



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Мирко Васиљевић, Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део) -----	5
Миодраг Мајић, Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (I део) -----	25
Драган М. Митровић, О научности неколико савремених мултидисциплинарних правних теорија -----	54
Весна Бесаровић, Примена комунитарног права конкуренције на права интелектуалне својине -----	77
Ранко Орлић, Пословна етика између опште етике и пословне праксе -----	98
Бранко М. Ракић, Фрагментација међународног права и европско право – на Западу нешто ново -----	122
Сања Ђајић, Напомене о естопелу у међународном праву -----	148
Угљеша Грушић, Рим II уредба (регулатива) Европске уније: меродавно право за вануговорне обавезе -----	166

ПРИЛОЗИ

Зоран Радивојевић, Нова институционална реформа Европске уније -----	191
Стеван Лилић, Мирјана Дреновак, Управна и управно-судска заштита права на учешће јавности у стварима од значаја за животну средину у Србији -----	217

Драган Новаковић, Устројеније духовних власти Књажества сербскога из 1847. године – други закон о православној цркви у Србији -----	232
Вељко Влашковић, Право на заштиту од насиља у породици као субјективно грађанско право -----	249
АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВСТВА	
Дејан Ђурђевић, Актуелна реформа наследног права у Црној Гори -----	265
Танасије Маринковић, О уставности општег реизбора судија -----	283
ПРИКАЗИ	
William J. Baumol, Robert E. Litan, Carl J. Schramm, <i>Good Capitalism, Bad Capitalism, and the Economics of Growth and Prosperity</i> , Yale University Press, New Haven – London 2007, стр. 321 (Борис Беговић) -----	292
Игор Приморац, <i>Етика и секс</i> (с енглеског превела Ивана Ивковић), ЈП „Службени гласник“, Београд 2007, стр. 255 (Милош Здравковић) -----	296
Жан Прадел, <i>Историјат кривичних доктрина</i> , Правни факултет Универзитета у Београду, едиција <i>Crimen</i> , Београд 2008, стр. 96 (Наталија Лукић) -----	302
СТУДЕНТСКИ РАДОВИ	
Стојан Мићовић, Ирационална доказна средства -----	307
НЕКРОЛОЗИ	
Горан П. Илић, <i>Ђорђе Лазин (1951–2009)</i> -----	329
Драган М. Митровић, <i>Sir Donald Neil Maccormick (1941–2009)</i> -----	332
Упутство за ауторе -----	336

Др Мирко Васиљевић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

КОРПОРАТИВНО УПРАВЉАЊЕ И АГЕНЦИЈСКИ ПРОБЛЕМИ (I део)

У овом раду аутор се бави проблемима корпоративног управљања у ужем смислу речи (управљање компанијама – корпорацијама) означеним у теорији појмом „агенцијски проблеми“. На теоријском нивоу издвојила су се три таква проблема: први, сукоб интереса акционара и управе компаније (присутан у условима дисперзованог акционарства); други, сукоб интереса већинског и мањинских акционара (присутан посебно у условима постојања концентрисаног акционарства); и трећи, сукоб интереса акционара, односно акционарског друштва и других конститутивних интереса (поверилаца, запослених, управе, државе, локалне заједнице, потрошача). Трећи агенцијски проблем корпоративног управљања своди се, у основи, на питање друштвене одговорности компаније. Иако се у теорији често оспорава постојање такве одговорности као правног појма, аутор сматра да он постоји не само у моралном смислу, већ управо и као правна обавеза. Аутор посебно анализира стратегију правне регулативе и бројних института компанијског, уговорног, стечајног и берзанског права у решавању сва три проблема корпоративног управљања.

Кључне речи: *Корпоративно управљање.– Агенцијски проблеми.– Друштвена одговорност компанија.– Управа друштва.– Интерес компаније.– Компанијско право.– Конститутивни интереси.*

1. ТРИ АГЕНЦИЈСКА ПРОБЛЕМА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА

Појам и својеврсни „покрет“ корпоративног управљања у ужем смислу (управљање компанијама – корпорацијама), а не у ширем смислу речи (управљање глобализованим светом од стране мултинационалних компанија), постао је нека врста новог симбола посустале

економије. Његовим адекватним решавањем треба да се нађу одговори на бројна отворена питања унапређења ефикасности и конкурентности компанија (корпорација). Овај тренд, лансиран крајем прошлог и почетком овог века, треба да замени догму приватизације, која је доминирала економском, политичком и правном сценом посебно током последње декаде прошлог века, а који је у основи имао исти циљ. Филозофија корпоративног (корпорацијског) управљања постала је светска тема из два разлога. Прво, мултинационалне компаније сада мање-више постоје у свим државама и оне имају потребу за „хармонизацијом“ бројних института овог феномена, независно од места свог седишта или места пословања. Други је разлог спецификум финансијских тржишта и котације мултинационалних и других компанија на водећим светским берзама. Оба ова феномена чине бројне проблеме из ове сфере универзалним и траже што препознатљивије и јединственије одговоре.

Феномен корпоративног (корпорацијског) управљања, бар у свом првом аспекту, у основи постоји само у правном окружењу одвојеног власништва (својине) од управљања и посебно у условима његове велике дисперзије (постојање великог броја ситних акционара који у збиру имају одговарајућу акционарску контролу управљања). Отуда се суштина овог феномена своди на питање како власници (акционари) да контролишу управу друштва (управни одбор и извршни директори – менаџери), која по правилу није власник (акