged to wait to complete the litigation that can last for years. This creates legal uncertainty and the occurrence of abuses that are carried out by starting fictitious processes for determining the larger share of the joint property, which "tie the hands" of the creditors. In addition, creditors are often faced with the dilemma which property of the spouses isjoint and which is separate that also hinders the realization of their claims. This problem is especially apparent in case of divorce when the spouse didn't regulate their property relations during the marriage. Such problems arise in practice primarily as a result of the old legal provisions that haven't been changed for decades, although they have many legal gaps and inconsistencies.

According to our family law separate property will be considered the property possessed by the spouse before entering in to the marriage, but also and the property that will be acquired during the duration of the marriage upon inheritance, gift or legacy.[68] The separate property of the spouses includes personal things unless their value is disproportionately large compared to the value of joint property. Legislators still failed to settle certain issues pointed for years by the judicial practice and theory. It is about the revenue from intellectual property rights acquired by one of the spouses. Issue is whether they are separate property, or they enter into joint property of the spouses. In this regard there are two standpoints. According to the first opinion, the acquired property is a joint property because, although the copyright work is the result of intellectual abilities of one spouse, it is considered that the other spouse indirectly contributed to the creation of the copyright. Upon second standpoint, intellectual work is result of creative intellectual work of one spouse – the author and that is why it should be a separate property. In addition, it is arguable question of the income from intellectual property that was created before marriage and realized during the duration of marriage. Controversial is also the status of the property acquired with

[67]Dejan Mickovik, Angel Ristov, *Family Law,*(2016a), 321-329.
[68]*Ibid,* 325-326.

the income from the separate property of the spouses during the duration of the marriage, as the basis for its occurrence is not the joint work of the spouses. Our present legislation has not provision regulating property acquired upon games of chance. In this regard it is necessary to be predicted that property acquired upon games of chance is considered joint property, unless one of the spouses in the games of chance proved that he/she invested funds from the separate property. In the upcoming reform of the family law legislator should thoroughly regulate these issues that create problems in the practice.

The property that the spouses acquire during the marriage on the basis of their work is considered joint property. Work is the most important basis for the creation of joint property. According to the judicial practice, as work and contribution to the joint property is considered to be also indirect work – homestead, such as rising of the children, cleaning, cooking etc. Besides working as one of the essential foundations, the joint property of the spouses may occur with gifts made in favor of spouses, by will, as well as all other freight and gifts legal acts that occur and both spouses. According to the case law of the Supreme Court of Macedonia, the joint property of the spouses may be acquired on the basis of loan and life time maintenance contract.[69] In case of division of the joint property according to the law it is considered that it belongs to the partners equally if it is not proved opposite.

6. MARITAL PROPERTY REGIME DE LEGE FERENDA

Our legislation is usually late for decades from the contemporary tendencies in the marital and family relations. That is why introducing a marital agreement in the new civil code will be one of the most important reforms in the Macedonian family law. In present legislation still dominates the statutory marital property regime which doesn't leave plenty of "room" for the free will of spouses. Analysis of the comparative law, as well as, the arguments in favor of marital agreement allows us to support the proposal of the Commission for it regulation in the civil code. Despite the countries (Serbia,[70] Monte Negro and Croatia) that regulate marital agreement with few provisions, we consider that our legislator should follow the example of Germany, France and other countries where this agreement is thoroughly regulated.

[69] *Ibid,* 323-324.

[70] Despite present solutions predicted in the several provisions in the Family Law Act, Draft Book 3 of the Civil code of Republic of Serbia – Family Relations, predicts thorough regulation of the marital agreement. This example should follow the Macedonian legislator. See more Draft Book of the Civil code of Republic of Serbia, Third Book Family Relations, Government of Republic of Serbia, Belgrade, 2011, 86-90.

With aim to harmonize our family law in the regulation of the marital agreement, legislator must consider and incorporate the Principles of European Family Law regarding property relations between spouses. In this sense, marital agreements should be allowed to be concluded before marriage as well as during the marriage. Except for the future or present spouses' marital agreement should be allowed and for the non marital partners. Upon the marital agreement spouses will arrange their property relations freely by consent.

Considering the solutions in comparative law as well as the position and role of the notary in our legal system, we think it is a most comprehensive manner for the notaries to be responsible for verification of marriage contracts. They also could conclude marital arrangements in the form of a notary's deed. This would practically mean legalization of what was already happening in practice. Notary should give impartial advice to each spouse separately and ensure that each spouse understands the legal consequences of marital property agreement. In this sense, legislator should prescribe that marital agreement should be drawn up by a notary public, dated and signed by both spouses.

We also consider that it will be very useful predicting a provision regulating the content of the marital agreement. Given the fact that Macedonian family law doesn't have marital property models (as Germany, France and Switzerland) with the marital agreement spouses will be able to amend legal regime of marital joint property. Spouses in the contract would be able to specify separate property, predicting the percent of condominium in case of division, the rights and obligations in mutual support, using the income of one spouse by the other, the expenses for family life, as well as determining the property that will belong to each of the spouses in case of divorce. In the civil code will be predicted that with marital agreement partners could not amend the mandatory legal norms relating to the right of alimony, the obligation to cover the expenses of family life and responsibilities of parents towards the children. The legislator should also predict norms regulating the effects against third parties and the marital agreements register, as well as possibility for changes in the marital agreement in cases of exceptional hardship.

Besides introduction of the marital agreement changes are necessary in the regulation of the statutory regime, particularly in the terms of separate and joint property. To overcome present legal gaps we consider that legislator should accept certain solutions from the matrimonial property regimes predicted in the Principles of European Family Law regarding property relations between spouses. This concerns especially the solutions that precisely define community property and personal property.

In the end, crucial reform will be predicting a special status of the family home that will be the best interest of the child.[71] In this sense legislator should prescribe provisions for protection of the family home and household goods, as well as protection of the leased family home.

[71] Angel Ristov, "The Legal Status of the Marital Home in the Macedonian and Comparative Law", *Iustinianus Primus Law Review,* No. 5, Skopje, 2012.

Др Ангел РИСТОВ
Доцент, Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методије“ Скопље

МАКЕДОНСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И РЕФОРМА БРАЧНОГ ИМОВИНСКОГ РЕЖИМА СУПРУЖНИКА

Апстракт: Македонско породично законодавство није претрпело значајне промене деценијама. Ово се посебно односи на питање брачног имовинског режима супружника. С обзиром да је у Републици Македонији у току процес кодификације грађанског права, увођење брачног уговора и његово темељно регулисање биће једна од кључних реформи. Упркос чињеници да је брачни уговор један од најконтроверзнијих уговора у моралном, етичком, правном и религијском смислу, предвиђен је у великом броју законодавстава. Брачни уговор омогућава супружницима да уреде своје имовинске односе према њиховој вољи, жељама и условима. У македонском праву брачни уговор није регулисан, међутим у пракси се закључује на основу принципа слободе уговарања. То је разлог због чега се врло често постављају питања и дилеме у вези његове дозвољености, уговорних страна, форме, садржине и др. Како би се превазишле дилеме и проблеми у будућности, неопходно је темељно регулисање брачног уговора у Грађанском законику. У реформи породичног права неопходно је да се регулишу и садашње правне празнине у вези посебне и заједничке имовине супружника, који стварају проблеме у пракси.

Кључне речи*:* *Македонски грађански законик, брачни имовински режим, законски имовински режим, уговорни режим, брачни уговор, посебна имовина, заједничка имовина.*

BIBLIOGRAPHY:

Allan Graham, Hawker Sheila, Crow Graham, Family Diversity and Change in Britain and Europe*, Journal of Family Issues*, Vol.22 No.7, October 2001

Alinčić M., HrabarD., Jakovac-Lozić D., Korać-Graovac A., *Obiteljsko pravo,* Narodne Novine, Zagreb, 2007;

Amato P.R., The Consequences of Divorce for Adults and Children, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 62, No.4, 2000;

Brod J.F., „Premarital Agreements and Gender Justice"*Yale Journal of Law &Feminism,* 6/1994;

Цанкова Цанка, Марков Методи, Станева Анна, Тодорова Велина, *Коментар на новия Семеен Кодекс,* ИК „Труд и право", София, 2009;

Crenshaw A.B., To Love, Honor and Protect Your Assets: Older Couples Embrace Prenuptial Agreements, *Wash. Post,* Apr. 27, 1993, (Health);

Daly Mary, Changing family life in Europe: significance for state and society*, European Societies,* Vol 7, Issue 3, September 2005;

Draškić M., *Porodično pravo i prava deteta,* JP Službeni glasnik, Beograd, 2009;

Glendon Marry Anne, *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1989;

Gokalp-Villeneuve L., Thery I., *Couple, fillation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée,* Editions Odile Jacob, Paris, 1998;

Gotwald P., Schwab D., Büttner E., *Family and Succession Law,* Wolter Kluwer International, 2001;

Grupche Asen, *Estate Law, Property Law,* Kultura, 1976;

Hadzivasilev Mile, *Family law,* Studentski zbor, Skopje, 1990;

Ignjatović Marija, Imovinski ugovor bračnih drugova u pravu Republike Srbije, Nesklad teorije i prakse, *Pravni život,* 10/2008;

Kocov Bozhidar, "Property relations of the spouse" *Family legislation of Republic of Macedonia,* Supreme court od Republic of Macedonia, 1994;

Kovachek Stanic G., *Comparative Family Law,* University in Novi Sad, Faculty of Law, 2002;

Ковачек Станић Г., *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право,* Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2007;

Lenti L., *Législation compare: Italie,* Éditions du Juris-Classeur, No. 2, 1997;

Марков Методи, *Семейно и наследствено право,* Сиби, София, 2009;

Marston A.A., "Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements", *Stanford Law Review,* Vol. 49:887, 1997;

Матеева Екатерина, *Семейно право на Република България,* ВСУ „Черноризец Храбър“, София, 2010;

Матвеевна НечаеваАлександра, *Семейное право,* Юрайт, Москва, 2011;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, "Codification of the Family Law in the Republic of Macedonia", *Proceedingsof the Pale Law Faculty,* Republic of Srpska, 2014;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, *Family Law,* Stobi Trejd, Skopje, 2016;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, *Family LawAct,* Stobi Trejd, Skopje, 2015;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, “Family Law in The New Civil Code of The Republic of Macedonia: Key Issues and Necessary Reforms” *International Survey of Family Law,* Jordan publishing, Bristol, 2014.

Mickovik Dejan, Ristov Angel, “Family Law in The New Civil Code of The Republic of Macedonia: Key Issues and Necessary Reforms” *International Survey of Family Law,* Jordan publishing, Bristol, 2014;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, “For permissibility of the Marital Agreement: Marriage based on love or interest, *Lawyer,* No. 284, Association of Lawyers of the Republic of Macedonia, Skopje, December 2015;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, "Harmonisation of the Family Law and Inheritance Law in European countries", *Harmonius,* Belgrade, 2013;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, “Les changements dans les rapports conjugaux et familiaux dans les pays européens et dans la République de la Macédoine”, *Facta Universitatis,* Pravni fakultet Nis, 2014;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, “Marital Agreement in Macedonia and Croatia” Zagreb-Skopje Colloqium, University of Zagreb, Zagreb, 2016;

Micković Dejan, Ristov Angel, Marital Agreement in the Macedonian and Comparative Law, *Legal life,* Assossiation of the Lawyers - Repubic of Serbia, Belgrade, 2012;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, “The place of the Family Law in the Civil code” *Lawyer,* Society of lawyers in Republic of Macedonia, 2015;

Mickovik Dejan, Ristov Angel, The Position of the Spouse in the Macedonian and Comparative Inheritance Law , *Proceedings of the Faculty of Law "Iustinianus Primus" - Skopje in honor of prof. Todor Pelivanov,* Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje, 2012;

Ogris W., Oberhammer P., *Législation Comparée: Autriche,* No. 8, Éditions du Juris’Classeur, 1997;

Peterson K.S., Money Sense From Start Is Important in Marriage, *Chi. Sun-Times,* Feb. 23, 1995;

Planiol Marcel, *Traité Élémentaire de DROIT CIVIL,* Tome troisième, Paris, 1910;

Poliacoff J.H., What does Love Have to do with it? *Family advocate,* Winter2011, Vol. 33, Issue 3;

Ponjavic Zoran, "Marital agreement" *Annals of Faculty of Law in Belgrade,* 5/2009;

Reiss A.L., „The 20 Milion Question" *The New York Times (NYT),* February 3, 2006;

Ristov Angel, "Actual questions and dilemmas connected with the realization of the claims in the civil law relations in the Macedonian law", *International Seminar of Bailiffs,* May 7 - 10, 2015, Sandanski Republic of Bulgaria;

Ristov Angel, "Current Problems in the Enforcement of Creditors' Claims in The Macedonian Family and Inheritance Law," *Seminar on Bailiffs,* 30 May-2 June 2013 Durres Albania, Bailiffs Chamber of the Republic of Macedonia, 2013;

Ristov Angel, Legal un/certainty in Macedonian Family an Inheritance Law, *Ohrid School of Law,* Iuridica Prima, Stobi Trejd, Skopje, 2016;

Ristov Angel, "Non Marital Union in the Macedonian Family Law" Ohrid School of Law, *Iuridica Prima,* Vol. 1, May 2015;

Ristov Angel, "The New Challenges in the Regulation of Marriage and Non Marital Union," *Harmonius,* Belgrade, 2014;

Ristov Angel, "Is the Marriage Agreement Necessary in the Macedonian Legislation" *Notarius*, no. 23, Notary Chamber of Republic of Macedonia, Skopje, July 2013;

Ristov Angel "Marital Agreement - Unknown, Reality or Necessity in the Modern Macedonian Family Law" *Proceedings of the Law Faculty "Iustinianus Primus" in Skopje in honor of prof. Ljiljana Spirović Trpenovska,* Law Faculty "Iustinianus Primus", Skopje, 2012;

Ristov A., "The Legal Status of the Marital Hoe in the Macedonian and Comparative Law", *Iustinianus Primus Law Review,* No. 5, Skopje, 2012;

Rowland M., Linking Love and money, New York Times, Feb. 25, 1990;

Ryznar M., Stepien-Sporek A., "To Have and to Hold, for Richer or Richer: Premarital Agreements in the Comparative Context", *Chapman Law Review,*Vol. 13/27, 2/2/2010;

Servidea K., „Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage" *Virginia Law Review,* 91/2005;

Shkarik Svetomir, *Constitutional Law,* 8 edition, Prosvetno delo, Skopje, 2007;

Spirovik Trpenovska Ljiljana, Mickovik Dejan, Ristov Angel, *Inheritance in Europe,* Shine, Skopje, 2011;

Teshic Nenad, "Love on first Sigh" About morality of the marital agreements, *Annals of Faculty of Law in Belgrade,* LVII, 22/2009;

Vidić Jelena, "Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice"*Pravni život,* Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 11/2009.

Waltzer Peter M., "A World of Agreements" Family Advocate, Winter 2011, Vol. 33, Issue 3, 1.

Williams S.H., Postnuptial agreement, *Visconsin Law Review,* 2007;

Zhivkovska Rodna, *Property Law, Book I,* Europe 92, Skopje, 2006;

УДК 347.919:342.72/.73(4-672EU)
366.542/.543(4-672EU)

Др Татјана ЗОРОСКА-КАМИЛОВСКА*
Мр Татјана ШТЕРЈОВА*

ПРИСТУП ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У РЕГУЛИСАЊУ ПОСТУПАКА ЗА КОЛЕКТИВНУ ЗАШТИТУ ПРАВА

“*Who’s afraid of US-style class actions*”?[1]

Janet Walker

“*The civil-law class action proceeding is likely to fit in well with approaches, practices, habits, and attitudes peculiar to a civil-law system. There is thus no reason to fear class litigation in any country“.* [2]

Antonio Gidi

Апстракт: У савременим условима живљења, потреба постојања поступка за колективну заштиту права је нарочито актуелна. Друштво масовне производње и потрошње нужно детерминише не само његов економски систем, него и живот уопште, па су и конфликти (спорови) у друштву обележени масовношћу. Традиционални модел парничног поступка је очито постао неадекватни механизам за процесуирање масовних повреда права, па су креирани различити поступци за колективну заштиту права. Овакви механизми имају своје корене у америчкој цивилној процедури, а

* Редовни професор, Правни факултет “Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопље, t.zoroskakamilovska@pf.ukim.edu.mk

* Докторанд, Правни факултет “Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопље, tsterjova@hotmail.com

[1] Janet Walker, „Who's afraid of U.S.-style class actions?”, *Southwestern Journal of International Law*, Vol. 18, 2012.

[2] Antonio Gidi, “Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries”, *The American Journal of Comparative Law,* 51, 2003, 321-322.

њихово увођење на европском тлу је дуго било проблематизирано. У раду је обрађена генеза и развој европске регулативе на подручју колективне заштите права и интереса. Тежишно су прослеђени приступи који су се користили и њихова позадина, као и актуелни приступ у регулисању механизма колективне заштите права.

Кључне речи: *колективна заштита права, механизми, право Европске уније.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ О ПОСТУПЦИМА ЗА КОЛЕКТИВНУ ЗАШТИТУ ПРАВА

Поступци за колективну заштиту права су један од механизама који се све чешће уводе у процесне системе како би се одговорило на потребу за што ефикаснијим системом за заштиту грађанских права и интереса. Иако глобално нису нови процесни феномен, у последњих неколико година они су се нашли у центру пажње процесне теорије и законодавства, нарочито у европском контексту.

Сам појам „поступци за колективну заштиту права“ (*collective actions, group actions, class actions)* је генерички и инкорпорише у себи различите процесне механизме (без обзира на назив), који због разлога процесне економије и ефикасности у пружању правне заштите, омогућавају да се више истих или истоврсних захтева групише у један судски поступак. На одређени начин, ови поступци представљају приступно, али и контроверзно решење, које омогућава агрегацију више повезаних тужбених захтева који припадају већем броју различитих субјеката и нихову „канализацију“ у један поступак у коме различите засегнуте стране остварују своја права и интересе.[3]

Кључна карактеристика ових поступака је постојање заједничких обележја која оправдавају колективни третман свих повезаних тужбених захтева.[4] Колективни третман више правозаштитних захтева требало би омогућити, и допустити, у ситуацијама код којих решење једног спора, може адекватно одговорити и на питања покренута у свим другим споровима који чине групу. Другим речима, поступке за колективну заштиту права треба

[3] Вид. Jürgen G. Backhaus, Alberto Cassone, Giovanni Ramello, „The Law and Economics of Class Action Litigation: Setting the Research Agenda”, in: *The Law and Economics of Class Action in Europe: Lessons from America,* Jürgen G. Backhaus, Alberto Cassone, Giovanni Ramello (eds.), Cheltenham, UK, Northnampton, MA:Edward Elgar, 2012, 4; Alan Uzelac, „Why No Class Actions in Europe? A View From the Side of Dysfunctional Justice Systems”, in: *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeking Mice?*, Viktoria Harsági, C. H. van Rhee(eds.), Intersentia, Cambridge - Antwerp – Portland, 2014, 54.

[4] Richard Marcus, „Still Confronting the Consolidation Conundrum”, *Notre Dame law Review*, 88, 2012, 562.

допустити ако одговарају моделу „*if as to one, then as to all*”.[5] Према томе, основна претпоставка за допуштеност заједничког (групног) третмана десетине, стотине, па и хиљаду правозаштитних захтева, који припадају истом таквом броју различитих субјеката, је да постоји повезаност између њих, која се најчешће испољава као постојање истог или сличног чињеничног или правног основа захтева. Неспорно је да чињенице, саме за себе, готово никада не могу буквално да се реплицирају у више различитих ситуација, али са друге стране, врло често постоје захтеви са малим варијацијама оспорених питања која се постављају унутар њих, па се питање њиховог групног третмана третира као целисходно и оправдано.[6]

У савременим условима живљења, потреба постојања поступка за колективну заштиту права је нарочито актуелна. Друштво масовне производње и потрошње у коме живимо, нужно детерминише не само његов економски систем, него и живот уопште - друштвене везе, комуникацију итд. И конфликти (спорови) у друштву су обележени масовношћу. Постоји тзв. тренд „масивизације спорова“[7] и адекватно њему тренд тзв. мега-парница.[8] Наведени трендови су јасно дали до знања да је традиционални модел парничног поступка неадекватни процесни механизам и да се он мора „реконструирати“ како би одговорио на тзв. „масивизацију спорова”.

Док је америчка цивилна процедура прожета парагматичношћу одавно установила класну тужбу (*class action*) као одговор на тзв. *mass harm situations*, питање допуштености поступака за колективну заштиту права на

[5] Samuel Issacharoff, Geoffrey P. Miller, Will Aggregate Litigation Come to Europe”, *Vanderbilt Law Review*, 156, 2008, 185.

[6] Права која су повезана истим или сличним чињеничним или правним основом и која су погодна за колективну заштиту у теорији (али и у неким законодавствима) називају се хомогена индивидуална права. У суштини, она су традиционална индивидуална права која припадају различитим субјектима, и за која се обезбеђује заштита у заједничком поступку, односно на колективни начин, због постојања заједничке чињеничне и/или правне основе. Према томе, хомогена индивидуална права по својој природи нису колективна, али добијају карактер колективности због постојања заједничких околности на којима се заснивају правозаштитни захтеви, или другим речима, она случајно добијају колективни карактер (*accidentally collective rights, interesses accidentalmente colectivos*). Насупрот њима су тзв. колективна и дифузна права, која су по својој природи трансиндивидуална и недељива, односно „суштински колективна“ (*essentially collective rights, interesses esencialmente colectivos*). Вид. J. C. B. Moreira, *Tutela jurisdiccional dos intereses coletivos ou difusos*, Temas de direito processual (Terceira Série), Saraiva, São Paolo, 1984, 196.

[7] Термин „масивизација спорова” први је употребио италијански процесуалиста Mauro Cappelletti. Вид. Mauro Cappelletti, „Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist Contibution”, *Buffalo Law Review*, 25, 1975, 646.

[8] О појму мега парница (mega-litigation) вид. Roland Sackville, „Mega-litigation: Towards a new approach”, *Civil Justice Quarterly*, 27, No. 2, 2008, 244.

европском тлу је далеко проблематичније. Веома дуг период, европски законодавци су са неодобравањем гледали на овакве процесне механизме. Они су имали третман „екцеса америчког процесног система“, који не одговарају процесним традицијама европског континенталног права. Иако је Европски суд правде јасно дао до знања да механизми за колективну заштиту права, сами за себе, нису у супротности са чл. 6 Европске конвенције о људским правима, све док су индивидуални интереси субјеката поступка загарантовани, европски законодавци су овакве процесне механизме посматрали као директан изазов за нека универзална начела и правила традиционалног парничног поступка, укључујући и начело саслушања странака, начело диспозитивности, правила да се парнични поступак не може водити између странака чији је идентитет непознат, као и правила о субјективним границама правноснажности пресуде изражено у максими „*res iudicata ius facit inter partes*“ и да је за друга лица она „*res inter alios acta*“.

Последњих година оваква позиција почиње да еволуира према схватању да увођење процесних механизама за колективну заштиту права не мора нужно значити и потпуно преузимање америчког модела класне тужбе, већ да законодавци имају пуну слободу да овај процесни механизам прилагоде специфичним процесним традицијама појединих држава. Полазећи са ове премисе, највећи број европских држава већ је увео неку врсту поступка за колективну заштиту права. Ради се о веома широком спектру најразличитих варијација модела, од „*opt-out*“ класне тужбе, на једној страни спектра (као што је на пример португалска „*acção popular*“), преко механизама у којима је покретање поступка на основу „*opt-out*“ модела допуштено као изузетак, једино у споровима мале вредности (пример су поступци у Данској и Норвешкој), затим класичне представничке тужбе где су неко државно тело или приватна организација овлашћени за покретање поступка (пример је француска „*action en représentation conjointe*“), па све до чистих процесних модела који омогућавају ефикасност у справљању са великим бројем предмета (као на пример енглески „*Group Proceedings Order*“ или њемачки „*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*“), на другој страни спектра.

На нивоу Европске уније активности које се предузимају на плану унификације механизама за колективну заштиту права одвијају се скромним интензитетом и бележе слаб напредак. Ово и није изненађујуће ако се узму у обзир ограничена легислативна овлашћења Европске комисије у овом домену, као и чињеница да је највећи број држава чланица већ увео неку врсту поступка, због чега и покушај да се ускладе разлике и да се креира пан-европски модел поступка за колективну заштиту не наилази на подршку. У даљем тексту биће обрађена генеза и развој европске регулативе на подручју колективне заштите права и интереса.

2. ПРАВНИ ОСНОВ ЗА НОРМАТИВНО РЕГУЛИСАЊЕ ПОСТУПКА ЗА КОЛЕКТИВНУ ЗАШТИТУ НА НИВОУ ЕУ

У време оснивања Европске економске заједнице (ЕЕЗ), основни концепт развоја европских грађанских процесних законодавства утемељен је на позицији партикуларизма: да се грађански процесни системи граде као национални системи заштите субјективних права. Полазило се од премисе да свака држава чланица има пуну аутономију да регулише систем остваривања и заштите права на начин који сматра најприкладнијим, па је регулисање овог система било препуштено националним законодавствима.[9] Премиса је била резултат почетног недостатка јасне визије о функцији грађанског процесног права у оквиру европског правног поредка, али схватања да је процесни механизам заштите права најуже везан за суверенитет државе, због чега не треба дозволити да Заједница има надлежност на терену грађанскоправне заштите. Консеквентно, фокус активности институција ЕЕЗ био је повезивање државних органа и институција појединих држава чланица, и унапређење њихове сарадње, а не само остваривање и заштита права и интереса појединих физичких и правних лица.[10]

Хармонизација процесних система заштите грађанских права и интереса бележи значајнији напредак по увођењу члана 65 у Уговор о оснивању Европске уније (ЕУ), с Уговором из Амстердама из 1997 године[11].

---

[9] Једини изузетак, од самог почетка, било је право за заштиту конкуренције, јер се сматрало да је оно један од основа за стварање заједничког европског тржишта. Вид. опширније код Kai Purnhagen, „United We Stand, Divided We Fall?- Collective Redress In The EU“, *European Review of Private Law 21*, No. 2, 2013, 479.

[10] Противречност између општег става о непостојању компетенција ЕЕЗ у овој сфери, са једне стране, и опсервирана потреба за сарадњу у грађанским предметима, у функцији развоја унутрашњег тржишта, са друге стране, имала је разрешницу у одредби чл. 200, ал. 4 Уговора о оснивању ЕЕЗ из 1957 године, према којој се државе чланице обавезују, уколико је потребно, да приступе међународним преговорима, да би обезбедиле, у интересу својих грађана, поједностављење формалности у вези узајамног признавања и извршења судских и арбитражних одлука. Овај члан Уговора о оснивању ЕЕЗ представљао је формалноправну основу за закључење основног међународноправног документа за грађанско процесно право Заједнице - Конвенцију о надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима, у Бриселу, 27 септембра 1968 године. Конвенција је значила „само почетак уједначавања и уравнотежавања грађанских процесних права држава чланица у опредељеној групи правних послова, а не наднационални аутономни корпус процесних правила, у правом смислу речи”. Вид. код Mirjam Freudenthal, „The Future of European Civil Procedure“, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 7.5, December 2003.

[11] Према члану 65 Амстердамског уговора, мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима које имају прекограничне импликације и које се усвајају по

Амстердамски уговор променио је правне основе за сарадњу у грађанским стварима, дајући нови импулс развоју аутономног корпуса грађанских процесних правила ЕУ.[12] Ипак, он је и даље остао ограничен на сарадњу у грађанским стварима са прекограничним импликацијама, заснован на начелу узајамног признавања пресуда и вансудских одлука. Ствари се нису битно промениле и након потписивања Уговора о функционисању ЕУ из 2007 године, који је практично на идентичан начин регулисао подручје сарадње у грађанским стварима. Наведено је израз концепта да су циљеви ЕУ фокусирани на обезбеђивање функционисања јединственог тржишта, због чега су активности Уније усмерене на уклањање прекограничних баријера између појединих држава чланица и на хармонизацију материјалноправних одредаба. У том смислу, нормативна интервенција Уније је ограничена са два основна принципа функционисања Уније: принципом супсидијарности, који означава да одређене мере могу бити предузете на нивоу Уније једино ако одређени циљеви не могу адекватно бити остварени од стране дражава чланица, и принципом пропорционалности, који означава да мере које се усвајају на нивоу Уније не смеју прелазити оно што је неопходно за постизање циљева који су одређени тим мерама[13]. Свакако не треба

процедури предвиђеној у члану 67, у мери која је неопходна да се осигура добро функционисање унитрашњег тржишта, обухватају:

а) побољшање и поједностављење:

- система прекограничног достављања судских и вансудских аката,
- сарадњу у области прибављања доказа,
- признање и извршење пресуда у грађанским и трговачким стварима, укључујући и случајеве вансудских одлука;

б) унапређење усклађености правила држава чланица која се примењују на сукоб закона и сукоб надлежности;

в) укидање препрека за добро функционисање грађанских поступака, уколико је потребно подстицајем усклађености правила о грађанском поступку која важе у државама чланицама.

[12] То је резултирало усвајањем Регулативе (ЕЦ) бр. 44/2001 о надлежности и признавњу и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима (Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters), као обавезујућег и непосредно применљивог правног инструмента у свим државама чланицама ЕУ. Вид. Astrid Stadler, „From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of Civil Procedure“, *Common Market Law Review*, Vol. 42. No. 6, 2005, 1637-1661.

[13] Вид. Christopher Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2008, 93; Marcel Storme, „The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure: Balancing, Distribution of Lawmaking Power, and Other Constitutional Issues“, *European Review of Private Law*, 2012/1, 245-246.

превидети и да се нормативна интервенција Уније понекад *de facto* проширује применом доктрине корисног ефекта (*effet utile*).[14]

Према томе, у домену поступака за колективну заштиту права, евидентан је недостатак правног основа о надлежности Уније за њихово регулисање. Чл. 81 Уговора о функционисању ЕУ, који је у суштини ранији чл.65 Амстердамског уговора, могао би да послужи као правни основ за нормативну интервенцију у сфери процесних механизама за колективну заштиту права једино у случајевима спорова за прекограничним елементима, што свакако није задовољавајуће решење.

Због тога, на нивоу ЕУ дуго се у погледу овог питања примењивао вертикални приступ, са активностима на два подручја - потрошачко право и право конкуренције. С циљем превазилажења ограничености секторског приступа, регулисању питања механизама за колективну заштиту права приступљено је са друге стране - преко чл.114 Уговора о функционисању ЕУ, којим је прописано да:

"... Европски парламент и Савет, у складу са редовним законодавним поступком и након саветовања са Економско-социјалним комитетом, утврђују мјере за приближавање одредаба закона и других прописа држава чланица чији је предмет успостављање и функционисање унутрашњег тржишта".

Прихваћено је да се ова одредба може искористити и за сврхе које превазилазе просто укидање трговинских баријера, и укључује могућност нормативног регулисања неких специфичних питања у појединим областима, чиме се олакшава остваривање фундаменталних права правних субјеката. Одредба је искоришћена како правни основ за даљи развој процесних механизама за колективну заштиту права на нивоу ЕУ.

3. РАЗВОЈ УРЕЂЕЊА ПРОЦЕСНИХ МЕХАНИЗАМА ЗА КОЛЕКТИВНУ ЗАШТИТУ ПРАВА У ЕУ

Као што је речено, у регулисању механизама за колективну заштиту права дуго је примењиван вертикални, секторски приступ у оквиру којег су предузимане активности на два подручја - потрошачко право и право конкуренције.

У области потрошачког права, питање о могућностима за остваривање колективне заштите права већег броја потрошача први пут је покренуто 1984 године, у Меморандуму Комисије, у коме се изричито каже да основни принцип на коме су организовани системи заштите права у свакој

[14] M. Storme, *Op.cit*., 246.

држави чланици, независно којем правном кругу припада је да било који индивидуални субјект може покренути поступак једино ако је реч о заштити његових индивидуалних права и интереса[15], као и да је немогуће да се предложи хармонизација националних механизама, због велике комплексности, али и различитости која постоји између њих.[16]

Током следећих година, ово питање је било предмет интересовања више директива и регулатива из области потрошачког права[17], које су усвојене ради обезбеђења већег ступња остваривања права гарантованих на европском нивоу.[18]

Интерес Комисије за механизме колективне заштите права поново се појачава током 2008 године, доношењем *Green Paper on Consumer Collective Redress.* У овом документу Комисија је предложила више опција за уређење овог питања: 1) потпуна пасивност, односно непреузимање никаквих активности по овом питању, 2) развијање боље сарадње између држава-чланица, 3) увођење комбинације више обавезујућих и необавезујућих метода и 4) увођење судског механизма за колективну заштиту права у свим државама чланица.[19] Притом, Комисија је заузела став да уколико се успостави сарадња између држава чланица, процесни механизам колективне заштите права уведен у једној држави треба да буде доступан и потрошачима у свим осталим државама чланица.[20]

Паралелно с овим, Комисија је посветила пажњу и питању колективне заштите права на терену права конкуренције, доношењем *Green Paper* у 2005 години[21] и *White Paper* у 2008 години[22], којима Комисија

---

[15] Consumer redress, Commission memorandum to the Council transmitted on 4 January 1985, COM (84) 692 final, 12 December 1984, http://aei.pitt.edu/1597/1/1597.pdf, приступ: 9. март. 2017 године.

[16] Вид. опширније код Hodges, 2008,103.

[17] Међу њима, централно место припада Directive 98/27/EC on cross-border injunctions for breach of specified consumer protection, која регулише могућност да се „овлашћени ентитет“ у једној држави чланици може обратити судовима друге државе чланице, са захтевом да се суспендују или забране активности којима се повређују колективна права потрошача.

[18] Вид. Hans-W. Micklitz Bamberg, „The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU”, *German Law Journal,* 4, 2003, 1061.

[19] Green Paper on Consumer Collective Redress Brussels, COM(2008) 794 final, 27.11.2008, http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/greenpaper_en.pdf, приступ: 9. март. 2017 године.

[20] Sophia Tang Zheng, „Consumer Collective Redress in European Private International Law”, *Journal of Private International Law 7*, no. 1, 2011, 105.

[21] Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, Brussels, 19.12.2005, http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN, приступ: 9. март. 2017 године.

предлаже комбинацију два комплементарна механизма колективне заштите права: 1) репрезентативне поступке, који ће бити покренути од стране овлашћених лица и 2) колективне поступке, који дају могућност за агрегацију више правозаштитних захтева у једном поступку. Приступ ових докумената заснива се на неколико елемената: 1) легитимација за покретање таквог поступка не признаје се индивидуалним субјектима, већ овлашћеним квалификованим ентитетима, 2) чланство у групи која колективно штити своја права утврђује се на основу принципа *opt-in*, 3) накнада штете која ће бити одређена сваком индивидуалном субјекту биће реалан одраз његове стварне штете. Предложени процесни механизам имао је два главна циља: установити ефикасан поступак који ће обезбедити адекватну заштиту права странака, и који ће истовремено осигурати да сви засегнути субјекти буду у потпуности обештећени.[23]

Коначно, након спроведених јавних консултација током 2011. године, усвајањем Резолуције Европског парламента „*Towards a coherent European Approach to Collective Redress*", у 2012. години, заузет је став да приступ треба да буде у облику хоризонталног оквира, и да обухвати усвајање заједничког сета принципа који ће обезбедити униформни приступ правде путем колективних механизама за заштиту права.[24] Резолуција поставља темеље заједничког европског механизма: принцип *opt-in*, признање процесне легитимације само овлашћеним претставничким организацијама, потпуна надокнада за штету проузроковану индивидуалним субјектима, забрана интрузивних поступака за прибављање докумената, уређење режима трошкова поступка према успеху странака у спору и забрана финансирања трошкова поступка од стране трећих лица.

На основу развоја приступа ЕУ по овом питању, израженим у разним документима усвојеним током година, може се закључити да су циљеви креирања модела за колективну заштиту права на новоу ЕУ следећи:[25]

- Да се установи и развије ефикасан механизам за колективну заштиту права која су на неки начин била повређена, оспорена или угрожена, путем накнаде штете;

---

[22] White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final, Brussels, 2.4.2008, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf (приступ: 9. март. 2017 године).

[23] Вид. Jocelyn Delatre, „Beyond the White Paper: Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation", *Competition Law Review 8*, no. 1, 2011, 31.

[24] European Parliament resolution of 2 February 2012 on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress' (2011/2089(INI)), http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+PDF+V0//EN, приступ: 9. март. 2017 године.

[25] Вид. John Sorabji, „Reflections on the Commission Communication on Collective Redress", *Irish Journal of European Law*, 17, no.1, 2014, 64-66.

- Да се обезбеди заштита материјалних и процесних права тужених, на начин који смањује ризик од злоупотребе процесних овлашћења;
- Да се осигура спровођење права субјеката која проилазе из прописа ЕУ;
- Све предложене измене у процесним режимима да буду у међусобном складу и да одражавају специфичности европске правне културе и процесне традиције.

4. ПРЕПОРУКА О ЗАЈЕДНИЧКИМ ПРИНЦИПИМА ЗА МЕХАНИЗМЕ КОЛЕКТИВНЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА ИЗ 2013 ГОДИНЕ

Став Европске комисије да приступ овом питању треба да буде у облику хоризонталног оквира, који ће узети у обзир правне традиције и правне системе појединих држава чланица, у јуну 2013. године изражен је у два документа - Комуникација „Ка европском хоризонталном оквиру за колективну заштиту“[26] и Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите у погледу остваривања захтева за пропуштање и захтева за обештећење у државама чланицама, који се тичу повреде права гарантованих прописима Европске уније[27].

Пре заузимања тренутне позиције, приступ ЕУ по питању механизама за колективну заштиту променио се неколико пута, укључујући и измене у односу на терминологију која се користи од стране Уније за означавање овог процесног механизма. На почетку се користио опште прихваћени термин *class actions*, који је брзо напуштен (углавном због везе са америчким моделом овог механизама, који је још увек неприхваћен у континенталним европским правним системима) [28] и био замењен термином *collective actions*,

[26] Communication from The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee Of The Regions "Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress", COM(2013) 401 final, Strasbourg, 11.6.2013, http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/docs/com_2013_401_en.pdf, приступ: 9. март. 2017 године, – у даљем тексту Communication COM(2013) 401.

[27] Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, (2013/396/EU), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN (приступ: 9. март. 2017 године) – у даљем тексту Recommendation (2013/396/EU).

[28] О томе најбоље говори изјава Меглене Куневе (у то време Комесар за заштиту потрошача у ЕК) дата на конференцији о колективној заштити права, 2007 године у Лисабону - „За оне које су дошли до Лисабона да би чули речи класна тужба (*class actions),* дозволите ми да будем јасна на самом почетку: неће их бити. Не у

који је касније замењен термином *collective redress,* што је садашњи назив за означавање овог процесног механизма на нивоу ЕУ.[29]

Европски оквир механизма за колективну заштиту права који је регулисан Препоруком утврђује два вида правозаштитних захтева који се могу истакнути - захтев за забрану преузимања неке радње или за престанак те радње (*injunctive collective action*), и захтев за накнаду штете (*compensatory collective action*). Према Препоруци, процесни механизам за колективну заштиту треба да буде обликован у оквиру следећих граничних линија:[30]

- Да буде у стању да омогући ефикасно решавање великог броја индивидуалних захтева за накнаду штете, и да на тај начин побољшава процесну економију;
- Да буде у стању да оствари тачан и правичан исход поступка у разумном временском року, у коме ће бити гарантована права свих субјеката у поступку;
- Да обезбеди чврсте заштитне мере против злонамерног парничења;
- Да избегне стварање било каквог финансијског подстицаја за истицање шпекулативних захтева.

Препорука као циљ поставља олакшавање остваривања права на приступ правди, спречавање незаконите праксе субјеката тржишта, и омогућавање субјекатима чија су права повређена, оспорена или угрожена да добију накнаду штете у ситуацијама „масовних штета“ које су проузроковане повредом права гарантованих прописима ЕУ, и истовремено, и обезбеђивање одговарајуће процесне гаранције да се избегне могућност процесних злоупотреба.[31] Као ситуација „масовне штете“ (‘*mass harm situation’*) сматра се свака ситуација у којој два или више физичких или правних лица тврде да им је учињена повреда њихових права, која је изазвала штету као резултат истог незаконитог поступања једног или више физичких или правних лица.[32]

Примена процесног механизама за колективну заштиту права није ограничена у области потрошачког права и права конкуренције, већ и на заштиту животне средине, заштиту личних података, у области финансијских

Европи, не под мојим надзором“ - http://www.law360.com/articles/39857/eu-commissioner-says-no-to-class-actions, приступ: 9. март. 2017 године.

[29] Иза промене термина *collective actions* у *collective redress* налази се дубље преиспитивање циљева, и прихватање да колективни начин обезбеђења заштите права у ситуацијама „масовности“ није нужно ограничен само на судску заштиту – опширније код Christopher Hodges, „Current Discussions on Consumer Redress: Collective Redress and ADR”, *ERA Forum 13*, no. 1 (June 2012), 15.

[30] Communication COM(2013)401, 6.

[31] Recommendation (2013/396/EU), пара. (10).

[32] Recommendation (2013/396/EU), пара.3(b).

услуга, заштите инвеститора, или било ког другог подручја где се може јавити потреба да се на колективан начин обезбеди заштита права веће групе лица која су регулисана прописима ЕУ.

Иако се чини да су границе предложеног механизма јасне, његов стварни садржај изазива више најасноћа. Препорука изричито предвиђа да процедуре за колективну заштиту права које ће бити уведене у различитим државама чланицама требају имати следеће четири карактеристике - да буду правичне, праведне, благовремене и не превише скупе за субјекате који треба да их користе.[33]

Препорука утврђује сет „минималних стандарда“ који се препоручују државама чланицама да их угради у своје законе. Овај сет „минималних стандарда“, на неки начин, представља листу препоручених и забрањених елемената које законодавци држава чланица треба да узму у обзир приликом регулисања својих процесних механизама за колективну заштиту права. Због потребе да се преко овог сета „минималних стандарда“ помире разлике између десетина различитих механизама за колективну заштиту права који већ постоје у појединим државама чланицама, приступ Комисије у препоруци своди се на скуп решења која су препоручена или забрањена приликом уређивања механизма за колективну заштиту права, као и изузетака за скоро свако од ових решења (углавном због тога што у неким државама чланица већ постоји механизам који се заснива на процесном институту или на принципу који је забрањен у Препоруци, или је у супротности са оним што је препоручено).[34]

Препоручени европски модел колективне заштите замишљен је као репрезентативни поступак, с обзиром да се процесна легитимација признаје „репрезентативним ентитетима/организацијама” који су унапред одређени од стране сваке државе чланице. Овакве организације треба да испуне неколико услова: да имају непрофитни карактер, да имају довољно финансијских и људских ресурса, као и одговарајућу правну стручност, а права и интереси који су предмет заштите у овом поступку треба да буду укључени у циљеве деловања те организације. Изузетно, и државни органи могу бити овлашћени да покрену ову врсту поступка.[35]

---

[33] Као правно необавезујући документ Препорука нема за циљ да изврши хармонизацију правно различитих националних система по питању колективне заштите права, већ да утврди неке заједничке, необавезујуће принципе које законодавци у различитим државама чланицама треба да имају у виду приликом креирања својих система – у том смислу вид. Stefaan Voet, „European Collective Redress: A Status Quaestionis”, *International Journal of Procedural Law*, 4 (1), 2014, 106.

[34] Тако и J. Sorabji, *Op.cit.*, 66.

[35] Recommendation (2013/396/EU), пара.4.

Што се тиче тока поступка, предвиђено је да поступак има фазу у којој се одлучује о допуштености поднесене тужбе (*certification stage*) и коју спроводи надлежни суд по службеној дужности, што значи да се суду даје активна улога „чувара" у овом поступку.[36] Препорука утврђује обавезу да се пошаље одговарајуће обавештење свим заинтересованим субјектима о покретању поступка како би се постигла потпуна обавештеност о поступку за колективну заштиту права који је покренут у њихово име, са једним изузетком – уколико то не угрожава право на заштиту репутације туженог пре него што је утврђена његова одговорност у конкретном случају.

Када је реч о принципу на основу којег се утврђује чланство у групи која колективно остварује заштиту својих права, Препорука, с једне стране, узима у обзир чињеницу да примена принципа *opt-in* може бити препрека за постизање адекватног нивоа заштите права субјеката, који се због непознавања закона, или због превеликих трошкова неће придружити групи, и на тај начин створити баријеру за постизање правде у конкретном случају. С друге стране, Препорука препознаје да принцип *opt-out* може неосновано да повећа број заинтересованих субјеката за које се тврди да је поднесен захтев за заштиту права, да се тиме повећава притисак према туженом да закључи судско поравнање, што је практично злоупотреба овог процесног механизама.[37] Узимајући у обзир европске процесне традиције, Препорука као примарну опцију за уређење механизма за колективно остваривање правозаштитних захтева за накнаду штете предвиђа принцип *opt-in.* Ипак, могућа је и примена принципа *opt-out*, ако то оправдавају разлози спровођења правде.

Препорука подржава и примену свих алтернативних метода решавања спорова, са једном спецификом - постигнут договор може имати обавезујуће дејство за странке и за све друге засегнуте стране само ако буде одобрен од стране надлежног суда, који треба посебно да узме у обзир права и интересе свих засегнутих субјеката. Иако Препорука то изричито не регулише, треба узети да у таквим ситуацијама, суд треба бити овлашћен да испита постигнути споразум не само у погледу његове законитости, већ и да

[36] Овака позиција суда треба да обезбеди, да се у што је могуће ранијој фази поступка, зауставе поступци који не испуњавају услове за покретање или поступци у којима је тужба очигледно неоснована. Вид. Recommendation (2013/396/EU), пара.8 и 9.

[37] Комисија експлицитно наводи да „право на делотворан правни лек не може се тумачити на начин који ће спречити субјекте да доносе одлуке о томе да ли желе да покрену поступак у коме ће захтевати надокнаду штете или не"- вид. Communication COM(2013) 401, 12.

се упусти у мериторно испитивање услова тог споразума, и његове правичности са аспекта засегнутих странки у поступку.[38]

Са друге стране, Препорука изричито искључује могућност инкорпорисања појединих института процесног механизма за колективну заштиту права, који су традиционално везани за амерички систем за заштиту грађанских права и амерички модел класне тужбе. Негативан став европских законодаваца према америчком моделу класне тужбе вероватно је израз и чињенице да изван Сједињених Америчких Држава „много су познатије његове непланиране последице од његове изворно замишљене добре намере".[39]

Сходно томе, на амерички модел класне тужбе, европске институције, у извесном смислу, и даље гледају као на „токсични коктел" састављен од неколико различитих елемената (укључујући казнене штете (punitive damages), награђивање адвоката према успеху спора, принцип *opt-out,* интрузивне поступке за добијање докумената пре почетка поступка), који не треба да буде уведен у ЕУ.[40] Модел класне тужбе посматра се као феномен који је стран европским правним системима, јер омогућава злоупотребу механизма[41], због чега и сама Препорука заузима став да су ови елементи непознати процесној традицији у већини држава чланица, па их генерално треба избегавати, како би се отклонила могућност злоупотребе овог механизма.[42]

Поред тога, у Препоруци је приметна још једна специфичност. Наиме, Препорука као да даје примат циљу да се субјектима поступка за колективну заштиту права пружи адекватна заштиту права, односно да се надокнади причињена штета, у односу на циљ да се преко овог механизма утиче на остварење ефекта „одвраћања" од узроковања повреда права субјеката.[43] Препорука изричито регулише да предност треба дати поступцима покренутим од стране надлежних државних органа у којима ће

---

[38] Тако и Elizabetta Silvestri, „Towards a Common Frame Work of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission", *Russian Law Journal 1*, no. 1, 2013, 54.

[39] E. Silvestri, *Op. cit*., 108.

[40] European Commission, Green Paper on Consumer Collective Redress - Questions and Answers, MEMO/08/741, 27.11.08, 4 - http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-741_en.htm, приступ: 9. март. 2017 године.

[41] Тако и Christopher Hodges, „Modes of Redress for Consumers: ADR and Regulation*"*, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, no.48/2012, 3.

[42] Recommendation (2013/396/EU), пара.(15).

[43] Комисија је заузела став да је потребно обезбедити да покренути поступак у којем се колективно остваривају захтеви за накнаду штете веће групе лица неће на било који начин угрозити ефикасност активности државних органа за утврђивање повреде, која су у току - Communication COM(2013) 401, 13.

се утврдити постојање повреде правних норми, док се поступак у којем ће сви учесници тражити обештећење као последицу те повреде, може покренути тек по завршетку поступка који су покренули надлежни органи - у форми колективног *follow-on* поступка.

Коначно, Препорука пропушта да уреди више питања, нарочито у вези функционисања процесног механизма у случајевима у којима постоји прекогранични елеменат - као што је, на пример, питање надлежности суда, питање двоструке литиспенденције и начин на који надлежни судови требају поступити у случају постојања двоструке литиспенденције, или питање могућности признања страних споразума закључених у поступку у којем се примењује принцип *opt-out*.[44] Комисија указује да у односу на сва ова питања треба применити одредбе Уредбе Брисел I[45], али, с обзиром да ова Уредба не садржи изричите одредбе за регулисање режима овог специфичног процесног механизама, поставља се питање да ли Уредба Брисел I може да буде одговарајуће решење за питања која се могу поставити приликом колективе заштите права.[46]

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Потреба да се постигне што је могуће већа ефикасност система за заштиту грађанских права и правозаштићених интереса, као и масовност која обележава савремени начин живота, указују на чињеницу да су процесни механизми за колективну заштиту права реалност која ће пре или касније наћи своје место у процесним системима на европском тлу, укључујући и приступ Европске уније по том питању. Када је реч о Европској унији, тај развој до сада се одвијао умереним темпом, а документи из јуна 2013 године представљају добру основу за очекивање да ће се овај развој наставити много бржим темпом у будућности, Ипак, који ће бити ефекти усвајања Препоруке и да ли ће она довести до успостављања пан-европског модела колективне заштите права прерано је закључити. У завршним одредбама Препоруке утврђено је да: до 26.07.2015. године, национални законодавци треба да имплементирају Препоруку у своје процесне системе, до 26.07.2016. године

---

[44] О наведеним дилемама, Astrid Stadler, „The Commission's Recommendation on Common Principles of Collective Redress and Private International Law Issues", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2013/4, 2013, 483-488.

[45] Communication COM(2013) 401, 13.

[46] И Уредба Брисел I, како и највећи број европских законодавства, као основно правило за одређивање надлежности суда утврђује правило *actor sequitur forum rei*, - опширније код Peter Gottwald, *The European Law of Civil Procedure*, Ritsumeikan Law Review, 22, 2005, 41.

да доставе Комисији статистичке податке о функционисању овог процесног механизма, а Комисија ће најкасније до 26.07. 2017. године проценити достигнућа, и одлучити о даљим корацима.[47]

[47] О могућим сценаријима у развоју овог процесног механизма на нивоу ЕУ и могуће позиције Комисије по овом питању видети J. Sorabji, *op.cit.*, 71-75.

Tatjana ZOROSKA-KAMILOVSKA, LL.D.
Full-time Professor, Ss. Cyril and Methodius University - Faculty of Law „Iustinianus Primus“, Skoplje
Tatjana SHTERJOVA, LL.M.
Ph.D candidate, Ss. Cyril and Methodius University - Faculty of Law „Iustinianus Primus“, Skoplje

THE APPROACH TO COLLECTIVE REDRESS IN EUROPEAN UNION LAW

Summary

Collective redress mechanisms are one of the possible mechanisms which are more and more often introduced by legislators in their procedural systems, in order to address the need for greater efficiency of the system for protection of civil rights and legally protected interests. However, at EU level the attempt to create a unified collective redress mechanism has been carried out with moderate intensity and has marked little progress, due to the limited legislative powers of the Commission in this area, and the fact that the legislations of most of the member States have already introduced some form of this procedural mechanism. The Commission has, in fact, for a long time pursued a vertical approach, undertaking actions for introducing collective redress mechanism simultaneously in competition law and consumer law, until 2012, when the position was taken that any proposal in the field of collective redress should take the form of a horizontal framework, whilst taking into account the legal traditions and legal orders of the individual Member States, which resulted with the enactment of a set of documents in June 2013 (Communication "Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress", and a Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law). This article provides a brief overview of the gradual evolution of EU law towards acceptance of collective redress mechanisms in an attempt to provide assessment of the effects of these developments.

Keywords: *collective redress, mechanisms, European Union law*

ЛИТЕРАТУРА

- Backhaus, Jürgen G., Alberto Cassone, Giovanni Ramello, „The Law and Economics of Class Action Litigation: Setting the Research Agenda", in: *The Law and Economics of Class Action in Europe: Lessons from America,* Jürgen G. Backhaus, Alberto Cassone, Giovanni Ramello (eds.), Cheltenham, UK, Northnampton, MA:Edward Elgar, 2012;
- Cappelletti, Mauro, „Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist Contibution", *Buffalo Law Review*, 25 (1975);
- Delatre, Jocelyn, „Beyond the White Paper: Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation"*, Competition Law Review 8*, no. 1 (2011);
- Freudenthal, Mirjam, „The Future of European Civil Procedure", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 7.5, 2003;
- Gidi, Antonio. "Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries." The American Journal of Comparative Law 51 (2003);
- Gottwald, Peter, *The European Law of Civil Procedure*, Ritsumeikan Law Review, 22 (2005);
- Hodges, Christopher, „Current Discussions on Consumer Redress: Collective Redress and ADR", *ERA Forum 13*, no. 1 (June 2012);
- Hodges, Christopher, „Modes of Redress for Consumers: ADR and Regulation*"*, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, no.48/2012;
- Hodges, Christopher, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2008;
- Issacharoff, Samuel, Geoffrey P. Miller, Will Aggregate Litigation Come to Europe", *Vanderbilt Law Review*, 156 (2008);
- Marcus, Richard, „Still Confronting the Consolidation Conundrum", *Notre Dame law Review*, 88 (2012);
- Micklitz, Hans-W. Bamberg, „The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU", *German Law Journal,* 4 (2003);
- Moreira, J.C.B., *Tutela jurisdiccional dos intereses coletivos ou difusos*, Temas de direito processual (Terceira Série), Saraiva, São Paolo, 1984;
- Purnhagen, Kai, „United We Stand, Divided We Fall?- Collective Redress In The EU", *European Review of Private Law 21*, No. 2.(2013);
- Sackville, Roland, „Mega-litigation: Towards a new approach", *Civil Justice Quarterly*, 27, No. 2 (2008);
- Silvestri, Elizabetta, „Towards a Common Frame Work of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission", *Russian Law Journal 1*, no. 1 (2013);

- Sorabji, John, „Reflections on the Commission Communication on Collective Redress", *Irish Journal of European Law*, 17, no.1 (2014);
- Stadler, Astrid, „From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of Civil Procedure", *Common Market Law Review*, Vol.42. No.6, 2005;
- Stadler, Astrid, „The Commission's Recommendation on Common Principles of Collective Redress and Private International Law Issues", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2013/4 (2013);
- Storme, Marcel, „The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure: Balancing, Distribution of Lawmaking Power, and Other Constitutional Issues", *European Review of Private Law*, 2012/1;
- Tang Zheng, Sophia, „Consumer Collective Redress in European Private International Law", *Journal of Private International Law 7*, no. 1 (2011),
- Uzelac, Alan, „Why No Class Actions in Europe? A View From the Side of Dysfunctional Justice Systems", in: *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeking Mice?*, Viktoria Harsági, C.H.van Rhee (eds.), Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2014<
- Voet, Stefaan, „European Collective Redress: A Status Quaestionis", *International Journal of Procedural Law*, 4 (1) (2014);
- Walker, Janet, „Who's afraid of U.S.-style class actions?", Southwestern Journal of International Law, Vol.18, 2012;
- Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, (2013/396/EU);
- Communication from The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee Of The Regions "Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress", COM(2013) 401 final;
- Consumer redress, Commission memorandum to the Council transmitted on 4 January 1985, COM (84) 692 final, 12 December 1984;
- European Commission, Green Paper on Consumer Collective Redress - Questions and Answers, MEMO/08/741, 27.11.08;
- European Parliament resolution of 2 February 2012 on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress' (2011/2089(INI));
- Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, Brussels, 19.12.2005;
- Green Paper on Consumer Collective Redress Brussels, COM(2008) 794 final, 27.11.2008;
- White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final, Brussels, 2.4.2008.

УДК 347.441.87:347.451.4(497.115

Др Душко ЧЕЛИЋ*

КОНВАЛИДАЦИЈА УГОВОРА О ПРОМЕТУ НЕПОКРЕТНОСТИ У ПРАКСИ СПЕЦИЈАЛИЗОВАНИХ КВАЗИСУДСКИХ ТЕЛА КОЈЕ ЈЕ ОСНОВАЛА МИСИЈА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ

Апстракт: У раду је анализирана квазинормативна и квазисудска пракса специјализованих тела Привремене управе уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК-а) у области конвалидације уговора о промету непокретности закључених до 10. јуна 1999. године. Аутор сматра да специјални представник Генералног секретара ОУН за Косово и Метохију, није био овлашћен да мења затечени правни поредак, како општи, тако и онај везан за регулисање правних односа поводом непокретности. Легалитет нормативне делатности Специјалног представника је, са становишта правног поретка Републике Србије, најблаже речено, упитан. Имајући у виду наведене чињенице, о правном оквиру и општим правним актима УНМИК-а, као и о њиховом правном карактеру, можемо говорити само условно. Анализом “правног” положаја “Дирекције” и “Комисије”, њиховог учинка само у сегменту конвалидације ништавих уговора о промету непокретности, може се констатовати да постоје озбиљни разлози који указују да су ове “институције” дале сопствени допринос општој компромитацији владавине права на Косову и Метохији у време управе УНМИК-а. Са правног становишта, неутемељана је пракса, како “Дирексије” и “Комисије”, тако и локалног правосуђа, конвалидације усмених уговора о промету непокретности, у којима су се Албанци појављивали као (наводни) купци а Срби као (наводни) продавци, који опет због наводне дискиминације, нису могли бити склопљени у законом прописаном облику.

Кључне речи: *Привремена управа уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК); “Дирекција за стамбена и својинска питања” (“HPD”); “Комисија за решавање стамбених и имовинских захтева” (“HPCC”); промет непокретности; конвалидација уговора.*

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, dusko.celic@pr.ac.rs

1. УВОД

Након противправне агресије Северноатлантског војног савеза на Савезну Републику Југославију, на Косову и Метохији успостављена је Привремена управа Уједињених нација (УНМИК), чији је мандат одређен Резолуцијом Савета безбедноти ОУН бр. 1244 од 10. јуна 1999. године[1]. Овом резолуцијом установљено је и „међународно безбедносно присуство“ (КФОР). Надлежности КФОР-а укључивале су, између осталог: одржавање прекида ватре, демилитаризацију „ОВК“, успостављање безбедносног окружења, осигурање јавне безбедности и реда, уклањање мина и обезбеђење државне границе. У вршењу наведених дужности КФОР не само да није успео, већ је досадашњи период његовог мандата, обележен систематским кршењем појединих људских права становника Косова и Метохије, нарочито лица српске националности као и припадника неалбанских мањина.

Само у области имовинских права, мандат УНМИК-а и КФОР-а обележен је масовном узурпацијом стварних права на непокретностима лица прогнаних са Косова и Метохије након 10. јуна 1999. године. Поред око 27.000 узурпираних стамбених јединица, у периоду од јуна до децембра 1999. године уништено је око 18.000 кућа. Према подацима УНМИК-а, из јуна 2007. године, још увек је било евидентирано 10.405 уништених стамбених објеката прогнаних лица.[2]

Садржина мандата УН на Косову и Метохији, према тексту Резолуције требала је да буде ограничена поштовањем суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије. Ово ограничење поменуто је више пута, како у основном тексту, тако и у анексима Резолуције.[3] Разуме се, поштовање суверенитета СР Југославије, са становишта његове садржине, ваља тумачити систематски имајући у виду целину текста Резолуције као и “Кумановског споразума“. То значи да је суверенитет СР Југославије на Косову и Метохији ограничен у погледу вршења војног и цивилног дела безбедносних функција, чије је вршење „пренето“ на мултинационалне војне и цивилне снаге безбедности на Косову и Метохији. Но у свему осталом, принцип суверенитета СР Југославије је, према тексу Резолуције, морао бити поштован. Када је пак реч о територијалном интегритету СР Југославије, он је морао бити безусловно поштован. Чињеница да се у Резолуцији захтева

[1] Резолуција Савета безбедности Организације уједињених нација бр. 1244, S/RES/1244 (1999), 10. 6. 1999. (Резолуција).

[2] Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, *Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст*, Београд, 2009, 8, http://www.kim.gov.rs/cms/view.php?id=102&start=50#archive, 10. 6. 2016. год.

[3] Вид. ст. 9. преамбуле, т. 10. основног текста, тачку 5. Анекса I, т. 5. и 8. Анекса II Резолуције.

успостављање „широке аутономије и суштинске самоуправе за Косово“,[4] ни у ком случају се не би могла тумачити као ограничење територијалног интегритета СР Југославије (сада Србије и Црне Горе), већ напротив, аутономија управо подразумева државни оквир у коме се врши и на тај начин она представља потврду а никако негацију територијалног интегритета наше земље. У том смислу, Резолуција иде и корак даље, прецизирајући да ће: „Народ Косова моћи да ужива суштинску аутономију у оквиру СР Југославије.“[5]

Генерални секратар Уједињених Нација Резолуцијом је овлашћен „да успостави присуство међународних цивилних снага на Косову да би могла да се успостави привремена управа за Косово под којом ће становништво на Косову уживати суштинску аутономију унутар СР Југославије, и које ће омогућити прелазна управа, истовремено успостављајући и надгледајући развој привремених демократских институција самоуправе, како би се обезбедили услови за нормалан и миран живот свих становника Косова.“[6] Истовремено, Резолуцијом се „тражи од Генералног секретара да именује ... Специјалног представника који ће контролисати остваривање присуства међународних цивилних снага...“[7]

Специјални представник Генералног секретара ОУН за Косово и Метохију[8] је, вероватно имајући у виду поменуте одредбе, 25. јула 1999. године донео Уредбу бр 1999/1 у којој је сам себи прописао овлашћења која су, очигледно, много шира од оних датих Резолуцијом. Сву законодавну, извршну и судску власт на територији Косова и Метохије, Специјални представник, доделио је сам себи.[9] Потпуно је нејасно како је на основу контролне надлежности над међународним цивилним снагама на Косову и Метохији, Специјални представник „засновао2 сву законодавну, извршну и судску надлежност на Косову и Метохији, коју, узгред, према важећем Уставу, територијална аутономија и нема? Ту и такву владавину (не)права, УНМИК је у лицу Специјалног представника Генералног секретара, наставио

[4] У ст. 10. преамбуле Резолуције, користи се термин: "substantial autonomy and meaningful self-administration for Kosovo".

[5] Т. 10. Резолуције користи термин: "substantial autonomy within the federal Republic of Yugoslavia. Вршење "суштинске аутономије" уз поштовање принципа суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије, потврђено је и у т. 5. Анекса I као и у т. 5. и 8. Анекса II Резолуције.

[6] Вид. т. 10. Резолуције

[7] Вид. т. 6. Резолуције

[8] Специјални представник Генералног секретара ОУН за Косово и Метохију, (Специјални представник).

[9] Вид. чл. 1. “УНМИК/УРЕД/1999/1, О овлашћењима привремене управе на Косову”.

да спроводи, доношењем на десетина „Уредби“[10, 11], којима се на Косову и Метохији, супротно Резолуцији, установљава правни систем потпуно независтан од правног система СР Југославије.

Понашајући се, противно духу и слову Резолуцији СБОУН бр. 1244, као супституту државе на Косову и Метохији,[12] независан од државних власти Савезне Републике Југославије, односно, Републике Србије, а не као привремена управа која је била дужна да поштује затечени правни поредак, правни систем и институције[13], Специјални представник је „општим актима – уредбама“ установио не само читав низ општеобавезујућих правила понашања, већ и нове квазиправне институције и механизме за решавање спорова.

Из наведених разлога, легалитет нормативне делатности Специјалног представника је, са становишта правног поретка Републике Србије, најблаже речено, упитан. Реч је о поретку који наликује правном поретку, sub colore iuris[14] Имајући у виду наведене чињенице, о правном оквиру и општим

[10] Реч је заправо о актима који, у највећем броју случајева, по своме обиму и садржини, представљају законске текстове. Према чл. 4. “Уредбе бр. 1999/1”, ова акта носе назив "уредбе" ("regulations").

[11] О обиму и размерама "законодавне" делатности Специјалног представника говори и податак да је он донео преко 200 "уредби" и њихових измена и допуна, као и преко 100 "административних упутстава" ("administrative directions"), које заправо, по својој садржини и обиму, јесу пандан општих аката који се у нашем систему називају уредбама, http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette, 12. 12. 2016.

[12] Више о томе, Вид. *Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No.* 1, Приштина, 2001, 12.

[13] Поред слова и духа Резолуције 1244, на обавезу поштовања затеченог правног поретка у вршењу мандата УНМИК-а, подсећа и Генерални секретар ОУН, у свом извештају Савету безбедности ОУН од 12. 7. 1999. године, у коме јасно наводи обавезу УНМИК-а у том погледу: “In implementing its mandate in the territory of Kosovo, UNMIK will respect the laws of the Federal Republic of Yugoslavia and of the Republic of Serbia insofar as they do not conflict with internationally recognized human rights standards or with regulations issued by the Special Representative in the fulfilment of the mandate given to the United Nations by the Security Council. In the same vein, the UNMIK interim civil administration will respect the existing institutions to the extent that they are compatible with its mandate.” Вид. *Report of the Secretary-General on the United nations Interim administration mission in Kosovo, S/1999/779* од 12. 7. 1999, т. D. IV 36, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1999/779, 11. 3. 2017.

[14] Sub colore iuris – „Under color of right“. Done with the appearance of a legal righr, regardless of whether the actor in fact possessed the legal right. Aron X. Fellmeth, Maurice Horwitz, *Guide to Latin in international Law*, Oxford University Press, 2009, 269.

правним актима УНМИК-а, као и о њиховом правном карактеру, можемо говорити само условно и с резервом која из ових чињеница извире. Из наведеног разлога ћемо уз називе поменутих „општих аката“, као и бројеве „појединачних аката“ донетих на основу њих, користити одговарајуће знакове интерпукције.

2. ОСНИВАЊЕ И НАДЛЕЖНОСТ „ДИРЕКЦИЈЕ ЗА СТАМБЕНА И ИМОВИНСКА ПИТАЊА“ И „КОМИСИЈЕ ЗА РЕШАВАЊЕ СТАМБЕНИХ ИМОВИНСКИХ ЗАХТЕВА“

Суочивши се са систематским угрожавањем имовинских а посебно права својине на непокретностима на Косову и Метохији[15], нарочито као резултат насиља припадника тзв. Ослободилачке војске Косова, над припадницима српског народа на Косову и Метохији након 10. јуна 1999. године, као и са општим одсуством владавине права[16] и немоћи новоустановљеног локалног „правосудног система“ да та права заштити[17], Специјални представник је једном од „уредби“[18] установио „дирекцију за стамбена и својинска питања“ и „комисију за решавање стамбених и имовинских захтева“.[19] Готово годину дана касније, Специјални представник „нормирао“ је и правила у поступцима пред „дирекцијом“ и “комисијом”.[20] Овај “правни оквир” за решавање спорова поводом стварних права на непокретностима намењених становању, био је актуелан нешто више од пет

[15] UNMIK – OSCE Mission In Kosovo, *Proprety rights in Kosovo*, 2002-2003, Pristina, 2003, 12.

[16] Вид. т. II А. 5. *Report of the Secretary-General on the United nations Interim administration mission in Kosovo, S/1999/779* од 12. 7. 1999, т. D. IV 36, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp? symbol=S/1999/779, 11. 3. 2017.

[17] О дометима „правосуђа“ које је УНМИК успоставио током 1999 и 2000. године, Вид. Душко Челић, „Прилози о стању правосуђа на Косову и Метохији након увођења међународних цивилних и безбедносних снага под управом Уједињених нација“, *Криза и реформа правосуђа*, ур. В. В. Водинелић, Београд, 2001. год, 88-105.

[18] “УНМИК/УРЕД/1999/23 О оснивању Дирекције за стамбена имовинска питања и Комисије за стамбене имовинске захтеве” од 15. новембра 1999. год. Назив овог “прописа” на енглеском језику гласи: „On the establishment of the Housing and propertu directorate and the Housing and property claims commission.“

[19] У даљем тексту: “Дирекција” (“HPD”) и “Комисија” (“HPCC”).

[20] “УНИМИК/УРЕД/2000/60 О стамбеним имовинским захтевима и правилима процедуре и доказима Дирекције за стамбена и имовинска питања и Комисије за стамбене и имовинске захтеве”, од 31. октобра 2000. год. Назив овог “прописа” на енглеском језику гласи: “UNMIK REGULATION 2000/60 On residential property claims and the rules procedure and evidence of the Housing and property directorate and dhe Housing and property claims commission”.

година, све до доношења "Уредбе о решавању жалби које се односе на приватну непокретну имовину, укључујући пољопривредну и комерцијалну имовину"[21], којом је основана тзв. Косовска агенција за имовину, као правни следбеник "дирекције" и "комисије".[22] У надлежности "агенције", било је и извршење преосталих (неизвршених) одлука "дирекције" и "комисије" као и управљање становима који су, на захтев имаоца права, стављени под управу "дирекције".

2. 1. Надлежност "Дирекције за стамбена и имовинска питања"

"Дирекцији за стамбена и имовинска питања", била је помоћни управни орган "Комисије за решавање стамбених имовинских захтева", у чијој надлежности је било прикупљање и процесуирање имовинских захтева, спровођење одлука "НРСС" и административна, техничка и правна подршка раду "НРСС".[23]

Анализом садржине релевантних „уредби" СПГС-а ("УНМИК/УРЕД/1999/23", "УНИМИК/УРЕД/2000/60"), као и других квазиправних аката општег карактера које је донео Специјални представник, можемо закључити да је "дирекција" независно тело (орган) које делује изван система тзв. привремених институција самоуправе на Косову и Метохији.[24] Природу овог тела није једноставно одредити, мишљења смо да се анализом поменутих "прописа", може сматрати да је реч о специфичном квазиуправном телу са одређеним елементима надлежности чији је карактер управне природе.

Надлежност "дирекције" обухвата управне послове везане за стварна права на непокретностима намењених становању, и то:

1) пописивање привремено напуштеног приватног, државног и друштвеног стамбеног фонда;[25]

2) надзирање коришћења и давање у закуп привремено напуштених непокретности;[26]

---

[21] "УНМИК/УРЕД/2006/10, О решавању захтева који се односе на приватну непокретну имовину, укључујући пољопривредну и комерцијалну имовину", од 4. марта 2006. год.

[22] Вид. чл. 1. и чл. 16. "УНМИК/УРЕД/2006/10".

[23] Вид. чл. 17.13 "УНМИК/УРЕД/2000/60".

[24] Вид. чл. 11. ст. 1(г) "УНМИК/УРЕД/2001/9 О уставном оквиру за привремену самоуправу на Косову " од 15. маја 2001. год.

[25] Вид. чл. 1. ст. 1 (а) (а) "УНМИК/УРЕД/1999/23".

[26] Вид. чл. 1.ст. 1 (б) (б) "УНМИК/УРЕД/1999/23".

3) пријем и евиденција захтева који се односе на стварна права на непокретностима намењених становању у следећим случајевима:

а) "захтеви физичких лица чија су имовинска права укинута[27] после 23. марта 1989. године на основу дискриминаторског закона у својој примени или намери";

б) "захтеви физичких лица која су закључила неоверене уговоре о купопродаји непокретности намењене становању[28] а на основу слободне воље уговорних страна после 23. марта 1989. године";

в) "захтеви физичких лица која су била власници непокретности намењених становању, држаоци или имаоци стамбеног права пре 24. марта 1999. године а која су у моменту подношења захтева изгубила државину над тим непокретностима[29], као и у случајевима када није извршен пренос

---

[27] Израз "укинута", како дословце пише у чл. 1. ст. 2 (а) "УНМИК/УРЕД/1999/23", није адекватан. Прецизније би било да уместо речи "укинута" пише "престала", но, као што ће се показати у наредној напомени, то није једина језичка непрецизност и нетачност у овој "уредби". Иначе, садржина читавог овог става је правно спорна, о чему ћемо детаљније у тексту који следи.

[28] У чл. 1. ст. 2 (б)(б) "УНМИК/УРЕД/1999/23" дословце пише: "...лица која су обавила неоверене трансакције стамбене имовине..." И овде је реч о нетачном преводу са енглеског језика. Интересантно је да је у чл. 5. ст. 2. "УНМИК/УРЕД/1999/1 О овлашћењима привремене управе на Косову", одређено да ће: "у случајевима разлика у текстовима превода, текст на енглеском (језику) имати предност." Интересантно већ и због тога што је УНМИК пред грађане Косова и Метохије, с обзиром на општепознате образовне (не)прилике, поставио висок стандард познавања енглеског (стручног, правничког) језика!?!

[29] О томе да је реч о суштински различитим текстовима на српском и енглеском језику довољно указују званичне верзије текста чл. 1. ст. 2 (в) "УНМИК/УРЕД/1999/23", српска: "захтеви физичких лица која су била власници стамбене својине или уживаоци станарског права после 24. марта 1999. године, а која су сада остала без ње, као и у случајевима када није извршен пренос слободном вољом", енглеска: " Claims by natural persons who were the owners, possessors or occupancy right holders of residential real property prior to 24 March 1999 and who do not now enjoy possession of the property, and where the property has not voluntarily been transferred." Ваља имати на уму да је, према одредбама чл. 5.2, "УНМИК/УРЕД/1999/1, О овлашћењима Привремене управе на Косову", од 25. јула 1999. године, "Уредбе које доноси УНМИК објављиваће се на албанском, српском и енглеском језику. У случајевима разлика у текстовима превода, текст на енглеском ће имати предност.". Тај део члана на неглеском језику гласи." UNMIK regulations shall be issued in Albanian, Serbian and English. In case of divergence, the English text shall prevail." Дакле, изворни текст свих УНМИК-ових "уредби" је енглески, а како су оне објављиване само путем интернета, често само на енглеском и албанском језику, готово нестварно али истинито звучи чињеница да су адресати "УНМИК-ових правних норми", како би могли остваривати и штитии своја права у новоствореном "УНМИК-овом правном поретку", морали бити информатички писмени и познавати енглески језик и то на нивоу знања стручног, правничког енглеског језика!?!

стварних права на тим непокретностима слободном вољом (уговорних страна)".

"Дирекција" је имала и надлежности у некој врсти припремног поступка: предходно испитивање захтева, обавештавање странака, верификовање поднетих писаних доказа и докумената. Такође, "Дирекција" је била овлашћена да даје смернице УНМИК-у, као и КФОР-у, о питањима која се тичу права својине,[30] као и да "обавља истраживања за потребе препоручивања законодавне политике која се односи на право својине."[31] "Дирекција" је имала извршну надлежност у погледу извршења одлика "Комисије" и у поступку извршења била је овлашћена да предузима извршне радње испражњења непокретности од лица и ствари, по потреби уз асистенцију полиције.[32] Најзад, "Дирекција" је имала надлежност да обави попис напуштених непокретности намењених становању у приватној, државној и друштвеној својини,[33] као и да управља напуштеним непокретностима, укључујући и њено изнајмљивање.[34]

"Дирекција" није имала надлежност да доноси мериторне одлуке поводом тужби тужилаца, већ је сходно члану 1.2 "УНМИК/УРЕД/1999/23" и чл. 10.4 "УНМИК/УРЕД/2000/60", могла да одбаци тужбени захтев, због ненадлежности "комисије",[35] а уколико то није био случај, била је у обавези да све захтеве, које није било могуће решити путем посредовања,[36] као и уколико је страна "оспорила" одлуку Дирекције о одбацивању тужбе, проследи "НРСС"-у ради решавања.[37]

Међутим, од правила да "Дирекција" није могла мериторно да одлучује о тужбеним захтевима, постојао је један изузетак. Наиме, у случају да су тужбе које су садржале захтев "типа Б". Члан 1.2(б). "УНМИК/УРЕД/1999/23", појмовно одређује другу категорију захтева у вези са правима на непокретностима намењеним становању, ("захтев Б

Према јуриспруденцији Европског суда за људска права, доступност, јасност и предвидљивост су три квалитативна захтева који закон мора испунити (вид. пресуде ЕСЉП: Silver и остали против Уједињеног Краљевства, А 61, 1983. год., и Sunday Times против Уједињеног Краљевства, А 30,1975. год.). Лако се да закључити да ни један од ових критеријума, УНМИК-ово законодавство" није задовољило.

[30] Вид. чл. 1. 1. (ц), "УНМИК/УРЕД/1999/23".

[31] Вид. чл. 1. 1. (д), "УНМИК/УРЕД/1999/23".

[32] Вид. чл. 13. "УНМИК/УРЕД/2000/60"

[33] Вид. чл. 1. 1. (а), "УНМИК/УРЕД/1999/23"

[34] Вид. чл. 1. 1. (б), "УНМИК/УРЕД/1999/23" и чл. 12. . "УНМИК/УРЕД/200/60".

[35] Вид. чл. 10. 3. "УНМИК/УРЕД/2000/60". У верзији на српском језику погрешно је преведен израз "reject", као: "одбије", мада је очигледно реч о одбацивању тужбе.

[36] Вид. чл. 10. 3. "УНМИК/УРЕД/2000/60".

[37] Вид. чл. 1.2. "УНМИК/УРЕД/1999/23" и чл. 10. 3. "УНМИК/УРЕД/200/60".

категорије"), на следећи начин: "Захтеви физичких лица који су обавили неформалну трансакцију стамбене имовине слободном вољом страна након 23. марта 1989. године".[38]

Према овој одредби "уредбе", тужбе са захтевима "Б категорије", заправо су биле управљене на конвалидацију ништавих уговора о промету непокретности, закључених након 23. марта 1989. године, услед примене Закона о посебним условима промета непокретности[39].

Према одредбама дефинисаним овом "уредбом", подносилац тужбе који је садржао захтев "Б категорије", морао је у складу са одредбама члана 1.2(б). "УНМИК/УРЕД/1999/23" и члана 2.3. "УНМИК/УРЕД/2000/60", да докаже следеће:

1. да је склопио уговор о промету непокретности намењене становању између 23. марта 1989. и 13. октобра 1999. године;[40]
2. да је уговор био ништав[41] према одредбама Закона о посебним условима промета непокретности "или другим дискриминаторским законима";
3. да би иначе тај био законит; и
4. да је уговор заснован на слободној вољи уговорних страна.

Према одредбама "уредбе", свако лице које је стекло право својине на непокреностима намењеним становању, закључивањем уговора о промету непокретности, који не испуњава услове пуноважности у погледу форме, има право на: "налог од стране Дирекције или Комисије о регистрацији власништва у одговарајућим јавним књигама"[42]

У случају да се: "дирекција уверила да постоји довољно доказа да је подносилац захтева стекао стварно право путем неформалне трансакције између 23. марта 1989. године и 13. октобра 1999. године,"[43] она "може издати налог за укњижбу неформалне трансакције подносиоца захтева у одређеним јавним књигама."[44] Дакле, у случају конвалидације "неформалних трансакција", поменути квазиправни оквир није чак предвиђао ни одлуку квазисудског органа, под одређеним условом, довољна је одлука

[38] Текст на енглеском гласи: „Claims by natural persons who entered into informal transactions of residential real property on the basis of the free will of the parties subsequent to 23 March 1989."

[39] Закон о посебним условима промета непокретности, "Сл. гласник СРС", бр. 30/89 и 42/89 и "Сл. гласник РС", бр. 22/91, 53/93, 67/93 и 48/94.

[40] Овај датум (13. октобар 1999. године) је дан ступања на снагу "УНМИК/УРЕД/1999/10 О укидању дискриминационих закона у вези са стамбеним и имовинским правима", којом је "укинуо" поменути закон (Вид. чл. 1.).

[41] Чл. 2. 3. "УНМИК/УРЕД/2000/60", користи израз "unlawful".

[42] Вид. чл. 2.4. "УНМИК/УРЕД/2000/60".

[43] Вид. чл. 11. 1. б. "УНМИК/УРЕД/2000/60".

[44] Вид. чл. 11. 1. "УНМИК/УРЕД/2000/60".

квазиуправног органа ("дирекције"), при чему није "прописана" чак ни обавеза да се у конкретном поступку услиши начело контрадикторности, односно, саслушања супротне странке у поступку. Контрадикторност и правну неутемељеност овог правила не ублажава ни одредба да "налог за укњижбу...није обавезујућа одлука у погледу имовинских права и не утиче на права било које особе за њихово даље упућивање захтева Дирекцији под одељком 1.2 УНМИК/УРЕД/1999/23."[45] То значи да, упркос конвалидацији "неформалне трансакције" (ништавог уговора о промету непокретности из неког од разлога везаних за облик уговора), и упркос издатом налогу за укњижење таквог уговора, тужилац може поднети тужбу која садржи захтев типа "А" или "Ц". Ипак, таква тужба могла се поднети у року од 30 дана од добијања налога али не касније од годину дана".[46] Остаје потпуно нејасно, како рок може тећи у односу на ону странку која није ни била учесник у поступку, нити је за поступак опште могла да има сазнања ? Одредбом чл. 11. 2. "УНМИК/УРЕД/2000/60", прописано је да "дирекција мора објавити налоге"[47], односно, одлуке о издавању налога за укњижбу права својине, на основу конвалидације уговора о промету непокретности, међутим, за све време постојања "HPD" и "HPCC", као ни по оснивању "Косовске агенције за имовину", као неке врсте прелазног (резидуалног) механизма, у истраживачком раду нисмо успели да сазнамо где и када је "HPD" објављивала "налоге за укњижбу".

2. 2. Надлежност "Комисије за решавање стамбених имовинских захтева"

Чланом 2. УНМИК/УРЕД/бе бр. 1999/23, основана је "HPCC", као независна компонента механизма враћања имовине којој је поверена искључива надлежност да "решава спорове у вези са приватном некомерцијалном имовином, док СПГС не донесе одлуку о томе да су локални судови способни да спроводе мандат који им је поверила Комисија."[48] Све до краја мандата "Дирекције" и "Комисије", СПГС, због

[45] Вид. чл. 11. 2. "УНМИК/УРЕД/2000/60".

[46] И овде је, очигледно реч о непрецизном и буквалном преводу текста са енглеског текста "уредбе", који се, као што смо навели, у случају различитих текстова, сматран аутентичним. Овај део "уредбе" на енглеском језику гласи: „Such further claim must be made within 30 days of learning of the Directorate's order but not later than one (1) year from the date of the Directorate's order." Не постоји други смисао превода овог текста, осим да се има сматрати да се захтев може поднети у прклузивном субјективном року од 30 дана а најкасније у (објективном) року од годину дана.

[47] "The Directorate must publish orders made in terms of this section." (чл. 11. 2. "УНМИК/УРЕД/200/60" in finem.).

[48] Вид. чл. 2.5 "УНМИК/УРЕД/1999/23".

неефикасности локалних судова, СПГС није одобрио пренос надлежности поверене овим специјализованим органима.[49]

"HPCC" је основана као самостални орган изван система локалног правосуђа, са посебним правилима како материјалноправне, тако и процесноправне природе у погледу решавања имовинских захтева који су садржани у двема УНМИК уредбама. "Уредба 2000/60" је у чл. 26. овластила "HPD" И "HPCC" да "усвоје додатна правила поступка за спровођење мандата под условом да су она у складу са Уредбом"[50], што је, неутврђеног датума и учињено.[51]

Одлуке "HPCC"-а по имовинским захтевима биле су обавезујуће и извршне и нису биле предмет расправе било којег другог судског или административног тела на Косову,[52] осим што је "УНМИК/УРЕД/2000/60" допуштала страни у захтеву или било којој другој заинтресованој страни да поднесе захтев за преиспитивање одлуке.[53] Ипак, овако утврђена стварна надлежност "Комисије " и "Дирекције", у пракси није поштована. Забележено је више случајева мешања судова опште надлежности у рад ових посебно устројених органа за решавање масовних захтева поводом права на непокретностима.[54]

"Комисија" је имала искључиву квазисудску надлежност у решавању спорова поводом стварних права на непокретностима намењених становању. Њене одлуке су коначне и не подлежу испитивању од стране судске власти у Покрајини.[55] У складу са искључивом надлежношћу да решава захтеве из Члана 1.2 УНМИК/УРЕД/1999/23, "HPCC" је могла да упути део захтева локалним судовима или административним телима, ако су исти покренули питање које се није односило на оне врсте захтева који су били у

[49]Вид. UNMIK-OSCE, *The Administration of Justice in the Municipal Courts*, Pristina, March 2004, 9, http://www.osce.org/kosovo/56163, 12. 12. 2016, такође, детаљну анализу стања локалног правосуђа у области имовинских права на непокретностима, Вид. OSCE Mission in Kosovo, *Kosovo First review of the civil justice system*, Pristina, 2006, http://www.osce.org/kosovo/19401?download=true, 12. 12. 2016, 20-36.

[50] Према чл. 25. "УНМИК/УРЕД/2000/60", "Комисија може да усвоји додатна правила у вези са обављањем својих активности с тим да су у складу са овом Уредбом."

[51]Вид. Additional rules of the housing and property claims commission, у: The housing and property Directorate & The Kosovo property agency *Joint annual report 2006*, Pristina, 2006, 104-109.

[52]Вид. чл. 2.7 "УНМИК/УРЕД/1999/23".

[53]Вид. чл. 14 . "УНМИК/УРЕД/2000/60".

[54] UNMIK – OSCE Mission In Kosovo and Metohija, *Proprety rights in Kosovo and Metohija, 2002-2003*, Pristina, 2003, 33.

[55] Вид. чл. 2. ст. 7. "УНМИК/УРЕД/1999/23".

надлежности "HPD" и "HPCC" и нису била у њиховој искључивој надлежности.[56]

"HPCC" није имала општу надлежност, када је реч о решавању тужби[57] поводом права својине и станарског права на становима, односно, није имала надлежност да одлучује о свим захтевима тим поводом. Њена квазисудска надлежност била је ограничена на одлучивање о три категорије "захтева" везаних за право својине и станарско право поводом станова, упућених од стране "HPD"-у[58]. Ови захтеви су такође, били временски ограничени у смислу периода у коме је захтев настао (ратионе темпорис); могућности подносиоца имовинског захтева да поднесе захтев (ратионе персонае); врсте права чија се заштита могла тражити (ratione materiae), и услов да се предметна непокретност мора да се налази на Косову (ratione loci).

2. 3. Критичка анализа садржине надлежности "Дирекције" и "Комисије"

Câмо одређивање садржине материјалноправне надлежности "дирекције" и "комисије", редослед навођења и материјалноправна садржина захтева (тужби) по којима су ова тела надлежна да одлучују, упућују на закључак да је "законодавац", у лику Специјалног представника, пошао од (пред)убеђења да су на Косову и Метохији најбројнији случајеви престанка "имовинских права" као последица "дискриминаторског закона у својој примени или намери", те да они заслужују приоритет на затвореној листи (clauses numerus) материјалноправних спорова поводом којих се може поднети захтев (тужба) "дирекцији".

О ванправној природи, "законодавне политике" УНМИК-а и предрасудама Специјалног представника, говори и чињеница да он полази од тога да су "дискриминациони закони" на Косову и Метохији донети "после 23. марта 1989. године". При томе, Специјални представник не наводи о којим је то "дискриминационим законима" реч, напротив, из текста одредбе "уредбе" у делу којим се одређује ова надлежност,[59] могло би се закључити да су то сви "дискриминациони закони у својој примени или намени", на

[56] Вид. чл. 22.1. "УНМИК/УРЕД/2000/60".

[57] У чл. 1.2. "УНМИК/УРЕД/1999/23", се погрешно користи израз "захтеви" ("claims"), за означавање тужбе. Тужба и захтев нису синоними. Тужба у материјалноправном смислу, је иницијална парнична радња тужиоца, која садржи одређени захтев за пресуду. Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, *Прва свеска, Парнично процесно право*, Правни факултет Ниш, Ниш, 2010, 332.

[58] Ове три врсте тужби набројане су у члану 1.2(а), (б) и (ц), "УНМИК/УРЕД/1999/23".

[59] Вид. чл.1. ст. 2 (а)(а), "УНМИК/УРЕД/1999/23".

основу којих су "укинута" (престала) "имовинска права" физичких лица на непокретностима намењеним становању !?! До одговора на то питање може се доћи увидом у један други "пропис" који је раније донео Специјални представник. Реч је о "УНМИК/УРЕД/1999/10 О укидању дискриминационих закона у вези са стамбеним и имовинским правима". Овим "прописом", Специјални представник је, како дословно наводи, "укинуо" Закон о ограничењу промета непокретности, са изменама и допунама од 18. априла 1991. године[60] и Закон о условима, начинима и поступцима давања пољопривредног земљишта на коришћење грађанима који желе да раде и живе на територији АП Косова и Метохије.[61] Дакле, од свих "дискриминационих закона у својој примени или намени" (ма шта значили ови безобални појмови), листа је сведена на ова два поменута! У једном од званичних докумената Комисије, наводи се: "експерти Савета Европе сматрали су овај закон дискриминаторским па је 13 октобра 1999 УНМИК поништио овај закон усвајањем "Уредбе 1999/10"."[62] Поменута констатација је, не само непрецизна[63], већ и збуњујућа. На жалост, није нам доступан било који документ или извор на основу кога би могли утврдити тачност ове тврдње. Но, под претпоставком да је она заиста тачна, потпуно је нејасно, о којим "експертима Савета Европе" је реч, као и о каквој врсти поступка у оквиру ове паневропске организације је поменуто мишљење ("сматрање"), дато. Такође, из документа до кога смо дошли истраживањем "правне оставштине" УНМИК-а,[64] може се закључити да је Специјални представник "у име УНМИК-а", закључио и "технички споразум" са Саветом Европе у вези Оквирне конвенције о заштити националних мањина", који је

[60] Вид. чл. 1. "УНМИК/УРЕД/1999/10" у коме се чак не наводи тачан назив овог закона, но, такви и много грубљи пропусти већ су, као што смо навели и у ранијим напоменама, постали манир међународног "законодавца" на Косову и Метохији.

[61] Закон о условима, начинима и поступцима давања пољопривредног земљишта на коришћење грађанима који желе да раде и живе на територији АП Косова и Метохије, "Сл. гласник РС" бр. 43/91.

[62] The housing and property Directorate & The Kosovo property agency, *Joint annual report 2006*, Pristina, 2007, 14.

[63] С обзиром да је поменута констатација написана изворно на енглеском језику, трудили смо да је што прецизније преведемо, ипак, коректности ради, наводимо је у оригиналном тексту на енглеском језику: ."Као што се да запазити, наш превод ове реченице у основном тексту је чак и нешто "блажи" јер не садржи превод речи "clearly", што би у конкретној фрази значило "јасно" , "очигледно" (дискриминаторан).

[64] Реч је о документу: *"Reported submitted by the United nations interim administration mission in Kosovo (UNMIK) pursuant to the article 2.2 of the agreement between UNMIK at the Council of Europe related to the Framework convention for the protection of national minorities*, од 2. 6. 2005. године, (Извештај), званично заведеног у Савету Европе под бр. ACFC (2005) 003, https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_fcnmdocs/PDF_1st_report_kosovo_en.pdf, 31. 12. 2016.

ступио на снагу 23. 8. 2004. године",[65] и да на основу чл. 2.2. тог споразума, УНМИК подноси извештај Савету Европе.[66] У сваком случају, поменути документ и активност УНМИК-а, немају директне везе са наводним учешћем "експерата" Савета Европе у оцени Закона о посебним условима промета непокретности, као "очигледно дискриминационим". Имајући у виду наведене чињенице, највероватније је да је поменута констатација нетачна или је пак реч о незваничном мишљењу лица која су у поменутој информацији означена као "експерти Савета Европе".

Закон о посебним условима промета непокретности је пуноважност уговора о промету непокретности на територији Републике Србије без Аутономне Покрајине Војводине, условио одобрењем Министарства финансија Републике Србије.[67] Министарство је, према одредама овог закона, било дужно да изда одобрење за промет непокретности "кад оцени да се тим прометом не утиче на промену националне структуре становништва или на исељавање припадника одређеног народа, односно народности и кад тај промет не изазива неспокојство, односно несигурност или неравноправност код грађана другог народа, односно народности".[68] Специјални представник нигде не наводи у чему се огледа дискриминациони карактер ове и других одредаба овог закона. Шта више, и он сам је донео сличан "закон-уредбу" којим се промет у појединим деловима Косова и Метохије, одвија под посебним "правним" режимом.[69] Тај нови "правни" режим је далеко рестриктивнији од оног који је био предвиђен Законом о посебним условима промета непокретности.[70] О правној обавештености Специјалног представника довољно говори чињеница да је Закон о посебним условима промета непокретности практично престао да важи ступањем на снагу Закона о промету непокретности,[71] с обзиром да је на другачији начин posteriori регулисао исте или сличне правне односе.[72] Дакле, и са становишта

---

[65] У Извештају се наводи да је:"The Agreement between the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo and theCouncil of Europe on Technical Arrangements Related to the Framework Convention for the Protection of National Minorities (UNMIK/CoE Agreement) entered into force with its signature on 23 August 2004."

[66] Вид. стр. 3. Извештаја.

[67] Вид. чл. 1. и 3. Закона о посебним условима промета непокретности.

[68] Вид. чл. 3. Закона о посебним условима промета непокретности.

[69] "УНМИК/УРЕД/2001/10 О регистровању уговора о продаји некретнина у посебним географским областима на Косову."

[70] Упор. чл. 3. "УНМИК/УРЕД/2001/17 О регистровању уговора о продаји некретнина у посебним географским областима на Косову." и чл. 3. Закона о посебним условима промета непокретности.

[71] Закон о промету непокретности, "Сл. гласник РС" бр. 42/98 од 18. новембра 1998. године. Закон је ступио на снагу 26. новембра 1998. године.

[72] Вид. чл. 4. и 11. Закона о промету непокретности.

временске димензије, "уредба о укидању дискриминационих закона у вези са стамбеним и имовинским правима", је без основа, с обзиром да је Закон који се њом "укида" престао да важи једанаест месеци пре њеног доношења Но од овог формалноправног аспекта, значајнији је суштински. Он се односи на чињеницу да је "укидајућом уредбом". Специјални представник арбитрарно констатовао да је Закон о ограничењу промета непокретности "дискриминаторске природе и у супротности са међународним стандардима за људска права",[73] не наводећи при томе који су то дискриминациони елементи Закона и у вези са којим конкретним "међународним стандардима о људским правима" су у супротности. Истина, Законом о посебним условима промета непокретности ограничава се право на промет непокретности, односно, онај део права на мирно уживање имовине који се односи на његов промет. То ограничење је нормирано као изузетак од општег правила слободе промета, уз навођење затворене листе случајева када се она може ограничити. То је, према нашем мишљењу, учињено у јавном интересу, сразмерно у вези са циљем који се желео постићи а ограничење није било опште већ појединачно. Тиме је ово ограничење задовољило критеријуме "међународних стандарда о људским правима."[74] Оно није било засновано на било каквој дискриминационој основи, односно, "по основу пола, расе, боји коже, језику, вероисповести, политичком и другом уверењу, националном или друштвеном пореклу, повезаности са националном мањином, имовинског стања, рођења или каквог другог статуса"[75] И најзад, Специјални представник није утврдио да ли је и у колико случајева дошло до евентуалне дискриминативне примене Закона које је себи дао за право да "укине" а која је за последицу имала престанак (или како Специјални представник наводи: "укидање") неког имовинског права (на основу систематског тумачења целине одредаба "УНМИК/УРЕД/1999/23", претпостављамо да се мислило на неко стварно право), поводом непокретности намењених становању.

[73] Вид. преамбулу "УНМИК/УРЕД/2001/10".

[74] Вид. одлуке Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права: Ashingdane, од 28. маја 1985, Series A, no 93, стр. 97, Fredin од 18. фебруара 1992, Series A, no. 192, 51, Kopecky од 7. јануара 2003, 51.

[75] Вид. чл. 1. Протокола XII уз Европску конвенцију о људским правима.

3. ЈУДИКАТУРА "ДИРЕКЦИЈЕ" И "КОМИСИЈЕ" У СЛУЧАЈЕВИМА КОНВАЛИДАЦИЈЕ НИШТАВИХ УГОВОРА О ПРОМЕТУ НЕПОКРЕТНОСТИ

"Дирекција" и "Комисија" су, према, званичним подацима, донеле одлуку о 395 од укупно 766 тужби које су садржале захтев "категорије Б".[76] Наиме, према УНМИК-овом законодавству, свако лице које је стекло право својине на непокреностима намењеним становању, закључивањем уговора о промету непокретности, који не испуњава услове пуноважности у погледу форме, има право на "налог од стране Дирекције или Комисије о регистрацији својине у одговарајућим јавним књигама."[77] Као што смо раније у оквиру целине о надлежности "Дирекције", у случају да су тужбе које су садржале захтев "типа Б" када се: "дирекција уверила да постоји довољно доказа да је подносилац захтева стекао стварно право путем неформалне трансакције између 23. марта 1989. године и 13. октобра 1999. године,"[78] она "може издати налог за укњижбу неформалне трансакције подносиоца захтева у одређеним јавним књигама."[79] Дакле, у случају конвалидације "неформалних трансакција", поменути квазиправни оквир није чак предвиђао ни одлуку квазисудског органа ("Комисије"), под одређеним условом, довољна је одлука квазиуправног органа ("Дирекције"), при чему није "прописана" чак ни обавеза да се у конкретном поступку услиши начело контрадикторности, односно, саслушања странке у поступку која има непосредни правни интерес, јер није ни имао статус странке у овој врсти поступка.

Као што смо навели, "УНМИК/УРЕД/1999/10 О укидању дискриминационих закона у вези са стамбеним и имовинским правима", Специјални представник је "укинуо" Закон о ограничењу промета непокретности, са изменама и допунама од 18. априла 1991. године.[80] Закон о посебним условима промета непокретности је пуноважност уговора о промету непокретности на територији Републике Србије без Аутономне Покрајине Војводине, условио одобрењем Министарства финансија Републике Србије.[81] Министарство је, према одредама овог закона, било дужно да изда одобрење за промет непокретности "кад оцени да се тим

---

[76]"Захтеви физичких лица који су обавили неформалну трансакцију стамбене имовине слободном вољом страна након 23. марта 1989 године." (Чл.1.2(б) "УНМИК/УРЕД/ 1999/23.").

[77]Вид. чл. 2.4 "УНМИК/УРЕД/2000/60".

[78]Вид. чл. 11. 1. б. "УНМИК/УРЕД/200/60".

[79]Вид. чл. 11. 1. "УНМИК/УРЕД/200/60".

[80] Вид. чл. 1. "УНМИК/УРЕД/1999/10" .

[81] Вид. чл. 1. и 3. Закона о посебним условима промета непокретности.

прометом не утиче на промену националне структуре становништва или на исељавање припадника одређеног народа, односно народности и кад тај промет не изазива неспокојство, односно несигурност или неравноправност код грађана другог народа, односно народности".[82] Непоштовање ове форме, односно, неиздавање одобрења Министарства финасија, имало је за последицу ништавост уговора о промету непокретности.[83] Закон о посебним условима промета непокретности практично престао да важи ступањем на снагу Закона о промету непокретности,[84] с обзиром да је на другачији начин posteriori регулисао исте или сличне правне односе.[85] Тиме је "аброгација" коју је учинио СПГС, била беспредметна, но и сâма таква његова активност, указује да УНМИК није познавао правни систем који је аброгирао. Аброгирањем поменутог прописа, Специјални представник је широм отворио врата конвалидацији уговора о промету непокретности, који су у погледу недостатака у форми, са становишта позитивног законодавства били ништави и то на територији, на којој је, услед бројних друштвених потреса, правни систем био некохерентан, евиденција непокретности и права на њему дисконинуитетна, владавина права и правна култра рудиментарна.

Према појмовном одређењу, конвалидација је накнадно оснажење ништавог правног посла када се накнадно оствари одређена правна чињеница.[86] У погледу уговора о промету непокретности, правна чињеница која накнадно производи његово дејство, уколико је сачињен у писаном облику а потписи уговорних страна нису оверени од стране суда, је његово испуњење у целини или претежном делу, под условом да није повређено право прече куповине или какав други когентни пропис.[87]

Потреба јавних власти да на одређени начин контролише промет непокретности, јавља се још од времена првих држава, кроз установљење претеча првих јавних регистара непокретности, за потребе прикупљања дажбина. У савременим правним системима, писани облик уговора и оверен од стране овлашћеног органа, представљају основ за наплату пореза и упис

[82] Вид. чл. 3. Закона о посебним условима промета непокретности.

[83] Вид. чл. 5. Закона о посебним условима промета непокретности.

[84] Закон о промету непокретности је ступио на снагу 26. новембра 1998. године.

[85] Према одредбама овог закона, ништавост уговора о промету непокретности била је прописана у два случаја: 1.) у случају непоштовања форме уговора (чл. 4.) и 2.) и у условима постојања притисака и насиља, односно у условима и околностима у којима је била угрожена или није била обезбеђена сигурност људи и имовине, остваривање заштите слобода, права и дужности грађана, или законитост и равноправност грађана, (чл. 11. закона.).

[86] Владимир В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права,* Службени гласник, Београд, 2012, 464.

[87] Ibid.

права својине (или каквог другог права) у јавни регистар, чиме се обезбеђује правна сигурност. Ови елементи представљају садржину јавног интереса, те је логично закључити да је писани облик уговора, уз оверене потписе уговорних страна, прописан у јавном интересу, те уколико уговор није закључен у прописаном облику, он не може произвести правно дејство. Конвалидација писаног уговора о промету непокретности, у коме потписи уговорних страна нису оверени, могућа је само под одређеним условима и то уколико није повређен јавни интерес. Законом о промету непокретности, који је према "законодавној политици" УНМИК-а, представљао позитивно право у овој области – Закон о промету непокретности САП Косово,[88] читавим низом одредаба је предиђао право прече куповине у корист мноштва субјеката, како физичких лица, тако и јавноправних субјеката.[89] Уколико продавац непокретности , не би приликом овере потписа на уговору, приложио суду писани доказ о учињеној понуди имаоцима права прече куповине, било је предвиђено да суд решењем одбије оверу потписа на таквом уговору.[90] Такође, одредбама чл. 4. ст. 4. Закона о промету непокретности Социјалистичке републике Србије[91], који се примањивао јединствено на читавој територији Србије,[92] било је прописано да суд може признати правно дејство уговора о преносу права својине на непокретности између носилаца права својине, уколико промет није забрањен, који је закључен у писаном облику, на коме потписи уговарача нису оверени код суда, под условом да је уговор испуњен у целини или претежним делом, да је непокретност стечена у границама закона, да је плаћен порез на промет, да није повређено право прече куповине и да није повређен други друштвени интерес.[93] Сличне одредбе садржао је и потоњи Закон о промету

[88] Закон о промету непокретности, „Службени лист САП Косово", бр. 45/81, 29/86 и 28/88.

[89]Вид. чл. 19-22, Закона о промету непокретности САП Косово. За потребе овог рада, нарочито истичемо право прече куповине у корист "организације удруженог рада која се бави пољопривредном производњом и земљорадничке задруге на територији општине на којој се налази пољопривредно земљиште, општине на чијој се територији налази земљиште и земљораднику-сопственику суседног земљишта" (чл. 19. ст. 1.), потом: "организације удруженог рада која управља шумама, на територији оптине на којој се шума и шумско земљиште налази и општине на чијој се територији шума и шумско земљиште налази" (чл. 19. ст. 3.), "општине на чијој се територији налази грађевинско земљиште" (чл. 20.), "сувласника, носиоца станарског права и општине на чијој се територији налазе стан или породична стамбена зграда." (чл. 21.).

[90] Вид. чл. 26, Закона о промету непокретности САП Косово.

[91] Закон о промету непокретности, "Службени гласник СРС", бр. 43/81 и 28/87.

[92] Вид. чл. 12. Закона о изменама и допунама Закона о промету непокретности, "Службени гласник СРС", бр. 28/87, од 25. 7. 1987. год.

[93] Вид. чл. 2. Закона о изменама и допунама Закона о промету непокретности,

непокретности Републике Србије[94], али такву или сличну одредбу не садржи важећи Закон о промету непокретности[95], који не предвиђа конвалидацију уговора о промету непокретности.[96]

Имајући у виду бројне предуслове, конвалидација писаних уговора о промету непокретности, на коме потписи уговарача нису оверени код суда, практично је била само декларативна могућност. Шта више, строжи став судске праксе, који је уговор о промету непокретности који није био закључен у законом прописаном облику, сматрао непостојећим, својевремено је заузела и судска пракса САП Косово.[97] У сваком случају, у судској пракси преовладава схватање да усмени уговор о промету непокретности не производи правна дејства, нити постоји могућност њиховог накнадног оснажења.[98]

Мишљења смо да се одредбе о конвалидацији уговора, које предвиђа Закон о облигационим односима,[99] не могу применити на уговор о купопродаји непокретности, с обзиром да се оне односе само на уговор закључене у писаном облику[100], а не и на угворе чији је облик квалификованији, какав је управо онај предвиђен за уговор о купопродаји непокретности, који, уз писани облик захтева и оверу потписа уговорних страна од стране суда, односно, облик јавнобележничке isprave. Суделовањем органа који оверава потписе угворних страна, односно

---

[94] Према чл. 4. ст. 3. Закона о промету непокретности, "Сл. гласник РС" бр. 42/98, суд је могао да призна правно дејство уговора о промету непокретности ..."који је закључен у писаном облику, на коме потписи уговарача ниду оверени од стране суда, под условом да је уговор испуњен у целини или претежним делом, да није повређено право прече куповине и да није повређен принудни пропис."

[95] Закон о промету непокретности, "Сл. гласник РС", бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015.

[96] Према чл. 4. ст. 1. и 4, Закона о промету непокретности, уговор о промету непокретности закључује се у облику јавнобележничке (солемнизоване) исправе, а уколико није закључен у том облику, не производи правно дејство.

[97] "Када се ради о стицању власништва на темељу уговора, онда такав правни посао мора бити закључен у писменој форми, а потписи уговарача оверени од суда. Стога, ако нема уговора у прописаној форми, не може се донети ни пресуда на темељу признања." (Одлука Врховног суда Косова, Гзз. 12/80, Збирка судских одлука Савезног Врховног суда Југославије, Београд, књ. V, 4, Београд, 1980, 63.

[98] Одлука Врховног суда Србије, РеВид. 227/79, Младен Косовац, *Уговорни односи кроз судску праксу,* Правно-економски центар, Београд, 1991, 44; Одлука Врховног суда Србије, РеВид. 1764/81, М. Косовац, ibid, 48; Одлука Врховног суда Србије, Рев. 58/89; Томислав Красмановић, *Стварно право и промет непокретности – прописи са судском праксом*, Пословни биро, Београд, 2001, 246.

[99] Закон о облигационим односима (ЗОО), "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78 и др.

[100] Вид. чл. 73. ЗОО.

солеминизује уговор о куповини непокретности, уговор о промету непокретности добија квалификатив јавне исправе[101] о којима се води посебна евиденција и обезбеђује правна сигурност у правном промету непокретности. Све то, не претпоставља "обичан" писани облик уговора, о чијој могућности конвалидације, говори ЗОО.

Поступајући у вези са тужбама које су садржале захтев "типа Б", "Дирекција" и "Комисија" су, као што смо навели, "конвалидирали неформалне трансакције" у 395 од укупно 766 поднетих захтева. Одлуке о таквим тужбеним захтевима, које смо могли анализирати, немају никаво образложење,осим цитирања релевантних одредаба "УНМИК/УРЕД/1999/23" и "УНМИК/УРЕД/2000/60", нити се у њима налаже било који недостатак (да учини понуду имаоцима права прече куповине, овере потписе уговорника, плате порез и сл.)!?![102] У том поглдеду ова специјализована тела УНМИК-а су се понашала као да је позитивно право за које су сами прокламовали да је то оно које је било на снази до 22. марта 1989. године, "шведски сто" – да су на снази само оне одредбе које подносиоцима тужби са захтевом "типа Б" иду у прилог, док све друге одредбе, којима се штити јави интерес, без икакавог образложења или формалног акта, нису примењиване. Шта више, ОЕБС је забележио многе случајеве у којима локални судови чак прихватају тужбене захтеве у којима се захтева конвалидација усмених уговора о промету непокретности !?![103] У

---

[101] Игор Вујовић, *Конвалидација уговора о промету непокретности*, Службени гласник, Београд, 2012, 48, 68.

[102] Вид. одлуке: "HPCC"/D/228/2005/ B&C", од 22. 10. 2005, "HPCC"/D/240/2005/ B&C", од 16. 02. 2005, "HPCC"/D/245/2006/ B&C", од 18. 02. 2006, "HPCC"/D/253/2006/ B&C", од 31. 3. 2006. итд. навед. према: Cordial M, Rosandhaug K, *Post-Conflict Property Restitution, The Approach in Kosovo and Lessons Learned for Future International Practice, Volume II*, Lienden, Boston, 2009, 1103-1105, 1160-1162, 1182-1185, 1216-1218.

[103] Тако, "у једном предмету,тужилац, косовски Албанац, тврдио је да је од туженог, косовског Србина имовину купио према неовереном уговору, који су 02. фебруара 2000. године тужилац и тужени потписали у присуству три сведока. Тужилац је 2004. године регионалном суду у Гњилану поднео потврду о праву на ову непокретност. На изјаву тужиоца да он не може да нађе туженог, суд је поставио привременог заступника. На рочишту од 13. априла 2005. године у корист тужиоца су сведочила три сведока, укључујући (наводног) зета туженог. У пресуди која је донета истог дана, суд је сматрао да је усмени уговор пуноважан сходно члану 73. Закона о облигационим односима.

У једном другом предмету из региона Гњилана, три тужиоца косовска Албанца покренула су 12. октобра 2004. године парницу против двоје тужених косовских Срба у циљу доношења пресуде о постојању права својине на једној непокретности. Тужиоци су тврдили да је њихов отац то имање купио према усменом уговору од једног туженог 1973. а од другог 1977. године. Суд је обојици тужених поставио једног привременог заступника. Два сведока су посведочила да су били суседи тужилаца од 1972. године и

условима друштвене реалности на Косову и Метохији, пракса "HPD"-а и "HPCC"-а, као и локалних судова, не представља ништа друго до допринос правној несигурности кроз злоупотребу примене права.

Чак и у случајевима када су "HPD" и "HPCC", доносили праведне и на чињеницама засноване одлуке, забележена је широко распрострањена појава да је локално (албанско) правосуђе, у истим правним стварима, упркос ненадлежности, односно искључивој надлежности да у тим предметима поступа "HPCC"[104], доносило пресуде, у корист оних тужиоца пред судовима који, као тужени у поступцима пред "HPD"-ом и "HPCC"-ом, нису успели са тужбеним захтевима.[105] Ове пресуде односиле су се, у највећем броју, на захтеве "типа Ц" – непокретности намењене становању које су након 10. јуна 1999. године узурпиране од стране припадника албанске националности.[106] У

да су тужиоци то имање користили преко 30 година без спорова, мада они нису били присутни када је уговор сачињен нити када је била исплаћена купопродајна цена...Суд је овај захтев усвојио цитирајући Закон о облигационим односима: „обавезе из одредаба Закона о облигационим односима су извршене и уговор о купопродаји је у потпуности извршен, мада му недостаје облик. Исти ће се сматрати пуноважним пошто је дошло до заједничке потврде овог уговора, стога суд сматра да је тужба тужилаца основана и она је усвојена као таква." OSCE Department of Human Rights and Communities, *Litigatin Ownership of Immovable Property in Kosovo*, Pristina, 2009, 11-12.

[104] ВИД. чл. 2. ст. 7. "УНМИК/УРЕД/1999/23".

[105] OSCE-Mission in Kosovo, *Conflicting Jurisdiction in Property Disputes, Monthly Report, April*, Pristina, 2009, 3-6.

[106] У погледу релативизације резулатата рада "HPD" и "HPCC", наводимо три карактеристична примера.

1.) „Албанац са Косова и Метохије, подносилац захтева категорије А, (странка А) добио је 15. јула 2006. године одлуку Комисије у коме се наводи да његово право на коришћење стана припада туженом лицу, Србину са Косова и Метохије, подносиоцу захтева категорије Ц (странка Ц) у истом предмету. Овом одлуком Комисија је упутила странку А да се обрати судовима како би се утврдило да ли полаже право на редовни правни лек који произилази из чињенице да су његова права коришћења наводно укинута на дискриминаторној основи и дата странки Ц. Септембра 2006. године, странка А је тужила странку Ц у суду у Приштини, захтевајући поништење одлуке Комисије, поништење важеће одлуке којом се странки Ц даје право коришћења, поништење уговора на основу кога је странка Ц купила непокретност од Министарства финансија CPJ, и потврду да је странка А полагала право на коришћење стана. Суд је одобрио захтев странке А у целости. Суд је правоснажно преиначио одлуку Комисије, којим је странка Ц проглашена за пуноважног носиоца права коришћења стана, игноришући чињеницу да је одлука Комисије била коначна и правоснажна." (OSCE-Mission in Kosovo, *Conflicting Jurisdiction in Property Disputes, Monthly Report*, Pristina, April 2009, 4.).

2.) „Марта 2006. године, Комисија је одбацила тужбу категорије А Албанца са Косова и Метохије (странка А), у погледу станарског права на стану. У тужби је наведено да је стан првобитно био додељен странци А, али је додела поништена након

том погледу, посебно су спорни предмети у којима је поводом једне непокретности постојао спор са два конкурнтна захтева: захтев "типа А" лица албанске националности, које је тврдило да је изгубило право на државину по основу станарског права, због дискриминације након 22. марта 1989. године, и захтев "типа Ц", лица прогнаног са Косова и Метохије које је на истој непокретности, након 22. марта 1989. године, стекло право својине а које је државину изгубило након 10. јуна 1999. године. У 709 случајева, тужбе са захтевом "А" су одбијене док су истим одлукама "НРСС"-а, потврђена права на државину предметних станова, подносиоцима тужби "типа Ц"; у 258 предмета[107], усвојени су тужбени захтеви "типа А", чиме су стекли право државине на предметним непокретностима које су насилно запосели након 10. јуна 1999. године, а дотадашњи власници (подносиоцима

што је странка А изгубила свој посао услед наводне дискриминације. Комисија је утврдила да је подносилац тужбе категорије Ц, Србин са Косова и Метохије (странка Ц), био носилац права коришћења, као закупац стана на неодређено време. Коришћење овог стана дато је странци Ц, која је касније исти купила од Министарства финансија. Странка А је тужила странку Ц пред судом у Приштини. Суд је поништио одлуку Комисије, наводећи дискриминаторне одредбе које су довеле до отпуштања странке А и самим тим губитка његовог права коришћења стана. Суд је такође прогласио ништавним уговор којим је странка Ц купила предметни стан. Суд је сматрао странку А носиоцем права коришћења стана и упутио је странку Ц да поднесе посебну тужбу "КРА" за надокнаду штете по основу откупне цене стана. Ова пресуда била је у директној супротности са претходном одлуком Комисије." OSCE-Mission in Kosovo, *Conflicting Jurisdiction in Property Disputes, Monthly Report*, Pristina, April 2009, 4.

3.) "Децембра 2005. године поднета је тужба суду у Пећи, у коме је Србин са Косова и Метохије (странка Ц), захтевао поништавање уговора о промету непокретности из 2002. године, потписаног са купцем – Албанцем са Косова и Метохије (странка А). Поступку пред судом предходио је поступак пред "НРСС"-ом. Фебруара 2005, Комисија је својом одлуком, потврдила странки Ц право коришћења предметног стана, као подносиоцу тужбе категорије Ц. Током поступка, Комисија је истражила да ли су писани докази, поднети од странке А, којима тврди да је предметни стан купио 2002. године, били веродостојни. Комисија је утврдила да писани докази нису били веродостојни. (У изворном тексту се наводи: "The "НРСС" found the documents were not genuine.") Током суђења које је уследило, исти писани докази су суду поднети као доказ. Током 12 рочишта, нити суд нити странка А нису се позвали на одлуку Комисије у вези са веродостојношћу писаних доказа. Поред тога, суд никада није истражио аутентичност докумената употребљених од стране Комисије. Уместо тога, суд се искључиво ослањао на исказ сведока." И пресудио у корист тужиоца – странке А у поступку пред ""НРСС""-ом. (OSCE-Mission in Kosovo, *Conflicting Jurisdiction in Property Disputes, Monthly Report*, Pristina, April 2009, 5.-6, OSCE, Mission in Kosovo, *Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo*, Pristina, 2011, 9-10.

[107] Писмена преписка Директора "КРА" са ОЕБС-ом, извор: OSCE, Mission in Kosovo, *Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo*, Pristina, 2011, 9.

тужби са захтевом "Ц", је признато декларативно право на новчану накнаду штете на име исплаћене откупне цене за предметне непокретности, коју ни један од њих није остварио). Но, ту није био крај, одбијени подносиоци тужби са захтевом "А категорије"- по основу наводно изгубљеног права због дискриминације, упућивани су редовном суду. Одлуке судова у оваквим случајевима у пракси била су супротне одлукама "HPCC"-а, јер је право на државину предметних непокретности било пресудама додељивано, лицима чији су истоветни захтевиу поступку пред "HPCC"-ом, били одбијени'.[108]

Поступањем локалних судова у свим овим случајевима, противно начелу non bis in idem, обесмислило је ауторитет "HPD"-а и "HPCC"-а а његове одлуке, лишило, како формалне, тако и материјалне правноснажности.[109] Упркос и на очиглед "законодавству" и власти УНМИК-а, за локалне (албанске) судове на Косову и Метохији, коначном одлуком УНМИК-а ("HPCC"-а) једна спорна ствар – res litigiosa, није постајала пресуђена ствар - res iudicata а о једној истој пресуђеној ствари се могло поново "судити". Странке (прогнана лица српске националности и припадници неалбанских мањина), су остајале без одговарајућег правног лека због контрадикторних пресуда, што је противно праву на правично суђење и начелима владавине права.

4. ЗАКЉУЧАК

Одређивање надлежности "Комисије" и "Дирекције" није учињено на основу чињенице која се може утврдити prima facie: да су Косову и Метохији од увођења међународне управе угрожена својинска и уопште имовинска права прогнаног (српског и другог неалбанског) становништва и да је те правне проблеме ваљало приоритетно решавати. Напротив, ова надлежност одређена је на основу претпостављене дискриминације косовскометохијских Албанаца, који су, према тој неоснованој претпоставци, масовно (из)губили "имовинска права на непокретностима намењеним становању", због "дискриминације у примени или намери", власти СРЈ односно Србије. Тако је УНМИК предпостављену а непостојећу и недоказану општу дискриминацију над Албанцима, заменио другом, више него очигледном, стварном дискриминацијом над лицима српске националности, нарочито онима који су прогнани са Косова и Метохије.

Анализом "правног" положаја "Дирекције" и "Комисије", њиховог укупног учинка, као и појединих предмета у којима су ови квазисудски

[108] Ibid, 10.
[109] О појму, и садржини правноснажности, вид. Г. Станковић, op. cit, 470-476.

органи доносили одлуке, може се констатовати да постоје озбиљни разлози који указују да су ове "институције" дале сопствени допринос општој компромитацији владавине права на Косову и Метохији у време управе УНМИК-а. И тако саздан "правни оквир", као и независан "општи правни систем" који је УНМИК образовао, "Дирекција" и "Комисија" нису поштовали. Намеће се општи закључак да у поступању ових "независних тела" квазисудског карактера, постоје елементи пристрасног, чак дискриминаторског и то по правилу према подносиоцима захтева – расељеним и прогнаним лицима који су услед насиља које је уследило по увођењу Привремене управе Уједињених нација на Косову и Метохији, изгубили државину на непокретностима чији су законити власници били. Како одлуке које је "Комисија" донела не подлежу судској контроли, повреде људских права, пре свега права на правично суђење и права на мирно уживање имовине, имају трајан карактер. Правнику али и лаику, је потпуно несхватљива пракса, како "Дирекције" и "Комисије", тако и локалног правосуђа, конвалидације усмених уговора о промету непокретности, у којима су се Албанци појављивали као (наводни) купци а Срби као (наводни) продавци, који опет због наводне дискиминације, нису могли бити склопљени у законом прописаном облику.

Иако "HPCC" није била класичан суд, већ орган који је одлучивао поводом одређених врста имовинских зхтева, на основу унапред донетих "прописа", те одлуке су биле коначне и извршавала их је "HPD". Према томе, "HPD" је била "суд по функцији"[110], стога су стандарди права на правично суђење из чл. 6. Европске повеље о људским правима, били применљиви, али у бројним случајевима нису примењивани на поступке вођене пред тим телом.

Када, једног часа, буде васпостављена сувереност Републике Србије на Косову и Метохији, питања важности прописа донетих након 10. јуна 1999. године и након 17. фебруара 2008. године, као и појединачних одлука донетих на основу тих (свих или појединих) прописа, како генерално, тако и у вези стварних права на непокретностима лица прогнаних са Косова и Метохије, морала би да буду предмет разматрања и одлучивања, уз пажљиво и савесно одмеравање јавног и појединачних интереса. То се посебно односи на "одлуке" везане за конвалидацију ништавих уговора о купопродаји непокретности, услед непоштовања законом прописане форме, укључујући и оне закључене у усменој форми.

[110] Вид. Мишљење Саветодавног већа за људска права бр. 03/07, од 13. 3. 2010. год. (непубликовано).

Duško ČELIĆ, LL.D.
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

CONVALIDATION OF CONTRACTS OF REAL-ESTATEE SALE IN THE PRACTISE OF UNMIK QUASI-JUDICAL BODIES

Summary

The discussion aimed at shedding a light on some of the numerous questions of "post-conflict" restitution of property rights on real estates, in particular those intended for housing (apartments and houses) in Kosovo and Metohija, following the termination of the unlawful NATO aggression and establishment of the United Nations Administration (UNMIK).

An analysis of results on restitution of property rights on real estates of forcibly displaced persons from Kosovo and Metohija, achieved by the quasi-judicial mechanisms of UNMIK, i.e. the "Housing and Property Directorate" ("HPD") and the "Housing and property claims commission" ("HPCC").

This paper analyzes quasi-normative and quasi-judicial practice of the specialized bodies of the UNMIK in the area of convalidation of immovable property contracts concluded before 10 June 1999.

By analyzing the "legal" position of the "Directorate" and the "Commission", their effect only in the convalidation of the nullity of immovable property contracts, it can be concluded that there are serious reasons indicating that these "institutions" have not contributed to the rule Rights in Kosovo and Metohija at the time of UNMIK administration.

Keywords: *United Nations Interim Administration in Kosovo and Metohija (UNMIK); " Housing and Property Directorate " (" HPD "); "Housing and Property Claims Commission" ("HPCC"); Immovable property; Void contracts; Contract validation. Empowerment of the contracts.*

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ:

Водинелић В. В, Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права, Службени гласник, Београд, 2012;

Вујовић И, Конвалидација уговора о промету непокретности, Службени гласник, Београд, 2012;

Косовац М, *Уговорни односи кроз судску праксу,* Правно-економски центар, Београд, 1991;

Красмановић Т, *Стварно право и промет непокретности – прописи са судском праксом*, Пословни биро Београд, 2001;

Cordial M, Rosandhaug K, *Post-Conflict Property Restitution, The Approach in Kosovo and Lessons Learned for Future International Practice, Volume II*, Lienden, Boston, 2009;

Станковић Г, Грађанско процесно право, Прва свеска, Парнично процесно право, Правни факултет Ниш, 2010;

A. X. Fellmeth, M. Horwitz, *Guide to Latin in international Law*, Oxford University Press, 2009, 269;

Челић Д, *Прилози о стању правосуђа на Косову и Метохији након увођења међународних цивилних и безбедносних снага под управом Уједињених нација*, Криза и реформа правосуђа, ур. В. В. Водинелић, Београд, 2001;

Закон о облигационим односима (ЗОО), "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78 и др;

Закон о промету непокретности, "Службени гласник СРС", бр. 43/81 и 28/87;

Закон о посебним условима промета непокретности, "Сл. Гласник СРС", бр. 30/89 и 42/89 и "Сл. гласник РС", бр. 22/91, 53/93, 67/93 и 48/94;

Закон о условима, начинима и поступцима давања пољопривредног земљишта на коришћење грађанима који желе да раде и живе на територији АП Косова и Метохије, "Сл. гласник РС" бр. 43/91;

Закон о промету непокретности, "Сл. гласник РС" бр. 42/98;

Закон о промету непокретности, "*Сл. гласник РС", бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015;*

Закон о промету непокретности, „Службени лист САП Косово", бр. 45/81, 29/86 и 28/88,

Резолуција Савета безбедности Организације уједињених нација бр, 1244, S/RES/1244 (1999), 10. 6. 1999;

Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, *Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст*, Београд, 2009, 8, http://www.kim.gov.rs/cms/view.php?id=102&start=50#archive, 10. 6. 2016. год;

"УНМИК/УРЕД/ 1999/1 Оовлашћењима привремене управе на Косову";

"УНМИК/УРЕД/2001/9 О уставном оквиру за привремену самоуправу на Косову ";

"УНИМИК/УРЕД/2000/60 О стамбеним имовинским захтевима и правилима процедуре и доказима Дирекције за стамбена и имовинска питања и Комисије за стамбене и имовинске захтеве";

"УНМИК/РЕГ/1999/10, О укидању дискриминационих закона у вези са стамбеним и имовинским правима";

"УНМИК/РЕГ/2001/17, О регистровању уговора о продаји непокретности у посебним географским областима";

"УНМИК/УРЕД/1999/23, О оснивању Дирекције за стамбена имовинска питања и Комисије за решавање стамбених имовинских захтева";

"УНМИК/УРЕД/2006/10, О решавању захтева који се односе на приватну непокретну имовину, укључујући пољопривредну и комерцијалну имовину";

"УНМИК/УРЕД/2000/60-Clarification, Clarification by the Special representative of the Secretary-general of UNMIK Regulation No. 2000/60 of 31. October 2000 On Residential Property Claims and the Rules of Procedure and Evidence of the Housing and Property Directorate and the Housing and Property Claims Commission";

"УНМИК/УРЕД/2006/12 О оснивању саветодавног већа за људска права";

The housing and property Directorate & The Kosovo property agency *Joint annual report 2006*, Pristina, 2006;

UNMIK – OSCE Mission In Kosovo, *Proprety rights in Kosovo*, 2002-2003, Pristina, 2003;

UNMIK-OSCE, *The Administration of Justice in the Municipal Courts*, Pristina, March 2004, 9, http://www.osce.org/kosovo/56163, 12. 12. 2016;

OSCE Mission in Kosovo, *Kosovo First review of the civil justice system*, Pristina, 2006, http://www.osce.org/kosovo/19401?download=true, 12. 12. 2016;

UNMIK – OSCE Mission In Kosovo and Metohija, *Proprety rights in Kosovo and Metohija, 2002-2003*, Pristina, 2003;

OSCE-Mission in Kosovo, *Conflicting Jurisdiction in Property Disputes, Monthly Report, April*, Pristina, 2009;

OSCE Department of Human Rights and Communities, *Litigatin Ownership of Immovable Property in Kosovo*, Pristina, 2009,

OSCE-Mission in Kosovo, *Conflicting Jurisdiction in Property Disputes, Monthly Report*, Pristina, April 2009,

OSCE, Mission in Kosovo, *Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo*, Pristina, 2011;

Report of the Secretary-General on the United nations Interim administration mission in Kosovo, S/1999/779 од 12. 7. 1999, т. D. IV 36, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1999/779, 11. 3. 2017;

"Reported submitted by the United nations interim administration mission in Kosovo (UNMIK) pursuant to the article 2.2 of the agreement between UNMIK at the Council of Europe related to the Framework convention for the protection of national minorities, од 2. 6. 2005. године, (Извештај), званично заведеног у Савету Европе под бр. ACFC (2005) 003, https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_fcnmdocs/PDF_1st_ report_ Kosovo_en.pdf, 31. 12. 2014.

Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No. 1, Приштина 2001, 12;

Збирка судских одлука Савезног Врховног суда Југославије, Београд, књ. V,. 4, Београд, 1980;

Одлуке Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права: Ashingdane, од 28. маја 1985, Series A, no 93, Fredin од 18. фебруара 1992, Series A, no. 192, Kopecky од 7. јануара 2003, Silver и остали против Уједињеног Краљевства, A 61, 1983. год, и Sunday Times против Уједињеног Краљевства, A 30,1975.

Мишљење Саветодавног већа за људска права бр. 03/07, од 13. 3. 2010. год. (непубликовано).

УДК 347.513:796.853.24

др Срђан РАДУЛОВИЋ*

АУТЕНТИЧНА СРПСКА БОРИЛАЧКА ВЕШТИНА ПРЕД ЗАХТЕВИМА ОДШТЕТНОГ ПРАВА[1]

Апстракт: Реални аикидо је у номенклатури борилачких вештина на међународном нивоу класификован и препознат као аутентична српска борилачка вештина. Ефикасност техника од којих је сачињен вишеструко је тестирана и потврђена, не само од домаћих, већ и од најелитнијих војних и полицијских структура широм света.

Сама вештина у потпуности почива на техникама које не зависе од физичких предиспозиција оног ко технику изводи. Као таква, ова вештина ужива огромну популарност и међу мушком и међу женском популацијом која је данас, због несигурних времена у којима живимо, све више у потрази за ефикасним системом самоодбране. Ипак, ефикасан систем самоодбране, сем адекватних техника, мора имати одговарајући однос према захтевима правног поретка, нарочито када се ради о примени техника у реалној ситуацији. Наш циљ у овом раду је да истражимо у којој мери реални аикидо заиста уважава захтеве правног поретка истакнуте кроз институт нужне одбране у грађанском праву.

Кључне речи: *Реални аикидо, нужна одбрана, одговорност за штету.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Средином 1975. године пок. мајстор Љубомир Врачаревић, с ослонцем на богато знање и искуство стечено годинама успешног тренирања низа различитих борилачких вештина, почео је да уноси новине у традиционални аикидо. Новине су, по његовој процени, биле неопходне, а образложење тог става било је врло једноставно. Мајстор је, наиме, желео да традиционални аикидо подучава у нашој земљи. Међутим, метод тренирања, начин извођења техника и уопште приступ проучавању борилачких вештина

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, srdjan.radulovic@pr.ac.rs

[1] Сенима пок. мајстора Реалног аикидоа Љубомира Врачаревића, уз посебну захвалност мајстору Реалног аикидоа Мирославу Тоскићу 1. дан на несебичној подршци и корисним сугестијама.

специфичан за источњачке земље није, нити може бити, близак „човеку са запада“. Ако свему томе додамо да је практична применљивост традиционалног аикидоа раније, ништа мање и данас, била упитна, изнад свега због занемаривања физичког дела вештине и инсистирања на посебним стањима ума и свеопштом хармонијом с универзумом, јасно је да су новине биле заиста нужне.

Од тог тренутка започет је дуг, свакако и напоран пут прочишћавања аикидоа од спиритуалних елемената, те његове надоградње новим, све ефикаснијим техникама. Пут је водио изградњи врло препознатљивог система самоодбране названог Реални аикидо. Овај систем сачињен је у потпуности од дефанзивних техника које почивају на праворемености реаговања, уклапању у противников напад и сложеном систему врло специфичних полуга које омогућавају сигурну контролу нападача.

Напоран рад, али и креативност најбољих мајстора Реалног аикидоа нису могли остати непримећени. Небројена признања, медаље, одликовања и друге награде говоре сами за себе. Уколико додамо томе да су тренинзи Реалног аикидоа постали саставни део обуке најелтинијих специјалних јединица широм света, ефикасност вештине постаје јасно препознатљива чак и онима који се борилачким вештинама уопште не баве.

Године труда и залагања крунисане су 9. августа 2003. године. Тада је пок. мајстор Врачаревић, као први Европљанин, примљен у „Кућу славних Сједињених Америчких Држава за борилачке вештине“. Истом приликом додељено му је изузетно признање – црни појас 10. дан и титула Соке. Ово звање додељује се, по традицији, оснивачу *нове борилачке вештине* [нагласио С.Р.]. Тим чином Реални аикидо је и формално уведен у међународну номенклатуру борилачких вештина, а надаље препознат као *аутентична српска борилачка вештина* [нагласио С.Р.][2].

Једна од најлепших особина Реалног аикидоа – особина коју је Реални аикидо задржао и након што је формално преопзнат као особен стил – је та што је ово вештина која је „жива“. Преведено са речника својственог онима који се борилачким вештинама баве, то значи да Реални аикидо никада није престао да се развија. Овај рад преставља управо покушај да се да допринос развоју, унапређењу и популаризацији за сада једине међународно признате српске борилачке вештине. Овај рад претендује да то уради тако што ће указати на далековидост творца вештине и његов истанчан осећај за строге захтеве правног поретка, захваљујући којем је широм отворио врата примени ове вештине у сврху самоодбране.

[2] О томе детаљније видети на http://www.wcra.rs/izvodi.aspx?id=2.

2. ИНСТИТУТ НУЖНЕ ОДБРАНЕ У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

Правни односи настају онда када објективно право чињенице из свакодневног живота определи као „посредника“ између, с једне стране права и с друге стране правних односа. Те чињенице које су се кроз диспозитив правне норме издвојиле као оне које утичу на настанак правних односа по традицији називамо изворима правних односа. Са становишта облигационог права својим значајем као извор правних односа издваја се проузроковање штете[3]. На темељу самог факта проузроковања штете, дакле, настаје облигационоправни однос. Конкретније, то је однос између лица које штету треба да надокнади и лица којем је штета проузрокована, при чему први субјект у новонасталом облигационом односу има улогу дужника, а други повериоца. Обавеза дужника у овом случају састоји се у отклањању штетних последица које су по повериоца настале, неком од метода коју правни поредак препознаје и признаје као адекватну у датом случају, најчешће у зависности од врсте штете.

У литератури која обрађује ову проблематику каже се упрошћено да проузроковање штете као извор облигационих односа има две компоненте – саму штету као узрок и одговорност за штету праћену санкцијом као њену последицу[4]. Ипак, чак и када је реч управо о оним облицима штете који задовољавају све услове да се сматрају правним, не значи увек да ће одговорно лице бити санкционисано. Постоје, наиме, и такве чињенице које по оцени правног поретка претежу у односу на чињеницу да је штета проузрокована. У присуству ових чињеница штета постаје, ако не дозвољена, онда барем прихватљива. Ове чињенице чине да противправност као један

[3] Закон о облигационим односима, Закон о облигационим односима – ЗОО РС, „Сл. лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Сл. лист СРЈ“ бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99, даје предност уговорима и њих обрађује пре проблематике која се на проузроковање штете односи. Овакав приступ прати уобичајено схватање да су уговори најважнији извор облигационоправних односа које се темељи, пре свега, на учесталости уговорних односа. Ипак, ми нагласак стављамо на то да је проузроковање штете, можда не најзначајнији, али свакако не мање значајан извор облигационих односа у односу на уговоре. Став темељимо на историјскоправним истраживањима која, чини се недвосмислено, показују да је читав систем облигационог права заправо настао најпре ради елиминисања негативних последица које настају проузроковањем штете (видети: Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2012, 453; Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права, *Римско право*, *према белешкама са предавања Борислава Т. Благојевића*, Београд, 1946, 99-100; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2005, 448-450.

[4] Тако: Живомир С. Ђорђевић, Владан С. Станковић, *Облигационо право, Општи део*, Београд, 1986, 325.

од, по нама барем, сталних услова одговорности, буде искључена, а са њом уједно и обавеза да се штета надокнади.

У ред чињеница са таквим дејством спада и један од најпознатијих института грађанског права – институт нужне одбране[5]. Наше позитивно одштетно право, интересантно, не дефинише појам нужне одбране. Интенција законодавца у овој области била је да се ослони на дефиницију коју кривично законодавство нуди. Према слову Кривичног законика нужном одбраном сматра се она одбрана која је неопходно потребна да би се од свог или туђег добра одбио истовремени противправни напад[6]. На темељу одредбе КЗ РС која нужној одбрани даје карактер чињенице која искључује постојање кривичног дела, ЗОО РС се надовезује и предвиђа да онај ко штету проузрокује другом у нужној одбрани, осим ако границе нужне одбране нису прекорачене, неће бити дужан да насталу штету надокнади[7].

У теорији кривичног права радо се дискутује о читавом низу питања везаних за нужну одбрану. Највећи део постојећих спорова тиче се правног основа нужне одбране[8]. Такође, кривичноправна теорија није до краја разрешила ни недоумице око правних ефеката које нужна одбрана заиста производи[9]. Слична питања, међутим, у теорији одштетног права махом нису

---

[5] Иако излази ван оквира овог рада, није згорег поменути да има теоретичара по којима се нужна одбрана у свом најопштијем облику разматра као једна од премиса на којој почива државна власт. Тако: Massimo Renzo, State legitimacy and self-defense, *Law and philosophy*, 30, 575.

Контрааргументацију видети код: Uwe Steinhof, Renzo's Attempt to Ground State Legitimacy on a Right to Self-defense, and Uselessness of Political Obligations, *Ratio juris*, 1 (29), 2016, 122 и даље.

[6] Кривични законик – КЗ РС, „Сл. гласник РС" бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, чл. 19.

[7] ЗОО РС чл. 161. ст. 1.

[8] Копља се суштински ломе око две до сада прихваћене теорије. Најпре ту је субјективна теорија по којој лице које учини кривично дело не одговара због стања неурачунљивости узрокованог афектом у којем се због напада налази. Као њој супротстављену имамо објективну теорију, данас већим делом прихваћену, која нужну одбрану промовише као право.

О томе видети детаљније код: Видоје Миладиновић, „Примена нужне одбране у пракси Окружног суда у Нишу", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 12, Ниш, 1973, 261 и даље.

[9] Широк дијапазон понуђених одговора на питање који је крајњи ефекат нужне одбране креће се од оних ставова који промовишу идеју да је нужна одбрана основ искључења противправности или друштвене опасности, преко оних да је она основ искључења кривичне одговорности, па све до оних који у нужној одбрани виде основ искључења постојања крвичног дела.

Сажет приказ различитих ставова о правном дејству нужне одбране у кривичном праву видети код: Емир Ћоровић, „О могућим правним дејствима нужне одбране", *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 5, Нови Сад, 332-335.

постављана. Некако је постало уобичајено, иако никада до краја није разрешена недоумица да ли је противправност уопште услов одговорности за штету и у којим случајевима, да се нужна одбрана узима за разлог искључења противправности. У њеном присуству штета постоји, постоје и друге чињенице које су од значаја за означавање штете као правно релевантне, но нужна одбрана као чињеница претеже и на неки начин као да поништава њихово појединачно, али и укупно дејство.

Другачијим схватањима, свакако, има места. Искрено верујемо да је правна природа нужне одбране вишеслојна и да као таква мора бити проучавана. Такође, не би згорег било истражити, по угледу на кривичноправну теорију, да ли је она право, можда чак и природно, или ипак тек облик неурачунљивости изазван афектом. Ово питање нарочито има смисла поставити када се има у виду да је институт нужне одбране једна од последица „моралне асиметрије између наношења зла и дозвољавања да се зло деси“[10]. Овим питањима, међутим, ми се у раду нећемо бавити јер рад ове усмерености и обима то никако не дозвољава. У раду ћемо се бавити другим детаљима везаним за нужну одбрану.

3. ОДГОВОР РЕАЛНОГ АИКИДОА НА ЗАХТЕВЕ ПРАВНОГ ПОРЕТКА У ПОГЛЕДУ НУЖНЕ ОДБРАНЕ

Из законске дефиниције нужне одбране произлази да она има два своја обавезна елемента – одбрану и напад, а сваки од ових елемената мора да задовољи низ услова да би се у конкретном случају уопште могло говорити о постојању нужне одбране[11]. У наставку рада говорићемо о нападу и одбрани као елемнтима нужне одбране и условима за њихово постојање у грађанском праву. Међутим, они неће бити сукцесивно обрађивани како је то и уобичајено, већ паралелно будући да су услови одбране и напада у највећој мери кореалтивни. Комплетно излагање, наравно, ставићемо у контекст свеопштег приступа извођењу техника Реалног аикидоа у потенцијално опасним животним ситуацијама у којима су наша правно заштићена добра угрожена.

3.1. Субјекти напада и одбране

У смислу одредби које се на нужну одбрану односе поставља се најпре питање ко се све може сматрати нападачем, а ко су лица која се бране.

[10] Тако: Jeff McMahan, „Self-Defense and the Problem of the Innocent Attacker, *Ethics*“, (2), Chicago, 1994, 252.

[11] Тако: В. Миладиновић, *op. cit*, 262.

Најпре, нападачем се у смислу важећих прописа може сматрати само човек. Изазивање опасности по егзистенцију правно заштићених добара које није узроковао човек непосредно или барем посредно не може се сматрати нападом. Следствено томе ни реакција која је преузета према таквом извору опасности не да се подвести под појам одбране, нарочито не нужне одбране у смислу одредби ЗОО РС. Наравно, ту може бити елемената крајње нужде, теоретски можда чак и дозвољене самопомоћи, али никако не нужне одбране.

Није сувишно поменути да технике Реалног аикидоа, односно манир у којем су оне конципиране, у потпуности одговара овом захтеву. Заиста, оне су тако осмишљене да се могу применити само и искључиво према човеку као нападачу. Да ли је у питању један, два или више нападача, због изразите ефикасности техника, нарочито уколико је онај ко технике примењује довољно увежбан, мање је битно. Битно је да се оне, због специфичног система полуга којима се манипулише најпокретљивијим зглобовима људског тела, нити теоретски не могу користити за одбрану од, на пример, природних катастрофа или животиња.

Са друге стране, технике Реалног аикидоа прате захтеве правног поретка и у оном делу који се тиче субјеката одбране. Наиме, у овом тренутку ваља обратити пажњу на део дефиниције нужне одбране који говори о томе да се одређена сила може користити против нападача ради заштите свог, али и туђег правно заштићеног добра које је нападом угрожено. Дакле, субјекти одбране могу бити, не само лица која се бране, већ и она лица која су брањена.

У том смислу, искористићемо прилику да нагласимо како се технике реалног аикидоа не користе само ради сопствене сигурности, већ и ради заштите других. О томе сведочи чињеница да је Реални аикидо незаобилазан део обуке службеника обезбеђења високих државних званичника на различитим континентима. Штавише, у оквиру редовних тренинга у клубовима и секцијама Реалног аикидоа стално се промовише као врхунска вредност заштита угрожених. Дакле, оваквим приступом нипошто се не излази ван оквира које позитивно законодавство поставља. Напротив, на овај начин промовише се једно од основних начела на којем наш правни поредак почива, а то је начело солидарности које је вишеструко конкретизовано бројним одредбама нашег грађанског и кривичног законодавства.

3.2. Интензитет силе употребљене против нападача

Приликом одбијања напада који прети нашем или туђем правно заштићеном добру, од круцијалне је важности да се границе у којима је дозвољено бранити себе или другог не прекораче. Без непотребног уласка у

сложена питања везана за правну природу нужне одбране, ми у маниру претежног дела правне теорије заиста верујемо у идеју да је нужна одбрана једно субјективно право. Нама, у том контексту, нема ништа природније од тога да се дозволи право на самосталну одбрану правно заштићених добара, нарочито у оним случајевима када правни поредак с ослонцем на физичку принуду над којом има монопол затаји или касни у њихвој одбрани. Држава чија је основна функција заштитна, није у стању да своју основну функцију обави у конкретном случају, стога је свесно препушта појединцу чије је добро угрожено[12]. Допуштањем нужне одбране, самим тим, не само да се штити право, то јест добро онога ко је у нужној одбрани деловао, већ се штити и читав правни поредак који је компромитован противправним нападом[13].

Међутим, исто тако верујемо да право на нужну одбрану није право из реда апсолутних – апсолутних у смислу неограничених[14]. Напротив, оно нужно мора бити ограничено како би се бројне могућности злоупотребе предупредиле. На сличном становишту стоји и законодавац који прописујући да сила која је према нападачу употребљена мора бити неопходно потребна изналази, чини се, оптимално решење у погледу постављања поменуте границе кроз правни стандард. Одбрана је, нагласимо, неопходно потребна када напад без није могао да се одбије[15].

Дакле, само у оним случајевима када напад није било могуће одбити мањом силом од употребљене, постоји могућност искључења противправности. У супротном, уколико је нападачу нанета већа штета од оне која је претила оном ко се бранио, нема места успешном позивању на нужну одбрану када је одштетни захтев истакнут од стране нападача[16]. Ово из разлога јер одбрана није противна праву само уколико се нападнутно добро сачува уз нужну жртву на добру нападача[17].

Ефикасан систем самоодбране, осећамо потребу да то нагласимо, мора понудити заштиту субјектима, не само од непосредног напада, већ и од касније одговорности, како кривичне, тако и грађанске. Систем који нуди само могућност одбране од напада, ма колико његове технике заиста биле

---

[12] Тако: Радосав Рисимовић, „Нужна одбрана у кривичном законодавству Шпаније“, *Страни правни живот*, 3, Београд, 2008, 224.

[13] О томе детаљније: *Ibid*, 223-224.

[14] О супротстављеном, тзв. ортодоксном гледишту видети код: J. McMahan, *op. cit*., 256 и даље.

[15] Тако: В. Миладиновић, *op. cit*., 264.

[16] Тако: В. Миладиновић, *op. cit*., 264.

[17] Слично, мада у домену кривичног права видети код: Љубиша Јовановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 1969, 99 и даље.

ефикасне, а који не нуди уједно и заштиту од правне одговорности, није суштински ефикасан систем.

Уколико Реални аикдио посматрамо са тог становишта, констатоваћемо да је реч о двоструко ефикасном систему. Ова борилачка вештина, не само да нуди проверено ефиксан сет техника за одбрану својих или туђих добара, већ нуди и заштиту од правне одговорности у оним случајевима када нападнути употреби силу према нападачу. Наиме, кроз тренинге Реалног аикидоа континуирано се промовише идеја заштите, не само сопствених добара или добара нама блиских, већ и добара самог нападача, ма колики афект или страх напад изазвао. Међутим, за разлику од читавог низа борилачких вештина које прокламују сличну идеју, Реални аикидо исту конкретизује на барем два начина.

Погледајмо у ту сврху како извођење техника Ралног аикидоа изгледа. Када нападнути препозна напад, од кључне је важности да правовремено реагује. Правовремена реакција омогућава да се нападнути уклопи се у противников напад. У том тренутку започиње извођење неке од техника које подразумева, не супротстављање енергији нападача као код већине вештина кроз различите видове блокада, већ коришћење момента који у кретању нападача постоји и усмеравање нападача кроз сложен систем кретања и полуга у по њега неугодну позицију која се увек осигурава сигурном контролом.

Шта то конкретно значи? Најпре, коришћење момента кретања нападача приликом извођења напада значи једну врло једноставну ствар. Интензитет силе коју ће се применити зависи готово искључиво од силе којом нападач делује. Једноставније, што противник силовитије напада, последице његовог напада по њега самог биће неугодније и обрнуто. Дакле, уклапање у противников напад уместо заустављања момента кретања кроз блокаде омогућава да за аксиоматску узмемо тврдњу да је интензитет силе којом на нападача делује онај који изводи технику Реалног аикидоа директно пропорционалан сили којом је нападач деловао. То даље, теоретски барем, значи да употребе веће силе од оне која је претила приликом примене технике Реалног аикидоа готово не постоји. Наравно, наглашавамо само теоретски, будући да практична ситуација у постављену једначину увек уноси нове непознате.

Међутим, неповољно дејство поменутих непознатих, ако не елиминише, онда барем умањује трећи принцип Реалног аикидоа. Сходно овом врховном постулату, технике Реалног аикидоа увек и искључиво завршавају се сигурном контролом. Сигурна контрола почива на бројним полугама специјално осмишљеним да без икаквог напора и уз минималану неугодност по нападача, без његовог повређивања спречимо даље деловање нападача, најчешће до доласка полиције. Дакле, неутралисање и контролисање нападача, наравно по њега врло болно и неугодно, али без

стварног повређивања, кључни је циљ сваке од техника Реалног аикидоа. Уз овакав приступ, с ослонцем на претходно описан начин извођења техника, ствар је јасна – могућност прекорачења граница нужне одбране, није елиминисана нити то може бити, али је правилним извођењем технике суштински сведена на минималну.

3.3. Противправност и стварност напада

Да би се акт нападнутог према нападачу сматрао нужном одбраном у смислу прописа, како кривичног, тако и грађанског права, неопходно је, поред осталог, да напад има одређена својства. Најпре, потребно је да напад буде противправан. То значи да напад мора бити у супротности правним прописима. У супротном, за случај да се напад заснива на некаквом законском овлашћењу, рецимо реч је о сили коју органи реда користе у склопу својих овлашћења или постоји нека од чињеница која чини противправни напад дозвољеним у конкретном случају, сила употребљена против нападача, не само да се не сматра нужном одбраном, већ се може теоретски подвести и под појам напада[18].

Поред овог, правни поредак у погледу напада поставља још један додатни услов. Напад, наиме, мора да буде стваран. Према профилисаном становишту, бранити се од напада који заиста не постоји није дозвољено, све са једноставним образложењем. Уколико напада нема, сила која је примењена нема карактер одбране, већ је суштински напад. Дакле, уколико напада стварно нема, тада имамо случај путативне, односно умишљене нужне одбране, а путативна нужна одбрана није разлог искључења противправности. Другим речима, путативна нужна одбрана у грађанском праву не оправдава за нанету штету. То, даље, значи да ће онај ко је у заблуди да је напад стваран проузроковао штету другоме, осим ако је заблуда била неотклоњива, бити дужан да штету надокнади.

У реалној ситуацији ова два момента, односно њихово постојање, најтеже је препознати. И заиста, у стиуацији када су наша најважнија добра угрожена, поготово уколико је реч о атаку на живот и тело, није лако оценити карактер напада, то јест да ли је он противправан или стваран. Заправо, нама делује да субјекти који због недостатка тренинга нису навикнути на конфузију коју напад изазива последње о чему заиста размишљају је да ли је напад стваран, а поготово да ли се заснива на некаквом законском овлашћењу. Дакле, у налету страха или у афекту,

[18] Љ. Јовановић, *Op. cit.*, 100.

субјекти чија су добра угрожена размишљају једино о томе да их пошто-пото заштите, по правилу без довољног вођења рачуна о последицама.

Институт нужне одбране ретко се среће у судској пракси, по правилу, због тога што питање стварности и противправности напада некако остаје отворено. Управо зато овај проблем, на први поглед барем, чини се нерешивим. Кажемо на први поглед јер Реални аикидо нуди ефикасно решење. Најпре, опште је познато да започети или предстојећи напад код нападнутог изазива стање страха или афекта који у сваком случају доводе до конфузије чија је редовна последица немогућност исправног доношења закључака. Мање је познато, али свакако вишеструко доказано, да људи који се баве борилачким вештинама кроз тренинге се навикавају на сталне нападе и различите могуће сценарије. Због тога они далеко смиреније реагују на напад од оних који се борилачким вештинама не баве. Смиреније у смислу да далеко исправније могу да оцене околности у којима се налазе у тренутку настанка опасности. Самим тим, по правилу, доносе исправније, а у сваком случају боље промишљене одлуке.

Међутим, Реални аикидо кроз интензивне тренинге нуди још две, рецимо тако, гаранције да ћемо у нежељеној ситуацији успети да препознамо противправност и стварност напада. Најпре, говорили смо о сигурној контроли као врхунском принципу. Заправо, говорили смо о томе да су сви тренинзи посвећени томе да се нападач савлада уз што мању употребу силе и коришћење момента кретања нападача ради довођења у ситуацију у којој ће нападач бити конторолисан у поптуности без његовог стварног и непотребног повређивања. Када онај ко се брани изведе технику у поптуности посвећен остваривању управо овог циља, поготово када је уз тренинге стекао рутину и смиреност у конфузним ситуацијама, противправност и стварност напада неће бити проблем. Разлог је једноставан. Уколико онај ко се брани технику изведе заиста само уз коришћење момента кретања потенцијалног нападача доводећи га у сигурну контролу коју одржава без непотребног повређивања, све и да напад није био стваран или противан праву, штета неће постојати уопште или ће бити занемарива. У сваком случају неће бити места позивању на одговорност оног ко је технику извео јер штете нема, а самим тим неће бити ни потребе за истицањем да је некаква штета нанета у нужној одбрани.

Друга гаранција да ће аикидока успети да препозна стварност и противправност напада јесте избегавање напада. Наиме, као посебан сегмент Реалног аикидоа развијана је тзв. џиу ваза. Реч је о сложеном систему кретања, претежно кружног, који за циљ има да осигура излазак ван линије напада у оним ситуацијама када нисмо у прилици да технику изведемо правилно. Правилно увежбана џиу ваза отвара врата и да се уопште не започиње са извођењем технике, нарочито у ситуацијама када нисмо сигурни да ли је напад противправан и да ли је заиста стваран. Заправо, у реалној

ситуацији извођење техника најчешће уопште не започиње са првим нападом или његовим наговештајем, већ серијом избегавања чиме се одлаже извођење технике све док се стварност и противправност напада кроз његово вишеструко понављање не потврди.

3.4. Временска корелација одбране и напада

Да би се понашање штетника могло подвести под нужну одбрану, поред осталог, неопходно је да између напада и одбране приликом које је штета начињена постоји временска подударност. Врменска подударност одређена је раније поменутом дефиницијом нужне одбране преузетом из КЗ РС. Према тој дефиницији дозвољено је бранити се само од истовременог напада. То, нешто прецизније, значи да се одбраном може сматрати само деловање у време почетка напада, односно деловање у време док напад још увек траје. Престанком напада, престаје и право на нужну одбрану[19]. Ужа интерпретација одредбе КЗ РС, а на коју се ЗОО РС ослања, не дозвољава да се под појам нужне одбране подведе било које штетно деловање које је започело пре почетка напада, нити деловање које је започело након што је напад дефинитивно окончан. Разлог је једноставан. Свака акција предузета пре започињања напада или након што је напад окончан не може се сматрати одбраном, већ искључиво нападом.

Теоретски посматрано, мада и искуство из реалних ситуација показује исто, проблем временске подударности одбране и напада, барем када је употреба техника Реалног аикидоа у питању, уопште не постоји. Зашто? Укратко, успешно примењена техника Реалног аикидоа у реалној ситуацији значи и постојање временске подударности одбране и напада.

Наиме, један од три врховна принципа на којем почива читав систем Реалног аикдиоа је да се технике изводе уклапањем у противников напад и то тако да се кинетичка енергија нападача искористи за његово довођење у позицију која омогућава да се одржи сигурна контрола над њим. Дакле, одлучујући моменат за извођење било које технике Реалног аикидоа јесте постојање кинетичке енергије нападача, односно постојање напада уопште. Уколико напада нема, нема неопходног момента кретања који се може искористити и преусмерити. То је принцип захваљујући којем Реални аикидо можемо означити као систем самоодбране који не зависи од физичке припремљености онога ко технику изводи. То је принцип због којег онај који овлада техникама Реалног аикидоа може без икаквих проблема да контролише далеко јачег, бржег, височијег или тежег нападача. Такође, то је

[19] Тако: В. Миладиновић, *Op. cit*., 264.

принцип који елиминише проблем временске подударности напада и одбране, будући да се техника може применити успешно само онда када заиста постоји напад. Сваки покушај извођења технике пре или после напада унапред је осуђен на неуспех, јер нема кинетичког момента нападача. То, даље, значи, нагласимо још једном, да важи једначина „успешно примењена техника Реалног аикидоа = истовременост напада и одбране“.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Иако је његова форма унеколико измењена од времена настанка у класичном римском праву, институт нужне одбране, то није спорно, одувек је имао заштитну функцију у грађанском праву. Његов циљ је да спречи победу неправа над правом, тако што ће осигурати опстанак права, односно правно заштићеног добра на уштрб добара онога ко иницира неправо.

Он представља овлашћење дато правним субјектима да самостално заштите своја правна добра по цену наношења штете другом онда када држава кроз организовану принуду којом управља није у прилици да на време или у потпуности пружи гарантовану заштиту. Неостављање простора за самостално деловање субјеката чија су добра угрожена, будући да по природи ствари државни органи задужени за заштиту наших добара не могу у сваком тренутку бити на месту где су потребни, неминовно водило би компромитовању права, не само субјективног, већ и објективног.

Модрене државе, иако далеко напредније у односу на старе поретке, и даље имају ограничене ресурсе. Управо због тога, иако је држава на себе преузела обавезу да заштити наша најважнија добра, она није у стању да увек и на време пружи потребну заштиту. То је опште је познато. Управо зато правни субјекти, заправо физичка лица, су одувек тражила начина да обезбеде своја добра, а начин који се практиковао од најранијих времена јесте изучавање борилачких вештина.

Међутим, изучавање борилачких вештина и потрага за све ефикаснијим техникама је једно, али примена техника у реалној ситуацији је нешто сасвим друго. И док, с једне стране, држава врло благонаклоно гледа на бављење борилачким вештинама, па чак и упућује на бављење овим видом рекреације, са друге стране, не оставља много простора за практичну примену стечених знања, па ни у оним по живот опасним ситуацијама. Тај простор сужен је врло сложеним системом услова за успешно позивање на институт нужне одбране који би употребу технике у реалној ситуацији оправдао.

Будући да је Реални аикидо у међународним круговима препознат као аутентчина српска борилачка вештина, ми смо у раду поставили принципијелно питање да ли је и у којој мери Реални аикидо спреман да

одговори на захтеве домаћег правног поретка истакнуте кроз институт нужне одбране. Питање је врло битно поставити јер вештина која носи ласкав епитет „српска“ мора и да уважава домаћи правни поредак. У супротном, она, и поред неспорно ефикасних техника, неће суштински бити ефикасна јер компромитује правни поредак коме треба да помогне и допуни га на неки начин. Правни поредак тада би реаговао успостављањем кривичне и грађанске одговорности онога ко примењује технике система који га поткопава.

Истраживање је неспорно показало да Реални аикидо заиста прати захтеве домаћег правног поретка исказане кроз институт нужне одбране. Ниједан од услова који се захтевају да би се нечије деловање сматрало нужном одбраном није занемарен. Да ли је пок. мајстор Врачаревић заиста беспрекорно познавао норме домаћег кривичног и грађанског права? Општи утисак његових сарадника је да то није био случај. Читав систем стваран је више по осећају за потребе друштва. Но, управо захваљујући његовом истанчаном осећају за правду, легално и правично данас имамо импозантан систем чије су технике тако дизајниране да, наглашавамо теоретски, не постоји могућност изласка ван граница деловања које институт нужне одбране поставља.

Srđan RADULOVIĆ, LL.D.
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

AUTHENTIC SERBIAN MARTIAL ART AND LEGAL SYSTEM DEMANDS

Summary

Real aikido is martial art that is on international level classified and recognized as authentic Serbian martial art. Effective techniques incorporated in this specific self-defensive style are multi-tested and confirmed, not only by domestic, but also by most elite police and military forces around the world.

This self-defense style entirely rests on techniques that do not depend on natural predispositions of one who is performing technique. Carefully designed this martial art has tremendous popularity, both among male and female population which is now, due to unsafe times in which we live, searching for effective and reliable self-defense system. However, an effective self-defense system, beside adequate techniques, should be built on huge respect for requirements of legal system, especially when it comes to application of techniques in real life situation. In this paper we tend to explore does Real aikido truly respects requirements of legal system emphasized through the legal institute of self-defense in Civil Law.

Key words: *Real aikido, self-defense, civil liability.*

ЛИТЕРАТУРА

- Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2012,
- Ђорђевић С. Живомир, Станковић С. Владан, *Облигационо право, Општи део*, Београд, 1986,
- Јовановић Љубиша, *Кривично право – општи део*, Београд, 1969,
- Миладиновић Видоје, „Примена нужне одбране у пракси Окружног суда у Нишу“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 12, Ниш, 1973,
- Jeff McMahan, Self-Defense and the Problem of the Innocent Attacker, *Ethics*, (2), Chicago, 1994,
- Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права, *Римско право, према белешкама са предавања Бориславa Т. Благојевића*, Београд, 1946
- Renzo Massimo, State legitimacy and self-defense, *Law and philosophy*, 30,
- Рисимовић Радосав, „Нужна одбрана у кривичном законодавству Шпаније“, *Страни правни живот*, 3, Београд, 2008,
- Салма Јожеф, *Облигационо право*, Нови Сад, 2005
- Steinhoff Uwe, Renzo's Attempt to Ground State Legitimacy on a Right to Self-defense, and Uselessness of Political Obligations, *Ratio juris*, 1 (29), 2016,.
- Ћоровић Емир, „О могућим правним дејствима нужне одбране“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 5, Нови Сад.

УДК 347.771:602.9

Гордана ДАМЈАНОВИЋ*

ПОЈАМ И ВРСТЕ МАТИЧНИХ ЋЕЛИЈА У СВЕТЛУ ПАТЕНТНОГ ПРАВА

Апстракт: Развој биотехнологије нам је донео многе погодности али и ризике. Патентирање биотехнолошких проналазака уопште, и посебно патентирање матичних ћелија, изазвало је многе полемике. И поред тога што се земље попут САД, Аустралије и Европе ослањају на патентну заштиту када улажу у науку, Европски суд правде је ставио мораторијум на издавање патената који се односе на матичне ћелије. Међутим, могућности матичних ћелија су практично неограничене, јер оне могу да подстакну обнову органа или обнављање оштећеног имуног система. Али, истраживања матичних ћелија су тек у повоју, због тога су неопходна даља истраживања, која су ако не заустављена, онда бар успорена након наведене одлуке Европског суда правде. Циљ пресуде је био да спречи комерцијалну експлоатацију открића која укључују уништавање ембриона. Стварање плурипотентних матичних ћелија без претходног уништавања ембриона, убрзаће промену негативног става законодавства ЕУ у погледу забране патентирања матичних ћелија. Зато, свидело се то некима или не, патентирање матичних челија се не може зауставити, па га је боље контролисати у нашу корист. Патентно право мора да се прилагођава брзим променама које настају у биотехнолошкој индустрији, и у том смислу је неопходна заштита матичних ћелија на тлу Европе**.**

Кључне речи: *биотехнологија, патенти, матичне ћелије, ембрионалне матичне ћелије, индуковане плурипотентне матичне ћелије***.**

1. УВОД

Огроман терапеутски потенцијал матичних ћелија изазива последњих неколико година велико интересовање. Циљ истраживања је да се произведу терапије за лечење до сада неизлечивих болести, попут Алцхајмерове, Паркинсонове болести или дијабетеса. Свакако да се еволуција и трансформација у области биотехнологије одражава и на патентна правила.

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, gordana.damjanovic@pr.ac.rs

Биотехнологија се односи на широко подручје употребе живих организама, почев од микроорганизама коришћених при ферментацији пива до софистицираних метода генске терапије. У најширем смислу биотехнологија означава многе процесе примењене биологије. Док се под биотехнологијом у ужем смислу подразумева примена организама биолошких система и биопроцеса у индустријској производњи.[1]

После патентирања гена, биотехнолошке компаније све више иницирају прописивање патентне заштите матичних ћелија. Биотехнолошке компаније су најватренији браниоци патентне заштите матичних ћелија, јер на тај начин обезбеђују финансирање истарживања матичних ћелија.

Матичне ћелије су први пут изоловане из људског ембриона на Универзитету *Wisconsin* од стране истраживача САД. У новембру исте године (1998) први пут је и клониран људски ембрион у америчкој истраживачкој институцији АСТ (*Advanced Cell Technology*).У фази бластоциста ембрион је заустављен у развоју да би се из њега добиле матичне ћелије и развиле ћелијске линије, попут нервних, ћелија коштане сржи, мишићних или нервних ћелија. Али након што је Европски суд правде, одлучујући о предмету O. Brustle vs *Greenpeace* Ц-34/10, донео пресуду о забрани патентирања матичних ћелија, даља истраживања су ако не у потпуности заустављена, бар успорена на тлу европе.

Циљ пресуде Европског суда правде био је да спречи комерцијалну експлоатацију открића која укључују уништавање ембриона. Пресуда је образложена поштовањем људског достојанства. Већина европских закона поседује тзв. „моралну“ клаузулу, која омогућава надлежном органу да одбије патент на моралним основама.[2] Велики број истакнутих научника је изразило забринутост због наведене одлуке, јер су веровали да ће таква одлука блокирати даљи развој терапија и угрозити године истраживања.

Одлука Европског суда правде је утицала и на доношење одлука у организацијама као што је Европски завод за патенте, независна међувладина организација која делује на основу Конвенције о европском патенту (у даљем тексту КЕП)[3]. И ако није у обавези да то чини, Европски завод за патенте је имплементирао члан 6. Директиве ЕУ о правној заштити биотехнолошких проналазака[4] (у даљем тексту Директива), у правилу број 28. КЕП. Тако је

[1] Видоје Спасић, „Патентирање производа биотехнологије“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 2006, 77.

[2] David Resnik, „Embryonic stem cell patents and human dignity“, *Health Care Anal, Springer*, 2007, 212.

[3] Конвенција о европском патенту од 1973, наша земља је ратификовала Конвенцију 29. августа 1996, “Сл. лист СРЈ - Међународни уговори“, бр. 3/96.

[4] Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, Official Journal L 213.

Европски завод, приликом одлучивања у једном случају истакао да су сви изуми искључени из заштите, уколико њихова експлоатација подразумева уништавање ембриона. Оваквим поступком Европски завод је избегао несклад у оквиру европског патентног система[5].

За разлику од Европе која је ставила мораторијум на издавање патената који се односе на матичне ћелије, англосаксонски правни систем одобрава патентирање матичних ћелија. Питање патентне заштите матичних ћелија у САД зависи од политике.Тако је некадашњи председник САД, Џорџ Буш, дозвољавао истраживања само на матичним ћелијама које потичу из вишка ембриона са клиника за вештачку оплодњу. Председник Барак Обама је укинуо одлуку о ограниченом финансирању истраживања матичних ћелија.У образложењу одлуке је истакао да је избор између науке и моралних вредности лажан, и да те ствари нису у супротности. Међутим, и у САД лекари и истраживачи се боре против патената претерано широких по обиму, као и против високих накнада за лиценцирање.

Захваљујући јединственим својствима матичних ћелија људског ембриона, биотехнолошка наука је отворила нов прозор у будућност медицинских дијагностиковања и терапија за бројне болести.[6] Због тога, патентно право мора да се прилагођава брзим променама које настају у биотехнолошкој индустрији, и у том смислу је неопходна заштита матичних ћелија и на тлу европе.

2. ПОЈАМ МАТИЧНИХ ЋЕЛИЈА

У стварању људског организма учествује више милиона ћелија и 200 различитих врста ћелија од којих свака има посебну функцију односно специјализоване су за функционисање одређеног дела организма. За разлику од специјализованих, матичне ћелије су неспецијализоване и имају потенцијал да се развијају у неку или неколико различитих типова ћелија у телу.

Посматрајући формирање људског организма из перспективе биологије, постоји број сукцесивних фаза кроз које организам еволуира.У тренутку оплодње постоји само једна ћелија – зигот, која се у првих неколико дана брзо дели.У тој фази зигот чине матичне ћелије које су **тотипотентне**. Способност ћелије да се умножава и да прави ћерке ћелије које могу постати било који тип ћелије, назива се ћелијска потентност.

[5] Amina Agovic, „Stem cell patents on a knife edge“, *Journal of intellectual property law and practice*, 2008, Vol. 3, No 11, 725.

[6] Сања Радовановић, *"*Матичне ћелије људског ембриона и патентна заштита“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/2015, 1832.

Ћелије које су у стању максималне потентности називају се тотипотентне матичне ћелије. Поменуте матичне ћелије имају највећи развојни потенцијал, јер се могу претворити у било који тип ћелије у организму и способне су да се развију у посебан ембрион. Дакле, свака тотипотентна ћелија представља самостални ентитет који може довести до целог организма.[7] Међутим у року од 5-7 дана организам се претвара у бластоцист - куглу од око 100 ћелија које више нису тотипотенте већ постају **плурипотентне** матичне ћелије из којих може настати било који тип од преко 200 типова ћелија које се налазе у организму, али више нису у стању да се претворе у ембрион[8].

Плурипотентност значи имати више од једног потенцијалног исхода. Дакле, плурипотентне ћелије могу допрети до фетуса или одређених ћелија, али појединачна ћелија или конгломерат плурипотентних матичних ћелија не може се развити у фетус, јер им недостаје потенцијал да се претворе у ембрион. Након тога, ембрион се и даље развија а његове ћелије постају диференциране и преузимају одређену улогу у организму. Од тада се ембрион назива фетус док матичне ћелије постају **мултипотентне**.[9] Мултипотентним називају се оне матичне ћелије које могу да се претворе у одређени мањи број различитих типова ћелија.[10]Мултипотентне изворне ћелије су малобројне недиференциране ћелије унутар ткива одраслог организма које се могу диференцирати у међусобно блиско повезане ћелије. Мултипотентне ћелије се могу развити у различите врсте крвних ћелија на пример, али никад у мишићне или неке друге ћелије. Коначно, матичне ћелије могу бити и унипотентне када дају само један тип ћелија а по способности самообнављања разликују се од нематичних ћелија. Унипотентне или олигопотентне матичне ћелије могу да се диференцирају у само један тип ћелија, као што су васкуларне ћелије или ћелије коже.Оне су заслужне за регенерацију ткива.Управо их та способност регенерације оштећених ткива чини јединственим у медицини.У многим ткивима служе као нека врста унутрашњег система за поправку.

Када се дели, свака нова матична ћелија има потенцијал или да остане матична ћелија или да постане нека друга ћелија са специјализованом функцијом. Процес помоћу којег матичне ћелије постају специјализоване назива се *диференцијација* која се подстиче специфичним ћелијским

---

[7] Shoukhrat Mitalipov, Don Wolf, „Totipotency, pluripotency and nuclear reprogramming“, *Advances in biochemical engineering-biotechnology*, 2009,www.ncbi.nih.gov/pmc/articles/PMC2752493, приступ: 12. август 2015.

[8] Andrea Radonjanin, „Patentability of biotechnology“, *Европски Правник*, 2007, 4.

[9] Graeme Laurie,“Patenting stem cells of human origin“, *European Intellectual Property Review*, 59, 2004.

[10] NIH-Stem Cell Information, *http:stemcells.nih.gov/.info/pages/ facs.aspx# whetar*, приступ: 23. август 2015. године.

сигналима који се активирају и сузбијају ген унутар језгра саме матичне ћелије.Овај процес доводи до производње протеина који одређује врсту специјализоване ћелије која ће постати од матичне ћелије. Верује се дакле, да су унутрашњи сигнали, тзв.окидачи диференцијације под контролом ћелијских гена који су измешани преко ланца ДНК и носе кодиране инструкције за све функције ћелија. Спољашњи сигнали за диференцијацију ћелија укључујући и физички контакт са суседним ћелијама јесу хемикалије које луче друге ћелије и одређени молекули.

Истраживања матичних ћелија омогућиће научницима да уче о основним карактеристикама ћелија и шта их чини различитим од специјализованих типова ћелија. С обзиром на јединствене регенеретивне способности, матичне ћелије нуде нове могућности за лечење болести као што су дијабетес и разна срчана обољења. Лабораторијска истраживања настоје да унапреде знања о томе како се организам развија из једне ћелије и како једна здрава ћелија може да замени болесну или оштећену ћелију код одраслих организама. Студије базиране на ембрионалним матичним ћелијама могу да послуже за боље разумевање диференцијације и развоја ћелија са могућим последицама за излечење до сада неизлечивих болести, попут канцера.

Једна од главних карактеристка матичних ћелија јесте самообнављање, односно способност ћелије да прође кроз неколико кругова деобе а да при том задржи недиференцирано стање. Следећа каректеристика матичних ћелија је могућност да под одређеним физиолошким или експерименталним условима могу бити изазване да постану ткиво или специјализована ћелија са посебним функцијама.У неким органима попут црева или коштане сржи, матичне ћелије се редовно деле замењујући дотрајале ћелије или оштећена ткива, док се у органима попут панкреаса и срца, матичне ћелије деле под посебним условима. Својим карактеристикама оне дакле, врше замену умирућих ћелија регенеришући оштећена ткива. Могућност замене ткива на бази терапије матичним ћелијама успешно се промовише у целом свету. Болести које се већ данас лече на овај начин јесу леукемија, болест лимфома и друге болести. Постоје терапије које се тренутно клинички испитују, где се показало да је третман делотворан али није још увек прихваћен као стандардна терапија.

Поред бесмртности, односно способности да се репродукују без временског ограничења, ембрионалне матичне ћелије карактерише и реверзибилност. Реверзибилност је могућност појединих матичних ћелија да се врате у првобитно стање, што практично значи да се ембрионалне матичне ћелије могу поново вратити у ембрионалну фазу и постати ембрион.

3. ВРСТЕ МАТИЧНИХ ЋЕЛИЈА

3.1. Одрасле матичне ћелије

Матичне ћелије имају способност да бирају између продуженог самообнављања и диференцијације. Овај избор је као што смо констатовали регулисан од стране унутрашњих сигнала и спољашњих микроелемената. На основу извора делимо их на ембрионалне и „одрасле" матичне ћелије. И ако одрасле матичне ћелије поседују већу пластичност него што се мислило на почетку истраживања истих, суштинска разлика између одраслих матичних ћелија са једне и ембрионалних матичних ћелија са друге стране, огледа се у томе што су одрасле матичне ћелије у стању да се развију у ограничен број типова ћелија, док ембрионалне матичне ћелије поседују способност да сеформирају у било који тип специјализованих ћелија у телу.[11]

Одрасле матичне ћелије се током целог људског века развијају у специјализоване типове ћелија. Одрасле матичне ћелије су делимично диференциране ћелије које се налазе у специјализованом ткиву одрасле особе и фетуса. Главна функција одраслих матичних ћелија је одржавање у стабилном стању функционисање ћелија и замена ћелија које умиру због повреда или болести.[12] Према начину екстракције деле се на матичне ћелије из пупчане врпце новорођенчета и из коштане сржи[13].

Матичне ћелије из коштане сржи су дуги низ година биле преферирани извор за трансплантације. Међутим, процес узимања ћелија из коштане сржи је веома болан и реализује се операцијом. Такође, ове ћелије су старије и мање виталне с обзиром да се узимају од одраслог човека.[14] Оно што је такође битно је да оне временом старе и под утицајем болести, стреса или вакцинације губе виталност. До недавно се сматрало да су матичне ћелије из коштане сржи потенцијални извор само ћелија крви и ћелија

---

[11] John S. Odorico, Dan S. Kaufman, James A. Thomson, "Multilineage Difterentiation from Human Embrionic Stem Cell Lines", *Stem Cells, Council Review*, 2001, 19, www.StemCells.com, приступ: 12. март 2015. године.

[12] Henk Jochemsen, Elisa Garcia, Asheir Meir, Ron Harris,"Human stem cells, source of hope and controversy", *A study of the ethic of human stem cell research and patenting of related inventions*, Bioethics Press, Chicago and London, 2005, 26.

[13] Списак ткива за која се поуздано зна да поседују матичне ћелије стално расте. Данас се зна да „одраслих" матичних ћелија има и у рожњачи, мрежњачи, кичменој мождини, панкреасу, као и у гастроинтесталном тракту.

[14] Захваљујући матичним ћелијама из коштане сржи, једној двогодишњој девојчици која се родила без душника и није могла да једе и пије, направљен је душник. Матичне ћелије из коштане сржи су пресађене, и за мање од недељу дана оне су се умножиле и створиле душник који је уграђен девојчици путем сложене деветочасовне операције.

имуног система, али су најновији експерименти показали да су матичне ћелије у коштаној сржи флексибилне попут ембрионалних и да ће моћи да се формирају у било коју врсту ћелија. Резултати истраживања спроведених у Енглеској, Немачкој и Бразилу, показали су да матичне ћелије из коштане сржи могу да регенеришу ожиљак након инфаркта миокарда. Али је сигурно најзначајнија карактеристика матичних ћелија из коштане сржи да показују анти канцерогену активност код неких врста канцера[15].

Ипак, знатно више могућности у медицини се постигло откривањем матичних ћелија из пупчане врпце.Вађење крви из пупчене врпце је безболан процес и не постоји ризик за мајку и дете. Пре више од тридесет година откривено је да крв из пупчане врпце има исте ћелије као и коштана срж, док су 2005.године откривене у крви пупчане врпце ћелије налик ембрионалним и од тада почиње ера регенеративне медицине, која је идентификована као једна од кључних технологија у будућности. [16]

„Неонаталне“, матичне ћелије из пупчане врпце имају веће способности стварања различитих људских ткива, с обзиром да нису прошле процес старења као матичне ћелије из коштане сржи. У крви пупчане врпце налазе се хематопоезне ћелије (HSCs) које производе сву крв као и ћелије имуног система и прво су пронађене у коштаној сржи. Затим мезенхималне матичне ћелије (MSCs), које се налазе у чврстом ткиву и имају способност да произведу ћелије везивног ткива, на пример масти, кости или хрскавице.Наведенене ћелије се могу наћи и у другим деловима тела, укључујући такође коштану срж. Ове „одрасле“ матичне ћелије могу се наћи ипак у најбољем стању у крви пупчане врпце као и ткивима пупчане врпце. Научне студије су показале да ткиво које облаже три крвна суда у пупчаној врпци (која спаја фетус са мајком) садржи значајне и квалитетне матичне ћелије. Супстанца позната као Вартанов гел, представља богат извор мезенхималних матичних ћелија које су одговорне за стварање костију и хрскавице и других ћелија везивног ткива у нашем телу.[17] Ту су такође, матичне ћелије сличне ембрионалним по својим својствима (VSL) које се могу претворити у било који тип ћелија и ткива у телу. И на крају, постоје неограниче соматске матичне ћелије (USSC)које могу да живе у одређеној области сваког ткива, где могу остати мирне (да се не деле) много година, док се не активирају нормалном потребом ћелија изазваном болешћу или повредом ткива.

С обзиром да се узимају по рођењу, матичне ћелије из пупчане врпце су старе око девет месеци и самим тим су заштићене од било каквог

[15] H. Jochemsen et al*.,* 2005, 28.

[16] Anna Louise Hescott, „Standing on the shoulders of grants - A study of scientists engagement with patent information“*, University of Shesfield,* School of Law, 2014, 9.

[17] www.cryo-save/com/en/news, приступ: 30. мај 2015. године.

спољашњег утицаја што им омогућује остваривање брзог процеса лечења. Матичне ћелије из пупчане врпце користе се за лечење више од осамдесет обољења попут леукемије, хроничног системског поремећаја метаболизма који се карактерише хипергликемијом, односно трајно повишеним нивоом глукозе у крви (тзв. шећер), затим се лече наследне хроничне и доживотне болести крви које погађају црвена крвна зрнца, обољења српастих ћелија (српаста анемија) и многе друге болести. У пупчаној врпци су научници открили неколико различитих типова матичних ћелија и због тога је потребно складиштење целе крви и ако се на већини клиника које се баве складиштењем матичних ћелија опредељују за метод редукције пупчане крви односно чување само хематопоетских матичних ћелија.VSFL ћелије су плурипотентне и врло сличне ембрионалним матичним ћелијама па имају изузетан регенеративни потенцијал под условом дакле, да се из крви пупчаника сачува цела а не редукована крв.

Одрасле матичне ћелије дакле, могу бити мултипотентне или унипотентне. Видимо да су оне недиференциране ћелије које се налазе у одређеним органима и ткивима и да могу да се самообнављају и диференцирају у одређени тип специјализованих ћелија.

До недавно је све било јасно, након рођења организам достигне тачку са које нема повратка. Та догма је срушена, јер су почетне студије показале да зреле ћелије у телу имају способност да се репрограмирају и могу да се трансформишу у 200 врста ћелија као и ембрионалне матичне ћелије, зато што су плурипотентне.[18] То је успело научницима са медицинског Универзитета у Хановеру и Универзитета у Барселони крајем 2007. године, када су да из крви пупчаника произвели тзв. *индуковане плуририпотентне матичне ћелије.* Индуковане плурипотенте ћелије су одрасле ћелије које се генетски репрограмирају у матичне ћелије налик ембрионалним.

Dzon Gurdon[19] и Shinya Jamanako[20] 2012. године, добили су Нобелову награду за рад на матичним ћелијама. Наиме, они су истраживали процес у ћелијском једру којим се зрелим ћелијама шаље инструкција да стварају младе матичне ћелије које се потом могу користити за формирање ткива било којег типа.Они су успели да трансформишу диференцирану ћелију у матичну ћелију из које се касније могу развити ћелије било које врсте идентичне онима у органима живих бића.Овај проналазак је елиминисао до сада највећи етички проблем коришћења ембрионалних

[18] Hans R. Scholer, „Yet they do transform themselves“, Max Planck Institute for molecular biomedicine,www.mpi-muenster.mpg.de/97787/scholer, приступ: 23. априла 2015. године.

[19] Рођен је 1933. године у Великој Британији, тренутно предаје на Гордон Институту у Кембрицу, а један је од првака клонирања још од 1962. године.

[20] Рођен је 1962. године у Јапану и тренутно предаје на Којото Универзитету.

матичних ћелија и отворио перспективу узгајања ткива и органа који би заменили оштећене или изгубљене органе. Градивни материјал за те органе и ткива биће ћелија самог болесника.Разумевање самог процеса претварања одрасле матичне ћелије у плурипотентну помоћу неколико техника које данас стоје на располагању научницима помоћи ће им у откривању нових, успешних терапија.За само четири године од откривања индукованих плурипотентних матичних ћелија научници су их подвргли различитим утицајима и научили да од њих створе ћелије срчаних мишића, панкреаса, крви као и нервних ћелија.

Намеће се само по себи питање, да ли ће бити настављена истраживања над ембрионалним матичним ћелијама или су довољне индуковане, плурипотентне ћелије. Многи научници тврде да се истраживања морају наставити и са једним и са другим типом ћелија, с обзиром да оба типа ћелија поседују и предности и недостатке. Ембрионалне матичне ћелије и индуковане плурипотентне ћелије су веома сличне и обе врсте ћелија могу довести до било које врсте ћелија у лабаратотији под контролисаним условима. У стању су да се самообнављају, могу да се деле и да у недоглед производе своје копије.Насупрот ембрионалним матичним ћелијама, индуковане плурипотентне матичне ћелије не проузрокују уништење ембриона. Ипак, резултати досадашњих истраживања показују да се поједини гени код индукованих плурипотентних матичних ћелија понашају на мало другачији начин од гена ембрионалних матичних ћелија. А то значи да је у овом тренутку сувише ризично заменити ембрионалне матичне ћелије овом врстом ћелија у основним истраживањима.[21]

Наиме, индуковане плурипотентне ћелије настају у лабараторијским условима тако што се у зрелу ћелију уводе гени који имају способност да диференциране ћелије „врате“ у недиференцирано стање. Оне могу култивацијом у одговарајућим условима да се диференцирају у жељени ћелијски тип. Репрограмирање одрасле ћелије у ембрионалну, постиже се уношењем ембрионалних гена у одрасле ћелије. Као носачи тих гена појављују се вируси (тзв вирусни вектори) који преносе репрограмиране гене. Када вирус испоручи репрограмирани ген у соматску ћелију, након одређеног временског периода (око месец дана) репрограмирање гена доводи до диференцирације соматске ћелије у плурипотентну ћелију. Али, поступак генерисања индукованих плурипотентних матичних ћелија има и недостатке.Поред тога што је ефикасност репрограмирања веома ниска (<1%), много већи недостатак огледа се у томе што употреба вирусних

[21] “Reprogramin how to change any cell of the body into a pluripotent stem cell“, EurostemCell, www.eurostemcell.org/fr/factcheet/reprogramation, приступ: 2. децембра 2015. године.

инфекција може повећати шансу стварања канцера, због тога што коришћење вирусних вектора насумично уноси генетски материјал у циљани геном што повећава ризик од мутација.Затим, неки фактори транскрипције и сами могу бити онкогени и повећати ризик од рака, па се због свега наведеног све више користе вирусни вектори (адено вируси) који имају смањен ризик формирања канцера.[22] Заправо, свака подела ћелија носи малу шансу за увођењем штетних мутација.Извесне промене могу изазвати трансформацију ћелије у канцерогену и могу допринети формирању тумора. Као што видимо, клиничка истраживања матичних ћелија могу бити веома ризична поред тога што су веома скупа и још увек су у експерименталној фази[23].

Према подацима Националног Института за здравље САД , у свету је регистровано више од 5000 клиничких студија које испитују матичне ћелије. У клиничким истраживањима испитују се разни типови матичних ћелија у сврху лечења великог броја обољења.Сва испитивања су још увек у почетној фази (фази 1 и 2)[24], што значи да ће бити потребне године пре него што се успоставе прве терапије засноване на матичним ћелијама[25].Свако ново клиничко истраживање је корак до стандардне терапије, што даје наду за лечење до сада неизлечивих болести. Неопходно је постићи оправданост односно „потенцијалну ефикасност“ и корисност односно „вероватноћу у исход побољшања“ јер још увек постоји недоследност у ефикасност третмана. Терапије на бази матичних ћелија се константно усавршавају, па се предлажу нове стратегије које предвиђају анатомску усклађеност извора матичних ћелија са циљаним третираним органом или коришћење терапија са комбиновањем више различитих врста матичних ћелија. Најновија истраживања спроведена током ове године, паказују датерапије засноване на матичним ћелијама у регенерацији срца након инфаркта миокарда дају позитивне резултате. Међутим, недостатак терапијске доследности остаје и

[22] David Mobjery Kristensen, Sibrask Sonne, Anne Marie Ottesen, Rebecce M.Perret, John C. Nielsen, Kristian Almstrup, Niels E. Skakkebaek, Henrik Lfters, „Origin of pluripotent germ cell tumours The role of microeunvironment during embryonic development“ https://hal.archives-avertes.fr/hal-00532006, приступ: 4. новембар 2010. године.

[23] Истраживачи данас раде на развоју нових метода ћелијске генерације индукованих плурипотентних ћелија, једна од могућности је да се уместо гена обезбеде протеини или хемијски молекули за почетак процеса репрограмирања.

[24] Прва фаза истраживања је студија безбедности у коју учествује 20-80 људи, друга фаза истраживања подразумева идентификацију нежељених ефеката у којој учествује 100-300 људи, у трећој фази се испитује ефикасност терапије и у њој учествује 1000-3000 људи и коначно у четвртој фази истраживања спроводи се дуготрајно праћење нежељених ефеката.

[25]„О матичним ћелијама“, www.imi.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2015/10/0-o-maticnim-celijama.pdf, приступ: 26. новембар 2015. године.

даље централна препрека примене ових третмана[26].Бројна истраживања су доказ колики је потенцијал матичних ћелија и колико медицина перманентно напредује у области матичних ћелија.

3.2 Ембрионалне матичне ћелије

Први догађај у развоју организма сисара је почетак деобе оплођене јајне ћелије или зигота на међусобно идентичне ћелије.Ове ране ембрионалне ћелије су тотипотентне, дакле од њих диференцијацијом могу настати било које ћелије у организму, као и цео организам (доказ је постојање идентичних близанаца). Након 4-5 дана од оплодње, ембрион поприма форму шупље лопте која се назива бластоцист.На овом ступњу развоја разликују се два типа ћелија.Трофобластне ћелије које чине зид бластоциста и учествују у развоју плаценте и ембрионалне матичне ћелије које чине унутрашњу масу ћелија која ће се развити у фетус. Ћелије унутрашње масе су плурипотентне, па се могу неограничено делити и од њих може настати велики број ћелија у организму али с обзиром да губе тотипотентност, од њих се не може развити организам у целости. Међутим, ембрионалне матичне ћелије које се користе у сврхе истраживања, не изводе се из јаја оплођених у телу жене.[27]За потребе истраживања се највише користе матичне ћелије које потичу из ембриона који се развијају изван телесне (*in vitro*) оплодње на клиникама за вештачку оплодњу.

Еволуција свременог друштва динамичним развојем репродуктивне технологије утицала је на то да исконска потреба људи за продужењем врсте кроз сопствено потомство, превазиђе последице природне несавршености услед стерилитета.Тако се развила асистирана прокреација која подразумева зачеће детета уз помоћ медицине, применом одговарајућих метода са циљем да се помогне паровима код којих је оплодна моћ умањена или уопше не постоји. За све методе потпомогнутог оплођења које се одвијају *in vitro*, користи се назив фертилизација *in vitro*[28], која се одвија на специјализованим клиникама.

Данас се ембриони направљени у клиникама за вештачку оплодњу, дакле, направљени у репродуктивне сврхе користе и у истраживачке сврхе,

---

[26] Andre Terzić, Atta Behvar, „Stem cell therapy for heart failure: Ensuring regenerative proficiency“, *Trend in Cardiovascular Medicine,* Volume 26, issue 5, 2016, www.sciencedirect.com/science/article/pii/s1050173816000210, приступ: 31. јула 2016. године,

[27] „Stem cell basic“, www.stemcells.nih.gov.staticresources/info/basic/stemcel lbasic.pdf, приступ: 26. новембра 2015. године.

[28] С. Јовић, „*Сурогат материнство, нова димензија родитељства*“, Београд, 2005, 12.

уз пристанак донатора.Треба нагласити да се у истраживачке сврхе употребљавају искључиво ембриони који више нису потребни, који су свакако спремни за отпад. Само у САД тренутно постоји скоро 400 000 ембриона у замрзнутом стању, од којих је 2,8 % спремно да буде одбачено. Управо су ти ембриони извори нових ембрионалних ћелијских линија.

Статистичка истраживања у Великој Британији показују да преко 50% ембриона насталих ин витро фертилизацијом остану неискоришћени, тачније, укупно 1,2 милиона од преко 2 милиона створених у периоду од 1991. до 2005. године. Од 1, 2 милиона намењених за одбацивање само 6,9%, тачније 82 955 је спашено за истраживање.[29] Присталице ембрионалних истраживања истичу да је боље искористити такве „одбачене „ ембрионе, који свакако не могу постати жива бића у истраживачке сврхре, него одбацити их.

Једна оригинална ембрионална матична ћелија може дати милионе нових матичних ћелија. Ћелије које се развијају шест или више месеци без диференцијације, јесу плурипотентне и оне су такође ембрионалне матичне ћелије. Оне се могу замрзнути и послати другим лабараторијама за даља експериментисања. Током процеса стварања ембрионалних ћелијских линија, научници истражују да ли изведене ћелијске линије испољавају основне особине које их чине матичним ћелијама.Овај процес се назива карактеризација.

Процес гајења ембрионалних матичних ћелија у лабараторији, назива се култура ћелија. Култура матичних ћелија успоставља се трансфером унутрашње масе ћелија бластоциста у посебан стерилан суд који садржи медијум са хранљивим састојцима и неопходним факторима раста. Када ћелије достигну одређену густину, оне се преносе даље у нове лабараторијске судове. Након шест и више месеци, култивисање броја ћелија које воде порекло од свега 20-30 ћелија почетне популације, достиже и до неколико милиона. На тај начин настају линије ембрионалних матичних ћелија које се даље могу користити за добијање различитих типова ћелија. Док се гаје у одређеним специјализованим условима, оне могу остати неспецијализоване (неиздиференциране). Али, ако је ћелиским линијама дозвољено да се групишу у ембрионално тело, оне почињу спонтано да се диференцирају тако да могу да формирају мишићне, нервне и многе друге ћелије. И ако је спонтана, диференцијација је добар показатељ да је култура ембрионалних матичних ћелија здрава, ипак процес је неконтролисан тако да стратегија за производњу специфичних типова ћелија може бити неефикасна. Научници настоје да контролишу диференцијацију убацивањем

[29] Carol C George, "Open Access and Regulation of Commerciallisation of Human Stem Cell Lines in the UKSCB", http// www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-edvol17-2/george-asp, приступ: 4. октобар 2011. године.

одређених гена и мењајући хемијски састав ћелије. Усмеравањем диференцијације ембрионалних матичних ћелија у одређене типове ћелија, научници ће бити у могућности да користе у будућности новонастале ћелије за лечење одговарајућих болести попут дијабетеса, трауматске повреде кичмене мождине или болести срца. Извођење ембрионалних ћелијских линија понудиће увид у развој догађаја који не могу да се проучавају директно на нетакнутом људском ембриону. Разјашњење механизама који контролишу диференцијацију ће олакшати ефикасно усмерену диференцијацију ембрионалних ћелија на одређене типове ћелија. Многе за сада неизлечиве болести, попут Паркинсонове или дијабетеса које се јављају у малолетничком периоду и резултирају смрћу због дисфункције једног или неколико типова ћелија, заменом тих ћелија биће доживотно излечене.

Најперспективнију област биотехнолошких истраживања чини истраживање матичних ћелија.И док се 2005.године на пример, није знало за комерцијализацију матичних ћелија, 2010. године на глобалном нивоу је од комерцијализације истих зарађено 120 милиона долара. Преко 50 000 пацијената данас користи терапије засноване на матичним ћелијама. Због тога, један од водећих светских аналитичара медицинске технологије Робин Јанг (Robin Young), предвиђа да ће продаја терапија матичним ћелијама наставити да се развија широм света и већ се сада процењује да ће приходи од тих терапија у скоријој будућности достићи износ од милијарду долара[30].

Још од открића матичних ћелија 1960. године, ово научно поље је окружено високим очекивањима и најављивању као велика нада за здравство и економију. Али, многа истраживања у овој области су тек у повоју.Од 1998.године, када је успешно реализована изолација и пречишћавање ембрионалних матичних ћелија, код многих људи који болују од неизлечивих болести пробуђена је нада да ће се излечити. Међутим, њихови снови и будућност зависе не само од научника који се баве истраживањем матичних ћелија, већ и од способности законодаваца, судија и адвоката, да помогну да се научна достигнућа и комерцијализују. Због тога је неопходна патентна заштита матичних ћелија.

[30] Agovic, A. "*Patents, Ethics and Stem Cell Research*", Faculty of Law, University of Helsinki, 2011, 41.

Gordana DAMJANOVIĆ, LL.M.
Teaching Assistant, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

CONCEPT AND TYPES OF STEM CELLS IN THE LIGHT OF PATENT LAW

Summary

The development of biotechnology has brought many benefits to people and risks as well. Patenting of biotechnological inventions in general and patenting of stem cells, caused many controversies. Despite the fact that countries like the US, Australia and Europe rely on patent protection when investing in science, the European Court of Justice has placed a moratorium on the issuance of patents relating to stem cells. However, the capabilities of stem cells are virtually unlimited, as they can stimulate the renewal of organs or recovery of damaged immune system. But stem cell research is still in their infancy, therefore further research is needed, which if not stopped, then at least slowed after the above decision of the European Court of Justice. The objective of decision was to prevent commercial exploitation of inventions that involve the destruction of embryos. The new research results that enable the creation of pluripotent stem cells without previous destroying of embryos, will accelerate the change of the negative attitude of EU legislation regarding the ban on stem cells patenting. Therefore, whether someone likes it or not, patenting of stem cells can not be stopped, but it is better to control it in our favor. Patent law must adapt to the rapid changes occurring in the biotech industry, and in this sense the protection of stem cells is needed on European soil.

Keywords: *biotechnology, patents, stem cells, embryonic stem cells, induced pluripotent stem cells.*

ЛИТЕРАТУРА:

Agovic, A. (2008) *„Stem cell patents on a knife edge“,* Journal of intellectual property law and practice, 2008, Vol.3, No 11.

Agović, A. (2011) "*Patents, Ethics and Stem Cell Research*", Faculty of Law, University of Helsinki.

George, C.C. *“ Open Access and Regulation of Commerciallisation of Human Stem Cell Lines in the UKSCB“,* http// www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-edvol17-2/george-asp.

Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, Official Journal L 213.

Јовић, С.О. (2005) „*Сурогат материнство, нова димензија родитељства*“, Београд, 2005.

Jochemsen, H. Garcia, E. Meir, A. Harris,R. (2005) *“Human stem cells, source of hope and controversy*“, A study of the ethic of human stem cell research and patenting of related inventions, Bioethics Press, Chicago and London.

Kristensen, D.M. Sonne, S, Ottesen, A. M. Rebecce M. Perret, R. M. John C. Nielsen,J.C. Almstrup,K. Skakkebaek,N.E. Lfters, H. *„Origin of pluripotent germ cell tumours The role of microeunvironment during embryonic development“/https://hal.archives-avertes.fr/ hal-00532006.*

Конвенција о европском патенту (1973),“Сл.лист СРЈ-Међународни уговори“,бр.3/96.

Mitalipov, Sh. Wolf, D.(2009) „*Totipotency, pluripotency and nuclear reprogramming*“, Advances in biochemical engineering-biotechnology, , www.ncbi,nih.gov/pmc/articles/PMC2752493,

NIH-Stem Cell Information, (2015), *http:stemcells.nih.gov/.info/pages/ facs.aspx# whetar.*

Odorico, S. J. Kaufman, D. S. Thomson, J. A.*“Multilineage Difterentiation from Human Embrionic Stem Cell Lines“,* Stem Cells, Council Review, 2001., 19, *www.StemCells.com.*

„О матичним ћелијама“, www.imi.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2015/10/0-o-maticnim-celijama.pdf.

Радовановић, С. (2015), *“Матичне ћелије људског ембриона и патентна заштита“,* Зборник радова Правног факултета , Нови Сад.

Radonjanin, A. (2007) *„Patentability of biotechnology“* , Европски Правник, Нови Сад.

Resnik, D, (2007) „*Embryonic stem cell patents and human dignity*“, Health Care Anal*,* Springer.

“Reprogramin how to change any cell of the body into a pluripotent stem cell“, EurostemCell, *www.eurostemcell.org/fr/factcheet/reprogramation.*

Спасић, В. (2006) „Патентирање производа биотехнологије“, *Зборник Правног факултета*, Ниш.

Scholer, H. R. „*Yet they do transform themselves*“, Max Planck Institute for molecular biomedicine, www.mpi-muenster.mpg.de/97787/ scholer.

“Stem cell basic“, www.stemcells.nih.gov,staticresources/info/basic/stemcel lbasic.pdf.

Terzić, A. Behvar, A. „Stem cell therapy for heart failure:Ensuring regenerative proficiency“, Trend in Cardiovascular Medicine, Volume 26, issue 5, 2016, www.sciencedirect.com/science/article/pii/s1050173816000210.

Hescott, A. L.(2014) „*Standing on the shoulders of grants-A study of scientists engagement with patent information“,*University of Shesfield, School of Law.

УДК 347.51(497.11)

Милица СОВРЛИЋ*

ОДГОВОРНОСТ ЗА ВИСОКО ПОСТАВЉЕНЕ СТВАРИ

Апстракт: Поједине ствари, с обзиром на услове у којима се нађу, могу од ствари које по својој природи иначе то нису постати опасне стари. Ствар окарактерисана као опасна представља потенцијалну опасност за настанак штете, а уколико да исте и дође примењују се правила о одговорности која не укључују питање субјективног доприноса настанку штетног догађаја. Аутор у раду тему обрађује приказом решења која су постојала у прошлости, почев од римског права па кроз поједине грађанске законике, дајући централно место решењу домаћег права и то, како постојећег, тако и будућег, при чему се посебно осврће на судску праксу, обзиром да је на њој задатак да еластичном појму опасне ствари утврди садржину.

Кључне речи: *опасна ствар, високо позиционирана ствар, објективна одговорност, одговорна лица.*

1. УВОД

Поједине ствари, иако су намењене да служе човеку и да му олакшају свакодневни живот могу под одређеним условима представљати опасност за друге људе и њихову имовину. Та потенцијална опасност од ствари базира се или на структури саме ствари, изгледу, функцији, природи саме ствари или положају који ствар заузима у простору.

Да би се предупредила штета која може да настане не само од ствари као такве, већ и од нестручног или чак безобзирног опхођења према истој, у поравној прошлости предвиђала се одговорност за само изазивање опасности. Дакле, није се захтевало да је нека штета и наступила да би постојала одговорност. Тачније одговарало се за створену опасност. Таква одговорност постојала је у римском праву, али у нешто измењеном облику и грађанским законицима који су утемељени на принципима римског права. Дакле, довољно је било да се ствар налази у таквом положају који је

* докторанд, судијски приправник, milica.sovrlic@yahoo.com

окарактерисан као опасан да се лице позове на одговорност. Заштиту је могао иницирати сваки угрожени грађанин односно пролазник, али се предност давала оном ко је имао најјачи интерес да предвиђена новчана казна буде плаћена.

Данас не можемо говорити о одговорности за створену опасност (да неко одговара само зато што је клима уређај поставио на стамбени или пословни објекат и што постоји опасност да уређај падне) без настале штете, а како је то било у прошлости. Савремена права познају одговорност по принципима објективне одговорности за већ насталу штету, а која потиче од опасне ствари. Шта се има сматрати опасном ствари одређује правна теорија, односно судска пракса, за коју овај појам добија различит квалитет, јер зависи од оклоности сваког конкретног случаја.

Ми ћемо се, с обзиром на одабрану тему, више бавити одговорношћу за штету која потиче од ствари које се налазе у одређеном положају, било да су у том положају постављене, било да је таква позиција ствари последица њене природе или функције (цреп на кући, снег на крову, фасаде, леденице и сл.).

У наставку рада ћемо се поред решења позитивног права, превасходно кроз приказ појединих судских одлука јер нам се то чини сврсисходним, обзиром да се ради о институту који се највише развија кроз теорију и судску праксу, представити и решења која су важила раније и она која су део правне регулативе у појединим земљама из окружења.

2. ПОЈАМ ОПАСНЕ СТВАРИ

Можемо рећи да се појава категорије *опасне ствари* у грађанском праву везује за индустријски напредак друштва који је иницирао и појаву многих средстава за рад који су били подобни да одговоре на нове захтеве просперитета. Међутим, опасна ствар се не везује искључиво за процесе рада, већ и за многе друге сфере, али и свакодневницу људи, те је од важности одредити шта се има сматрати опасном ствари. Разлог важности правилног одређења појма *опасна ствр* налази се у томе што су опасне ствари потенцијална опасност, па уколико дође до штете која потиче од њих, зна се по којим принципима се одговара, а сходно томе ко је и одговоран за насталу штету.

Правна регулатива није оптерећена одређењем опасне ствари било путем дефинисања или неких критеријума, већ се то оставља правној теорији или пракси судова. Законодавац углавном формулише норму на уопштен начин предвиђајући да се одговора за штету насталу од опасне ствари или опасне делатности односно ставља акценат на претпоставци узрочности. Наш Закон о облигационим односима (ЗОО) је добар пример за наведено.

Према закону, штета настала у вези са опасном ствари, односно опасном делатношћу сматра се да потиче од те ствари односно делатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете.[1] Међутим, морамо рећи да има и изузетака од правила да се правним нормама не одређује шта се сматра опасном ствари. Црногорски Закон о облигационим односима дефинише опасну ствар, прецизирајући да се опасним стварима сматрају покретне или непокретне ствари, чији положај или употреба, или особине, или само постојање представљају повећану опасност штете за околину.[2]

Шта се сматра опасном ствари у грађанском праву?

Ствар је све оно што постоји у времену и простору, а што може да буде у људској аперхензији. Са аспекта грађанског права, ствар подразумева да материјални део природе испуњава физичке и правне претпоставке[3]. Међутим, када је реч о опасној ствари онда је од нарочитог значаја тзв. штетни потенцијал ствари, односно могућност да од деловања неке ствари наступи штета.[4]

С обзиром на то да је штетни потенцијал ствари основни елемент појма опасне ствари, то је од значаја утврдити где је садржан тај потенцијал, односно шта је потенцијални оквир који чини да неку ствар у уобичајеном смислу те речи квалификујемо као опасном, с тим што се опасна ствар у обавезно-правном смислу одређује према објективном критеријуму с обзиром на својства те ствари, а не с обзиром на тренутно психофизичко стање оних особа које их користе.[5] Тај потенцијал за настанак штете може бити сама природа и својство, захтевани начин употребе или положај који ствар заузима у простору. Дакле, појам опасне ствари је један правни стандард, тј. еластичан и директиван појам, чији су оквири променљиви.[6]

Опасну ствар не треба поистовећивати са стварима са недостатком, а код којих су уговорена својства и квалитет одлучујући фактор у одређивањеу (не)постојања недостатака, а не објективна процена квалитета односно

---

[1] Закон о облигационим односима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 173. Исто је и према хрватском Закону о обавезним односима, „Народне новине бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15“, чл. 1063.

[2] Закон о облигационим односима, „Сл. ЦГ“, бр.47/2008, чл. 167. Исто предвиђа и Преднацрт грађанског законика Републике Србије, чл. 316.

[3] И. Бабић, *Увод у грађанско и стврано право*, седмо ажурирано издање, Београд, 2015, 71.

[4] Slobodan Stanišić, „Prilog raspravi o opasnim stvarima i opasnim djelatnostima“, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, godina 3, br. 3, Banja Luka, 2013, 83.

[5] V. Skorupan, V., **„**Obilježja opasne stvari: (prikaz sudske presude)“, *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 44, No.159, 2005, 197.

[6] Ђ. Николић, *Облигационо право*, четврто издање, Београд, 2014, 104.

својства ствари[7]. Ствар са недостатком нема она својства која су предвиђена за такву врсту ствари и недостатак се не мора појавити у свим стварима те врсте. Напротив, најчешће се ради о појединачним случајевима. Код опасних ствари односни штетни потенцијал важи код свих ствари које смо као такве окарактерисали.

Дакле, под опасном ствари треба подразумевати ствар штетног потенцијала, а који се процењује обзиром на својство ствари (структура, сама природа, унутрашње особине), услове који се захтевају за њено руковање као и према положају који ствар заузима у простору, а због чега морају бити надгледане и употребљавање са већом пажњом.[8]

3. ПОЛОЖАЈ СТВАРИ КАО КВАЛИФИКАТИВ ОПАСНЕ СТВАРИ

Као што смо и напоменули законски текстови као једину категорију познају опасне ствари претпостављајући да настала штета потиче од њих, а да су правна теорија и надасве судска пракса одредиле шта се има сматрати опасним стварима.

Обзиром да одређени положај ствари у простору чини да је сматрамо опасном иако она по својој природи то можда и није, овде ћемо настојати да определимо и остале критеријуме поред позиције ствари, а који позиционирану ствар квалификују као опасну. Иако се ради о елементима, који као такви нису у домену права, ипак је важно имати их у виду обзиром да падом ствари која има ове квалитет без сумње улазимо на терен права.

Критеријуми који квалификују позиционирану ствар као опасну су:

1. висока позиционираност ствари. Позициона опасност је одавно уочена и путем правних правила регулисана већ у правним системима старих народа. Римљани су предвиђали квазиделиктну одговорност за све оне који су држали ствари високо постављене[9] и оних који би избацивали ствари из својих објеката. Овим су настојали да заштите пролазнике који су били угрожени приликом уобичајених пролазака прометним местима, јер је опасност стално претила, што од безобзирних грађана, што од лоших инфраструктурних прилика.

Високо позициониране ствари свакодневно уочавамо. Примера ради то су саксије на терасама, ствари окачене о спољашње зидове објеката, у

[7] S. Petrić, „Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obaveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 27, br. 1, 87-128, 2006, 102.

[8] Врховни суд Србије, Рев. 2978/95 од 12.07.1995. године. Интернет адреса: http://www.steta.rs/sudska_praksa.php

[9] О овоме више говоримо у делу који се тиче историјског развоја одговорности.

савременим условима клима уређаји, телевизијске антене, рекламе на објектима, кородирана и лоше одржавана конструкција коша на игралишту и сл.

2.одређена тежина ствари. Овај услов, чини нам се посебно значајним, а којим претходни добија потпуни смисао. Разумски је сматрати да постоји опасност од настанка штете тек уколико ствар није незнатне тежине. Пад ствари незнатне тежине без обзира на којој висини се налазила не би проузроково штету. Тако, није опасна ствар веш окачен на жици.

Имајући у виду речено, могли бисмо зарад примера набројати приличан број ситуација које би одговарале изложеном, те сматрамо да је сврсисходније да наведемо поједине одлуке судова који су кроз праксу наилазили на случајеве за захтевом наканде штете, која је настала падом ствари, а при чему су и конкретизовали овај еластичан појам.

Тако је рецимо као опасна ствар окарактерисана тераса (њен арматурни део), која је у природи представљала само заливену плочу, слободно висећу без ограде. (*Апелациони суд у Новом Саду, Гж.887/16*)[10].

Редовно одржавано (здраво) стабло дрвета, због својих димензија те због својег положаја у простору (нагнуто те надвијено изнад наткривеног хотелског ресторана), представља опасну ствар јер због наведених својстава представља повећану опасност за околину (*Одлука Жупанијског суда у Бјеловару, бр. Гж-3532/2013*).[11] Стуб електричног далековода и кабл, а чији је пад узроковао удар грома. *(ВСРХ, Рев., 487/2009 од 2005. године)* сматрају се опасним стварима.[12]

4. ИСТОРИЈСКО-ПРАВНИ РАЗВОЈ ИНСТИТУТА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ВИСОКО ПОСТАВЉЕНЕ СТВАРИ

Историјски посматрано, од првих кодификација, па до данашњих дана, појам опасне ствари се, упоредо са развојем друштвених односа, континуирано проширивао и мењао,[13] али постојање одговорности за штету која потиче од ствари које су окарактерисане као опасне није реликт прошлости, напротив, постоји и данас и врло је актуелна.

---

[10] Интернет адреса: http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/1017-gz-887-16

[11] За штету на возилу у току вожње, коју прозрокује пад гране с дрвећа које се налази из пут одговара власник замљишта на којој је дрво, http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?7852

[12] У сентенци Врховног суда Србије, Рев. 246/01 наведено је како се третира удар грома, а у смислу релевантног основа за ослобођење од одговорности.

[13] S. Stanišić, *Op. cit.,* 84.

Међутим, напоменули бисмо да је у правној прошлости постојала квазиделиктна одговорност и за створену опасност. Таква одгворност постојала је у римском праву, па ћемо у овом делу рада, у одређеним појединостима говорити и о овој одговорности, премда данашњим правима није својствена. Чињенично стање се темељило на постојању ствари које се налазе у одређеном положају и које су самим својим егзистирањем у таквом положају угрожавале живот и имовину пролазника.

4.1. Римско право

Правно регулисање и уређење ситуација које су настајале због непостојања одговарајуће инфраструктуре (уске улице, високе и оронуле зграде), али и поступака безобзирних и немарних грађана припала је претору, а чија интервенција је била неопходна. Пролазници су морали стално бити обазриви, јер како сведочи Јувеналис: "Чини се да си немаран, као неко ко не мисли на очекивано зло, ако журиш на вечеру, а пре тога ниси ни тестамент сачино. Јер ноћу вреба толико смрти..."[14]

У периоду републике донета су два едикта која су уређивала два различита чињенична стања, али су оба имала једнак циљ: заштита и сигурност људи приликом уобичајених пролазака или шетњи, јер "претор води рачуна о онима који путују"[15], што с друге стране указује на то да се не бави искључиво јавним путевима као таквим. Ради се о едиктима *de is qui deiecerint vel effuderint*[16] и *ne quis in suggrunda*, чије текстове је записао Улпијан.

Едикт, *ne quis in suggrunda* гласио је: "Нека нико на кровним гредама или на крову, изнад оног места куда се обично пролази или где се стоји, нема постављено оно, што падом може нашкодити. Ко би учинио супротно овоме, даћу против њега тужбу на основу чињеничног стања на десет златника...".[17] Из текста едикта се закључује да је намера претора да обезбеди сигурност на местима где се обично пролази или стоји, па "...све грађевине које се налазе на таквим, прометним локацијама подобне су да из њих буде проузрокован

[14] Iuvenalis, 3, 268, превод: M. Sič, *Praktikum iz rimskog prava,* Novi Sad, Pravni fakultet u Novom Sadu - centar za izdavačku delatnost, 2002, 230.

[15] D. 9. 3. 1, коришћен превод С. Аличић, *Јустинијанова дигеста – девета књига*, Тутин, 2013, 123.

[16] Овај едикт уређивао је одговорност за повреду пролазника која је настала избацивањем или просипањем нечег из просторије.

[17] D. 9.3.5.6, С. Аличић, *Op. cit.,* 123.

штета".[18] Конкретно, забрањивало се да се то чини на "кровним гредама или на крову ..."[19] , али се поред конкретних делова зграде оговорност проширује и за оно што је постваљено у стану или спрату, магацину или каквој другој грађевини. [20] Поред тога, ствар треба да буде високо позиционирана, али и да буде довољно тешка, јер се једино тада може оправдано очекивати проузроковање штете.

У едикту је предвиђења радња постављања, заправо, прописан је забрана постављања ствари у такав положај због којег би ствар представљала опасност по пролазнике, али ће поред чињења овај квазиделикт постојати и у случају нечињења. Таква ситуација постоји онда када неко није сам поставио ствар већ трпи оно што је постављено од стране неког другог. С тога, одговорно лице није само оно које је поставило ствар у опасан положај, већ и оно које не предузима никакве мере да ствар уклони иако зна да ју је неко други поставио и да се налази у положају који представља опасност по живот и имовину пролазника.

Тужба којом се остваривла заштита по основу овог квазиделикта била је *de positis et suspensis* и припадала је групи популарних тужби (*actiones populares*), али се предност давала лицу које је имало најјачи интерес да казна буде плаћена.[21] Казна је била 10 000 сестерција, односно 10 ауреа по Јустинијановом праву, а подизала се против власника објекта (зграда, кућа, пословна просторија) или станара тих објеката. Власници или станари ће бити позвани на одговорност и у случају када сами нису ништа поставили, али не предузимају никаве мере да ствар уколоне и трпе оно што је постављено од неког другог, нпр. роба, укућанина и сл.

Треба рећи да у ситуацији када оно што је постављено падне и неком нашкоди оштећени ће имати право да подигне Аквилијанску тужбу за накнаду настале штете, а тужба ће бити усмерена против онога који је ствар поставио, а не против онога који је ту становао. Међутим, овде постоји проблем идентификације субјекта који је ствар поставио јер се не може са сигурношћу утврдити да је држао нешто постављено онај који је поставио, сем уколико није био или власник зграде или станар.

[18] V. Ilić, „Recepcija dva rimska edikta u Srpski građanski zakonik*“, Гласник адвокатске коморе Војводине*, Књига 75, бр. 4, Нови Сад, 2015, 197.

[19] D. 9. 3. 5. 6., С. Аличић, *Op. cit.,* 123.

[20] D. 9. 3. 1. 9., С. Аличић, *Op. cit.,*, 124.

[21] А. Маленица, Н. Деретић, *Op. cit.,,* 426.

4.2. Аустријски грађански законик

У Аустријском грађанском законику[22] има више одредаба које се тичу ове одговорности, при чему се могу уочити две ситуације. Једна која се односи само на створену опасност, а друга се тиче већ настале штете од опасне ствари, тј. пада високо постављене ствари.

Прва је предвиђена у параграфу 1319, и тиче се постојања ствари које су обешене или намештене над местом куда људи пролазе и која може пасти односно постоји вероватна опасност да ће до оштећена доћи. У овој ситуацији нико не може да подигне тзв. популарну тужбу, како је то било у римском праву, већ само да пријави чињенично стање, а ради опште безбедности, надлежним органима, односно по тексту закона, *политичкој власти*.

Друга, када је ствар већ пала и проузроковала штету, што несумњиво повлачи обавезу накнаде исте, осим ако се не докаже да штета није потекла од опасне ствари, односно, да постоје други основи искључења одговорности.

4.3. Српски грађански законик

У Српском грађанском законику[23] се налази само једна одредба која се односи на ову материју, а која гласи "Ако је ствар где год намештена или обешена да лако пасти може или друкче кога осакати или оштетити може онда сваки има право ту предстојећу опасност полицајној власти јавити која ће изведети и уклонити".[24] На основу цитиране одредбе, приметно је да ни у Српском грађанском законику нема значајних одступања у погледу начин уређења заштите угрожених пролазника од ствари које су високо постављене у односу на АГЗ, а самим тим ни значајнијих одређених особености које би му биле својствене.

Имајући у виду до сада изложено, а узимајући обзир како решења римског права, тако и правила ове две кодификације, можемо закључити да је у римском праву и за саму створену опасност постојала оговорност која је за последицу имала новчану казну против одговорног лица, док се сам пад као и проузроковање штете настале падом ствари регулисао по општим правилима о накнади штете. С друге стране, видимо да је у ове две

[22] *Збирка страних законика*, Аустријски грађански законик, превод Драгољуб Аранђеловић, Архива за правне и друштвене науке, Београд, 1906.

[23] Грађански законик за Краљевину Србију, текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама, интернет адреса https://sr.wikisource.org/sr/

[24] Чл. 814. СГЗ.

кодификације, несмотреност приликом постављања ствари контролисана само путем обавештења полицији која је ствар из опасног положаја уклањала и да само по основу положаја ствари, као једине чињенице, није било могуће да се подиже тужба којом би се инцирао поступак.

Оно што бисмо на крају посебно истакли, јесте да без обзира на поједине разлике у решењима, идеја свих предвиђених првила била је заштита угрожених пролазника и њихове имовине приликом уобичајених пролазака прометним местима.

5. ПРЕТПОСТАВКЕ ОДГОВОРНОСТИ

Одговорност за штету од опасне ствари, а што ствар која се налази у одређеном положају јесте представаља објективну одговорност. Међутим, има и схватања да је одговорност за опасну ствар ситуациона одговорност[25], што суштински јесте синоним за објективну одговорност, али карактеристика јој је да се у први план не истиче питање кривице, већ се наглашава специфичност чињеничног стања на којем се темељи одговорност.

Да би неко био одговоран по основу објективне одговорности, а за штету која је настала падом ствари која је високо позиционирана неопходно је испуњење одређених претпоставки. Те претпоставке јесу штетна радња, настала штета и узрочна везе између штетне радње и настале штете.

Штетна радња. Последица у виду настале штете подразумева предузимање радњи које су довеле до настанка штете. Некада се те радње огледају у активном, а некада у пасивном држању одговорног лица. Тако, активно држање постоји у ситуацијама постављања ствари нпр. на балконе, спољашње зидове објекета и сл., док пасивно онда када се нпр. не уклоне леденице или снег са кровова, а који је почео да се топи, непоправка кровне конструкције или фасаде објеката односно непредузимање радњи које су усмерене на уклањање извора опасности.

Узрочна веза. Да би оштећени остварио право на надокнду довољно је да докаже да је претрпео штету и да она потиче од опасне ствари. Међутим, он чак и не мора да докаже да штета потиче од опасне ствари уколико је ствар материјално учествовала у штетном догађају.[26] Дакле, узрочна веза се не мора доказати већ се претпоставља, с тим што је претпоставка релативна и може се обарати доказивањем да узрок штете није опасна ствар или уопштено говорећи, неће се сматрати да штета потиче од опасне ствари, тј.

[25] E. Descheemaeker, *The Roman Division of Wrongs: A New Hypotesis*, Roman Legal Tradition, 5(2009), Ames Fonudation and the university of Glasgow School of Low, 2009, 2.

[26] Ј. Радишић, *Облигационо право*, општи део, Београд, 2008, 246.

ствари која је пала уколико је узрок штете виша сила[27], кривица трећег лица или искључива кривица оштећеног.[28]

Штета. Штета се и овде схавата на начин својствен грађанском праву. У зависности од конкретног случаја оштећеном лицу ће се досудити накнада по основу материјалне, али и нематеријалне штете (нпр. за претпрпљени страх у моменту када је ствар пала, али није повредила лице које се затекло на том месту).[29]

Оваквој врсти прихваћене одговорности, сматрамо да има места, иако би у неким ситуацијама могла доћи у обзир и одговорност по основу кривице, нпр. када власник породичне стамбене куће не одржава свој објекат уредним (не врши поправке, безобзирно се понаша и сл.), јер није показао ни минимум пажње да насталу ситуацију регулише. Међутим, прихваћеном објективном одговорношћу они који су угрожени боље су заштићени. Наиме, уколико би у оваквим ситуацијама утврђивали кривицу и њен степен најпре би било потребно извршити идентфикацију одговорног лица, што би било тешко без обзира да ли се у конкретној ситуацији ради о активном или пасивном држању, тек након тога бисмо се бавили степеном његовог доприноса насталој штети.

6. СУБЈЕКТИ ОДГОВОРНОСТИ

Што се тиче субјеката одговорности, сходно постваљеним законским правилима, за насталу штету одговара ималац опасне ствари.[30] Ималац је најчешће и власник, али то не значи да положај имаоца не може да припадне и неком другом лицу.

С обзиром на нашу тему, одговор на питање о томе који је субјект одговоран не можемо увек рећи ималац, јер уколико је реч о снегу на крову, леденцама, а које су последица природних појава не можемо говорити о имаоцу.

---

[27] У својим одлукама, домаћи, али и страни судови, заузели су став да се удар грома не може сматрати вишом силом (Врховни суд Србије, Рев. 246/01), (ВСРХ, Рев., 487/2009 од 2005. године*)*.

[28] Врховни суд Србије, Рев. 961/80, наведено према: Вељковић, Д., *Облигационо прваo кроз Коментар закона о облигационим односима за практичну примену, са примерима уговора, тужбии судске праксе*, Београд 2005, 197.

[29] У поступку пред Основним судом у Крагујвцу, тужиља је оставрила право накнде нематеријалне штете за претрпљени страх у моменту када је фасада са зграде овог суда отпала и пала непосредно поред ње.

[30] Закон о облигационим односима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 174.

Сматрамо да у нашим приликама већи проблем представља питање о томе на коме је обавеза предузимања превентивних мера обзиром да постоје гранични случајеви, као што су рецимо више стамбене зграде, посебно оне старије код којих постоји проблем одржавања, где имамо више субјеката који би могли бити позвани на одговорност, затим неажурност органа који треба да санкционишу ове појаве или надлежних јавних служби које се старају о сигурности јавних површина.

Одржавање у уредном стању спољашњих делова зграде обавеза је власника односно корисника зграде,[31] а под уредним стањем подразумева се да спољашњи делови нису оштећени[32]. О уредности заједничких спољних делова воде рачуна сви власници посебних делова односно закупци станова у државној својини, а о посебним деловима воде рачуна власници. Дакле, јасно произилази из одредби одлука о комуналном реду које на локалном нивоу уређују она питања која су од значаја за грађане, па и овај случај, ко је субјект који је одговоран за одржавање, а уколико дође до штете која је последица пада неког дела онда се зна ко је и одговоран. У прилог реченом, можемо да наведемо сентенцу из пресуде Врховног суда Србије, где штету која настане од дотрајалости димњака, тј. оџака надокнађују власници станова, међу њима и закуподавац, али не и закупопримац.[33]

Сматрамо да је проблем, макар када су у питању зграде, а у конктексту питања о превентивном деловању, финансијске природе јер средства за инвестивионо одржавање морају да обезбеде власници посебних делова зграда, а и често се ради о већим сумама. У литератури је раније постојао предлог да треба законом дати одређена овлашћења органима локалне самопураве,[34] а данас је Законом о локалној самоуправи предвиђено да се локална самоуправа стара о одржавању стамбених зграда и безбедности њиховог коришћења.[35]

Поред овога, посебно актуелно у зимским условима је и уклањање леденица са кровова и истурених делова зграда. Са крова и других спољних делова зграде која се граничи са јавном саобраћајном површином или саобраћајном површином у јавном коришћењу, власник, односно корисник

[31] Одлука о комуналном реду, „Сл. лист града Ниш“, бр. 57/2014 и 98/2015, чл. 6.

[32] Одлука о комуналном реду, „Сл. лист град Београда", бр. 10/2011, 60/2012, 51/2014, 92/2014, чл. 5.

[33] Из пресуде Врховног суда Србије, Рев.51/07 od 14. marta 2007. godine, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2008, Intermex, Београд, аутор сентенце Љубица Милутиновић, судија Врховног суда Србије.

[34] С. Сворца, „Инвенстиционо одржавње заједничких делова стамбених, стамбено –пословних и пословних зграда“, *Зборник радова XXI век - век услуга и Услужног права*, књига 2, Крагујевац, 2011, 272.

[35] Закон о локалној самоуправи, "Сл. гласник РС", бр. 129/2007 и 83/2014 - др. закон, чл. 20, ст. 6.

зграде дужан је да уклања леденице ради спречавања и отклањања опасности за живот и здравље људи и безбедности добара и околине. За уклањање леденица са кровова зграда и других заједничких спољних делова зграде, одговорна су надлежне службе града, а за уклањање леденица са спољног дела зграде који је у саставу одређеног стана или другог посебног дела зграде, а који је доступан за уклањање, одговоран је власник, односно корисник тог дела зграде.

На крају, споменули бисмо још један случај који је итекако присутан у нашој свакодневници. Реч је о градилиштима. Обавеза је инвеститора да предузме све потребне мере ради отклањања штете која би могла да настане у вези са изградњом, али уколико дође до штете у току градње солидарно ће са инвеститором одговарати и извођач радова.[36]

7. ЗАКЉУЧАК

Заштита пролазника од ствари које неко избацује или које неко безобзирно поставља на спољашње делове објеката или који не чисти снег и леденице са кровова нити је ововременски правни изум нити је реч о проблему са којима се сусреће савремени човек. Напротив, заштита пролазника, можемо рећи од безобзирности и несмотрености власника зачета је још у римском праву. Према ондашњим правилима за таквог власника била је предвиђена новчана казна, а по основу тзв. популарне тужбе.

Идеја о заштити пролазника пренета је и у грађанске кодофикације, а као што смо видели познавале су је и Аустријски и Српски грађански законик, с тим што није било ове врсте заштите, као у римском праву, већ је сваки грађанин могао да се обрати само *полицајној власти.*

Данашња права, па и наше, не конкретизују ову одговорност већ је уподобљавају одговорности за опасне ствари. Шта је опасна ствар одређују правна теорија, али надсве судска пракса, сходно досадашњим устаљеним принципима, опасном ствари се сматра и ствар која се налази високо позиционирано. За штету која настане од опасне ствари, тј, падом ствари која је високо позиционирана одговара ималац ствари по принципима објективне одговорности, а уколико би се, евентуално, у неким ситуацијама и вратили на концепт субјкетивне одговорности, било би проблема у идентификацији одговорног лица.

[36] Врховни суд Србије, Гж. 1482/77, наведено према: Д. Вељковић, *Облигационо првао кроз Коментар закона о облигационим односима за практичну примену, са примерима уговора, тужби и судске праксе*, Београд, 2005, 199.

Оно што у нашим приликама представља одређени проблем није опште питање одговорности нити квалификација опасних ствари, већ превентивно деловање у оним случајевима када се превентивне мере и заиста могу предузети. Овде је реч о вишестамбеним зградама, с обзиром да су у многим градовима у лошем стању. Очигледно је да ће штета да настане и да је живот пролазника угрожен проласком поред зграде где прети опасност да се уруши фасада, где је кров оштећен, али нема финансијских средстава да се лоше стање санира. Обавеза је на станарима, али обзиром да се ради о већим улагањима често се средства не издвајају.

Решење за ове проблеме је не само у давању већих овлашћења локалној самоуправи, већ и самој свести локалне заједнице да је нужно деловати превентивно, односно, када је реч о појединачним стамбеним објектима, већа ажурност и мања несмореност власника истих.

Milica SOVRLIĆ[*]
PhD Student

RESPONSIBILITY TO SET HIGH THINGS

Summary

Certain things, but given the conditions in which they find themselves, they can, of the things which by their nature are not otherwise become dangerous things. Thing characterized as a dangerous thing is a potential danger for the damage and if the damage occurs, we apply the rules on liability which doesn't include the question of adverse events. Author of the paper deals with the subject display solutions that have existed in past, ranging from roman low but through certain civil codes, giving center stage solution of domestic low, both current and future, whit special attention to the case law, given that the case-low the task of elastic notion dangerous things determine the contents.

Key words: *dangerous thing, highly positioned thing, strict liability, responsible persons.*

[*] Phd student, milica.sovrlic@yahoo.com

ЛИТЕРАТУРА

Аличић, С., Јустинијанова дигеста – девета књига, Тутин, 2013.

Бабић, И., Увод у грађанско и стврано право, седмо ажурирано издање, Београд 2015.

Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 1/2008, Intermex, Beograd.

Вељковић, Д., Облигационо првао кроз Коментар закона о облигационим односима за практичну примену, са примерима уговора, тужби и судске праксе, Београд 2005.

Грађански законик за Краљевину Србију, текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама, интернет адреса https://sr.wikisource.org/sr/

Descheemaeker, E., The Roman Division of Wrongs: A New Hypotesis, Roman Legal Tradition, 5(2009), Ames Fonudation and the university of Glasgow School of Low.

Збирка страних законика, Аустријски грађански законик, превод Драгољуб Аранђеловић, Архива за правне и друштвене науке, Београд, 1906. године.

Илић, В., Рецепција два римска едикта у Српски грађански законик, Гласник адвокатске коморе Војводине, књига 75, бр. 4, Нови Сад, 2015.

Маленица, А. Деретић, Н. Римско право, Правни факултет Нови Сад, 2011.

Николић, Ђ., Облигационо право, четврто издање, Београд, 2014.

Petrić, S., Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obaveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 27, br. 1, 87-128 (2006).

Радићшић, Ј, Облигационо првао, општи део, Београд 2008.

Сворцан, С., Ивенстиционо одржавње заједничких делова стамбених, стамбено –пословних и пословних зграда, у Зборнику радова XXI век- век услуга и Услужног права, књига 2, Крагујевац, 2011.

Sič, M., Praktikum iz rimskog prava, Novi Sad, Pravni fakultet u Novom Sadu- centar za izdavačku delatnost, 2002.

Stanišić S., Prilog raspravi o opasnim stvarima i opasnim djelatnostima, Godišnjak fakulteta pravnih nauka godina 3, br. 3, Banja Luka, jul 2013.

Skorupan, V., Obilježja opasne stvari: (prikaz sudske presude), Poredbeno pomorsko pravo, Vol.44, No.159, rujan 2005.

Закон о облигационим односима Р. Србије, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. Лист СРЈ", бр. 31/93 і "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 – Уставна повеља.

Закон о обавезним односима Р. Хрватске, Народне новине бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

Закон о облигационим односима Р. Црне Горе, Сл. ЦГ бр. 47/2008.

Преднацрт грађанског законика Републике Србије.

Закон о локалној самоуправи, "Сл. гласник РС", бр. 129/2007 и 83/2014 - др. закон.

Одлука о комуналном реду, "Службени лист града Ниша", бр. 57/2014 и 98/2015.

Одлука о комуналном реду, "Службени лист града Београда", бр. 10/2011, 60/2012, 51/2014, 92/2014.

http://www.steta.rs/sudska_praksa.php

http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/1017-gz-887-16

http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?7852

УДК 347.771

Др Јелена ЋЕРАНИЋ*

ПАТЕНТНА ЗАШТИТА ПРОНАЛАЗАКА У МЕЂУНАРОДНОМ, ЕВРОПСКОМ И НАЦИОНАЛНОМ ПРАВУ

Апстракт: Рад је посвећен патентној заштити проналазака која се може анализирати на три нивоа: међународном, европском и националном. Све до краја 19. века природа и обим патентне заштите имали су искључиво национални домет. Међутим, убразни развој технологије допринео је томе да се патентна заштита прошири и на иностране земље. Најпре је 1883. године донета Париска конвенција као кровни међународни документ у области права индустријске својине. На основу одредби ове конвенције је 1970. године потписан Уговор о сарадњи у области патената који је отворен за све земље света. Када је реч о европском континенту, 1973. године донета је Конвенција о издавању европских патената. Ова конвенција регионалног карактера није део правних тековина ЕУ. Стога ЕУ деценијама настоји да установи јединствен систем заштите проналазака на тлу ЕУ. Након бројних неуспелих покушаја, у децембру 2012. године усвојен је законодовни пакет којим се успоставља унитарна патентна заштита. Унитарни патент је заправо европски патент са унитарним дејством на територији држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи. Унитарна патента заштита се још не примењује, али очекује се да ће почети ускоро.

Кључне речи*: национални патент, европски патент, унитарни патент, међународно право, Европска унија.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Проналазак представља решење одређеног техничког проблема. Другим речима, проналазак је интелектуално добро које се састоји од упутства о техничком начину и техничким средствима којима се решава одређени технички проблем.[1]

* Виши научни сарадник Института за упоредно право у Београду,
Доцент, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, ceranicj@gmail.com

[1] Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 94.

Патент је назив за субјективно право које се, на основу прописа који чине патентно право, признаје проналазачу или његовом правном следбенику поводом проналаска.[2] Дакле, носилац патента овлашћен је да забрани или допусти свима да привредно користе патентирани проналазак. Односно, носилац патента је овлашћен да на искључив начин привредно користи патентирани проналазак. Под привредним коришћењем патентираног проналаска подразумева се, пре свега, израда производа на основу проналаска, стављање производа у промет и њихова употреба.

Историјски гледано, све до краја 19. века, природа и обим патентне заштите проналазака имали су искључиво национални домет. У 20. веку, међутим, ситуација је почела да се мења јер су државе увиђале да им национална тржишта више нису довољна. Већ тада су носиоци патената испољавали жељу да се патентна заштита прошири и на иностране земље у које би проналасци могли да се извозе или у којима би могли да се примењују у производњи.[3]

Прелаз из 20. у 21. век означава се као почетак епохе информационог друштва, друштва заснованог на економији знања, глобалног друштва у којем се потенцирају економски и политички значај интелектуалне својине.[4] Патентна заштита се данас може посматрати кроз призму међународних, европских и националних прописа.

2. УГОВОР О САРАДЊИ У ОБЛАСТИ ПАТЕНТА

С обзиром на шароликост националних прописа и потребу за патентном заштитом проналазака и изван граница националног тржишта, у Паризу је 1883. године сазвана дипломатска конференција[5] на којој је усвојен акт под називом „Конвенција за заштиту индустријске својине“. Овом конвенцијом основана је Унија за заштиту индустријске својине, познатија као Париска унија.

Једна од најзначајнијих тековина Париске конвенције је институт међународног првенства. „Суштина међународног првенства је у томе што једно лице, које је пријавило проналазак за заштиту у једној држави чланици Париске конвенције, има право да, приликом пријављивања за заштиту истог

[2] Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд, 2014, 57.

[3] Јелена Ћеранић, *Унитарни патент*, Институт за упоредно право у Београду, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Београд, 2015, 14.

[4] С. Марковић, *Op.cit*., 15.

[5] На конференцији је учествовало једанаест држава, међу којима је била и Краљевина Србија.

проналаска у некој другој држави чланици ове конвенције, ужива првенство које се рачуна од датума подношења оне прве пријаве. (...) Циљ права међународног првенства је да истом пријавиоцу олакша стицање патентне заштите у више држава, тако што ће смањити могућност да у периоду између подношења пријаве патента у две или више држава проналазак престане да испуњава услове за заштиту."[6]

Ипак, у складу са убрзаним технолошким развојем у другој половини 20. века и све већим бројем проналазака који се пријављују за патентирање у великом броју држава, испоставило се да тешкоће у вези са подношењем пријаве патента за исти проналазак у више држава не могу бити отклоњене институтом међународног првенства. Наиме, рок међународног првенства од годину дана више није био довољан да се уредна патентна пријава поднесе у већем броју земаља, узимајући у обзир превођење пријава на различите језике, контактирање са локалним патентним заступницима, прилагођавање пријаве националним прописима сваке државе, плаћање одговарајућих такси итд.

Како би се ови недостаци превазишли, на дипломатској конференцији у Вашингтону 1970. године, закључен је Уговор о сарадњи у области патената (УСП). Његов циљ је, с једне стране, да обједини поступак пријављивања проналазака у више држава путем једне међународне пријаве патента и самим тим поједностави поступак пријављивања за пријавиоца, а с друге стране, да националним патентним управама олакша поступак испитивања пријава. Дакле, УСП не делује у смеру уједначавања патентних прописа држава уговорница.

На основу УСП-а, сам поступак патентирања одређеног проналаска у више држава састоји се од две фазе – међународне и националне.

2.1. Међународна фаза

Прва, међународна фаза, почиње тиме што се подноси међународна пријава патента прописној патентној управи (уреду примаоцу), а то је најчешће национални патентни завод подносиоца пријаве. Уред прималац, након провере формалне уредности пријаве, признаје међународној пријави датум подношења. Чин признања има ефекат правне фикције да је пријавилац поднео уредну националну пријаву патента за проналазак на који се односи у свим назначеним државама на дан подношења међународне пријаве. Националне патентне управе назначених држава имају обавезу да у року од 30 месеци од дана првенства међународне пријаве не отпочињу

[6] С. Марковић, Д. Поповић, *Op.cit*., 114–115.

поступак по пријави, већ да чекају даљи развој поступка у међународној фази.

Уред прималац шаље један примерак међународне пријаве Светској организацији за интелектуалну својину (WIPO), која делује као међународни биро за државе чланице УСП-а, а други примерак Органу за међународни решерш (претраживање).[7] Задатак овог органа је да утврди стање технике које је релевантно за испитивање новости и инвентивног нивоа пријављеног проналаска. Резултат овог испитивања је извештај о међународном решершу, који садржи само листу ознака докумената чији садржај чини релевантно стање технике, без икаквих оцена о патентибилности проналаска. Извештај се доставља подносиоцу пријаве и Међународном бироу.

Међународни биро објављује међународну пријаву у року од 18 месеци од датума првенства међународне пријаве и шаље примерак међународне пријаве патентној управи сваке од држава које је подносилац назначио у пријави.

2.2. Национална фаза

Друга, тзв. национална фаза, почиње онда када назначени уреди добију примерак међународне пријаве и извештај о међународном решершу. Сваки назначени уред тада наставља поступак по пријави на основу националних прописа. Иако национална патентна управа не мора посебно да утврђује стање технике јер већ постоји извештај о међународном решершу, сам тај извештај не обавезује назначену патентну управу. Она суверено, по окончању поступка, доноси одлуку о признању националног патента.

2.3. Факултативна фаза

У оквиру поступка заштите проналазака на основу УСП-а, постоји још једна тзв. факултативна фаза, која заправо представља продужетак прве, међународне фазе. Наиме, на захтев пријавиоца Међународни биро шаље међународну пријаву и извештај о међународном решершу надлежном Органу за међународно претходно испитивање.[8] Овај орган има задатак да у писаном облику формулише мишљење о томе да ли проналазак који је

[7] Орган за међународни решерш је национална или наднационална патентна управа која испуњава прописане услове у погледу кадрова и техничко-документационе опремљености којем је скупштина УСП-а поверила тај мандат.

[8] Ову функцију обављају исте патентне управе које већ обављају функцију Органа за међународни решерш.

предмет међународне пријаве испуњава услове новости, инвентивног нивоа и привредне применљивости. Извештај о међународном претходном испитивању садржи само мишљење о патентибилности проналаска, без детаљних образложења. Он се доставља патентним управа оних држава које је пријавилац навео у пријави, а оне даљи поступак спроводе на основу националног закона. Ни овај извештај нема обавезујућу правну снагу. Дакле, изабрани уред самостално и суверено доноси одлуку о признању или одбијању националног патента.[9]

2.4. Предности УСП-а

УСП пружа низ предности. Предности за пријавиоца су поједностављење и појефтињење подношења пријаве патента за исти проналазак у више држава; одлагање свих послова и плаћања такси у вези са поступком патентирања пред националним патентним управама страних држава до истека рока од 30 месеци од датума првенства међународне пријаве. Предности за националне патентне управе су могућност уштеде у времену и раду на утврђивању релевантног стања технике, што је најтежи део посла приликом испитивања пријаве патента; могућност ослањања на извештаје које су урадиле најопремљеније патентне управе на свету.[10]

Очигледно је да УСП није замишљен да делује у смеру уједначавања националних прописа држава чланица, изузимајући одредбу којом је утврђено да државе чланице не смеју прописивати друге и додатне услове у погледу форме међународне пријаве патента у односу на оне које је предвидео УСП. Ипак, с обзиром на то да Орган за међународно претходно испитивање у свом извештају полази од дефиниције услова каква је дата у УСП-у, може се закључити да УСП посредно рачуна на унификацију националних прописа у погледу услова патентибилности проналазака.[11]

3. КОНВЕНЦИЈА О ИЗДАВАЊУ ЕВРОПСКИХ ПАТЕНАТА

Конвенција о издавању европских патената (КЕП) закључена је 1973. године и има регионални карактер, што значи да јој могу приступити само европске државе. Једна од специфичности КЕП-а огледа се у томе што круг проналазача, односно њихових правних следбеника који имају право да се позивају на КЕП, није ограничен држављанством, пребивалиштем/ седиштем

[9] С. Марковић, Д. Поповић, *Op.cit*., 314–316.
[10] *Ibid.*
[11] *Ibid.,* 317.

или другом правном чињеницом. Дакле, свако правно или физичко лице на свету овлашћено је да поднесе европску пријаву и под прописаним условима стекне европски патент.[12]

Конвенција садржи три групе норми: права којом се оснива Европска патентна организација (ЕПО), друга којом се установљава систем материјалноправних норми којима се уређују услови, облик и трајање правне заштите проналазака и трећа којом се успоставља административни поступак за патентну заштиту проналазака.

3.1. Европска патентна организација

Европска патентна организација је национална организација основана са задатком да води поступак признања европских патената. Њени органи су Европски завод (уред) за патенте (ЕЗП) и Управни савет. Управни савет има управљачку и контролну функцију у ЕПО-у, док је ЕЗП централни стручно-административни и извршни орган који примењује материјално европско патентно право. Службени језици на којима ЕЗП води поступак су енглески, немачки и француски.

3.2. Материјалноправне норме

Материјално европско патентно право представља скуп норми садржаних у КЕП-у, које уређују: предмет патентне заштите, услове патентибилности проналаска, лица која имају право на европски патент, правне учинке европске пријаве и европског патента, дужину трајања европског патента и утицај европског патентног права на национални правни систем.

Оно што је карактеристично за заштиту проналазака европским патентном је да „материјално европско патентно право, на наднационални начин, уређује патентну заштиту проналазака од тренутка подношења европске пријаве до тренутка признавања европског патента. Од тренутка признавања европског патента, у начелу престаје применљивост наднационалних норми, те се европски патент 'распада' на онолико независних националних патената колико има земаља чланица КЕП-а које је пријавилац у европској пријави назначио као државе у којима жели патентну заштиту за свој проналазак. Сваки од тих патената, који се даље назива европски патент, наставља да траје у појединој држави, подвргнут

[12] *Ibid.*

прописима националног патентног права. Његова правна судбина је независна у односу на правну судбину осталих европских патената за исти проналазак који су признати на основу одлуке ЕЗП-а.“[13]

Однос материјалног европског патентног права и националног патентног права је такав да ова два система постоје паралелно. Другим речима, материјално европско патентно право не дира у национално патентно право. Међутим, европски патент се, након што је признат, улива у национални патентни систем и подвргава истом режиму као и да га је признала национална патентна управа. Изузетно, материјално европско патентно право, као наднационално, задржава примат над националним правом и после преласка европског патента у тзв. националну фазу, само у неколико случајева који су прописани у КЕП-у.

3.3. Поступак заштите

Поступак признања европског патента почиње подношењем пријаве европског патента ЕЗП-у или националној патентној управи земље чланице ЕПО-а која је прослеђује ЕЗП-у. У европској пријави мора бити назначена бар једна држава чланица ЕПО-а, мада се у пракси најчешће назначава од три до пет или више земаља.

Након провере да ли испуњени формални услови уредности, европској пријави признаје се датум подношења. Та чињеница има ефекат правне фикције да је тог дана у свим назначеним државама поднесена национална пријава патента. ЕЗП израђује решершни извештај чији је циљ да утврди релевантност стања технике, тј. да попише сва расположива документа из којих се може утврдити новост и инвентивни ниво пријављеног проналаска. Овај извештај се шаље пријавиоцу.

По истеку рока од осамнаест месеци, ЕЗП објављује европску пријаву заједно са решершним извештајем и ова објава има у свим назначеним државама ефекат националне објаве пријаве патента.

У року од шест месеци од објављивања европске пријаве, пријавилац има право да поднесе ЕЗП-у захтев за потпуно испитивање услова за признање европског патента. У случају да такав захтев изостане, сматра се да је европска пријава повучена. Циљ потпуног испитивања пријаве је да се на основу решершног извештаја установи да ли пријављени проналазак испуњава материјалноправне услове за патентну заштиту. По окончању

[13] *Ibid,* 318.

потпуног испитивања, ЕЗП доноси и објављује одлуку о томе да ли признаје европски патент.[14]

3.4. Предности и неостаци КЕП-а

Дакле, једино је поступак за добијање европског патента централизован и завршава се издавањем онолико националних патената колико је држава наведено у пријави. Када ЕЗП изда патент, он мора да буде признат у свакој држави уговорници која је назначена у пријави. Другим речима, европски патент постаје сноп националних патената.[15]

Захваљујући оваквом систему заштите поступак је централизован, те смањен број пријава и такси, као и осталих административних трошкова. Осим тога, уведена је комплетна претходна провера испуњености материјалних услова. Обе карактеристике допринеле су томе да добијање националне патентне заштите путем ЕЗП-а унутар и изван ЕУ буде веома примамљиво, посебно за државе које нису чланице Уније и подносиоце захтева који нису из Европе.[16]

Упркос овим предностима, заштита проналазака европским патентом и даље подразумева територијалну фрагментацију патентне заштите у Европи. Стога, са становишта ЕУ, овакав систем није у складу са принципима јединственог тржишта и уопште циљем европских интеграција.[17]

Као највећи недостаци система заштите проналазака европским патентом, из перспективе носилаца патента, издвајају се: високи трошкови превођења и објављивања, високе таксе за одржавање, сложен административни поступак, и на послетку, али не и најмање важна правна несигурност.[18] Ови недостаци допринели су интензивирању рада на успостављању јединственог патента ЕУ, а у сврху задобијања повољнијег положаја ЕУ на тржишту проналазака.

---

[14] J. Ћеранић (2015), 17.

[15] Marc Rees, „Le brevet unique européen et logiciel", http://www.pcinpact.com/dossier/brevet-unitaire-europeen-logiciel-/205-5.htm, приступ: 14. март 2017.

[16] Hans Ullrich, „Select from Within the System: The European Patent With Unitary Effect", *Max Planck Institute for Intelectual Property and Competition Law Research Paper*, бр. 12-11 (2012a), 15.

[17] J. Ћеранић (2015), 18.

[18] Nina Machek, „How 'Unitary' is the Unitary Patent?", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357, приступ 22. март 2017.

4. УНИТАРНИ ПАТЕНТ

Значај јединственог система заштите пронлазака на тлу Старог континента препознат је крајем педесетих година прошлог века, одмах након оснивања Европских заједница. Ипак, до доношења аката о успостављњу унитарне патентне заштите прошло је више деценија. Преговори између држава чланица сваки пут су се завршавали неуспехом, пре свега због њиховог неслагања у вези са режимом превођења.[19]

Иако су у међувремену донети УСП и КЕП, они нису на адекватан начин могли да одговоре на потребу за успостављањем јединственог система заштите проналазака на тлу ЕУ. С једне стране, УСП не делује у смеру уједначавања патентних прописа држава уговорница, а и заштита се не односи само на државе европског континента. А с друге стране, када је реч о КЕП-у, патентни списи и патентни захтеви преводе се на националне језике што доприноси повећању тршкова. Поврх тога, одржавање европског патента подразумева плаћање годишње таксе у свакој земљи, регистрацију сваког преноса и других права, као и плаћање домаћих заступника који воде рачуна о усаглашавању европског патента с националним прописима.[20]

Стога је почетком новог миленијума интензивиран рад на успостављању патента ЕУ. Међутим, и тада се као спорно појавило питање режима превођења патентних списа. Неслагање међу државама чланицама премошћено је тако што се прибегло механизму ближе сарадње. Реч је о механизму предвиђеном Уговорима који омогућава државама чланицама ЕУ да успоставе сарадњу и по питањима о којима није постигнут споразум међу свим чланицама ЕУ.[21] Најзад, дана 11. децембра 2012. усвојен је тзв. патентни законодавни пакет који се састоји од три компоненте: Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите (УУПЗ),[22] Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области

---

[19] Вид. Felix Addor, Claudia Mund, „A Patent Court for Europe", *4th St. Gallen International Dispute Resolution Conference*, University of St. Gallen, 2012, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2236470, приступ 22. 03. 2017; Јелена Ћеранић, „О успостављању јединственог поступка решавања патентних спорова у Европи", *Право и привреда*, бр. 7–9/2014, 71–84.

[20] Јелена Ћеранић, „Предлог новог система заштите проналазака у ЕУ – патент Уније", *Право и привреда*, бр. 7-9/2012, 361.

[21] Вид. Радован Вукадиновић, „Диференцијална интеграција као спасоносни метод интеграције или дезинтеграције ЕУ", *Правна ријеч*, бр. 39/2014, 514-560; Јелена Ћеранић, „Механизам ближе сарадње – од Уговора из Амстердама до Уговора из Лисабона", *Правни живот*, бр. 12/2010, 501-606.

[22] Уредба (ЕУ) бр. 1257/2012 od 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, 2012, Службени лист ЕУ, 2012, бр. Л 361.

успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења (УУПЗП)[23] и Споразума о Јединственом патентном суду (СЈПС).[24]

Уредбе су објављене 31. децембра 2012. у Службеном листу ЕУ, а ступиле су на снагу 20. јануара 2013. Предвиђено је да ће почети да се примењују од 1. јануара 2014. или од датума ступања на снагу СЈПС, у зависности од тога који од та два датума наступи касније.

4.1. Уредба о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите

Члан 118, став 1. Уговора о функционисању ЕУ предвиђа да Европски парламент и Савет успостављају мере за стварање европских права интелектуалне својине како би се обезбедила униформна заштита у Унији. Стога овај члан представља правни основ за доношење Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите. Уредбом је униформна заштита унитарног патента осигурана на традиционалан начин. Предвиђено је да европски патент са унитарним дејством обезбеђује униформну заштиту и има једнако дејство у свим државама чланицама ЕУ које учествују у ближој сарадњи.

Уредбом је прецизирано да се унитарно дејство појављује тек пошто ЕЗП призна патент са истим сетом патентних захтева за све државе чланице према постојећем поступку предвиђеном КЕП-ом и затим, на захтев носиоца европског патента, прописно заведе унитарно дејство у Регистар. Према томе, подношење захтева, испитивање и поступак признања унитарног патента остају исти као и за тзв. класични европски патент. Што се тиче поступака у вези са повредама, ограничењима и опозивом унитарног патента пред ЕЗП-ом, и они се спроводе на исти начин као и у случају европског патента.

Када је једном регистровано унитарно дејство, патент се сматра јединственим правом ЕУ и зато може бити ограничен, пренесен или опозван само, тј. истовремено у свим државама чланицама ЕУ које учествују у ближој сарадњи и потписале су и ратификовале СЈПС. Поступак плаћања административних такси и такси за одржавање патената је централизован, другим речима, све таксе се плаћају ЕЗП-у, а не појединачно сваком националном патентном заводу.

---

[23] Уредба (ЕУ) бр. 1260/2012 od 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштитекоја се тиче превођења, 2012, Службени лист ЕУ, 2012, бр. Л 361.

[24] Споразум о јединственом патентном суду, http://www.unified-patent-court.org/images/documents/upc-agreement.pdf, приступ 22. март 2017.

Иначе, УУПЗ представља посебан споразум у смислу члана 142, став 1 КЕП-а на основу кога групе држава уговорница КЕП-а, склопивши посебан споразум који обезбеђује да европски патенти признати за те државе имају унитарни карактер на њиховим територијама, могу захтевати да се европски патент призна само заједнички за све државе чланице које учествују у ближој сарадњи. Међутим, с обзиром на то да је КЕП-ом предвиђено да само државе могу приступити Конвенцији (а не и међународне организације), остаје отворено да ли ће ЕУ моћи да иступа као „потпарол" овог посебног аранжмана пред ЕЗП-ом.[25] С тим у вези, ЕУ и ЕЗП ће у најскорије време морати да изнађу решење за ово питање, нарочито уколико дође до тога да се све државе чланице ЕУ прикључе ближој сарадњи. Наиме, у том случају „група држава чланица" (у смислу члана 142 КЕП-а) трансформисаће се у пројекат целе ЕУ, тачније ближа сарадња више неће постојати, јер ће унитарна патентна заштита постати једна од заједничких политика ЕУ.

Стварање унитарног права ЕУ које се признаје у складу са одредбама међународне конвенције, а које је изван директног домашаја саме Уније, представља веома комплексан и јединствен правни феномен у оквиру правног система ЕУ. Стога поједине струје у теорији права заступају становиште да УУПЗ заправо додаје унитарно дејство европском патенту само као „узгредну/споредну одлику".[26]

4.2. Уредба о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења

Режим превођења био је „камен спотицања" или „јабука раздора" приликом свих покушаја успостављања јединственог система заштите проналазака на тлу ЕУ. Упркос томе, одредбе предвиђене Уредбом о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења веома су једноставне и јасне.

Основна одредба која се односи на режим превођења патентних списа унитарног патента садржи директно упућивање на члан 14 КЕП-а којим је предвиђено да се списи европског патента објављују на језику поступка и да садрже превод само патентних захтева на друга два службена језика ЕЗП-а. Ово упућивање на КЕП не представља проблем јер је у фази објављивања унитарни патент заправо још класични европски патент. Даље, УУПЗП прецизира да се захтеви за унитарно дејство (као што је наведено у УУПЗ) подносе на језику поступка.

---

[25] Hans Ullrich, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2012-03 (2012б), 46–47.

[26] Вид. Ј. Ћеранић (2015), 50.

Приликом одређивања правила превођења пошло се од тога да су, у поређењу са укупним бројем постојећих патената, спорови доста ретки и тичу се само комерцијално вредних патената.[27] Стога УУПЗП предвиђа да је само у случају спора због повреде европског патента са унитарним дејством, носилац патента на захтев туженог или пак надлежног суда обезбеђује комплетан превод европског патента са унитарним дејством на службени језик било државе чланице у којој је до повреде дошло, било државе чланице у којој тужени има пребивалиште или на језик који се користи у поступцима пред тим судом.

4.3. Јединствени патентни суд

Паралелно са напорима да се успостави патент ЕУ, државе чланице покушавале су да се договоре и о јединственом поступку решавања патентних спорова. Један од највећих недостатака система заштите проналазака у оквиру ЕЗП-а је то што се свака тужба за повреду, поништај, противтужба или опозив европског патента подноси националном суду сваке назначене земље, што значи да се поступци воде одвојено. Према томе постоји опасност од умножавања патентних спорова, што слаби заштиту проналазака и доводи до фрагментације јединственог тржишта патената у Европи.

Након бројних неуспелих покушаја, Јединствени патентни суд (ЈСП) успостављен је међународним споразумом који је 19. фебруара 2013. потписало 25 држава чланица ЕУ. Нису га потписале Шпанија, Пољска и Хрвтаска. Иако су преговори о оснивању ЈПС-а вођени под окриљем Савета министара ЕУ, Споразум је закључен изван правног оквира ЕУ. Овај споразум представља класичан међународни уговор, те је организационо одвојен и суштински независтан од националних судова држава чланица ЕУ.

ЈПС надлежан је за спорове у вези са тзв. класичним европским патентом и европским патентом са унитарним дејством – унитарним патентом. Споразуму могу приступити само државе чланице ЕУ, што значи да државе чланице које не учествују у ближој сарадњи у области успостављања унитарне патентне заштите (Шпанија) могу да приступе, али не могу државе ЕЗП-а које нису чланице ЕУ (Швајцарска, Турска, Норвешка).[28]

Споразум предвиђа, такође, да се ЈПС сматра судом држава чланица које су га потписале и зато, када је у питању право ЕУ, Суд има исте обавезе

[27] H. Ullrich (2012б) 12, фн. 35.
[28] Ј. Ћеранић (2015), 64.

као и сваки национални суд држава чланица. Споразум предвиђа и одредбе о примату права ЕУ и поступку доношења претходне (прелиминарне) одлуке. ЈПС примењује право Уније у целости и поштује његов примат. Као заједнички суд држава чланица потписница Споразума, Суд сарађује са Европским судом правде како би обезбедио исправну примену и униформно тумачење права ЕУ. Одлуке Европског суда правде су обавезујуће за ЈПС.

Што се тиче структуре, ЈПС састоји се од Суда прве инстанце, Апелационог суда и Регистра. Децентрализовани Суд прве инстанце подењен је на одељења и у његовом саставу налазе се три различита типа одељења: локална, регионална и централно одељење.

Државе потписнице СЈПС дуго времена нису могле да се договоре о седишту Суда. Најзад, 2012. године постигнут је компромис на основу кога је предвиђено да седиште централног одељења буде у Паризу, а тематске јединице у Лондону (за људксе потребе и хемију, укључујући и фармацеутске производе)[29] и Минхену (за механички инжењеринг). Централна јединица у Паризу надлежна је за случајеве у вези са пословима у области транспорта, текстила, чврсте градње, физике и струје. Апелациони суд смештен је у Луксембургу, као и Регистар. Центар за обуку судија налази се у Будмпешти, док су патентна арбитража и Центар за медијацију подељени између Лисабона и Љубљане.

Предвиђено је да ће СЈПС ступити на снагу када га ратификује тринаест држава чланица које учествују у ближој сарадњи, укључујући Немачку, Француску и Уједињено Краљевство. Поступак ратификације и даље је у току. Очекује се да ће Споразум ступити на снагу у децембру 2017. године.

5. НАЦИОНАЛНИ ПАТЕНТ

Све до краја 19. века, природа и обим патентне заштите проналазака имали су искључиво национални домет. У 20. веку државе су почеле да увиђају да им национална тржишта више нису довољна и почеле да проширују заштиту и на иностранa тржишта. У 21. веку ситуација се дијаментрално променила. Студија коју је у току 2011. године спровела Европска комисија указује да данас око четири одсто европских проналазача и предузетника (и мало већи број малих и средњих предузећа) бира

[29] Брексит је такође утицао на унитарну патентну заштиту. Остаје да се види да ли ће Уједињено Краљевство уопште ратификовати СЈПС. Али чак и тада питање је да ли Лондон може да задржи седиште централне јединице ЈПС. Милано се најчешће помиње као могуће решење за седиште централне јединице ЈПС уместо Лонодона.

националну заштиту најчешће само као први корак, како би на тај начин осигурали право првенства.[30]

Свака земља уређује заштиту проналазака на националном тржишту у складу са својим унутрашњим патентним прописима. Исто тако, свака има национални завод (уред) који одлучује о признању или одбијању патентне заштите, заснивајући своју одлуку на националном законодавству. Када је једанпут признат, национални патент уписије се у национални патентни регистар. Важење националног патента ограничено је на територију државе чланице у којој је патент признат.

Национална заштита није, ипак, толико „национална" као што то на први поглед изгледа. Паралелно са постојањем националних система заштите проналазака, с једне стране, и неколицине неуспелих покушаја да се *de jure* успостави наднационални систем заштите проналазака (превасходно на тлу ЕУ), с друге стране, државе су, корак по корак, уједначавале националне патентне законе путем *de facto* хармонизације.

У Републици Србији патентна заштита проналазака уређена је на основу Закона о патентима.[31] Осим тога, РС је потписница Уговора о сарадњи у области патената који је ратификовала 1996. године Законом о потврђивању Уговора о сарадњи у области патената, са правилником за спровођење Уговора о сарадњи у области патента ,[32] као и Конвенције о признању европских патената коју је ратификовала 2010. године Законом о потврђивању Конвенције о признавању европских патената.[33] Што се тиче унитарне патентне заштите, с обзиром на то да РС није чланица ЕУ, не може учествовати у истој. Уколико пак приступи ЕУ, имаће могућност да се определи да ли жели да учествује у ближој сарадњи у области унитарне патентне заштите.

[30] Радни докумет Комисије, Процена утицаја, СЕЦ (2011) 482 final, 13. април 2011.

[31] Закон о патентима , „Службени гласник РС", бр. 99/11.

[32] Закон о потврђивању Уговора о сарадњи у области патената, са правилником за спровођење уговора о сарадњи у области патента, „Службени лист СРЈ - Међународни уговори", бр. 3/96.

[33] Закон о потврђивању Конвенције о признавању европских патената - Конвенција о европском патенту од 5. октобра 1973, са изменама члана 63. Конвенције о европском патенту од 17. децембра 1991. године и изменама од 29. новембра 2000. године , „Службени гласник РС - Међународни уговори" бр. 5/10.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Патент као субјективно право, које за предмет има патентирани проналазак, представља важан чинилац економског раста. То је препознато још крајем 19. века и од тада до данас континуирано се улажу напори у циљу унапређења система заштите проналазака на међународном и европском нивоу – почевши од Париске конвенције из 1883. године, преко Уговора о сарадњи у области патената из 1970. године, па до Конвенеције о издавању европских патената из 1973. године. Ипак, ниједан од постојећих инструмената међународног права не може на адекватан начин одговорити на потребе корисника. Док УСП није замишљен да делује у смеру уједначавања националних прописа о патентима држава чланица, највећи недостатак регионалног система заснованог на КЕП-у јесте територијална ограниченост европског патента само на назначене државе, у којима је понаособ валидиран.

Значај успостављања јединственог система заштите проналазака на територији Европских заједница/ Европске уније државе чланице препознале су још крајем педесетих година 20. века. Међутим, рад на његовом установљењу одужио се због неслагања земаља у вези са појединим аспектима заштите. Најзад, у децембру 2012. године усвојен је тзв. патетни законодавни пакет којим се успоставља унитарна патентна заштита на територији држава чланица које учествују у ближој сарадњи.

Иако је у академским круговима и даље присутан скептичан тон,[34] званичници ЕУ тврде да ће, ако довољан број држава чланица ратификује СЈПС, таксе не буду превисоке, а судије ЈПС компетентне, унитарна патентна заштита представљати напредак у односу на постојећи систем заштите проналазака у Европи или ће му бар бити озбиљна алтернатива. У овом тренутку, док унитарна патентана заштита још није почела да се примењује, преурањено је дати коначни суд о томе да ли ће нови систем обезбедити ефикаснију и јефтинију заштиту. А време ће најбоље показати да ли овако конципирана унитарна патентна заштита може да одговори на потребе корисника у Европи.

[34] Вид. Thomas Jaeger, „What's in the Unitary Patent Package?", *Max Plank Institute for Inovation and Competition Research Paper*, 14-08, 1–29; Hilty Reto *et al.,* „The Unitary Patent Package: Twelve reasons for concern", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper* 12-12, 1–12.

Jelena ĆERANIĆ, LL.D.
Research fellow at the Institute of Comparative Law in Belgrade,
Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka

PATENT PROTECTION OF INVENTIONS IN INTERNATIONAL, EUROPEAN AND NATIONAL LAW

Summary

Nowadays patent protection can be obtained in three ways: first, trough national patent offices which grant national patents based on the national patent law valid for the respective national territory; second, by the European Patent Office, which grants European patents based on the European Patent Convention; and third, on the base of Patent Cooperation Treaty. Until the end of 19th century the nature and the extent of patent protection had a national range. However, the rapid tehnological development influenced the patent owners to expend their patent protection abrod. First of all, in 1883 the Paris Convention was adopted as an umbrella document in the area of industrial property law. In accordance with its provisions, in 1970 the Patent Cooperation Treaty was signed. Under this Treaty, open for all coutries in the world, only the procedure of examination of patentability of inventions is centralized, while the patents are indeed granted by national patent offices. When it comes to the European continent, European Patent Convention was adopted in 1973. This regional convention has never been a part of *acquis coomunautaire*. Therefore, the EU put a lot of effort into establishment of an EU patent protection system applicable across the territory of EU Member States only. Finally, in December 2012 the European Parliament and the Council adopted the unitary patent package consisted of three components: two regulations (Regulation (EU) No 1257/2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection and Council Regulation (EU) No 1260/2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation agreements) and the Agreement on a Unified Patent Court.

Key words: *national patent, European patent, unitary patent, international law, European Union.*

ЛИТЕРАТУРА

1. Addor Felix, Mund Claudia, „A Patent Court for Europe", *4th St. Gallen International Dispute Resolution Conference*, University of St. Gallen, 2012, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2236470,* приступ 22. март 2017;

2. Вукадиновић Радован, „Диференцијална интеграција као спасоносни метод интеграције или дезинтеграције ЕУ", *Правна ријеч*, бр. 39/2014;

3. Марковић Слободан, Поповић Душан, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013;

4. Марковић Слободан, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд, 2014;

5. Machek Nina, „How 'Unitary' is the Unitary Patent?", *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357,* приступ 22. март 2017.

6. Marc Rees, „Le brevet unique européen et logiciel", http://www.pcinpact.com/dossier/brevet-unitaire-europeen-logiciel-/205-5.htm, приступ: 14. март 2017.

7. Ћеранић Јелена, *Унитарни патент*, Институт за упоредно право у Београду, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Београд, 2015;

8. Ћеранић Јелена, „О успостављању јединственог поступка решавања патентних спорова у Европи", *Право и привреда*, бр. 7–9/2014;

9. Ћеранић Јелена, „Предлог новог система заштите проналазака у ЕУ – патент Уније", *Право и привреда*, бр. 7-9/2012;

10. Ћеранић Јелена, „Механизам ближе сарадње – од Уговора из Амстердама до Уговора из Лисабона", *Правни живот*, бр. 12/2010;

11. Jaeger Thomas, „What's in the Unitary Patent Package?", *Max Plank Institute for Inovation and Competition Research Paper*, бр. 14-08;

12. Hilty Reto, Jaeger Thomas, Lamping Matthias, Ullrich Hans, „The Unitary Patent Package: Twelve reasons for concern", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper,* бр. 12-12;

13. Ullrich Hans, „Select from Within the System: The European Patent With Unitary Effect", *Max Planck Institute for Intelectual Property and Competition Law Research Paper*, бр. 12-11

14. Ullrich Hans, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, бр. 2012-03.

УДК 347.736

Др Љубиша ДАБИЋ*

ВРСТЕ СТЕЧАЈНИХ ПОСТУПАКА

Апстракт: Стечајни поступци се у упоредном праву класификују по основу различитих критеријума. Њихова класификација је резултат правне и економске доктрине, а изузетно и законодавства. Утврђивање критеријума за класификацију стечајних поступака и разматрање њихових посебних врста произашлих из тих критеријума од великог су теоријског, педагошког и практичног значаја. Различите врсте стечајних поступака претпостављају или захтевају примену различитих правних режима, који су засновани на посебним законским решењима. Произашли резултати до којих се дошло у истраживању врста стечајних поступака треба да послуже у теоријске и апликативне сврхе.

Кључне речи: *врсте стечајних поступака, стечај, реорганизација*

1. УВОД

Стечај се може класификовати по различитим критеријумима. Одатле, у зависности од критеријума од којег се полази у његовом разврставању, постоје различите врсте стечаја односно стечајних поступака. Класификовање стечаја врши се из научних, педагошких и практичних разлога, а врши се у правној и економској науци, изузетно и у законодавству. За одређене врсте стечаја важи посебан правни режим, а на њихове поступке примењују се законом предвиђена посебна правила.

Резултати истраживања из овог рада треба да послуже, с једне стране, у теоријске, а с друге стране, у апликативне схврхе. У теоријском смислу, акценат је стављен на разграничењу различитих врста стечајног поступка ради њиховог бољег разумевања. Истраживања њихове различите правне природе треба да олакшају њихову примену у судској и пословној пракси.

* Редовни професор, Економски факултет Универзитета у Београду
ljdabic@ekof.bg.ac.rs

2. СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК БАНКРОТСТВОМ (СТЕЧАЈ) И СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК РЕОРГАНИЗАЦИЈОМ (ПЛАН РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ)

Полазећи од критеријума да ли спровођење стечајног поступка обавезно доводи до (не)престанка стечајног дужника, односно од начина спровођења стечајног поступка над стечајним дужником, постоје две врсте поступака, и то: стечајни поступак банкротством и стечајни поступак реорганизацијом. Ова друга врста стечајног поступка може се поделити у две подгрупе: обична реорганизација и унапред припремљени план реорганизације. Реч је о две најзначајније врсте стечајног поступка, који су предмет детаљног и обимног законског регулисања, у оквиру општег стечајног законодавства. Ови поступци су предмет регулисања и у посебном законодавству и подзаконским актима, у већој или мањој мери.

Полазећи од упоредног права, у законодавству, теорији и пракси постоје три начина за редефинисање дужничко-поверилачких односа, за случај кад се привредни субјект нађе у финансијским тешкоћама: неформални приступ – дужник врши самостално реструктурирање својих дугова према кључним повериоцима, независно од суда; формални приступ – дужник и повериоци врше редефинисање својих дужничко-поверилачких односа судским путем, усвајањем плана реорганизације у стечајном поступку; мешовити приступ (хибридни поступци, убрзани поступак реструктурирања) - дужник и повериоци врше редефинисање својих дужничко-поверилачких односа комбинацијом формалног и неформалног приступа[1].

С обзиром на основни циљ који се планом реорганизације жели постићи, они се могу поделити у три основне групе: ликвидациони план, преносни план односно план тзв. преносне санације и санациони план. У пракси се не могу реализовати „чисти“ типови појединих врста[2]. Други аутори говоре о постојању два основна типа реорганизације – судска и вансудска, и обе имају своје предности и недостатке[3].

---

[1] Бранко Радуловић, „Унапред припремљени планови реорганизације у Републици Србији – Упоредно правна и емпиријска анализа“, у зборнику радова: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније*, Београд 2013, 56-57.

[2] Детаљније о овој подели плана реорганизације видети: Гордана Илић-Попов, Небојша Јовановић, Јован Јовановић (уредници), *Приручник за стечајне управнике*, Београд 2006, 333-334.

[3] О овој подели детаљније видети: Иван С. Тодоровић, *Правне последице усвајања плана реорганизације* (докторска дисертација), Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2015, 25-26.

У стечајном праву Србије стечај обухвата два поступка: банкротство и реорганизацију - план реорганизације. Под банкротством се подразумева намирење поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника, а под реорганизацијом намирење поверилаца према усвојеном плану реорганизације и то: редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним променама дужника или на други начин који је предвиђен планом реорганизације[4]. Оба поступка се спроводе на основу одредаба Закона о стечају, а супсидијарно се примењују одредбе Закона о парничном поступку[5].

Стечајни поступак банкротством – У упоредном праву престанак привредног друштва по основу инсолвентности има неколико различитих терминолошких одређења: банкротство, стечај, инсолвентна ликвидација, судска ликвидација. У економској теорији, под утицајем англосаксонске литературе и законодавства, за спровођење стечаја у употреби је и термин ликвидација. На пример, наводи се да је „ликвидација једна од алтернатива у формалним стечајним поступцима, свуда у свету“[6].

Стечајни законодавац у Србији оперише термином „стечај“, а у оквиру њега познаје два поступка: стечај - банкротство[7] и реорганизацију – план реорганизације. Домаћа економска и правна теорија поред термина стечај употребљава и термин банкротство, као синоним за стечај.

У правној теорији, законодавству и пословној пракси прави се разлика између стечаја и ликвидације. Заједничко им је да представљају законске разлоге за престанак привредних субјеката. Отварање њихових поступака има за последицу ограничавање субјективитета привредног субјекта, у пословном имену се уноси атрибут „у стечају“ односно „у ликвидацији“, а њихово спровођење почива на истој техници билансирања и на ограничавању њиховог правног субјективитета.

Разлике између стечаја и ликвидације су суштинске природе, а манифестују се код већег броја питања. Прва, за стечај се употребљава једна терминологија (банкротство, стечај, инсолвентна ликвидација, судска ликвидација), а за ликвидацију друга (добровољна ликвидација, редовна ликвидација, ликвидација, принудна ликвидација). Друга, стечај је основни

[4] Закон о стечају, „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009. и 83/2014, чл. 1.

[5] Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 - Одлука УС РС, 74/2013 - Одлука УС РС, 55/2014.

[6] Тодор Ж. Спариосу, *Теоријска и емпиријска анализа ефикасности стечајног процеса* (докторска дисетрација), Универзитет у Београду Економски факултет, Београд 2016, 42.

[7] Банкротство је реч италијанског порекла и долази од речи: *banco rotto* (разбијен сто). Кад би неки италијански трговац у средњем веку обуставио плаћања, власти су му одузимале право да се бави трговином, разбивши му сто на коме је држао робу на улици испред дућана, одакле је и дошла реч банкротство. Обрад Госпавић, *Стечајно право Краљевине Југославије*, Београд 1930, 113.

правни институт посебне правне дисциплине која се назива стечајно право, а ликвидација је правни институт права привредних друштава. Трећа, стечај и ликвидација се разликују у изворима права. Стечај је по правилу предмет посебног законског регулисања, у оквиру посебног закона, док се ликвидација регулише у оквиру закона којим се регулише правни положај привредних друштава[8]. Четврта, до стечаја долази због инсолвентности и презадужености стечајног дужника, а до ликвидације привредног субјекта из разлога који нису финансијске природе, тј. кад субјект за претпоставку има довољно средстава за измирење својих обавеза према повериоцима. Поступак стечаја се спроводи према инсолвентном субјекту, а ликвидација према солвентном субјекту. Пета, разлози за отварање поступка стечаја су увек законом одређени (инсолвентност, презадуженост и др.), а разлози за ликвидацију могу бити одређени, осим законом, и унутрашњим актом привредног субјекта (одлука органа привредног душтва о потреби сељења капитала у профитабилнију грану, одлука о остварењу циља због којег је друштво основано и др.). Шеста, стечајни поступак се искључиво отвара и спроводи у законом предвиђеном судском поступку. С друге стране, редовна ликвидација је по правилу вансудски поступак, а само се принудна ликвидација одвија у судском или неком другом законом одређеном поступку. Седма, значајне су разлике у последицама које проузрокује отварање поступка стечаја и поступка ликвидације.

Стечај је правни институт колективног, принудног, равномерног и правичног намирења поверилаца општим извршењем над имовином стечајног дужника, чиме он престаје да постоји као правни субјект. У теоријском смислу, стечај се дефинише као „стање које је прогласио суд, у којем се налази инсолвентни дужник и његови тиме угрожени повериоци“[9]. У материјалноправном смислу, стечај представља истовремено, с једне стране, стање у коме дужник не може да извршава обавезе према повериоцима и, с друге стране, принудно извршење потраживања свих поверилаца над имовином дужника, што доводи до његовог престанка. Стечајни дужник губи имовину која представља економску основу његовог субјективитета. У процесноправном смислу, стечај представља посебан ванпарнични судски поступак у коме се остварује опште намирење поверилаца из имовине стечајног дужника, под условима и на начин утврђеним законом.

У правној теорији, у погледу појмовног одређења и његове правне природе, истиче се да је стечај институт који у себи прожима елементе више правних дисциплина, од који су неки преовлађујућег значаја, а друге од

[8] На пример, у праву Србије ликвидација је предмет регулисања у Закону о привредним друштвима. Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 . др. закон и 5/2015, чл. 524-548.

[9] Михаило Велимировић, *Стечајно право*, Нови Сад 2004, 4.

мањег значаја. Ипак, срж стечаја чине елемети привредног (пословног), још ближе компанијског, грађанског и облигационог права[10].

Стечајни поступак у праву Србије представља посебну врсту грађанског судског ванпарничног поступка[11]. Овај поступак се заснива на више законских начела (заштите стечајних поверилаца, једнаког третмана и равноправности, економичности, судског спровођења поступка, императивности, преклузивности, хитности, двостепености, јавности). Стечајни поступак се отвара и спроводи због постојања стечајног разлога на страни стечајног дужника: трајнија неспособност плаћања, претећа неспособност плаћања, презаduженост, непоступање по усвојеном плану реорганизације и ако је издејствован на преваран или незаконит начин. Органи стечајног поступка су: стечајни судија, стечајни управник, скупштина поверилаца и одбор поверилаца. За његово спровођење је у првом степену стварно надлежан привредни суд, а у другом степену Привредни апелациони суд, док је месно надлежан привредни суд на чијем се подручју налази седиште стечајног дужника. Извршне радње у стечајном поступку спроводи стечајни судија.

Нема стечајног поступка без странака и других учесника. Стечајни поступак се спроводи против стечајног дужника ради најповољнијег намирења стечаних поверилаца, укључујући: излучне, разлучне и заложне. У својству трећих лица могу да учествују правна и физичка лица, нпр. јемци, гаранти и др. Стечајни поступак се покреће на предлог овлашћених предлагача, а суд га спроводи по службеној дужности. Поступак у начелу има две фазе: претходни стечајни поступак и отварање стечајног поступка. Поступак је по својој природи хитан и у њему се не може тражити повраћај у пређашње стање, подносити предлог за понављање поступка нити изјавити ревизија. Такође, предлози, изјаве и приговори не могу се изјављивати ако се пропусти рок или ако се изостане са рочишта на којем је ове радње требало предузети. Одлуке се могу доносити и без усмене расправе.

Акти у стечајном поступку доносе се у облику решења или закључка. Решењем се одлучује у стечајном поступку, а закључком се одлучује по примедбама и издаје налог службеном лицу или органу који спроводи поступак за извршење појединих радњи. Против решења се може изјавити жалба вишем суду, а против закључка није дозвољена жалба или приговор. Рок за жалбу је 8 дана од објављивања решења на огласној табли суда, тј. од дана

[10] *Ibid*, 5-6.

[11] Неки аутори су мишљења да је одавно напуштена стара теорија која је стечај сматрала као судски ванпарнични поступак. По њима, сада преовлађује теза да је стечај једна нарочита врста извршења. Детаљније о овом питању видети: Franja Goršić, *Komentar stečajnog zakona, Zakona o prinudnom poravnanju van stečaja, Zakona o uvođenju u život oba zakona, i Zakona o pobijanju pravnih dela izvan stečaja*, Beograd 1934, 44-45.

достављања учесницима у поступку. По пријему жалбе стечајни судија ће решењем одбацити неблаговремену, непотпуну и недозвољену жалбу. Ако оцени да је жалба основана, законом му је допуштено да жалбу у целости усвоји и решење измени доношењем новог решења. У противном, стечајни судија ће жалбу доставити без одлагања на решавање суду вишег степена. Поднета жалба не задржава извршење решења. Привредни апелациони суд доноси решење по жалби најкасније у року од 30 дана од дана пријема жалбе.

Отворени стечајни поступак се обуставља ако се утврди да стечајни дужник има само једног повериоца, а закључује се ако се утврди да је имовина стечајног дужника мања од висине трошкова стечајног поступка или да је незнатне вредности[12].

У стечајном законодавству се уређује ток и спровођење поступка над стечајним дужником, од момента подношења предлога и утврђивања стечајних разлога, па све до његовог окончања.

Полазећи од стечајног процесног права, покретањем поступка успоставља се стечајни процесни однос у којем се налазе субјекти стечајног поступка са различитим процесним овлашћењима[13].

Стечајни поступак реорганизацијом – Реч санација води порекло од латинске речи *sanatio*, што значи лечење, излечење, оздрављење (и у привредном смислу)[14]. Реорганизација је, такође, реч страног порекла[15] која има за суштину оздрављење стечајног дужника. Овај правни институт се у законодавству, правној теорији и пословној пракси различито назива: нпр. реорганизација, план реорганизације, стечајни план, санација, принудно поравнање, редресман.

У свом пословању привредно друштво може да доспе у инсолвентно стање. У страном законодавству прописани су начини решавања, односно превазилажења такве ситуације, али за циљ имају обавезан покушај отклањања узрока стечаја. Пре спровођења поступка стечаја обавезно се мора учинити покушај спровођења плана реорганизације, ради избегавања последица које изазива банкротство на имовину дужника, на његове повериоце, али и на запослене код стечајног дужника.

Под реорганизацијом се подразумева преуређење стечајног дужника у погледу његове финансијске, управљачке, унутрашње организације и правне форме. Она се заснива на плану реорганизације у писаном облику, којим се

---

[12] Закон о стечају, чл. 13.

[13] Гордана Станковић – Невена Петрушић, „Стечајни управник као субјект стечајног поступка“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004, 620-621.

[14] Видети: Mirko Divković, *Latinsko-hrvatski rječnik*, Zagreb 1900. и Bratoljub Klaić, *Rječnik stranih riječi*, Zagreb, 1989.

[15] „Реорганизација“ - преустројство, прерада, преобразба, преуређење, преинака, преображај, преудешавање. B. Klaić (1989).

на детаљнији начин одређује под којим условима ће потраживања поверилаца бити намирена.

Субјекти реорганизације су стечајни дужник и стечајни повериоци, као и други субјекти према којима реорганизација може имати дејство, попут разлучних и заложних поверилаца. Субјект реорганизације може бити и стечајни управник, јер и он може поднети план реорганизације.

План реорганизације може се дефинисати као правни акт који могу поднети законом овлашћена лица. Његову садржину усаглашавају стечајни дужник и квалификована већина његових поверилаца. План реорганизације потврђује стечајни суд и има снагу извршне исправе. Потврђени план реорганизације представља основ за реорганизацију, тј. основ за „продужење живота стечајног дужника". Он је сложен правно-економски институт, којим се замењује стечајни поступак, а уједно мења правни статус дужника и других учесника у поступку реорганизације. Циљ плана је да се побољша имовинскоправни положај стечајног дужника а повериоци намире у целини или у одређеном проценту.

Реорганизација представља алтернативу стечају, а њој се може приступити кад су испуњени услови за отварање стечајног поступка[16]. Законодавац Србије под реорганизацијом подразумева „намирење поверилаца према усвојеном плану реорганизације и то редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним променама дужника или на други начин који је предвиђен планом реорганизације"[17]. Спроводи се ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, посебно ако постоје економско оправдани услови за наставак дужниковог пословања. У правној теорији се реорганизација дефинише и као стечај у ширем смислу, под којим се подразумева заједничко намирење поверилаца инсолвентних дужника у судском поступку, при чему се стечајни дужник преуређује, опстајући као правни субјект[18].

Као и стечај, и реорганизација има материјалноправно и процесноправно значење. У материјалном смислу, она се исцрпљује у плану реорганизације који представља нови уговор између стечајног дужника и поверилаца, чију минималну садржину и мере прописује законодавац. У процесном смислу, реорганизација се манифестује кроз законом уређени начин поступања стечајног судије, стечајног дужника и поверилаца, а ако је именован, и привременог стечајног управника.

Поступак реорганизације у стечајном праву Србије у крајњем случају представља посебну врсту грађанског судског ванпарничног поступка. Спроводи се у законом предвиђеном судском поступку, од стране

[16] Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд 2013, 551.
[17] Закон о стечају, чл. 1. став 4.
[18] Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (уредници), (2006), 143.

овлашћених субјеката, под законом утврђеним условима, предузимањем законом предвиђених радњи у законом предвиђеним роковима. Основни извор права за спровођење и стечајног поступка реорганизацијом је Закон о стечају, уз супсидијарну примену Закона о парничном поступку.

Законодавац Србије је успоставио претпоставке за спровођење поступка реорганизације. Она се може спровести под два законом предвиђена услова: 1) ако се њеним спровођењем обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на поступак банкротства, и 2) посебно ако постоје економско оправдани услови за наставак дужниковог пословања[19]. Спровођење поступка реорганизације одвија се у више фаза: подношење, усвајање, потврђивање и спровођење плана реорганизације, као и надзор и контрола над спровођењем плана реорганизације.

Сврха реорганизације је шира, функционалнија, флексибилнија и ефективнија у односу на некадашњи правни институт принудног поравнања, још више у односу на банкротство. Пре свега се огледа у прихватљивости и корисности за стечајног дужника, јер се успешним спровођењем плана реорганизације елиминише постојање стечајног услова. Такође, њена сврха се огледа и у постојању интереса на страни поверилаца, јер они у овом поступку намирују своја потраживања у већем проценту него што би то био случај у поступку банкротства. И запослени код стечајног дужника имају интереса за спровођење плана реорганизације, јер на тај начин остају на својим радним местима - сви, већи или мањи број њих. Сврсисходност и корисност за друштвену заједницу за спровођење реорганизације огледа се у очувању субјективитета стечајног дужника, чиме она има једног привредног субјекта више, а тиме и пореског обвезника. У крајњем случају, не треба пренебрегнути корисност реорганизације и за власнике стечајног дужника, јер се успешним спровођењем плана реорганизације штите њихови улози у основном капиталу стечајног дужника[20].

Законодавац Србије познаје две врсте реорганизације: план реорганизације (тзв. обична реорганизација) и унапред припремљени план реорганизације – УППР (*pre pack*). У правној теорији за ове две врсте реорганизације употребљавају се различити називи[21]. Реч је о два формална поступка реорганизације.

---

[19] Закон о стечају, чл. 155. став 1.

[20] Детаљније видети: Љубиша Дабић, „Реорганизација стечајног дужника – План реорганизације“, *Правни живот*, бр. 11/2006, 80.

[21] Ти називи су: класичан план реорганизације и УППР; редовна реорганизација и УППР; обичан план реорганизације и УППР, редовна стечајна реорганизација и УППР итд.

3. ГРАЂАНСКИ И ТРГОВАЧКИ СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК

Наука стечајног права традиционално разликује грађански (цивилни) и трговачки (привредни) стечај, а разликовање врши према субјективном критеријуму „ко може да буде стављен под стечајни поступак“[22].

Грађански стечај - Код грађанског стечаја субјект стечајног поступка је физичко лице са статусом трговца, негде и са статусом занатлије (мали трговац) и пољопривредника[23]. У историјском контексту, у Србији је још 1861. донет Закон о стецишном поступку, којим је био регулисан и грађански стечај. Такође, грађански (цивилни) стечај је био прихваћен и у Стечајном закону Краљевине Југославије (1929).

Грађански стечај је традиционална концепција универзалног или општег стечаја, јер обухвата сва лица, како грађанскоправне, тако и привредноправне субјекте, односно сва физичка и правна лица. Ова концепција се развила у германском и англосаксонском законодавству и науци стечајног права, а заснива се на ултимативној обавези сваког лица да мора да извршава све своје имовинске обавезе. Међутим, стечајно законодавство прави више различитих ограничења и одступања (апсолутно и релативно изузеће) од правила да сва лица могу да буду стављена под стечај[24].

Трговачки стечај - Код трговачког стечаја субјекти су увек привредни субјекти (трговци). Реч је о правним и физичким лицима која се професионално у виду занимања баве неком привредном делатношћу, тј. то су сва лица са статусом трговца (привредног субјекта). Међутим, и код ове врсте стечаја законодавац уноси различита ограничења и одступања, у виду апсолутног или релативног изузећа. Тако, у континенталном праву су изузета од стечаја физичка лица са статусом трговца, због њихове ограничене платежне способности за своје обавезе према повериоцима. Према њиховој имовини спроводи се принудно извршење по правилим извршног поступка.

Концепција трговачког (привредног) стечаја развила се у француском (романском) стечајном праву. Она је била прихваћена и у послератном југословенском стечајном праву, почев од његове обнове у Закону о принудном поравнању и стечају (1965)[25]. По француској концепцији

---

[22] М. Велимировић, (2004), 9.

[23] Мирко Васиљевић, *Привредна друштва – домаће и упоредно право*, Београд 1999, 570.

[24] М. Велимировић, (2004), 9-10.

[25] *Ibid*.

трговачког стечаја, стечај је применљив и на физичка на и правна лица, али само са својством привредног субјекта[26].

Везано за питање која концепција је заступљена у стечајном законодавству Србије, може се рећи да је још у првој одредби Закона о стечају, у оквиру регулисања предмета закона, садржано законско решење да се поменутим законом „уређују услови и начин покретања и спровођења стечаја над правним лицима“[27]. Из наведеног недвосмислено произлази да је реч о корпоративном стечају, и да се из ове врсте поступка искључују сва физичка лица, независно од чињенице да ли су у статусу грађана или привредних субјеката. Међутим, и из целокупног духа закона недвосмислено произлази да је законодавац Србије на концепцији трговачког стечаја, а да је из ње искључио физичка лица у својству индивидуалног предузетника. Такође, у стечајном праву Србије су законом именовани јавноправни субјекти над којима се не примењује Закон о стечају (тзв. апсолутно изузеће), па тиме и не спроводи стечајни поступак[28]. За обавезе тих субјеката солидарно одговарају њихови оснивачи, односно власници (чланови друштва или акционари).

Напред интерпретирана законска одредба о апсолутним изузецима намеће још једно питање: да ли се над свим другим правним лицима, осим оних која су искључена законом, може спроводити поступак стечаја? Иако се може генерално констатовати да ће се стечајни поступак у Србији спроводити над правним лицима са статусом привредног субјекта, а не и над правним лицима која обављају неку непривредну делатност, од овог правила позитивно законодавство је направио одређене изузетке и изазвало одређене дилеме у правној теорији.

На основу одредаба Закона о удружењима, остављена је могућност спровођења стечаја према удружењима[29]. У одељку о „престанку удружења“ законодавац је уредио питање „услова и начина брисања удружења из Регистра“ и питање „стечаја удружења“. И на основу одредба Закон о спорту

---

[26] Вук Радовић, *Индивидуални стечај – Стечај над имовином физичког лица*, Београд 2006, 13.

[27] Закон о стечају, чл. 1. став 1.

[28] Стечајни поступак се не спроводи према: Републици Србији; јединицама територијалне аутономије и локалне самоуправе; фондовима или организацијама обавезног пензијског, инвалидског, социјалног и здравственог осигурања; правним лицима чије је оснивач Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, а која се искључиво или претежно финансирају кроз уступљене јавне приходе или из републичког буџета односно буџета аутономне покрајине или буџета јединице локалне самоуправе; Народној банци Србије, Централном регистру, депоу и клирингу хартија од вредности; јавним агенцијама. Закон о стечају, чл. 14.

[29] Закон о удружењима, „Сл. гласник РС“, бр. 51/2009, 99/2011-други закони, чл. 49. ст. 2. тач. 7.

допуштен је „престанак спортских удружења стечајем“ и регулисана су напред поменута два питања[30]. Изгледа да су законодавцу за креирање овог законског решења као узор послужиле одговарајуће одредбе из Закона о удружењима, па ћемо у наставку анализирати само одредбе из Закона о удружењима. У контексту првог питања, законодавац предвиђа да је један од услова за брисање удружења из регистра „стечај“. Међутим, он је то незграпно и неконзистентно формулисао у закону[31]. У оквиру другог питања, законодавац је предвидео минимум одредаба о стечају предметног правноорганизационог облика као недобитне организације[32]. Наиме, над удружењем које је трајније неспособно за плаћање спроводи се поступак стечаја сходном применом одредаба Закона о стечају и пореских закона којима се уређује третман обвезника у стечају. Регистратор брише удружење из Регистра на основу правоснажне одлуке о закључењу стечајног поступка. На упис у Регистар података који се односе на стечај удружења сходно се примењују одредбе Закона о стечају о упису у надлежни регистар одлука из стечајног поступка. Пријаву за упис наведених података Регистратору доставља стечајни управник.

У пословној пракси је постављено питање: да ли се удружење грађана као правно лице и као непрофитна организација може понудити на продају као правно лице? У оквиру одговора на питања, судска пракса је понудила следећи одговор: удружење грађана као правно лице и непрофитна организација може се у стечајном поступку понудити на продају као правно лице, уз образложење да је одредбом чл. 58. став 1. Закона о удружењима прописано да се над удружењем које је трајније неспособно за плаћање спроводи поступак стечаја сходном применом одредаба закона којим се регулише стечај и пореских закона којима се уређује третман обвезника у стечају, па како је један од Законом о стечају предвиђених начина уновчења имовине стечајног дужника и продаја стечајног дужника као правног лица то не постоје законске препреке да се та одредба примени и на непрофитну организацију[33].

У процесном смислу, стечајни дужник је странка у стечајном поступку, а у материјалноправном смислу он је лице над чијом имовином је отворен

[30] Закон о спорту, „Сл. гласник РС“, бр. 10/2016, чл. 86. ст. 1. тач. 9.

[31] Произашло је, редакацијски, да се „брисање из Регистра врши само ако: 7) стечајем“. Законодавац је требало да каже да се брисање из Регистра врши само ако: 7) „је спроведен поступак стечаја“.

[32] Закон о удружењима, чл. 58.

[33] Одговори на питања привредних судова, утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда 12. 11. 2013. и 14. 11. 2013. и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 6. 11. 2013. године.

поступак банкротства. У највећем броју земаља континенталног права, укључујући и земље у окружењу, усвојен је тзв. трговачки стечај. Овај концепт претпоставља да стечајни дужник може бити привредни субјект: привредно друштво, банка или друга финансијска организација, друштво за осигурање, задруга. Законодавац Србије прави одступање од изнетог принципа, јер утврђује посебна правила о стечају за поједине привредне субјекте – пословне банке и осигуравајућа друштва. Поједина законодавства ближе одређују стечајног дужника, нпр. какав је случај са црногорским законодавцем[34]. У Закону о стечају Србије полази се од стечајног дужника као странке у стечајном поступку, али се нигде не дефинише ко се све може појавити у том својству, нити се наводи примера ради неки од тих субјеката. С друге стране, законодавац под стечајним дужником подводи само правна лица. Тиме, како је примећено у литератури, законодавац ствара дилему у погледу природе стечаја који регулише, јер с једне стране, он полази од трговачког стечаја, а с друге стране, из законске одредбе произлази да се стечај може спроводити по одредбама Закона о стечају над свим правним лицима, која имају и која немају својства привредног субјекта[35].

4. ИНДИВИДУАЛНИ И КОРПОРАТИВНИ СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК

Према критеријуму које је врсте субјект над чијом се имовином спроводи стечајни поступак, он се може поделити на индивидуални и корпоративни стечајни поступак. Први се спроводи над имовином физичких лица, а други над правним лицима. Између ове две врсте стечаја постоје „нераскидиве везе, бројна идентична правила и мноштво заједничких института“[36], али су суштински две различите врсте стечајног поступка. Док се ове две врсте стечаја у процесном смислу разликују само у појединачним решењима, доте су њихове разлике са становишта материјалног права радикалне и опште.

Индивидуални стечај (лични стечај) – Ова врста стечаја се појављује у законодавству, правној теорији и пракси под различитим називима: индивидуални стечај (*individual bankruptcy*), грађански стечај, лични стечај (*personal bankruptcy*), стечај над имовином физичког лица, лични банкрот, потрошачки стечај (*consumer bankruptcy*). Иза ових

[34] У Црној Гори под стечајним дужником сматрају се: 1) правна лица; 2) привредна друштва која немају својство правног лица; 3) предузетници. Закон о стечају „Сл. лист ЦГ“, бр. 1/2011. и 53/2016, чл. 11. став 1.

[35] Упореди: Драгиша Слијепчевић, „Стечај због дуготрајне неспособности за плаћање“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2010, 225-228.

[36] В. Радовић, (2006), 17.

различитих назива у страним законодавствима су садржани различити облици за индивудуални стечај. Њихове међусобне разлике могу бити тако велике да правни системи нуде различите одговоре на централна питања у вези са поступком стечаја над имовином физичког лица. Реч је о мултидисциплинарном правном институту, који у себи прожима више димензија: правну, економску и социолошку. У себи садржи одређене противуречности, јер истовремено указује на финансијску инсолвентност физичког лица, али и на његов нови финансијски почетак. Реч је о противуречним циљевима које се желе остварити његовим спровођењем у пракси.

У теорији се даје дефиниција за индивидуални стечај која садржи најзначајније карактеристике стечајног поступка над имовином физичког лица, а из ње произлази више посебности које ову врсту стечаја разликује од других врста. „Индивидуални стечај је подграна стечајног права (врста стечаја), која проучава и уређује све имовинскоправне односе између инсолвентног физичког лица (стечајног дужника) и његових поверилаца, као и поступак којим се физичком лицу обезбеђује нови финансијски почетак, уз намирење необезбеђених поверилаца по принципима колективности, равноправности, правичности и принудности, преко повереника, под надзором стечајног суда“[37].

Полазећи од упоредног права, основни материјално-правни услов за отварање поступка индивидуалног стечаја је постојање инсолвентности на страни стечајног дужника – да је испуњен неки од законом прописаних стечајних разлога. У формално-правне услове спадају: подношење предлога за отварање индивидуалног стечајног поступка од стране овлашћеног предлагача и у законом предвиђеној форми; постојање стечајне способности, тј. да постоји физичко лице над чијом се имовином може покренути стечајни поступак; и непостојање неке од стечајних препрека, нпр. незнатност неизузете имовине стечајног дужника, постојање само једног повериоца и др. Овај поступак води посебан, специјализован орган, стечајни суд. У њему учествују, у својству органа, посебно обучена стручна и квалификована лица – повереници, нека врста стечајних управника, све у зависности од правног система и заступљености модела за ову врсту стечајног поступка. Поступак индивидуалног стечаја почива на два начела, и то: начело новог финансијског почетка за инсолвентно физичко лице и начело колективног, равноправног, правичног и принудног намирења необезбеђених поверилаца.

Поступак индивидуалног стечаја спроводи се над имовином инсолвентних физичких лица. Ова лица могу се појавити, с једне стране, у својству предузетника која обављају неку привредну делатност у циљу

[37] *Ibid*.

стицања прихода (добити), и с друге стране, у својству потрошача. Једи аутори су става да су обе подврсте индивидуалног стечаја заступљене у већини држава у свету, тиме и у Европи[38], а други да лични стечај ни данас није прихваћен у значајном броју држава или није прихваћен генерално[39].

У историјском контексту, на примеру Велике Британије, све до 1861. године, стечајно право је третирано као део права трговаца. Због таквог приступа, у својству стечајног дужника могао се појавити само индивидуални трговац. Полазило се од устаљеног веровања да су само трговци способни да доспеју у инсолвентно стање, а да за то стање нису криви - тзв. случајни губици. Тек од наведене године, сва физичка лица (индивидуални трговци и физичка лица у својству потрошача) подведена су под исти правни режим, под генусни појом „дужник“[40]. Дотадашња привилегија за трговце о ограниченој одговорности кроз поступак стечаја протегла се и на физичка лица у својству потрошача. У савременим условима, поједини аутори су става да су европски законодавци дуго били против увођења правне могућности стечајног поступка над имовином физичког лица у својству потрошача, руководећи се поштовањем правила *pacta sunt sevanda*. Ипак, под утицајем развоја банкарских послова (нпр. повечани број потрошачких кредита, кредитне картице) и пораста броја инсолвентних грађана потрошача, поједине државе су, крајем 80-тих и почетком 90-тих година XX века, прибегле регулисању првих облика стечајног поступка над имовином потрошача, нпр. Данска (1984), Француска (1989), Финска и Норвешка (1993), Шведска (1994), Аустрија (1995), Немачка (1999)[41]. На нивоу Европске уније постоји Препорука Комитета министара (2007)[42], којом су за државе чланице регулисана и питања неопходна за олакшање санације презадужених физичких лица и породица и њихову реинтеграцију у друштвену заједницу. Почетком 2014. Комисија ЕУ је донела Препоруку о новом приступу стечају и инсолвентности[43], којом је предвидела примену принципа пружања „друге шансе“ савесним

[38] Душица Палачковић, „Лични стечај – циљеви и неопходни инструменти у регулисању“, *Право и привреда*, Београд, бр. 7-9/2015, 298.

[39] Dejan Bodul, „Osobni stečaj: globalni trend i hrvatska perspektiva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka*, br. 1/2011, 353.

[40] V. Radović, (2006), 49.

[41] Jasnica Garašić, „Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5/2011, 1488.

[42] Recommendation CM/Rec (2007) of the Committee of Ministers to member states on legal solutions to debt problems, 20. June 2007, Council of Europe Publishing, dostupno na: https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2007)8E_et%20expose.pdf

[43] Commission Recommendation 2014/135/EU of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, Official Journal of the European Union, L 74/65, 65-70.

предузетницима, али и њихову примену у вези са другим стечајним поступцима, нпр. код поступка реорганизације дужника у својству физичких лица која не обављају привредну или професионалну делатност.

Сврха Препоруке (2014) била је да се обезбеде у већој мери савесни привредни субјекти (привредна друштва, предузетници и појединци у својству физичких лица), да кроз правовремено покретање поступка реструктурирања избегну стечај, да тиме повећају ефикасност намирења потраживања, да очувају права власника и запослених, као и унутрашњих тржишта у целини. Несметано функционисање унутрашњих тржишта доприноси смањењу трошкова процене ризика, повећању стопе наплате поверилаца и уклањању тешкоћа код реструктурирања прекограничних привредних друштава[44]. Покушај одговора на кључна питања у материји индивидуалног стечаја представља покретачку снагу савремених реформи националних држава у овој области. Та питања гласе: ко је субјект пасивне стечајне способности, који је обим имовине која остаје дужнику за његове личне потребе, која будућа имовина дужника је заштићена и ко одлучује о њој и на који начин[45]. И код индивидуалног стечаја реч је о поступку колективног (генералног) намирења његових поверилаца. Намирење се заснива на идеји солидарности поверилаца према дужнику, тј. у њиховом сношењу ризика због дужникове инсолвентности. Овакав начин намирења заснива се на изузимању одређене имовине стечајног дужника из поступка намирења поверилаца и његовог ослобађања од одговорности. Сви ови материјаноправни институти биће примењени у пракси једне земље на основу унапред прописаних процесних правила.

Основно правило индивидуалног стечаја је начело новог финансијског почетка за стечајног дужника, а његов основни циљ је да се физичком лицу пружи нова прилика за пословање.

Начелно се може правити разлика између два различита модела индивидуалног стечаја у погледу услова, циљева и начина спровођења његовог поступка, и то: англоамерички и европски. Разлике су значајне и бројне, а произлазе из теоријских приступа овим моделима[46].

Стечај у Србији је први пут уведен 1853. године, као саставни део Закона о судејском поступку у парницама грађанским[47]. Већ 1861. године, донет је Закон о стецишном поступку, са одређеним изменама и допунама (1864, 1876, 1900. и 1902.), који је важио на територији Србије и Јужне Србије све до успостављања Краљевине Југославије. У овом закону био је

[44] Душко Димитријевић, „Препорука Комисије о новом приступу стечају и несолвентности (2014/135/EU)“, *Европско законодавство*, Београд, бр. 55/2016, 225.

[45] D. Bodul, (2011), 354.

[46] Д. Палачковић, (2015), 303.

[47] О. Госпавић, (1937), 12.

примарно регулисан грађански стечај. Већи број његових одредаба тицао се физичких лица у својству потрошача. Касније, са успостављањем заједничке државе - Краљевине Југославије, извршена је кодификација стечајног права, доношењем Стечајног закона, Закона о принудном поравнању ван стечаја и њихов Уводни закон (1929). Ови закони су рађени по узору на аустријски Стечајни закон из 1914. године. И по овом законодавству, субјекти стечаја су могли бити физичка и правна лица. Нешто касније регулисање ове материје употпуњено је доношењем Закона о побијању правних дела изван стечаја (1931)[48]. После Другог светског рата, па све до данас, у стечајном праву Србије имовина физичког лица у својству потрошача није могла бити предмет стечаја.

У стечајном праву Србије је 2004. године донет Закон о стечајном поступку, у којем је било предвиђено да „стечајни дужник може бити правно лице и предузетник“[49]. У посебном делу овог закона регулисан је предузетник у својству стечајног дужника – лична управа дужника[50]. Таквим законским решењима Србија је увела у законодавство индивидуални стечај, јер је предвидела неколико одредаба којима на посебан, специфичан начин уводи у свој правни систем предузетника у својству стечајног дужника. У домаћој правној теорији ова законска концепција о стечају предузетника била је предмет оправдане критике[51]. Међутим, доношењем важећег Закона о стечају (2009) изостављене су одредбе о индивидуалном стечају, јер законодавац поново познаје само корпоративни стечај односно превасходно трговачки стечај над привредним субјектима са својством правног лица.

Корпоративни стечај – Ова врста стечаја спроводи се искључиво над имовином правних лица. Израз „корпоративни стечај“ треба везивати за инкорпорацију правног лица, јер се он примењује на стечај свих оних правних субјеката који то својство стичу уписом у одговарајући регистар[52]. За разлику од индивидуалног, корпоративни стечај почива на другим начелима, јер има за основни циљ да прикупи и уновчи имовину правног лица, која ће се расподелити повериоцима сразмерно висини њихових потраживања и стечајном исплатном реду, и да се стечајни дужник избрише из регистра.

[48] Детаљније видети: F. Goršić, (1934), 45-46. и 471-516. и О. Госпавић, (1937), 13-14.

[49] Закон о стечајном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 84/2004, чл. 33. став 1.

[50] Закон о стечајном поступку, чл. 140-144.

[51] Видети: В. Радовић, (2006), 77-78.

[52] В. Радовић, (2006), 17, фн. 2.

5. ДОБРОВОЉНИ И ПРИНУДНИ ПОСТУПАК СТЕЧАЈА

Упоредноправна теорија и законодавство познају две врсте стечајних поступака: 1) добровољни (вољни) и 2) принудни (невољни). Критеријум за ову поделу је ко покреће стечајни поступак, сам дужник или неко друго законом овлашћено лице (нпр. поверилац).

Доборовољни стечај (*voluntary bankruptcy*) - Код ове врсте поступка сам дужник покреће поступак стечаја, подношењем предлога који подразумева постојање стечајног разлога, без обавезе да доказује свој предлог другим чињеницама. Вољни стечај је чешћи код стечајних поступака над имовином физичких лица (предузетника, потрошача), у поређењу са вољним корпоративним стечајем (стечаја над имовином правног лица), који је у пракси по броју занемарљив[53].

Већина земаља у свом стечајном законодавству предвиђа могућност да стечајни дужник покрене поступак стечаја – правило диспозитивности: „може“ а „не мора“. У процесном смислу, стечајни дужник се појављује као активно легитимисано лице у стечајном поступку.

Принудни стечај - Код ове врсте стечајног поступка предлог за његово покретање подносе повериоци или друга законом овлашћена лица, а покреће се противно вољи дужника, из неког од законом предвиђених стечајних разлога. Највећи број земаља у свом стечајном законодавству предвиђа могућност за стечајне повериоце да покрену стечајни поступак противно вољи стечајног дужника. И овде важи правило диспозитивности: повериоци „могу“ а „не морају“. У процесном правном смислу, повериоци су активно легитимисана лица за покретање стечајног поступка, а стечајни дужник пасивно легитимисано лице.

Предлог повериоца за покретање стечајног поступка може се посматрати у материјалном и процесном смислу. У првом случају подразумева услове које поверилац мора да испуни како би његов предлог био уредан и допуштен, а они се тичу: броја поверилаца, самог потраживања и доказа о испуњености услова за отварање стечаја. У процесном смислу предлог подразумева орган коме се подноси, какве је садржине, његова минимална обавезна садржина, спајање поднетих предлога више поверилаца, накнадно приступање предлогу и др.[54]. Законско уређење ових питања у стечајном законодавству једне земље од значаја је за правну сигурност поверилаца, али и за само стечајног дужника.

---

[53] Вук Радовић, „Предлог дужника за покретање стечајног поступка (добровољни стечај)“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004, 693.

[54] Детаљније видети: Вук Радовић, „Предлог поверилаца за покретање стечајног поступка (невољни стечај)“, *Право и привреда*, бр. 9-12/2002.

6. ОПШТИ И ПОСЕБНИ СТЕЧАЈНИ ПОСТУПЦИ

Полазећи од критеријума степена општости примене њихових правила, сви стечајни поступци могу се поделити на општи стечајни поступак и посебне (партикуларне) стечајне поступке[55].

Општи стечајни поступак у стечајном праву Србије уређен је Законом о стечају, због чега је универзалне природе, јер се његова правна правила примењују на све субјекте над којима се може споводити стечајни поступак, под условом да посебним законом нису предвиђена посебна правила за неку посебну врсту стечајног дужника.

Посебни стечајни поступци представљају скуп изузетака од општег стечајног поступка[56]. По правилу, они нису свеобухватно уређени, због чега се у њиховом спровођењу примењују супсидијарно правна правила за општи стечајни поступак. Поједине врсте посебног стечајног поступка уређене су посебним одредбама у оквиру општег закона о стечају, а друге су уређене посебним законима.

У претходно важећем Закону о стечајном поступку Србије (2004) био је регулисан посебан стечајни поступак - стечај мале вредности[57]. Критеријум за његово успостављање и спровођење је вредност имовине стечајног дужника. Спроводио се кад је књиговодствена вредност имовине стечајног дужника била мања од 5.000.000 динара, а искључиво је стечајни судија (не и стечајно веће) био надлежан за спровођење поступка и доношење одлуке. У овом поступку није се образовао одбор поверилаца. Сада важећи Закон о стечају (2009) не познаје стечај мале вредности као посебну врсту стечајног поступка. Међутим, значајно је поменути да је по доношењу Закона о стечају, као посебан поступак био у примени тзв. аутоматски стечај[58], који је регулисао престанак правних лица чији су пословни рачуни били у дуготрајној блокади. Блокада пословног рачуна у периоду дужем од годину дана доводила је до испуњења стечајног разлога – дуготрајне неспособности за плаћање. Специфичност овог поступка огледала се у томе да је суд, по пријему обавештења Народне банке Србије о непрекидној блокади пословног рачуна правног лица у периоду дужем од

---

[55] Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (уредници), (2006), 360.

[56] *Ibid*.

[57] Закон о стечајном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 84/2004 и 85/2005 – др. закон, чл. 145.

[58] О тзв. аутоматском стечају видети: Бранко Радуловић, „Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице“, *Економска политика Србије у 2014: Могућности привредног раста у условима реформи и фискалне консолидације*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 130-132.

годину дана[59], по службеној дужности доносио решење о покретању претходног стечајног поступка према том правном лицу и позивао повериоце и само правно лице као стечајног дужника да у року од 60 дана предујме трошкове стечајног поступка. Уколико по истеку предвиђеног рока трошкови нису уплаћени, суд је доносио решење којим отвара стечајни поступак услед трајне неспособности плаћања стечајног дужника и истим решењем, истовремено закључује стечајни поступак. По закључењу стечајног поступка имовина стечајног дужника прелазила је у својину Републике Србије, без преузимања дужникових обавеза, чиме је, на одредјени начин, вршена „конфискација“[60] имовине стечајног дужника у корист државе. Медјутим, претежно из наведог разлога су, током 2012. године, предметне законске одредбе проглашене неуставним[61].

У праву Србије постоји више врста посебних стечајних поступака који су регулисани посебним прописима, нпр. стечај банака, стечај осигуравајућих друштава, стечај берзи, стечај брокерско-дилерских друштава[62].

7. НАЦИОНАЛНИ (УНУТРАШЊИ) И МЕЂУНАРОДНИ СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК

Према критеријуму (не)постојања елемента иностраности, стечајни поступак можемо поделити на национални и међународни. Постојање елемента иностраности у стечајном поступку изазива значајне разлике између националног и међународног стечаја. У условима постојања елемента

[59] У време доношења Закона о стечају (2009), одредбом чл. 208 било је прописано да ће од почетка примене овог закона до 31. децембра 2010. године за примену тзв. аутоматског стечаја бити меродавна обустава плаћања у непрекидном трајању од 3 године, потом од јануара 2010. године до 31. децембра 2011. године у трајању од 2 године, да би тек након 31. децембра била у потпуности примењивана одредба из чл. 150 став 1. наведеног Закона, потреби постојања обуставе плаћања у непрекидном трајању од годину дана, као довољном разлогу за покретање овог поступка.

[60] Више о стечајној „конфискацији” видети: Небојша Јовановић, „Стечајна национализација (конфискација) у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2010, 130-149.

[61] Одлука Уставног суда Србије, број ИУз-850/2010, која је објављена у „Сл. гласнику РС“, бр. 71/2012. и Драгиша Слијепчевић, „Стечај због дуготрајне неспособности за плаћања“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2010, 222-242.

[62] Детаљније о овим поступцима видети: Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (уредници), (2006), 369-382.

иностраности у стечајном поступку морају се применити посебна правила, тј. правила међународног приватног права.

Национални стечај подразумева стечајног дужника чија се целокупна имовина налази на територији једне државе (нпр. Републике Србије), или су сви повериоци из једне државе, односно када је стечајни дужник по свим основима повезан само са својом матичном државом. Дакле, увек када постоји одсуство елемента иностраности у стечају реч је о унутрашњем стечају. На ову врсту стечајног поступка примењује се доминантно домаћи извори права, доминантно Закон о стечају.

Посебну врсту стечаја представља **међународни стечај (стечај са елементом иностраности)**, под који се подводи сваки привредни субјект над којим је отворен поступак стечаја, а који има имовину у две или више држава или када су његови повериоци из две или више држава, као и када је на неки други начин повезан са две или више држава. Стечајни поступак са елементом иностраности различито је уређен од државе до државе. На ову врсту поступка примењују се домаћи и међународни извори права. Од домаћих су најзначајнији Закон о стечају и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља[63], а од међународних од значаја су следећи: UNCITRAL-ов модел закон о прекограничној инсолвентности (*Model law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission International Trade Law*)[64]; Европска конвенција о одређеним међународним аспектима стечаја (*European Convention on certain international aspects of bankruptcy*)[65]; Правило Савета 1346/2000/ЕЗ о стечајним поступцима (*Council Regulation 1346/2000/EC on insolvency proceedings*)[66] и др.

У историјском контексту и у савременим условима, теоретичари међународног стечајног права су подељени у две супротстављене концепције: присталице принципа универзалности (либерална стечајна концепција) и присталице принципа територијалности (конзервативна стечајна концепција). Наспрам традиционалног принципа територијалности, у савременим условима све више право грађанства добија принцип универзалности, који подразумева систем међународног стечаја у коме суд само једне државе – државе домаћина стечајног поступка, има искључиву

[63] Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 43/1982, 72/1982 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 46/1996 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/2006.

[64] General Assembly Resolution 52/158 of Decembre 15, 1997 – Model law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission International Trade Law.

[65] European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy Istanbul, 5.VI.1990. Council of Europe, European Treaty Series - No. 136.

[66] Council Regulation 1346/2000/ EC of 29 May 2000 on insolvency proceedings, Official Journal of the European Communities, L 160/1.

међународну надлежност за спровођење стечајног поступка над имовином стечајног дужника. Значи, надлежни национални суд у стечајном поступку одлучује о целокупној имовини стечајног дужника, независно од чињенице на територији чије државе се она налази, као и о свим потраживањима поверилаца, без обзира на то које су они националне припадности[67]. Основно правило које се примењује у оквиру ове концепције јесте *lex fori concursus*, тј. право земље у којој је покренут стечајни поступак. Основна карактеристика принципа универзалности се огледа у његовој једноставности спровођења, јер се поступа на сличан начин као код спровођења националног стечаја. По теорији чисте универзалности, постоји јединство између стечајног дужника, његове целокупне имовине, искључиве надлежности домаћег суда и примене домаћег права као меродавног. Због недостатака који произлазе и принципа чисте универзалности у теорији су се развиле различите модификације овог принципа, који се комбинује са принципим територијалности (мешовита стечајна концепција). Како се запажа у правној теорији, на почетку XXI века, у међународном стечајном праву, принцип чисте универзалности се не може сматрати преовлађујућом опцијом у теорији, међународној легислативи и унутрашњем законодавстви[68]. Већина новонасталих теорија полази од принципа универзалности као циљаног принципа, с тим да га коригује на одређеним питањима међународног стечаја применом принципа територијалности. То се односи и на наше законодавству везано за међународни стечај.

Прихваћена мешовита стечајна концепција у савременом међународном стечајном праву од већег броја земаља показује њихову спремност на прављење компромиса и одговарајућег баланса између „чистог“ територијалног и универзалног принципа, тј. између „либерализације ове материје и заштите имовине и дужника, који имају седиште или пребивалиште на домаћој територији, као и домаћих поверилаца“[69].

Регулисање међународног стечаја добија на значају у пословној пракси на крају XX и на почетку XXI века, јер је све више случајева кад се покреће поступак стечаја према великим компанијама које су повезане са више земаља. Тада се отвара већи број питања на која одговоре морају да дају надлежни судови и други надлежни државни органи. Та питања тичу се: покретања стечајног поступка, уновчавања имовине стечајног дужника,

[67] Вук Радовић, „Принцип чисте универзалности у међународном стечају“, у *Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2013, 262.

[68] *Ibid*, 277.

[69] G. Ilić-Popov, N. Jovanović, J. Jovanović (urednici), (2006), 390.

формирања стечајне масе, учешћа страних субјеката у домаћем стечајном поступку, намиривања потраживања страних поверилаца и др.[70].

У праву Србије ова врста стечаја уређена је под називом „међународни стечај“,[71] у посебном дванаестом поглављу[72]. Примена овог поглавља не представља сметњу за примену одредби других одговарајућих закона. Уређен је по узору на UNCITRAL-ов модел закон о прекограничној инсолвентности.

Међународни стечај се спроводи ради обезбеђивања сарадње између домаћих судова и других надлежних органа и стране државе која учествује у стечајном поступку, остваривања веће правне сигурности у међународној трговини и инвестирању, заштите интереса поверилаца, као и очувања и увећања вредности имовине стечајног дужника.

На међународни стечајни поступак и његова дејства примењује се право државе у којој је стечајни поступак покренут, осим ако Законом о стечају није другачије уређено[73]. Добро је што је „стечајни“ законодавац Србије предвидео правила међународног приватног права за међународни стечај, имајући у виду да њен закон о међународном приватном праву не садржи изричита правила о одређивању меродавног права у материји стечаја, као ни правила за одређивање надлежности судова у стечајном поступку са елементом иностраности.

8. ГЛАВНИ (ОПШТИ, УНІВЕРЗАЛНИ) И ПОСЕБНИ (СПОРЕДНИ, ПАРТИКУЛАРНИ, СЕКУНДАРНИ) СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК

Пре упуштања у разматрање ових посебних врста стечајних поступака треба нагласити да се у литератури, националном законодавству и међународним изворима права употребљавају различити термини за предметне врсте стечајних поступака. Различита употреба терминологије за ове стечајне поступке намеће потребу њиховог претходног појмовног одређења односно дефинисања. Такође, треба уочити да се ове врсте стечајних поступака појављују и изучавају у оквирима међународног стечајног права односно међународног стечаја.

---

[70] Владимир Чоловић, „Међународни стечај у домаћем и међународном праву“, *Страни правни живот*, бр. 1-3/2002, 96.

[71] Закон о стечају, чл. 174-203.

[72] Израда овог поглавља закона ослањала се на упутства и препоруке садржаним у „Упутству за имплементацију UNCITRAL модел закона о стечају са елементом иностраности које је донела Генерална скупштина УН“, 2004.

[73] Закон о стечају, чл. 175. став 1.

Полазећи од међународног стечајног права, у историјском и теоријском контексту, стечај можемо поделити на општи и посебни. Код првог се у стечајном поступку обухвата целокупна имовина стечајног дужника, а код другог само један део његове имовине, нпр. кад стечајни дужник има непокретну имовину у иностранству[74].

У правној теорији се под **главним стечајним поступком** подразумева онај поступак који је отворен на основу примарне надлежности, нпр. средишта пословних активности стечајног дужника, центра главних интереса дужника, пребивалишта односно седишта дужника, а који као такав по правилу има претензије да обухвати целокупну имовину стечајног дужника у земљи и иностранству. Супротно, под **посебним стечајним поступком** подразумева се онај поступак који је отворен на основу неке субсидијарне надлежности, нпр. филијале (огранка, подружнице) или пак само дужникове имовине у земљи, а који као такав тежи да обухвати само дужникову имовину у држави отварања тог поступка, дакле само дужникову имовину у земљи[75].

У правној теорији се прави разлика између две врсте посебних поступака: партикуларни и секундарни. Под **партикуларним стечајним поступком** подразумева се посебна врста стечајног поступка који не претпоставља отварање и признање главног стечајног поступка у иностранству и који је у потпуности независан од таквог поступка. Партикуларни стечајни поступак се може отворити и пре, и после отварања главног стечајног поступка у иностранству, уколико главни није признат у домаћој земљи. А под **секундарним стечајним поступком** подразумева се посебна врста стечајног поступка који претпоставља отварање и признање страног главног стечајног поступка и најмање је у том елементу зависан од њега. По правилу, ова врста поступка је подређена главном стечајном поступку и спроводи се на основу сарадње и координације надлежних субјеката та два поступка. Иначе, овај поступак могуће је отворити тек после признања главног стечајног поступка отвореног у иностранству[76]. Против једног стечајног дужника може се отворити више посебних стечајних поступака, и партикуларних и секундарних. Отварање партикуларног стечајног поступка у пракси је изузетак у поређењу са отварањем главног и секундарног стечајног поступка.

Традиционално су теоретичари међународног стечајног права подељени у две супротстављене концепције: присталице принципа универзалности и присталице принципа територијалности. Пракса држава у

[74] О. Госпавић, (1937), 10.

[75] Jasnica Garašić, „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 1/2012, 87.

[76] *Ibid.*

регулисању међународног стечаја готово увек је заснована на компромису између два наведена принципа. Према томе, теорија међународног стечаја се креће између две екстремене позиције, с тим да се све мањи број теоретичара залаже за примену неког од ова два чиста принципа. У настојању да избегну што више њихових негативних обележја, а да истовремено задрже што више од њихових предности, савремена схватања међународног стечаја за полазиште узимају прелазна решења. Такав начин промишљања изнедрио је теорије модификоване универзалности, секундарног стечаја, кооперативног територијализма, аутономије воље и др.[77].

У развоју савременог међународног стечајног права једно од централних питања је постепени прелаз са начела територијалности на начело универзалности у спровођењу поступка стечаја. У том контексту наметнуло се питање да ли унутрашњи законодавци треба да допусте, поред већ отвореног главног стечајног поступка, отварање и тзв. посебног стечајног поступка према стечајном дужнику. Позитиван одговор на ово питање најпре је дала наука, а нешто касније такав приступ продрео је и у законодавство појединих држава, као и у међународним актима и документима. Сматраће се да је остварено начело универзалности „и ако се као посљедица признања главног стечајног поступка отвара тзв. посебни стечајни поступак“[78].

У стечајном праву Србије је у XII поглављу Закона о стечају (2009) регулисан међународни стечај. Већ у изменама и допунама овог закона из 2014. године, законодавац је нашао за потребно да допуни одредбе о међународном стечају, доследним увођењем и спровођењем правила о тзв. средишту главних пословних активности (*center of main interests*) и обухватањем имовине главног стечајног поступка.

Изменама и допунама Закона о стечају (2014) доследно се уређује правило о средишту пословног интереса, сагласно решењима у UNCITRAL-овом модел закону о прекограничној инсолвентности и Правилу (Уредби) Европске уније о стечајним поступцима. На основу овог правила, искључиво је надлежан суд Србије за покретање, отварање и спровођење стечајног поступка према стечајном дужнику чије је средиште главних интереса на територији Србије (главни стечајни поступак). Значи, за страна правна лица која имају средиште главних пословних интереса у Србији биће надлежан суд у Србији. Исти суд је искључиво међународно надлежан и за све спорове који произлазе из стечајног поступка и који су блиско повезани са њим. Средиште главних интереса утврђује се према чињеницама које постоје у тренутку подношења предлога за покретање главног стечајног поступка. Такође, регу-

[77] Детаљније о овом питању видети: В. Радовић, (2013), 261-278.
[78] J. Garašić, (2012), 85.

лисан је и споредни стечајни поступак, у коме ће искључиво бити надлежан суд Србије, за случај да у Србији стечајни дужник има сталну пословну јединицу без својства правног лица у Србији. Законодавац је дефинисао и обухват имовине главног стечајног поступка, јер је утврдио да тај поступак обухвата „целокупну имовину стечајног дужника, без обзира да ли се налази у Републици Србији или у иностранству". У том случају, када се регистровано седиште стечајног дужника налази у иностранству, а седиште главног интереса на подручју Србије, за спровођење стечајног поступка искључиво је надлежан суд Србије[79].

9. РЕДОВНИ И СКРАЋЕНИ СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК

У теоријском и историјском контексту, стечајни поступак можемо поделити на редовни и скраћени. На пример, на основу Стечајног закона Краљевине Југославије (1929), редовни се спроводио над имовином стечајног дужника чија је вредност била преко тадашњих 100.000,00 динара, а скраћени чија је вредност имовине била 100.000,00 динара или мање.

* * *

Утврђивањем критеријума за класификацију стечајних поступака и сама њихова подела по одређеним критеријумима од великог су теоријског, педагошког и практичног значаја за области пословног права и економије. Овим усмереним истраживањем дошло се до карактеристика и особености појединих врста стечајних поступака, до њиховог разграничења од других правних института, као и до њихове различите правне природе.

Са становишта упоредног права, различите врсте стечајних поступака претпостављају или захтевају, у мањем или већем степену, примену различитих правних режима, који су засновани на посебним правним правилима. Та посебна правила предмет су регулисања у општем закону о стечају и/или у неком од посебних закона. Њихова примена треба да обезбеди принудно, колективно, равноправно и правично задовољење поверилаца и да створи могућност за оздрављење стечајног дужника, односно за нови економски почетакфизичког лица у својству инсолвентног дужника.

[79] Закон о изменама и допунама Закона о стечају („Сл. гласник РС", бр. 83/2014), чл. 174а и 174б.

Ljubiša DABIĆ, Ph.D.
Full Professor, Faculty of Economics, University of Belgrade

TYPES OF BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Summary

Bankruptcy proceedings in comparative law are classified based on different criteria. Their classification is the result of legal, economic doctrines, and in significant manner legislation as well. Establishing criteria for the classification of the bankruptcy proceedings and consideration of their specific types derived from these criteria are of great theoretical, pedagogical and practical significance.

Different types of bankruptcy proceedings assume or require the application of different legal regimes, which are based on specific legal solutions. Derived results that were obtained in the research of types of bankruptcy proceedings should be used for theoretical and applied purposes.

Key words: *types of bankruptcy proceedings, bankruptcy, reorganization*

ЛИТЕРАТУРА

Bodul D., *Osobni stečaj: globalni trend i hrvatska perspektiva*, u Zborniku Pravnog fakulteta Rijeka, br. 1/2011

Васиљевић М., *Компанијско право*, Београд 2013

Васиљевић М., *Привредна друштва – домаће и упоредно право*, Београд 1999

Велимировић М., *Стечајно право*, Нови Сад 2004

Garašić J., „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 1/2012

Garašić J., *Kako zakonski regulirati „osobni stečaj" u Hrvatskoj*, u Zborniku Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5/2011

Goršić Ф., *Komentar stečajnog zakona, Zakona o prinudnom poravnanju van stečaja, Zakona o uvođenju u život oba zakona, i Zakona o pobijanju pravnih dela izvan stečaja*, Beograd 1934

Госпавић О., *Стечајно право Краљевине Југославије*, Београд 1930

Дабић Љ., „Реорганизација стечајног дужника – План реорганизације", *Правни живот*, бр. 11/2006

Димитријевић Д., „Препорука Комисије о новом приступу стечају и несолвентности (2014/135/EU)", *Европско законодавство*, Београд, бр. 55/2016

Илић-Попов Г., Јовановић Н., Јовановић Ј. (уредници), *Приручник за стечајне управнике*, Београд 2006

Јовановић Н., „Стечајна национализација (конфискација) у Србији", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2010

Палачковић Д., „Лични стечај – циљеви и неопходни инструменти у регулисању", *Право и привреда*, Београд, бр. 7-9/2015

Радовић В., „Принцип чисте универзалности у међународном стечају", у *Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2013

Радовић В., *Индивидуални стечај – Стечај над имовином физичког лица*, Београд 2006

Радовић В., „Предлог дужника за покретање стечајног поступка (добровољни стечај)", *Право и привреда*, бр. 5-8/2004

Радовић В., „Предлог поверилаца за покретање стечајног поступка (невољни стечај)", *Право и привреда*, бр. 9-12/2002

Радуловић Б., „Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице", *Економска политика Србије у 2014: Могућности привредног раста у условима реформи и фискалне консолидације*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 2014

Радуловић, Б., „Унапред припремљени планови реорганизације у Републици Србији – Упоредно правна и емпиријска анализа", у зборнику

радова: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније*, Београд 2013

Слијепчевић Д., „Стечај због дуготрајне неспособности за плаћање“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2010

Станковић Г. – Петрушић Н., „Стечајни управник као субјект стечајног поступка“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004

Спариосу Т., *Теоријска и емпиријска анализа ефикасности стечајног процеса* (докторска дисетрација), Универзитет у Београду Економски факултет, Београд 2016

Тодоровић И., *Правне последице усвајања плана реорганизације* (докторска дисертација), Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2015

Чоловић В., „Међународни стечај у домаћем и међународном праву“, *Страни правни живот*, бр. 1-3/2002

УДК 347.962.6:347.736

Марко РАДОВИЋ*

ЗАШТИТА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Предмет пажње у раду усмерен је ка проучавању правних инструмената за заштиту права на суђење у разумном року кроз стечајни поступак. Посебан акценат стављен је на поступање судова поводом приговора за убрзање стечајног поступка. Полазну претпоставку у овом подухвату представља утврђивање критеријума путем којих би се могла, са извесном дозом правне сигурности, идентификовати повреда „разумног рока“ за трајање стечајног поступка. Отуда је било нужно нарочиту пажњу посветити поређењу праксе Европског суда за људска права са решењима заступљеним у српском законодавству, с посебним освртом на важећи Закон о заштити права на суђење у разумном року.

У посебном делу овог рада остварен је критички осврт на поједине ставове српских судова у поступцима поводом приговора поверилаца стечајног дужника за убрзање стечајног поступка. Тумачење правне природе ових поступака од стране судова, оцена доступности делотворних правних средстава у њима, као и доминантно заступљен негативни став о утврђивању права на накнаду трошкова стварно насталих поводом приговора за убрзање стечајног поступка, захтева детаљну анализу. Провери наведених ставова приступило се не само зарад скромног доприноса правној науци, већ претежно у апликативне сврхе.

Кључне речи: *суђење у разумном року, стечајни поступак, трошкови поступка*

1. УВОД

Значај питања заштите права на суђење у разумном року може се једноставно описати тврдњом да „спора правда представља изигравање правде“.[1] Логично се тиме, неподношљиво дуго трајање судског поступка,

* докторанд Правног факултета Универзитета у Београду markoradovic985@yahoo.com

[1] С. Царић, *Право на суђење у разумном року*, Београд, 2008, 3.

сматра супротстављеним идеалу правичности, праву једнаком за све. Зато и право на суђење у разумном року чини део лепезе права на правично суђење, гарантованих међународним изворима о заштити људских права.[2] По детаљности и квалитету решења о праву на правично суђење, а у оквиру њега и о праву на суђење у разумном року, посебно предњачи Европска конвенција за заштиту људских права, имајући у виду да су се она брусила кроз праксу Европског суда за људска права, установљеног управо овом конвенцијом.[3] Ратификовањем наведене конвенције, крајем 2003. године, право на суђење у разумном року постало је саставни део државно-правног поретка Републике Србије.[4] Међутим, све до доношења Устава Републике Србије из 2006. године,[5] као и доцнијег усвајања Закона о Уставном суду из 2007. године,[6] правни систем Србије није поседовао „делотворан правни лек" за заштиту права на суђење у разумном року.[7] Штавише, одсуство делотворног правног лека поводом заштите права на суђење у разумном року допринело је и да се у поменутом Закону о Уставном суду изричито предвиди могућност изјављивања уставне жалбе и у ситуацији када нису претходно исцрпљена сва правна средства.[8]

Још од момента увођења уставне жалбе као искључивог правног средства за заштиту права на суђење у разумном року, постојала је бојазан да ће се „тешко моћи остварити ефикасна правна заштита грађана по овом

---

[2] Универзална декларација о људским правима (1948), чл. 10; Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (1950) , чл. 6; Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1976), чл.14 ст. 1.

[3] У оквиру вишедеценијске праксе Европског суда за људска права, са седиштем у Стразбуру, као и истрајних доктринарних тумачења Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, под правом на правично суђење се, уз право на суђење у разумном року, обухвата: право на приступ суду, право на правну помоћ, право на равноправност странака у поступку, право на јавно суђење и суђење у складу са начелом контрадикторности, право на саслушање, право на доказивање својих навода, право на јавно објављивање пресуде, право на законом установљен суд, право на независно и непристрасно суђење, право на ефикасно извршење пресуде, забрану арбитрерности у поступању судова, као и право на правну сигурност.

[4] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори", бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – исправка и „Сл. гласник РС – Међународни уговори", бр. 12/2010.

[5] Устав Републике Србије „Сл. гласник РС", бр. 98/2006.

[6] Закон о Уставном суду „Сл. гласник РС", бр. 109/2007.

[7] Наведена чињеница је и констатована у пресуди Европског суда за људска права у предмету *В.А.М. против Србије* од 13. марта 2007. године, представка бр. 39177/2005 "Сл. гласник РС", бр. 53/2007. Детаљније: С. Лилић, „Да ли је уставна жалба ефикасан правни лек за суђење у разумном року?", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2007, 74.

[8] Закон о Уставном суду, чл. 82 ст. 2.

правном основу".[9] Таква предвиђања су се испоставила тачним, посебно због преоптерећености Уставног суда. Отуда се приступило усвајању нових решења, изменама и допунама Закона о уређењу судова у 2013. години (у оквиру три законска члана 8а, 8б и 8в),[10] путем којих је предвиђена могућност подношења захтева за заштиту права на суђење у разумном року редовном, непосредно вишем суду, у односу на суд у оквиру којег је повреда поменутог права настала. Уз наведени захтев било је могуће тражити и новчану накнаду због повреде права на суђење у разумном року, коју је одређивао суд у висини коју је сматрао примереном. На тај начин се настојала пренети надлежност о одлучивању поводом заштите права на суђење у разумном року са Уставног суда на редовне судове. Такође, намера је била и да се таквим поступцима знатно умањи број представки пред Европским судом за људска права.

С обзиром на деликатност питања заштите права на суђење у разумном року, недуго по доношењу поменутих измена Закона о уређењу судова, од стране законодавца је уочена потреба „детаљнијег и свеобухватнијег уређења овог питања".[11] С тим у вези донет је Закон о заштити права на суђење у разумном року.[12] Овим законом омогућена је заштита права на суђење у разумном року у сваком судском поступку, укључујући и извршни поступак. Имајући у виду да је стечајни поступак судски, то је, очигледно, овим законом омогућено остваривање описане заштите и због неподношљиво дугог трајања стечајног поступка. На тај начин је само надовезана пракса остваривања правне заштите права учесника стечајног поступка због „неразумно дугог трајања", раније признавана како у пракси Европског суда за људска права,[13] тако и одлукама Уставног суда

[9] С. Лилић (2007), 84.

[10] Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова "Сл. гласник РС", бр. 101/2013, чл. 2.

[11] Преузето из документа „Анализа ефеката Закона о заштити права на суђење у разумном року", http://www.rsjp.gov.rs/misljenja/978/ana/analiza%20efekata%20zakona%20o%20zastiti%20prava%20na%20sudjenje%20u%20razumnom%20roku.pdf, посећен 17. фебруара 2017. године.

[12] Закон о заштити права на суђење у разумном року "Сл. гласник РС", бр. 40/2015, ступио на снагу 1. јануара 2016. године.

[13] European Court of Human Rights, Judgment in Case of „*R. Kačapor and Others v. Serbia"*, nos. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 and 3046/06, from 15. January 2008., http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/ (сајт посећен: 18. јануара 2017. године); European Court of Human Rights, Judgment in Case of „*Crnišanin and Others v. Serbia*", nos. 35835/05, 43548/05, 43569/05 i 36986/06, from 13. January 2009., http://law.karарara.com/viewtopic.php?f=56&t=798; European Court of Human Rights, Judgment in Case of „*Nuhović and Kurtović v. Serbia*", no. 57252/13, from 24. February

Републике Србије.[14] Уз то, треба имати у виду да се и по доношењу Закона о заштити права на суђење у разумном року не искључује у потпуности надлежност Уставног суда за разматрање повреде тог права, па самим тим ни доступност остваривања правне заштите пред Европским судом за људска права. Наиме, уколико се у поступку по поменутом Закону исцрпи прописани правни лек (жалба), незадовољна страна може изјавити уставну жалбу Уставном суду, најкасније у року од 30 дана од пријема одлуке по жалби.[15] По доношењу одлуке о уставној жалби омогућено је и подношење представке Европском суду за људска права, а у изузетним случајевима таква могућност постоји и пре одлучивања Уставног суда о уставној жалби.[16]

Следствено наведеном, ради правилног тумачења критеријума за постојање повреде „разумног трајања“ стечајног поступка, као и поводом свих спорних питања везаних за остваривање заштите права на суђење у разумном року, нужно захтева не само узимање у обзир решења Закона о заштити права на суђење у разумном року, већ и њихово довођење у везу са праксом Уставног суда и Европског суда за људска права.

2. УЧЕСНИЦИ ПОСТУПКА ЗАШТИТЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Према решењима предвиђеним Законом о заштити права на суђење у разумном року, странка у судском поступку има право да иницира поступак заштите права на суђење у разумном року, подношењем приговора ради убрзања поступка.[17] Предмет пажње усмерен је управо ка законским

2015., http://www.zastupnik.gov.rs/uploads/cr/presude/, сајт посећен: 18. јануара 2017. године.

[14] Примера ради: Одлука Уставног суда РС, Уж-2008/2009 од 02. јуна 2011. године; Одлука Уставног суда РС, Уж-1712/2010 од 21. марта 2013. године; Одлука Уставног суда Уж-775/2009 од 19. априла 2012. године; Одлука Уставног суда Уж-1712/2010 од 21. марта 2013. године.

[15] Закон о Уставном суду „Сл. гласник РС“, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015, и 40/2015 – др. закон, чл. 82. и 84.

[16] Иако је у пракси Европског суда за људска права заузет правни став да се у поступцима заштите права на суђење у разумном року пред Уставним судом Републике Србије, нарочито у стечајним поступцима према друштвеним предузећима, уставна жалба сматра делотворним правним средством, ипак остаје дилема да ли ће се поступак по уставној жалби сматрати делотворним у поступцима где се захтева нарочита хитност, попут спорова из области породичног права. Ово нарочито из разлога што не постоји установљен објективан рок за окончање поступка пред Уставним судом Републике Србије.

[17] Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 7. ст. 1.

решењима поводом наведеног приговора за убрзање стечајног поступка. Поступање поводом захтева за правично задовољење, који се, такође, по позитивној регулативи прописује као доступно правно средство за правично задовољење, захтева детаљнију анализу. Отуда поступање поводом захтева за правично задовољење није проучавано у овом раду.

Имајући у виду да се стечајни поступак спроводи пред привредним судовима као стварно надлежним, то се поменути приговор подноси стварно и месно надлежном привредном суду. Међутим, уколико се у време иницирања поступка спорна одлука налази у поступку по жалби код другостепеног суда, па се управо жели заштити право на суђење у разумном року у оквиру другостепеног поступка, то је стварно надлежан за остваривање заштите наведеног права у првом степену, управо Привредни апелациони суд. Функционално надлежан за поступање је председник суда, који и одлучује о приговору. Првостепени суд мериторно одлучује о поднетом приговору за заштиту права на суђење у разумном року у форми решења.[18] Против решења о одбијању приговора за убрзање поступка као неоснованог, или у случају да председник суда о приговору не одлучи у року од два месеца од дана пријема приговора, може се изјавити жалба председнику непосредно вишег суда.[19]

С обзиром на специфичности стечајног поступка, посебно по питању органа који воде стечајни поступак, предузимању процесних радњи ради његовог спровођења, као и по питању лица која узимају учешће у стечајном поступку, поставља се питање ко све може бити овлашћено лице за подношење приговора за убрзање стечајног поступка. Овде превасходно треба имати у виду да се у органе стечајног поступка убрајају стечајни судија, скупштина поверилаца и одбор поверилаца. С друге стране, као учесници стечајног поступка легитимишу се повериоци стечајног дужника, који могу бити стечајни, разлучни, излучни и заложни, као и стечајни дужник. Отуда се поставља питање, који од ових органа а потом и учесника у стечајном поступку могу бити активно легитимисани за остваривање заштите због повреде права на суђење у разумном року. С обзиром да питање

[18] Сходно чл. 11 Закона о заштити права на суђење у разумном року, у решењу којим се приговор усваја и утврђује повреда права на суђење у разумном року председник суда указује судији или јавном тужиоцу на разлоге због којих је повређено право странке и налаже судији процесне радње које делотворно убрзавају поступак. Истим решењем председник суда одређује и рок у коме је судија дужан да предузме наложене процесне радње, а који не може бити краћи од 15 дана, нити дужи од четири месеца, и примерен рок у коме га судија извештава о предузетим радњама. У зависности од околности, а посебно ако је поступак хитан, председник суда може одредити првенство у одлучивању, затим одузети предмет судији и доделити га другом, ако је право странке повређено због преоптерећености или дужег одсуства судије

[19] Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 16.

активне легитимације указује на постојање материјалноправне везе између странке и предмета поступка, то се у овим оквирима ваља кретати и током расправе о овлашћеним лицима за подношење приговора.

На први поглед, сматра се очигледним да повериоци стечајног дужника могу изјавити приговор за убрзање стечајног поступка. Међутим, да би повериоци стечајног дужника могли бити активно стварно и процесно легитимисани за подношење приговора за убрзање поступка, они морају стећи „својство странке“[20] у стечајном поступку. Како повериоци својство странке стичу тек подношењем пријаве потраживања,[21] то се тек након момента подношења благовремене пријаве повериоци сматрају овлашћеним за учешће у поступку поводом поменутог приговора. То се свакако односи на све повериоце у стечајном поступку (стечајне, разлучне, заложне и излучне). С друге стране, престанком својства повериоца, активна легитимација престаје.

Поред поверилаца, и стечајни дужник има својство странке у стечајном поступку, које стиче након подношења предлога за покретање стечајног поступка.[22] Тако се овлашћеним за подношење приговора за убрзање стечајног поступка може легитимише и стечајни дужник. Због природе правног положаја стечајног дужника у поступку стечаја, објективно се може очекивати да ће његов правни интерес за подношење овог приговора бити изражен посебно у случајевима подношења унапред припремљеног плана реорганизације, потом плана реорганизације поднетог у току стечајног поступка, а евентуално и услед неподношљиво дугог поступања по жалби стечајног дужника на решење о отварању стечајног поступка или његовом обустављању. Ово из разлога што се у оквиру ових фаза стечајног поступка у улози заштитника права стечајног дужника могу јавити постојећи органи управе стечајног дужника. Како се у поступку банкротства као заступник интереса стечајног дужника јавља стечајни управник, то је нереално очекивати да ће он имати правни интерес за подношење приговора за убрзање стечајног поступка, иако је и такво чињење правно могуће.

Посебну дилему, макар са аспекта правне теорије, изазива питање легитимисаности других органа стечајног поступка за подношење приговора ради убрзања стечајног поступка. Овде се посебно има у виду легитимација поверилачких органа стечајног поступка, односно одбора поверилаца и скупштине поверилаца. Ове се недоумице посебно продубљују по анализи надлежности одбора поверилаца у стечајном поступку. Наиме, његова функција, као зборног органа, је превасходно заштитна, у оквиру које он

[20] Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 2. ст. 1.

[21] Закон о стечају „Сл. гласник РС“, бр. 104/99, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014, чл. 5.1 ст. 2.

[22] Закон о стечају, чл. 51. ст. 1.

штити интересе поверилаца у стечајном поступку.[23] Сличну функцију врши и скупштина поверилаца, као највиши зборни орган поверилаца. У том смислу би се окончање стечајног поступка у разумном року свакако могло сматрати еквивалентним са основним функцијама деловања одбора поверилаца и скупштине поверилаца. Међутим, уколико се њихово правно својство „органа“ стечајног поступка доведе у везу са позитивним законским одређењем Закона о заштити права на суђење у разумном року, према којем подносиоци приговора могу бити само „странке“ у поступку, то се не може прихватити активна легитимација одбора поверилаца и скупштине поверилаца у поступку по приговору за убрзање стечајног поступка. Тим пре што они немају својство странке у стечајном поступку.

3. ОСНОВНЕ ОДЛИКЕ ПОСТУПКА ПО ПРИГОВОРУ ЗА УБРЗАЊЕ СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА

Анализом одредаба Закона о заштити права на суђење у разумном року, може се првенствено закључити да је поступак поводом остваривања заштите права на суђење у разумном року, једностраначки судски поступак. Приговор за убрзање поступка подноси се председнику суда. По пријему приговора председник суда испитује уредност приговора, односно да ли он садржи законом прописане обавезне елементе.[24] Уколико сматра да поднети приговор не садржи све обавезне елементе, председник суда решењем одбацује приговор. Оно што свакако буди посебну пажњу правничке јавности јесте законски приступ да против решења о одбацивању приговора није дозвољена жалба.[25] Описано законско одређење подложно је критици. Присутно је, наиме, становиште да се оваквом регулативом, подносиоцу, као потенцијалном имаоцу права на убрзање стечајног поступка, ускраћује право на жалбу, као Уставом Републике Србије гарантованим правом на правно средство. Посебно је поменута дилема изражена у ситуацији када се као подносилац приговора за убрзање поступка појави поверилац стечајног дужника, као правно неука странка. У таквој ситуацији, не постоји обавеза суда да правно неуку странку поучи о праву и позове је да у судском року

[23] Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), *Приручник за лиценцирање стечајних управника*, Интермекс, Београд, 2005, 183. Поред заштитне функције, улога одбора поверилаца је саветодавна, као и надзорна.

[24] Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 6. ст. 2.

[25] Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 8. ст. 2.

правне пропусте отклони, већ се председник суда овлашћује да одбаци неуредан предлог, ускраћујући правно неукој странци право на жалбу.[26]

Даље се може закључити да је по својој правној природи, поступак заштите права на суђење у разумном року, ванпарнични поступак. На такав закључак упућују решења изричито законом прописана.[27]

С обзиром се сврха овог поступка огледа у пружању судске заштите права на суђење у разумном року насталих његовим повређивањем у оквиру другог судског поступка, између осталог и стечајног, то се, првенствено из судске праксе, појављује тумачење да је овај судски поступак „адхезиони" у односу на сам стечајни поступак који је у току.[28] Ипак, изнети приступ се може сматрати исправним само уколико се има у виду функционална веза између стечајног поступка и поступка поводом приговора за његово убрзање. Међутим, поступак поводом приговора за суђење у разумном року је регулисан посебним законом, у односу на Закон о стечају. Сам Закон о заштити права на суђење у разумном року регулише поступање поводом приговора за убрзање поступка. Притом се, у оквиру тог закона имплицира да ће се, за сва питања која нису њиме непосредно регулисана, примењивати одредбе Закона о ванпарничном поступку. Отуда се логично надовезује тврдња да се, са становишта процесног права, ови поступци сматрају потпуно самосталним и независним. То даље значи да се ни у једној од фаза поступка поводом заштите права на суђење у разумном року не могу применити норме које регулишу стечајни поступак.

Имајући у виду да се у оквиру испитивања повреде права на суђење у разумном року не одржава усмена расправа, већ се само спроводи испитни поступак утврђивања повреде, могуће је извести закључак и да је у питању ванрасправни поступак. Ово се свакако односи само на поступање поводом приговора за убрзање стечајног поступка. Евентуални поступак по захтеву за остваривање правичног задовољења, другачије је правне природе.

Самим законом је прописано и да „странка не плаћа судску таксу у поступцима у којима се штити право на суђење у разумном року", као и да је у њима потребно хитно поступати. Начелно изражена хитност поступања,

---

[26] Иако се постојеће законско решење о ускраћивању права на жалбу покушало ублажити прописивањем могућности да се нови приговор за убрзање поступка може поднети одмах по пријему решења о одбачају приговора, сходно чл. 13 ст. 4 Закона о заштити права на суђење у разумном року, то не умањује недостатак закона о ускраћивању поменутог правног лека. Ово из разлога што се постојећим законским приступом оставља могућност и „незаконитог" одбацивања предлога, против које се подносилац не може заштитити правним леком.

[27] Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 7. ст. 3.

[28] На изнетом становишту стоји нарочито судска пракса. Видети: решење Врховног касационог суда, Рж. 51/2014 од 17. септембра 2014. године; решење Привредног апелационог суда, Рж. Ст. 38/2017 од 25. јануара 2017. године.

детаљније је прожета и кроз поједина конкретна законска решења. Сам поступак поводом приговора за убрзање стечајног поступка ограничен је на период од два месеца, прописана је и обавеза поступајућег судије да у оквиру испитног поступка достави извештај у року од 15 дана или у краћем року који одреди председник суда, одлучивање по жалби на првостепену одлуку је ограничено на период од 30 дана од дана пријема жалбе, жалба се не доставља на одговор. Отуда се може рећи да је поступак поводом приговора за убрзање стечајног поступка начелно бесплатан и хитан судски поступак.

4. КРИТЕРИЈУМИ ЗА ОЦЕНУ „РАЗУМНОГ РОКА“ ТРАЈАЊА СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА

По испуњењу процесних услова за одлучивање о поднетом приговору за убрзање стечајног поступка, посебно важним се сматра поступање суда приликом оцене критеријума за оцену (не)разумног трајања стечајног поступка. По угледу на праксу Европског суда за људска права, доцније преточену на поступање Уставног суда Републике Србије,[29] препозната је потреба да се у самом Закону о заштити права на суђење у разумном року, начелно дефинишу критеријуми за оцену трајања суђења у разумном року, у оквиру којих ваља тумачити и критеријуме разумног трајања стечајног поступка.[30] Уопштено је могуће ове критеријуме, са аспекта стечајног поступка, побројати на следећи начин: 1) укупно време трајања поступка; 2) сложеност конкретног стечајног поступка; 3) понашање судова – „њихов допринос у неоправданој дужини трајања поступка“;[31] 4) поступање других државних органа, које је од значаја за сам ток стечајног поступка; 5) природа захтева о којем је одлучивано и значај права које је предмет поступка за подносиоца; 6) понашање подносилаца приговора током стечајног поступка. Све поменуте разлоге је нужно посматрати скупно, без издвајања појединих критеријума.

[29] О критеријумима установљеним од стране Уставног суда Републике Србије, видети: Д. Слијепчевић, „Судска заштита права на суђење у разумном року“, *Збирка реферата са XXII саветовања судија привредних судова Републике Србије*, 2014, 12.

[30] Европски суд за људска права „није формулисао опште правило о дужини трајања поступка као критеријума за оцену да ли је поштован стандард „разумног рока“. О томе: М. Милошевић, „Суђење у разумном року – члан 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основним слобода“, *Судско право и међународне судске институције*, Институт за упоредно право, 2009, 313.

[31] Д. Слијепчевић (2014), 12.

4.1. Укупно време трајања поступка

У оквиру грађанског поступка правило је да са рачунањем рокова ваља отпочети од момента подношења иницијалног акта којим се поступак покреће, а окончава се „пријемом правноснажне одлуке суда“, односно моментом „пријема одлуке донете по делотворном ванредном правном средству“.[32] Овај рок се узима у обзир независно од тога да ли је иницијални акт поднет пре момента ратификације Европске конвенције за заштиту права на суђење у разумном року, имајући у виду да се „поступак мора сматрати јединственом целином од датума његовог покретања до дана правноснажног окончања“.[33] У складу са установљеном праксом Европског суда за људска права, нужно је и у оквирима домаће примене права прихватити став по коме се, у случајевима „када се ради о повезаним поступцима који су у директној вези са поднетим захтевом странке суду, укупно трајање поступка цени и у односу на време трајања повезаних поступака“.[34] Овде посебно треба имати у виду да правноснажним окончањем судског поступка није дефинитивно остварен пут правне заштите странци у грађанском спору. Њен крајњи интерес је да у потпуности оствари своје првобитно оспорено право, које је доцније верификовано правноснажном судском одлуком. Отуда је и поступак извршења правноснажне судске одлуке, у одређеним случајевима, потребно посматрати јединствено са поступком у оквиру којег је та одлука издејствована. Изнети приступ посебно је очигледан у поступцима неефикасног извршења поводом правноснажних пресуда донетих против друштвених предузећа, према којима је, у одређеном временском периоду, спровођен поступак реструктурирања.[35] С обзиром да се у већини случајева поступак реструктурирања друштвених предузећа окончао отварањем стечајног поступка према тим друштвима, посебно треба бити обазрив у погледу анализе повезаности поступака неефикасног извршења правноснажних пресуда поверилаца друштвених предузећа, са током трајања стечајног поступка. Ово из разлога што се у одређеним ситуацијама сам период немогућности спровођења извршења може довести у везу са периодом „разумног трајања“ стечајног поступка. Свакако, то не сме представљати логичну претпоставку у сваком конкретном случају. Напротив.

---

[32] *Ibid*., 13.
[33] *Ibidem*.
[34] *Ibidem*.
[35] Детаљније: М. Станић, „Одговорност државе због немогућности намирења потраживања услед реструктурирања дужника“, *Спорна питања и новине у примени закона о приватизацији, стечају и осигурању*, Глосаријум, 2015, 5-14; М. Радовић, „Одговорност државе према повериоцима субјеката приватизације“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, 215-232.

Нужно је у сваком појединачном примеру индивидуално посматрати постојање везе између претходног тока поступка извршења са доцнијим трајањем стечајног поступка.

С друге стране, можда још израженија веза стечајног поступка са другим повезаним поступцима, постоји у ситуацијама када због наступања правних последица стечаја дође до прекида парница које су биле у току.[36] Овде, такође, има простора утврђивања континуитета између трајања парничних поступака, који су након прекида због наступања отварања стечајног поступка доцније, по атракцији надлежности, настављени пред привредним судовима.[37] Уз њих, од изузетне су важности и оне парнице које непосредно утичу на сам ток трајања стечајног поступка. У питању су, дакле, они спорови у оквиру којих се расправља о стравноправним питањима поводом имовине која чини саставни део стечајне масе стечајног дужника, и од чијег је решавања битно зависна могућност њене продаје у стечајном поступку а потом и намирења поверилаца стечајног дужника.

На крају, уз горе поменуте примере повезаних поступака са стечајним, приликом утврђивања укупног времена трајања стечајног поступка треба имати у виду и период почев од тренутна подношења предлога за отварање стечајног поступка, као иницијалног акта, све до момента његовог правноснажног окончања. То је свакако време које је од одлучујуће важности за оцену критеријума укупног трајања самог стечајног поступка. Код разматрања периода трајања самог стечајног поступка нужно је помирити више контрадикторности. С једне стране је потребно ценити чињеницу да је у питању хитан поступак,[38] док на другој страни стоје разлози његове сложености и зависности од фактора који нису искључиво правни. Управо због тога је значајно, приликом оцене испуњености услова за заштиту права на суђење у разумном року, у сваком конкретном случају, укупно време трајања стечајног поступка довести у везу са другим законским критеријумима.

4.2. Сложеност конкретног стечајног поступка

Већ је поменуто да је стечајни поступак хитан. У њему није дозвољен застој и прекид. Рокови за поступање органа стечајног поступка су императивни, па њихово непоштовање узрокују значајне правне последице. Рокови за поступање поверилаца су, такође, преклузивни. То све чини да

[36] Закон о стечају, чл. 88.
[37] Закон о уређењу судова, чл. 25. ст. 4.
[38] Закон о стечају, чл. 8.

поступак пријављивања и испитивања потраживања стечајног дужника буде извршен у релативно кратком року. Исто тако, и поступак формирања стечајне масе се, начелно, окончава у роковима који су стриктно одређени. Решење о банкротству доноси се у законом прописаном року, а и рокови прописани за усвајање плана реорганизације су јасно дефинисани.

Но, и поред тога се не може закључити да стечајни поступак спада у категорију поступака који нису сложени. Такав закључак би био погрешан. Његова сложеност се огледа у чињеници да су могући случајеви где није једноставно утврдити шта све чини саставни део стечајне масе стечајног дужника. Често се дешава да имовина стечајног дужника није јасно регулисана, већ је праћена бројним спорностима. Могуће су и ситуације у којима се одређена имовина стечајног дужника налази у иностранству, што захтева примену правила о стечајном поступку са елементом иностраности. Бројност поверилаца стечајног дужника и природа њиховог потраживања, такође може учинити сложеним конкретан стечајни поступак. На крају, чак и да се све радње од стране органа стечајног дужника изврше у законом прописаном року, не значи аутоматски да ће и продаја имовине бити извршена у релативно кратком року. Ово из разлога што продаја имовине зависи од конкретне понуде и тражње, на које органи стечајног поступка, понајвише стечајни управник, каткад не могу утицати. Отуда, све изнете чињенице, као и бројне друге које пракса свакако може изнедрити, чине извесним становише да стечајни поступак спада у категорију сложених. Зато је нужно у сваком случају ценити све поменуте разлоге, који утичу на сложеност конкретног стечајног поступка.

4.3. Допринос судова дужини трајања стечајног поступка

Већинско је схватање у правној теорији да је стечајни поступак по својој природи ванпарнични поступак. Због тога је и улога стечајног судије, превасходно посматрана кроз његову контролну функцију тока уновчења стечајне масе, знатно сужена и препуштена другим органима стечајног поступка (скупштини поверилаца и одбору поверилаца). Исто тако је и његова надзорна функција такође лимитирана и препуштена Агенцији за лиценцирање стечајних управника. С тим у вези, приликом оцене доприноса судова трајању стечајног поступка треба имати првенствено у виду законске оквире надлежности стечајног судије. То доводи до претежног закључка да стечајни судија мора водити рачуна о роковима предузимања процесних радњи, како стечајни поступак због тих разлога не би био неразумно одуговлачен. Исто тако, његова активна улога у контроли трајања стечајног поступка може бити изражена кроз инсистирање на редовном изјашњавању стечајног управника о предузетим активностима на плану продаје имовине

стечајног дужника и намирењу његових поверилаца. Тек уколико ове судијске дужности буду грубо занемарене, вреди расправљати о доприносу стечајног судије неразумно дугом трајању стечајног поступка.

Можда је значајнији посредан утицај судова на трајање стечајног поступка, кроз парнице у којима се расправља о споровима од непосредног значаја за стечајни поступак. Овде се акценат ставља на трајање поступака поводом спорности о правима и стварима стечајног дужника, који битно утичу на могућност намирења поверилаца стечајног дужника. Неразумно дуго трајање ових парница условљава и неоправдано продужавање стечајног поступка. С тим у вези, могуће је закључити да и судови могу допринети одуговлачењу стечајног поступка више на овај, посредан начин, у односу на примере неажурног поступања стечајног судије, који непосредно предузима процесне радње у оквиру стечајног поступка.

С друге стране, израженије ефекте на дужину трајања стечајног поступка остварује неактивност стечајног управника. Као специфични орган стечајног поступка, он управља стечајном масом стечајног дужника и предузима одлучујуће радње на плану уновчења имовине и намирења поверилаца стечајног дужника. Отуда је неажурно поступање стечајног управника, као и његово непоступање по налозима стечајног судије, у узрочно-последичној вези са одуговлачењем стечајног поступка. Управо због тога се захтева посебна улога суда у ангажовању свих правних инструмената ради спречавања стечајних управника у кршењу процесне дисциплине.

4.4. Поступање других државних органа од утицаја на ток стечајног поступка

Сагледавајући тренутно стање у стечајној регулативи Србије, можда се као један од најзначајнијих фактора који утичу на неразумно дуго трајање стечајног поступка истиче управо активност других државних органа, чије је поступање од непосредног значаја за дужину трајања стечајног поступка. Овде се првенствено има у виду рад одређених органа и организација, и то: Агенције за реституцију, Републичке дирекције за имовину, Републичког геодетског завода – Службе за катастар непокретности, Агенције за лиценцирање стечајних управника - АЛСУ, Агенције за осигурање депозита - АОД, а у одређеним случајевима и поступање Народне банке Србије - НБС.

Вероватно највеће потешкоће у реализацији ефикасног спровођења стечајног поступка задаје актуелна немогућност продаје имовине стечајног дужника евидентиране кроз поступке враћања одузете имовине и обештећења (тзв. реституције). Након ступања на снагу Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, у значајном броју стечајних поступака није могуће спроводити поступак продаје имовине евидентиране у поступку реституције, због установљавања забране отуђења и оптерећења

подржављене имовине.[39] Међутим, иако се у почетку могао учинити оправданим фактички застој у уновчењу имовине за коју постоји очекивање да буде предмет реституције, након вишегодишњег трајања поступка реституције и осетно неажурног поступања Агенције за реституцију у решавању питања враћања имовине која чини део стечајне масе у стечајном поступку, постаје извесно да се овај вид одуговлачења не може сматрати разумним. Истоветне потешкоће су приметне и у сарадњи судова са Републичком дирекцијом за имовину, поводом ажурности у поступању по захтевима судова за достављање података о поднетим пријавама за реституцију у складу са Законом о пријављивању и евидентирању одузете имовине.[40]

Значајне проблеме у погледу ефикасног спровођења стечајног поступка узрокује и неажурно, каткад и нестручно поступање Републичко геодетског завода – Службе за катастар непокретности. У осетном броју случајева, овај управни орган није поступао по налозима судова, како у погледу уписа својинских права након доношења решења о констатацији продаје имовине у стечајном поступку, тако и поводом захтева судова за вршење брисања појединих терета, забележби одређених правних чињеница и сл. Посебно је забрињавајућа ажурност поступања у другостепеним управним поступцима поводом изјављених правних лекова о питањима везаним за упис права својине и других стварних права у катастар непокретности.

Очигледна неефикасност у спровођењу стечајних поступака приметна је у оним стечајним поступцима у оквиру којих функцију стечајних управника врше АЛСУ и АОД. У питању су стечајни поступци према друштвеним предузећима у стечају (у улози стечајног управника – АЛСУ), као и банкама и осигуравајућим друштвима (у улози стечајног управника – АОД).

На крају, приметни су одређени проблеми усклађивања сарадње између судова и НБС, посебно у погледу поступања по налозима суда. Позната је ситуација у оквиру које је НБС одбила да спроведе судску одлуку о принудној наплати потраживања, у спору пред Европским судом за људска права „*Влаховић против Србије*“.[41] Иста проблематика је очевидна и у погледу поступања НБС по налозима суда поводом мера обезбеђења у току

[39] Закон о враћању одузете имовине и обештећењу „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 108/2013, 142/2014 и 88/2015 – одлука УС, чл. 62.

[40] Закон о пријављивању и евидентирању одузете имовине „Сл. гласник РС“, бр. 45/05.

[41] European Court of Human Rights, Judgment in Case of „*Vlahović v. Serbia*“, no. 42619/04, from 16. December 2008, http://www.zastupnik.gov.rs/uploads/cr/presude/ (сајт посећен: 18. јануара 2017. године).

претходног стечајног поступка,[42] а нарочито одређених након подношења Унапред припремљеног плана реорганизације.[43]

Изнети примери су само неки од типичних у судској пракси, који изазивају озбиљне проблеме у ефикасности спровођења стечајних поступака. Одговорност за овај узрок неподношљиво дугог трајања стечајног поступка, пада на терет државе. Овај принцип утемељен је у пракси Европског суда за људска права, још од одлуке у предмету „*Зиммерман и Стеинер против Швајцарске*“[44], где је Европски суд заузео став да су државе „дужне да организују своје правне системе тако да судовима омогуће да поштују захтеве члана 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права, укључујући ту и онај захтев који се односи на расправу у разумном року.“ Отуда, како се одговорност за повреду права на суђење у разумном року установљава суштински према држави, то се очигледним сматра да неажурност државних органа и организација, која доприноси значајном одуговлачењу стечајног поступка, представља значајан фактор приликом оцене испуњености услова за постојање повреде права на суђење у разумном року, учињене током стечајне процедуре.

4.5. Значај права које је предмет поступка за подносиоца

Основни циљ стечајног поступка јесте најповољније намирење поверилаца стечајног дужника. Услед саме чињенице да је поверилац своје потраживање определио у стечајном поступку, подразумева да је за његову

[42] У овој ситуацији се проблем идентификује у чињеници да НБС не поступа по одређеној мери обезбеђења из чл. 62. ст. 2 тач. 3 Закона о стечају (забрана располагања са рачуна стечајног дужника без сагласности стечајног судије или привременог стечајног управника у току претходног стечајног поступка), већ се „захтева од суда“ да претходно донесе и меру обезбеђења именовања привременог стечајног управника из чл. 62. ст. 2 тач.1 Закона о стечају, иако то предлагачи нису тражили нити је суд у обавези да исту меру обезбеђења донесе по службеној дужности, нити иста обавезно прати меру забране располагања са рачуна стечајног дужника из чл 62. ст. 2 тач. 2 Закона о стечају. (Закључци изведени анализом стечајних предмета Привредног суда у Крагујевцу у периоду од 2011. до 2016. године).

[43] Посебно је уочљива проблематика непоступања НБС да поступи по забрани извршења и намирења на обезбеђеној и необезбеђеној имовини, одређеној од стране суда након подношења УППР-а, уз „захтев да се изричито назначи да се мера односи и на забрану располагања са рачуна стечајног дужника“, иако таква правна могућност није предвиђена Законом о стечају. (Закључци изведени анализом стечајних предмета Привредног суда у Крагујевцу у периоду од 2011. до 2016. године).

[44] European Court of Human Rights, Judgment in Case of „Zimmermann and Steiner v. Switzerland“, no. 8737/79, from 13. July 1983, https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-157036.pdf, сајт посећен: 13. марта 2017. године.

наплату изузетно значајан. Његов субјективни осећај свакако указује да је наплата превасходно његовог потраживања логично њему најзначајнија. Приликом оцене овог критеријума треба се водити, превасходно, објективним разлозима. Тако се значај права за подносиоца приговора мора посматрати сходно природи самог потраживања, односа тог потраживања са природом других потраживања стечајног дужника, као и његовог објективног утицаја на статусна питања самог повериоца као подносиоца приговора за убрзање поступка.

С обзиром на изнете критеријуме, у судској пракси а и у оквиру правне теорије, као посебно значајна потраживања за повериоца у стечајном поступку идентификују се потраживања која проистичу из радних односа.[45] Овакво становиште преузето је из устаљене праксе Европског суда за људска права, према којој се радни спорови сматрају посебно значајним за професионалну ситуацију подносиоца представке. На таквом становишту стоји и пракса Уставног суда, устаљена у бројним предметима поводом уставних жалби за повреду права на суђење у разумном року.[46]

Међутим, радни спорови не смеју бити једини пример спорова који имају посебан значај за повериоца стечајног дужника. То могу бити и други спорови, у зависности од конкретног случаја. Тако се као неки од типичних примера потраживања која могу имати посебан значај за повериоце стечајног дужника, наводе потраживања великих новчаних износа за предметног повериоца,[47] потом спорови поводом својинскоправних, стамбених питања у којима се одлучује о стицању или престанку права својине на некретнинама велике вредности, као и праву дугорочног закупа.[48]

4.6. Понашање подносилаца приговора током стечајног поступка

Однос самог повериоца као подносиоца приговора за убрзање стечајног поступка опредељује се његовим односом према процесним

[45] Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда, верификовано 24.02.2011. године, а образложење 25.03.2011. године, http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/

[46] Примера ради: Одлука Уставног суда РС, Уж-122/09 од 21. јануара 2010. године; Одлука Уставног суда РС, Уж-1712/2010 од 21. марта 2013. године. Доступне на сајту: http://www.ustavni.sud.rs, сајт посећен: 01. фебруара 2017. године.

[47] Критеријуми за оцену повреде права на суђење у разумном року Европског суда за људска права према извештају СЕРЕЈ-а, доступни на сајту Врховног касационог суда:http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20povrede%20prava%20na%20sudjenje%20u%20razumnom%20roku.pdf, сајт посећен: 18. фебруара 2017. године.

[48] Д. Слијепчевић (2014), 16.

овлашћењима чијим се коришћењем или злоупотребом утиче на трајање конкретног стечајног поступка. С обзиром да је стечајни поступак строго формалан и хитан, у оквиру којег су процесна овлашћења индивидуалних поверилаца прописана законом и, може се рећи, ограничена, то у погледу овог критеријума треба бити максимално рестриктиван. Притом, суд је орган који руководи стечајним поступком. Самим тим, у његовој је приоритетној надлежности да спречи сваки вид злоупотребе процесних овлашћења других учесника у стечајном поступку, самим тим и поверилаца стечајног дужника.

Овде се, међутим, може отворити питање евентуалне посредне злоупотребе процесних овлашћења индивидуалних поверилаца кроз активности поверилачких органа, посебно одбора поверилаца. Но, у сваком конкретном случају овај вид злоупотребе учињене „на посебан“ начин ваља учинити извесном. То свакако није једноставан подухват.

5. УОЧЕНИ ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ ПОВОДОМ ПРИГОВОРА ЗА УБРЗАЊЕ СТЕЧАЈНИХ ПОСТУПАКА

Применом прописа о заштити права на суђење у разумном року од стране поверилаца стечајних дужника, уочене су одређене правне нелогичности приликом одлучивања судова о трошковима насталим током ових поступака. Доминантно је становиште привредних судова да и у ситуацијама када је повериоцу стечајног дужника повређено право на суђење у разумном року и усвојен захтев за убрзање поступка, повериоцу не припада право на накнаду стварно насталих трошкова поступка. Тако, у ситуацији када је поверилац стечајног дужника у поступку заштите права на суђење у разумном року ангажовао адвоката, који је у његово име саставио предлог за убрзање стечајног поступка, повериоцу се одбија захтев за утврђење накнаде трошкова насталих услед ангажовања адвоката.[49] Образложење наведеног става засновано је суштински на наводима да је поступак поводом приговора за убрзање поступка адхезиони у односу на стечајни поступак. С обзиром на изнето, како је стечајним прописима регулисано да сваки стечајни поверилац појединачно сноси своје трошкове у стечајном поступку,[50] то ови повериоци немају право на накнаду трошкова поступка ни по приговору за убрзање стечајног поступка, као адхезионом.

[49] Видети: решење Привредног апелационог суда Рж. Ст. 38/17 од 25. јануара 2017. године; решење Привредног суда у Крагујевцу Р4 Ст. 293/16 од 9. децембра 2016. године.

[50] Закон о стечају , чл. 42. ст. 3. Исто решење било је предвиђено и раније важећим Законом о стечајном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 84/04, чл. 28. ст. 3.

Изнети правни став подложан је критици. Наиме, самим Законом о заштити права на суђење у разумном року прописано је да се на питања која нису уређења овим законом, примењује закон којим се уређује ванпарнични поступак,[51] дакле Закон о ванпарничном поступку.[52] У самом Закону о ванпарничном поступку је прописано да у ванпарничним стварима поводом статусних питања суд одлучује слободно, водећи рачуна о околностима случаја и о исходу поступка.[53] Насупрот томе, у ванпарничним стварима које се односе на имовинска права учесника, суд може одлучити да све трошкове поступка сноси учесник у чијем се интересу поступак води, односно учесник који је искључиво својим понашањем дао повод за покретање поступка.[54] Наведена ванпарнична регулатива, дакле, различито регулише право на накнаду трошкова приликом решавања о статусним питањима у односу на поступке о имовинским правима учесника. Стога је нужно разлучити да ли се поступак за заштиту права на суђење у разумном року тиче „статусних“ или „имовинских“ права подносиоца. Отклањање ове дилеме могуће је извршити тумачењем основне сврхе Закона о заштити права на суђење у разумном року. Његова сврха је, по изричитом законском одређењу, да пружи судску заштиту права на суђење у разумном року и да се њиме предупреди повреда тог права.[55] Из наведене законске одредбе јасно произлази да се право на заштиту права на суђење у разумном року ни на који начин не може подвести под „имовинско право“, већ искључиво као право на заштиту уставног права учесника судског поступка да му се од стране суда „...правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама...“[56] Као такво, њиме се искључиво штите статусна права подносиоца приговора за убрзање поступка. Код таквог стања ствари, подносиоцу приговора за убрзање стечајног поступка треба признати право на накнаду трошкова адвоката, сходно правилима Закона о ванпарничном поступку којим се регулишу трошкови поводом решавања статусних питања.

Додатну аргументацију у прилог тврдњи да повериоцу стечајног дужника треба признати право на накнаду адвокатских трошкова у поступку заштите права на суђење у разумном року, представља и чињеница да је самим Законом о заштити права на суђење у разумном року предвиђена строга процедура остваривања правне заштите. Строгост процедуре огледа се почев од дужности подношења уредног, детаљно законом регулисаног, приговора за

[51] Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 7. ст. 3.

[52] Закон о ванпарничном поступку „Сл. гласник СРЈ“, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“, 46/95, 106/2015.

[53] Закон о ванправничном поступку, чл. 28. ст. 1.

[54] Закон о ванправничном поступку, чл. 28. ст. 2 и 3.

[55] Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 1.

[56] Устав Републике Србије, чл. 32. ст. 1.

убрзање поступка. Изостављање ма ког од обавезних елемената приговора, води његовом одбачају, без права жалбе. Дакле, у случају када правно неука странка пропусти да, због непознавања права, назначи у приговору неки од битних приговора, он ће бити одбачен а подносиоцу се ускраћује право на жалбу. Притом, не постоји обавеза суда да правно неуку странку поучи о праву и позове је да у судском року правне пропусте отклони. Наведено указује да је за остваривање права на заштиту права на суђење у разумном року не само пожељно, већ и нужно добро познавање права, које се не може очекивати од правно неуке странке. Изнетом ваља додати и да је свакоме, а нарочито правно неукој странци, зајемчено уставно право на правну помоћ, коју пружају адвокатура, као самостална и независна служба, и службе правне помоћи које се оснивају у јединицама локалне самоуправе, а док се законом одређује када је правна помоћ бесплатна.[57] У складу са наведеном уставном одредбом, дакле, регулисано је право сваког грађанина да у судском поступку правну помоћ остварује преко адвоката. То свакако значи да је и у судском поступку поводом приговора за убрзање стечајног поступка, повериоцу стечајног дужника суд био дужан да омогући да своја права остварује преко пуномоћника из реда адвоката и да му призна трошак његовог ангажовања у складу са Законом о ванпарничном поступку. Свако ускраћивање тог права повериоцу стечајног дужника представља кршење поменуте уставне норме.

Ваља истаћи и да позивање суда на одредбе Закона о стечају, приликом одлучивања о трошковима поступка подносиоца приговора, уз образложење да је у питању „адхезиони“ поступак, нема реално утемељење у позитивноправној регулативи. Поступак поводом приговора за убрзање поступка јесте функционално „адхезиони“ у односу на стечајни поступак. Међутим, са становишта процесног права, у питању је потпуно самосталан поступак, на који се ни на који начин не могу применити одредбе Закона о стечају. Изричито је законско одређење да се на поступак поводом приговора за убрзање стечајног поступка примењују само норме Закона о ванпарничном поступку, о оним питањима која нису непосредно регулисана Законом о заштити права на суђење у разумном року.

На крају, поред правне нелогичности у погледу одлучивања о трошковима поступка по приговорима стечајних поверилаца, може се истаћи и бојазан да је у одређеним случајевима присутно селективно тумачење критеријума за повреду права на суђење у разумном року. Тако су присутни примери у којима је дошло до одбијања приговора за убрзање поступка, само уз аргументацију да је стечајни судија поступао у оквирима законском прописаних овлашћења, без упуштања у расправу о другим критеријумима који се кумулативно морају посматрати приликом одлучивања о приговору.

[57] Устав Републике Србије, чл. 67.

6. ЗАКЉУЧАК

Ваљано тумачење критеријума за постојање повреде „разумног трајања“ стечајног поступка, као и свих спорних питања везаних за остваривање заштите права на суђење у разумном року, нужно захтева не само узимање у обзир решења Закона о заштити права на суђење у разумном року, већ и њихово довођење у везу са праксом Уставног суда и Европског суда за људска права.

У складу са наведеним законом, приговор за убрзање стечајног поступка подноси се првенствено од стране поверилаца стечајног дужника. Овлашћени предлагач може бити и сам стечајни дужник.

Поводом поднетог приговора одлучује се у судском поступку који је, по својој природи, једностраначки, ванпарнични поступак. Са становишта процесног права, у питању је поступак који се спроводи по регулативи потпуно одвојеној од норми стечајног закона. Овај поступак одликује и ванрасправност, хитност, а притом је и бесплатан за подносиоца.

Приликом мериторног одлучивања у наведеном поступку, кумулативо узимају се у обзир следећи критеријуми: 1) укупно време трајања поступка; 2) сложеност конкретног стечајног поступка; 3) понашање судова – „њихов допринос у неоправданој дужини трајања поступка“;[58] 4) поступање других државних органа, које је од значаја за сам ток стечајног поступка; 5) природа захтева о којем је одлучивано и значај права које је предмет поступка за подносиоца; 6) понашање подносилаца приговора током стечајног поступка.

Уколико суд, по узимању у обзир свих поменутих критеријума, оцени приговор за убрзање поступка основаним, сагласно позитивној регулативи, подносиоцу треба да буду признати и трошкови ангажовања адвоката у овом поступку. Ово из разлога што се поводом наведеног приговора примењују правила Закона о заштити права на суђење у разумном року и Закона о ванпарничном поступку, а не норми стечајног закона.

[58] Д. Слијепчевић (2014), 12.

Marko RADOVIĆ
PhD student, University of Belgrade Faculty of Law

PROTECTION OF THE RIGHT TO TRAIL WITHIN A REASONABLE TIME IN BANKRUPTCY

Summary

The subject of attention in the work is aimed at studying the legal instruments for the protection of the right to trial within a reasonable time through bankruptcy proceedings. Special emphasis is placed on treatment by the court on an appeal to speed up bankruptcy proceedings. Special emphasis is placed on the treatment courts in proceedings about objection to accelerate bankruptcy. The starting assumption in this exercise is determining the criteria by which we could, with a certain amount of legal certainty, identify injuries of ,, reasonable time" for the duration of the bankruptcy. Hence it was necessary to pay particular attention to comparing the European Court of Human Rights with the solutions represented in the serbian legislation, with particular reference to the applicable Law on the protection of the right to trial within a reasonable time.

In a separate section of this paper was achieved a critical review of certain attitudes serbian courts in proceedings concerning the objection of creditors to accelerate bankruptcy proceedings. Interpretation of the legal nature of these proceedings by the courts, evaluation of the availability of effective remedies in them, and represented the dominant negative stance on entitlement to reimbursement of costs actually incurred on an appeal to speed up bankruptcy proceedings, requires detailed analysis. Examination of those positions are approached not only for the sake of a modest contribution to jurisprudence, but mainly in the application purposes.

Keywords: *trial within a reasonable time, bankruptcy proceedings, the costs*

ЛИТЕРАТУРА

1. Илић-Попов Г., Јовановић Н., Јовановић Ј. (ур.), *Приручник за лиценцирање стечајних управника*, Интермекс, Београд, 2005

2. Лилић С., „Да ли је уставна жалба ефикасан правни лек за суђење у разумном року?“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2007

3. Милошевић М., „Суђење у разумном року – члан 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основним слобода“, *Судско право и међународне судске институције*, Институт за упоредно право, 2009

4. Радовић М., „Одговорност државе према повериоцима субјеката приватизације“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016

5. Слијепчевић Д., „Судска заштита права на суђење у разумном року“, *Збирка реферата са XXII саветовања судија привредних судова Републике Србије*, 2014

6. Станић М., „Одговорност државе због немогућности намирења потраживања услед реструктурирања дужника“, *Спорна питања и новине у примени закона о приватизацији, стечају и осигурању*, Глосаријум, 2015

7. Царић С., *Право на суђење у разумном року*, Београд, 2008

УДК 339.54:061.1(100)
341.6

Урош ЗДРАВКОВИЋ*

СИСТЕМ РЕШАВАЊА СПОРОВА У ОКВИРУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ[1]

Апстракт: Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације (СТО) представља једну од њених најзначајнијих карактеристика. Настао је кад и СТО, 1995. годинем након завршетка Уругвајске рунде преговора (1986-1994). Нови систем уводи крупне реформе у дотадашњи начин решавања спорова (током примене споразума *GATT* 1947). Систем решавања спорова постаје искључиво заснован на правним нормама СТО (енг. *rule oriented approach*), за разлику од претходног система, који је био у одређеној мери дипломатски орјентисан. До сада је и оквиру СТО система покренуто преко 500 спорова. До трговинског спора у оквиру Светске трговинске организације (СТО) долази када једна чланица (држава или друга самостална царинска територија) унилатералним мерама прекрши своје обавезе утврђене СТО споразумима, и тиме нанесе штету другој чланици. Мотиви за кршење обавезе могу битни разни, а најчешће је то заштита домаће индустрије од конкуренције из увоза, или извозна промоција сопствене индустрије. Органи надлежни за решавање спорова (панели и Апелационо тело) састоје се од независних експерата, а не од представника држава, чији је задатак да утврде да ли је одређена мера у сагласности са правом СТО.

Кључне речи: *Светска трговинска организација, систем решавања спорова, DSU споразум.*

1. УВОД

Савремени међународни трговински односи (МТО) представљају изузетно комплексан систем и чине окосницу модерног глобалног поретка.

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу
uros@prafak.ni.ac.rs

[1] Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", бр. 179046 који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Компаније своје пословне одлуке заснивају на очекивању да ће јавно правни субјекти (пре свега државе) поштовати права и обавезе које проистичу из норми и принципа садржаних у регулаторним оквирима међународне трговине.

Током 1947. и 1948. године, у Хавани је одржана Међународна трговинска конференција, уз учешће 53 државе. Учесници Конференције су потписали завршни акт Хаванске повеље о Међународној трговинској организацији (*International Trade Organization - ITO*). Оваква организација је требало да постане носећи стуб светског трговинског поретка, који би обезбедио либерализацију и поштовање универзалних правила међународне трговине.[2] Међутим, услед одбијања САД да ратификују Повељу, није дошло до успостављања овакве организације. Ипак, одређени резултати нису изостали. У Женеви су представници 23 државе водили преговоре о либерализацији трговине робом, који су резултирали закључивањем Општег споразума о царинама и трговини (*General Agrement on Tariffs and Trade – GATT*), 1947. године. Споразумом су знатно смањене царинске стопе и извршена је либерализација трговине елиминисањем бројних нецаринских баријера. Иако га је одликовало ограничено дејство и привремени карактер, *GATT* је представљао „ембрион“ правног уобличавања међународне трговине и МТО. Трговинским преговорима у оквиру *GATT-a* (организованих у рундама), током скоро пола века, постепено је јачала либерализација међународне трговине, како путем смањења царинских стопа, тако и путем постепеног елиминисања нецаринских баријера. Најзначајнији преговори су се водили током Уругвајске рунде, од 1986. до 1994. године, што је резултирало оснивањем Светске трговинске организације – СТО (*World Trade Organization - WTO*), која је почела са радом 1. јануара 1995. године. Упоредо са СТО, дошло је до успостављања читавог пакета споразума у оквиру ове Организације. За разлику од *GATT-a* из 1947. године, који је уређивао само трговину робом, споразуми у оквиру СТО шире њену надлежност на нове области, пре свега на трговину услугама, путем Општег споразума о трговини услугама (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) и трговинске аспекте права интелектуалне својине, посредством Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*). *GATT* је наставио да постоји у форми споразума, али је његова садржина измењена и прилагођена новом пакету споразума у оквиру СТО.

[2] Александар Ћирић, *Међународно трговинско право - Општи део*, Ниш 2012, 112.

Правни систем СТО представља регулаторни оквир међународне трговине, чија се стабилност и раст обезбеђују бројним нормама и принципима садржаним у праву СТО и ефикасним системом решавања спорова.

Данас СТО има 164 чланице и у оквиру ње се одвија скоро 100 одсто укупне међународне трговине робом и услугама. Чланице СТО су већином државе, мада то могу бити и други ентитети које воде независну царинску и трговинску политику. Имајући у виду те податке, можемо констатовати да се данашњи МТО одвијају превасходно у оквиру СТО и да су уређени њеним правом и принципима. Ти принципи обезбеђују стабилност савремених МТО, а њихова примена гарантује сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система, оличеног у СТО. Другим речима, **СТО се може посматрати као правни одраз савремених и универзалних МТО.**

Један од најзначајнијих аспеката трансформације *GATT-a* 1947 у Светску трговинску организацију представља нови систем решавања спорова између потписница, односно чланица. Систем решавања спорова у оквиру СТО је изузетно комплексан и обиман да би се свеобухватно представио у оквиру једног чланка. Због тога је аутор одлучио да путем овог рада фрагментарно прикаже одређене сегменте који га одликују: његов настанак, карактеристике спорова који се решавају у оквиру СТО, изворе права, органе надлежне за решавање спорова, врсте спрова и активну легитимацију за покретање спора.

2. НАСТАНАК СИСТЕМА РЕШАВАЊА СПОРОВА У ОКВИРУ СТО

Систем решавања спорова у оквирима СТО није потпуни *novum* карактеристичан за стварање то Организације. Он је постојао и развијао се из концепта предвиђеног споразумом *GATT* 1947. Спорови у оквиру *GATT* 1947 су се решавали на основу члана XXIII, који је предвиђао механизам заштите права и легитимних интереса, предвиђених Споразумом. Ова одредба *GATT* -а представља претечу данашњег комплексног система правних норми којима је уређен начин решавања спорова у СТО.[3]

Систем решавања спорова у оквиру *GATT*-а 1947 је иницијално био дипломатски оријентисан. Члан XXIII *GATT* -а упућивао је државе

[3] Вид. Урош Здравковић, "Мултилатерални систем решавања међудржавних трговинских спорова од *GATT*-а 1947 до оснивања Светске трговинске организације", *Страни правни живот*, 3/2015, 199-212.

уговорнице на „пријатељско разматрање“ и консултације.[4] Како Ћирић наводи, „*GATT је у основи избегавао и саму употребу термина „спор“. Његов основни механизам регулисања неспоразума на светској економској арени су биле консултације дипломатског карактера и политички преговори.*“[5] Наиме, исход спора је умногоме зависио од односа политичких и економских снага страна у спору и међусобних уступака током преговора у вези спора. Стране су у преговорима тежиле да постигну одређену равнотежу која је нарушена недозвољеним мерама једне од њих. Политички исход преговора је био од пресудног значаја, па су се спорови углавном решавали дипломатским путем и остајали на билатералном нивоу.

У оквиру Споразума о оснивању СТО, донет је и Договор о правилима и процедурама за решавање спорова (енг. *Dispute Settlement Understanding - DSU*), као део Завршног акта Уругвајске рунде. *DSU* представља основни извор права за решавање спорова у оквиру СТО и уводи крупне реформе у дотадашњи мултилатерални систем решавања међудржавних трговинских спорова у оквиру споразума *GATT* 1947.

Механизам који *DSU* успоставља сматра се најважнијим аспектом и најзначајнијим достигнућем трансформације *GATT*-а 1947 у СТО. Многи аутори га називају „**драгуљем у круни**“ СТО[6], и представљају га као „**тријумф легализма над политиком у међународним односима**.“[7] Одлуке о споровима се заснивају на правним, а не на политичким и дипломатским основама. У литератури се овај концепт означава као „*rule oriented approach*“. Судећа тела СТО (панели и Апелационо тело) имају једино мандат да утврде да ли је нека мера несагласна са одређеном нормом СТО споразума, и да у складу са тим утврде своје препоруке. Као значајна особина овог система наводи се и његов мултилатерални карактер: спорови су у основи билатерални, али се морају решавати посредством мултилатералног форума.

---

[4] Предраг Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш 2010, 14.

[5] А. Ћирић, „Светска трговинска организација као форум решавања међународних трговинских спорова”, *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* : тематски зборник радова. Књ. 4, (уредник Невена Петрушић), Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2008, 166.

[6] Gavin Goh, David Morgan, “Political Considerations and Pragmatic Outcomes in WTO Dispute Rulings”, *UNSW Law Journal,* Volume 30(2), 2007, 478; H. Rasheed Khan, “Ambitious Quest for Rule- Oriented Dispute Settlement System of WTO”, *Asian Journal of Multidisciplinary Studies*, Volume 2, Issue 10, 2014, 90.

[7] Geoffrey Garrett, James McCall Smith, “The Politics of WTO Dispute Settlement”, Occasional Paper Series, UCLA International Institute, UC Los Angeles, 2002, 1.

3. О СПОРОВИМА КОЈИ НАСТАЈУ УНУТАР СТО

Међудржавни трговински спорови су чести, о чему говори податак о њиховом броју: од 1995. године до данас покренуто је преко 500 процедура. Да трговински спорови нису учестали, не би било ни сврхе истраживати их, нити би постојала потреба за истраживањем механизма за њихово решавање. Овако, имајући у виду њихову бројност, намеће се и практична неопходност за истраживањем ове комплекне трговинско-правне области.

У контексту права СТО, основ спора представља непоштовање одредби које су садржане у њеним обухваћеним споразумима. На тај начин, држава „прекршилац" користи бенефиције отвореног тржишта партнера, док истовремено штити своје тржиште стварајући баријере које онемогућавају истоврсне бенефиције за партнера. Мотиви за кршење обавезе могу битни разни, а најчешће се ради о заштити домаће индустрије од конкуренције из увоза, или извозној промоцији сопствене индустрије.

Према Ћирићу, међународни спорови трговинског карактера најчешће настају у вези са применом мера националних спољнотрговинских политика појединих земаља, које могу повредити права других држава. Настају у вези са предузимањем мере унилатералног карактера државе или слободне царинске територије, које по оцени једне или већег броја других чланица, противуречe споразумима постигнутим у оквиру СТО.[8]

Спорови који настају између држава као субјеката међународних трговинских односа нису приватно-правне природе, попут спорова који су карактеристични за непосредне учеснике међународног трговинског промета (пословне субјекте). Ради се о споровима **јавно-правне природе** трговинско-економског садржаја, у којима државе као субјекти спорова иступају са позиције *iurae imperii*.[9] Међутим, од кључног значаја за разумевање узрока који доводе до настанка спорова између јавно-правних субјеката су и интереси и позиције приватно-правних учесника (пре свега великих компанија) који на међународном тржишту иступају са циљем стицања профита.

Иако звучи као парадокс, основни узрок настајања међудржавних трговинских спорова лежи управо у либерализацији (потпуној или делимичној) међународне трговине. Државе се одлучују да међусобно либерализују трговину, имајући у виду узајамне бенефите: држава отвара своје тржиште за страног партнера и преузима обавезу да поштује одређена правила у вођењу трговинске политике, а заузврат очекује и да страни партнер отвори своје тржиште за њене привредне субјекте, и да успут

[8] А.Ћирић, 238. и 242.
[9] *Ibid*.

поштује прописана правила. Што је степен међусобне либерализације већи, повећавају се и шансе за несагласно понашање. Са друге стране, низак ниво либерализације трговине подразумева лакшу примену правила и мању вероватноћу за кршење истих.[10]

Трговински спорови између држава настају услед "неиспуњених обећања". Државе се стално суочавају са могућношћу да буду „изигране“ у међусобном поштовању обавеза које су настале на основу трговинског споразума. Како наводе Чева (*Ceva*) и Фракасо (*Fracasso*), за државе је карактеристична тзв. „дилема затвореника“ (енг. *Prisoner's Dilemma*) приликом доношења одлуке о либерализицији трговине са одређеним партнером (државом или другом независном царинском територијом, прим.аут.).[11] Ова дилема настаје због вероватноће да други партнер неће „искрено“ либерализовати своје тржиште, односно да ће накнадно прибећи заштитним мерама. Уколико до тога заиста дође, настаје трговински спор, због нарушеног интереса државе која очекује да ће њен партнер поштовати одредбе садржане у трговинском споразуму.[12] *Argumentum a contrario*, уколико између држава не постоји споразум који предвиђа либерализацију трговине посредством одредби које прописују међусобна права и дужности, не може ни доћи до спора.

До трговинског спора, дакле, долази када једна уговорна страна (држава или друга самостална царинска територија) унилатералним мерама прекрши своје обавезе предвиђене споразумом који успоставља потпуну или делимичну либерализацију трговине, и тиме нанесе штету другој уговорној страни. Основ самог спора може бити различит. **У контексту права СТО, основ спора представља непоштовање одредби које су садржане у њеним бројним споразумима.** Право СТО садржи комплексан систем обавеза, и због тога је готово немогуће набројати какви се све поступци сматрају кршењем одредби СТО. Ипак, пракса је показала да основ спора најчешће

[10] Вид. детаљније: У. Здравковић, „О узроцима и карактеристикама спорова у оквиру Светске трговинске организације”, *Право и привреда*, 7-9/2015, 254-268.

[11] Emanuela Ceva, Andrea Fracasso, “Seeking Mutual Understanding. A Discourse Theoretical Analysis of the WTO Dispute Settlement System”, Working Paper-LPF n. 1/09, Centro Einaudi, Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica, Sao Paolo, 2009, 8.

[12] У контексту права и обавеза у оквиру СТО, Бегвел (*Bagwell)* и Штајгер (*Staiger*) објашњавају да принцип реципроцитета и клаузула најповлашћеније нације (енг. *most-favored nation*, *MFN*) представљају ефикасне принципе који служе државама да превладају проблем „дилеме затвореника“ који настаје услед вероватноће да ће одређена држава – трговински партнер применити недозвољене унилатералне мере. Вид. K. Bagwell, R. Staiger, „Reciprocity, Non-discrimination and Preferntial Agreements in the Multilateral Trading System“, *European Journal of Political Economy*, 17(2), 2001, 281-325; Kyle Bagwell, Robert Staiger, „An Economic Theory of GATT”, *American Economic Review*, no.89/1999, 215-248.

настаје у вези са применом мера царинске политике, применом заштитних (антидампиншких и компензаторних) мера, недозвољених субвенција, дискриминаторне пореске политике на основу порекла производа или услуге итд.

4. ИЗВОРИ ПРАВА И ЊИХОВ МЕЂУСОБНИ ОДНОС

Основни извор права за решавање спорова у оквиру СТО је већ поменути Договор о правилима и процедурама за решавање спорова. Пун назив Споразума на енглеском језику гласи „*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes"*, мада се чешће употребљава скраћени назив "*Dispute Settlement Understanding"* или *„ DSU"*. Овај Споразум формално представља Анекс 2 Споразума о оснивању СТО, и саставни је део Завршног акта из Маракеша, потписаног 15. априла 1994. године.

Према члану I(1) *DSU*, у оквиру механизма предвиђеним овим Споразумом могу се решавати сви спорови који проистичу из примене споразума закључених у оквиру СТО („обухваћени споразуми", енг. „*covered agreements*").[13] Ови споразуми су листом наведени у Апендиксу 1 *DSU*.[14] У случају спора око питања да ли се неки споразум сматра обухваћеним у

---

[13] П. Цветковић, „Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације", *Право и привреда*, Бр. 5-8/2006, 664.

[14] Споразуми обухваћени Апендиксом 1 *DSU* су:

(A) Споразум о оснивању СТО;

(B) Мултилатерални трговински споразуми:

Анекс 1A: Мултилатерални споразуми о трговини робом (*GATT* и секторални споразуми);

Анекс 1B: Општи споразум о трговини услугама (*General Agreement on Trade in Services – GATS*);

Анекс 1C: Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*);

Анекс 2: Договор о правилима и процедурама за решавање спорова (*DSU*)

(C) Плурилатерални трговински споразуми:

Анекс 4: Споразум о трговини цивилним ваздухопловима;

Споразум о јавним набавкама;

Међународни споразум о млеку и млечним производима (престао да се примењује 1.1.1998. године);

Међународни споразум о говедини (престао да се примењује 1.1.1998. године).

За разлику од мултилатералних споразума, услов за примену *DSU* у односу на плурилатералне споразуме је сагласност свих потписница плурилатералног споразума (видети Апендикс 1, тач.2 *DSU*).

смислу *DSU*, надлежност да донесе коначну одлуку о томе има Министарска конференција, као врховни орган СТО.[15]

Структура *DSU* је сложена и састоји се од 27 чланова[16], 4 апендикса[17] и 4 посебна додатка[18]. Треба напоменути да је одредба садржана у члану XXIII *GATT* -а 1947 представљала својеврсни „ембрион" из кога се развио *DSU* Споразум, заједно са свим својим додацима. Спорови током *GATT* ере су се решавали применом ове одредбе, која је заправо била основни извор права за решавање спорова. Ова одредба је, као једна од значајнијих тековина *GATT*-а, задржана и у новом *GATT*-у из 1994. године, без обзира на постојање посебног споразума којим се уређивала материја решавања спорова. *DSU* Споразум и члан XXIII *GATT*-а данас чине једну целину која се може назвати правним основом решавања спорова у оквиру СТО.

Поред *DSU* Споразума који је основни извор права, и као такав поседује природу *lex generalis*, постоје и одредбе које су садржане у другим обухваћеним споразумима, а које уређују специјална и додатна правила и процедуре за решавање спорова који настају поводом питања која су регулисана тим споразумима. Апендикс II *DSU* садржи листу специјалних и

---

[15] Видети члан IX(2) Споразума о оснивању СТО.

[16] Члан I уређује поље примене *DSU*; члан III садржи опште одредбе; члан IV садржи правила која се примењују на консултације; члан VI уређује садржину захтева за формирање панела; чланови VII, VIII и XI уређују мандат и формирање панела, положај и статус панелиса, и њихове задатке; члан IX садржи правила процедуре код већег броја тужби поводом исте ствари; члан X уређује права трећих лица у процедури; члан XII садржи правила којима се регулише првостепена процедура пред панелима; члан XV уређује правила за нацрт извештаја (међуизвештај); члан XVI се односи на усвајање извештаја панела; члан XVII уређује другостепену процедуру пре Апелационим телом; члан XIX се односи на препоруке панела и Апелационог тела; члан XXI садржи одредбе које уређују извршење препорука и надзор над њиховим извршењем; члан XXII се односи на правна средства у случају неизвршења препорука (компензација и суспензија концесија); члан XXIV садржи специјалне процедуре за решавање спорова у којима учествују најмање развијене државе; члан XXV уређује алтернативни начин решавања спорова, преко арбитраже; члан XXVI садржи правила поводом тужби услед нарушеног интереса очекивања.

[17] Апендикс 1 садржи листу обухваћених споразума на које се *DSU* примењује; Апендикс 2 садржи листу одредби из обухваћених споразума које се сматрају специјалним и додатним правилима и процедурама за решавање спорова; Апендикс 3 садржи додатна правила о раду панела; Апендикс 4 се односи на рад експерата током процедуре решавања спорова.

[18] Први додатак садржи Правилник о раду Апелационог тела; Други додатак садржи општа правила поступка којима се обезбеђује независност и непристрасност лица која учествују у решавању спорова; Трећи додатак садржи принципе и концепте међународног права у вези са решавањем спорова пред СТО; Четврти додатак садржи табелу одредби из обухваћених споразума на које се позивало у поступцима решавања спорова.

додатних правила и процедура из осталих обухваћених споразума.[19] Њихов међусобни однос са *DSU* одредбама је регулисан чланом I(1) *DSU*. Из текста ове одредбе произилази да се та правила и процедуре могу примењивати на два начина: а) као комплементарне одредбе, заједно са *DSU* правилима и процедурама; б) у својству извора *lex specialis*, односно као извори који имају примат у односу на *DSU* одредбе. Међутим, специјалне норме могу имати примат само уколико постоје разлике у поређењу са *DSU* одредбама, и то искључиво до оног степена до ког су те разлике присутне.[20]

Питањем примата специјалних и додатних правила и процедура по принципу *lex specialis derogat legi generali,* бавили су се и судећи органи СТО. Њихова пракса је ограничила примат ових извора само на оне ситуације где постоји стварна несагласност, односно „истински конфликт", са *DSU* одредбама. Уколико нема „истинског конфликта", онда ће се специјална правила и процедуре примењивати као комплементарни извори, заједно са *DSU* одредбама.[21] Оваква позиција је затупљена и у литератури, где се дефиниција „конфликта норми" још уже тумачи, односно као ситуација где једна норма нешто дозвољава, док друга то исто забрањује.[22]

---

[19] Обухваћени споразуми који садрже сопствена правила и процедуре за решавање спорова су нпр. Споразум о санитарним и фитосанитарним мерама (*SPS Agreement*), Споразум о текстилу и одећи, Споразум о техничким препрекама у трговини (*TBT Agreement*), Антидампинг споразум, Споразум о субвенцијама и компензаторним мерама (*SCM Agreement*), Општи споразум о трговини услугама (*GATS*) и још неколико споразума.

[20] Видети члан I (1) *DSU*.

[21] Вид. извештаје Апелационог тела у споровима: *Guatemala – Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*, WT/DS60/AB/R, adopted 25 November 1998, DSR 1998:IX, 3767, para. 65 i 75; *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" – Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities*, WT/DS108/AB/RW2, adopted 14 March 2006, DSR 2006:XI, 4721 para. 159; *United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan*, WT/DS244/AB/R, adopted 9 January 2004, DSR 2004:I, 3; *United States –Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan*, WT/DS184/AB/R, adopted 23 August 2001, DSR 2001:X, 4697; *United States – Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews*, WT/DS322/AB/R, adopted 23 January 2007. Видети и извештаје панела у споровима: Korea – *Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WT/DS273/R, adopted 11 April 2005, DSR 2005:VII, 2749; *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/R, adopted 20 August 1999, as modified by Appellate Body Report WT/DS46/AB/R, DSR 1999:III, 1221*; European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R and Add.1, adopted 5 April 2001, as modified by Appellate Body Report WT/DS135/AB/R, DSR 2001:VIII, 3305.

[22] Claude Chase, "Norm Conflict between WTO Covered Agreements - Real, Apparent or Avoided?", *International and Comparative Law Quarterly,* 61(4), 2012, 803.

5. ОРГАНИ НАДЛЕЖНИ ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА

Функцију специјалног Органа СТО за решавање спорова – ОРС, обавља Генерални савет СТО, који се често назива и Комитет за решавање спорова. ОРС је стални орган, који оснива два органа и то: експертску групу – панел, за разматрање конкретних спорова, који има карактер арбитражног већа или трибунала, као и Апелационо тело - АТ, које у својству другостепеног органа решава спор у поступку по жалби на извештаје, одлуке и препоруке панела.

Дакле, у решавање спорова су укључене три, односно четири унутрашње институције СТО: Орган за решавање спорова (ОРС) - (*Dispute Settlement Body - DSB*); панели (*panels*); Апелационо тело (*Appellate Body - AB*) и Арбитража (*Arbitration*), под одређеним условима.[23]

Првостепена процедура се одвија пред панелима. Панели воде порекло из механизма решавања спорова током *GATT* ере. Не представљају стална судска тела, већ се формирању на *ad hoc* основи. Овакав приступ је донекле критикован у литератури, јер неки аутори сматрају да би се значајно постигло на ефикасности решавања спорова уколико би панели функционисали као стални органи.[24] Састављени су од три, а у посебним случајевима и од пет чланова (панелиста), које именује ОРС са списка Секретаријата СТО, уз узимање у обзир мишљења чланица.[25] Панелисти морају бити високо квалификовани стручњаци. Могу бити службеници влада чланица, а могу долазити и из невладиног сектора.[26] Панелисти су дужни да поступају као независни појединци и не смеју примати инструкције од држава из којих долазе, чак и у случају када су службеници својих влада.[27] Под условом да се стране у спору сагласе, панелисти могу да буду и држављани чланица у спору, али чак и у тим ситуацијама они морају поступати независно и непристрасно, а никако као заступници својих држава. Функцију панелиста могу обављати и угледни правници-теоретичари који се баве правом међународне трговине.[28]

Апелационо тело (АТ) је другостепени орган, који поступа по поднетим жалбама на препоруке и одлуке (извештаје) панела. За разлику од

---

[23] А. Ћирић, *Међународно трговинско право - Општи део*, Ниш 2010, 491.

[24] Видети: Debra Steger, "Стрengthening the WTO Dispute Settlement System: Estabishment of a Dispute Tribunal", *The Future and the WTO: Confronting the Challenges. A Collection of Short Essays*; ICTSD Programme on Global Economic Policy and Institutions, Geneva, Switzerland, ICTSD, 2012, 114-115.

[25] А. Ћирић, (2010), 492. Видети члан VIII (5), (6) i (7) *DSU*.

[26] Члан VIII (1) i (2) *DSU*.

[27] Члан VIII (9) *DSU*.

[28] Члан VIII (3) *DSU*.

панела, поседује стални карактер.[29] Има седам чланова – независних експерата из реда стручњака са признатим ауторитетом у области права и међународне трговине, који су независни од утицаја влада било које државе.[30] Чланове АТ именује ОРС на период од четири године, са могућношћу једног поновног именовања. Његова структура одржава структуру држава-чланица СТО.[31] У предметима по жалбама поступају увек три члана АТ, по систему ротације.

Панели и АТ по својој природи и функцији представљају, ван сваке сумње, праве међународне судске органе. Панели, додуше, поседују и елементе арбитраже, будући да се формирају на *ad hoc* основи. Међутим, за разлику од арбитраже где стране у спору најчешће саме именују арбитре, овде оне немају значајног утицаја у погледу избора панелиста. Оно што такође може изазвати сумњу у судски карактер *DSB* тела је и назив одлука које доносе панели и АТ. Наиме, њихове одлуке се не називају „пресуде", које су традиционални термин за судске одлуке. Панели и АТ доносе извештаје који садрже препоруке странама у спору. Међутим, ови извештаји се усвајају на седницама ОРС, по принципу негативног консензуса, што значи, готово аутоматски. На тај начин препоруке садржане у извештајима постају обавезујуће за стране у спору, па се без сумње може констатовати да поседују карактер пресуде. Коначно, панели и АТ се формирају од независних стручњака који су једино овлашћени да примењују право. Сви ови атрибути панелима и АТ обезбеђују карактер међународних судећих тела.[32]

Коначну инстанцу у поступку решавања спорова представља Орган за решавање спорова (*DSB* или ОРС). За разлику од АТ, нема карактер жалбеног органа, већ се његова функција састоји у усвајању извештаја панела или АТ. Функцију ОРС заправо врши Генерални савет СТО, у својству њеног главног извршног органа. Доноси одлуке по принципу негативног консензуса. Када поступа у својству органа за решавање спорова, Савет примењује правила поступка која се разликују од правила поступка која важе за редовна заседања Савета.[33] ОРС оснива панеле и именује чланове АТ, разматра и оцењује њихове извештаје и спроводи надзор и контролу над извршењем препорука и одлука. Овај орган такође одлучује и о

[29] Члан XVII (1), (2) i (3) *DSU*

[30] А. Ћирић, (2010), 492. Видети и члан XVII (3) *DSU*.

[31] *Ibidem.*

[32] Joost Pauwelyn, "*Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*" New York: Cambridge University Press 2003, стр. 442.

[33] А. Ћирић, (2010), 492. Вид. чл. IV(3) Споразума о оснивању СТО.

примени санкција за случај неизвршења одлука и одобрава суспензију концесија (ауторизација контрамера).

6. ВРСТЕ СПОРОВА

На основу члана XXIII(1) *GATT*-а, чланица СТО може иницирати процедуру решавања спорова уколико „сматра да је било која **бенефиција** која јој је директно или индиректно приписана на основу овог Споразума **поништена или умањена** или да је постизање било ког циља Споразума отежано, под условом да су такве околности **настале као резултат**:

а) Пропуста друге чланице у извршавању обавеза из овог Споразума;

б) Примене било којих мера од стране друге чланице, без обзира да ли су те мере у супротности са неком одредбом Споразума или нису;

в) Било које друге ситуације.“

Током примене *GATT*-а 1947 и у току досадашњег механизма решавања спорова у оквиру СТО, све покренуте процедуре биле су фокусиране на поништење, односно умањење приписаних бенефиција. Алтернативно постављена околност у виду „отежавања постизања било ког циља Споразума“ до сада није коришћена као основ тужбе. Исто важи и за тзв. „ситуационе тужбе“ из члана XXIII(1)(c) *GATT*-а, с обзиром да од оснивања СТО ниједна чланица није поднела такав захтев.[34] Временом су се, дакле, искристалисала два основа за покретање процедуре: један је садржан у одредби XXIII(1)(a), а други у одредби XXIII(1)(b) *GATT*-а.

Чланица СТО, пре свега, на основу члана XXIII(1)(a) *GATT*-а, може покренути процедуру против друге чланице уколико сматра да она примењује мере које су **у супротности** са одређеном одредбом овог Споразума (захтеви ***contra legem***). Са друге стране, независно од ове одредбе, члан XXIII(1)(b) предвиђа могућност иницирања поступка уколико нека чланица кроз примену појединих мера поништава или умањује бенефите друге чланице, **без обзира да ли су такве мере у конфликту са Споразумом**. Дакле, не предвиђа се услов да мера мора директно бити у супротности са неком одредбом *GATT*-а (захтеви ***contra utile***).

Било да се ради о захтевима *contra legem* или *contra utile*[35], заједничко је то да чланица СТО може иницирати поступак правне заштите уколико је

[34] Током *GATT* ере покренуте су свега две формалне процедуре на основу члана XXIII (1)(c) *GATT*-а, али се са захтевима није успело.

[35] Аутор је термине „*contra legem”* и „*contra utile”* усвојио од проф. П. Цветковића, који их је употребио у својим радовима и монографији *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010.

погођена **дискриминаторним мерама друге чланице**. Принцип недискриминације је основна руководна идеја СТО која за циљ има постизање једнакости између учесника међународних трговинских односа. Овај принцип је и предуслов за реализацију начела слободније трговине које прожима *GATT* и целокупно право СТО. **Принцип недискриминације** се у праву СТО рефлектује посредством два начела: **најповлашћеније нације** (е. *Most favoured nation – MFN*) и **националног третмана** (е. *National treatment - NT*).[36] Оба начела обезбеђују реализацију принципа недискримицације и слободније трговине и представљају основ за понашање и очекивање свих чланица СТО. Уколико било која чланица СТО уведе и примењује мере које онемогућавају остваривање ових начела, друга чланица има право да против ње покрене процедуру у оквиру система решавања спорова.

Мере којима се успоставља дискриминација су разноврсне и многобројне. Примера ради, у ову групу мера можемо уврстити царинске мере у виду повећања царинских стопа изнад уговорених, квантитативна ограничења, дискриминаторно опорезивање увозних производа, несразмерне техничке препреке у трговини, непропорционалну примену заштитних мера и т.д. У пракси је немогуће превидети и описати све појединачне мере које могу представљати одређени вид дискриминације у контексту права СТО. Због тога и норме СТО уређују право на приступ систему решавања спорова на општи начин, уз избегавање помињања конкретних мера које за то дају основ. Довољно је да мера постоји (или да је постојала) и да је дискриминишућа у односу на другу чланицу, или чланице.

7. АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА ЗА ПОКРЕТАЊЕ СПОРА

Механизам у оквиру *DSU* омогућава свакој чланици да иницира процедуру решавања спорова, уколико сматра да јој је одређени бенефит на основу обухваћених споразума поништен или умањен мерама друге чланице. Систем решавања спорова је **ексклузивно намењен чланицама СТО**. Државе и остале царинске територије које нису пуноправни чланови Организације немају право на приступ *DSU* механизму. То је и разумљиво, имајући у виду да државе изван СТО не уживају права на основу обухваћених споразума. Зато не могу тужити, нити бити тужене пред њеним органима. У том смислу се *DSU* механизам разликује од система у оквиру Међународног суда правде (*International Court of Justice – ICJ*), који

[36] Детаљније о овим правно-економским принципима СТО видети у: А. Ћирић, op.cit. (2010), 132-148; П. Цветковић, op.cit. (2010), 185-259.

дозвољава државама које нису чланице Организације Уједињених нација да буду тужиоци, тужени или умешачи у поступку пред Судом.[37]

Чланица СТО има право да затражи правну заштиту у оквиру *DSU* механизма без обзира да ли је претходно исцрпела правне могућности пред органима и судовима државе која примењује дискриминаторне мере.[38]

Питање активне легитимације у контексту *DSU* процедуре представља кумулативни одраз следећих принципа:

а) прво, чланице СТО имају **неограничену аутономију** у погледу одлучивања о покретању поступка. То могу учинити када год сматрају да за то имају одређени интерес;

б) друго, активна легитимација није подложна провери *ex ante* од стране било ког институционалног тела СТО и не постоји могућност „забране" покретања поступка;

в) треће, од чланица се очекује да поступају у складу са начелом добре вере приликом иницирања поступка.

На основу прве реченице одредбе III(7) *DSU,* чланица СТО је дужна да пре покретања процедуре **процени да ли ће у томе имати успеха**. Неопходно је да код иницијатора поступка постоји уверење да ће поступак резултовати позитивном одлуком судећих тела СТО. Ова одредба *DSU* представља одраз процедуралног **принципа добре вере**. Наиме, природа ове одредбе указује на **обавезу инструктивне природе**: чланици се оставља да сама, у доброј вери, процени могући исход спора и да у складу са тим донесе одлуку о покретању процедуре. Међутим, *DSU* не успоставља механизам који би чланицу обавезао на такво поступање, нити предвиђа одговарајући систем провере и санкција у случају супротног понашања. Панел није ауторизован да испитује да ли је чланица СТО заиста поступала у доброј вери када је покренула процедуру. Домет одредбе III(7) *DSU* је **ограничен на препоруку** чланицама да поступају у доброј вери приликом употребе права на правну заштиту пред органима СТО, а њена сврха се састоји у превенцији фраудолозног вршења права. Уколико чланица не поступи у складу са природом одредбе III(7) *DSU*, то не преклудира њено право да иницира поступак. И у том случају панел има овлашћење, односно дужност, да се упусти у одлучивање о меритуму спора.

[37] Вид. David Palmeter, Petros Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Cambrige University Press, Cambrige 2004, 29.

[38] Видети Извештај Панела у спору *Guatemala – Cement II*, пара. 8.83.

8. ЗАКЉУЧАК

Правни систем СТО представља регулаторни оквир међународне трговине, чија се стабилност и раст обезбеђују бројним нормама и принципима садржаним у праву СТО и ефикасним системом решавања спорова. Један од најзначајнијих аспеката трансформације *GATT-a* 1947 у Светску трговинску организацију представља нови систем решавања спорова између потписница, односно чланица. Он је постојао и развијао се из концепта предвиђеног споразумом *GATT* 1947, који је иницијално био дипломатски оријентисан. Овај механизам се сматра најважнијим аспектом и најзначајнијим достигнућем трансформације *GATT*-а 1947 у СТО.

У контексту права СТО, основ спора представља непоштовање одредби које су садржане у њеним обухваћеним споразумима. На тај начин, држава „прекршилац“ користи бенефиције отвореног тржишта партнера, док истовремено штити своје тржиште стварајући баријере које онемогућавају истоврсне бенефиције за партнера. Мотиви за кршење обавезе могу битни разни, а најчешће се ради о заштити домаће индустрије од конкуренције из увоза, или извозној промоцији сопствене индустрије.

Основни извор права за решавање спорова у оквиру СТО је Договор о правилима и процедурама за решавање спорова (*Dispute Settlement Understanding”* или *„ DSU”*). У оквиру механизма предвиђеним овим Споразумом могу се решавати сви спорови који проистичу из примене споразума закључених у оквиру СТО („обухваћени споразуми“, енг. „*covered agreements*“). Механизам у оквиру *DSU* омогућава свакој чланици да иницира процедуру решавања спорова, уколико сматра да јој је одређени бенефит на основу обухваћених споразума поништен или умањен мерама друге чланице.

У решавање спорова су укључене три, односно четири унутрашње институције СТО: Орган за решавање спорова (ОРС) - (*Dispute Settlement Body - DSB*); панели (*panels*); Апелационо тело (*Appellate Body - AB*) и Арбитража (*Arbitration*), под одређеним условима.

Чланица СТО, пре свега, може покренути процедуру против друге чланице уколико сматра да она примењује мере које су у супротности са одређеном одредбом овог Споразума (захтеви *contra legem*). Са друге стране, чланица има могућност иницирања поступка уколико нека друга чланица кроз примену појединих мера поништава или умањује бенефите друге чланице, без обзира да ли су такве мере у конфликту са Споразумом (захтеви *contra utile*).

Uroš ZDRAVKOVIĆ
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM UNDER THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Summary

The most important feature of the World Trade Organization (WTO) lies in its Dispute settlement system. Unlike many other international organizations, the WTO is provided with integrated, coherent and effective system of dispute resolution that is law - based and "rule oriented". Dispute settlement system is the central pillar of the multilateral trading system, and the WTO's unique contribution to the stability of the global economy. Without a means of settling disputes, the rules-based system would be less effective because the rules could not be enforced. A dispute arises when one country adopts a trade policy measure or takes some action that one or more WTO members considers to be breaking the WTO agreements. The main legal source for settlement of disputes is Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, referred to as the "Dispute Settlement Understanding", or for short "DSU", adopted in Marrakesh in 1994. There are three main authorities which have jurisdiction over disputes in the WTO: panels, Appellate Body and Dispute Settlement Body. Still, the legal protection is reserved only for those benefits which are granted by „covered agreements" inside the WTO legal system.

Keywords: *World Trade Organization, Dispute Settlement System, Dispute Settlement Understanding*.

ЛИТЕРАТУРА

Bagwell, Kyle, Staiger, Robert, An Economic Theory of GATT, *American Economic Review*, no.89, 1999,

Bagwell, Kyle, Staiger, Robert, Reciprocity, Non-discrimination and Preferntial Agreements in the Multilateral Trading System, *European Journal of Political Economy*, 17(2), 2001,.

Ceva, Emanuela, Fracasso, Andrea, "Seeking Mutual Understanding. A Discourse Theoretical Analysis of the WTO Dispute Settlement System", Working Paper-LPF n. 1/09, Centro Einaudi, Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica, Sao Paolo, 2009.

Chase, Claude, "Norm Conflict between WTO Covered Agreements - Real, Apparent or Avoided?" , *International and Comparative Law Quarterly,* 61(4), 2012,

Garrett, Geoffrey, McCall Smith, James, The Politics of WTO Dispute Settlement, Occasional Paper Series, UCLA International Institute, UC Los Angeles, 2002.

Goh, Gavin, Morgan, David, Political Considerations and Pragmatic Outcomes in WTO Dispute Rulings, *UNSW Law Journal,* Volume 30(2), 2007,

Palmeter, David, Mavroidis, Petros, *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Cambrige University Press, Cambrige 2004.

Pauwelyn, Joost, "*Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*" New York: Cambridge University Press, 2003.

Rasheed Khan, Humayun, Ambitious Quest for Rule- Oriented Dispute Settlement System of WTO, *Asian Journal of Multidisciplinary Studies*, Volume 2, Issue 10, 2014,

Steger, Debra, "Стрengthening the WTO Dispute Settlement System: Estabishment of a Dispute Tribunal", *The Future and the WTO: Confronting the Challenges. A Collection of Short Essays*; ICTSD Programme on Global Economic Policy and Institutions, Geneva, Switzerland, ICTSD, 2012.

Здравковић, Урош, Мултилатерални систем решавања међудржавних трговинских спорова од *GATT*-а 1947 до оснивања Светске трговинске организације, *Страни правни живот*, Бр. 3, 2015,

Здравковић, Урош, О узроцима и карактеристикама спорова у оквиру Светске трговинске организације, *Право и привреда*, Београд, Бр. 7-9, 2015,.

Ћирић, Александар, *Међународно трговинско право - Општи део*, Ниш 2010.

Ћирић, Александар, *Међународно трговинско право - Општи део*, Ниш, 2012.

Ћирић, Александар, Светска трговинска организација као форум решавања међународних трговинских спорова, Приступ правосуђу –

инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије : тематски зборник радова. Књ. 4, уредник Невена Петрушић, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2008,

Цветковић, Предраг, „Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације", *Право и привреда*, Бр. 5-8, 2006,

Цветковић, Предраг, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш 2010.

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 343.2.01

Dr Jovan ĆIRIĆ*

DURA LEX SED LEX

Apstrakt: Latinska izreka „*dura lex sed lex*“ poznata je mnogim pravnicima, ali isto tako i laičkoj publici. Obični ljudi veruju da ako želimo da rešimo neki problem, da sprečimo antisocijalno ponašanje, potrebno je da propišemo stroge kazne za kršenje normi. Ljudi misle da su u borbi protiv kriminaliteta, najvažnija stvar stroge kazne. Čuveni kriminolog Bekarija govorio je da nije važno koliko su kazne stroge, već koliko mnogo delinkvenata uspe da izbegne tim kaznama. U tom smislu moramo da kažemo da nema društva bez kriminaliteta. Teoretski uzev, ako želimo društvo bez bez kriminaliteta, moramo da platimo visoku cenu. To znači više policajaca, više tehničke opreme, više sudija, tužilaca i zatvora. To dalje znači manje novca za zdravstvenu zaštitu, za obrazovanje, za kulturu. Tako se može reći da kazne nisu toliko važne, koliko su važni svi drugi delovi čitavog društvenog sistema. Ipak, laička publika i dalje veruje da stroge kazne rešavaju sve. Imajući to u vidu, javnost može biti izmanipulisana od strane političara i medija. Kada se dogodi jedan određeni krivični slučaj, mas mediji počinju da eksploatišu strah i druga slična osećanja laičke publike. To je razlog zbog čega se ljudi sve više i više plaše kriminaliteta. Na kraju dolaze novinari, eksperti i političari koji nude brza i jednostavna rešenja u borbi protiv kriminaliteta. U tom smislu, autor ovog članka kaže da moralnost i legitimitet jednog pravnog sistema, ne zavisi od toga šta ljudi misle i za šta glasaju, zato što ljudi često mogu biti manipulisani od strane političara i medija, kako je to bilo u Hitlerovoj Nemačkoj. Autor ovog teksta takođe misli da stroge kazne izazivaju korupciju. On kaže da je korupcija vrlo visoka u zemljama u kojima su kazne vrlo stroge. Sa druge strane, u zemljama u kojima su kazne blage, nema korupcije. Dobar primer su skandinavske zemlje. Takođe treba reći da princip *„dura lex sed lex“* nije demokratski princip. Autor tu misli na nemačku nacističku okupaciju Srbije, kada je bilo proklamovano da će za jednog ubijenog nemčkog vojnika biti streljano sto srpskih talaca. Ta proklamacija je bazirana na onome *„dura lex sed lex“*. Danas takav princip, način razmišljanja postoji u ratu protiv terorizma. Sa takvim principom nema mesta za milosrđe i praštanje, a što je nešto što je sasvim suprotno hrišćanskom načinu razmišljanja. U tom smislu

* Sudija, Ustavni sud Srbije, jovan.ciric@ustavni.sud.rs

princip „dura lex sed lex“, vodi ka varvarskoj okrutnosti, tako da on stoji nasuprot liberalnoj demokratiji i ljudskim pravima. Postoji takođe još jedno interesantno pitanje. Šta da radi jedan sudija (pravnik) kada se suoči sa oktutnim, nedemokratskim pravnim normama. Poznati nemački pravnik i filozof Gustav Radbruh je govorio da nepodnošljivu nepravdu ne bi trebalo primenjivati u praksi. Ali, u vezi sa tim, mogu se postaviti dva druga pitanja. Pre svega šta je to nepodnošljiva nepravda, a drugo pitanje je kako očekivati od običnih ljudi da budu tako hrabri da odbiju da primene jednu pravnu normu. Dakle, maksima „dura lex sed lex“ ima mnogo različitih i interesantnih društvenih značenja.

Ključne reči: *dura lex sed lex; legitimitet, medijske manipulacije, demokratija, nepravda*

1. NAČELO *„DURA LEX SED LEX“* JE IZRAZ NEEFIKASNOSTI I NEFUNKCIONALONOSTI JEDNOG PRAVNOG SISTEMA

Sasvim je malo pravnika koji nisu čuli za ovu staru latinsku izreku, a što je najvažnije i velikom broju laika poznata je ova izreka i oni je prihvataju kao najefikasniji i najidealniji način za rešavanje gotovo svih društvenih problema. Obični ljudi najčešće misle da se pravnim normama može sve urediti, a da u svemu tome ključnu ulogu igraju sankcije, koje naravno ukoliko su strože, utoliko su efikasnije i društveno celishodnije. To što je još odavno Čezare Bekarija tvrdio da nije važno koliko su sankcije stroge, već da je važno koliko se dosledno one primenjuju,[1] običnim ljudima deluje kao nekakvo isprazno filozofiranje, isto kao i argument da najstrože kazne, pre svega smrtna kazna, nisu uspele da iskorene neke socijalno-patološke pojave.[2] Laici nisu u stanju da odgovore na pitanje kako je moguće da se jedna Finska u kojoj je za primanje i davanje mita propisana kazna najviše do četiri godine zatvora ipak smatra zemljom sa znatno manjim stepenom korupcije nego Bugarska, gde se u nekim slučajevima može izreći kazna i do 30 godina zatvora.[3] Ili na primer Kina, gde se ponekad izriču čak i smrtne kazne za korupciju, pa ipak, smatra se da je korupcija u Kini znatno prisutnija nego u skandinavskim zemljama koje su daleko liberalnije po pitanju strogosti svojih zakona. Uprkos svim tim argumentima, najveći broj običnih ljudi i dalje polazi od toga da zakoni moraju biti što strožiji i da se moraju poštovati, odnosno da će biti poštovaniji ukoliko su strožiji, a da će oni kao građani biti zaštićeniji i bezbedniji ukoliko su zakoni stroži. Imajući u vidu takav način pojednostavljenog razmišljanja, političari u jednom društvu se dodvoravaju takvom najširem javnom

[1] Čezare Bekarija, *O zločinima i kaznama* – prevod sa italijanskog, Split, 1984, 122.

[2] Milan Milutinović. *Kriminalna politika*, Beograd, 1984, 56-58.

[3] Jovan Ćirić, Koliko smo represivni (strogi) u poređenju sa Evropom; „*Strani pravni život*“, Beograd 1-2/2007.

mnjenju, predlažući donošenje sve strožijih zakona. Pri svemu tome, obično je prisutno i svojevrsno medijsko spinovanje koje ima za zadatak da kod građana-glasača poveća strah od kriminala, gde se onda kao logičan izlaz iz svega toga pojavljuju sve strožiji i strožiji zakoni, koji treba da umire javno mnjenje.

Načelo „*dura lex ces lex*“, označava u suštini naivno laičko uverenje da „zakoni rešavaju sve“.[4] Zakoni, međutim, sami po sebi ne mogu mnogo, ako nema dovoljno policajaca i inspektora, koji će otkrivati one koji krše zakone, kao i ako nema dovoljno tužilaca i sudija koji će procesuirati prestupnike. Tu se takođe pojavljuje i problem prenatrpanosti zatvora – sve u svemu: nije dovoljno propisati stroge zakone, potrebno je mnogo kadrovskih i drugih tehničkih predispozicija - kapaciteta da bi se zakoni, naročito ako su strogi, sproveli. Laici sve to nemaju u vidu, javim mnenjem se lako manipuliše – podstiču se strahovi putem različitih medijskih manipulacija. Obično se medijski prikazuje, potencira jedan pojedinačni zločin, zastrašeno javno mnjenje tada traži brza i efikasna rešenja, pa se onda pojavljuju političari koji nude, predlažu sve strožije zakone kojima će se problem rešiti za ubuduće. U uzavreloj atmosferi potenciranog straha od kriminala, niko tada ne postavlja pitanje da li i koliko sve to košta – zaposliti nove policajce i izgraditi nove zatvore – (pokazuje se da pitanje funkcionisanja prava i pravne države ovde zaista jeste u dobroj meri ekonomsko pitanje,[5] važno je da zakoni budu strogi i da javnost bar privremeno bude umirena. To da li će ti zakoni biti efektivni i funkcionalni u budućnosti, najčešće nikoga nije briga, važno je jedino da se dobije, makar privremena podrška građana u borbi protiv kriminaliteta, važno je da se od građana pribavi legitimitet, podrška određenom zakonu, a to najčešće znači da brojčano najveći deo građana podržava jedan zakon.

Tipičan primer za problematičnost efikasnosti, odnosno neefikasnosti strogih zakona, jesu saobraćajni prekršaji. Nije sporno da ponekad i sasvim sitni saobraćajni prekršaji mogu biti uzrok nekim vrlo teškim saobraćajnim nesrećama, sa vrlo teškim posledicama. U tom smislu nije sporno ni to da zarad preventive treba kažnjavati (relativno strogo) one koji čine prekršaje. Ali, to *de facto* znači da na primer na jednom putu treba postaviti 10 saobraćajnih patrola, umesto dotadašnje tri, odnosno 5 radarskih kontrola umesto dotadašnje dve i da mnogo češće nego do tada, treba sprovodii kontrole. To zatim podrazumeva nabavku novih vozila, veći utrošak goriva za ta vozila, podrazumeva takođe i nabavku novih radara, zapošljavanje novih policajaca i povećanje svih drugih sličnih

[4] Staljin je kažu smatrao da “kadrovi rešavaju sve“ (http://dvogled.rs/2014/01/kadrovi-resavaju-sve). Ovo sa zakonima, ipak, nije bitno drugačije, jer jednostavno ne postoji u društvenim naukama bilo kakva „čarobna formula“ - kadrovi, ili zakoni kojima se svi društveni problemi mogu brzo i lako rešiti. Oni dakle koji dogmatski smatraju da „zakoni rešavaju sve“ nisu daleko od onih koji, takođe, dogmatski smatraju da „kadrovi rešavaju sve“.

[5] Boris Begović, „Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja“, *Crimen,* Pravni fakultet u Beogradu, br. 1/2010, Beograd, 2010, 144.

troškova,[6] pa se onda postavlja pitanje: zar nije bolje i efektivnije za opštu saobraćajnu bezbednost na putevima te pare uložiti u poboljšanje puteva i putne infrastrukture, u signalizaciju na putevima i neke druge slične mere. Jer, jeste uzrok velikog broja saobraćajnih nesreća prebrza vožnja na primer, ili vožnja u alkoholisanom stanju, ili neki drugi slični prekršaji koji zaslužuju da budu zaprećeni i ne samo zaprećeni strogim kaznama, ali isto tako su čest uzrok i sami loši i nebezbedni putevi. Osim toga, državni budžet iz kojeg se namiruju potrebe za novim saobraćajnim patrolama, policajcima, radarima i sl. nije „rupa bez dna". To praktično znači da će za rad tih novih patrola, policajaca, radara, morati biti „skresani" troškovi na nekoj drugoj strani: možda medicinarima, ili prosvetarima, pa se onda postavlja pitanje šta smo time dobili i kakav je efekat strogih zakona, tog principa „dura lex sed lex"?

2. NAČELO *„DURA LEX SED LEX"* PROVOCIRA KORUPTIVNO, PROTIVZAKONITO PONAŠANJE

Nekome ovo može zvučati kao paradoks, no kada se malo bolje razmisli, stvari i nisu tako paradoksalne. Što je jedan zakon strožiji, a sistem komlplikovaniji, to su izazovi za protivazakonito ponašanje veći, pa je i mogućnost da do nezakonitog ponašanja dođe, veća. Ako je kazna koja je zaprećena primerena opštedruštvenim prilikama i ekonomskom standardu građana, onda ljudi neće biti toliko mnogo podsticani da izigravaju zakon i da ga krše, kao što će to biti ukoliko je kazna neprimereno stroga. Na primer, ako je kazna za neki saobraćajni prekršaj, relativno blaga, onda prekršioci neće imati podsticaja da pokušavaju da podmićuju saobraćajne policajce, kada ih ovi uhvate u nekom prekršaju, već će plaćati kaznu i to najčešće bez mnogo gunđanja, prihvatajući svoju grešku i svoju odgovornost. Kada je međutim kazna previše visoka – stroga, onda će prekršioci uvek biti u izazovu da pokušaju da podmite saobraćajnog policajca na primer i uvek će razmišljati u stilu kako nisu „krivi" oni, nego je „kriva" država. Tako se u takvim situacijama kazna ne pojavljuje kao sredstvo za sopstvenu introspekciju i preispitivanje sopstvenog ponašanja, te u tom smislu ona nema nikakvog vaspitnog efekta. Prekršilac strogog zakona, koji biva uhvaćen, više razmišlja kako da sledeći put bude vispreniji i okretniji, nego da to ne treba raditi. Prekršiocu strogog zakona svi su drugi krivi, jer svi to rade, a eto država hvata i kažnjava samo neke, pa eto baš njega.

Ima istraživača, teoretičara, koji smatraju da korupcija nije nešto što postoji izolovano iz sistema, već da je upravo sistem taj koji stvara, produkuje

[6] Da ne pominjemo ovde i troškove za plate – rad prekršajnih sudova na primer.

korupciju.[7] Sistem strogih kazni, sistem "*dura lex sed lex*", upravo je najbolji mogući primer za to kako sam sistem stvara predispozicije za korupciju. Zamisimo u tom smislu strogog i blagog profesora, ispitivača na nekom ispitu. Onoga koji je i ovako i onako blag, niko neće ni pokušavati da korumpira, za razliku od onoga koji važi za strogog. Slično je i sa zakonima i pravnim režimom uopšte.

3. NAČELO „DURA LEX SED LEX "- STROGOST NE ZNAČI AUTORITET

Ljudi će se često povinovati pravnim normama i ćutaće pred pred strogo zaprećenim kaznama, strahujući od strogo zaprećenih kazni. Pri tome će uvek gledati kako da izigraju zakon, no sve to nikako ne znači da dotični zakon ili neka dotična osoba uživa autoritet. Strah i autoritet nisu iste stvari. Autoritet se vezuje pre svega za poštovanje, poštovanje koje ne izvire iz straha od kazne. Latinska reč "*auctoritas*" ima više sličnih značenja: uticajna, ugledna ličnost, opštepriznata veličina, onaj koji podstiče, pomaže.[8] Ovo "pomaže – podstiče" je posebno značajno imati u vidu kada govorimo o autoritetu. Autoritet ne treba dakle povezivati sa strahom, dok stroge kazne i načelo "*dura lex sed lex*" treba povezivati sa straom. Autoritet se poštuje i istinski prihvata i voli, dok strah i strahopoštovanje jeste nešto što predstavlja lažni autoritet. Hitler i Staljin su u tom smislu najbolji mogući primeri, no istina je da ponekad nije lako razlikovati stvarne od lažnih autoriteta,[9] razlikovati autoritet od prisilnog prihvatanja strogih kazni i tihog gunđanja "u sebi". Ljudi će se pokoravati strogim zakonima, ali će ih intimno odbacicivati i gledaće da iskoriste svaku priliku da izigraju te stroge zakone. To je upravo ono što najčešće zavarava sve stroge, autoritarne vladare, vladare bez istinskog autoriteta, koji spoljnom strogošću pokušavaju da sebe nametnu kao neprikosnoveni autoritet. Tako će se jedan šef na primer, odnositi naročito prema mlažima, nižima od sebe, vičući i grdeći, a što sve izaziva mnogo više strah, a manje poštovanje. Autoritet međutim poseduje samo onaj od koga mlađi mogu nešto koriso da čuju i nauče i koga se ljudi ne plaše da pitaju za savet i mišljenje – koga se uopšte ne plaše, već ga poštuju. Sa svakim novim savetom i mišljenjem, takvom čoveku, takvom šefu, iznova raste autoritet, za razliku od onoga koga se ljudi samo plaše. Slično je i sa strogim zakonima kojih se ljudi plaše. Međutim, ipak treba reći da je pre ili kasnije sudbina takvih strogih zakona,

[7] Michael Bock, „O uzrocima korupcije i njenoj nemonovnosti u savremenom svetu", u: Zbornik radova*: „Borba protiv korupcije – iskustva i poređenja;* Beograd, 2013, 11–20.

[8] Vladeta Jerotić. „Da li je čoveku potrebanautoritet? Šta je autoritet?, u: Zbornik radova*: Religija, politika, pravo;* Institut za uporedno pravo, Pravoslavna Mitropolija Crnogorsko-primorska – Centar za proučavanje religije i versku toleranciju; Beograd, 2015, 299.

[9] *Ibid,* 300.

ista kao i sudbina svih onih ljudi - autoritarnih vladara - lažnih autoriteta koji na vici i strahu grade strahopoštovanje svoje sopstvene ličnosti i koje niko ne sme ništa čak ni da priupita. Stvar je dakle sasvim jasna – strogost ne znači autoritet i istinsko prihvatanje, a pre svega ne znači dugotrajnost. U vezi sa tim, takođe treba reći i to da bez istinskog autoriteta nema ni istinskog legitimiteta.

4. „DURA LEX SED LEX", LEGITIMITET, STRAH I MANIPULACIJE

I pored svega napred rečenog, da su strogi zakoni često baš zato što su strogi, neefikasni, odnosno kontraproduktivni, da produkuju koruptivno ponašanje i da ne uživaju stvarni autoritet kod građana, najveći broj ljudi i dalje besogovorno veruje u stroge zakone. Ovde se u stvari postavlja pitanje šta je to legitimitet, šta je to što je „moralno ispravno". Da li je moralno ispravno, tj. legitimno na primer dati svima isto, ili je legitimno dati siromašnima više nego bogatima? Šta je zapravo ono što je ispravno, šta je to pravda?[10] Da li legitimitet vezivati samo za broj onih građana koji podržavaju jedan zakon, tj. daju mu legitimitet? To što najveći broj građana podržava jedan zakon, to ipak ne znači da je taj zakon legitiman, odnosno moralno ispravan, što se inače smatra sinonimom za legitimitet, već može značiti da je zakonodavac jeftinom, populističkom demagogijom, podilazio laičkom javnom mnjenju, koje je najčešće ophrvano strahom za sopstvenu bezbednost i koje u principu preferira jednostavna rešenja i stroge zakone[11] Tako se obezbeđuje podrška građana jednom zakonu i tako se obezbeđuje njegov formalni legitimitet, ali to naravno uopšte ne znači da je taj zakon zaista moralno ispravan, već može značiti da su sprovedene određene medijsko – marketinške manipulacije, putem kojih je najveći broj građana ubeđen da veruje da je novi zakon moralno ispravan, da veruje da će novi zakon koji se upravo usvaja, svojom strogošću rešiti sve probleme, jer je rešenje uvek u kažnjavanju. U pitanju su „spinovanje" i manipulacija, koje najčešće vode preko viktimoloških manipulacija.[12]

Kada je reč o laicima, masama glasača, građana, naroda, uvek treba umati u vidu danas sve razvnije manipulacije zasnovane na znanjima iz socijalne psihologije,[13] kao i razvijene tehnike manipulacije i uticanje na svest ljudi.[14] Ne retko se u istoriji događalo da jedan čovek izmanupuliše većinu ljudi – građana, tako da to što većina građana smatra, ne mora biti ispravno. Događaćo se isto tako da je većina bila u krivu, a da je u pravu bio jedan pojedinac. Da je to tako, da

[10] Hans Kelzen, „Šta je pravda?", *Pravni život*, br. 12/1995, Beograd, 1995, 61,75.
[11] Đorđe Ignjatović, Biljana Simeunović-Patić, *Viktimologija,* Beograd, 2011, 108.
[12] Jovan Ćirić. „Viktimološke manipulacije" *Pravni život*, Beograd 9/2010, 91.
[13] Nikola Rot, *Osnovi socijalne psihologije,* Beograd, 1973, 485.
[14] Sergej Kara-Murza, *Manipulacija svešću* - (prevod sa ruskog), Beograd, 2011, 72.

većina ne mora biti u pravu, ima mnogo primera u istoriji, a jedan od takvih primera u istoriji jeste i suđenje Sokratu, kada je porota koja mu je sudila brojala preko 500 ljudi.[15] Ukoliko bismo zaključivali samo na osnovu brojeva, takva porota bi uživala puni legitimitet.

Nakon što se dogodi neki težak zločin, u medijima se dugo i istrajno govori o tom zločinu i o nevinim žrtvama tog zločina, što naravno pobuđuje reakciju u stilu: treba doneti strože zakone. Na kraju tog procesa nalaze se političari, koji nude odgovarajuća rešenja, a ta su rešenja pre svega sve stroži i stroži zakoni. Ko tada može da objektivno i razložno porazgovara sa ocem nekog nastradalog deteta? Ili sa ocem nekog deteta koje nije nastradalo a koje tek možda može biti žrtva? Ko tada može da objasni iziritiranom i zaplašenom javnom mnjenju da „zakoni ne reševaju sve", da je princip „*dura lex sed lex*" u suštini nedemokratski, da treba praštati i imati ljudskog razumevanja čak i za nekog zločinca, jer ako smo Hrišćani, onda pre svega treba da praštamo.[16] Zlo i strah od zla, a naročito kada se poveže sa medijskim manipulacijama, bude u čoveku ono iskonsko starozavetno: „oko za oko", što je u stvari drugo ime za „*dura lex, sed lex*". Strah, dakle, otvara mnogobrojne mogućnosti za manipulacije, tako da to što najveći broj građana podržava jedo zakonsko rešenje, praktično ipak ne znači mnogo. Ljudi su često spremi da se dobrovoljno podvrgnu strogim zakonima iz straha da ne postanu žrtve i to je ono što Erih From naziva „beksto od slobode".[17] To što neki vrlo strogi zakoni uživaju podršku najvećeg broja ljudi, ne znači mnogo, već može značiti da je prethodna manipulacija bila delotvorna. Uostalom, podsetimo se Hitlera – zar nije on bio taj koji pobedio na legalnim izborima i dosta dugo uživao punu podršku građana? Podrška građana ne može se poistovetiti sa legitimitetom i sa tim treba biti krajnje oprezan.

5. DURA LEX SED LEX – NEPRAVDA I SUROVOST KOJA NIKOME NIŠTA NE PRAŠTA

Kod tog *„dura lex sed lex"* nema nikakvog praštanja, niti ljudskosti. U pitanju je surovost, koja se opravdava naivnim, ali tvrdokornim verovanjem da će se time na kraju ipak pobediti zlo. Drugo je međutim pitanje šta je zlo i ko je zao, te da li u odgovoru na to pitanje ima u dobroj meri i određene ideologije. Posebne vrste ideologizovanja dolaze do izražaja kada se na primer povede reč o terorizmu,

[15] Henry Abraham, *The Judicial Process - sixth edition,* Oxford University Press, New York, 1993, 10-12.

[16] Jovan Ćirić, „Praštati i kažnjavati, Zbornik radova: *„Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust,* Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Palić, 2016, 29-39.

[17] Erih From, *Bekstvo od slobode* (prevod sa engleskog), Zagreb, 1984, 57.

kada se razmšlja u stilu „ljut melem staviti na ljutu ranu“ [18] i time se spirala nasilja i međusobnog nerazumevanja dalje širi. Zar ćemo imati ikakvog razumevanja i sažaljenja za teroriste? Niko se naravno ne obazire na eventualnu primedbu da kada na teroriste odgovorimo serijom vazdušnih udara, da sve to dovodi do viktimizacije nevinog civilnog stanovništva u Iraku, Siriji, Avganistanu i drugde, te da osnažuje motivaciju potencijalnih terorista da dalje nastave – odgovore, da opravdaju svoje terorističke akte.[19] Važno je samo to da se na ljutu ranu stavi ljut melem, odnosno, da se primenjuju strogi zakoni koji ne dozvoljavaju praštanje, ali koje pri tome podržava najveći broj građana, zakone koji uživaju legitimitet.

Legitimitet sam po sebi, kao što smo pominjali, može biti vrlo sporna i opasna stvar i mnogo što šta može biti opravdavano činjenicom da većina u jednom društvu određenom zakonu i određenim zakonskim merama daje podršku, legitimitet. Nekada je to bio slučaj sa Jevrejima u nacističkoj Nemačkoj, a danas to može biti slučaj sa „ratom protiv terorizma – droge – organizovanog kriminala.“ Moglo bi se reći, (da li baš preterano?) da kao što je u svoje vreme Hitler uživao podršku većine građana i legitimitet, tako je isto i američki „*Patriot Act*“ posle 11 septembra bio podržan od većine građana. Podrška građana *Patriot Act*-u u tim trenucima je bila bezrezervna, pa je i legitimitet tog akta bio sasvim neupitan.[20] Ukazom Predsednika Buša iz novembra 2001. godine, formirane su vojne komisije, koje su u čitavom nizu slučajeva preuzimale ingerencije redovnih sudova.[21] To je naravno krajnje problematično sa stanovišta demokratije i ljudskih prava, ali, koga je u toj situaciji u američkoj javnosti bilo briga za sve te formalne “začkoljice”? Bilo je važno samo to da većina građana bezrezervno podržava taj zakon, no da li je većina uvek u pravu?

Imajući u vidu brojne istorijske primere, počev od suđenja Sokratu, preko Isusa Hrista, suđenja Đordanu Brunu, pa sve do današnjih dana, mi jednostavno moramo konstatovati da većina nije uvek u pravu[22] odnosno da je jedan od osnovnih problema naše skupštine od ponovnog uspostavljanja višepartizma u shvatanju da je većina uvek u pravu u zakonodavnom i u nadzornom procesu.[23] Ne bi dakle trebalo snagu argumenata zamenjivati brojem argumenata, odnosno prevashodno brojem onih koji glasaju za jedan argument. Brojke tu zapravo ne

[18] Darko Tanasković, “Džihad i anti-džihad”, pogovor za knjigu Srđe Trifkovića “*Senka Džihada*”, Beograd, 2007, 413.

[19] Aleksandra Bulatović, „Terorizam kao političko-bezbednosni problem“, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 2/2015, Beograd, 157.

[20] Kam Wong, “USA Patriot Act: A Preliminary Study”, *Strani pravni život*, br. 1-2/ 2007, Beograd, 2007, 130-173.

[21] Vesna Ćorić, „Nove metode u suzbijanju terorizma u SAD nakon 11. Septembra*“ Strani pravni život*, 1-3/2006, Beograd, 2006, 265.

[22] www.politika.rs/scc/clanak/154703/Vecina-nije-uvek-pravu

[23] www.naslovi.net/2016-11-08/danas/demokratija-iparlamentarizam-vecina-nije-uvek-u-pravu/192052525

igraju značajnu ulogu.[24] Da je to tako najbolje se vidi iz nekih poznatih istorijskih situacija kada su ljudi verovali da je zemlja ravna ploča, odnosno kada su verovali da se sunce okreće oko zemlje, a ipak je pojedinac koji je u tom trnutku ostajao usamljen, na kraju bivao u pravu. Legitimitet, dakle, ne bi trebalo shvatati samo kao jednu "igru brojeva", već bi ga trebalo shvatati imajući u vidu i aktuelne demokratske, međunarodne standarde ljudskih prava. Jedan od takvih standarda jeste i praksa Evropskog suda za ljudska prava, ali, tu su i uporednopravna istraživanja i sagledavanja kako je nešto regulisano u nekim drugim državama. Sagledavajući druge, mi u stvari sagledavamo sebe same, te se onda u tom smislu ponekad i sami zapitamo: "Hoćemo li da budemo kao 'ovi' ili kao 'oni'?" Pitanje koje nam se u vezi sa strogošću zakona nameće, jeste pitanje: „Hoćemo li da budemo kao Jemen gde je za homoseksualizam propisana smrtna kazna; kao Nigerija gde je za preljubu propisana smrtna kazna kamenovanjem; kao Avganistan gde je za preobraćenje u drugu religiju koja nije Islam, propisana smrtna kazna, ili kao Kina gde je za posedovanje pornografskog materijala propisana doživotna robija?"[25]

I pored svega, načelo da nema praštanja, načelo „*dura lex sed lex*" još uvek egzistira u svesti običnih građana, u svesti ljudi koji su pod dejstvom straha i različitih manipulacija spremni da opravdaju i daju legitimitet najsurovijim i najnepravednijim zakonskim rešenjima. To načelo „*dura lex sed lex*" uvek je izraz jedne totalitarne i nedemokarstke ideologije, svesti i politike, ideologije svesti i politike, koja je ponekad ogoljena, kao u vreme nacističkog anti-semitizma, a ponekad je zaodenuta u neke druge forme, kakva na primer može biti i današnji „rat protiv terorizma". Svima onima koji i danas imaju razumevanja za načelo „*dura lex sed lex*" čovek bi mogao postaviti pitanje da li opravdavate ono što su nacistički okupatori sprovodili u Srbiji za vreme Drugog svetskog rata: „sto za jednog". Upravo bi se za te zakone i tu praksu moglo reći: „*dura lex sed lex*". Svi oni koji veruju u načelo „*dura lex sed lex*", pre ili kasnije bi mogli opravdavati streljanja sprovođena u Srbiji 1941.[26] Oni koji imaju razumevanja za „*dura lex sed lex*", u stvari ne postavljaju pitanje kakav je zakon, već smatraju da je dovoljno samo to da zakon ima podršku većine i da bude poštovan, pa ma kakav da je. Može li se međutim na bilo koji način opravdati, u moralnom, ili bilo kom drugom smislu streljanje đaka u Kragujevcu na primer? Načelo „*dura lex sed lex*", pre ili kasnije vodi upravo tome. S tim u vezi treba reći i to da nemački koncept pravne države vodi računa prvenstveno o tome da se zakoni moraju poštovati – nešto

[24] Jovan Ćirić, "Brojke i pravo", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2-3/2016, Beograd, 2016, 205.

[25] www.teen385.com/lifestyle/klikom-po-svijetu/rop-10-zemaja-s-najstrozim-zakonima

[26] Taj princip „sto za jednoga" u Srbiji je krajem 1941. dao neke rezultate, doveo je do pacifikacije, ali, o koju cenu i da li se to sve može opravdati, legitimizovati?

postaje moralno ispravno, legitimno samim tim što je proglašeno za zakon, dok u engleskom konceptu „vladavine prava“ („*rule of law*“), nešto postaje, biva proglašeno za zakon zato što je moralno-ispravno.[27] To u stvari znači da puko usaglašavanje svog sopstvenog ponašanja sa opštim zakonskim pravilima, vas još uvek ne opravdava u svemu onome što činite.

Ako je (pravna) zapovest sama po sebi nehumana i nemoralna, protivna elementarnim principima moralnosti i pravnosti, nepodnošljivo nepravedna, a vi se ponašate u skladu sa takvom pravnom zapovešću, to još uvek ne znači da ste oprali svoju savest i opravdali svoje ponašanje. Načelo „*dura lex sed lex*“ podrazumeva upravo to da opravdavate svoju savest i poput Pontija Pilata „perete ruke“. Ili, rečeno na drugi način: „ja sam samo postupao po (zakonskim) pravilima – izvršavao naređenja“. To je uostalom oduvek bio način opravdavanja sopstvenog nemoralnog ponašanja – ta formalna logika, formalna saglasnost sopstvenog ponašanja i propisanih pravnih zapovesti.

„Nije moje da razmišljam (kakav je zakon), moje je da sprovodim, izvršavam zakone“, to je logika načela „*dura lex sed lex*“. U tom smislu je zanimljiv i jedan događaj iz godine 1962. neposredno nakon što je definitvno podignut „Berlinski zid“, kada su dvojica istočno-nemačkih tinejdžera pokušala da pobegnu preko zida na Zapad. Za jednog od njih, taj pokušaj se završio fatalno. Osamnaestogodišnjeg Petera Fehtera, pogodili su puščanom vatrom istočno-nemački graničari. Događaj je uzbudio celokupnu zapadnu javnost. Stvar se međutim nije na tome završila. Nakon ujedinjenja Zapadne i Istočne Nemačke, postavilo se, između ostalog i pitanje krivične odgovornosti dvojice graničara koji su pucali na Fehtera. Postavila su se ista pitanja koja su se nekoliko decenija pre toga, u toj istoj Nemačkoj, a povodom druge vrste totalitarizma, nacističkog totalitarizma, bila postavila: „ja sam samo izvršavao naredbu (zakonsku obavezu)“; „šta uopšte raditi sa nepravednim pravom“? Zemaljski sud u Berlinu, osudio je dvojicu graničara na 20, odnosno 21. mesec zatvora, a nedugo zatim, tu presudu je potvrdio i Vrhovni sud Nemačke, pozivajući se, između ostalog i na tzv. Radbruhovu formulu, koju je ovaj znameniti nemački pravnik-filozof formulisao neposredno iza Drugog svetskog rata, a povodom iskustva iz nacističkog perioda.[28] Dva su vrlo značajna Radbruhova pravno filozofska dela, koja su nastala iza rata u periodu od 1945. do 1949. Radi se o delima „Pet minuta filozofije prava“ i „Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo“. Suština ovog drugog dela, dela o zakonskom nepravu i nadzakonskom pravu, sastoji se u Radbruhovom stanovištu da svako pravo da bi uopšte bilo pravo mora ovaplotiti jedan minimum

[27] Vojislav Koštunica, „Anglo-američka pravna tradicija i ideja vladavine prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 2/81, Beograd, 1981, 254.

[28] Aleksandar Molnar, “Radbruhova formula u Dreierovoj interpretaciji”, *Pravni život,* 12/1996, Beograd, 1996, 24.

pravde, koji prevazilazi puku činjenicu ozakonjenosti.[29] Slučaj istočnonemačkog dečaka Petera Fehtera, kao i brojni slični slučajevi iz perioda nacističkog totalitarizma, pokazuju da bespogovorno poštovanje zakona po principu „*dura lex sed lex*" obesmišljava i samu ideju pravne države i prava uopšte.[30] U tom smislu bi se moglo govoriti o tome koliko je logika „*dura lex sed lex*" u suštini nemoralna i nepravedna i koliko ona u stvari služi za opravdavanje elementarne nepravde i elementarnog neprava u kojem je moguće pucati na dečake, odnosno streljati đake. No, u vezi sa tim se ovde postavlja jedno drugo važno faktičko pitanje, a to je pitanje: „da li je moguće i kako je moguće suprotstaviti se logici *dura lex sed lex* i ne primenjivati nepravedne zakone?"

6. DURA LEX SED LEX – NEPODNOŠLJIVO NEPRAVEDNI ZAKONI

U teoriji se od Radbruha pa sve do danas odomaćilo stanovište da kada se i ako se radi o zakonima koji su tako i toliko nepravedni da se to može okrakterisati kao „nepodnošljiva nepravednost", da se takvi zakoni ipak ne mogu i ne smeju primenjivati, odnosno da sudija ima pravo da takve zakone ne primenjuje. U svom delu, „Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo", Radbruh je izvršio podelu na one zakone koji su samo uobičajeno - podnošljivo nepravedni i one koji su neuobičajeno – nepodnošljivo nepravedni, a ovi drugi, nikada i ni pod kakvim uslovima ne mogu i ne smeju biti primenjivani.[31]

Totalitarni režimi međutim od pravnika zahtevaju da ni na koji način ne razmišljaju da li je pravo pravedno, već da samo i jedino primene formulu A jednako B, a B jednako C, pa onda samim tim A jednako C. Pravo je zapovest koja se bez razmišljanja sprovodi. U takvom formalizovano-birokratizovanom sistemu „*Marschieren und nicht raisonieren*", sve može delovati pravno perfektno, ali pri tome ništa nije ni pravedno, ni moralno. Suštinski, radi se o staroj razlici, različitom gledanju na stvari između pravnog pozitivizma i jusnaturalizma, te ma koliko se činilo da je ideja prirodnog prava i zaboravljena i prevaziđena, pokazuje se, upravo kada se analiziraju, sagledaju iskustva različitih totalitarizama iz XX veka, da ona, ta ideja prirodnog prava, ipak biva na neki način revitalizovana, dok ideja puke primene pozitivnog prava bez ulaženja u to kakvo je pravo, da ta ideja

[29] Radivoj Stepanov, „Pet minuta filozofije prava Gustava Radbruha", *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 12/2009, Novi Sad, 2009, 35.

[30] Jovan Ćirić, „Rechtsstaat, Shulz, Radbruh i Fehter" u: *Uvod u pravo Nemačke*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011, 37-53.

[31] Danilo Basta, „Petnaest minuta o prirodi Radbruhove formule", *Arhiv za pravne i društvene nauke",* 1-3/1996, Beograd, 1996, 278.

biva relativizovana.[32] Sudija – pravnik ne bi smeo da bude samo silogistički automat koji ne razmišlja o tome kakvo je pravo. Ono pravo koje je nepravedno do granice nepodnošljivog, pravnik – sudija može i treba da ne primenjuje. No, to je tako u teoriji, a kako je u praksi?

Problem je međutim u tome što tamo gde su zakoni nepodnošljivo nepravedni, tamo je najčešće i sveukupno društveno okruženje tako i toliko nepodnošljivo, da je zapravo nemoguće, ili gotovo nemoguće, ne primeniti dotični zakon. Ovde treba imati u vidu i jednu drugu priču o jednom drugom Nemcu, izvesnom Jozefu Šulcu, koji je 1941. u Srbiji odbio da strelja zarobljenike i praktično pristao da i sam bude streljan. Ne ulazeći u to da li je i koliko ova priča tačna, ona je svakako paradigmatična za jednu generalnu raspravu o „nepodnošljivo nepravednim zakonima".[33] Ne može se zaista ni od koga tražiti – zatevati takvo i toliko samo-žrtvovanje kao u priči o nemačkom vojniku koji je odbio da puca – strelja zarobljenike, pa zbog toga sam bio streljan.

7. DURA LEX SED LEX . KOLIKO JEDAN PRAVNIK FAKTIČKI MOŽE DA ODBIJE DA PRIMENJUJE PRAVO?

Lako je reći da nepravedne zakone ne treba primenjivati, ali da li se to faktički može realizovati? Zapravo je ovde pitanje koliku žrtvu mi zahtevamo od sudije, ili pravnika uopšte kada mu stavljamo u obavezu da ne primenjuje nepodnošljivo nepravedno pravo? Ne možermo zahtevati od bilo koga da učini žrtvu koju je učinio već pominjani Jozef Šulc, kada je odbio da učestvuje u streljanju ratnih zarobljenika. Takođe, ne možemo zahtevati da neko danas poput Đordana Bruna svesno ode na lomaču ponavljajući reči „ipak se okreće", odnosno da poput Hrista pristane na Golgotu, samo da ne bi odustao od svojih moralnih načela i ubeđenja. Takođe ne možemo očekivati da i danas ljudi budu poput Sokrata i mirno ispiju otrov, ne pristajući na kompromis. Jer kada bi svi to radili i postupali na taj način, onda ni Sokrat, ni Hrist, ni Bruno više ne bi bili izuzeci i ideali koji bi se po bilo čemu izdvajali. Veličina bilo čijeg gesta vrlo se često odvija u izuzetnosti tog gesta, u tome što je taj gest različit u odnosu na većinu koja strahujući za sopstveni život i karijeru, udobnost svoje porodice i sopstveni komoditet pristaje na mnogo što šta, pa i na primenu načela „*dura lex sed lex*", jer

[32] Ideja prirodnog prava, u Srbiji je revitalizovana delovanjem poznate „Kopaoničke škole", te radovima, člancima Slobodana Perovića, koji tretiraju tu problematiku. Na primer: „Autonomija volje i prinudni propisi", *Pravni život*, 5-6/2007, Beograd, 2007; „Sloboda i prirodno pravo" *Pravni život,* 9/2007, Beograd, 2007; „Prirodno pravo u filozofskom i normativnom smislu"; *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1-2/2006, Beograd, 2006.

[33] Jovan Ćirić, Rechtsstaat, Shulz, Radbruh i Fehter u: *Uvod u pravo Nemačke*, 37-53.

nije moje da razmišljam kakav je zakon, moje je samo da ga primenjujem, a zakon iako je strog, mora biti poštovan.

Lako je reći da potčinjeni ne treba da sprovodi naređenja pretpostavljenog, ako su ta naređenja u stvari zločini. Isto tako je lako reći da ni sudija ne treba da primeni zakon koji je nepodnošljivo nepravedan,[34] ali, socijalna, psihološka, pa čak i ekonomska realnost je uvek mnogo komplikovanija. Ako na jednoj strani stoji realna opasnost da posledice odbijanja izvršenja naređenja, odbijanja primene zakona, budu teške, onda je na drugoj strani nemoguće očekivati da će jedan vojnik, oficir, naročito ako je u pitanju mladi vojnik – oficir skupiti toliko hrabrosti za otpor, za otpor tiraniji, strahovladi, totalitarizmu. Utoliko je nerealno tražiti takvo i toliko samožrtvovanje i antički heroizam, kakvi su bili karakteristični za Jozefa Šulca. Slično se može odnositi i na pravnike i njihovo neizvršenje, sprovođenje i nesprovođenje nepravednih zakona.[35] Naročito onda kada su sudije – pravnici naučeni - naviknuti da je zakon iznad svega ostalog, da pravni pozitivizam mora biti vrhovno načelo. „Ko sam ja - mali čovek, sitni činovnik – sitni šraf, kako da se suprotstavim velikoj moćnoj mašineriji, soldateski koja pobeđuje sve pred sobom, odnosno državi koja iza sebe ima sve - i vojsku i policiju i druge sudije – pravnike[36] i medije i podršku većine građana, a ponekad podršku čak i međunarodne zajednice". Nije realno očekivati da u društvu gde se lako i masovno ubijaju ideološki, politički, ili nacionalni neistomišljenici (protivnici – neprijatelji) da tamo u tom i takvom društvu, u takvoj društvenoj realnosti, da se tu bilo ko, sudija, vojnik, ili bilo ko drugi, odluči za pobunu, otpor,

[34] To kaže Radbruh u svom „prvom minutu".

[35] Ovde bismo mogli da budemo pomalo cinični čak i u odnosu na samog Radbruha. Naime on je bio poznati pravnik, profesor, teoretičar, filozof, pa čak i politički aktivista u redovima Socijaldemokratske partije, pre nego što je Hitler došao na vlast, a kada je zavladala nacistička strahovlada, on je jednostavno skrajnut da radi u jednoj biblioteci, sve do kraja rata, kada je već 1945. godine, objavio svoje čuveno „Pet minuta filozofije prava" (R.Stepanov, *op.cit.)* Cinik bi naravno mogao da (mu) postavi pitanje, pa zašto on sam nije digao svoj glas, izrekao svoj protest, pobunu, otpor na neki način, način koji bi njemu mogao biti primeren. Odgovor bi mogao biti naravno sasvim jednostavan: „zato što bi vrlo brzo završio u nekoj od gasnih komora". Ipak, ostaje jedno drugo pitanje koje se nameće: „kako i zašto to očekivati od jednog 'običnog' sudije, ili kakvog drugog činovnika?" Odgovor bi se mogao pronaći u tome da postoje takve nepodnošljivo nepravedne socijalne situacije, kada se ništa drugo osim ćutanja, trpljenja i bespogovornog izvršavanja naredbi ne može od bilo koga očekivati. Osim naravno ukoliko od dotičnog ne očekujemo da se svesno samožrtvuje i opredeli za smrt, ali, to nije realno, a sa druge strane je i nihilistički, te na neki način samim tim i to postaje nepravedno.

[36] „Ako ja odbijem da primenim jedan zakon, moj kolega, drugi pravnik će ga primeniti, tako da moj otpor, moje nepristajanje, neće imati nikakvu svrhu. Ako ja odbijem da pucam, pucaće onaj do mene." To je način razmišljanja, psihološka matrica koja može biti vrlo karakteristična i za vojnika i za pravnika.

građansku neposlušnost, za to da ne primeni (nepodnošljivo) nepravedni zakon, ili ne izvrši (nepodnošljivo) nehumanu naredbu – nalog.

Treba reći da je ovde strah za sopstvenu egzistenciju, od najpresudnijeg značaja za sagledavanje zbog čega se u prošlosti dešavalo, a i danas se pokatkad dešava da ljudi, pravnici, sudije, slepo primenjuju pozitivno pravo, tj. i najnemoralnije zakone, te kako i zašto totalitarizam bilo koje vrste uvek i iznova i od vojnika i od pravnika pravi automate koji slepo i pokorno izvršavaju naređenja. Pitanje se zapravo može formulisati i na sledeći način: „imamo li mi prava – (moralnog) osnova da od jednog običnog čoveka, sitnog činovnika očekujemo poseban stepen hrabrosti i herojskog samožrtvovanja, koje će se manifestovati u njegovom odlučnom 'NE'. Ne, ja neću da primenim takvo pravilo, da postupim toliko nemoralno, toliko nepodnošljivo nepravedno, pa bez obzira koliko me to koštalo."[37]

Svaki pojedinac koji pristane na "ćutanje" i sprovođenje nepodnošljivih zakona uvek će se braniti time da je to morao. No, ne može se prihvatiti opravdanje tipa: „da nisam to uradio 'sproveo', ne bih napredovao u službi, ne bih bio reizabran za sudiju na primer". Ne bi se moglo prihvatiti ni opravdanje tipa: „da nismo pucali na Fehtera i praktično ga usmrtili, naš nadređeni bi nas kaznio zatvorskom, novčanom, ili nekom sličnom kaznom". Praktično ništa osim smrtne kazne ne bi moglo biti prihvaćeno kao dovoljno jako (moralno) opravdanje za primenjivanje te, ili bilo koje slične nepodnošljive nepravde. Zbog toga je neophodno utvrditi šta bi se onima koji u delo sprovode nepodnošljivu nepravdu, šta bi se sa njima dogodilo da su odbili da primene – sprovedu tu nepodnošljivu nepravdu, da li bi i sami postali žrtve te nepodnošljive nepravde, ili bi nepravda kojoj bi bili izloženi, bila ipak (znatno) manje nepodnošljiva. Nije lako izgubiti posao na primer. Izgubiti posao jeste nepravda, ali ipak nije nepodnošljiva nepravda, kao izgubiti život. Biti kažnjen zatvorskom kaznom jeste nepravda, ali ipak ne toliko nepodnošljiva nepravda da bi čovek pristao da i sam učini, odnosno nekome nanese nepodnošljivu nepravdu. Strah od zatvora nije dakle dovoljan da opravda ubistvo. Ali, strah od toga da se i sam bude ubijen, ipak jeste opravdanje da se preduzme čak i samo ubistvo. U krajnjoj liniji, moglo bi se reći da se ovde radi o nečemu što bi se gotovo moglo poistovetiti sa krajnjom nuždom.

[37] Jovan Ćirić, *Op. cit.,* 53.

Jovan ĆIRIĆ, Ph.D.
Judge of the Constitutional Court of Serbia

DURA LEX SED LEX

Summary

The Latin proverb „dura lex sed lex“ is wellknown among lawyers, but also in the laymen's publicity. Ordinary people belive that if we want to resolve some social problem, to prevent anti-social behaviour, we need to prescribe severe punishments for violating norms. People believe that in the fights against criminality, the most important thing is the severe punishments. Famous criminologist Becaria used to say that it is not important how punishments are severe, but how many offenders success to escape from those punishments. In that sense we have to say that there is no society without criminality. Theorethically said, if we want to make a society without criminality, we must pay a high price. It does mean more police officers, more technical equipment, more judges and prosecutors, more jails. Futhermore, it does mean less money for the health care, for the education, for the culture. So, we can see that punishments are not so important, such as many other parts of the whole social system. However the laymen's publicity still believes that severe punishments resolve everything. Having that in mind, the pubicity could be manipulated by politicians and media. When one particular criminal case occurs, mass media start to exploit the fear and other basic insticts of the laymen's publicity. That is why people are more and more afraid from the criminality. At the end come journalists, so-called experts and politicians who offer quick and simple solutions in the fight against criminality. In that sense the author of this article says that the morality and the legitimacy of one legal system depends not on what people think and what they vote, because people very often can be manipulated by politicians and media, like it was in Hitler's Germany. The author of this text also thinks that severe punishments provoke corruption. He says that the level of coruption usually is very high in the countries in wich punishments for the corruption are very severe. On the other side, in countries where punishments are mild, there is less corruption. The good example are Scandinavian countries. It also has to be said that the principle „dura lex sed lex“ is not demoratic principle The author thinks on German nazy occupation in Serbai, when it was proclaimed that for one killed German soldier a hundred of Serbian hostiles had to be executed. That proclamation was based on the principle „dura lex sed lex“. Nowadays that principle – way of thinking exists in the war against terrotism. With the principle „dura lex sed lex“ there is no any place for mercy and forgiveness and that is something that is completelly different from the Cristian way of thinking. In that

sense, the principle „dura lex sed lex“ leads to the barbarian cruelty, so that „dura lex sed lex“ stays on the opposite side of the principle of liberal democracy and human rights.There is also one more interesting question. What to do one judge (lawyer) when he/she faces with a cruel and non-democratic legal norms. Well-known German lawyer and philosopher, Gustav Radbruh, used to say that an unbereable injustice should not be applied in practice. But, in connectinon with that, we could make two other questions. First of all: what is unbereable injustice and the second question is how to expect from ordinary lawyers (people) to be so brave and to reject to aply one legal order. So, the maxim „dura lex sed lex“ have many different and interesting social meanings. Jovan Ćirić here tried to speak about some of them.

Keywords*: dura lex sed lex; legitimacy, media manipulations; democracy, injustice*

LITERATURA

* Abraham H; *The Judicial Process - sixth edition*, Oxford University Press, New York, 1993;

* Basta D; Petnaest minuta o prirodi Radbruhove formule, „*Arhiv za pravne i društvene nauke*“; 1-3/1996; Beograd, 1996;

*Begović, B; Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja; *Crimen*, br. 1/2010;

*Bekarija Č; *O zločinima i kaznama – prevod sa italijanskog*, Split, 1984;

* Bock M; „O uzrocima korupcije i njenoj nemonovnosti u savremenom svetu“, u: Zbornik radova: „*Borba protiv korupcije – iskustva i poreženja*, Beograd, 2013;

*Bulatović A; Terorizam kao političko-bezbednosni problem; *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*; br. 2/2015, Beograd, 2015;

* Ćirić J; Koliko smo represivni (strogi) u poređenju sa Evropom, *Strani pravni život,* 1-2/2007, Beograd, 2007;

* Ćirić J; Viktimološke manipulacije; *Pravni život*, 9/2010, Beograd, 2010;

* Čirić J ; „Rechtsstaat, Shulz, Radbruh i Fehter“ u: „*Uvod u pravo Nemačke*“, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011;

* Ćirić J; „Praštati i kažnjavati“ u: Zbornik radova *„Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*; Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Palić, 2016;

* Ćirić J; „Brojke i pravo“ *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2-3/2016, Beograd, 2016<

* Ćorić V; „Nove metode u suzbijanju terorizma u SAD nakon 11. septembra” *Strani pravni život,* 1-3/2006, Beograd, 2006;

*From E, *Bekstvo od slobode* - prevod sa engleskog, Zagreb, 1984;

*Ignjatović Đ; Simeunović-Patić, B; *Viktimologija,* Beograd, 2011;

* Jerotić V; „Da li je čoveku potrebanautoritet? Šta je autoritet?“ u: Zbornik radova: *Religija, politika, pravo*, Institut za uporedno pravo – Pravoslavna Mitropolija Crnogorsko-primorska – Centar za proučavanje religije i versku toleranciju; priredili Jovan Ćirić; Velibot Džomić; Mitoljub Jevtić; Beograd, 2015;

* Kara-Murza S; *Manipulacija svešću*; - prevod sa ruskog, Beograd, 2011;

* Kelzen H; „Šta je pravda“, *Pravni život*, br. 12/1995, Beograd, 1995;

* Koštuica V; “Anglo-američka pravna tradicija i ideja vladavine prava” *Arhiv za pravne i društvene nauke,* br. 2/81, Beograd, 1981;

* Milutinović M; *Kriminalna politika*, Beograd, 1984;

* Molnar A; “Radbruhova formula u Dreierovoj interpretaciji” *Pravni život,* 12/1996, Beograd, 1996;

* Rot N; *Osnovi socijalne psihologije*, Beograd, 1973;

*Stepanov R. „*Pet minuta filozofije prava*“ Gustava Radbruha; Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 12/2009, 2009;

*Tanasković, D; “Džihad i anti-džihad”, pogovor za knjigu Srđe Trifkovića - “*Senka Džihada*”, Beograd, 2007;

*Wong; K.C; “USA Patriot Act: A Preliminary Study”, *Strani pravni život*; 1-2/ 2007, Beograd, 2007;

.

УДК 343.241:343.221-053.6(497.11)

Др Владимир В. ВЕКОВИЋ*

НОВИ СИСТЕМ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку, чије се доношење очекује до јуна 2017. године, у материјалном малолетничком кривичном праву доноси значајне новине које се односе на систем кривичних санкција. Васпитне мере су и даље задржале статус основних кривичних санкција, али је њихов регистар сужен, пошто су изостављене две заводске мере – упућивање у васпитну установу и упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање. Важна новина односи се на меру упућивања у васпитно-поправни дом. Због бројних недостатака досадашњег законског распона и система релативне одређености трајања ове васпитне мере, у Нацрту Закона је предвиђено да се њено трајање утврђује у распону од једне до пет година, уместо као до сада од шест месеци до четири године. Такође, прописано је да у одлуци којом изриче упућивање у васпитно-поправни дом, суд одређује и трајање мере, с тим да се њено најдуже трајање одређује на пуне године.

Општи минимум казне малолетничког затвора према Нацрту Закона износи годину дана (сада је шест месеци), а општи максимум десет година (што значи да се садашњи редовни, и уједно најчешћи максимум ове казне, који износи пет година, напушта). Нацртом је смањен и број мера безбедности које се могу изрећи малолетницима за учињена кривична дела. Наиме, осим забране вршења позива делатности или дужности, искључена је и могућност примене мере безбедности јавног објављивања пресуде. Значајно је истаћи да се Нацртом Закона подробно уређује вођење евиденција и обрада статистичких података о изреченим и извршеним кривичним санкцијама, што сада регулишу подзаконски акти.

Аутор истиче да анализа решења која предвиђа Нацрт Закона недвосмислено указује да је област кривичних санкција према малолетницима динамично подручје подложно променама у знатно већој мери у односу на друге кривичноправне институте.

Кључне речи: *малолетничко кривично право, систем кривичних санкција према малолетницима, малолетници, Република Србија.*

---

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, vladimir.vekovic@pr.ac.rs

1. ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА АКТУЕЛНОГ СИСТЕМА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА И РАЗЛОЗИ ЗА РЕФОРМУ

Народна Скупштина донела је 29. септембра 2005. године Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,[1] који је ступио на снагу 1. јануара 2006. и без икаквих измена и допуна важи и данас. Његове одредбе примењују се према малолетним учиниоцима кривичних дела (под одређеним условима и на пунолетна лица када им се суди за кривична дела која су учинила као малолетници, као и на лица која су кривично дело учинила као млађи пунолетници), а односе се на материјално кривично право, органе који примењују закон, кривични поступак и извршење кривичних санкција. Тиме је у нашој земљи идеја о аутономном малолетничком кривичном праву, тј. посебном законодавству којим се у потпуности регулише кривичноправни положај малолетних учинилаца кривичних дела коначно са теоријског пренета на нормативни план.

Према одредбама материјалног кривичног права садржаним у ЗМ, малолетницима се за учињена кривична дела могу изрећи следеће кривичне санкције: а) васпитне мере, б) казна малолетничког затвора и в) мере безбедности предвиђене чл. 79. Кривичног законика,[2] осим забране вршења позива, делатности или дужности. Већ на први поглед може се уочити да су кривичне санкције према малолетницима[3] потпуно различите од санкција садржаних у чл. 4. КЗ намењених пунолетним учиниоцима.

У оквиру опште сврхе кривичних санкција (чл. 4. ст. 2. КЗ), сврха васпитних мера је да се надзором, пружањем заштите и помоћи, као и обезбеђивањем општег и стручног оспособљавања утиче на развој и јачање личне одговорности, на васпитавање и правилан развој личности малолетника, како би се обезбедила његова реинтеграција у друштвену заједницу (чл. 10. ст. 1. ЗМ). Овако одређена сврха и начини њене

[1] Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – ЗМ, важећи закон, „Службени гласник РС“, бр. 85/05.

[2] Кривични законик – КЗ, „Службени гласник РС“, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

[3] Полазећи од општег појма кривичних санкција, кривичне санкције према малолетницима могу се дефинисати као законом предвиђене мере које се у циљу сузбијања криминалитета малолетника, на основу правноснажне одлуке суда донете у поступку према малолетницима или изузетно, у кривичном поступку у коме се поступак према малолетнику спаја са поступком против пунолетног окривљеног, извршавају у односу на малолетнике који су учинили противправна дела законом одређена као кривична дела. Милан Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник, Београд, 2011, 285.

реализације указују да је код васпитних мера првенствено изражена специјална превенција.

Сврха малолетничког затвора поклапа се највећим делом са сврхом васпитних мера, али има и неких особености. Поред сврхе која се жели постићи васпитним мерама, применом малолетничког затвора настоји се да се оствари појачан утицај на малолетног учиниоца да убудуће не врши кривична дела, као и на друге малолетнике, могуће учиниоце, да не врше кривична дела (чл. 10. ст. 2). Другим речима, подвлачи се специјална превенција и истиче генерална, што није био случај код васпитних мера.[4]

Према чл. 78. КЗ, сврха мера безбедности састоји се у отклањању стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела, па је сасвим разумљиво да је то и сврха мера безбедности које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. Дакле, и овде је специјално-превентивни ефекат у првом плану.

Доминација специјалне превенције указује да је исходиште наведених кривичних санкција у личности малолетника и потреби за његовим васпитавањем, надзором и пружањем заштите и помоћи. Основа и мерило за санкцију је личност, у чијој сенци остаје учињено кривично дело као повод за њено изрицање. У складу с тим, приоритетан значај има дијагностиковање потреба личности и проблема у њеном развоју, као и прогноза деловања санкција у правцу васпитавања и правилног развоја малолетника.[5] Упознавање личности малолетног учиниоца кривичног дела је, с обзиром на значајне разлике које међу њима постоје, неопходна претпоставка за прилагођавање санкције (законска, судска и извршна индивидуализација) његовим карактеристикама, а самим тим и за остваривање специјалне превенције.[6]

Васпитне мере су основне кривичне санкције намењене малолетним учиниоцима кривичних дела; такође, то су једине кривичне санкције које се могу изрећи млађим малолетницима. ЗМ (чл. 11. ст. 1. тач. 1)-3) предвиђа три врсте васпитних мера у оквиру којих постоје поједине васпитне мере (укупно девет). То су:

1) мере упозорења и усмеравања (судски укор и посебне обавезе), које се изричу када је потребно и довољно таквим мерама утицати на личност малолетника и његово понашање;

---

[4] Обрад Перић, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, ЈП Службени гласник, Београд, 2007, 32.

[5] Владо Камбовски, *Казнено право – општ дел*, Правен Факултет „Јустинијан“, Скопје, 2006, 811.

[6] Владимир В. Вековић, *Систем извршења кривичних санкција*, Београд, 2013, 161.

2) мере појачаног надзора (појачан надзор од стране родитеља, усвојиоца или стараоца, појачан надзор у другој породици, појачан надзор од стране органа старатељства, појачан надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање малолетника), које се изричу када за васпитавање и развој малолетника треба предузети трајније мере уз одговарајући стручни надзор и помоћ, а није потребно његово потпуно одвајање из дотадашње средине;

3) заводске мере (упућивање у васпитну установу, упућивање у васпитно-поправни дом, упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање), које се изричу када треба предузети трајније мере васпитавања, лечења и оспособљавања уз потпуно издвајање малолетника из дотадашње средине, ради вршења појачаног утицаја на њега. Ове мере изричу се као последње средство и могу трајати, у границама одређеним законом, само колико је потребно да би се остварила сврха васпитних мера.

Приликом избора васпитне мере суд посебно узима у обзир узраст и зрелост малолетника, друга својства његове личности и степен поремећаја у друштвеном понашању, тежину дела, побуде из којих је дело учинио, средину и прилике у којима је живео, понашање после учињеног кривичног дела (посебно да ли је спречио или покушао да спречи наступање штетне последице, накнадио или покушао да накнади причињену штету), да ли је према њему раније била изречена кривична или прекршајна санкција, као и све друге околности које могу бити од утицаја за изрицање оне мере којом ће се најбоље постићи сврха васпитних мера (чл. 12).

Наш ЗМ познаје само једну казну која се може изрећи малолетном учиниоцу кривичног дела, а то је малолетнички затвор. Изузетност кажњавања посебно је наглашена у чл. 9. ст. 3, али се може уочити и из услова за изрицање ове санкције. Наиме, малолетнички затвор може се изрећи само старијем малолетнику који је учинио кривично дело за које је законом прописана казна затвора тежа од пет година, ако због високог степена кривице, природе и тежине кривичног дела не би било оправдано изрећи васпитну меру (чл. 28). Према одредбама чл. 29, општи минимум казне малолетничког затвора износи шест месеци, док су у погледу општег максимума постављене две границе. Правило је да малолетнички затвор не може бити дужи од пет година. Међутим, за кривично дело за које је прописана казна затвора двадесет година или тежа казна, или у случају стицаја најмање два кривична дела, за која је прописана казна затвора тежа од десет година, малолетнички затвор може се изрећи у трајању до десет година. Казна се изриче на пуне године и месеце.

Мере безбедности, осим забране вршења позива, делатности и дужности (чл. 85. КЗ), могу се изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела ако им је изречена васпитна мера или казна малолетничког затвора. Од овог правила, међутим, постоје изузеци. Најпре, мере безбедности обавезног

лечења наркомана (чл. 83) и обавезног лечења алкохоличара (чл. 84) не могу се изрећи уз васпитне мере упозорења и усмеравања (судски укор и посебне обавезе). С друге стране, постоји факултативна могућност да се мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи (чл. 81) изрекне самостално (чл. 39. ЗМ).

Изложен сумарни приказ, примерен обиму и природи овог рада, недвосмислено упућује на закључак да ЗМ предвиђа разноврстан систем кривичних санкција, од којих су многе функционално повезане, заменљиве и комплементарне. Наравно, неопходна претпоставка за избор адекватне кривичне санкције је упознавање личности малолетног учиниоца кривичног дела јер је, поновићемо, основа и мерило за санкцију личност, у чијој сенци остаје учињено кривично дело као повод за њено изрицање.

Српски законодавац је систем кривичних санкција према малолетницима, као и цео ЗМ, конципирао у складу са савременим тенденцијама у науци малолетничког кривичног права, решењима у упоредном малолетничком кривичном законодавству, највишим стандардима из ове области, успостављеним у релевантним међународним конвенцијама и документима донетим под окриљем Уједињених нација (УН),[7] и Савета Европе (СЕ),[8] не занемарујући при том и добра решења присутна у нашем

[7] *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice – The Beijing Rules* (Adopted by General Assembly Resolution 40/33 of 29 November 1985); *United Nations Convention on the Right of the Child* (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 44/25 of 20 November 1989); *United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency – The Riyadh Guidelines* (Adopted and proclaimed by General Assembly Resolution 45/112 of 14 December 1990); *United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived their Liberty – The Havana Rules* (Adopted by General Assembly Resolution 45/113 of 14 December 1990); *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures – The Tokyo Rules* (Adopted by General Assembly Resolution 45/113 of 14 December 1990).

[8] *Recommendation No. R (87) 20 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on Social Reactions to Juveniles Delinquency* (Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th Meeting of the Ministers' Deputies); *Recommendation No. R (88) 6 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on Social Reactions to Juvenile Delinquency among Young People Coming from Migrant Families* (Adopted by the Committee of Ministers on 18 April 1988 at the 416th Meeting of the Ministers' Deputies); *Recommendation No. R (92) 16 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on the European Rules on Community Sanctions and Measures* (Adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992 at the 482nd Meeting of the Ministers' Deputies); *Recommendation No. R (2000) 22 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on Improving the Implementation of the European Rules on Community Sanctions and Measures Justice* (Adopted by the Committee of Ministers on 29 November 2000 at the 731st Meeting of the Ministers' Deputies); *Recommendation No. R (2003) 20 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States Concerning New*

кривичном законодавству пре доношења ЗМ. Међутим, десетогодишња примена и проблеми уочени у пракси указали су да је поједине одредбе ЗМ, међу њима и оне којима се регулише систем кривичних санкција према малолетницима, потребно додатно прецизирати, али и увести одређене новине. На неопходност усклађивања легислативе о малолетничком правосуђу са стандардима Европске уније (ЕУ) и њену пуну примену указала је, између осталог, и Европска комисија (ЕК) у свом Извештају о скринингу за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права.[9] Из препорука садржаних у том документу, очигледно је да приступни преговори и пуноправно чланство у ЕУ као крајњи циљ, захтевају суштинске промене у овој области како на нормативном плану, тако и у погледу имплементације. У складу с тим, Влада Републике Србије је на седници одржаној 27. априла 2016. године усвојила Акциони план за преговарање Поглавља 23.[10] Овим кровним стратешким документом на основу којег ће се спроводити препоруке ЕК, поред осталог, предвиђене су измене и допуне важећег закона у циљу преиспитивања врста и система кривичних санкција за малолетнике и увођења ширег спектра посебних обавеза.[11] С обзиром да је обим планираних измена изузетно велик, полазећи од Јединствених методолошких правила за израду прописа,[12] закључено је да је неопходно донети нови закон који ће уредити ову област. На основу тога, урађен је и 2015. године јавности представљен Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у

Ways of Dealing with Juveniles Delinquency and the Role of Juvenile Justice (Adopted by the Committee of Ministers on 24 September 2003 at the 853rd Meeting of the Ministers' Deputies).

[9] Достављањем Извештаја о скринингу нашој земљи јула 2014. године, окончан је процес скрининга за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права. У тој првој фази преговарачког процеса извршена је процена стања у Србији у односу на стандарде ЕУ у области реформе правосуђа, заштите људских права и борбе против корупције. Извештај о скринингу ЕК је припремила на основу два скрининг састанка (експланаторног и билатералног) са представницима Србије задуженим за ово поглавље, као и осталих доступних извора (извештаји међународних организација и невладиног сектора, сазнања држава чланица ЕУ о стању у Србији итд.). Тај извештај представља приказ реалног стања правног и институционалног оквира Србије и њених административних капацитета за примену правних тековина Поглавља 23. Извештај о скринингу – Србија, Поглавље 23 – Правосуђе и основна права, http://www.mpravde.gov.rs/files/ Izvestaj%20o%20skriningu%20-%20tekst%20na%20srpskom%20jeziku.pdf, 24. фебруар 2017.

[10] Акциони план за преговарање Поглавља 23 усвојен на седници Владе Србије 27.априла2016. године, http://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023.pdf., 26. фебруар 2017.

[11] Вид. одељак 3.6.2.10. Акционог плана за преговарање Поглавља 23.

[12] Јединствена методолошка правила за израду прописа, „Службени гласник РС", бр. 21/10.

кривичном поступку.[13] Доношење новог закона се, након јавне расправе и одговарајуће скупштинске процедуре, очекује до јуна 2017. године.[14]

У складу с тим, предмет даље расправе биће основне карактеристике новог законског регулисања система кривичних санкција према малолетницима. Пажњу ћемо, дакле фокусирати на одредбе чл. 12-42. Нацрта Закона којима се уређују кривичне санкције према малолетницима, као и на образложење Нацрта.

2. НОВА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА У ОБЛАСТИ СИСТЕМА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

У односу на ЗМ, Нацрт Закона доноси бројне новине у области кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела. У даљем тексту, указаћемо на нова решења која се издвајају по свом значају и од којих се може очекивати највећи ефекат у спречавању и сузбијању криминалитета малолетника.

2.1. Врсте кривичних санкција

Према одредби чл**.** 12. ст. 1. Нацрта Закона, малолетницима се за учињена кривична дела могу изрећи васпитне мере, казна малолетничког затвора и мере безбедности предвиђене КЗ, осим мере безбедности забране вршења позива, делатности или дужности и мере безбедности јавног објављивања пресуде. Дакле, поред забране вршења позива, делатности или дужности, новим решењем искључена је и могућност изрицања јавног објављивања пресуде. С обзиром на специфичне био-психолошке и социјалне карактеристике малолетних учинилаца кривичних дела, несумњиво је да би се негативне импликације стигме коју носи ова мера безбедности, додатно мултипликовале. Ситуација стигматизованог малолетника постала би још сложенија, а поновно вршење кривичних дела као одговор на позицију у којој се налази много извесније. Другим речима, будуће криминално понашање може бити директна последица његове стигматизоване различитости и изложености интензивном дискредитујућем

[13] Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку − Нацрт Закона, Нацрт, http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php, 2. март 2017.

[14] План рада Владе за 2017. годину, http://www.gs.gov.rs/doc/PLAN_RADA_VLADE_2017.pdf., 20. март 2017.

ефекту.[15] Очигледно да је тај разлог приоритетно детерминисао одлуку законодавца да искључи примену мере безбедности јавног објављивања пресуде, што се може оценити као значајан искорак у правцу адекватнијег третирања ове старосне категорије учинилаца.

2.2. Сврха васпитних мера и казне малолетничког затвора

Истом одредбом (чл. 13. Нацрта Закона) специјална превенција је одређена као основна сврха васпитних мера и казне малолетничког затвора. Међутим, независно од законске формулације којом се постизање циљева генералне превенције изричито не наводи као једна од сврха кажњавања малолетника, малолетнички затвор реално може остваривати и одређене генерално-превентивне ефекте како на малолетничку тако и на општу популацију. Казни малолетничког затвора не може се оспорити одређени степен ретрибутивности, но како је њена садржина ближа васпитним мерама институционалног карактера него казни затвора за пунолетне учиниоце кривичних дела, елементи такве природе сведени су на минимум.[16]

2.3. Заводска мера

Одредбом чл. 14. ст. 1. тач. 3) прописано је да се малолетном учиниоцу кривичног дела може изрећи само једна заводска мера – упућивање у васпитно-поправни дом. Упућивање у васпитну установу и упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање које предвиђа ЗМ не егзистирају више у регистру кривичних санкција намењених овој старосној категорији учинилаца. Разлози којима се законодавац руководио приликом свођења релативно широке лепезе заводских мера на само једну су бројни: а) губитак поверења судова у сврсисходност њихове примене и самим тим све израженија оријентација на васпитне мере

[15] Вид. Erving Gofman, *Stigma: zabeleške o ophođenju sa narušenim identitetom,* Mediterran Publishing, Novi Sad, 2009; Tony Parker, Robert Allerton, *The Courage of His Convictions,* Hutchinson & Co, London, 1962; Stanton Wheeler, Leonard S. Cottrell with the assistance of Anne Romasco, *Juvenile Delinquency: Its Prevention and Control*, Russell Sage Fondation, New York, 1966; Edwin McCarthy Lemert, *Social Pathology: A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behaviour,* McGraw-Hill, New York, 1951.

[16] М. Шкулић, *op.cit*., 287; Снежана Соковић, Станко Бејатовић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2009, 68; Љиљана Радуловић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010, 91.

ванинституционалног карактера; б) смањење капацитета и гашење институција за извршење мере упућивања у васпитну установу (она се извршава у заводима за васпитавање деце и омладине у Београду и Нишу, али не и у заводу у Књажевцу, који не развија одговарајуће стручне програме рада са овим малолетницима);[17] в) непостојање установе за извршење мере упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање упркос све израженијим потребама за њеном применом;[18] г) хронични финансијски проблеми; д) дефицит, недовољна едукованост и незаинтересованост запослених за извршење ових васпитних мера.

Нацртом Закона уводе се посебни распони приликом изрицања васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом, чиме се из разлога правичности, она суштински чини „сличнијом" другим кривичним санкцијама. Досадашњи законски распон (од шест месеци до четири године – чл. 21. ст. 3. ЗМ) и систем релативне одређености трајања ове мере показали су бројне недостатке. Стога је у чл. 23. ст. 3. Нацрта Закона, прописано да мера упућивања у васпитно-поправни дом може да траје најмање годину дана, а највише пет година, с тим да суд сваких шест месеци разматра да ли постоје основи за обуставу извршења мере или за њену замену другом васпитном мером. У одлуци којом изриче меру упућивања у васпитно-поправни дом, суд одређује и њено трајање, с тим да се најдуже трајање ове мере одређује на пуне године (чл. 23. ст. 4).

---

[17] Не сме, међутим, занемарити чињеница да се ова мера све ређе изриче и због бројних тешкоћа које се јављају приликом њене реализације (нпр. проблем одређивања конкретне установе у коју ће малолетник бити смештен; својеврсна „селекција" малолетника од стране васпитних установа, заснована на њиховим интерним актима; пропусти у вези са потрагом у случају бекства малолетника из установе; неорганизован боравак током распуста и одсустава малолетника у примарној средини, често и даље оптерећеној проблемима који су, између осталог, утицали да изврши кривично дело; недовољна сарадња овлашћених субјеката итд.). Посебну забринутост изазива податак да се значајан број изречених мера упућивања у васпитну установу уопште не извршава. Вид. Зоран Илић, Криминалитет младих и реформа правно-институционалне заштите у Србији, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања – I део* (Зборник радова), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 305-306; Милан Шкулић, Ивана Стевановић, *Малолетни делинквенти у Србији: нека питања материјалног, процесног и извршног права,* Југословенски центар за права детета, Београд, 1999, 312; Обрад Перић, Никола Милошевић, Ивана Стевановић, *Политика изрицања кривичних санкција према малолетницима у Србији,* Центар за мир и развој демократије, Београд, 2008, 134-135 и 137-140; Владимир В. Вековић, *op. cit.,* 183.

[18] Упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање спада у групу неафирмисаних васпитних мера, тј. васпитних мера за које се судови спорадично опредељују. Формирање једне такве установе омогућило би да ова заводска мера коначно заживи, што је несумњиво боље решење од њеног брисања из регистра кривичних санкција намењених малолетницима.

Иначе, одредбом чл. 24. ст. 1. предвиђено је да суд може условно отпустити из завода малолетника који је у васпитно-поправном дому провео најмање годину дана, што је и минимум трајања ове мере према Нацрту Закона (сада је то најмање шест месеци – чл. 21. ст. 3. и чл. 22. ст. 1. ЗМ), ако се на основу успеха постигнутог у васпитању може основано очекивати да он неће убудуће вршити кривична дела и да ће се у средини у којој буде живео добро владати.

2.4. Казна малолетничког затвора

Одредбом чл. 30. Нацрта Закона прописано је да малолетнички затвор не може бити краћи од годину дана ни дужи од десет година, а изриче се на пуне године и месеце. Овако одређен општи минимум казне малолетничког затвора указује да је приликом израде Нацрта Закона превладало мишљење да је годину дана, а не шест месеци како предвиђа ЗМ, најкраћи боравак потребан да би се остварили позитивни ефекти на малолетника током извршења („згуснут“ третман). С друге стране, општи максимум од десет година оставља суду довољно простора за индивидуализацију, као неопходну претпоставку успешног спречавања и сузбијања криминалитета малолетника.

Према чл. 33. ст. 1. Нацрта Закона, суд може условно отпустити лице коме је изречена казна малолетничког затвора ако је издржало половину изречене казне, али не пре него што је протекла једна година (сада се лице може условно отпустити ако је издржало трећину изречене казне, али не пре него што је протекло шест месеци, што је и општи минимум казне малолетничког затвора – чл. 32. ст. 1. и чл. 29. ЗМ), уколико се може оправдано очекивати да ће се на слободи добро понашати и да неће вршити кривична дела.

Нацрт Закона предвиђа посебне рокове застарелости извршења казне малолетничког затвора, који се разликују од рокова прописаних у ЗМ. Према чл. 34. Нацрта Закона казна малолетничког затвора не може се извршити ако је протекло:

1) десет година од осуде на малолетнички затвор преко пет година;
2) пет година од осуде на малолетнички затвор преко три године;
3) три године од осуде на малолетничи затвор преко једне године;
4) две године од осуде на малолетнички затвор од једне године.

С обзиром да су прописани само рокови релативне застарелости, у погледу апсолутне застарелости, тока и прекида застарелости извршења казне, важе општа правила садржана у одговарајућим одредбама КЗ.

2.5. Евиденција и статистички подаци о изреченим и извршеним кривичним санкцијама

Нацрт Закона (чл. 40) подробно уређује вођење евиденција и обраду статистичких података о изреченим и извршеним васпитним мерама и казни малолетничког затвора, што је несумњиво квалитативни искорак у односу на садашњу подзаконску регулативу ове материје. Ова евиденција и статистички подаци су од великог значаја, како у општем смислу, ради праћења стања криминалитета малолетника, што је од велике важности у одређивању основних праваца криминално-политичког деловања, тако и у посебном смислу због утврђивања да ли се ради о малолетном рецидивисти.[19]

2.6. Изрицање васпитних мера млађим пунолетним лицима

Изрицање васпитних мера млађим пунолетним лицима је Нацртом Закона потпуно другачије регулисано у односу на чл. 41. ЗМ. Наиме, у Нацрту је врста васпитне мере која се може изрећи учиниоцу везана за висину казне затвора прописане за учињено кривично дело. Конкретно, учиниоцу који је као пунолетан учинио кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година, а у време суђења није навршио двадесет једну годину, суд може изрећи меру посебних обавеза или меру појачаног надзора од стране органа старатељства; уколико је пак, учинио кривично дело за које је прописана казна затвора преко пет, а до десет година затвора, суд може изрећи меру упућивања у васпитно-поправни дом (чл. 42. ст. 1. и 2.). Примена наведених васпитних мера у овим случајевима је факултативног карактера.

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Проблеми уочени током десетогодишње примене ЗМ и препоруке садржане у Извештају ЕК о скринигу за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права, приоритетно су детерминисали потребу за доношењем новог закона којим ће се у потпуности регулисати кривичноправни положај малолетника у Републици Србији.

[19] М. Шкулић, *op. cit.,* 312.

Нацрт Закона, представљен јавности 2015. године, доноси бројне и значајне новине у наше малолетничко кривично право. Када је реч о кривичним санкцијама, треба нагласити следеће:

1) систем кривичних санкција предвиђен Нацртом, највећим делом је примерен специфичним био-психолошким и социјалним карактеристикама малолетних учинилаца кривичних дела и суштински се разликује од кривичних санкција намењених пунолетним учиниоцима;

2) васпитне мере су задржале статус основних кривичних санкција, па је њихова примена правило, а кажњавање, тј. изрицање казне малолетничког затвора изузетак;

3) изостављањем две заводске мере – упућивање у васпитну установу и упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање, број васпитних мера сведен је са девет на седам. С обзиром да су потребе за применом мере упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање све израженије, мишљења смо да је уместо њеног брисања из регистра кривичних санкција, било много боље оформити једну такву установу, која би омогућила да ова заводска мера заиста заживи. Очигледно, реч је о емпиријски неутемељеном решењу, уосталом као и у случају задржавања мере појачаног надзора у другој породици у систему васпитних мера;

4) трајање васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом утврђује се у распону од једне до пет година, што је повратак на решење које је постојало у нашем кривичном законодавству пре ступања на снагу ЗМ 1. јануара 2006. године. Приликом изрицања мере суд одређује и њено трајање што ову институционалну кривичну санкцију приближава њеној суштини, а то је лишење слободе. Овакво решење је оправдано како разлозима елементарне правичности, јер није логично да малолетник коме је изречена ова васпитна мера буде у *de facto* неповољнијем положају од малолетника коме је изречена казна малолетничког затвора, али тако и начелно јачањем улоге суда, већ приликом изрицања кривичне санкције;[20]

5) малолетнички затвор не може бити краћи од годину дана ни дужи од десет година. Овако одређен општи минимум и општи максимум казне малолетничког затвора значи, као и у случају васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом, поновну актуелизацију решења које је у нашем кривичном законодавству постојало пре ступања на снагу ЗМ.

Изложена решења из Нацрта Закона недвосмислено указују да је област кривичних санкција према малолетницима динамично подручје,

[20] Милан Шкулић, Реформа малолетничког кривичног права у Србији, *Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја* (Зборник радова са XXVII Тематског научног скупа са међународним учешћем, одржаног 10-11. јуна 2015. године на Палићу), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2015, 66.

подложно променама у знатно већој мери у односу на друге кривичноправне институте. Доношењем новог закона до јуна 2017. године биће учињен само први корак у остваривању реформских захвата у овој области. Логичан наставак активности на нормативном плану јесте доношење низа подзаконских аката којима се подробно разрађују поједине законске одредбе, што омогућава да дух закона заживи у пракси. Истовремено, неопходно је: а) интензивирати изградњу одговарајућег институционалног оквира; б) ојачати административне капацитете надлежних тела; в) обезбедити делотворну практичну примену унапређених нормативних решења. Дакле, само добро координисано и ефикасно деловање на овим тесно повезаним и међусобно зависним нивоима може допринети да стварни домети новог система кривичних санкција на плану спречавања и сузбијања криминалитета малолетника буду задовољавајући.

Vladimir V. VEKOVIĆ, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

NEW SYSTEM OF CRIMINAL SANCTIONS FOR JUVENILES IN THE REBUBLIC OF SERBIA

Summary

Draft Law on Juvenile Criminal Offenders and Protection of Juveniles in Criminal Proceedings, expected to be adopted by June 2017, in the material juvenile criminal law brings significant innovations relating to the system of criminal sanctions. Corrective measures are still maintained the basic status of criminal sanctions, but their registry narrowed, as they omitted two institutional measures – referral to an educational institution and referrals to special institution for treatment and training. An important novelty refers to the measure of referral to a correctional institution. Because of the many downsides of current legal system and the range of relative certainty the duration of the corrective measures, the Draft Law stipulates that its duration is determined in the range of one to five years, instead of as now between six months and four years. It also provides that the decision imposed referral to a correctional institution, the court determines the duration of the measures, provided that its maximum duration is determined in full years.

The general minimum penalty of juvenile prison under the Draft Law is one year (currently six months), a general maximum of ten years (which means that the current regular, and also the most common maximum sentence, which is five years leaves). The Draft has been reduced and the number of security measures that may be imposed on juveniles committed crimes. Specifically, in addition to banning of professional activities or duties, excluded the possibility of applying security measures publication of the judgment. It is important to point out that the Draft Law regulating the detailed record keeping and processing of statistical data on ordered and executed criminal sanctions, which is now regulated by bylaws.

The author points out that the analysis solution that provides for the Draft Law clearly indicates that the area of criminal sanctions for juveniles dynamic range is subject to change to a greater extent compared to other criminal institute.

Keywords: *juvenile criminal law, system of criminal sanctions for juveniles, juveniles, the Republic of Serbia.*

ЛИТЕРАТУРА

Библиографске референце

Veković, V. V., Main characteristics of new legislation on criminal proceedings against juveniles in Serbia, *Thematic Conference Proceedings of International Significance – Volume I* (International Scientific Conference "Archibald Reiss Days", Belgrade, 10-11 March 2016), Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 2016.

Вековић, В. В., Васпитне мере институционалног карактера, *Научноистраживачки пројекат „Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој" за период 2013–2015. година* (Тематски Зборник – Пројекат), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2013.

Вековић, В. В., *Систем извршења кривичних санкција*, Београд, 2013.

Gofman, E., *Stigma: zabeleške o ophođenju sa narušenim identitetom*, Mediterran Publishing, Novi Sad, 2009.

Dünkel, F., *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation, Reform Developments and Good Practices*, International Conference, organised by the Department of Criminology, University of Greifswald, 2007.

Илић, З., Криминалитет младих и реформа правно-институционалне заштите у Србији, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања – I део* (Зборник радова), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007.

Камбовски, В., *Казнено право – општ дел*, Правен Факултет „Јустинијан", Скопје, 2006.

Лазаревић, Љ., Грубач, М., *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, ИПД Јустинијан, Београд, 2005.

Lemert, E. McCarthy., *Social Pathology: A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behaviour*, McGraw-Hill, New York, 1951.

Parker, T., Allerton, R., *The Courage of His Convictions*, Hutchinson & Co, London, 1962.

Перић, О., *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, ЈП „Службени гласник", Београд, 2007.

Перић, О., Милошевић, Н., Стевановић, И., *Политика изрицања кривичних санкција према малолетницима у Србији*, Центар за мир и развој демократије, Београд, 2008.

Права детета и малолетничко правосуђе – одабрани међународни инструменти, свеске 1-7, UNICEF, Београд, 2005.

Радуловић, Љ., *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Унивезитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010.

Соковић, С., Бејатовић, С., *Малолетничко кривично право,* Правни факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2009.

Стојановић, З., *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2009.

Шкулић, М., *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2011.

Шкулић, М., Реформа малолетничког кривичног права у Србији, *Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја* (Зборник радова са XXVII Тематског научног скупа са међународним учешћем, одржаног 10-11. јуна 2015. године на Палићу), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2015.

Шкулић, М., Стевановић, И., *Малолетни делинквенти у Србији: нека питања материјалног, процесног и извршног права*, Југословенски центар за права детета, Београд, 1999.

Wheeler, S., Cottrell, L. S., with the assistance of Romasco, A., *Juvenile Delinquency: Its Prevention and Control*, Russell Sage Fondation, New York, 1966.

Whitehead, T. J., Lab, P. S., *Juvenile Justice – An Introduction*, Taylor&Francis, New York, 2015.

Правни прописи

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

Јединствена методолошка правила за израду прописа, *Службени гласник РС*, бр. 21/10.

Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05-испр., 107/05-испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку, http://www.mpravde.gov.rs/sekcija /53/radne-verzije-propisa.php., 2. март 2017. године.

Остали извори

Акциони план за преговарање Поглавља 23 – Правосуђе и основна права, http://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023.pdf., 26. фебруар 2017. године.

Извештај о скринингу – Србија, Поглавље 23 – Правосуђе и основна права, http://www.mpravde.gov.rs/files/Izvestaj%20o%20skriningu%20%20tekst%20na%20srpskom%20jeziku.pdf., 24. фебруар 2017. године.

План рада Владе за 2017. годину, http://www.gs.gov.rs/doc/PLAN_RADA_VLADE_2017.pdf., 20. март 2017.

УДК 341.4

Др Драган ЈОВАШЕВИЋ*

МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО
- појам, извори и принципи -

Апстракт: Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова кривична дела су у међународном, али и у националном кривичном праву прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце ових кривичних дела у одређеним случајевима је примарна надлежност међународних судских (наднационалних) органа као што је Међународни кривични суд у Хагу. У раду се анализирају појам, извори и принципи међународног кривичног права.

Кључне речи: *међународно кривично право, извори, међународна документа, кривични закон, принципи*

1. УВОД

О појму и садржини најмлађе гране казненог права - међународног кривичног права[1] у теорији не постоји јединствено схватање.[2] За њихово одређивање од одлучујућег је значаја расправа о правној природи или о односу ове гране права према међународном и према кривичном праву.[3] При томе се различита схватања о међународном кривичном праву међусобно не искључују,

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу
jovas@prafak.ni.ac.rs

[1] При томе треба рећи да у правној теорији постоје и таква мишљења (Лист) која сматрају да је појам међународног кривичног права нелогичан и као такав неприхватљив (Meili, *Lehrbuch des Internationalen Strafrecht und Strafprozessrecht*, Berlin, 1910,8-16).

[2] Тома Живановић, "Међународно кривично право", *Правосуђе*, бр. 3, Београд, 1940, 3-7.

[3] Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Међународно кривично право*, Сарајево, 2010, 78-91.

него управо надопуњују и свако од њих изражава особену компоненту сложене структуре и система међународног кривичног права.[4]

Најстарије је схватање међународног кривичног права настало у 19. веку које сматра да се под овим појмом подразумева скуп правила о просторном важењу националног кривичног законодавства или скуп правила о примени националног кривичног закона с обзиром на место извршења кривичног дела или с обзиром на држављанство његовог учиниоца. Дакле, овакво поимање међународног кривичног права[5] је усмерено ка питањима просторне (територијалне) важности домаћег кривичног закона.[6] Стога је међународно или глобално кривично право одређивано на два начина и то:[7] а) као кривично право у смислу националног права сваке државе која на основу свог суверенитета у свом законодавству прописује како ће се поступати са казненоправним садржајима који се могу односити и на неке елементе иностраности или б) као међународно право садржано у уговорима између држава или у другим изворима права којима се уређују међудржавни односи када се ради о неким кривичноправним садржајима.[8]

2. ПОЈАМ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Настало првобитно као скуп одредби националних кривичноправних система који су намењени примени у предметима са иностраним обележјем,[9] међународно кривично право се данас профилише као право које обухвата норме међународног, наддржавног, али и норме националног права које, пре свега, уређују одређене групе кривичних дела и друга питања целокупног подручја кривичног права у вези са међународним односима.[10]Или међународно кривично

---

[4] Профилисање међународног кривичног права као самосталне правне дисциплине је условљено следећим разлозима: 1) синтетичким приступом, 2) разрађивањем појмова међународног кривичног дела и општих услова примене, 3) развојем и универзализацијом концепта људских права и 4) стварањем међународних правила поступања и других правила међународног кривичног права у ширем смислу речи.

[5] Међународни деликти су чињења или нечињења која су универзално потврђена као криминал и од великог међународног интереса је гоњење и кажњавање њихових учинилаца тако да не могу бити остављени у искључивој надлежности држава где се такав злочин догодио.

[6] Владимир Ђуро Деган, Берислав Павишић, *Међународно казнено право*, Ријека, 2005, 3.

[7] Драган Јовашевић, *Међународно кривично право*, Ниш, 2011, 17-21.

[8] Жељко Хорватић, *Казнено право, Опћи дио*, Загреб, 2003, 40-41.

[9] Миодраг Симовић, Милан Благојевић, Владимир Симовић, *Међународно кривично право*, Бања Лука, 2013, 11.

[10] Берислав Павишић, *Казнено право Вијећа Европе*, Загреб, 2006, 13.

право обухвата скуп правних прописа које директно, непосредно примењују међународни кривични судови, односно судска тела која су установљена од стране више држава или од стране међународне организације.

Међународно кривично право се такође одређивало и као укупност кривичноправних норми које су везане за међународне односе.[11] Или међународно (глобално) кривично право је свеукупност правила међународног права која су кривичног карактера и која предвиђају одређене делатности као међународне деликте (злочине), као и посебне директно примењиве правне последице које су редовно резервисане за кривично право. Нешто је шире схватање ове гране права које, поред наведене садржине, обухвата и правила о пружању међународне правне помоћи у кривичним стварима. Како поједине државе у недостатку међународних прописа самостално одређују важење својих кривичних закона у односу на дело извршено у иностранству и у односу на стране држављане као учиниоце кривичних дела на својој територији, то су се појам и садржина међународног кривичног права ограничавали на решавање сукоба кривичних закона разних држава. Тако се међународно кривично право схватало као укупност норми националног казненог права којима је уређује примена тог права на кривична дела с елементом иностраности или просторно важење националног кривичног права.[12] Посматрано на овај начин међународно кривично право се све више схвата као универзална целина права.

Но, међународно кривично право[13] се може одредити и на шири начин. Према овом схватању оно обухвата скуп правила којима држава прописује кривична дела с елементом иностраности и кривичне санкције за учиниоце тих дела, као и правила која су међународног порекла. При томе, елеменат иностраности означава чињеницу да се кривични предмет у једној држави налази у контакту са страним правним поретком. Према овом схватању, међународно кривично право означава скуп правила националног кривичног права која се односе на предмете са иностраним елементом као битним састојком који кривично право везује уз најмање два национална система кривичног права.[14] Међународно кривично право се тако дефинише као скуп међународних правила која прописују шта су то међународна кривична дела и на чему државе заснивају обавезу да гоне и кажњавају бар нека од њих. Оно такође уређује и поступке за гоњење и суђење лицима која се терете за вршење тих кривичних дела.[15]

---

[11] Богдан Златарић, *Међународно кривично право*, Загреб, 1979, 24.

[12] Петар Новоселец, *Општи дио казненог права*, Загреб, 2004, 477-478.

[13] Драган Јовашевић, Вељко Икановић, *Међународно кривично право*, Бања Лука, 2015, 19-22.

[14] Велинка Грозданић, Марисабел Шкорић, Игор Мартиновић, *Казнено право, Општи дио*, Ријека, 2013, 6.

[15] Антонио Касезе, *Међународно кривично право*, Београд, 2005, 17.

Могу се у теорији наћи и схватања према којима је међународно кривично право дисциплина која одређује надлежност кривичних судова једне државе у односу на надлежност страних судова, затим грана права која прописује примену материјалних и процесних кривичних закона у односу на место и лица, као и извршење страних судских пресуда или је то пак скуп правила о просторном важењу кривичних закона, о деловању страних судских радњи, посебно кривичних пресуда, о судској помоћи у кривичним стварима и екстрадицији[16]. Такође се међународно кривично право[17] одређује и као област међународног јавног права која се делимично наслања на унутрашње кривично право држава, а бави се питањима индивидуалне кривичне одговорности појединаца за извршење међународних кривичних дела. Ово право чине норме којима се дефинишу међународна кривична дела, утврђује надлежност за гоњење и кажњавање лица која су их извршила, уређују правила поступка пред међународним кривичним судом и др.[18]

3. ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Извори међународног кривичног права[19] се могу двојако схватити. У формалном смислу, извори међународног кривичног права су правни акти са кривичноправним нормама које одређују међународна кривична дела, санкције за њихове учиниоце, као и основе и услове кривичне одговорности и кажњивости. У материјалном смислу,[20] извор међународног кривичног права представљају друштвени односи који су управо регулисани кривичноправним нормама. Према пореклу, разликују се две врсте извора међународног кривичног права. То су : а) међународни и б) национални извори. У теорији кривичног права јављају се и таква схватања према којима извори ове гране права представљају комбинацију кривичноправних и међународних начела.

3.1. Главни извори права

На основу члана 38. Статута Међународног суда правде као извори међународног кривичног права сматрају се:

[16] Б. Златарић, *op.cit.*, 15-18.
[17] Борис Кривокапић, *Лексикон међународног права*, Београд, 1998, 253.
[18] Драган Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Београд, 2011, 530-533.
[19] Драган Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2016, 39-45.
[20] Милан Бартош, *Међународно јавно право*, Београд, 1954, 86-87.

1. међународне конвенције,[21] било опште, било посебне, које установљују правила изричито призната од стране држава. Однос међународног кривичног права и унутрашњег кривичног права се огледа у деловању међународних уговора на следеће начине: а) међународни уговори који предвиђају обавезу држава да усвоје посебне прописе о незастарелости или о кажњавању међународних кривичних дела, б) међународни уговори о људским правима, посебно одредбе о недискриминацији, правичном суђењу окривљеном и забрани тортуре према њему, в) међународни уговори о кривичном (материјалном и процесном) имунитету одређених лица и о неповредивости неких објеката и г) међународни уговори о кривичноправној сарадњи која укључује: малу међународну кривичноправну помоћ; пренос кривичног поступка; признање и извршење страних судских одлука и пренос надзора над условно осуђеним лицима и изручење осумњичених или окривљених лица,[22]

2. међународни обичаји као доказ опште праксе која је прихваћена као право – правила обичајног права (*opinio iuris*). Ови обичаји настају понављањем вршења (праксом) држава и других субјеката међународног права која чини његов објективни елеменат. Но, у стварању обичајних правила одређену улогу има и субјективни (психички) елеменат. Он се огледа у уверењу или свести већине држава да је утврђена "пракса" заиста и обавезна. То је, заправо, свест доносилаца политичких одлука у појединим државама (*opinio iuris sive necessitatis*) да је постављена пракса обавезна за њихову државу,

3. општа правна начела која признају цивилизовани (просвећени) народи – она нису настала са намером да уреде и регулишу конкретне односе у међународној заједници у одређеном временском периоду, али без њих правни поредак – међународни, транснационални, супранационани или унутрашњи не би био могућ, нити би могао ефикасно деловати. Она су настала у дуготрајном историјском развоју и то прво у унутрашњем правном поретку појединих држава. Уједначени развој кривичних законодавстава великог броја држава последњих деценија прецизирао је садржај бројних општих начела кривичног права која су постала *ius cogens* и

4. судске одлуке и учења најпозванијих стручњака међународног јавног права као помоћно средство за утврђивање правних правила[23] у границама одредбе члана 59. Римског Статута.

Најзначајнији, примарни и дуго времена једини извор међународног кривичног права јесу међународни извори (у првом реду, уговори)[24].

[21] В.Ђ. Деган Б. Павишић, *op.cit.*, 105-111.

[22] В. Ђ. Деган, Б. Павишић, *op.cit.*, 42-44.

[23] Владимир Ђуро Деган, Берислав Павишић, Виолета Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право,* Београд, 2011, 19-21.

Међународни уговори имају своје порекло у међународним правним актима. То могу бити: конвенције, протоколи, декларације, резолуције, пактови, споразуми, гаранције и други акти који су донети од стране органа међународне заједнице, као и међународни уговори закључени између две или више држава. Под појмом међународног уговора подразумева се сагласност воља два или више међународноправних субјеката с циљем да се постигне одређени резултат у међународном праву, стварајући права и обавезе између његових странака. Могу се закључити у писменом (најчешће) облику, али и на други начин (што је занемарљиво у међународној заједници).[25] Данас се као најзначајнији извори међународног кривичног права[26] сматрају статути војних (Нирнбершког и Токијског) судова или *ad hoc* трибунала (Хашког и Трибунала за Руанду), статути интернационализованих (мешовитих или хибридних судова за: Источни Тимор, Сијера Леоне, Камбоџу, Либан, Ирак или Косово и Метохију), те Статут сталног Међународног кривичног суда (Римски статут).

У правној теорији се разликују две врсте међународних конвенција.[27] То су: а) конвенције – закони и б) конвенције – уговори. Зависно од органа који је учествовао у доношењу међународних аката разликују се: а) универзални извори - који су донети у оквиру и под окриљем Организације Уједињених нација или њених органа (Савета безбедности) и б) регионални извори – који су донети од регионалних организација нпр. Савета Европе, Европске уније и др. Но, међународни извори могу бити садржани и у међудржавним уговорима који садрже кривичноправне норме (овде су посебно значајни и бројни уговори о кривичноправној помоћи и екстрадицији).

У правној теорији се разликују:[28] а) легислативни уговор или уговор – закон (којим се стварају општа правила која ће важити за низ будућих случајева) и б) контрактуални уговор или уговор – погодба (којим се стварају једнократне обавезе за уговорне стране). Такође постоје и оквирни уговори којима се дефинишу општа правила и начела с тим што се допушта државама уговорницама да једностраним изјавама или двостраним уговорима конкретизују и прецизирају своје узајамне односе. До ступања на

[24] Међународни уговори су главни извор партикуларног међународног права. Њима се не могу директно прописивати правила општег међународног права која би непосредно обавезивала целу међународну заједницу држава. Домаћи кривични судови у појединим државама су обавезни да примењују само оне међународне уговоре које је прихватила, потписала и ратификовала њихова држава.

[25] Весна Црнић Гротић, *Право међународних уговора*, Ријека, 2002, 341-368.

[26] Д. Јовашевић, В. Икановић, *op.cit.*, 40-45.

[27] В. Ђ. Деган, op. cit., 118-201.

[28] А. Касезе, *op.cit.*30-37.

снагу Бечке конвенције о праву међународних уговора из 1969. године питања која се односе на закључење, важење, садржину и постојање међународних уговора решавана су на основу обичајног права.

Национални извори међународног кривичног права су садржани у одредбама националног законодавства као што су одредбе: 1) кривично материјалног законодавства садржане у Кривичном законику из 2005. године[29] и одредбе 2) кривично процесног законодавства садржане у: а) Закону о међународној правној помоћи у кривичним стварима из 2009. године,[30]б) Закону о организацији и надлежности државних органа у поступку против учинилаца ратних злочина из 2003. године,[31] в) Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције[32] из 2016.године и г) Закону о ограничавању располагања имовине са циљем спречавања тероризма[33] из 2015. године.

Обе ове врсте извора међународног кривичног права према својој примени могу бити: а) непосредни и б) посредни извори. Извори међународног кривичног права према дејству и карактеру могу бити: а) главни и б) споредни. Главни су они извори који имају непосредну примену у кривичноправним стварима са елементом иностраности, а споредни извори имају помоћну или допунску примену јер се примењују само онда и када на њих упуте главни извори.

Римски Статут Међународног кривичног суда у члану 21. изричито одређује примењиво право пред овим судом. То значи да се као извори међународног кривичног права према овом Статуту (који представља својеврсну кодификацију међународног кривичног права) сматрају:[34] 1) одредбе овог Статута, Елементи злочина и Правила процедуре и доказивања[35] (на првом месту), 2) међународни уговори, принципи[36] и

---

[29] "Службени гласник Републике Србије", бр. 85/05, 88/05, 117/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

[30] "Службени гласник Републике Србије", бр. 20/09.

[31] "Службени гласник Републике Србије", бр. 67/03, 135/04, 61/05, 101/07, 104/09 и 101/11.

[32] "Службени гласник Републике Србије" бр. 94/16.

[33] "Службени гласник Републике Србије" бр. 29/15.

[34] Владимир Ђуро Деган, "Република Хрватска и сукоб у Босни и Херцеговини", *Зборник Правног факултета у Ријеци,* бр. 2, Ријека, 2002, 433-462.

[35] Правила поступка и доказивања имају супсидијарни карактер у погледу примене у односу на Римски статут. Њих је утврдила посебна комисија 30. јуна 2000. године на основу овлашћења из Римског Статута, а у границама Резолуције"Ф" која је усвојена у Коначном акту на Дипломатској конференцији у Риму јула 1998. године. Она ступају на снагу после усвајања двотрећинском већином чланова Скупштине држава чланица. Но, ова се правила могу мењати на предлог: 1) сваке државе чланице, 2) судија

правила међународног права укључујући и утврђене принципе међународног права оружаних сукоба (али тек на другом месту и где је то погодно), 3) општи правни принципи[37] које је овај Суд извео из националних закона правних система света, као и националних закона држава које би иначе имале надлежност над злочином, под условом да ти принципи нису у колизији за одредбама овог Статута, међународним законима и међународно признатим нормама и стандардима (само у недостатку претходна два извора, дакле супсидијарно када нема других извора међународног кривичног права) и 4) правни принципи и правила интерпретирани у светлу ранијих одлука овог Суда (што значи ограничену суплементарну примену судске праксе овога Суда).

3.2. Споредни извори права

Као други, помоћни или споредни извори међународног кривичног права сматрају се: а) правна наука (доктрина, јуриспруденција), б) судска пракса (прецедент) и в) обичаји.

Правна наука[38] је извор међународног кривичног права будући да критички анализира постојећа решења како би их учинила ефикаснијим у непосредној судској примени. Наука је имала значајну улогу у ранијем периоду, у условима када правни поредак још увек није био довољно изграђен и развијен. Данас је улога правне науке да анализира правне прописе који чине област међународног кривичног права. На тај начин наука разјашњава природу, карактер, садржину и значај различитих материјалноправних и процесноправних института међународног кривичног права указујући на могуће слабости и недостатке постојећих решења и

који морају да постигну апсолутну већину и 3) тужилаштва. Но, интересантно је да судије сталног Међународног кривичног суда могу да донесу и Привремена правила поступка и доказивања и то: 1) у хитном случају који се односи на одређену процесну или фактичну неопходност и 2) у случају постојања правне празнине у важећим правилима Она се примењују све док на редовном или ванредном заседању Скупштине држава чланица не буду: 1) усвојена као званична, 2) измењена или 3) одбијена.

[36] Принципи међународног права су принципи који су изведени из свих извора међународног права. Они прожимају целокупни систем међународног права и служе за одржавање целовитости и склада његовог система. Неке од ових принципа дефинисала је и сама Генерална скупштина ОУН нпр. у својој Декларацији о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи држава у складу са Повељом ОУН из 1970. године.

[37] Општи правни принципи су принципи који су излучени из унутрашњих права и праксе држава за које се сматра да су цивилизацијска тековина. Они морају бити признати у ширем кругу држава које припадају познатим правним системима.

[38] Драган Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2016, 41.

предлажући истовремено њихову измену или допуну, како би била квалитетнија и ефикаснија у конкретним случајевима из праксе.

Када се ради о судској пракси[39] треба указати на чињеницу да се она у прво време после Другог светског рата јављала као извор међународног кривичног права. Наиме, принципи и правила успостављена у Нирнбершкој и Токијској пресуди су кроз одлуку Генералне скупштине ОУН из децембра 1946. године проглашени за општеважећа начела међународног права, што значи да је тзв. нирнбершко и токијско право добило обавезујућу снагу. Коначно, Комисија за међународно право ОУН је ове принципе користила при изради нацрта Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства.[40]

Обичаји (*ius non scriptum*) су најстарији извор међународног кривичног права познат још у старом и средњем веку. У ратовима који су вођени у том периоду зараћене земље су поштовале опште признате норме које су на тај начин стекле *opinio iuris* о њиховој обавезности. Тако су обичајна правила позната у прво време као неписани систем правила сталним понављањем у односима између појединих држава постала међународно призната и општеобавезујућа за зараћене стране. У 19. веку се потом приступило кодификовању обичајних правила на међународним конференцијама и тако настаје тзв. хашко и женевско право. Такође, многа од обичајних правила постају постепено саставни део низа међународних уговора закључених између појединих држава.

3.3. Међународни извори

Међународни извори међународног кривичног права представљају правне акте у којима су садржане одређене кривичноправне норме. Две су врсте ових извора. То могу бити: а) акти међународне заједнице и б) уговори закључени између појединих држава. Они представљају формални извор. Но, поред њих се као извор међународног кривичног права јављају и "закони и обичаји рата" или "општи правни принципи признати од циливизованог дела човечанства". Њихова примена долази у обзир код одређивања појединих спорних питања, споредног значаја, и то само ако међународни уговор или национални закон одређене државе укаже на њихову примену.

Дакле, основи извор међународног кривичног права који потиче из међународноправних аката јесу акти органа међународне заједнице и уговори закључени између појединих земаља. У првом случају разликују се две врсте ових извора. Прво, то могу бити: 1) акти универзалног карактера

[39] Владимир Ђуро Деган, "Домашај и ауторитет преседана у пракси међународног суда", *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3, Загреб, 1972, 253-269.

[40] Будимир Кошутић, *Судска пракса као извор права*, Београд, 1973, 89-105.

(резолуције, конвенције, споразуми, протоколи, пактови и др) када су донети у оквиру и под окриљем Организације уједињених нација или њених органа (нпр. Савета безбедности). О универзалним изворима међународног кривичног права било је раније речи у делу о развоју међународног кривичног права после Другог светског рата и 2) акти регионалног карактера када су донети од појединих регионалних организација нпр. Савета Европе или Европске уније.

Ови извори међународног кривичног права[41] садржани у међународноправним актима могу да се јаве као: а) непосредни и б) посредни извор права. Непосредно, они се примењују у доба рата или оружаног сукоба. Тада од стране посебних међународних судских органа (привремених или *ad hoc* војних судова или трибунала или сталног Међународног кривичног суда) долази до непосредне примене међународних кривичноправних норми у поступку утврђивања постојања кривичног дела, одговорности и кажњивости њихових учинилаца и изрицања, а потом и извршења кривичних санкција. Примери из недавне прошлости (Нирнбершка и Токијска пресуда и пресуде Хашког трибунала за бившу СФР Југославију и Трибунала за Руанду) нам дају за право. Посредно, ови извори међународног кривичног права долазе до примене само у случају када и ако их поједине државе потпишу и ратификују у националним парламентима, па тако добију снагу закона. У овом погледу, разликују се две врсте ових извора. Прва група међународноправних аката као посредних извора кривичног права јавља се у случају када домаће национално кривично законодавство пропише кривичну санкцију за међународно кривично дело чија су обележја одређена у појединим међународним правним актима (нпр. тако су одређена кривична дела: геноцид, ратни злочини, отмица ваздухолова, неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога и др). Друга група међународноправних аката као посредних извора кривичног права јавља се у случају када домаћи законодавац преузима обавезу да одређена питања из области кривичног права уреди и регулише на начин прописан тим актима.

Други извор међународног кривичног права[42] јесу уговори закључени између појединих држава. Најчешће је предмет ових уговора пружање међународне кривичноправне помоћи, екстрадиција, уступање кривичног гоњења другој држави, извршење страних судских одлука и др. Они подлежу ратификацији од стране националног парламента.

[41] Б. Петровић, Д. Јовашевић, *op.cit.*, 111-114.

[42] Драган Јовашевић, *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*, Ниш, 2010, 123-125.

3.4. Национални извори

Будући да је у кривичном праву[43] (па и међународном кривичном праву) један од основних принципа - принцип законитости или легалитета, то се закон сматра као основни извор ове гране права. То значи да подзаконски акти ниже снаге од закона не могу бити формални извор међународног кривичног права (сем евентуално када се ради о бланкетној диспозицији у ком случају се за употпуњавање садржине бланкетног бића кривичног дела користе подзаконски прописи). У оквиру закона као основног и непосредног извора међународног кривичног права у обзир долазе закони, како материјалног, тако и процесног карактера.

Наиме, као непосредни извор у области материјалног кривичног права јавља се у Републици Србији Кривични законик из 2005. године. Овај Законик прописује одређена међународна кривична дела. При томе се разликују две врсте норми којима се одређују међународна кривична дела. Прву врсту норми чине оне које одређују појам, елементе и карактеристике међународних кривичних дела у ужем смислу. То су, заправо, кривична дела која су прописана у глави тридесет четвртој Кривичног законика под називом: "Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом". Ради се о кривичним делима која су инкриминисана на бази кршења норми међународног ратног и хуманитарног права. Другу врсту норми чине оне које одређују поједина међународна кривична дела у ширем смислу: корупција, прање новца, регрутовање плаћеника, насиље у породици, кривична дела у вези са: проституцијом, порнографијом, трговином људима, опојним дрогама итд. Она су прописана у више група кривичних дела. И ова су кривична дела у националном законодавству Републике Србије инкриминисана на основу обавеза које је наша држава преузела потписивањем и ратификовањем одређених међународноправних аката из ове области (хашке, монтреалске, бечке или неке друге конвенције).[44]

4. ПРИНЦИПИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Принципи представљају основна, руководна начела на којима се базира целокупно међународно кривично право. Они прожимају садржину ове гране позитивног права и дају му специфичне карактеристике. У правној теорији се као принципи међународног кривичног права нарочито истичу следећи: 1)

[43] Д. Јовашевић (2016), *op.cit.*, 39-42.
[44] Д. Јовашевић (2011), *op.cit.*,156-157.

принцип легитимности, 2) принцип солидарности и сарадње међу државама, 3) принцип узајамног поверења међу државама, 4) принцип елиминације политичке обојености, 5) принцип организоване борбе против криминалитета, 6) принцип заштите основних права човека, 7) принцип хуманости, 8) принцип праведности, 9) принцип сразмерности и 10) принцип индивидуализације и др.[45] Такође се као општи правни принципи међународног кривичног права који су признати од цивилизованог дела човечанства, иако их је већина прописана већ у чувеној француској Декларацији о слободама и правима човека и грађанина из 1789. године (али и Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године), сматрају и следећи:[46]

1. начело законитости (или легалитета)[47] – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – међународно кривично дело и казна за његовог учиниоца морају бити прописани пре него што је дело извршено, чиме се забрањује ретроактивна примена међународног кривичног права (чл. 22. и 23. Римског статута),

2. презумпција невиности окривљеног (члан 66. Римског статута) према којој се за свако лице претпоставља да је невино док се његова кривица пред судом не установи (докаже) у складу са примењивим правом, при чему је терет доказивања кривице на тужилаштву, па се судско веће мора уверити у кривицу окривљеног ‘’изван разборите сумње’’,

3. *lex mitius* (примена блажег закона) - члан 24. Римског статута,

4. принцип кривице – према коме свако лице одговара за своја властита дела (али не и за понашање других лица) на која он није могао да утиче. То указује да је кривична одговорност у међународном кривичном праву индивидуална (лична) одговорност,

5. принцип правичног и брзог суђења које се огледа као: а) право на независтан и непристасан суд, б) право на решење кривичне ствари правилно, јавно и у разумном року и в) право на коришћење процесних права од стране окривљеног, посебно права да буде обавештен о оптужби и њеним основама, те право на одбрану, право на једнакост оруђа итд,[48]

6. *ne bis in idem* – према коме се против истог лица не може водити два пута кривични поступак за исту кривичну ствар. У пракси Хашког трибунала ниједно лице није могло бити суђено пред националним кривичним судом за дело које представља тешка кршења међународног

---

45 Зоран Стојановић, Међународно кривично право, Београд, 2000, 5-14.

46 В. Ђ. Деган, Б. Павишић, *op.cit.*, 63-89.

47 Владимир Ђуро Деган, *Sources of International Law*, Hague, 1997, 67-112.

48 Милан Матуловић, Берислав Павишић, *Документи Вијећа Европе*, Ријека, 2001, 339-353.

хуманитарног права ако је већ суђено пред овим Трибуналом будући да он има првенство пред националним судовима,

7. право на жалбу у кривичним предметима,

8. право на накнаду штете због незаконитог лишења слободе или погрешне кривичне осуде (при чему Статут Хашког трибунала и Статут Трибунала за Руанду не познају ово право окривљеног) које предвиђа члан 85. Римског статута. Према овим решењима изузетно ако стални Међународни кривични суд установи уверљиве чињенице по којима је учињена тешка и очита судска грешка, он по својој дискреционој оцени може досудити одштету лицу које је било коначном одлуком ослобођено притвора или је због истог разлога обустављено кривично гоњење у складу са критеријума из Правилника о поступку и доказима,

9. незастаривост најтежих међународних кривичних дела (то су дела у ужем смислу) која је предвиђена и у члану 29. Римског статута,

10. идентитет двоструке кажњивости као услов за пружање међународне кривично правне помоћи (у првом реду, екстрадиције окривљених лица) и

11. *aut dedere aut judicare* - принцип према коме држава на чијем се подручју налази лице које је осумњичено (окривљено, односно оптужено) за извршење међународног кривичног дела има две могућности : а) да такво лице изручи међународном кривичном суду (односно, другој држави – држави молиљи) или б) да сама суди таквом лицу пред својим националним кривичним судом. Овај принцип представља саставни део суверенитета државе, односно основа за пружање међународне правне помоћи и сарадње држава у сузбијању међународног криминалитета.

Но, у теорији међународног кривичног права могу се пронаћи и другачија схватања о принципима ове гране права.[49] Тако према једном таквом схватању принципе међународног кривичног права чине:[50]1) принцип законитости кривичног дела и казне - *nullum crimen, nulla poena sine lege*, 2) презумпција невиности окривљеног, 3) примена блажег закона - lex mitius, 4) принцип кривице - *nulla poena sine culpa*, 5) принцип правичног суђења и поступка у разумном року, 6) *ne bis in idem*, 7) право на жалбу, 8) право на накнаду штете због незаконитог хапшења или погрешне осуде, 9) незастаривост најтежих кривичних дела, 10) идентитет правне норме (двоструке кажњивости) и 11) *aut dedere aut judicare*.

[49] Берислав Павишић, Тадија Бубаловић, *Међународно казнено право*, Ријека, 2013, 78-86.

[50] В. Ђ. Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *op.cit.*, 64-78.

4.1. Принципи према нирнбершком праву

Статутом Међународног војног суда у Нирнбергу који представља саставни део Лондонског споразума закљученог 8. августа 1945. године између савезничких сила утврђено је више принципа који представљају основна и руководна начела међународног кривичног права. Сличне принципе познаје и Статут Међународног војног суда за Далеки исток са седиштем у Токију. На тим принципима су засноване Нирнбершка и Токијска пресуда, а који су касније потврђени од Генералне скупштине ОУН. Они су тако познати као "нирнбершки или токијски принципи":[51]

1. вође, организатори, подстрекачи или саучесници који су учествовали у састављању или остваривању неког заједничког плана или завере ради извршења неког од наведених злочина (међународних кривичних дела) одговорни су за сва дела која су извршена у извођењу плана ма од ког лица,

2. службени положај оптужених било као шефова државе или као одговорних службеника у државним надлештвима не сматра се као разлог за ослобођење од одговорности или пак за ублажавање казне,

3. чињеница што национално законодавство не кажњава за акт који представља међународно кривично дело не ослобађа од одговорности лице које га је учинило,

4. чињеница да је учинилац радио по наређењу своје владе или претпостављеног не ослобађа га од одговорности, али је то разлог за ублажавање казне ако суд нађе да је то правично,

5. ко год био оптужен за злочин у смислу међународног права има право на правичан судски поступак, како у погледу чињеница, тако и у погледу права,

6. приликом суђења било ком члану групе или организације за вршење међународних кривичних дела суд може прогласити да је та група или организација којој он припада као члан била злочиначка организација,

7. у случају када је суд групу или организацију прогласио за злочиначку може се захтевати од сваке државе да изведе пред свој национални суд: грађански, војни или окупациони, појединца због самог чланства у тој организацији. Тада се злочиначки карактер организације сматра доказаним и не може бити оспораван (претпоставка кривице)[52] и

---

[51] Милан Марковић, "Нирнбершко суђење – примена нових начела у међународном кривичном праву", *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, бр. 2, Београд, 1973, 173-185.

[52] Александар Трајнин, *Кривична одговорност хитлероваца*, Београд, 1948, 78-103.

8. суд може за води кривични поступак за неки од злочина утврђених овим статутом и према оптуженом који је у одсуству ако је то нужно и у интересу правде.[53]

Ове принципе је потврдила Генерална скупштина ОУН 11. децембра 1946. године као општеважеће принципе међународног кривичног права, па је и Комисија за међународно право ОУН била у обавези да их унесе у Нацрт Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства,[54] што је она касније и учинила.

4.2. Принципи према статутима *ad hoc* трибунала

Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 827 од 25.маја 1993. године усвојен је Статут Међународног трибунала за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији СФР Југославије од 1991.године[55] (Хашки трибунал). Он садржи низ принципа који улазе у баштину међународног кривичног права:[56]

1. пред Трибуналом могу да одговарају само појединци (физичка лица), а не и правна лица нпр. државе и друге организације,

2. лице које је планирало, иницирало, наредило, извршило или на други начин помогло или учествовало у планирању, припреми или извршењу неког од наведених злочина (међународних кривичних дела) лично је одговорно за учињено дело,

3. службени положај оптуженог лица, било да је шеф државе или владе или владино одговорно службено лице, неће ослободити то лице од кривичне одговорности, нити ће му смањити казну,

4. чињеница да је наведено међународно кривично дела учињено од стране потчињеног неће ослободити од кривичне одговорности његовог претпостављеног, ако је знао или могао да зна да је тај потчињени имао везе са извршењем таквог дела или га је извршио, а претпостављени је пропустио неопходне и разумне мере да спречи извршење такве радње или да због њих казни њихове извршиоце (командна одговорност или одговорност за другог или одговорност по наређењу),

5. чињеница да је оптужени извршавао дело по наређењу владе или претпостављеног неће га ослободити кривичне одговорности, али се може узети као олакшавајућа околност приликом одмеравања казне и

---

53 Звонимир Томић, *Нирнбершка пресуда*, Сарајево, 2001, 15-32.

54 Алберт Вајс, "Проблеми међународног кривичног правосуђа", *Међународна политика*, бр.4, Београд, 1952, 15-16.

55 Владан Василијевић, *Међународни кривични суд*, Београд, 1961, 67-84.

56 Б. Петровић, Д. Јовашевић, *op.cit.*, 36-39.

6. начело *ne bis in idem* значи да се никоме неће судити пред националном судом за радње које представљају повреде међународног хуманитарног права за које му је већ суђено пред Трибуналом у Хагу. У супротном случају постоји изузетак од примене овог принципа.[57] Наиме, ако је неком лицу претходно судио национални кривични суд за радње које представљају озбиљне повреде међународног хуманитарног права може му се накнадно судити и пред Хашким трибуналом.

Истоветни принципи су садржани и у Статуту Међународног трибунала за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права у Руанди који је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 955 од 8. новембра 1994. године.

4.3. Принципи према Римском статуту

Међународни кривични суд формиран је на Дипломатској конференцији у Риму јула 1998. године чији је Статут ступио на снагу средином 2002. године. Овај Статут предвиђа следеће принципе међународног кривичног права:[58]

1. принцип законитости кривичног дела и казне[59] (чл. 22 и 23. Статута) је опште усвојено начело савременог кривичног права према коме нико не може бити кажњен за дело које је учинио ако пре тога оно није било предвиђено као кривично дело и ако за његовог учиниоца није била прописана кривична санкција. То даље значи да суд учиниоцу кривичног дела може изрећи само ону казну по врсти и мери која је прописана за то дело. Описи бића појединих међународних кривичних дела су јасно изграђени и не могу се проширивати применом аналогије (тумачењем по сличности). У тежњи да обезбеди строго поштовање овог основног принципа кривичног права уопште, у ставу 2. члана 22. Римски статут прописује дужност суда да бића кривичних дела тумачи рестриктивно,

2. забрана ретроактивности (повратног дејства кривичног закона) је принцип према коме се од стране овог суда може судити само за злочине који су учињени после ступања на снагу Статута у коме су они одређени. Казнени прописи важе само за унапред, после њиховог ступања на снагу. У случају промене прописа пре коначне и правноснажне пресуде примењује се онај пропис који иде у корист окривљеног (који је, дакле, блажи за учиниоца

[57] Д. Јовашевић (2011), *op.cit.*, 119-127.

[58] Давор Деренчиновић, "Инплементација материјално правних одредби Статута Међународног казненог суда (Римски статут) у хрватском казненом законодавству", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр.2, Загреб, 2003, 877-906.

[59] Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, 1999, 448-451.

дела). У том смислу се мора извршити упоређивање свих кривичноправних норми прописа који је важио у време извршења кривичног дела и новодонетог прописа и утврдити који је од њих блажи за учиниоца. Ако су оба прописа истог карактера, на учиниоца ће се применити, по правилу, пропис који је био у важности у време извршења дела,

3. индивидуална кривична одговорност[60] постоји ако се утврди кривица учиниоца међународног кривичног дела и то у облику умишљаја. То правило важи за извршиоца, посредног извршиоца и саучеснике,

4. ирелевантност јавних функција значи да положај учиниоца кривичног дела као шефа државе или владе, члана владе или парламента, изабраног представника или владиног службеника не ослобађа га од кривичне одговорности за учињено међународно кривично дело, нити је то основ за блаже кажњавање. Наиме, одредбе Статута о кривичној одговорности и кажњивости се односе на сва лица без разлике засноване на јавној функцији, као што ни имунитет везан за јавну функцију по националном или међународном праву не искључује примену међународног кривичног права по одредбама овог Статута,

5. наређење претпостављеног не ослобађа од одговорности учиниоца међународних кривичних дела предвиђених овим Статутом осим у случајевима: а) када је лице под законском обавезом да мора да поштује наређење владе или претпостављеног и б) када лице није знало да је наређење незаконито или када наредба није очигледно законита. Иначе, Статут у члану 28. изричито предвиђа одговорност командујућих и других претпостављених лица (војног заповедника или лица које делује у својству војног заповедника) за кривична дела која су извршиле снаге под његовом командом и контролом због његове грешке у спровођењу контроле над тим снагама,

6. принцип *ne bis in idem* значи да се ни пред међународним, ни пред националним судом не може водити кривични поступак ако је од Међународног кривичног суда донета ослобађајућа или осуђујућа пресуда. Може се судити лицу као учиниоцу међународних кривичних дела поново само ако је претходно кривични поступак вођен пред другим (националним) судом који је окривљеног очигледно хтео да заштити или ако поступак није вођен независно и непристрасно, тј. са циљем да учиниоца оправда и

7. Статут је малолетна лица која су у време извршења међународног кривичног дела имала мање од 18 година искључио од одговорности и кажњавања за учињена кривична дела ове врсте.

---

[60] Богдан Златарић, "Хашка конвенција из 1907. године и индивидуална кривична одговорност за ратне злочине", *Југословенска ревија за међународно право*, бр. 2, Београд, 1958, 296.

5. ЗАКЉУЧАК

Настало у оквиру и под окриљем међународног ратног (и хуманитарног) права, међународно кривично право је почетком трећег миленијума стекло "право грађанства" као најмлађа кривичноправна дисциплина. Ступањем на снагу Римског статута Међународног кривичног суда, коначно је инаугурисана ова грана права у материјалном, процесном и извршном смислу.

Но, и пре тога, кроз низ парцијалних међународних правних аката (универалног или регионалног карактера) или уговора међу појединим државама, као и кроз судску праксу (у првом реду, нирнбершког и токијског суда, а потом Хашког трибунала и Трибунала за Руанду) стасавала је ова грана права кроз изградњу основних кривичноправних појмова и института: међународно кривично дело – појам, елементи, облици испољавања и стадијуми у извршењу; одговорност – индивидуална и командна одговорност и систем кривичних санкција – казни које национални или међународни кривични судови изричу учиниоцима ових дела.

Најзначајнији, примарни и дуго времена једини извор међународног кривичног права јесу међународни извори (у првом реду, уговори). Међународни уговори имају своје порекло у међународним правним актима. То могу бити: конвенције, протоколи, декларације, резолуције, пактови, споразуми, гаранције и други акти који су донети од стране органа међународне заједнице, као и међународни уговори закључени између две или више држава. Данас се као најзначајнији извори међународног кривичног права сматрају статути војних (Нирнбершког и Токијског) судова или *ad hoc* трибунала (Хашког и Трибунала за Руанду), статути интернационализованих (мешовитих или хибридних судова за: Источни Тимор, Сијера Леоне, Камбоџу, Либан, Ирак или Косово и Метохију), те Статут сталног Међународног кривичног суда (Римски статут).

У правној теорији се разликују две врсте међународних конвенција. То су: а) конвенције – закони и б) конвенције – уговори. Зависно од органа који је учествовао у доношењу међународних аката разликују се: а) универзални извори - који су донети у оквиру и под окриљем Организације Уједињених нација или њених органа (Савета безбедности) и б) регионални извори – који су донети од регионалних организација нпр. Савета Европе, Европске уније и др. Но, поред међународних аката, као извори међународног кривичног права сматрају се и национални кривичноправни и кривичнопроцесни закони.

Сви појединачни извори међународног кривичног права, било главни или споредни, засновају се на одређеним принципима или руководним начелима који прожимају целокупну област ове најмлађе гране казненог права, који се зависно од извора, природе и значаја одређују на различите начине.

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

INTERNATIONAL CRIMINAL LAW
The notion, sources and principles

Summary

After a long historical development, the second half of the 20th century has inaugurated the new, latest branch of the punitive law – international criminal law. By its legal nature and characteristics it is somewhere between the national criminal law and international public law, maintaining its peculiarity and indenpendence. The basic and most important notion and institute of this branch of law is certainly the international criminal act. In the theory of law, there are several views on the notion and contents of the international criminal act. However, it can be concluded that this notion implies a socially dangerous, illegal act committed by the perpetrator and defined as a criminal act whose perpetrator is to punished as prescribed by the law. Such a defined notion of the international criminal act includes its basic elements, and these are as follows: 1) the act of a man including the act an adult person that can be committed in three forms: acting, non-acting and failure to provide proper supervision, effect and causality, 2) social danger, 3) unlawfulness, 4) definition of an act by rules and 5) guilt of the perpetrator.

There are two kinds of international criminal acts: international criminal acts in a narrow sense and international criminal act in a broad sense. The most significant are sertainly the international criminal acts in a narrow sense that are directed towards violation or endangering of the universal, general civilisation values – international law and humanity – what is actually the subject of protection from these criminal acts. Apart from the international criminal act, the theory of law also includes a foreign criminal act (any criminal act with a foreign element). By all this, these two notion coincide largely, but are also considerably different from each other. In this paper the athor has analysed notion, sources and principles of international criminal law.

Key words: *international criminal law, source, international acts, criminal code, principles*

ЛИТЕРАТУРА

Бартош Милан, *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд, 1954.

Вајс Алберт, "Проблеми међународног кривичног правосуђа", *Међународна политика*, бр.4, Београд, 1952, 15-16.

Василијевић Владан, *Међународни кривични суд*, Научна књига, Београд, 1961.

Грозданић Велинка, Шкорић Марисабел, Мартиновић Игор, *Казнено право, Опћи дио*, Правни факултет, Ријека, 2013.

Деган Владимир Ђуро, "Домашај и ауторитет преседана у пракси међународног суда", *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3, Загреб, 1972, 253-269.

Деган Владимир Ђуро, *Sources of International Law*, Kluwer, Hague, 1997.

Деган Владимир Ђуро, "Република Хрватска и сукоб у Босни и Херцеговини", *Зборник Правног факултета у Ријеци,* бр. 2, Ријека, 2002, 433-462.

Деган Владимир Ђуро, Павишић Берислав, *Међународно казнено право*, Правни факултет, Ријека, 2005.

Деган Владимир Ђуро, Павишић Берислав, Бешировић Виолета, *Међународно и транснационално кривично право,* Службени гласник, Београд, 2011.

Деренчиновић Давор, "Инплементација материјално правних одредби Статута Међународног казненог суда (Римски статут) у хрватском казненом законодавству", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2, Загреб, 2003, 877-906.

Живановић Тома, "Међународно кривично право", *Правосуђе*, бр. 3, Београд, 1940, 3-7.

Златарић Богдан, "Хашка конвенција из 1907. године и индивидуална кривична одговорност за ратне злочине", *Југословенска ревија за међународно право*, бр. 2, Београд, 1958, 296.

Златарић Богдан, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Загреб, 1979.

Јовашевић Драган, *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*, Правни факултет, Ниш, 2010.

Јовашевић Драган, *Лексикон кривичног права*, Службени гласник, Београд, 2011.

Јовашевић Драган, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Ниш, 2011.

Јовашевић Драган, *Кривично право, Општи део*, Досије, Београд, 2016.

Јовашевић Драган, Икановић Икановић, *Међународно кривично право*, Универзитет Апеирон, Бања Лука, 2015.

Касезе Антонио, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005.

Кошутић Будимир, *Судска пракса као извор права*, Научна књига, Београд, 1973.

Кривокапић Борис, *Лексикон међународног права*, Радничка штампа, Београд, 1998.

Марковић Милан, "Нирнбершко суђење – примена нових начела у међународном кривичном праву", *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, бр. 2, Београд, 1973, 173-185.

Матуловић Милан, Павишић Берислав, *Документи Вијећа Европе*, Правни факултет, Ријека, 2001.

Meili, *Lehrbuch des Internationalen Strafrecht und Strafprozessrecht*, Berlin, 1910.

Новоселец Петар, *Општи дио казненог права*, Правни факултет, Загреб, 2004.

Павишић Берислав, *Казнено право Вијећа Европе*, Голден маркетинг, Загреб, 2006.

Павишић Берислав, Бубаловић Тадија, *Међународно казнено право*, Правни факултет, Ријека, 2013.

Петровић Борислав, Јовашевић Драган, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Сарајево, 2010.

Симовић Миодраг, Благојевић Милан, Симовић Владимир, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Бања Лука, 2013.

"Службени гласник Републике Србије", бр. 67/03, 135/04, 61/05, 101/07, 104/09 и 101/11.

"Службени гласник Републике Србије", бр. 85/05, 88/05, 117/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

"Службени гласник Републике Србије", бр. 20/09.

"Службени гласник Републике Србије" бр. 29/15.

"Службени гласник Републике Србије" бр. 94/16.

Стојановић Зоран, Међународно кривично право, Правна књига, Београд, 2000.

Томић Звонимир, *Нирнбершка пресуда*, Магистрат, Сарајево, 2001.

Трајнин Александар*, Кривична одговорност хитлероваца*, Архив, Београд, 1948.

Triffterer Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, 1999.

Хорватић Жељко, *Казнено право, Општи дио*, Правни факултет, Загреб, 2003.

Црнић Гротић Весна, *Право међународних уговора*, Правни факултет, Ријека, 2002.

УДК 343.8(497.11)

Др Бранислав РИСТИВОЈЕВИЋ*

НОВИНЕ У КРИМИНАЛНОПОЛИТИЧКОМ ПРИСТУПУ СУЗБИЈАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У СРБИЈИ: НА СЛЕПОМ КОЛОСЕКУ

Апстракт: У раду се аутор бави криминалнополитичким аспектима новог Закона о спречавању насиља у породици. На првом месту аутор истиче недостатак легитимности за његово увођење у законодавство зато што том чину није претходила никаква озбиљна анализа стања насиља у породици у Србији. На другом месту аутор приговара Закону недостатак вредносне компатибилности са остатком правног поретка. Наиме, насиље у породици је у породичном и кривичном законодавству смештено у оне садржаје који породицу узимају као врховно добро које ужива заштиту, за разлику од овог Закона који жртву насиља означава као бенефицијара привилегија које он нуди. Аутор сматра да је идеологија феминистичког покрета која је дала вредносну димензију Закону разлог за ову неусклађеност, али и разлог за све остале његове негативне последице. Феминизам је у Закон унео стереотипима и клишеима дефинисан став у вези са односом између полова и такав однос је означио као узрок за насиља и само се њиме бави док је породица као вредност која би требала да ужива бенфиције Закона у потпуности маргинализована. Закон своје циљеве спроводи крајње дубиозним категоријама као шти су **могући учинилац насиља** или **процене ризика** од насиља у породици. Прва је нека врста будућег учиниоца кривичног дела, а друга је нека врста прогнозе да ли ће тај ***могући учинилац*** у будућности учинити кривично дело. Види се да су у питању квазикривичноправне категорије које су својевремено биле актуелне у тзв. позитивистичким кривичноправним учењима а које су напуштене јер су својим кривљењем најважнијих начела кривичног права (законитост, кривица) довеле у питање само постојање ове гране права. Не постоје ни изблиза употребљиви критеријуми којим се може предвидети нечије будуће понашање, па тако и криминогено, због чега су све овакви научни покушаји код озбиљних законодаваца наилазили на затворена врата. Законодавац се у случају овог Закона упустио у откључавање зарђалих брава које су још пре 100 година напуштене и у законодавствима оних држава чије науке су

* ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
rbrane@pf.uns.ac.rs

измислиле ове квазикривичноправне концепције. Увођење овакве врсте санкција које представљају неку врсту предделиктних мера, на бази магловите прогнозе нечијег будућег понашања је благо речено опасно по целину поретка у који се овакав Закон смешта.

Кључне речи: *насиље у породици, породица, политика сузбијања криминалитета, феминистички покрет, жртва, жена, кривично право*

1. УВОД

Иако нико још није спровео озбиљну анализу исхода постојеће криминалне политике према сузбијању насиља у поридици у РС, по свему судећи под притиском таблоидног и сензационалистичког извештавања у медијима о овој социјалнопатолошкој појави,[1] законодавац се недавно одлучио да усвоји нови Закон о спречавању насиља у породици [2] (у даљем тексту: Закон). Српски законодавац овде подлеже једном тренду специјализације у српском кривичном законодавству који је почео оснивањем (2002. године) специјалних правосудних тела за организовани[3] криминал (чија је надлежност временом проширена на корпуцију и тероризам) и за ратне злочине (2003. године). Овај тренд је настављен тзв. „Маријиним законом“[4], затим Законом о одузимању имовине која је проистекла из кривичног дела,[5] Законом о изменама и допунама Закона о

[1] Једно од истраживања извештавања о насиљу у породици у српској штампи које доказује да је ово питање сасвим умесно урадила је агенција Контакт у 2015. години. Према овом истраживању за три месеца 2015. године објављено је 460 текстова о насиљу у породици у српским штампаним медијима. 47% текстова су били таблоидног типа, у 56% текстова објављена је фотографија жртве, у 40% текстова новинар нагађа о мотивима насиља, а само 33% текстова имало је у садржају изјаву консултованог стручњака: Контакт, *Анализа извештавања дневне штампе о насиљу у породици (фебруар, март и април 2015.)*, 20. мај 2015. године, http://kontakta.rs/analiza-izvestavanja-dnevne-stampe-o-nasilju-u-porodici-februar-mart-april-2015/, посећено: 21. 03. 2017. године.

[2] Закон о спречавању насиља у породици - Закон, „Службени гласник РС“, број 94/16.

[3] “Када је реч о организованом криминалитету, у праву су они који су против увођења ванредних мера...“: З. Стојановић, „Кривично право у доба кризе“, *Бранич*, бр. 1-2, 2011, 38.

[4] Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, „Службени гласник РС“, број 32/13.

[5] Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „Службени гласник РС“, број 32/13, 94/16.

полицији из 2015. године који је назван „Тијанин закон“[6]. У најави је и тзв. „Алексин закон“.[7]

Најновији додатак овом телу ванредног кривичног права је Закон који наводно треба да, барем тако његов назив говори, спречи насиље у породици као да су постојећи механизми у арсеналу средства сузбијања криминалитета у Србији за тако нешто недовољни. Стога ће предмет овог рада бити анализа криминалнополитичке поставке на којој се оснива акт. Кога и од чега покушава да заштити Закон? То су можда најважнија питања на која он наводи својим називом. Ако би и било тачно да су садашња криминална политика и њена средства поражени, онда би свакако требало видети шта законодавац предлаже као њихову замену.

Сваки Закон који претендује да се смести у пољу кривичног права тако што користи његов појмовни апарат мора да буде фундиран на једној вредносној поставци. Које објекте ће неки закон штитити и од којих напада зависи од вредносне подлоге на којој се одређено друштво стоји. Стога је прво питање која је вредносна подлога овде у питању?

2. ДОГМАТОЛАТРИЈА ФЕМИНИСТИЧКОГ ПОКРЕТА КАО ВРЕДНОСНО ИЗВОРИШТЕ ЗАКОНА

О Закону се најбоље сазнаје из једног опсежног и информацијама богатог акта под називом: “Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима“ (у даљем тексту: Стратегија)[8] који је акту претходио. Ова стратегија није била изолован акт. Она је круна једног вишегодишњег напора Управе за родну равноправност која је прво Влади предложила „Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности“[9] коју је Влада РС усвојила 2009. године. На основу ње је израђења Стретегија из 2011. године.

У VI делу Стратегије, у II Стратешкој области под називом „Нормативни оквир“ предвиђа се као први циљ „консолидовање и

[6] Закон и изменема и допунама Закон о полицији, „Службени гласник РС“, број 64/15.

[7] „Алексин закон, да се дјеца не убијају“: http://balkans.aljazeera.net /vijesti/aleksin-zakon-da-se-djeca-ne-ubijaju; „Нови Сазив, нова шанса за Алексин закон“: http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/2391681/novi-saziv-nova-sansa-za-aleksin-zakon.html; 22. 02. 2017. године.

[8] Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима - Стратегија, „Службени гласник РС“, бр. 27/11.

[9] Национална стретегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности жена, „Службени гласник РС“, бр. 15/09.

уједначавање релевантних решења садржаних у одговарајућим законима, у првом реду у Кривичном законику и Породичном закону". Као други циљ предвиђена је: „измена и увођење нових решења којима се омогућава делотворно поступање и сарадња надлежних органа и служби и обезбеђује делотворна заштита жртава насиља." Закон је, то је сасвим јасно, последица ових политичких аката.

О томе колико је недовољна и мањкава претходна анализа стања у области овог криминалитета говори чињеница да се Стретегија у својим закључцима ослања само на 4 истраживања, на сиромашном узорку од од пар стотина до хиљаду и по испитаника, са крајње упитном методолошком основом[10] јер су испитаници искључиво жене, а у једном искључиво ромске жене. Ово је недовољно за било какав утемељен закључак о стању ове социопатолошке појаве Србији. Још мање је онда ово довољно за интервенцију у правни поредак једним специјалним законом којим се увећава корпус ванредног кривичног законодавства у РС.

Стратегија је довољно информативна па се из ње може сазнати које је непосредно писао њене одредбе. У питању су Мрежа Жене против насиља, Лабрис, Инцест траума центар, Центар за промоцију здравља жена, Оаза сигурности, Удружење ромкиња Освит и друге.[11] Сасвим је јасно да су у питању НВО које припадају покрету за права жена. Онда не треба да чуди што су се екстремни ставови овог покрета надахнули вредносну потку Закона.

Идеолошка догма феминистичког покрета у насиљу у породици види пре свега проблем људских права жена, а односи у насиљу су унапред дати и цементирани: у питању је однос мушкарца насилника са женом жртвом.[12] Такође, за ову догму је веома важна једна врста нераскидиве везе насиља у породици, које је уствари насиље над женама, са полним насиљем. Наиме, свако насиље над женама је полно засновано.[13]

С обзиром на то који акти су правнополитички темељ на коме је изграђен Закон и ко их је писао, са основом се може претпоставити да су наведени садржаји речене догме осликали решења у њему. Тако ће се у

[10] О методолошким недостацима класичних истраживања о насиљу у породици више код: M. J. Strube, "The Decision to Leave an Abusive Relationship: Empirical Evidence and Theoretical Issues", *Psychological Bulletin*, no. 2, 1988, 236-250; T. B. Herbert, R. C. Herbert & J. H. Ellard, "Coping With an Abusive Relationship: I. How and Why Do Women Stay?", *Journal of Marriage and Family*, no. 2, 1991, 313; R. E. Dobash & R. P. Dobash, "Woman`s Violance to Man in Intimate Relationship: Working on a Puzzle", *British Journal of Criminology*, no. 3, 2004, 329-331.

[11] Стратегија, 3

[12] R. E. Dobash & R. P. Dobash, op.cit., 325-328.

[13] S. Schechter, *Woman and Male Violence: The Vision and Struggles of the baterred Women`s Movement*, Cambridge, 1982, 37.

наставку рада проверити да ли су решења Закона заиста нагласак у заштити ставили на људска права појединаца, да ли инсистирају на жени као жртви и на крају да ли је и на који начин полно основано насиље присутно у Закону?

3. КО ЈЕ УЖИВАЛАЦ ЗАШТИТЕ КОЈУ ПРУЖА ЗАКОН?

Централна фигура овог акта је **жртва** насиља у породици. У прва три дела акта најчешће се користи различите варијанте израза **жртва**, било у множини, било у једнини. Од 4. дела акта до краја користи се сложен израз **жртве насиља у породици и жртве кривичних дела одређених овим Законом**. Жртва као уживалац права из Закона непосредно, а посредно његове одредбе јасно говоре да се акт својом материјом налази у сфери права о људским правима. Довољно је да се погледају одредбе о предмета и циљу Закона[14] које несумњиво о томе говоре јер у циљеве сврставају и „пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици“. Поред њих уживаоци права из Закона су и жртве свих оних кривичних дела посебно наведених у њему. Наиме, у току поступка за 11 кривичних дела против полних слобода, 5 против брака и породице и многа друга[15] могуће је да дође до насиља у породици. Из прегледа списка ових кривичних дела очевидна је фасцинација твораца Закона кривичним делима против полних слобода. Стандарди које писци Закона следе обавезно повезују сексуалну делинквенцију са насиљем у породици. Нема сумње да је идеја према којој се случају 11 од 12 дела против полних слобода може у неком стицају догодити и насиље у породици води порекло из догматике боркиња за људска права жена. Већ је наведено да је за феминистичку идеологију најбитније да прикажу како се насиље у породици уствари не дешава између чланова породице већ између онога што они називају „партнерима“, и у материјалном смислу је сексуално насиље. Будући да су жене физички слабије и беспомоћне, онда је жена увек жртва у таквом односу, а насилник мушкарац, каже ова догма.

Још неке одредбе акта, као она из става 3. члана 3. која даје дефиницију насиља у породици, говоре у прилог тезе овог рада да је феминистичка идеологија вредносно потцртала Закон. Наиме, та дефиниција говори о ***лицима*** као уживаоцима заштите, за разлику од нпр. става 28. члана 112. КЗ[16] или става 3. члана 197. ПЗ[17] које говоре о **члановима породице** као

[14] Закон, чл. 1. и 2.

[15] Списак дела је дат у члану 4. Закона. Занимљиво је да се на овом попису налази и само насиље у породици из члана 194. КЗ. Испада да се насиље у породици дешава и у току вођења кривичног поступка за насиље у породици што је апсурдно.

[16] Кривични законик - КЗ, „Службени гласник РС“, бр. 85/05, 88/05 –испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14.

уживаоцима заштите. Иначе, та **лица** морају да буду у **односу** насилником, каже ова дефиниција Закона, па затим набраја све форме оног што покрет за права жена назива партнерски однос (брачни, ванбрачни и партнерски у ужем смислу). Занимљиво је да заштиту уживају и они који више нису у неком од ових односа. Појам **деца** Закон не користи. Она се подводе под појам „сродници у правој линији". Несумњиво је да писци Закона породицу желе да заобиђу као појам јер заштиту не пружају деци поименично, док с друге стране инсистирају на **лицима** која се налазе у **партнерском односу**. Ових лица нема у српском кривичном праву као објекта заштите, али има у породичном.[18] Ово је још један начин да се потцртају људска права појединца као објект заштите, а занемари породица. Чини се да је и истополна односно хомосексуална заједницу два лица такође не мала врата уведена овим формулацијама у Закон.[19] Наиме, у Србији породицу не могу да заснују истополни парови. То значи да би хомосексуалци остали без заштите овог Закона ако би породица уживала заштиту. У избору између породице и хомосексуалаца законодавац је изабрао ове друге. Тако је на мала врата формулацијама Закона постало могуће заштити и лица у хомосексуалној вези простим изостављањем помињања породице. Тешко да ће се наћи бољи аргумент да оправда закључак да је породица потпуно маргиналозована и потиснута у други план Законом. Све у свему акт служи за заштиту жена када су жртве насиља у **партнерском односу** како то покрет за права жена назива. Након тога на другом месту су сви они који су у тим односима а нису жене.

Закон уопште не помиње било које друге жртве кривичних дела. Да ли је ово стање оправдано? С обзиром на назив Закона јесте. Међутим, ако се узме у обзир да у српском правном поретку нема закона који су посвећени некој посебној заштити било каквих жртава кривичних дела оправдано је поставити питање зашто су жртве насиља у породици привилеговане? Устав гарантује свима једнаку заштиту закона.

Овакво одређење жртве садржи у себи једну нелогичност. Наиме, ако жртвама прети опасност од **могућег учиниоца** насиља у породици, како то каже став 2. члана 3. Закона, зашто онда и жртва није названа **могућа жртва**

---

[17] Породични закон - ПЗ, „Службени гласник РС", бр. 18/05, 72/11 – др. закон, и 6/15.

[18] ПЗ даје дефиницију тог односа („лица која су била или су још у емотивној или сексуалној вези") али без коришћења појма **партнерски** за њега у тачки 5. става 3. члана 197.

[19] Питање је само ко је у оваквој заједници мушкарац, односно онај ко је по феминистичкој идеолошкој догми насиља у породици обавезно насилник? Ово питање је још више изражено у женским истополним заједницама. Ко је ту мушакрац-насилник када га уопште нема?

насиља у породици? Уколико учиниоца Закон назива **могућим**, онда он и може да учини насиље, али и не мора. У том случају би и жртва морала да буде **могућа**. Иначе би се дошло до нелогичног и апсурдног закључка да је неко постао жртва иако се радња која треба да га виктимизује није ни десила.

Такође, Закон уопште не помиње породицу као објект који ужива заштиту иако је она у Уставу наведена као посебна категорија која ужива заштиту.[20] Сасвим је на месту поставити питање у чему се та посебна заштита породице треба да огледа него у заштити од насиља које се у њој дешава? Нарочито ово питање добија на значају када се погледа реченица Образложења Закона (у даљем тексту: Образложење) која каже да је:

„Један од циљева закона да се у наш правни поредак унесе стандард према коме учинилац насиља **не сме да остане код куће**, не само када је насиље (тиме и кривично дело) већ учињено већ и када постоји непосредна опасност од настанка било ког облик насиља (кривичног дела).“[21]

Изгледа да је циљ Закона не дозволити да се породица која је захваћена насиљем опорави. Ако се погледа материја хитних мера из Закона (удаљење из стана, забрана приласка и комуникације) које садрже забрану повезивања чланова породице. Као да је сврха хитних мера да од породице створе збир самосталних појединаца који сваки треба да је на својој страни. ПЗ је препун мера посредовања, мирења или саветовања што говори да је циљ ове гране права, која је примарно посвећена породици, њено очување. Када би овај Закон имао неке такве мере можда би му се и могло приписати покушај да заштити породицу. Међутим то није случај. Људска права појединаца су предмет заштите, а не породица.

4. ШТА ЈЕ ПРЕТЊА ПО ЉУДСКА ПРАВА ПОЈЕДИНАЦА ПРЕМА ОВОМ ЗАКОНУ?

Наводна претња по људска права односно појава од које Закон хоће да заштити иста назива **непосредна опасност од насиља у породици.** Дефиниција је дата у члану 3. ставу 2. Закона:

„...могућег учиниоца и других околности произилази да је он спреман да у времену које непосредно предстоји по први пут учини насиље у породици или понови насиље у породици.“

Ова опасност је дата у виду стања које предстоји извршењу акта насиља. За Закон није важно да ли се оно већ десило или тек треба да се деси.

---

[20] Члан 66. став 2. Устава: Устав РС, „Службени гланик РС“, 98/06.

[21] Предлог Закона о спречавању насиља у породици, Образложење на страни 14, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2675-16.pdf, посећено, 9.3.2017. године. У даљем тексту: Образложење.

Речју, иако се насиље у породици није ни десило, оно већ постаје окидач за хитне мере из Закона. Занимљиво је да се и онај ко је извршио насиље у породици и онај ко није, из дефиниције је то сасвим јасно види, називају **могући учинилац**. Значи Закон се бави будућим учиниоцима насиља у породици. Образложење такође упућује на овај закључак јер хитне мере из Закона назива **превентивним**.[22]

Питање је које насиље у породици је у питању? Ако је у питању насиље у породици како је дефинисано самим Законом у ставу 3. члана 3. онда ствари стоје лоше. С друге стране, ствари постају изузетно лоше ако се то односи на истоимено кривично дело из члана 194. КЗ, што сугерише следећи цитат из Образложења:

„Један од циљева закона о спречавању насиља у породици је да у наш правни систем унесе стандард према коме учинилац насиља не сме да остане код куће, не само када је насиље (тиме и кривично дело) већ учињено, већ и када постоји непосредна опасност од настанка било ког облика насиља (кривичног дела).“[23]

Наиме, кривичноправна учења која тврде да могу да прогнозирају туђе делинквентно понашање су одавно вреднована као ненаучна. Закон који би дао одговарајућа мерила и критеријуме који би могли да гарантују да ће се са сигурношћу предвидети будуће кривично дело неког лица на основу **опасности** коју оно наводно представља никад није донет нити у једном правном поретку, а такве идеје у науци су давно напуштене. Иначе, такве идеје се углавном везују за стара чисто позитивистичка или чисто социолошка кривичноправна учења према којима се научним методама природних наука може предвидети људско понашање.[24] Она су у својим изворним формама као ненаучна напуштена, и као таква у законодавствима нису никад била заступљена.

Законодавац се на то не осврће. Процесу у коме се врши прогнозирање будућег криминогеног понашања законодавац даје у члану 15. Закона назив **процена ризика**. Критеријуме који се користе за прогнозирање дати су у истом члану:

„...да ли је могући учинилац раније или непосредно пре процене ризика учинио насиље у породици и да ли је спреман да га понови, да ли је претио убиством или самоубиством, поседује ли оружје, да ли је ментално болестан или злоупотребљава психоактивне супстанце, да ли постоји сукоб

[22] Ово се односи и на ситуацију и када се насиље десило. И тада су мере превентивне како се оно не би поновило: Ibid., 15.

[23] Ibid., 14.

[24] Потпуни преглед и критика ових учења у кривичноправној науци код: Ф. Бачић, *Кривично право – општи дио*, Загреб, 1980, 63-68. Такође и на странама 60, 62, 152 и 236.

око старатељства над дететом или око начина одржавања личних односа детета и родитеља који је могући учинилац, да ли је могућем учиниоцу изречена хитна мера или одређена мера заштите од насиља у породици, да ли жртва доживљава страх и како она процењује ризик од насиља.“

Закон, такође, одређује и лице којем поверава овлашћења да обави прогнозирање. То лице се назива „надлежни полицијски службеник“ и прецизније је одређен у члану 8. Закона. У питању је полицијски службеник који је прошао „специјализовану обуку“ како би „спречавао насиље у породици и пружао заштиту жртвама насиља“. По свему судећи обична обука обичног полицијског службеника је довољна за предвиђање будућности. Ова прва, полицијска прогноза будућности има своју контролу у другом степену. Њу, како каже Закон у члану 18. „вреднује“ тужилац. Тако су и тужилаштва добила задатак предвиђања будућности. На крају овог ланца прогнозера, према члану 19. Закона, налази се судија основног суда. Он се за прогнозу може ослонити како на прогнозу својих колега полицајаца и тужилаца, тако и на „оцену приложених доказа“ и „изјашњавање лица коме је хитна мера изречена“. Занимљиво је да се поступак пред судом, према слову члана 19. Закона одвија без „одржавања рочишта“ односно предвиђање будућег кривичног дела се врши без да се пружи прилика ономе на кога се ставља терет будућности да се о томе изјасни и да каже нешто у своју одбрану.

Разлог за оваква решења је природна последица употребе појмова **опасност** и **могући учинилац** кривичног дела у Закону. Ако је заиста могуће предвидети нечије будуће понашање, нарочито криминогено понашање, било би сасвим оправдано санкционисати људе и пре него што учине неко кривично дело. Само што је у том случају питање шта се санкционише? Ако нема учињеног кривичног дела онда нема радње односно акта који се санкционише. Ако нема радње која се санкционише, али постоји сигурност да ће такво лице сутра учинити радњу неког кривичног дела, онда може да се санкционише само нечија личност јер једино што постоји је умишљај. Ако нема радње односно објективних садржаја кривичног дела, а тврди се, као што то писци овог Закона тврде да ће неко у будућности извршити дело, онда основ за ту тврдњу може да лежи само у субјективним садржајима кривичног дела. Другим речима основ за кажњавање је нечија личности, њен карактер, њене особине или други индикатори духа који имплицирају да умишљај постоји. Све у свему у случају овог Закона санкционише се личност, а не радња. Одговор на питање постављено у наслову овог поглавља је да је личности могућег учиниоца насиља у породици оно што је опасно по људска права жртава.

5. ДА ЛИ ЈЕ ЗАКОН ПРЕДСТАВЉА ПОКУШАЈ РЕАНИМАЦИЈЕ ПОЗИТИВИСТИЧКИХ УЧЕЊА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ?

Део рада о вредносном изворишту Закона је показао да се вредносна потка за њега налази у идеологији феминистичког покрета. Овај покрет се не бави, нити му је интерес да се бави ревитализацијом напуштених учења у науци кривичног права. Овде се мисли на италијанску, позитивистичку кривичноправу школу која је ослањајући се на резултате рада Ломброза, на прелазу између XIX и XX века формулисала начела иновативног приступа кривичном праву. У питању је била једна од манифестација тријумфа природних наука над друштвеним у време када су оне на крилима Дарвиновог успеха доживљавале процват и увећале своје значење у оновременим друштвима. За овај тренд подвргавања друштвених наука и њихових појмова природним тада је смишљен израз **сцијентизам**. Будући да је читаоцима овог текста позната садржина овог учења, овде се оно неће излагати него ће се само поредити његови најосновији појмови[25] са оним што нуди Закон.

Ова школа је нудила појам **опасности** делинквента као оно што би требало да замени појам кривичног дела. **Санкцијама** и **средствима друштвене заштите** је желела да замени појам казне. **Друштвеном заштитом** је желела да замени појам заштитне функције кривичног права. Тежина кривичног дела се у учењу ове школе не мери степеном кривице учиниоца већ је замењена појмовима степена **страха жртве и друштва и степена опасности учиниоца**. Кривично право оријентисано на кривично дело преместило је свој фокус интересовања на учиниоца. Двојици главних учесника кривичног процеса, учиниоцу и држави, придружио се трећи, жртва.

И летимичан поглед на Закон открива да је законодавац, вероватно и несвестан тога, залутао у терен више од једног века старог кривичноправног научног позитивизма. Све појмове која је ово учење лансирало у науку и, углавном неуспешно, у законодавства[26] појављују се у Закону. Подвргавање друштвених наука природним, а то се десило управо у позитивистичким

[25] Начела она којима је ова школа пробала да изгради законодавне акте добро су представљена су у два текста једног од кључних актера ове школе, Енрика Ферија: E. Ferri "Nomination of a Commission for the Positivist Reform of the Italian Penal Code", *Journal of Criminal Law and Criminology*, no. 1, 1920, 69, 74-75; E. Ferri "Reform of Penal Law in Italy", *Journal of Criminal Law and Criminology* , no. 2, 1921, 185-198.

[26] Допринос ове школе на развој кривичног прва огледа се у пробоју схватања да се криминалитет може проучавати и природним наукама, да се казне могу прилогађавати учиниоцима дела и да нису једине мере којима се може реаговати на криминалитет. Потпуно о томе код: Ф. Бачић, op. cit., 65-66.

кривичноправним учењима, је погрешно колико и штетно јер оне оперишу са различитим методама и једне исте објекте посматрају на различите начине.

Природне науке описују чињенице и траже искључиве законитости између појава које посматрају, и изводе апсолутне појмове. Друштвене науке описују друштвене појаве које зависе од творевина духа као што су морал или обичај који су вредносне категорије. Стога оне граде релативне, а то значи еластичне и несталне, а не апсолутне, то значи круте и сталне, појмове. Нити једна природна наука не пристаје да подвргне појмове које проучава вредновању, а у друштвеним наукама је то правило. Једном уврђена истина у природним наукама се не мења спрам промене вредносног става према њој већ само услед промене метода сазнања. У друштвеним наукама, праву на пример, је другачије. Неко понашање је кривично дело док се не договоримо да оно више не заслужује, односно да није вредно, да то буде и обрнуто. Када се оваква друштвена наука као што је право подвргне правилима неке природне науке онда се по природи ствари њени појмови подвргавају природнонаучним правилима. Тако се и десило да створе појмови рођених злочинаца и томе слични, а укину појмови кривице и слободе на коме је појам кривице заснован.[27]

Још је штетније када се ове погрешне научне поставке нађу у законодавству, као што је случај са овим Законом. На основу десетак нејасних и неодређених мерила неко ће бити проглашен могућим учиниоцем насиља у породици и пре него што га је учинио. Како ће спрати ову љагу са себе? Никако. Ако „овлашћени полицијски службеник“ изврши тај закључак и спрам њега примени неку од хитних мера из Закона какав год био ефекат тих мера (и позитиван и негативан) он ће бити критеријум да процена да је неко потенцијални насилник у породици постане трајна.

Наиме, хитне мере су, по слову Закона, дизајниране да спрече неког да учини насиље. Ако након примене мере санкционисани не учини насиље, онај ко их је одредио, „овлашћени полицијски службеник“ или судија, увек ће рећи да је мера била ефикасна. О томе, рећи ће они, сведочи чињеница да насиље није извршено. Штавише, то је у њиховом интересу. У супротном могло би се њима пребацити у одговорност да су меру изрекли олако. У супротном случају, ако санкционисани насиље и поред мере изврши, они који су је одредили ће рећи да је то доказ да су били у праву, иако је сама мера неефикасн процена је била тачна. Није довољно удаљити га из куће, требало му је одредити притвор, рећи ће прогнозери. У оба случаја онај ко је „почашћен“ мером ће испасти трајно обележен као насилник у породици. Ово је показатељ зашто позитивна учења у кривичноправној науци нису никад преточена у један заокружен законодавни акт. Она су од

[27] С. Франк, *Теорија казненог права*, Загреб, 1955, 29.

непоновљивих, јединствених и самосвојних индивидуа/људи/појединаца стварала родове/генусе/врсте злочинаца. По истом моделу овај Закон ствара један нови злочиначки сој у Србији: насилнике у породици.

6. ЗАКЉУЧАК

Свако законодавство које претендује да се барем ослони на кривичноправне појмове и категорије или да их опонаша, а овај Закон ради и једно и друго, мора да стоји у вези са вредносном основом поретка у који се смешта. Вредносна подлога за овај Закон је пронађена у идеологији феминистичког покрета и то његових екстремних варијанти. Сасвим јасна сведочанства овом закључку јесу правнополитичке претходнице овог Закона у виду различитих Стратегија, које истина доноси влада РС, али су припремљене у Управи за родну равноправност и написане од стране представника феминистичких НВО. Следећи аргументи у прилог овог закључка су садржаји Закона који сви опонашају елементе те идеологије: предрасуде о ***партнерском односу*** као месту насиља где је наводно мушкарац тај који је његов виновник, обавезан спој полног насиља са насиљем у породици, и људска права жена као врховна вредност коју нарушава овај вид насиља кроз инсистирање на појму жртве.

Од питања кога штити Закон скоро да је интересантније било проверити кога не штити Закон. Иако српско законодавство нема нити један други акт који је посвећен заштити било какве жртве кривичног дела, без икаквог објашњења Закон једној од њих, жртви насиља у породици, дарује ову привилегију. Потпуно занемаривање свих других потенцијалних жртава отвара питање једнаке заштите пред Законом коју гарантује Устав које рад оставља вештима у уставној грани правне науке. Ипак, далеко је важније чињеница да овај Закон нити једном својом речју не спомиње породицу као биће које ужива заштиту иако би она, на први поглед, требало да буде доминантан бенефицијар Закона који је посвећен спречавању насиља у поридици. Сви други делови правног поретка крећу управо од ове претпоставке. У КЗ је кривично дело насиље у породици сврстано у групу дела против брака и породице, а примарно место заштите од ове врсте насиља је свакако породично право кроз одредбе ПЗ. Штавише, истрајавајући на разноразним врстама **партнерских односа** као месту где се дешава насиље, Закон није само директно дезавуисао породицу, него и је створио могућност које нема у КЗ, а у ПЗ би могла да се нађе само натегнутим тумачењем, а то је да се и лица у хомосексуалном односу подвуку под заштиту Закона.

Овај Закон је у том погледу револуционарна новина у поретку. Законодавац је некритички преузимајући феминистичку догматолатрију као

вредносно извориште Закона створио један потпуно изопачени облик заштите од те врсте насиља који стоји у потпуној супротности са породичним и кривичним деловима правног поретка. Ако је у њима породица стављена у средиште заштите од насиља, у случају овог Закона породица је њена жртва. Речју законодац је породицу принео на олтар људских права жртава. О томе сведоче не само претходно наведени закључци, него и садржаји хитних мера који су дизајнирани да спрече да се чланови породице поново виде или дођу у контакт, што је предуслов да се договором или мирењем реши проблем насиља.

Начин на који Закон ово ради је крајње контроверзан. Ревитализујући давно напуштене идеје позитивистичких учења у науци кривичног права према којима је могуће предвидети нечије делинквентно понашање Законодавац је вратио точак времена барем стотину година уназад. Категорије **могућег учиниоца** кривичног дела који је главна преокупација Закона и категорија **процене ризика** да ће он учинити кривично дело данас звуче као научна фантастика. Да су којим случајем пронађени савршено поуздани методи природних или друштвених наука који су у стању да предвиде будуће извршење кривичног дела ваљда би наши место у неком законодавству развијенијих и напреднијих држава од Србије. Наравно да овако нешто није могуће. Када би било било, онда би се ваљда те могућности користиле за неко далеко прозаичније и лукративније предвиђање туђег понашања, на пример предвиђање комерцијалних навика потрошача и томе слично.

Законодавац је овим актом унео читав низ контроверзи у поредак и постојеће садржаје у кривичном, а делимично и у породичном, темељно изопачио. Подређивање породице жртвама и увођење предделиктних мера уноси квазипородичне и квазикривичне институте у правни поредак који тешко могу да прођу тест усаглашености са целином ових грана права и њиховим начелима, а изнад свега са вредносном поруком Устава РС.

Branislav RISTIVOJEVIĆ, LL.D.
Assosiate Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

NOVELTY IN CRIMINAL POLICY ON PREVENTION OF DOMESTIC VIOLANCE IN SERBIA: ON DEAD END TRACK

Summary

The paper is devoted to a critical examination of the effects and scope of the new Act on Prevention of Domestic Violence. Placing it in the framework he refers to as the specialisation of criminal law in Serbia, the author undertakes to present criminal policy arguments against the underlying premise of the Act. By arguing the lack of justification for its introduction into the legal system, on the ground that it was not preceded by any extensive research into the state of this socio-pathological phenomenon, the author simultaneously identifies, by way of a brief genealogical analysis, the extreme dogma of the women's rights movement as both a source of value on which the Act rests, and a source of all of its adverse effects on the legal system in general. The value source from which the Act's solutions derive is one-sided, plain and prejudiced view of the relations between genders rather than care for the state of affairs in a family in the Serbian society. In fact, what this Act concerns itself with is overstating the human rights of women in relationships with men, where women are the alleged victims of gender-based violence, rather than preventing the effects of Violence on family relationships. The means by which it does so is extremely questionable and doubtful, as it introduces the categories of **possible perpetrator of violence**, who is in fact the future criminal offender, domestic violence **risk assessment,** which is a kind of prediction that someone will commit a criminal offence, **responsibility** that shifts ***back***, which means before the criminal prosecution takes place or before anyone is even suspected, which thus represents some kind of criminal procedure for the offence yet to be committed in the future or, better yet, a future criminal procedure. On the whole, in drafting this Act, the lawmaker sailed into what would law consider *uncharted waters* - those that very few, even from the science fiction, ever ventured in, and even they with difficulty. Evidently, this venture is another embodiment in science of a legislative phenomenon described as the so-called security law. But, it would still, at least in Serbia, be its worst face. The one conceived to undermine the most important institution of any society – the family.

Key words: *domestic violence, family, criminal policy, feminist movement, victim, woman, criminal law*

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Бачић, Ф. *Кривично право – опћи дио*, Загреб, 1980.

Dobash, R. E. & Dobash, R. P. "Woman`s Violance to Man in Intimate Relationship: Working on a Puzzle", *British Journal of Criminology*, no. 3, 2004.

Ferri, E. "Nomination of a Commission for the Positivist Reform of the Italian Penal Code", *Journal of Criminal Law and Criminology*, no. 1, 1920.

Ferri, E. "Reform of Penal Law in Italy", *Journal of Criminal Law and Criminology* , no. 2, 1921.

Франк, С. *Теорија казненог права*, Загреб, 1955.

T. B. Herbert, R. C. Herbert & J. H. Ellard, "Coping With an Abusive RelationshipL: I. How and Why Do Women Stay?", *Journal of Marriage and Family*, no. 2, 1991.

Стојановић, З. „Кривично право у доба кризе", *Бранич*, бр. 1-2, 2011.

Strube, M. J. "The Decision to Leave an Abusive Relationship: Empirical Evidence and Theoretical Issues", *Psychological Bulletin*, no. 2, 1988.

Schechter, S. *Woman and Male Violence: The Vision and Struggles of the baterred Women`s Movement*, Cambridge, 1982.

Устав РС, „Службени гланик РС", 98/06.

Кривични законик, „Службени гласник РС", бр. 85/05, 88/05 –испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14.

Породични закон, „Службени гласник РС", бр. 18/05, 72/11 – др. закон, и 6/15.

Закон о спречавању насиља у породици - Закон, „Службени гласник РС", број 94/16.

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, „Службени гласник РС", број 32/13.

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „Службени гласник РС", број 32/13, 94/16.

Закон и изменема и допунама Закон о полицији, „Службени гласник РС", број 64/15.

Предлог Закона о спречавању насиља у породици, Образложење на страни 14, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2675-16.pdf, посећено, 9.3.2017. године. У даљем тексту: Образложење.

Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима, „Службени гласник РС", број. 27/11.

Национална стретегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности жена, „Службени гласник РС", бр. 15/09.

Алексин закон, да се дјеца не убијају: http://balkans.aljazeera.net/vijesti/aleksin-zakon-da-se-djeca-ne-ubijaju; Нови Сазив, нова шанса за Алексин

закон: http://www.rts.rs/page/ stories/sr/story/125/drustvo/2391681/novi-saziv-nova-sansa-za-aleksin-zakon.html; посећено: 22.02.2017. године.

Контакт, *Анализа извештавања дневне штампе о насиљу у породици (фебруар, март и април 2015.)*, 20. мај 2015. године, http://kontakta.rs/analiza-izvestavanja-dnevne-stampe-o-nasilju-u-porodici-februar-mart-april-2015/, посећено: 21.03. 2017. године.

УДК 43.123.12(497.11)
343.851:343.54/.55(497.11)
343.851:343.62(497.11)

Др Сретен М. ЈУГОВИЋ*

ПОГЛЕД НА „НОВЕ“ ЗАКОНСКЕ НАДЛЕЖНОСТИ ПОЛИЦИЈЕ У СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ[1]

Апстракт: У раду су анализиране најзначајније одредбе Закона о спречавању насиља у породици од 2016. године (чија би примена требало да почне 1. јуна 2017. године), с освртом на надлежности полиције. Након те анализе закључује се да, иако Закон садржи номотехничке пропусте, он ипак у основи, уз остале законе, пре свега Закон о полицији, Законик о кривичном поступку, Кривични законик, Породични закон, Закон о ЈРМ и друге прописе, представља солидан правни оквир за делотворну заштиту чланова породице од насиља њених других чланова. Постојећу номенклатуру полицијских овлашћења допуњују и овлашћења из Закона о спречавању насиља у породици (довођење, задржавање, процена ризика, изрицање хитних мера: удаљење учиниоца из стана и мера привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој).

Кључне речи: *породица; насиље; полицијска овлашћења; хитне мере.*

1. УВОД

Премда је породица институција, она нема правни субјективитет. Јер, породица није правно лице, она је у ствари *морално лице*, као што каже родоначелник теорије институције, француски управноправни теоретичар М. Ориу.[2] Међутим, у правној држави правни субјективитет имају сви појединци, дакле и чланови породице.

Са становишта савременог полицијског права, породица у начелу, егзистира изван домашаја полиције, она се сматра претежним подручјем

* Редовни професор, Криминалистичко-полицијска академија, Београд
sreten.jugovic@kpa.edu.rs

[1] Рад је настао у оквиру пројекта бр. 179045, финансираног од стране Министарства науке, просвете и технолоошког развоја Републике Србије.

[2] Наведено према: Милан Петровић, *Наука о управљању као претпоставка управне политике*, Ниш, 2010, 142.

приватног права, а то значи да се на њу не примењује полицијско право. Настанком правне државе, након периода просвећеног апсолутизма (који се још означава и као „полицијска држава“), полиција губи социјалну функцију, коју преузимају други субјекти управе (министарства за социјална питања и др.) и јавне службе (установе - центри за социјални рад и др.), а њен делокруг и надлежности своде се на заштиту јавног реда и безбедности људи и имовине. Тако посматрано, полиција би могла да интервенише у породичне односе само уколико понашање чланова породице истовремено представља повреду или угрожавање јавног реда (на пример супружници се толико свађају или вичу да то представља прекршај против јавног реда, или бацају ствари кроз прозор на јавно место, које је елеменат појма јавног реда, и сл.). Јавни ред (јавни поредак) је, у ствари, једна генерална клаузула[3] (као и заштита од опасности), која установљава генералну надлежност полиције да одржава, односно штити јавни ред од угрожавања или повређивања.[4]

Међутим, у нашој полицијској и судској пракси после Другог светског рата, свађа, вика или туча брачних другова сматрана је повредом јавног реда и мира, тако да је полиција интервенисала и у таквим случајевима, а то значи да није поштована сфера приватности породице.[5] На тај начин, границе између приватног и јавног права, које су целисходне али и начелне још од Улпијана у римском праву, постају сада још више дифузне. Самим тим када је нешто на граници између јавног и приватног, може да се преокрене у корист јавног или приватног права.[6] И најновије законске одредбе о спречавању насиља у породици потврђују ширину и законску незаокруженост „унутрашњих послова“, који се у теорији још увек одређују на негативан начин, као некакав кош у који се „убацују сви послови и задаци“ које не обављају други органи државне управе. У даљем тексту следи осврт на нова законска овлашћења полиције у спречавању и сузбијању насиља у породици.

2. ПРАВНИ ОКВИР СПРЕЧАВАЊА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Наш правни поредак настоји да одржи корак са савременим западноевропским културним кругом у контроли породичног насиља. То потврђује анализа важећег правног оквира. Најпре, битна је инкриминација

[3] Милан Петровић, *Посебно управно право са међународним управним правом*, Свен, Ниш, 2015, 44.

[4] Више о појмовима јавног реда и јавног поретка вид. : Сретен Југовић, *Управна функција полиције*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2013, 67-71.

[5] М. Петровић, *op. cit*, (2015), 44.

[6] *Ibid.,* 45.

насиља у породици у новом кривичном законодавству, почев од 2002. године. Поред Кривичног законика, битне су и комплементарне одредбе Породичног закона, као и Закон о јавном реду и миру. Свакако овде треба поменути и Националну стратегију Владе о спречавању и сузбијању насиља над женама у породици и у партнерским односима, Закључак Владе којим је усвојен Општи протокол о поступању и сарадњи установа, органа и организација у ситуацијама насиља над женама, као и друге посебне протоколе у области здравства, просвете и науке, и, за полицију значајан, Посебан протокол о поступању полицијских службеника у случајевима насиља над женама у породици и у партнерским односима. Постоји, дакле, читав арсенал институција, механизама и поступака контроле насиља у породици. Као најзначајнији и најистуренији субјекти јављају се полиција, тужилаштво, судови, центри за социјални рад, а од велике користи су и ванправни механизми контроле насиља у породици од стране јавног мњења, разних удружења и других облика политичке контроле (специјализованих омбудсмана и др.).

Насиље у породици у теоријском смислу одређује се као сваки облик или вид злостављања, једног или више чланова породице од стране неког њеног члана. У савременим условима изнијансирана су четири облика насиља у породици, то су: физичко злостављање; сексуално злостављање; психичко злостављање и економско злостављање. А кад је реч о злостављању деце, овим облицима насиља још се придодаје и „занемаривање“.[7]

И поред мноштва механизама, институција и поступака контроле насиља у породици предвиђених законима, спречавање насиља у породици уређено је и Законом о спречавању насиља у породици из 2016. године[8], чија примена би требало да почне 1. јуна 2017. године, као и Законом о полицији[9], такође из 2016. године. Међутим и ти закони, као и већина закона данашњице по својој дикцији и номотехници више подсећају на текст из неког научног или стручног рада или стратегије, него на законске одредбе.

У складу са теоријским схватањем насиља у породици Закон о спречавању насиља у породици у члану 3, став 3 одређује насиље у породици као „акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља учиниоца према лицу са којим се учинилац налази у садашњем или ранијем брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим

[7] Entoni Gidens, *Sociologija* (prevodioci: N. Silaški, T. Djurović), Ekonomski fakultet, Beograd, 2007, 201.

[8] „Службени гласник Републике Србије“, бр. 94 /2016.

[9] „Службени гласник Републике Србије“, бр. 6/2016.

је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храњеник или хранитељ или према другом лицу са којим живи или је живео у заједничком домаћинству".

Закон о полицији, пак, у члану 28 уређује поступање полиције у случају насиља у породици. Наиме, *ако је пријављено насиље, односно претња насиљем у породици, полицијски службеници дужни су да, у сарадњи са другим надлежним органима, одмах предузму потребне мере и радње у складу са законом, чијим вршењем се спречава односно заустављa насиље које за последицу може да има наношење телесних повреда или лишење живота*. Будући да је цитирана одредба претежно упућујућа, она нема неки нарочити значај, јер ако је већ пријављено насиље, или претња насиљем да ће се неко лице (и члан породице) телесно повредити или лишити живота, полицијски службеници иначе предузимају мере и радње у складу са делокругом и законским надлежностима да заштите безбедност сваког грађана. При том, у зависности од конкретне ситуације, полицијски службеници опредељују своје поступање на месту догађаја, које може имати различите исходе, тј. може бити и остати само „полицијско", дакле остати на нивоу примењених полицијских овлашћења да се насиље спречи (нпр. упозорењем и другим овлашћењима, мерама и радњама), чиме се опасност од насиља отклања и сврха постиже, или пак полицијско поступање може бити усмерено и на „кривично-правно поступање" - уколико из конкретне ситуације произлази да је извршено кривично дело насиља у породици или неко друго кривично дело у вези са насиљем у породици из КЗ-а, о чему се обавештава тужилаштво или обратно, тужилаштво обавештава полицију, што је све већ уређено ЗКП-ом и Законом о полицији. Најзад, могуће је да поред спречавања насиља поступање полиције буде и „прекршајно-правно", уколико је извршен неки од прекршаја из Закона о ЈРМ или другог закона. Дакле, полиција предузима мере и радње (бројна одговарајућа полицијска овлашћења из Закона о полицији, ЗКП-а, Закона о прекршајима и других закона), сарађује са тужилаштвом, центрима за социјални рад, прекршајним и „кривичним" судовима, јер одредбе о сарадњи полиције већ постоје у Закону о полицији (члан 16 и 18).

У члану 2 Закона о спречавању насиља у породици (даље Закон) каже се да је циљ Закона „да на општи и јединствен начин уреди организацију (*sic!*) и поступање државних органа и установа и тиме омогући делотворно спречавање насиља у породици ...". Као да се (тим) Законом уређује организација полиције или тужилаштва или судова? Организација полиције уређена је Законом о полицији а јавног тужилаштва Законом о јавном тужилаштву, као што је и организација судова уређена Законом о уређењу судова, а не Законом. Стручни обрађивачи Закона, као и законодавац вероватно су мислили на јединствено и координисано организовање

поступања државних органа и центара за социјални рад, не правећи разлику између појмова организације (органа) и организовањања (делатности).

Номотехнички, неспретно су формулисане и одредбе о постојању непосредне опасности од насиља у породици из члана 3, став 2, које остављају доста простора за злоупотребе, а те одредбе су веома значајне, јер је непосредна опасност разлог за интервенцију полиције. Наиме, „Непосредна опасност од насиља у породици постоји када из понашања *могућег учиниоца* (италик С.Ј.) и других околности произлази да је он *спреман да у времену које непосредно предстоји по први пут* (италик С.Ј.) учини или понови насиље у породици“. Није спорно да полиција треба да има овлашћења да поступа на полицијскоправној и кривичноправној основи. У првом случају она примењује полицијска овлашћења за спречавање угрожавања безбедности, ради отклањања опасности, много пре него што дође до угрожавања безбедности, односно до наступања опасности по безбедност, и то су тзв. превентивна полицијска овлашћења која се уређују, по правилу, полицијским законодавством. У другом случају полиција сузбија криминал, у овом случају насиље у породици и поступа, по правилу, у складу са ЗКП-ом и др. законом. Отуда и подела полицијских овлашћења на превентивна и репресивна.[10] У савременим условима полиција поседује овлашћења за спречавање угрожавања безбедности. Само што су одредбе о превентивном поступању полиције у случајевима насиља у породици номотехнички проблематичне. Опште познато је да се намера у праву најтеже доказује, а одредбе о постојању непосредне опасности од насиља у породици управо се заснивају на намери да учинилац изврши насиље. С друге стране, оваква формулација може да доведе до злоупотреба цитиране одредбе, до лажног пријављивања постојања непосредне опасности, које једнако захтева полицијско поступање и утврђивање потпуног чињеничног стања, које опет може бити погрешно и непотпуно утврђено. А учестало лажно пријављивање може да доведе до олаког схватања пријаве у случају постојања „праве“ непосредне опасности од насиља у породици и њеног игнорисања, што за последицу може имати већ извршено насиље, при чему реакција полиције може бити закаснела и свести се на примену мера и радњи након наношења телесних повреда или чак убиства, будући да се више десетина убистава годишње у нас догоди управо услед насиља у породици. У статистичком смислу, много је већа вероватноћа да ће нека особа било ког узраста или било ког пола, бити изложена физичком нападу у кући, него ноћу на улици. Примера ради, свако четврто убиство у Британији почини један члан породице над другим члановима.

[10] Више о томе: Слободан Милетић, Сретен Југовић, *Право унутрашњих послова*, КПА, Београд, 2016, 167 и даље.

Даље, Закон уређује примену овог закона и на сарадњу у спречавању насиља у кривичним поступцимана за одређена кривична дела (члан 4), углавном сексуалне деликте, насиље у породици и друга кривична дела која су последица насиља у породици.

Закон предвиђа супсидијарну примену Закона о полицији, КЗ-а, ЗКП-а, ЗПП-а, Породичног закона (члан 5). Значајно је и што је непоступање судија, јавних тужиилаца, односно заменика јавних тужилаца у роковима који су одређени Законом, дисциплински прекршај.

Даље, Законом је предвиђено да полицијски службеници, тужиоци и судије треба да имају завршену специјализовану обуку за поступање у случајевима насиља у породици. Специјализовану обуку полицијских службеника изводи Криминалистичко полицијска академија, а судија и тужилаца Правосудна академија, о чему се издају сертификати. Начелник подручне полицијске управе одређује полицијске службенике који су завршили специјализовану обуку, да поступају као „надлежни полицијски службеници“. И ова формулација „надлежни“ је проблематична, јер на лице места скоро увек први излазе полицијски службеници из патрола, па испада да они нису надлежни за спречавање насиља у породици, већ су надлежни само „надлежни полицијски службеници“. Уместо „надлежни“ требало је рећи специјализовани (сертификовани) полицијски службеник. Исти је принцип и за тужиоце, судије, центре за социјални рад. Председник сваког суда одређује судије које су завршиле специјализовану обуку, а јавни тужилац у сваком тужилаштву (осим тзв. специјалних) одређује заменике који су завршили специјализовану обуку за решавање случајева насиља у породици. Руководиоци сваког центра за социјални рад одређују међу запосленима тимове за помоћ у спречавању насиља у породици и пружају подршку жртвама насиља. На тај начин законодавац настоји да обезбеди синхронизовано поступање различитих државних органа, са различитим надлежностима, да у оквиру својих надлежности делају у остваривању јединственог циља.

3. ПОСТУПАЊЕ ПОЛИЦИЈСКИХ СЛУЖБЕНИКА

Полиција је, уз друге државне органе и установе, веома значајан чинилац остваривања и заштите слобода и права појединих чланова породице од насиља других њених чланова. Овој констатацији доприноси и поглед на законске надлежности полиције, као и традиционално очекивање које грађани имају од полиције, па у критичним тренуцима, случајеве насиља у породици пријављују најпре полицији.

Закон установљава општу дужност свакога да пријави насиље у породици или непосредну опасност од њега, полицији или јавном

тужилаштву. Поред пријављивања Закон предвиђа и дужност надлежних државних органа, дакле и полиције да препознају насиље у породици. Препознавање може да произађе из пријаве коју је жртва поднела или уочавањем трагова физичког или другог насиља. Јавни тужилац коме је пријављено насиље или непосредна опасност од њега, дужан је да пријаву одмах проследи полицијским службеницима, који о томе одмах обавештавају надлежног полицијског службеника. Дакле, пријава или препознавање насиља су разлози за поступање полицијских службеника у спречавању насиља у породици (члан 13). Полиција на различите начине долази до сазнања о извршеном насиљу у породици (непосредно, посредно и самоиницијативно), и то: када жртва пријави насиље; од анонимног или познатог лица које пријављује насиље телефонски или писаним путем; када од стране суда или тужилаштва добије одређене налоге за поступање; пријавом од стране здравствених установа, центара за социјални рад или друге установе; обављањем других полицијских послова и задатака. Најчешћи су случајеви сазнања пријављивањем преко телефона и непосредним подношењем пријава у службеним просторијама полиције.

Полицијски службеници дужни су да одмах обавесте надлежног полицијског службеника (у ствари оног који је обучен и одређен од стране начелника Подручне полицијске управе) о насиљу или непосредној опасности од насиља у породици, и имају право да, сами или на захтев надлежног полицијског службеника, *доведу* могућег учиниоца у надлежну организациону јединицу полиције ради вођења поступка. Такође, имају право и да задрже доведено лице, а *задржавање* у полицији ради вођења поступка може трајати најдуже осам часова. Током поступка у полицији могући учинилац поучава се и омогућава му се контакт и коришћење услуга браниоца и правне помоћи у складу са Уставом и законима Републике Србије. Као што се види из законом зајемчених права, која има доведено и задржано лице, уз правне поуке о праву на браниоца, упућују да је реч о ограничавању слободе кретања у уставноправном смислу.

По довођењу лица даље поступање преузима надлежни полицијски службеник, који, након што омогући могућем учиниоцу да се изјасни о свим битним чињеницама, прикупља обавештења од полицијских службеника и врши *процену ризика* и, у зависности од процене ризика изриче *хитну меру* за спречавање насиља у породици. Процену ризика надлежни полицијски службеник врши и када могући учинилац није доведен у полицију. При том, надлежни полицијски службеник може затражити мишљење центра за социјални рад (члан 15 Закона). Међутим, Закон садржи редакторски пропуст, будући да се у члану 15 говори о изрицању хитних мера „могућем“ учиниоцу и истовремено упућује на члан 17 став 1 којим су уређене хитне мере. А према чл. 17. Хитне мере се могу изрећи само учиниоцу насиља у породицу, али не и „могућем“ учиниоцу.

Надлежни полицијски службеник одмах доставља сва прикупљена обавештења о насиљу у породици и процену ризика - ако она указује на непосредну опасност од насиља - основном јавном тужиоцу на чијем подручју се налази пребивалиште, односно боравиште жртве, центру за социјални рад и групи за координацију и сарадњу.

Ако после процене ризика установи непосредну опасност од насиља у породици, надлежни полицијски службеник доноси наређење којим изриче једну од могуће две хитне мере, или обе кумулативно, учиниоцу који је доведен у полицију. Хитне мере су: 1) мера привременог удаљења учиниоца из стана и 2) мера привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој. Хитна мера коју изриче надлежни полицијски службеник траје 48 часова од уручења наређења (члан 21 Закона). Прописана је садржина наређења о изрицању хитних мера, као и уручивање, односно сачињавање службене белешке о одбијању пријема, чиме се сматра да је наређење уручено. Надлежни полицијски службеник доставља наређење надлежном основном јавном тужиоцу, центру за социјални рад и групи за координацију и сарадњу, а жртва насиља писмено се обавештава о врсти хитне мере која је изречена.

Поред полицијских овлашћења предвиђених Законом, полицијски службеници и "надлежни полицијски службеници" примењују и друга полицијска овлашћења. Тако, кад је реч о спречавању и сузбијању насиља у породици, могу се по потреби применити готово сва полицијска овлашћења из Закона о полицији, и поједине полицијске мере, и то: упозорење и наређење, провера и утврђивање идентитета, позивање лица, довођење, задржавање, тражење обавештења, преглед простора, места догађаја и лица, привремено одузимање предмета, употреба туђег саобраћајног средства и средства везе, пријем пријава о учињеном кривичном делу, заштита жртава кривичног дела, трагање за лицима и предметима, прикупљање, обрада и коришћење личних података, и, коначно – могу се употребити средства принуде, под законским условима, уз поштовање сразмерности. Чини се да се ове могућности које предвиђа Закон о полицији недовољно користе. То је скопчано и са руковођењем у полицији, затим обуком полицијских службеника, али и са унутрашњим организовањем делатности - полицијом као процесом. Полицију као процес одликује плурализам полицијских поступака, који зависе од конкретних чињеница, полицијске процене (процене ситуације) на лицу места. Стога и у оваквим случајевима поступање полиције може бити различито, али битно је да оно буде законито, делотворно, опортуно, целисходно, да произведе ваљан резултат, да се спречи насиље, или да се оно обустави, да се обезбеде докази и учинилац насиља, како се то каже, „приведе правди".

Законом је прописано поступање јавног тужиоца, којег полиција практично одмах обавештава о насиљу, процени ризика, изреченим хитним

мерама, а он може утврдити предлог да се хитна мера продужи, о чему одлучује основни суд према пребивалишту односно боравишту жртве насиља. Суд хитну меру може продужити за још 30 дана, или одбити предлог тужиоца као неоснован, у року од 24 часа од пријема предлога. Прописан је и поступак вишег суда по жалби против решења основног суда (члан 20 Закона). Наиме, основни јавни тужилац и лице коме је изречена хитна мера могу против решења основног суда поднети жалбу вишем суду, у року од три дана од дана пријема решења, а преко основног суда који је донео решење. Основни суд дужан је да жалбу и све списе предмета проследи вишем суду у року од 12 часова од пријема жалбе. О жалби одлучује веће вишег суда од троје судија, у року од три дана од дана пријема жалбе од основног суда. Виши суд може одбити жалбу и потврдити решење основног суда или усвојити жалбу и преиначити решење основног суда. Он не може укинути решење основног суда и предмет вратити основном суду на поновно поступање. Жалба не одлаже извршење решења основног суда. На поступак одлучивања о продужавању хитне мере сходно се примењује Закон о парничном поступку.

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Поред мноштва механизама, институција и поступака спречавања и сузбијања насиља у породици, уређених законима о полицији, о кривичном поступку, ЈРМ, Породичним и Кривичним законом, правни режим спречавања насиља у породици у Републици Србији установљен је и Законом о спречавању насиља у породици, од 2016. године, чија примена би требало да почне 1. јуна 2017. године. Сама чињеница да је тај режим допуњен Законом, по себи говори о значају материје која се уређује.

Текст Закона по својој дикцији и номотехници, као и већина нових закона (после 2000. године) у великој мери пре подсећа на текст из неке стратегије, него на закон. Међутим, поред ове начелне примедбе, много више проблема у пракси може да изазове невешто формулисање одредаба у члану 3, став 1 и 2, које се односе на одређивање непосредне опасности од насиља у породици. Те одредбе остављају исувише простора за њихову злоупотребу у пракси, пре свега од стране пријавилаца насиља. И редакторски пропусти присутни су код одредаба о условима за изрицање хитних мера. На једном месту се каже да се оне могу изрећи могућем учиниоцу насиља (члан 15), а на другом „само“ учиниоцу насиља (члан 17, став 1).

Полиција је и према овом закону стожерна институција спречавања насиља у породици. Она је та која га препознаје, којој се пријављује насиље, која га открива, расветљава, спречава и сузбија, сарађује са тужилаштвом, судовима, центрима за социјални рад, грађанима и другима. Она прва излази

на место догађаја, сређује ситуацију, пружа помоћ жртви насиља и истовремено поступа према (могућем) учиниоцу насиља. Жртву треба да заштити, а учиниоца да онемогући у даљем вршењу насиља и да га „криминалистички обради“.

У те сврхе полиција неспорно располаже бројним овлашћењима (превентивним и репресивним) за контролу наведеног насиља. Премда Закон уводи неколико „нових“ полицијских овлашћења, номенклатуру полицијских овлашћења из Закона о полицији и ЗКП-а, допуњују два овлашћења, тј. две хитне мере које полиција може да изриче. Наиме, Законом су предвиђена овлашћења довођења (могућег!) учиниоца, његовог задржавања најдуже до осам часова, као и процена ризика коју обавезно, по правилима струке спроводи „надлежни полицијски службеник“. При том, довођење и задржавање су „класична“ полицијска овлашћења, већ утврђена полицијским и процесним законодавством, а процена ризика је примењени, „особени“ облик процене ситуације, односно безбедносне процене карактеристичне за полицијско право, тако да и то није новина. Дакле, законске новине су одредбе о специјализованом, како Закон каже „надлежном“ полицијском службенику, који практично води поступак полиције у случајевима насиља у породици. Стварну новину представљају хитне мере које полиција под законским условима може да изриче писаним наређем, то су: 1) хитна мера привременог удаљења учиниоца из стана и 2) привремена забрана учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој. Те хитне мере које надлежни полицијски службеник налаже могу трајати 48 часова од уручења наређења, а надлежни суд их може продужити за још 30 дана. Готово идентичне мере предвиђене су Породичним законом (члан 198), само што њих изриче суд у судском поступку, што је задоцнела реакција за насиље упородици, а према Закону сада их непосредно и конкретно изриче полиција, а суд их може продужити у тзв. скраћеном поступку. Законодавац је сада створио претпоставке да хитне мере буду ефикасније, да се одређују практично одмах, а обезбеђена је и њихова судска контрола у кратким роковима, што би требало да доведе и до њихове делотворности. Ту делотворност пракса ће показати.

Sreten JUGOVIĆ, Ph.D.
Full Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies in Belgrade

A VIEW OF 'NEW' LEGAL POWERS OF THE POLICE IN DOMESTIC VIOLENCE PREVENTION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The paper analyses the most important provisions of the Domestic Violence Prevention Act of 2016 with respect to police powers. The analysis is followed by the conclusion that despite being flawed in terms of nomotechnics, this Act generally still provides, along with other legislative acts, primarily the Police Act, Criminal Procedure Act, Criminal Code, Family Act, Misdemeanours Act and other regulations, a solid legislative framework for the effective protection of family members against violence committed by other family members. The existing police powers nomenclature also includes powers from the Domestic Violence Prevention Act (conveyance, detention, risk assessment, issuance of urgent measures: removal of perpetrator from family home and restraining order temporarily banning the perpetrator from contacting and approaching the victim of violence).

Keywords: *family; violence; police powers; urgent measures*

ЛИТЕРАТУРА

Gidens, Entoni, *Sociologija* (prevodioci: N. Silaški, T. Djurović), Ekonomski fakultet, Beograd, 2007.

Југовић, Сретен, „Обележја управних овлашћења полиције-полицјских овлашћења“, *НБП*, *Наука Безбедност Полиција,* год 13, бр, 2, *Криминалистичко-полицијска академија*, Београд, 2008, стр. 69-75.

Југовић, Сретен, *Управна функција полиције*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2013.

Марковић, Ратко, *Управно право*, Београд, 2002.

Милетић, Слободан, Југовић, Сретен *Право унутрашњих послова*, КПА, Београд, 2016.

Петровић, Милан, *Наука о управљању као претпоставка управне политике*, Ниш, 2010.

Петровић, Милан, *Посебно управно право са међународним управним правом*, Свен, Ниш, 2015.

Напомена: Коришћени закони и други прописи наведени су у самом раду.

УДК 343.144(497.11)

Др Саша КНЕЖЕВИЋ[*]
Асс. Мирјана ЂУКИЋ[*]

СПОРАЗУМ О СВЕДОЧЕЊУ ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

Апстракт: Како колевку овог института представља америчко законодавство, у раду су најпре наведене опште каратеристике споразума о сведочењу окривљеног, као и схватања распрострањена у САД. У другом делу је анализиран споразум о сведочењу окривљеног у нашем законодавству, где је као релативно нов институт, процесна модификација некадашњег сведока сараданика. Не може се оспорити значај овог института, када се у виду има немогућност или отежана могућност да се на други начин прибаве докази о кривичним делима која носе елементе организованог криминала, као и сама тежња за ефикаснијим кривичним поступком која је постављена као међународноправни стандард. Да би његове позитивне стране дошле до изражаја, размотрена су појединa питања која услед непрецизне и непотпуне законске формулације могу изазвати недоумице у теорији и пракси.

Кључне речи: *споразум о сведочењу окривљеног, организовани криминалитет, ефикасност кривичног поступка*

1. УВОД

Као најопаснији облик криминала, организовани криминал је последњих година прерастао у међународни проблем, те је у центру пажње међународних организација, државних институција, јавног мњења у великом броју земаља из којих потиче иницијатива за борбу против њега. Борба се, против ових најтежих облика криминала, базира на комбинацији превентивних и репресивних мера.

[*] Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу
knez@prafak.ni.ac.rs
[*] Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовска Митровица, mirjana.djukic@pr.ac.rs

Једна у низу специфичности организованог криминалитета, веома значајна са кривичнопроцесног аспекта у домену откривања и доказивања кривичних дела јесте тајно деловање криминалне организације. Апсолутна тајност је немогућа, јер се увек нађе одређени круг лица која знају за постојање и деловање криминалне организације, најчешће су то жртве организованог криминалитета (због страха од секундарне виктимизације, оне не могу бити од помоћи полицијским и правосудним органима у откривању и доказивању кривичних дела). Томе се може додати „закон ћутања" који је један од основних проблема доказивања у кривичним поступцима. Не треба изоставити још један веома важан сегмент, коруптивне везе криминалне организације са представницима државних органа, који је узрочно-последично повезан са њеном тајношћу. У слабијем правном систему у којем су надлежни органи неефикасни и подложни корупцији, припадници криминалне организације се понашају слободније, мање су дискретни, мање настоје да крију своје постојање и деловање, и обратно.[1]

У циљу превазилажења потешкоћа на плану откривања и доказивања овог облика кривичних дела, већина земаља је законски регулисала низ посебних истражних радњи, међу којима се налази сведок сарадник као претеча окривљеног сарадника (мада се у неким земљама не прави терминолошка разлика).

У Сједињеним Америчким Државама и већини земаља на европском континенту, признање кривичног дела у замену за сведочење (testimony plea bargaining) је доста старијег датума. Још је стари закон препознавао праксу сведочења оптуженог против својих саучесника, при чему је стицао помиловање ако би саучесник против којег је сведочио био осуђен.[2] Ова је пракса била актуелна и у 19. веку услед непостојања организоване полиције, када је сведочки исказ саучесника представљао важно доказно средство како би се ушло у траг осталим саучесницима, припадницима или вођама криминалних организација.[3] Обзиром да све до средине 19. века Енглеска није имала систематску истрагу кривичних дела, нити професионалну полицију, у већини случајева су се докази за оптужбу тешко прибављали. Из

[1] Милан Шкулић, *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015, 62-63.

[2] Act of Sept.24, 1789, ch. 20, §§ 30, 33, 1 Stat. 73; Ingram v. Prescott, 149 So. 369, 370 (Fla. 1933). Од најранијих времена јавила се потреба да држава прибегне сведочењу криминалаца, не би ли на основу тога дошло до осуде његових сарадника у злочину. На основу опште усвојене политике правосудних органа, држава је могла да преговара са починиоцем који је могао бити ослобођен од кривичног гоњења, уколико су информације које је пружио током сведочења допринеле откривању кривичних дела његових саучесника.

[3] Graham Hughes, „Agreements for Cooperation in Criminal Cases", *Vanderbilt Law Review*, vol. 45, no.1, 3.

тог разлога су се правосудни органи служили сведочким исказима саучесника, који су за узврат добијали имунитет од кривичног прогона. На прве трагове сведочења окривљеног наилазимо 1973. године, када је Берти Смалс, као члан лондонске криминалне групе које је пљачкала банке у сарадњи са јавним тужиоцем, сведочио против осталих чланова, од којих је 16 осуђено[4]. Смалс је као први Supergrass добио за узврат имунитет од кривичног прогона. Међу поступцима који су се водили пред федералним и правосудним органима држава чланица САД против припадника организованих криминалних група, можемо издвојити процес од 1987. и најспектакуларније суђење у којем је оптужени био вођа криминалне организације Gambino. Nicolas Caramandi (The Crow) је током 1987. сведочио против 11 лица из света органозованог криминалитета, што је за последицу имало 52 осуде (у Пенсилванији и Њу Џерсију).[5]Један од најзначајнијих сведока у историји организованог криминалитета, Salvatore Gravano, ранији подбос фамилије Gambino, својим сведочењем у оквиру нагодбе са иследницима (уз услов да буде блаже осуђен и да му се пружи заштита) открио је тзв. породичне тајне и тако допринео осуди Johna Gottia[6]. Gotti, вођа фамилије Gambino, 1992. бива осуђен за 13 кривичних дела из федералне надлежности, на казну доживотног затвора без права на условни отпуст.[7]

Данас се у САД-у скоро 20% случајева окончава споразумом о признању кривичног дела са клаузулом о сведочењу, међу којима највећи део обухватају кривични поступци везани за трговину опојним дрогама.[8]

Код нас је овај институт уведен изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 2013., мада је сведочење окривљеног у замену за имунитет егзистирало и раније, у виду сведока сарадника (ради се о процесној *sui generis* установи код које превагу односе својства сведока, док се процесни елементи својствени окривљеном односе само на његову везу са

---

[4] Наведено према: Aziz Rahman (Solicitor) and Jonathan Lennon (Barrister), *Supergrass evidence, The law, practice and development of supergrass evidence in England*, доступно на: http://insidetime.org/articleview.as pa=50&c=supergrass_evidence, посећено 4. 4. 2017. године.

[5] Ђорђе Игњатовић, Милан Шкулић, *Организовани криминалитет*, Београд, 2012, 66. Caramandi је најпре осуђен за убиство, рекет и изнуђивање. Након преговарања са тужиоцем пуштен је на слободу.

[6] Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, op. cit., 66-67.

[7] Gravano је најпре признао 19 убистава, а након постизања договора, данима је сведочио против Gottia, прузето са: http://vault.fbi.gov/john-joseph-gotti-jr, посећено 4. 4. 2017.

[8] Michael A. Simons, „Departing ways: Uniformity, Disparity and Cooperation in Federal Drug Sentences“, *Villanova Law Review*, vol. 47, no. 4, 2002, 960.

кривичним делом).[9] Претеча окривљеног сарадника је могло бити лице које је признало чланство у криминалној организацији и извршење кривичног дела из делокруга посебне надлежности. Окривљени сарадник може бити лице које је извршило и неко друго кривично дело, не само дела за која су надлежни судови посебне надлежности.

2. СПОРАЗУМ О СВЕДОЧЕЊУ ОКРИВЉЕНОГ У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА

2.1. О неким општим карактеристикама споразума

Споразум о сведочењу окривљеног представља облик споразума о признању кривичног дела (споразум о признању са клаузулом о сведочењу, testimony plea bargaining) који је регулисан Федералним правилима кривичног поступка (11. Правило).[10] Процес преговарања започиње низом састанака окривљеног, браниоца и тужиоца. Окривљени споразумом преузима обавезу да призна кривично дело поводом којег се против њега води кривични поступак и обавезу сведочења против саучесника, у циљу њиховог процесуирања, а за узврат добија све оне погодности које садржи споразум о признању кривичног дела.[11] Корист је обострана, како на страни оптужбе, тако и на страни одбране. Суд је пасиван, не учествује у преговорима, већ само доноси коначну одлуку о прихватању или одбијању споразума, а у случају прихватања, изриче казну уговорену споразумом. Договор се може постићи о врсти и висини кривичне санкције, или врсти и распону кривичне санкције, у којем оквиру суд одмерава казну руководивши се Смерницама за кажњавање. При ублажавању казне, суд процењује: значај помоћи окривљеног, истинитост, потпуност и поузданост сведочког исказа окривљеног сарадника, природу и обим помоћи, опасност која може претити окривљеном и члановима породице након сведочења од стране припадника

[9] Милан Шкулић, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007, 525.

[10] При разматрању института окривљеног сарадника у САД узимају се у обзир одредбе којима је регулисан споразум о признању кривичног дела.

[11] Adamson v. Ricketts, 789 F. 2d 722, 731 (9th Cir. 1986). Ухапшен и оптужен због убиства истраживачког новинара, Адамсон је са тужиоцем закључио споразум о признању кривичног дела који је садржао клаузулу о сведочењу. Сведочио је против две особе од стране којих је ангажован да изврши убиство, а претходно је признао извршење дела. Три године након прихватања споразума, Адамсон је сарађивао са властима. На основу његовог сведочења, Џејмс Робинсон и Макс Дунлап осуђени су због завере и убиства првог степена, а Адамсону је смањена казна са 49 на 20 година затвора.

криминалне организације, или чак шире криминалне заједнице[12] Казну испод законски обавезне минималне казне, може оправдати значајна помоћ органима гоњења у процесуирању других лица, поготову ако се међу њима налази вођа криминалне организације.

У пракси је било случајева да споразум производи негативне последице по окривљеног. Током дужег периода сведочења,[13] могуће је да тужилац намерно или ненамерно одступи од своје обавезе из споразума. То се обично дешава када тужилац да препоруку суду у погледу изрицања одређене кривичне санкције, без залагања, након чега суд не прихвати његову препоруку.[14] У оваквој ситуацији, оптужени може повући признање и одступити од споразума, али се тиме не решава проблем јер је већ сведочио против других лица. Ово је једна врло незгодна позиција која окривљеног сарадника доводи у опасност, нарочито ако на основу његовог сведочења дође до осуде лица против којих је сведочио. Пресудом *Santobello v. New York* прокламовано је нарушавање праведности поступка услед оваквог тужиочевог понашања.[15]

Истинитост сведочког исказа окривљеног, такође утиче на ефекте споразума. Наиме, ако постоје докази да је окривљени сарадник припадник криминалне организација, а притом се против њега води поступак за неко од кривичних дела организованог криминала, постоји висок степен вероватноће да су информације које пружа истините. Као део те организације, добро је информисан, добро познаје њену структуру.[16]Објективно, ово би била идеална ситуација која у пракси не би изазивала потешкоће. Упркос томе, дубоко је укорењена колективна аверзија према тзв. доушницима, изазвана њиховом нелојалношћу, као и различитим мотивима сведочења.[17] Осим тога, забринутост изазива и степен тужиочеве контроле, који може доделити бенефиције сведоку иако зна или претпоставља да је сведочки исказ лажан. У наведеном поступку од 1992. Гравано је са федералним тужиоцем склопио споразум о признању кривице у замену за сведочење против Готија, вође криминалне групе Гамбино. Готи је осуђен на казну доживотног затвора без могућности условног отпуста, због убиства и рекетирања. Гравано је провео

[12] United States Commision, Chapter Five of the Guidelines Manual, 2002, 5K1.1 (a).

[13]Spencer Martinez, „Bargaining for Testimony: Bias of Witnesess Who Testify in Exchange for Leniency“, *Cleveland State Law Review*, vol. 47, no. 2, 1999, 148.

[14] Вељко Турањанин, „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичном процесном законодавству Србије“, *Nova Pravna Revija*, 2/2012, 67.

[15] В. Турањанин, op. cit., 67, фн. 13.

[16] Peter J. P. Tak, „Deals with Criminals: Supergrass, Crown Witness and Pentiti“, *European Journal of Crime*, *Criminal Law and Criminal Jistice*, vol. 5, no. 1, 1997, 5.

[17] S. Martinez, op. cit., 144, фн. 22. United States v. Greene, 697 F.2d 1229, 1235 (5th Cir. 1983).

свега три године у затвору, упркос учешћу у деветнаест убистава и многим другим кривичним делима. Као разлог за сарадњу навео је жељу да свој живот промени и одступи од криминалних активности.[18] Иако је постојала сумња у поузданост, исказ је прихваћен (што у пракси није једини случај). Не би ли се избегао ризик од давања лажног исказа, у САД се велики значај придаје унакрсном испитивању сведока.[19]

2.2. Утилитаристички и ретрибутивистички приступ

Утилитаристичка концепција сарадње (усвојена као политика правосудних органа) своди се на анализу трошкова и користи, где се споразумно окончање кривичног поступка превасходно правда прагматиком процесне екомомије (Принципи Савезног Тужилаштва дозвољавају да пре него што ступи у преговоре са окривљеним, тужилац направи утилитаристички обрачун[20]). Нагодбом као поједностављеном виду поступања у кривичним стварима, правосудни органи смањују своје трошкове, тако да остатак средстава могу искористити у друге сврхе (рецимо гоњење учинилаца других кривичних дела). Из тог контекста не треба изоставити браниоца коме понекад финансијски може бити повољније да уместо редовним путем поступак оконча споразумно (економисти овде говоре о трошковима заступања). Најпотпунији утилитаристички модел сарадње који иде у правцу економске анализе, потиче од Ian Weinstein-a који као полазну тачку узима Смернице за кажњавање, које су створиле „тржиште“ за сарадњу. На том тлу, оптужени су „добављачи“, њихова је роба „сарадња“, док су тужиоци „купци“.[21]

Утилитаристи институт окривљеног сарадника сматрају корисним за тужиоца, окривљеног и друштво. Тужилац добија признање кривице и сведочење окривљеног против других саизвршилаца кривичних дела (признањем се знано скраћује процедура, а у случајевима када другим истражним методама није могуће прибавити информације о кривичним делима припадника организоване криминалне групе, информације које окривљени сарадник пружа током сведочења могу бити једини доказ), а окривљени као бенефицију, изрицање блаже кривичне санкције. Друштвена корисност огледа се у самој осуди извршилаца тешких кривичних дела, чиме је једним делом лишено опасности.

---

[18] S. Martinez, op. cit., 145.

[19] S. Martinez, op. cit., 155.

[20] The Department of Justice's, Principles of Federal Prosecution, Part F, 1980.

[21] Ian Weinstein," Regulating the Market for Snitches", *Buffalo Law Review*, vol. 47, 1999, 563-630.

Ретрибутивисти у сарадњи виде скривене елементе одмазде.[22] Окривљени сарадник (када изузмемо бенефиције) бива кажњен на други начин. Организоване криминалне групе функционишу попут породице, те одвајање сарадника из групе може бити болно (притом доживљавајући презир не само од стране своје групе, већ и шире криминалне заједнице). Колективна аверзија према тзв. доушницима дубоко је укорењена у појединим државама, а темељи се на његовој нелојалности. У најмању руку он бива одбачен из шире заједнице криминалаца, а неретки су случајеви да он и чланови његове породице буду изложени физичком и психичком насиљу као једном виду освете.[23]

За поједине окривљене сарадња може бити средство кроз које он доживљава „покајање". У самом почетку већина окривљених сарађује из неке своје личне користи, док временом може испливати на површину искрена жеља окривљеног да се покаје за своја недела (тзв. теорија помирења).

3. ОКРИВЉЕНИ САРАДНИК У ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

3.1. Услови за закључење споразума и његови елементи

Окривљени сарадник други је законски израз за некадашњи термин „сведок сарадник". И у једном и у другом случају у сараднику се обједињују својства окривљеног и сведока, с тим што се је у првом тежиште на процесном својству окривљеног, а у другом на процесном својству сведока.

Споразум о сведочењу окривљеног се може закључити уз кумулативно испуњење услова целовитог признања и услова целисходности (захтева се да је значај исказа окривљеног за откривање, доказивање и спречавање кривичног дела организованог криминала или кривичног дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, претежнији од последица кривичног дела које је учинио окривљени сарадник).[24]

---

[22] Joshua Dressler, Peter N. Thompson, Stanley S. Wasserman, „Effects of Legal Education Upon Perceptions of Crime Seiriousness: A Response to Rummel v. Estelle", *Wayne Law Review*, vol. 28, no. 3, 1982, 27-34.

[23] United States Commision, Chapter Five of the Guidelines Manual, 2002, 5K1.1 (a) (4): "Any injury suffered, or any danger or risk of injury to the defendant or his family resulting from his assistance."

[24] Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013, 734.

Странка у споразуму може бити окривљени који је извршио и неко друго кривично дело, а не само дела за која су надлежни судови посебне надлежности. Ово законско решење представља новину коју не треба даље ширити на предмет сведочења, а које свакако може изазвати две ситуације. Прва, када се споразум склапа са окривљеним у истом поступку у којем ће његов исказ бити коришћен (терети се за неко од кривичних дела из делокруга посебне надлежности). Ова ситуација у принципу не може изазвати недоумице. Споразум се закључује са јавним тужиоцем посебне надлежности, који уједно испитује окривљеног у својству сведока, а одлуку о прихватању споразума доноси суд посебне надлежности пред којим се поступак одвија. Друга ситуација, када се споразум склапа са окривљеним у поступку у којем се гони за неко друго кривично дело, а сведочи у другом поступку који се води пред судом посебне надлежности. Овде, није сасвим јасно који јавни тужилац закључује споразум о сведочењу са окривљеним, који од њих процењује значај исказа окривљеног, који суд одлучује о прихватању или одбијању споразума? Како ова питања законски нису регулисана, теоријски се само могу размотрити извесне могућности, док ће поједина кључна питања морати да решава судска пракса.

Како се овде ради о два кривична поступка који се воде поводом различитих кривичних дела, тако да тешко може бити испуњен услов за њихово спајање, најлогичније би било да споразум закључи јавни тужилац који га кривично гони у поступку поводом „класичног кривичног дела“. У овој ситуацији није сасвим јасно како јавни тужилац посебне надлежности може проценити да исказ окривљеног сарадника може имати одговарајући значај. Једино решење би била одговарајућа координација јавног тужиоца и јавног тужиоца посебне надлежности.[25] У одредбама Законика о кривичном поступку којима је регулисан споразум о сведочењу окривљеног, овакво решење није наведено. Наведена могућност аутоматски пружа одговор на питање који суд одлучује о споразуму. Када се у виду има немогућност спајања кривичних поступака, то би онда био суд пред којим се води кривични поступак против окривљеног поводом обичног кривичног дела.

За окривљеног сарадника не може бити предложено лице за које постоји основана сумња да је организатор криминалне групе,[26] чиме се избегава блаже кажњавање најодговорнијег лица у ланцу извршилаца. Законодавац међутим не прецизира да ли окривљени сарадник може бити лице које је у дужем периоду руководило криминалном групом, тзв. лидер.

[25] М. Шкулић (2015*),* 431-433.

[26] Законик о кривичном поступку - ЗКП, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, члан 320, ст. 3.

Споразум садржи шест обавезних елемената:[27] 1) опис кривичног дела које је предмет оптужбе (не би ли се приликом одлучивања суда могло установити шта је тачно окривљени признао); 2) изјаву окривљеног да у потпуности признаје кривично дело поводом којег се против њега води кривични поступак, да ће дати исказ о свему што му је познато у вези са кривичним делом из делокруга посебне надлежности (овом изјавом се обавезује да ће о наведеном делу или делима сведочити у поступку који се води против једног или више извршилаца пред судом посебне надлежности), наводе окривљеног да је упознат са правима и обавезама које произилазе из споразума (у споразуму наводи да је упозорен да је дужан да говори истину, не сме ништа прећутати, да давање лажног исказа у овом својству представља кривично дело, да се не може позивати на погодност ослобођења од сведочења, нити погодност ослобођења од дужности одговарања на поједина питања, која иначе сведоцима припадају); 3) Споразум о врсти и мери кривичне санкције, или врсти и распону казне или друге кривичне санкције (када се препушта суду да прецизира казну у оквиру између законском мимимума и максимума), ослобођењу од казне (у односу на споразум о признању кривичног дела, овде су за окривљеног у погледу бенефиција предвиђене додатне могућности), или обавези јавног тужиоца да одустане од кривичног гоњења, ако је окривљени свој исказ на главном претресу дао у складу са наведеним обавезама; 4) Обавезни део представља споразумевање о трошковима кривичног поступка, одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, имовинскоправном захтеву ако је поднет; 5) За разлику од споразума о признању кривичног дела, овде законодавац инсистира на потпуном одрицању странака и браниоца од права на жалбу (ово стога што суд прихвата споразум решењем, против којег није омогућена посебна жалба, јер се решењем само прихвата споразум, али се кривична ствар не решава коначно); 6) Као потврда пуноважности, последњи обавезни елеменат јесте потпис странака и браниоца.

У односу на одузимање имовинске користи произишле из кривичног дела,[28] споразумевање у погледу имовине проистекле из кривичног дела предвиђено је као факултативни елемент споразума.[29] У том погледу је пружен већи простор за споразумевање и дискрециону оцену јавног тужиоца.

---

[27] ЗКП, чл. 321.

[28] Кривични законик - КЗ, „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005-испр.,107/2005-испр.,72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. КЗ у члану 91. предвиђа да нико не може задржати имовинску корист прибављену кривичним делом. Решењем Апелационог суда у Београду, Кж1. 2036/2012 предвиђено је да је суд у обавези да од окривљеног одузме имовинску корист коју је стекао извршењем кривичног дела, независно од тога да ли је оштећени истакао имовинскоправни захтев.

[29] ЗКП, чл. 321.

Ако окривљени сарадник испуни све обавезе предвиђене споразумом, као што је наведено, за узврат може добити неку од следећих бенефиција: ублажавање казне, ослобођење од казне, одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења. Овакве погодности су најпре предвиђене у међународним документима, а након њихове ратификације инкорпорисане у национална законодавства већине држава, међу којима је и наша, на шта указују поменуте одредбе ЗКП РС.

У складу са чланом 26. *Конвенције Уједињених Нација против трансаниционалног организованог криминала* државе потписнице су преузеле обавезу да:[30]

1. Предузму одговарајуће мере како би се подстакла лица која учествују или су учествовала у организованим криминалним групама да пруже информације корисне за потребе истраге и доказног поступка, у погледу идентитета, природе, састава, структуре, локације, активности, веза са другим криминалним групама;
2. У одређеним ситуацијама предвиде блаже кажњавање окривљеног који значајно сарађује у истрази или кривичном гоњењу у вези са кривичним делом обухваћеним овом конвенцијом;
3. У складу са основним принципима домаћег законодавства предвиде давање имунитета од кривичног гоњења лицу које је у погледу кривичних дела обухваћених овом конвенцијом, значајно сарађивало у истрази или кривичном гоњењу.
4. На значај сарадње особа које су учествовале у извршењу кривичних дела у оквиру организованих криминалних група, те њихово блаже кажњавање, давање имунитета од кривичног гоњења ако су за то испуњени услови, указују и одредбе *Конвенције Уједињених Нација против корупције*.[31]

3.2. Испитивање окривљеног сарадника и доказна вредност његовог исказа

Независно од тога за које се кривично дело терети, окривљени сарадник сведочи пред судом посебне надлежности. Током сведочења, његов је положај заснован на правилима која се иначе односе на права и дужности сведока. Када је о правима реч, постоје извесна ограничења. Не може се

[30] Закон о потврђивању Конвенције Уједињених Нација против транснационалног организованог криминала и допунских протокола, „Сл. лист СРЈ-Међународни уговори“, бр. 6/2001, чл. 26.

[31] Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација против корупције, “Сл. лист СЦГ-Међународни уговори“, бр.12/2005, чл. 37.

позивати на одређена процесна права иманентна сведоку, као што су могућност ослобођења од дужности сведочења (када је са окривљеним против којег сведочи у одређеном законском односу) и могућност ослобођења од дужности пружања одговора на поједина питања (питања која би њега или њему блиска лица изложила тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу).

Пре закључења споразума, јавни тужилац позива окривљеног да самостално и својеручно, детаљно и потпуно, опише све што му је познато о кривичним делима из делокруга тужилаштва посебне надлежности. Из наведеног произилази тужиочева процена значаја окривљениковог исказа, односно да може бити у својству окривљеног сарадника. Самим закључењем споразума о сведочењу са јавним тужиоцем, окривљени преузима обавезу да ће у својству сведока дати исказ против једног или више оптужених за кривична дела посебне надлежности (ако се кривично гони за неко друго кривично дело, па се воде одвојени поступци). Када надлежни суд прихвати споразум, у оквиру координације о којој је било речи, јавни тужилац доставља специјалном тужиоцу све списе, не би ли се исти уверио у оправданост сведочења окривљеног сарадника. Окривљени сарадник се испитује након саслушања оптуженог или оптужених на главном претресу, при чему је дужан да истинито исказује и да не прећути ништа што му је познато о предмету суђења.[32] Законодавац овде говори о предмету суђења, а како он може бити знатно ширег опсега о чему окривљени сарадник не може и није дужан поседовати све информације, пре би се могло говорити о предмету сведочења. Након испитивања, окривљени сарадник се удаљава из суднице[33], што је изузетак у односу на опште правило да увек мора присуствовати главном претресу (осим када му се суди у одсуству, или је због ремећења реда удаљен из суднице). Овај се изузетак посебно има у виду када се окривљени гони у истом кривичном поступку у којем је закључио споразум о сведочењу и у којем сведочи против других оптужених пред судом посебне надлежности. У овом случају, суд надлежан за изрицање пресуде окривљеном сараднику је управо суд посебне надлежности, што даље упућује на то да је окривљеном сараднику ускраћено право да присуствује сопственом суђењу. Ова законска одредба се оправдава потребом да се окривљени сарадник заштити од нелагодности даљег боравка у судници са другим окривљенима против којих је сведочио.[34]

Странке у споразуму се одричу од права на изјављивање жалбе против решења којим се о споразуму одлучује, јер се решењем кривична ствар не окончава, већ пресудом коју доноси надлежни суд након што

[32] ЗКП, чл. 325.
[33] ЗКП, чл. 325. ст. 2.
[34] Г. П. Илић *et al*., op. cit., 746.

прихвати споразум. Када се узме у обзир могућност изјављивања жалбе против пресуде, она обавезује првостепени и суд правног лека.

Од почетка преговора са јавним тужиоцем до доношења одлуке о споразуму окривљени мора имати браниоца.[35] Обавезна одбрана је предвиђена како би окривљени имао стручну помоћ која му је неопходна ради разумевања значаја и последица закљученог споразума, такође и за отклањање сумње да је на њега вршен недозвољени притисак. Ако се против окривљеног сарадника води поступак за дело за које је запрећена казна затвора у трајању од осам година или тежа казна, он мора имати браниоца до правноснажног окончања кривичног поступка, односно доношења пресуде од стране надлежног суда.[36] То би значило да би у оваквој ситуацији бранилац, након испитивања окривљеног сарадника и његовог удаљавања из суднице, требао присуствовати поступку до правноснажности пресуде у односу на окривљеног сарадника.

У одредбама ЗКП којима је регулисан споразум о сведочењу окривљеног, нису предвиђена посебна правила у погледу оцене исказа окривљеног сарадника. Одсуство посебних правила упућује на то да ће се приликом оцене којег је степена доказни кредибилитет исказа окривљеног сарадника суд руководити општим правилима која иначе примењује при оцени исказа свик учесника у поступку. Исказ окривљеног сарадника суд цени у оквирима начела слободне оцене доказа, слободног судијског уверења, искустава стечених у пракси, као и уз коришћење учења о психологији исказа. Мимо ових општих правила, питање има ли мотива за давање лажног исказа изискује додатну опрезност суда. Иако као припадник криминалне организације најбоље познаје њену структуру и активности, неспорно је да окривљени сарадник има интерес да кривични поступак тече у одређеном правцу.[37] Његова сарадња не мора бити показатељ спремности да поштује законе. Увек се има у виду могућност лажног сведочења, како би када год се укаже прилика теретили личне непријатеље, криминалну конкуренцију и сл. Овакво поступање се своди на извршење кривичног дела давања лажног исказа, за које се услед отежаног доказивања у сваком конкретном случају, сведоци уопште у нашој судској пракси ретко кривично гоне.[38]

---

[35] ЗКП, чл. 320. ст.4.

[36] ЗКП, чл. 74. тачка 2.

[37] Peter J. P. T., op. cit., 3-4. Cesare Beccaria, Diderot, Mittermaier, у својим делима наводе да се суд не може ослонити на исказ окривљеног сарадника као истинит, јер онај ко је и сам крив за злочин, не може имати пун кредибилитет.

[38] Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, 213.

3.3. Споразум о сведочењу окривљеног и начело јавности

Право окривљеног на правичну и јавну расправу прокламовано је Универзалном декларацијом о правима човека[39], Међународним пактом о грађанским и политичким правима[40], Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода[41], а има и ранг уставног начела. Реализација начела јавности је могућа непосредним и посредним путем. Непосредно, директним присуствовањем извођењу кривичнопроцесних радњи од стране одређеног круга лица која су заинтересована за исход кривичног поступка, посредно, саопштавањем судских одлука, или на други начин давањем публицитета активностима суда.[42]

У члану 315. став 3. ЗКП РС наглашено је да на рочишту на којем суд одлучује о споразуму о признању кривичног дела, јавност није предвиђена.[43] Обзиром да је реч о посебној врсти поступка која не мора нужно резултирати прихватањем споразума, у том погледу се захтева извесна опрезност ради заштите права и интереса окривљеног. У случају одбацивања или одбијања споразума, поступак се враћа у фазу која је претходила његовом закључењу. Јавност би имајући у виду признање, створила негативну слику о окривљеном, што би даље отежало могућност оспоравања оптужбе у контрадикторном поступку.[44]Сходно члану 322. став 2. ЗКП, решење о одбацивању, прихватању или одбијању споразума о сведочењу окривљеног суд доноси на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и бранилац[45], али се ни на једном месту не наводи да се рочиште одржава без присуства јавности. Уочава се да приликом регулисања споразума о сведочењу окривљеног и споразума о сведочењу осуђеног, Законик упућује на сходну примену чланова којима је исто питање регулисано у споразуму о

---

[39] Универзална декларација о људским правима, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10.децембра 1948.г.), чл. 10.

[40] Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. Ступио на снагу 23. марта 1976.), чл. 14. ст. 1.

[41] Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода , Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Ступила на снагу 3. Септембра 1953. Оригинални текст Конвенције је промењен у складу са Протоколом бр. 3, Протоколом бр. 5 и Протоколом бр. 8), чл. 6.

[42] Саша Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012, 151.

[43] ЗКП, чл. 315. став 3.

[44] Г. П. Илић *et al*., op. cit., 726.

[45] ЗКП, чл. 322, ст. 2.

признању кривичног дела. Како члан 322. ни у једном ставу не упућује на члан 315. став 3, закључује се да јавност са рочишта на којем се одлучује о споразуму о сведочењу окривљеног није искључена. Без обзира што је у питању рочиште на којем окривљени не сведочи, већ се одлучује о споразуму, јавност би требала бити искључена, обзиром да се сам споразум склапа у вези са сведочењем у кривичним поступцима који су далеко компликованији и тежи у односу на оне у којима се закључује споразум о признању кривичног дела.

4. ЗАКЉУЧАК

Споразум о сведочењу окривљеног један је од англосаксонских правних трансплантата који није заобишао ни наше кривично процесно законодавство. Као што је случај и са преостала два споразума између јавног тужиоца и окривљеног, сврха увођења овог института јесте најпре тежња да се постигне што ефикаснији кривични поступак. Признањем се знатно скраћује кривична процедура, а сведочењем прибављају информације до којих се на други начин не би могло доћи и тако доприноси процесуирању и осуди припадника или вођа организованих криминалних група.

Ради успешне реализације института окривљеног сарадника, потребна је свеобухватнија и прецизнија законска формулација његових елемената. У погледу бројних сегмената, наш је законодавац остао недоречен. Остаје неразјашњено који суд, који тужилац поступа у одређеним моментима, да ли је јавност у овом поступку искључена, притом уколико одређеним тумачењем дођемо до закључка да је она дозвољена, поставља се питање зашто дозволити јавност на овом рочишту, а искључити је са рочишта на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела. Изостављено је обавезно присуство браниоца у моментима када му је одбрана најпотребнија, након сведочења, односно након што је своје обавезе испунио. Потребно је тада кроз активност браниоца пружити му додатне гаранције да ће суд донети пресуду која ће бити у складу са споразумом. Наведена су само нека од бројних питања која могу у пракси изазвати потешкоће. Како би ефикасност дала своје праве резултате, неопходно је допунити поједине законске одредбе, а постојеће детаљније регулисати.

Saša KNEŽEVIĆ, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš
Mirjana ĐUKIĆ, LL.M.
Teaching Assistant, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

AGREEMENT ON THE TESTIMONY OF THE ACCUSED IN SERBIAN CRIMINAL PROCEDURAL LEGISLATION

Summary

As the cradle of the Institute and American law, the paper first mentioned general features of the agreement on the testimony of the defendant, as well as the widespread perception in the United States. The second part analyzes the agreement on the testimony of the accused in our legislation, which is a relatively new concept, process modifications former associate of witnesses. One can not dispute the importance of this institution, when the mind has hampered the ability or inability to otherwise obtain evidence of crimes that carry the elements of organized crime, as well as its own pursuit of more efficient criminal procedure, which is set as the international legal standard. To its positive side came to the fore, are discussed certain issues due to inaccurate or incomplete legal formulations can cause confusion in theory and practice.

Keywords: *Agreement on the testimony of the accused, organized crime, the effectiveness of criminal proceedings*

ЛИТЕРАТУРА

1. Act of Sept.24, 1789, ch. 20, §§ 30, 33, 1 Stat. 73

2. A. Rahman (Solicitor) and J. Lennon (Barrister), *Supergrass evidence, The law, practice and development of supergrass evidence in England*, доступно на: http://insidetime.org/articleview.as pa=50&c=supergrass_evidence.

3. A. v. Ricketts, 789 F. 2d 722, 731 (9th Cir. 1986).

4. W. Ian," Regulating the Market for Snitches", *Buffalo Law Review*, vol. 47, 1999.

5. D. Joshua, P. N. Thompson, S. S. Wasserman, „Effects of Legal Education Upon Perceptions of Crime Seiriousness: A Response to Rummel v. Estelle", *Wayne Law Review*, vol. 28, no. 3, 1982.

6. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода , Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Ступила на снагу 3. Септембра 1953. Оригинални текст Конвенције је промењен у складу са Протоколом бр. 3, Протоколом бр. 5 и Протоколом бр. 8).

7. Законик о кривичном поступку („Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014).

8. Закон о потврђивању Конвенције Уједињених Нација против транснационалног организованог криминала и допунских протокола („Сл. лист СРЈ-Међународни уговори", бр. 6/2001).

9. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација против корупције ("Сл. лист СЦГ-Међународни уговори, бр.12/2005).

10. И. Ђорђе, Ш. Милан, *Организовани криминалитет*, Београд, 2012.

11. И. Горан, М. Миодраг, Б. Слободан, Т. Александар, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013.

12. К. Саша, *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012.

13. Кривични законик („Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005-испр.,107/2005-испр.,72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014).

14. M. Spencer, „Bargaining for Testimony: Bias of Witnesess Who Testify in Exchange for Leniency", *Cleveland State Law Review*, vol. 47, no. 2, 1999.

15. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. Ступио на снагу 23. марта 1976.)

16. Simons M. A, „Departing ways: Uniformity, Disparity and Cooperation in Federal Drug Sentences", *Villanova Law Review*, vol. 47, no. 4, 2002.

17. Т. Вељко, „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичном процесном законодавству Србије", *NOVA PRAVNA REVIJA*, 2/2012.

18. Tak P. J. P., „Deals with Criminals: Supergrass, Crown Witness and Pentiti“, *European Journal of Crime*, *Criminal Law and Criminal Jistice*, vol. 5, no. 1, 1997.

19. The Department of Justice's, Principles of Federal Prosecution, Part F, 1980.

20. United States Commision, Chapter Five of the Guidelines Manual, 2002.

21. Универзална декларација о људским правима, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10.децембра 1948.г.).

22. H. Graham, „Agreements for Cooperation in Criminal Cases“, *VANDERBILT LAW REVIEW*, vol. 45, no.1.

23. http://vault.fbi.gov/john-joseph-gotti-jr

24. Ш. Милан, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007.

25. Ш. Милан, *Кривично процесно право*, Београд, 2014.

26. Ш. Милан, *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015.

УДК 343.148
340.66

Др Зоран ЋИРИЋ*
Милена ЋИРИЋ*

ПРИЛОГ БОЉЕМ КВАЛИТЕТУ И КОНТРОЛИ СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИХ ВЕШТАЧЕЊА[1]

Апстракт: Суштина судског поступка, са становишта доношења коначне одлуке, осим њене законитости, намеће и обавезу утврђивања што објективнијег чињеничног стања, што ствара предуслове за правично одлучивање суда. У тенденцији утврђивања што објективнијих стања, правници су стручно оспособљени да сами процењују највећи број чињеница. Међути, неке околности излазе из оквира права и правне науке и припадају другим наукама или струкама, када је суду неопходна помоћ стручњака тих профила. Тако се долази до судских вештачења, када о одређеним чињеницама, које нису област познавања правника, вештаци-стручњаци из различитих неправних наука својим мишљењем и тумачењем помажу суду у процени околности које су од значаја за суштину поступка, а не спадају у домен права.

Међу судским вештачењима посебан значај имају медицинска вештачења, којима се даје стручно мишљење и околностима медицинског квалитета, а које су значајне за процену одређених, често значајних правних питања (квалификација повреда, узрок и механизам умирања, утврђивање физичких болова, умањења животне активности и др.-што је делокруг рада судске медицине, односно урачунљивост, пословна способност, процесна способност, страх и душевни болови и др.-област активности судске психијатрије).

Околност да правници нису довољно оспособљени да процењују мишљења медицинског карактера, утиче на то, да и поред жеље да се ове околности максимално разјасне, нису у могућности да у потпуности контролишу квалитет медицинских вештачења, па и оних из области судске

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу
cira@prafak.ni.ac.rs
* дипломирани правник

[1] Рад је резултат рада на пројекту Правног факултета у Нишу „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“

психијатрије. Такође, чињеница да судска пракса често упућује да су вештаци психијатри често контрадикторни у евалуацији идентичних психијатријских околности или недовољно јасни и/или прецизни, ствара нелагодну позицију правника, како ове психијатријске процене имплементирати у правничку одлуку. Наравно, ово нису једини проблеми у области судско-психијатријских вештачења, али је јасно да њих има, што је и определило ауторе овог рада да презентују своје виђење како остварити бољи квалитет ових вештачења и побољшати механизме за њихову контролу.

Управо из тих разлога у раду ће бити приказани могући начини за превазилажење појединих ситуација у судско-психијатријском експертизном поступку, али ће се указати и на правну регулативу која се односи на вештачења уопште, па и она из области судске психијатрије, као и предлози њихове иновације и побољшања. У раду ће бити приказани у погледи аутора на остваривање побољшање у едукацији будућих вештака психијатара, фазе у њиховом сазревању које сматрамо потребним у процесу формирању стручне и етички зреле и оспособљене личности вештака судског психијатра

Кључне речи: *судска психијатрија, медицинске експертизе, судско-психијатријски вештак*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У судском поступку психијатријско вештачење је доказна радња, у којој психијатри разматрају и процењују околности психијатријског квалитета у односу на одређену правну норму.[2] Тако се процењују стање душевног здравља и одређене психичке способности лица која су неком судском поступку, а процена ових околности је од значаја за будућу правничку одлуку. Међу најчешћим су процене способности расуђивања и одлучивања, како у кривичноправној, тако и у грађанскоправној области, али и околности везане за психичке способности лица да учествује у судском поступку, схвати значај истог, односно да у том поступку штити своја права и интересе. Такође, честа су и вештачења различитих видова нематеријалне штете, сагледавања одређених психичких способности и стања душевног здравља у поступцима у сфери радног права, родитељског права и многе друге.

Оваква суштина и значај судско-психијатријских вештачења намећу и потребу да се она обављају на оптимално квалитетан и професионалан

[2] R. Kovačević, *Forenzička psihijatrija,* Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2000, 18-23.

начин, односно да се постигне максимална објективност у судско-психијатријској евалуацији. Не ретко, чини се, да се ово не остварује, што упућује на околност да треба тражити што боље и ефикасније начине за контролу ових вештачења.

Потреба за постизањем високог квалитета форензичко-психијатријских евалуација и контроле истих произилази и из чињенице да су веома често ова вештачења један од веома значајних доказа у судским поступцима, понекад и круцијални.

Тако, на пример, у кривичним поступцима неће бити кривичног дела и кривице уколико вештаци психијатри утврде неурачунљивост делинквента услед неког тешког психијатријског поремећаја, а могуће је да ће се смер санкционисања преусмерити из пеналних мера у правцу изрицања мера безбедности медицинског карактера. Или, утврђивање да је завештalац или прималац издржавања у време те правне радње боловао од тешког менталног поремећаја и да није био способан за расуђивање и одлучивање утицаће да судска одлука буде поништај таквог правног посла, чиме мишљење вештака психијатра постаје круцијални доказ за одлучивање у правном поступку. Слични примери се још дуго могу наводити, али ће аутори на овом месту застати и своје даље елаборације усмерити на **основни циљ овог рада**: **постизање адекватног квалитета судско-психијатријских вештачења и начина за њихову контролу**.

Развој и модернизација правних прописа донели су одређене новине и развој, посебно у сфери процесног законодавства. Ове околности могу допринети што објективнијем извођењу доказа и сагледавању релевантних околности. У области судске психијатрије и судско-психијатријских вештачења, неке законске новине или измене представљају зачетак и добру основу у постизању бољег квалитета вештачења и њихове контроле.

У раду је посебна пажња усмерена разматрању одређених питања и проблема везаних за квалитет и контролу судско-психијатријских вештачења, на различим нивоим, како у сфери законодавства које ствара основе ко и како може постати вештак, тако и оних сфера законодавстава које регулишу правила извођења ових вештачења и доносе нека нова правила контроле истих. Рад садржи и предлоге аутора о начинима подизања квалитета вештачења и њихове контроле, а презентована је и анализа постојећих решења и начини њиховог побољшања и евентуалних измена.

2. НАЧИНИ ОСТВАРИВАЊА БОЉЕ КОНТРОЛЕ И КВАЛИТЕТА СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИХ ВЕШТАЧЕЊА

У циљу бољег и прегледнијег сагледавања ових околности, сматрали смо прикладним да се наше елаборације усмере у правцу презентовања и анализе следећих околности:

1. Анализа одређених делова Закона о судским вештацима РС, са указивањем на одређене недостатке и давањем предлога како то побољшати;
2. Постизање квалитета и контроле судско-психијатријских вештачења у конкретним судским поступцима;
3. Сагледавање актуелног стања у процесу едукације у области судске психијатрије;

2.1. Анализа одређених делова Закона о судским вештацима РС

Најзначајнији пропис који се односи на вештаке, а посредно и на вештачења (дакле и на она у области судске психијатрије) је Закон о судским вештацима РС.[3] У члану 6. овог Закона се наводе услови које треба испунити да би неко постао стални судски вештак у одређеној области, систематизовани на следећи начин:

а) одговарајуће образовање из области у којој се вештачење обавља (завршене основне студије или одговарајућа средња или виша школа, мастер студије, докторат наука, стручно усавршавање или специјалистичке студије);

б) да кандидат има најмање 5 година радног искуства у струци из које је област вештачења;

в) да има професионално знање и практично искуство у стручној области из области за коју жели да постане вештак;

г) да буде морално вредан (подобан) за обављање послова вештачења.

У чл. 7 истог закона наводи се „Професионално знање и практично искуство из области у којој неко жели постати вештак доказује се објављеним стручним или научним радовима, сертификатима да је учествовао на одређеним стручним или научним састанцима или да има одговарајућу препоруку државних институција или агенција, стручних удружења или других правосудних институција“.

[3] Закон о судски вештацима, „Сл. гласник РС“, бр. 44/2010.

У области судске психијатрије, први услов да би неко постао судски вештак је одговарајуће високо образовање: завршен медицински факултет и специјализација из (неуро) психијатрије.

Већ се овде поставља озбиљно питање и намеће дилема, да ли је неко ко је „психијатар општег смера“ довољно и квалитетно едукован за обављање послова у области судско-психијатријских вештачења, односно да ли је само звање специјалисте из психијатрије довољно да постане судски вештак? Или је потребно нешто више од тога, као што је претходна едукација у склопу субспецијализације из судске психијатрије?

Наше мишљење је да специјалиста психијатар који своју специјализацију реализује у пословима клиничке или амбулатне психијатријске делатности мањкав у сфери судско-психијатријских вештачења и да без претходне едукације за ову област или дугог рада и искуства у овој облати није довољно компетентан за рад на пословима судског вештака психијатра.

Наиме, то што је неки психијатар и у оквиру специјализације научио у одређеној мери делове програма специјализације из судске психијатрије, није довољно, са стране компетентности, да буде именован за самосталног судског вештака. То, наравно не значи да га за увек треба одбити за рад у овој области, али треба установити начин како са тим степеном образовања може достићи ниво неопходан за судско-психијатријског вештака. *Vice versa*, да ли је психијатар који се у току специјализације упознао са принципма аналитичке психотерапије, реално оспособљен да такву терапију спроводи без додатне едукације и искуства у тој области? Наравно да није, а никако не може достићи квалитет оног који је за то додатно едукован. То апсолутно важи и за послове психијатрије који се односе на судско-психијатријска вештачења, па је потребна додатна едукација психијатара који желе да буду именовани за сталне судске вештаке.

Следеће на шта треба указати посебну пажњу је чињеница да је довољан услов за стицање звања сталног судског вештака да кандидат има „најмање 5 година рада у струци“. Наиме, психијатрија је толико широка област, да и поред озбиљног дијагностичког и терапијског рада, већина психијатара у свом радном ангажовању од најмање 5 година, никада не види неки случај који има судско-психијатријски квалитет, а камо ли да је у току тих 5 или више година учествовао у сачињавању мишљења и експертизе из ове области.

Другим речима, у највећем броју случајева у наведеном периоду највећи број психијатара нема активност у области судске психијатрије, па наведени критеријум најчешће ништа не значи са становишта обезбеђења квалитета кандидата за рад у области форензичке психијатрије. Због тога, наведене услове, бар са становишта како се постаје вештак у области психијатрије, треба изменити и прилагодити их суштини судско-

психијатријског рада. Наше размишљање иде у правцу формулације да кандидати за судске вештаке у области психијатрије треба да имају, након положеног специјалистичког испита, најмање две до три године рада у области судске психијатрије, најбоље под супервизијом сталних вештака из ове области, како би стекли стручну и личну оспособљеност за активности у овој области. Такође, стручно оспособљавање психијатара до нивоа сталног судског вештака треба да се остварује по аналогији која постоји у развоју правосудних кадрова (приправник-стручни сарадник-носилац правосудне функције), а време проведено у одређеним звањима и облик едукације и други потребни предуслови треба да буду одређени кроз активности стручних удружења форензичких психијатара. Сам Закон је дао генерални оквир, али се при томе није размшљало да свака струка има своје специфичности и није оставио места да стручна удружења прецизирају предуслове у складу са принципима своје доктрине и праксе. То се, наравно односи и на судску психијатрију, а на правницима је да ове предлоге сагледају и преточе у квалитетније правне норме.

Друга, не мање значајна, околност у Законом одређеној процедури (или додатним прописима који Законски текст прате) је **ко доноси процену да ли неко испуњава услове да постане стални судски вештак у области (неуро) психијатрије**. То је, по нашем вишљењу, чак већи проблем, него што су стручни критеријуми које смо претходно оспоравали и коментарисали.

Због чега? Због чињенице да ће процену квалитета пријављених кандидата обавити лица која немају никакве научне, професионалне или стручне додирне тачке са облашћу у којој се именују судски вештаци. У конкретном случају, какву оспособљеност имају радници министарства правде да евалуирају стручну оспособљеност једног психијатра да се бави судском психијатријом. Сем што ће констатовати поседовање одговарајуће специјализације и одређеног броја стручних радова (за које референт, саветник или сам министар правде не може проценити да ли имају додирне тачке са судском психијатријом или не), они који одлучују о томе да ли ће неко постати стални судски вештак психијатар не поседују ни елементарно знање из ове области. Дакле, ма како добар правни стручњак, не може бити компетентан за процену стручних, научних или других професионалних и личних квалитета будућег судског вештака психијатра. То је толико неправилно и контрапродуктивно, као када би колегијум психијатара одлучивао о испуњености услова за избор судија, тужилаца, односно носилаца правосудних функција.

Ове околности намећу потребу да се у поступак сагледавања испуњености услова за именовање судског вештака психијатра укључе представници струке, најбоље у форми консултативног стручног органа министарства. Већа је корист да поступак процене траје дуже, а да се

кандидати појаве пред одређеном стручном комисијом, која ће у прикладном разговору проценити стручну, научну и личну оспособљеност психијатра да буде судски вештак. Модалитети оваквог рада се лако могу утврдити, битна је добра воља да се ово институционализује и да тиме се квалитет процене значајно побољша. Оптимално би било да се у овај поступак укључе најеминентнији стручњаци из ове области, аутори уџбеника, професори универзитета, форензички психијатри са дугогодишњим искуством и респектабилном судско-психијатријском стручном биографијом. Најмање што систем може учинити у складу са наведеним је да бар размотри овакве предлоге, можда ће се увидети да такви предлози имају основ и носе заметак бољитка у овој области.

2.2. Постизање квалитета и контроле судско-психијатријских вештачења у конкретним судским поступцима

Квалитет и контрола ових вештачења може се реализовати у оквиру различитих нивоа и начина, како од самог органа који води поступка, тако и активностима вештака који су ангажовани у судским поступцима.

Када је реч о контроли и квалитету вештачења које може да остварује орган који води поступак, примарни корак који води у том правцу је одређење вештачења на адекватан начин. То пре свега подразумева да је задатак и предмет вештачења јасно одређен у одговарајућој наредби или решењу о вештачењу. Тако правник не оставља нејасноћу вештаку шта му је чинити у поступку вештачења, нити омогућава слободне интерпретације вештака, већ се јасно прецизира делокруг рада у конкретном случају.

Иако се мора истаћи да је овакав приступ све чешћи, што је потпуно адекватно, не ретко има и ситуација када се вештачење одређује веома неодређеном формулацијом „одређује се (неуро) психијатријско вештачење“, из које нема никакве даље смернице за поступање вештака. Овакво (не) одређење вештачења је и те како рђаво и треба се трудити да се искорени из судске праксе и то из разних разлога:

Прво, није реткост да непотпуним одређењем задатака за вештака, вештак „присвоји“ нека већа права у сагледавању конкретног случаја, а посебно је опасно да сам уђе у процену чињеничног стања. Сваки жив човек има оног „ђаволка“ у себи који га тера у предимензионирање свог значаја, што у случају вештака психијатара може утицати да он преузме процену која варијанта критичног догађаја је тачна и да у складу са тим сачини психијатријску експертизу. Право то не сме дозволити, али ако се благовремено вештачење не омеђи, ето нама вештачења у коме психијатар постаје и судија. Овде треба истаћи и оно што видимо у пракси, *а што не жели да се призна*: **да некада правници који одлучују у судском поступку**

у „евентуалном умишљају или свесном нехату“ одреде вештачење на наведени начин и тако добију налаз из кога јасно произилази пресуда, а да образложење за исту има озбиљан основ у судско-психијатријском вештачењу. Ово, наравно, никако не сме бити модел понашања, како правника, тако и вештака психијатара, па у складу са тим и евентуалне инструкције морају бити у овом смислу.

Следеће, некада вештаку, без прецизног задатака, није довољно јасно о којим околностима се треба изјаснити, у ком опсегу и са каквом садржином. Уместо да потраже појашњење, они сами процењују могући задатак, што може резултирати лошом проценом. Тако до правника долази налаз са садржајем који му иоле није потребан, али је већ изведен доказ, који сада перзистира у судском предмету, што може чинити сметње. Наравно, сметње нису потребне, па их треба избећи потпуним одређењем психијатријског вештачења, да и правници и вештаци немају дилеме или изазове у њима.

На овом месту наше даље елаборације биће усмерене на сагледавање могућности за бољу контролу и већи квалитет судско-психијатријских вештачења у кривично-правној и грађанско-правној области.

2.2.1. Квалитет и контрола судско-психијатријских вештачења у кривично-правној области

Ова околности односе се на активности које се остварују на више нивоа и модалитета. Постизање контроле и квалитета судско-психијатријских вештачења задатак је како правника који их одређују, као и вештака психијатара.

Међу правницима су то судије или тужиоци, као лица које руководе поступком. На првом месту је прецизно одређење вештачења, путем јасне наредбе, однос одређења задатака које вештак психијатар треба да испуни. При томе вештаку треба јасно указати које околности треба да сагледа (посебно у оквиру података из судских списа), омогућити му оно што је неопходно за вештачење.

Значајно питање је да ли у кривичном поступку психијатријска вештачења имају своје степене значаја или не.

У делу медицинске литературе говори се о разним нивоима (степенима) вештачења, међу којима су *основно (првобитно) вештачење, допунско вештачење, усаглашавање вештака и врховно вештачење (супервештачење, надвештачење)*. Нека од ових вештачења налазимо и законским прописима (**Недостаци у налазу и мишљењу вештака-чл.124 ЗКП „...Ако се недостаци** (у смислу ако је налаз нејасан, непотпун,

погрешан, у противуречности сам са собом или са околностима о којима је вештачено или се појави сумња у истинитост или ако је мишљење нејасно или противречно) **не могу отклонити поновним испитивањем вештака или допунским вештачењем, орган ће одредити другог вештака који ће обавити ново вештачење...“,** али нема *усаглашавања* и *врховног вештачења*.

Основно је оно које даје вештак појединац или институција, и ако су налазом јасно дати одговори у односу на предмет вештачења, то је вештачење и коначно. Уколико након основног налаза има неких недоумица или нејасноћа, орган који води поступка ће покушати да то разјасни *допунским* налазом истих вештака који су обављали основно вештачење. Уколико и након тога остану нејасноће или недоумице, а орган процени да вештаци из основног вештачења немају капацитет за отклањање наведених недоумица или нејасноћа, у принципу се одређује вештачење које обавља други вештак, одређена комисија или институција - *поновно вештачење*. У формално-правном смислу ово вештачење не треба да има виши ниво од основног, већ је део покушаја да се психијатријска истина боље разјасни или утврди. На крају крајева, одређењем новог, допунског вештачења, орган који води поступак остварује одређену контролу квалитета основног вештачења.

Проблем који најчешће настаје је следећи: Када су вештаци који су обавили основно и допунско вештачење, различито проценили психијатријске околности (а често и оне које су везане за урачунљивост, способност за праћење тока главног претреса, врсту евентуалне мере безбедности, психичка својства сведока или жртава деликата и др.), „коме се царству приклонити“, када судија (или тужилац) нема стручно знање за процену ових околности. Како се у тој ситуацији поставити?

У принципу, најчешће што срећемо у судској пракси је процесна радња коју често правници називају „усаглашавањем“ вештака, са превасходним циљем да вештаци сагледавањем разних околности покушају да дају јединствени налаз. Циљ је добар, али резултати у пракси углавном никакви, јер вештаци углавном остају на својим почетним позицијама. Следеће, што са процесног становишта нема своје упориште у прописима је да у правној регулативи нема одређења шта је то усаглашавање вештака, а у пракси многи правници имају и различите приступе како то учинити.

Наиме, није реткост да се вештацима даје налог да се састану мимо суда и покушају да усагласе своје налазе. Такво становиште није добро, јер се одвија и мимо суда и мимо странака у поступку, без могућности да постављају питања и траже разјашњења од вештака, нити се може пред судом и странкама остварити стручна полемика вештака. Због тога ова доказна радња мора да се обави на главном претресу, а суд треба да има осећај да у овој ситуацији омогући размену ставова и мишљења, објашњења, па чак и да омогући питања међу самим вештацима и да тако омогући

правницима који учествују у поступку за настанак уверења о убедљивости аргументације о овим сложеним психијатријским питањима.

Пошто је већ наведено да се вештаци у великом броју случајева не могу усагласити, поставља се питање какав ће однос суда бити према различитим мишљењима вештака. Пракса показује да се суд по правилу одлучује на одређивање трећег вештачења, које се поверава одређеним одборима медицинских факултета. Неки правни теоретичари, међутим, сматрају да је задатак суда и да сам цени аргументованост већ датих налаза, логичност истог, ставове у односу на предмет вештачења и да се на основу тога већ након усаглашавања може определити које ће вештачење прихватити. Међутим, када се првостени суд на то и одважи, нису ретка укидања пресуда, где је један од разлога за то чињеница „да је првостепени суд одлучивао о чињеницама за које нема стручно знање“, чак и у ситуацијама када је првостепени суд квалитетно образложио због чега је прихватио мишљење једног вештака. То последично ствара практичан однос оних који суде у првостепеним судовима, па их оваква пракса „гура“ у одређивање неког трећег, „супервештачења“.[4] (Горета, Пеко-Човић, Бужина. 2004: 710).

У комуникацији са стручњацима процесног права објашњено ми је да то треће, врховно вештачење нема упориште у процесном праву да је „капа“ претходно обављеним вештачењима, већ се мора третирати као и претходно обављена вештачења. И ту се проблем, који већ постоји, додатно потенцира, јер и даље постоје бар два различита налаза, а некада и три. Шта је сада суду чинити?

У односу на ове околности, могућа су два сценарија:

- један је да се прописима институционализују степени вештачења и одреди који степен има примат у односу на друге или

- да се примени нешто што у аглосаксонском праву има ознаку „контрадикторних вештачења“, где ће свака странка извести овај доказ, њихови вештаци ће се појавити да суду и проћи „унакрсно испитивање“, па ће судско веће (уместо пороте у англосаксонском праву), на основу аргументованости, стручне утемељености, али и способности да се правницима приближи ова проблематика донети одлуку које ће вештачење прихватити, а које не.

Наша размишљања иду у правцу налажења начина да се решења из аглосаксонског права примене у наше законодавство, где ће се путем озбиљне стручне и професионалне дебате, сучељавања мишљења доћи до оптималног решења и разрешења проблема у области у којој правници

[4] M. Goreta, I. Peko-Covic, N. Buzina, *Psihijatrijska ekspertiza*, Zbirka ekspertiza, I-Kazneno pravo, Naklada Zadro, Zagreb, 2004, 709-713.

примарно немају довољно знања. При томе, треба истаћи да правници код нас нису потпуно неуки у овој области, јер скоро на свим правним факултетима постоји предмет у коме стичу основна знања из ове области.

Следећи начин за побољшање квалитета, али и контролу психијатријских вештачења, је релативно нови инситутут кривично-процесног законодавства: *Стручни саветник*, кога може ангажовати свака странка у поступку.

Овај институту се чешће везује за одбрану, јер су тужилаштву и суду на располагању могућности ангажовања сталних судских вештака, док одбрана формално правно не може учинити све док се овај доказ не изведе од стране тужилаштва или суда. Тиме се умањује могућност одбране да, када процењује да је значајно психијатријско вештачење и предлаже да се оно обави, а то се не прихвати у току поступка, овај доказ самостално изведе. Да је то тако потврђују и прва два става наведнеог члана, која гласе „Стручни саветник је лице које располаже стручним знањем из области у којој је одређено вештачење; Странка може изабрати и овлатити стручно саветника када орган поступка одреди вештачење...“. Другим речима, ако суд или тужилац није одредио вештачење или је одбио захтев одбране да се исто обави, одбрана не може тај доказ изводити помоћу стручног саветника, јер је он саветник, а не вештак.

Међутим, ако погледамо чл. 126. овог закона, где се наводи шта све може стручни саветник, стоји и да има право да се упозна са подацима из списа, са предметом вештачења, и да буде испитан у односу на предмет вештачења. Па како ће то учинити ако не прегледа лице које се вештачи, и да ли ће тиме у суштини тај стручни саветник добити све атрибуте вештака. Стиче се утисак да одбрана нема, бар у овом делу, равноправан положај са носиоцем истраге, тужилаштвом, да са изабраним стручњаком спроведе ову доказну радњу, већ стручни саветник одбране може присуствовати вештачењу које обавља вештак, често одређен од тужилаштва, може да предложи неке поступке вештака и сл. А шта ако вештак не прихвати то што предлаже стручни саветник, није довољно што ће вештак рећи да је то сматрао да нема значаја, можда други стручњак из те области управо сматра да је тај део прегледа од круцијалног значаја. Тако, се по нама, нарушава принцип равноправности странака, а тиме и базични правни пирнцип.

Ове околности су јој једна потврда нашег залагања да се у кривичноправној процедури примени да свака странка може да ангажује вештака, па нека они сучељавају мишљења, воде стручну дебату, буту унакрсно испитивани пред судом, а на правницима (или поротом) је да прихате једно од тих вештачења на основу аргументованости и убедљивости мишљења.

Док се то не догоди, постојећи инситут стручног саветника странака, обезбеђује одређену контролу већ спроведеног вештачења или контролу

обављања вештачења. У сваком случају је боље да квалитет вештачења контролише особа која је за то стручна, него правник (адвокат или тужилац), што генерално смањује „монопол“ на једино мишљење сталних судских вештака, што је веома заступљено у одређним срединама. Контрола вештака на овај начин мора садржати потпуну колегијалност, одсуство пристрасности, непримерених коментара или заједљивих примедби, са основним циљем да се уз помоћ стручног саветника дође до већег квалитета и обима психијатријске истине.

Иако је премиса рада стручног саветника да своју активност обавља непристрасно, околност да га ангажује одређена странка, посебно ако је то одбрана, указује да је стручни саветник на неки начин „навијач“ те странке. Због тога је велико питање *да ли треба реализовати право стручног саветника да буде испитан о предмету вештачења.* А ако већ у закону стоји (чл. 126. ЗКП) да може бити испитан о предмету вештачења и да се намеће обавеза полагања заклетве „да ћу дати исказ у складу са правилима науке или вештине, савесно, непристрасно и по свом најбољем знању“, поставља се питање због чега се исказ о предмету вештачења (које је иначе већ обавио судски вештак по наредби органа који води поступак) не третира као засебно вештачење. Ово посебно ако се стручном самветнику психијатру обезбеди обављање прегледа, увида у медицинску и судску домунентацију.

Другим речима, или ћемо стручног саветника третирати као стручну помоћ одбрани или тужилаштву да постојеће вештачење буде адекватно проверено, кроз питања, захтевање одређених радњи које треба да обави вештак на предлог саветника и др. и ко неће имати право да даје исказ који по својој суштини представља вештачење, или ћемо и даље поступати да лице које је стручни саветник у једној фази *de facto* постаје нови вештак у конкретном поступку. Јер ако смо га заклели да исказ даје по најбољем знању, принципима науке и струке и непристрасно, а исказ се односи на предмет вештачења, да ли ћемо нешто звати исказ или вештачење није битно, у суштини је мишљење које одговара вештачењу.

Следеће, поставља се питање ко све може бити стручни саветник: да ли било који стручњак који има знање из области у којој је одређено вештачење (чл. 125. ЗКП, ст.1) или судски вештак из ове области. По нашем мишљењу, ако је потребна боља контрола (без обзира што то можда задире у апсолутно право странке да бира кога хоће) вештачења, стручни саветници треба да су регистровани вештаци из области (неуро) психијатрија, и због већег знања из области судске психијатрије и због већег исксутва у овој области. Ако је тема контрола и квалитет вештачења, онда се залажемо да се то постиже и тиме што ће за стручне саветнике именују само они који су на листи вештака психијатара.

И поред наведених мањкавости везаних за стручног савеника, треба истаћи да је могућност њиховог укључења у судски поступак значајан корак

у напред, тј. битан позитиван помак, који омогућава објективнију судско-психијатријску евалуацију, бољу контролу у домену ове струке и ствара могућност да се у даљем периоду пређе у моделе „контрадикторних судско-психијатријских вештачења".

Контролу вештачења, о чему се често не води рачуна, треба обезбедити и тиме да вештаци не раде у установи где је лице лечено или да га сам вештак није лечио. Такође, нови вештак не би смео да буде из исте установе где ради први вештак, јер је то ипак специфичан сукоб интереса, без жеље да се уђе у дубљу елаборацију, која би захватила и сагледавање међуљудских односа.

Такође, некада су ставови неких правника говорили о томе да треба водити рачуна о степену академског и професионалног знања вештака или његовог звања и даване препоруке да, на пример, након редовног професора универзитета није примерено ангажовати вештака који је „обичан специјалиста", већ да је нови вештак, по звању, у рангу претходног.

2.2.1. Квалитет и контрола судско-психијатријских вештачења у грађанско-правној области

У грађанскоправној области квалитет и контрола судско-психијатријских вештачења може се остварити на разним нивоима и у различитим модалитетима. Један од начина је веома сличан оном у кривично-правној области, где се квалитет и контрола вештачења остварује квалитетним актом којим се вештачење одређује. У овој области права вештачења се одређују решењем, у коме треба посебно прецизно одредити шта је задатак вештака, из разлога које смо раније навели.

И у овој области медицинска теорија често дели вештачења на *основна*, *допунска*, *поновна* и *врховна*, с тим да овакву степенованост не налазимо у правним прописима која се односе на вештачења, али у пракси неке од ових степена вештачења често срећемо. Наравно, други су и законски прописи који ову материју регулишу (Закон о парничном поступку,[5] Закон о ванпарничном поступку[6] и др.).

С обзиром на околност да странке саме сносе трошкове вештачења, у грађанско-правним поступцима је знатно чешће да се појављује већи број

[5] Чл. 192. и чл. 261 Закона о парничном поступку, „Сл. гласник РС", 72/2011, 49/2013-одлука УС РС, 74/2013-одлука УС и 55/2014.

[6] Чл. 38 Закона о ванпарничном поступку, „Сл. гласник СРС" бр. 25/82 и 44/88 и „Сл. гласник РС", 46/95- др. закон, 85/2012, 45/2013- др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015- др. закон.

вештачења које странке прилажу суду, које уз она која сам суд изводи, значајно отежавају процену који је психијатријски налаз објективан и одговара постојећим медицинским, тј. психијатријским околностима. Тако није реткост да се у једном поступку нађу и вештачења појединица, неких комисија састављених *ad hoc,* медицинских установа, па чак и неколико вештачења која су обавила највиша стручна тела за психијатријска вештачења-*судско-психијатријски одбори медицинских факултета.* Што би народ рекао, „бог нека је на помоћи“ судији који треба да пресуди на основу психијатријских вештачења. Наравно, може се рећи и „тако му треба“, ако је све то допустио. Прво обично важи за судије који „наследе“ предмете које је неко други водио, а друго за оне који немилице скупљају све потенцијалне доказе, не водећи рачуна шта треба да буде доказ, а шта не, као да се не могу „одупрети“ странкама које само прилажу нова психијатријска вештачења чије им мишљење одговара.

Због тога је на неким судијама одговорност „што се не мешају о свој посао“, тј. што нису омеђиле странке који је то лимит (у складу са законом) до кога се може ићи у прилагању доказа у виду психијатријског вештачења. Закон јасно каже да се након судског вештачења може од стране странке доставити само један налаз и мишљење од стране вештака кога странка приватно ангажује, а да након тога следи усаглашавање и уколико до истог не дође, следи ново вештачење, које би требало да буде коначно. Омогућавање да се налази само множе и бескрајно достављају води у поступке који трају годинама и све су мање шансе да се определи који је то психијатријски вештак или тело ко ће финализовати целокупну радњу доказа психијатријским вештачењем. Неки сматрају (у медицинским круговима) да су то судско-психијатријски одбори медицинских факултета, али то од права није потврђено, односно прихваћено.

Остаје питање шта радити када је то већ у поступку учињено, односно има више различитих психијатријских мишљења у односу на исту околност. Врло је **значајно истаћи да у тим ситуацијама неко од вештака психијатара није стручно поступао у складу са правилима струке и медицинске истине**. Скривање иза права да вештаци психијатри могу имати различито сагледавање одређених, али истих околности, је, на жалост, само параван за свесне или несвесне манипулације појединих вештака. С тога опрез за правнике када сагледавају вештачења која чине психијатри на захтев странке у поступку, нарочито у ситуацијама када су већ обављена вештачења по решењу суда, па се трага за неким који ће написати налаз који је у корист онога ко вештачење финансира. Ово истичемо јер не смемо затварати очи пред чињеницом да се то дешава, и то не тако ретко, да се суштина налаза прилагођава ономе ко вештачење захтева (а бога ми и плаћа). Ако ово пређитимо, имамо утисак да је све што смо до сада навели безразложно. На жалост, још увек нема јасних и ефикасних механизама да се ове негативне

појаве искорене, а на стручним удружењима психијатара је да овакве појаве не само осуде, већ и санкционишу (у зависности од тежине грешке новчано кажњавање, брисање из регистра вештака, одузимање лиценце и сл.). Многи ће поставити питање ко ће то процењивати. На срећу, ако има добре воље, има још довољно часних стручњака којима неће бити проблем да овакве стручне прекршаје препознају, обзнане и преложе санкцију, односно да се ухвате у коштац са неетичким и нестручним радом у сфери психијатријских вештачења. Али, нико од њих не може да прати шта се све дешава у професионалном раду вештака, већ иницијатива за такво преиспитивање треба да потекне од судија, адвоката, странака, а на струци је да сагледавање ових околности прихвати и оствари и тиме сачува дигнитет и углед већине својих чланова који часно обављају своју судско-психијатријску делатност.

Следеће, мишљења смо да након већег броја вештачења треба делегирати одређене инситуције које ће понети бреме пресуђивања у случајевима када су чињене суштински различите судско-психијатријске процене. Пресудлов за њихов рад је адекватно лиценцирање у складу са Законом о вештацима, спремност да се стручно „замере“ одређеним колегама и да се коначно извуче „глава из песка“ и храбро и аргументовано напише за суд значајна судско-психијатријска истина.

У овом контексту је и неопходност квалитетне, свеобухватне и теоријске и практичне едукације кадрова за рад у области судске психијатрије, а у складу за општеприхваћеним стандардима форензичко-психијатријске доктрине у свету и код нас.

То су и основне смернице сегмента рада који смо одредили као **3. Сагледавање актуелног стања у процесу едукације у области судске психијатрије**, с тим да осим стручних знања треба радити и на формирању квалитетних атрибута личности вештака психијатара, које, су између осталих, и следеће:

- поседовање доброг и широког клиничког знања и искуства;
- спремност да се сагледавају околности мултидимензионалног садржаја и различитих података;
- толерантан однос према особама које пролазе кроз судско-психијатријско испитивање;
- изношење сложених психијатријских околности на начин који ће бити схватљив и лаицима за психијатрију, јаснија изражавања и аргументације;
- спремност да се сагледају и другачија мишљења у склопу поступка вештачења, колегијалан однос у супротстављању мишљења;
- добро организована и енергична личност, која је спремна да поштује задате рокове, као и да поседује способност за тимски рад или руководећу улогу у тиму стручњака;

- спремост да се одупре пристисима различитог порекла и да се тако истраје у очувању личног поштења и репутације, непоткупљивост и др.

На крају, уместо закључка, сматамо значајним да истакнемо да су презентоване, али и многе друге чињенице, које се односе на постизање квалитета и контроле судско-психијатријских вештачења основ за заједничко деловање правника и психијатара у овој области. Изнети проблеми, гледишта и ставови, можда нису поптуни и исправни, али су бар покретач за дискусију и размену мишљења у односу на питања која су наведена, са заједничким циљем да се чињенице на којима треба да се базира судска одлука, па и оне психијатријског квалитета утврде што објективније и на законит начин. Тако ће се свеобухватна судско-психијатријска активност побољшати, смањити неповерење и у ове вештаке, а и у суд генерално, чиме ће се учинити помак на боље у сфери судских поступака.

Zoran ĆIRIĆ, M.D. (Neuropsychiatrist),
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš
Milena ĆIRIĆ,
Layer at Legal academy Belgrade

CONTRIBUTE TO BETTER QUALITY OND CONTROL OF FORENSIC PSYCHIATRIC EXPERTISE

Summary

In the amended criminal procedure provisions, evidence proceedings have been substantially improved by envisaging an important role of forensic-psychiatric expertise. Under the former legislation, psychiatric expertise was ordered by the competent court, whereas the current legislation provides that it may be conducted upon the initiative of the parties in the proceedings and without obtaining a court order. In civil proceedings, parties increasingly use the opportunity to submit all the evidence supporting their claims at the moment of filing their complaints, which frequently includes a request for psychiatric expertise initiated by the plaintiff. It is soon followed by the defendant's opportunity to seek control of this expertise by submitting his/her own evidence. In lege artis forensic-psychiatric work, forensic-psychiatric experts' observations may lead to serious confrontations, which is ultimately a good presumption for the court to better understand the facts and establish relevant psychiatric circumstances which are important in the judicial decision-making processes. In case of disagreement in the opinions of party-provided experts, there is a new control mechanism: a court-ordered psychiatric expertise (by a third expert), which is aimed at ensuring additional objectivity in the assessment of facts.

Notwithstanding the level of psychiatric expertise (and who it has been initiated by), it is essential to ensure that the following requirements have been satisfied: a) to provide all the necessary conditions for psychiatric expertise, including the examination of the person, relevant medical and other documentation, and other sources to ensure a comprehensive insight and qualitative evaluation; b) to precisely define the subject matter of expertise by asking questions on the psychiatric issues which are important for making a judicial decision in the specific legal case; etc. In case a psychiatric expertise is ordered by the court due to insufficiently compelling prior expertise, control may be exercised by instituting a secondary expertise (by new psychiatric experts), by ensuring that the expert witnesses have come to a common agreement, or by seeking a supreme expertise of forensic-psychiatric committees at the Faculties of Medicine.

In addition, the control over the presented evidence by forensic-psychiatric expertise is significantly increased by the opportunity to engage a forensic-

psychiatric expert as a professional adviser of the defence, which clearly improves the prospects of reaching a most objective judicial decision.

Keywords: *forensic psychiatry, medical expertise, forensic-psychiatric expert witness*

ЛИТЕРАТУРА

Bowden, P. (2001) Psychiatry and criminal proceedings. In Chiswick, D. and Cope, R. (eds). *Seminars in Practical Forensic Psychiatry.* Glasgow, Gaskell. 106-133.

Craft, A. Craft, M. (1984). *Mentally abnormal offenders*, Eastbourn: Bailliare Tindal. 16-24.

Curran, W.J. McGarry, A.L. Shah, S.A. (1986). *Forensic psychiatry and psychology*, Philadelphia: F.A. Davis Company. 17-26.

Ćirić, Z., Dimitrijević, B. (2009). *Osnovi sudske psihijatrije i psihologije*, Niš: Studetski kulturni centar. 85-90.

Ćirić, Z. (2013). *Sudska psihijatrija,* Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije. 16-21.

Goreta, M., Peko-Covic, I., Buzina, N. (2004). *Psihijatrijska ekspertiza, Zbirka ekspertiza, I-Kazneno pravo.* Zagreb: Naklada Zadro. 709-713.

Kovačević, R. (2000). *Forenzička psihijatrija.* Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci. 18-23 (Kovacevic, R. (2000). *Forensic psychiatry*, Banja Luka: Faculty of Law of University in Banja Luka. 18-23)

Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije (Criminal Procedure Code of the Republic Serbia), *Službeni glasnik RS* br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

Zakon o parničnom postupku RS (Contentious Proceedings Act of the Republic Serbia), *Sl. Glasnik RS* 72/2011, 49/2013-Одлука УС, 74/2013-одлука УС и 55/2014

Zakon o sudskim veštacima (Act on Court Experts of the RS), *Sl. Glasnik RS* 44/2010

Zakon o vanparničnom postupku RS (Non-contentious Proceedings Act of RS), *Sl. Glasnik SR* 25/82 и 48/88 и *Sl. Glasnik RS* 46/95-dr. zakon, 85/2012, 45/2013-dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015-dr. zakon

УДК 35.085:351.74/.75(497.11)

Др Ванда БОЖИЋ[*]
Др Жељко НИКАЧ[*]
Бранко ЛЕШТАНИН[*]

КРИВИЧНОПРАВНИ ОКВИР ЗА ПОСТУПАЊЕ И ПРИМЕНУ ОВЛАШЋЕЊА ПОЛИЦИЈЕ[*]

Апстракт: Аутори се баве истраживањем актуелне теме примене полицијских овлашћења у светлу поступања полиције при обављању поверених послова, у функцији заштите људских права и владавине права у демократском друштву. Полицијско поступање подразумева примену сета закона у различитим областима друштвеног живота. На првом месту су норме кривичног и прекршајног законодавства (ЗКП, КЗ, ЗП), прописи из области полицијског права (ЗОП), безбедности саобраћаја, обезбеђења државне границе те прописи из области набавке, држања и ношења оружја и муниције у Републици Србији. Кроз кривичноправне и безбедносне аспекте полицијских овлашћења аутори су покушали да одговоре како се примена норми понекад преплиће у пракси и на који начин избећи или решити проблеме у имплементацији. У завршном делу рада дати су предлози *де леге ференда* за унапређење нормативног оквира и предлози мера с циљем побољшања законите примене полицијских овлашћења, заштите људских права и грађанских слобода.

Кључне речи: *кривично право, послови и овлашћења полиције, владавина права, Србија, ЕУ.*

---

[*] Научни сарадник, Правни факултет Свеучилишта у Загребу
vanda.bozic@pravo.hr
[*] Редовни професор, Криминалистичко-полицијска академија, Београд
zeljko.nikac@kpa.edu.rs
[*] Дипл. официр полиције, МУП Републике Србије, b.lestanin@gmail.com

[*] Рад је писан у оквиру потпоре ХРЗЗ и пројекта бр. 1949. *Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime*. Рад је и резултат активности на Пројекту *Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција*, МПНТР РС бр.179045 и Интерном научно-истраживачком пројекту КПА *Управљање полицијском организацијом у спречавању и сузбијању претњи безбедности у РС*, циклус научних истраживања 2015-2019.

1. УВОД

Свака демократски уређена држава својим апаратом јемчи права и слободе грађана, а посебно националних мањина. То чини уставноправним и законским нормама којима се, посматрајући са аспекта полиције гарантују универзална зајемчена права: право на живот, право на неповредивост физичког и психичког интегритета, право на слободу и безбедност, право на слободно кретање, право на неповредивост стана те посебна јемства лицима лишеним слободе и друга. Посебан значај имају међународни правни акти који гарантују одређена права сваком човеку или којима се уређују стандарди полицијског поступања (Европска конвенција о људским правима, Декларација о полицији). Већина полицијских овлашћења су она којима се људска права значајније не ограничавају, али има оних којима се задире у уставом и законом загарантована људска и мањинска права и слободе. Полицијска овлашћења и њихова примена треба да обезбеде афирмацију сервисне улоге полиције и јачање поверења грађана у полицију, превенцију криминала и боље стање безбедности у заједници.[1]

Приликом одређивања садржине и појма "полицијских послова" треба имати на уму циљ послова, природу и начин обављања послова. Циљ полицијских послова је заштита и унапређење јавне безбедности што је директно назначено, док је безбедносни циљ унутрашњих послова индиректно/посредно наведен. Природа полицијских послова је таква да су они оперативно-безбедносни и уско везани за полицију као струку, где се примењују посебне полицијске мере и радње и полицијска овлашћења. Све то уз могућност легалне употребе силе, док су унутрашњи послови по природи управно-надзорни и односе се на послове државне управе. Начин обављања полицијских послова је конкретан и непосредан уз могућност легалне употребе принуде, док унутрашњи послови по начину вршења нису непосредни и могу их обављати други државни органи. Узимајући у обзир ове критеријуме списак полицијских послова би вероватно био много краћи, него што је то наведено у тексту закона.[2]

Позитивноправни оквир за поступање полиције и примену полицијских овлашћења у Србији карактерише мноштво законских и подзаконских прописа којима се та област уређује. С једне стране, то може бити позитивно јер је ова област друштвеног живота посебно осетљива и самим тим детаљно уређена прописима. С друге стране, велики број прописа може бити оптерећење за оне који их примењују што се у овом случају односи на полицијске службенике и лица за примену закона. Међутим,

[1] Бранко Лештанин, Жељко Никач, *Коментар Закона о полицији,* „Пословни биро“, Београд, 2016, 144.

[2] *Ibid,* 64.

проблем је што полицијски службеници не поседују адекватна правничка знања за примену закона у пракси, већ имају стриктно одређена овлашћења и знања из области њиховог рада. Проблем је тим пре сложенији ако се има у виду природа полицијских послова и организација рада у полицијској служби.

Полазећи од тога да је Србија истакла апликацију за пријем у чланство ЕУ то је нужно да хармонизује законодавство у складу са прописима Уније, јер је европско законодавство добар пример позитивне правне праксе.

2. КРИВИЧНО И ПРЕКРШАЈНО ЗАКОНОДАВСТВО

а) Законик о кривичном поступку (ЗКП)[3] је *lex generalis* закон за кривични поступак. Одредбама ЗКП прописана су поједина полицијска овлашћења од којих су нека номотехнички уређена уз набрајање, док су друга детаљно уређена. Полицијска овлашћења у кривичном поступку могу се сврстати у четири групе: 1) доказне радње полиције, 2) доказне радње по овлашћењу надлежног јавног тужиоца, 3) посебне доказне радње и 4) мере за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног поступка.[4]

Доказне радње полиције су: пријем кривичне пријаве; преглед превозних средстава, путника и пртљага; ограничење кретања на одређеном простору; утврђивање истоветности лица и предмета; расписивање потраге за лицем и предметима за којима се трага; преглед одређених објеката и просторија државних органа, предузећа, радњи и других правних лица; увид у документацију државних органа, предузећа, радњи и других правних лица; привремено одузимање документације државних органа, предузећа, радњи и других правних лица; прибављање листинга телефонских комуникација, коришћених базних станица и лоцирање; прикупљање и тражење обавештења од грађана, задржавање на месту извршења кривичног дела и полицијско хапшење. Ове радње полиција, по правилу, предузима без претходног одобрења надлежног тужиоца, али је дужна да одмах обавести надлежног тужиоца о спроведеним радњама.[5]

*Доказне радње по овлашћењу надлежног јавног т*ужиоца, односно наредби суда су: саслушање осумњиченог, задржавање осумњиченог, увиђај, реконструкција догађаја, узимање узорака, провера рачуна и сумњивих тран-

[3] „Службени гласник РС“, бр.72/11,101/11,121/12,32/13,45/13 и 55/14.
[4] *Ibid*, чл. 100, 113-137, 140-187, 281, 286 и 289-294.
[5] *Ibid*, чл. 281, 286 и 290-292.

сакција, привремено одузимање предмета, претресање стана и других просторија (са и без наредбе суда), претресање лица (са и без наредбе), препознава ње лица и предмета и испитивање сведока. Ове радње полиција предузима искључиво по претходном писменом или усменом наређењу-овлашћењу надлежног јавног тужиоца, односно по наредби надлежног суда. О резултатима предузетих радњи полиција је дужна да писаним путем обавести надлежног јавног тужиоца.[6]

Посебне доказне радње су: тајни надзор комуникације, тајно праћење и снимање, симуловани послови, рачунарско претраживање података, контролисана испорука и прикривени иследник. Предузимају се ако постоје основи сумње да је одређено лице извршило неко „посебно кривично дело,"[7] а на други начин се не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано. Ове радње полиција предузима по наредби надлежног суда осим контролисане испоруке која се предузима по наредби Републичког јавног тужиоца, односно јавног тужиоца посебне надлежности. У питању су познате специјалне истражне технике и методе које су предвиђене одредбама Конвенције УН против транснационалног организованог криминала („Палермо конвенција") чија су решења прихваћена у националним законодавствима већине развијених држава.[8]

Мере за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног постука које примењује полиција су: довођење, забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посећивања одређених места; и забрана напуштања боравишта. Све ове мере примењују се по наредби-решењу надлежног суда. Добођење непосредно извршавају полицијски службеници док код осталим мера полиција може да контролише спровођење од стране лица које је одређена нека мера. Уколико то суд нареди полиција може, приликом одређивања мере забране напуштања боравишта, да привремено одузме путну исправу или возачку дозволу за време трајања мере.[9]

Полицијска овлашћења прописана у ЗКП имају пре свега репресивни карактер и предузимају се *post delictum*. Неопходан материјални услов који мора бити испуњен да би се неко полицијско овлашћење применило је да

---

[6] *Ibid*, чл. 100, 113-137, 140-187, 289 и 294.

[7] Милан Шкулић, *Организовани криминалитет: појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак,* Службени гласник, Београд, 2015, 481.

[8] Ванда Божић, „Сузбијање организираног криминалитета у свијетлу позитивног казненог законодавства РХ", Институт за упоредно право, *Зборник радова,* Вршац, 2016, 285-300. Види и: Ванда Божић, Жељко Никач, „Criminal incriminations based on the UN Convention against transnational organized crime in the criminal legislation of the Republic of Croatia and Serbia*"*, *Conference Proceedings*, Faculty of Security, Skopje, 2016.

[9] *Op. cit.*, у нап. 6, чл.188-190 и 195-201.

постоји минимални степен сумње (основи сумње)[10] да је извршено кривично дело, односно да је неко лице извршило кривично дело.

Важнији прописи *lex specialis* којима се уређују специфични поступци и овлашћења полиције су: Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела,[11] Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично правној заштити малолетних лица[12] и Закон о спречавању насиља у породици.[13]

Анализом ових прописа закључује се да први закон не садржи посебна овлашћења полиције већ упућује на примену ЗКП и ЗОП, осим што даје могућност МУП да врши безбедносне провере за лица која обављају послове по овом закону. Безбедносне провере могу обавити без знања лица пре ступања на рад (функцију), током обављања послова (функције) и годину дана по престанку обављања послова (функције).

Други пропис је из области малолетничког законодавства којим се уређује малолетничка деликвенција и садржи кривичноправне (материјалне и процесне) одредбе. У погледу полицијских овлашћења пропис се концентрише на специфичности овлашћења као што су позивање, прикупљање обавештења и довођење. Позивање се врши преко родитеља - законског заступника, осим ако то није могућно због хитног поступања или других околности.[14] Закон налаже да искључиво лиценцирани полицајац за малолетнике прикупља обавештења од малолетника, исто ради у присуству родитеља (усвојиоца, стараоца). Меру довођења малолетника примењују полицијски службеници (ОСЛ) у цивилној одећи, водећи рачуна да то чине на неупадљив начин и да не вређају достојанство малолетника. Исте мере се предузимају *post delictum* и имају репресивни карактер.

На крају, али не мање важан је недавно усвојени пропис којим се уређује спречавање насиља у породици, поступање државних органа и установа у спречавању насиља у породици и пружању заштите и подршке жртвама насиља, који се примењује од 01.06.2017. године. Полицијска овлашћења прописана овим законом су: пријем пријава о насиљу у породици, довођење и задржавање, прикупљање обавештења и издавање наређења (мера привременог удаљења учиниоца из стана и мера привремене

[10] Основ сумње је скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела (чл. 2.ст. 1. тач. 17. ЗКП).

[11] „Сл. гласник РС*",* бр. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04 - др. закон, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11 - др. закон, 101/11 - др. закон и 32/13.

[12] „Сл. гласник РС", бр. 85/05.

[13] „Сл. гласник РС", бр. 94/16.

[14] *Op. cit.*, у нап.15, чл. 54.

забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој).[15] Поменута полицијска овлашћења имају за циљ промтно спречавање насиља у породици и хитну, благовремену и делотворну заштиту и подршку жртвама.

Мишљења смо да је неприхватљиво *post delictum* досадашње поступање у пракси, већ да је у сузбијању насиља у породици примарно поступање *ante delictum.* За адекватну друштвену реакцију решење је у појачаним мерама превенције на сузбијању насиља у породици, о чему ваља размислити након протека одређеног времена од ступања на снагу и примене новог Закона о сузбијању насиља у породици.

б) Закон о прекршајима је прописао одређена полицијска овлашћења и то: довођење-привођење, задржавање лица, привремено одузимање предмета и претресање просторија и лица. Полиција ове мере и радње предузима *post delictum* по наредби прекршајног суда (довођење, привремено одузимање предмета, претресање стана и других просторија) или по сопственој процени ако неко лице затекне у извршењу прекршаја и ако су испуњени законом прописани услови за примену овлашћења (привођење, задржавање, привремено одузмање предмета).[16]

Законом о полицији[17] прописано је и откривање и расветљавање прекршаја, откривање и хапшење учинилаца прекршаја и извршавање других прописа из области материјалног прекршајног права. Сузбијање прекршаја је једна од важнијих активности полиције у области јавног реда и мира, па је познавање и примена прекршајних норми значајна због заштите ових друштвених вредности. У неким земљама прекршајна материја обухвата тзв. лакша кривична дела и према статистичким подацима веома је бројна.[18]

Имајући у виду чињеницу да је Србија поднела апликацију за пријем у ЕУ то ваља размислити да се приступи хармонизацији норми са прописима ЕУ у овој области, као и усклађивању са прописима држава региона ради јединствене правне квалификације и третмана преступника.

---

[15] *Op. cit.*, у нап.16, чл. 13-17.

[16] „Сл. гласник РС“, бр. 65/13, 13/16 и 98/16-одлука УС, чл. 188-190, 193 и 226-232.

[17] „Сл. гласник РС“, бр. 06/16.

[18] Шире: Ђорђе Ђорђевић, *Прекршајно право (с основама Привреднопреступног права)*, ИВ издање, КПА, Београд, 2013.

3. ПОЛИЦИЈСКО ЗАКОНОДАВСТВО

Закон о полицији (ЗОП) је *par excellence* пропис у области полицијског законодавства. Нови ЗОП у Србији је донет почетком прошле године, регулише више различитих питања од значаја за рад и деловање полиције међу којима се издвајају: послови и задаци полиције, организација, овлашћења и контрола рада.

Полицијска овлашћења можемо дефинисати као право и дужност полицијског службеника да предузима одређене мере и радње у случајевима и на начин регулисан прописима која имају за циљ спровођење закона, остваривање безбедности грађана и подршку владавини права у демократском друштву.[19] Међутим, законодавац је овлашћења правно третирао путем формулација где се суштински разликују полицијске мере и радње и полицијска овлашћења. По нашем мишљењу ово решење није целисходно с обзиром да није било неких посебних и оправданих разлога за наведено опредељење.

Полицијске мере и радње су: 1) заштита оштећених кривичним делом и других лица; 2) заштита података о идентитету; 3) полицијско опажање, опсервирање; 4) посебне мере за обезбеђивање јавног реда; 5) снимање на јавним местима; 6) полицијска помоћ у извршењима и поступцима вансудског намирења; 7) полиграфско испитивање; 8) пријем пријава о учињеном кривичном делу и прекршају; 9) трагање за лицима и предметима; 10) мере циљане потраге; 11) мере за отклањање непосредне опасности; 12) криминалистичко форензичка регистрација, узимање других узорака и криминалистичко форензичка вештачења и анализе; 13) јавно расписивање награде.[20]

Условно речено, полицијске мере и радње су издвојене у односу на класична полицијска овлашћења јер су поједине мере и радње могли да примене само специјализовани полицијски службеници (полиграфско испитивање). Неке од њих се примењују само на основу наредбе другог органа (мере циљане потраге, форензичка регистрација), док мањи број могу да примене само највиши руководиоци у полицији (јавно расписивање награде),[21] а не сви полицијски службеници.

"Класична" *полицијска овлашћења* су: 1) упозорење и наређење; 2) провера и утврђивање идентитета лица и идентификација предмета; 3) позивање; 4) довођење; 5) задржавање лица и привремено ограничење слободе кретања; 6) прикупљање обавештења; 7) привремено одузимање предмета; 8) преглед простора, објеката, документације и контрадиверзиони преглед; 9) заустављање и прегледање лица, предмета и саобраћајних средстава; 10) обезбеђе-

[19] *Op. cit.*, у нап. 4, стр. 103.
[20] *Op. cit.*, у нап. 20, чл. 47.
[21] *Op. cit.*, у нап. 4, 104.

ње и преглед места догађаја; 11) употреба туђег саобраћајног средства и средства везе; 12) утврђивање присуства алкохола и/или психоактивних супстанци; 13) вршење безбедносних провера; 14) пријем нађених ствари; 15) употреба средстава принуде и 16) друга овлашћења предвиђена законом.[22]

У ширем смислу полицијска овлашћења (мере и радње, овлашћења) могу имати и превентивни (безбедносни) и репресивни карактер. Поједина овлашћења се предузимају како би полиција испунила основни превентивни задатак спречавања кривичних дела и прекршаја, док друга имају репресивни карактер и имају за циљ откривање, разветљавање и доказивање кривичних дела и прекршаја. Нека овлашћења имају мешовити карактер у зависности од стадијума и циља у којем се предузимају. Примера ради, привремено одузимање предмета може имати превентивни карактер када се предмети одузимају из разлога опште безбедности или због спречавања самоповређивања, напада или бекства. Међутим, ако се предмет привремено одузима због сумње да је намењен за извршење кривичног дела или прекршаја, потиче или је настао као последица извршења кривичног дела или прекршаја онда овлашћење има репресивни карактер. Такав је случај и са неким другим овлашћењима као што су снимање на јавним местима, провера и утврђивање идентитета, позивање, прикупљање обавештења.[23]

Анализом полицијских мера, радњи и овлашћења можемо уочити да *de facto* и *de iure* постоје одређена преклапања са Закоником о кривичном поступку (ЗКП) и Законом о прекршајима (ЗП) која се морају отклонити уколико се жели остварити правна прецизност у уређивању ове области. У том смислу могућа су два решења: 1) изменити ЗКП и ЗП тако да не садрже одредбе о полицијским овлашћењима, а истовремено извршити кодификацију Закона о полицији (ЗОП) тако да садржи процесне одредбе и кривичног и прекршајног права; 2) одредбе о полицијским овлашћењима која се „преплићу“ са ЗКП и ЗП брисати из ЗОП и имплементирати у ова два закона. Остаје на законодавцу да размотри која од опција је боља, јер је овакво стање на дужи рок неодрживо. У међувремену било би пожељно да се изврши „кодификација“ подзаконских аката којим се ближе уређују полицијска овлашћења из ЗКП, ЗОП и осталих закона. Можда је решење да се једним правилником, чија би преамбула садржала неколико основа за доношење, ближе уреде сва полицијска овлашћења као што је то било уређено до 2007.године Правилником о начину вршења послова Службе јавне безбедности (СЈБ).[24]

[22] *Op. cit.*, у нап. 20, чл. 64.
[23] Више: Жељко Никач, *Полиција у заједници*, КПА, Београд, 2015.
[24] „Сл. гласник СРС“, бр. 29/74 и 40/74.

4. БЕЗБЕДНОСТ САОБРАЋАЈА

Закон о безбедности саобраћаја на путевима[25] (ЗОБС) је један од посебних закона којим се уређују правила саобраћаја, понашање учесника у саобраћају на путу, ограничења саобраћаја, саобраћајна сигнализација и друга питања из области безбедности саобраћаја на путевима.

У глави XVIII ЗОБС прописана су полицијска овлашћења под називом посебне мере и овлашћења и то: 1) искључење возача из саобраћаја; 2) задржавање возача; 3) упућивање возача на контролни лекарски преглед; 4) утврђивање присуства алкохола и/или психоактивних супстанци код учесника у саобраћају; 5) заустављање, односно упућивање ради заустављања возила на безбедном месту или укључивања на пут за ту врсту или категорију возила; 6) искључење возила из саобраћаја; 7) налагање мера ради отклањања, односно спречавања настанка опасности на путу; 8) снимање саобраћаја и учесника у саобраћају коришћењем одговарајућих средстава као и документовање прекршаја и других деликта у саобраћају; 9) привремено одузимање предмета прекршаја; 10) одузимање обрасца стране возачке дозволе; 11) упућивање на контролни технички преглед возила; 12) уклањање, односно премештање возила, као и постављање уређаја којима се спречава одвожење возила и 13) мерење осовинског оптерећења возила и укупне масе возила.[26]

Већина посебних мера и овлашћења имају репресивни карактер и предузимају се уколико постоји сумња, односно недвосмислено је утврђено да се одређено лице не придржава правила саобраћаја. С друге стране, премештање возила и налагање мера ради отклањања, односно спречавања настанка опасности на путу имају превентивни карактер и ради спречавања настанка појава које могу негативно утицати на безбедност саобраћаја на путевима. На крају, поједине мере и овлашћења могу имати превентивно-репресивни карактер у зависности од стадијума поступка у ком се предузимају (привремено одузимање обрасца стране возачке дозволе, снимање саобраћаја, упућивање на контролни технички преглед возила).

Све набројане посебне мере и овлашћења (13) могу да предузимају полицијски службеници, док мерење осовинског оптерећења возила и укупне масе возила могу да примењују овлашћена лица министарства саобраћаја. Уклањање, премештање возила и постављање уређаја којима се спречава одвожење возила може се поверити овлашћеном правном лицу или предузетнику којем је актом надлежног државног органа поверена делатност организације функционисања, управљања и одржавања јавних

[25] „Сл. гласник РС“, бр. 41/09, 53/10, 101/11, 32/13 - одлука УС, 55/14, 96/15 - др. закон и 9/16 - одлука УС.

[26] *Ibid.*

паркиралишта. Посебне мере и овлашћења према војним учесницима у саобраћаја уређене су интерним актом министра одбране.

Анализом посебних мера и овлашћења можемо уочити да такође постоји „преплитање“ са ЗКП, ЗП и ЗОП с тим да су посебне мере и овлашћења из ЗОБС усмерене искључиво на учеснике у саобраћају. Предлог *de lege ferenda* је да се и у овом случају изврши „кодификација“ и да полицијска овлашћења буду прописана једнобразно.

5. ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ДРЖАВНЕ ГРАНИЦЕ

Закон о заштити државне границе (ЗЗДГ) је пропис који овлашћује припаднике полиције да при обављању послова заштите државне границе примењују полицијска овлашћења, као и следеће мере и радње: 1) увид у путне или друге исправе прописане за прелазак државне granисе; 2) провера и утврђивање идентитета лица; 3) узимање отисака прстију и длано-ва лица и других биометријских података; 4) провера испуњавања услове за улазак у, односно излазак из РС; 5) овера и попуна исправе за прелазак државне границе; 6) провера сврхе путовања лица; 7) преглед и претресање лица, ако на други начин није могуће обавити контролу лица; 8) задржавање лица у времену које је неопходно за вршење контроле и обезбеђује правилно, несметано и брзо одвијање контроле; 9) увид у ствари и предмете које лица носе са собом или у превозном средству и преглед ствари и предмета; 10) преглед превозног средства и проверу кроз прописане евиденције; 11) пре-трес превозног средства (растављање превозног средства); 12) постављање и коришћење техничких средстава, коришћење службеног пса и постављање препрека којима се онемогућава незаконито прелажење државне границе.[27]

Како овлашћења из ЗЗДГ могу задирати и ограничити поједина права и слободе грађана, то су прописана одређена ограничења. Полицијски службеник може примењивати само она овлашћења, мере и радње којима се може остварити законити циљ при обављању послова заштите државне границе. И даље од тога, не сме проузроковати штету која би била несразмерна са циљем ради кога је одређена радња предузета. Полицијски службеник је у обавези да примењује овлашћења, мере и радње док не постигне циљ, односно до тренутка док не утврди да се предузетом радњом или наложеном мером циљ не може постићи.[28]

Као и код осталих закона и овде се уочава одређено преклапање у прописивању са ЗКП, ЗП и ЗОП. То се нарочито уочава код прегледа и

[27] „Сл. гласник РС“, бр. 97/08 и 20/15 - др. закон.
[28] *Op. cit.*, чл. 7.

претреса превозног средства, провере и утврђивања идентитета, узимања отисака прстију и др. У наредном периоду најављене су значајне измене и допуне овог прописа како би се ускладио са тековинама и добром праксом ЕУ, што треба искористити за „кодификацију“ полицијских овлашћења на један од предложених начина.

6. ПРОПИСИ ИЗ ОБЛАСТИ ОРУЖЈА, МУНИЦИЈЕ И ПРИВАТНЕ БЕЗБЕДНОСТИ

Закон о оружју и муницији (ЗОМ)[29] и сродни прописи из ове области правно регулишу питања набавке, држања, ношења и трансфера оружја и муниције. У овој материји полиција и њени припадници имају инхерентну надлежност у погледу појединих полицијских овлашћења која нису класичног полицијског оперативног типа, већ су у питању овлашћења и послови у функцији контроле и надзора веома осетљиве области ватреног оружја и муниције.

Приватна безбедност је област која је скоро две деценије била у правном интеregнуму након распада заједничке државе и престанка важења прописа из области физичко-техничког обезбеђења имовине, лица и пословања.[30] Крајем 2013. године усвојени су **Закон о приватном обезбеђењу** (ЗПО)[31] и **Закон о детективској делатности** (ЗДД)[32] у складу са препорукама СЕ и ЕУ, на који начин је важна област приватне безбедности добила „матичне“ прописе. Такође, у овој области полиција и њени припадници имају надлежност у погледу појединих полицијских овлашћења која нису класичног полицијског оперативног типа, већ су као горе у питању послови и овлашћења која се односе на контролу, надзор и едукацију субјеката приватне безбедности.

Извршавање послова утврђених прописима о оружју, приватном обезбеђењу и детективској делатности обухвата један полицијски посао, а подразумева примену поменута три различита законска прописа. Према мишљењу аутора искључиво вршење *безбедносно оперативних провера* је суштински полицијски посао у овим областима, док су послови лиценцирања и надзора *de facto* управно-надзорни и не припадају овој категорији у изворном смислу. *Надзор* над применом ЗОМ врши МУП чија су службена лица овлашћена да прегледају опште акте и пословне књиге, евиденције, просторије у којима се чува оружје, као и само оружје. У том контексту припадници

[29] „Сл. гласник РС“, бр. 20/15.
[30] Више: Г. Павловић, Ж. Никач, *Право приватне безбедности*, КПА, Београд, 2012.
[31] „Сл. гласник РС“, бр. 104/13 и 42/15.
[32] „Сл. гласник РС“, бр. 104/13.

полиције су даље овлашћени да траже обавештења, налажу мере у циљу примене прописа, воде управни поступак, подносе прекршајне и кривичне пријаве и предузимају све радње проистекле из ових поступака, у складу са законом. Из овога се може видети да је у питању управна улога МУП која није од проворазредног безбедносног значаја, јер су у питању послови који су по својој природи управно-надзорни.[33] Мишљења смо да је оправдана интенција законодавца и овлашћених предлагача да се област ватреног оружја, као опасан предмет по живот и безбедност грађана, комплетно уврсти у полицијске послове.[34]

МУП врши надзор над применом ЗПО и ЗДД где су службена лица, поред овлашћења на предузимање радњи утврђених законом којим се уређује инспекција, овлашћена да проверавају начин чувања и ношење ватреног оружја, психофизичку способност и оспособљеност службеника обезбеђења и детектива за руковање оружјем. Даље су овлашћена да у законом предвиђеним случајевима правном лицу и предузетнику који имају лиценцу за вршење послова приватног обезбеђења - детективске делатности привремено забране обављање делатности, а да службенику обезбеђења - детективу привремено забране вршење послова приватног обезбеђења - детективске делатности. Такође, могу да упуте лице на лекарски преглед ако се оправдано посумња да више не испуњава психофизичке услове за вршење послова и да, по потреби, спроводе и друге радње којима се остварује непосредан и ненајављен увид у вршење послова приватног обезбеђења односно детективске делатности.[35] Као и код послова оружја из оваквог тумачења може се закључити да су у питању управна овлашћења МУП која немају проворазредни безбедносни значај, јер су исти послови по својој природи управно-надзорни. Међутим, законодавац је имао на уму да се кроз поменуте делатности могу створити "приватне војске" као врста парамилитарних снага па је из тих разлога сасвим оправдано надзор поверио полицији.[36]

Поред већ набројаних вредно је поменути и да закони којима се уређује заштита учесника у кривичном поступку, извршење и обезбеђење, јавни ред и мир, окупљање грађања и насиље у спорту садрже неке одредбе о овлашћењима полиције, али то није у тој мери детаљно уређено или је у питању дуализам у односу на поменуте прописе.

---

[33] Бранко Лештанин, *Практикум за примену Закона о оружју и муницији с прилозима*, Службени гласник, Београд, 2016, 30.

[34] *Op. cit.*, у нап. 4, 69.

[35] *Op. cit.*,.у нап. 34, чл.70-74 и нап. 35 чл. 22-25.

[36] *Op. cit.*, у нап.4, 70.

7. ЗАКЉУЧАК

У раду је извршена анализа актуелног легислативног оквира који се односи на полицијска овлашћења, мере и радње које предузима полиција и њени припадници као лица за примену закона. Анализа је извршена посебно са становишта поштовања и заштите људских права и грађанских слобода јер полицијска овлашћења и поступања полиције на својеврсни начин задиру у ове универзалне категорије и могу врло лако довести до одређеног ограничења.

Искуства из прошлости и појединачни примери прекорачења полицијских овлашћења разлог су више да се питању полицијских овлашћења приступи на посебан начин. Такође, према савременом схватању полиција је конципирана као организација која је сервис грађана којима служи и које све подједнако штити.[37] Управо су полицијска овлашћења основни алат за обављање поверених послова у интересу грађана и на добробит заједнице, на законит начин те уз пуну контролу и надзор над радом полиције.

Имајући у виду поднету апликацију Републике Србије за пријем у ЕУ, МУП РС као овлашћени предлагач законских прописа треба озбиљно да приступи изради правних аката који су апсолутно хармонизовани са нормама и добром праксом ЕУ у овој области. Исто тако, треба водити рачуна и о усклађивању са прописима држава региона ради јединствене правне квалификације и третмана преступника у области кривичне и прекршајне одговорности.

Анализом кривичноправног и полицијскоправног оквира полицијских овлашћења уочено је како *de facto* тако и *de iure* постоје одређена преклапања законских решења која се морају отклонити уколико се жели остварити правна прецизност у њиховом уређивању. Полицијска овлашћења су најважнији *software* за рад полиције посебно у области превенције криминала, стога, није прихватљив никакав правни дуализам правних решења у овој области. У том смислу аутори су предложили два могућа решења која подразмевају брисање одређених норми и њихов „кодификацију“. Постоји могућности и да се једним подзаконским актом (правилником), чија би примена садржала неколико основа за доношења, ближе уредила полицијска овлашћења као што је било урађено до 2007. године.

[37] Више: De Rover C, „To Serve and To Protect“, *Human Rights and Humanitarian Law for Police and Security Forces*, ICRC-Geneva, 1998, репринт издање МКЦК - Канцеларија Београд, 2005.

Мишљења смо да су вредна пажње решења земаља ЕУ и држава у окружењу које су усвојиле посебне прописе о полицији и прописе о полицијским овлашћењима, што је једна од могућих солуција у отклањању дуализма норми у важној области рада полиције.

У сваком случају, предстоји нам кодификација примарних и секундарних норми полицијског права како би се избегле потенцијалне последице по права и слободе грађана те отклониле евентуалне правне недоумице.

Vanda BOŽIĆ, LL.D.
Scientific Associate, Department of Criminal law, Faculty of Law
University of Zagreb,
Željko NIKAČ, Ph.D
Full Professor, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade
Branko LEŠTANIN, MA
Police officer Ministry of Interior, Republic of Serbia

CRIMINAL LAW FRAMEWORK FOR TREATMENT AND USE OF POLICE POWERS

Summary

The authors deal with research topics ongoing police application authority in the light of police conduct in the exercise of delegated affairs, to the protection of human rights and the rule of law in democratic society. Police treatment involves the use of a set of law in different areas of social life. First are the norm criminal and administrative law, regulations in the field police law, traffic safety, security of the state border and regulations in the area of procurement, possession and carrying of weapons and ammunition in the Republic of Serbia. Throughout the criminal justice and security aspects police powers authors have tried to respond to the application norms sometimes intertwined in practice and how to avoid or solve problems in implementation. In the final part of the paper are suggests *de lege ferenda* to improve the legislative framework and propose measures aimed at improving the legal use of police powers, the protection of human rights and civil liberties.

Key words: *criminal law, police affairs and police powers, the rule of law, Serbia, EU*

ЛИТЕРАТУРА

1. Божић В, *Сузбијање организираног криминалитета у свијетлу позитивног казненог законодавства РХ*, Институт за упоредно право, Зборник радова, Вршац, 2016, стр.285-300.
2. Божић В, Никач Ж, *Crumunal uncrumunatuons based on the UN Conventuon against transnational organized crime in the crimunal legislation of the Republic of Croatia and Serbia*, Conference Proceedings, Faculty of Security, Skopje, 2016.
3. De Rover C, *To Serve and To Protect*, Human Rights and Humanitarian Law for Police and Security Forces, ICRC-Geneva, 1998, репринт издање МКЦК-Канцеларија Београд 2005.
4. Ђорђевић Ђ, *Прекршајно право (с основама Привреднопреступног права)*, IV издање, КПА, Београд, 2013.
5. Лештанин Б, Никач Ж, *Коментар Закона о полицији,* Пословни биро, Београд, 2016;
6. Лештанин Б, *Практикум за примену Закона о оружју и муницији с прилозима,* Службени гласник, Београд, 2016;
7. Никач Ж, *Полиција у заједници*, КПА, Београд, 2015
8. Павловић Г, Никач Ж, *Право приватне безбедности*, КПА, Београд, 2012
9. Шкулић М, *Организовани криминалитет: појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак,* Службени гласник, Београд, 2015.
10. Закон о безбедности саобраћаја на путевима, "Сл. гласник РС", бр. 41/09, 53/10, 101/11, 32/13-одлука УС, 55/14, 96/15-др. закон и 9/16-одлука УС;
11. Закон о детективској делатности, „Сл. гласник РС“ бр. 104/13;
12. Закон о заштити државне границе, "Сл. гласник", бр. 97/08 и 20/15-др. закон;
13. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично правној заштити малолетних лица, „Сл. гласник РС“, бр. 85/05;
14. Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела,"Службени гласник РС", бр. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04-др. закон, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11-др. закон, 101/11-др. закон и 32/13;
15. Закон о оружју и муницији, "Сл. гласник РС" бр. 20/15;
16. Закон о полицији, „Сл. гласник РС“, бр. 6/16;
17. Закон о прекршајима, "Сл. гласник РС", бр. 65/13, 13/16 и 98/16-одлука УС;
18. Закон о приватном обезбеђењу, „Сл. гласник РС“, бр. 104/13 и 42/15;
19. Закон о спречавању насиља у породици, „Сл. гласник РС“, бр. 94/16;
20. Законик о кривичном поступку, "Сл. гласник РС", бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

УПУТСТВО АУТОРИМА

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Рукопис рада мора бити компјутерски обрађен коришћењем програма **WORD**, на формату странице **A4**, у фонту **Times New Roman** (величина фонта **12pt**, размак између редова **1,5**), писан на **српском** језику, ћириличним писмом (**Serbian, Cyrillic Serbia**). Уколико је рад писан на неком од страних језика у широј употреби у међународној комуникацији, потребно је да садржи резиме и кључне речи на српском језику и писму.

Обим рада је **један ауторски табак**, који, према претходним упутствима износи **до 16 страна** компјутерски обрађеног текста, са 28 редова и 66 знакова у реду.

Рад се предаје у електронском облику и подлеже обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

2. ФОРМА И СТРУКТУРА

У горњем левом углу, пре наслова рада**,** наводе се **подаци о аутору** (ауторима): **академска титула, име и презиме, звање, афилијација** (у фусноти и електронска адреса). Ови подаци се достављају и на енглеском језику, уз резиме.

НАСЛОВ рада се пише на **средини**, великим словима, **фонт 14**, након чега следе **апстракт** обима до 20 редова и **кључне речи** (максимум пет).

ПОДНАСЛОВИ се пишу на **средини,** великим словима, **фонт 12**, и **нумеришу се арапским бројевима**. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: **1.1. малим обичним** словима, фонт 12, **1.1.1. –** малим ***италик*** словима, фонт 12, итд.

Након **интегралног текста рада,** следе резиме (**Summary**) обима до једне стране, са подациома о аутору, насловом рада и кључним речима на енглеском језику, као и **попис коришћене литературе** (редослед: азбучни ред према почетном слову презимена аутора).

3. ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

3.1. Књиге

Књиге се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив (*италик*), место издања, година издања (курентом – обично). **Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.** Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр. и слично). Уколико се наводи и издавач, пише се курентом пре места издања. Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример (прво цитирање):

Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2010, 254;

Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010, 254.

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2010, 265, фн. 22.

Уколико се у раду цитира текст одређеног аутора, **код поновљеног цитирања** тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи ознака ***op. cit*** и број стране.

Пример (наредно цитирање): З. Стојановић, *op. cit.*, 265.

Уколико се цитира **више радова истог аутора**, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају ћирилична слова а, б, в, г, итд., после чега следи само број стране.

Пример (наредно цитирање): З. Стојановић (2010), 265; З. Стојановић (2010а), 222; З. Стојановић (2010б), 223.

Уколико постоји **више аутора** књиге или чланка (**до три**) раздвајају се зарезом.

Пример: Слободанка Константиновић-Вилић, Весна Николић-Ристановић, Миомира Костић, *Криминологија*, Прометеј, Београд, 2010;

Пример (наредно цитирање): С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op. cit.*, 56; или С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, (2010а), 56.

Уколико се цитира књига (чланак) са **више од три аутора**, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице ***et al***.

Пример: Marcelo F. Aebi *et al*., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics,* Fifth Edition, HEUNI, Den Haag, 2010.;

Пример (наредно цитирање): M. F. Aebi *et al*., (2010), 254.

Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница Ibid, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора): ***Ibid.***

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница Ibid, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају; ***Ibid,* 69.**

3.2. Чланци

Чланци се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив часописа (*италик*), број и годиште, место и година издања, број стране (све курентом - обично). **Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.**

Пример: Слободан Перовић, „Право на слободу и природно право“, *Правни живот*, бр. 7-8, Београд, 2004, 9.

Пример: В. Михајловић, „Законодавство као основна функција и услов постојања и деловања парламента као представничке институције власти“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, Косовска Митровица, 2014, 65.

3.3. Правни прописи

Прописи се наводе пуним називом, потом се **под наводницима** наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања. Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати. Уколико је било измена и допуна прописа, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

3.4. Судске одлуке

Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

3.5. Интернет извори

Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице и датум приступа страници.

Пример: Recommendation No. R (99)4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning The Legal Protection Of Incapable Adults, http://www.coe.int/t/dg3/ healthbioethic/texts_and_documents/ Rec(99)4E.pdf, приступ: 15. децембар 2015. године

3.6. Скраћенице

За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“ Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач.

CIP - Каталогизација у публикацији -
Народна библиотека Србије, Београд

341(082)
340.137(082)

НАУЧНИ скуп са међународним учешћем Национално и међународно право - актуелна питања и теме (2017 ; Приштина [тј.] Косовска Митровица)
Зборник радова "Национално и међународно право - актуелна питања и теме" = Collection of Papers "Nnational and International Law - Current Issues and Topics". Том 1 / [главни и одговорни уредник Олга Јовић-Прлаиновић]. - Приштина [тј.] Косовска Митровица : Правни факултет Универзитета, 2017 (Краљево : Кварк). - IX, 486 стр. ; 25 cm

"Научни скуп са међународним учешћем одржан је 26. маја 2017. године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици" --> насл. стр. - Тираж 100. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад.

ISBN 978-86-6083-047-2
1. Јовић-Прлаиновић, Олга [главни и одговорни уредник]
a) Међународно право - Зборници b) Право - Хармонизација - Зборници
COBISS.SR-ID 234647052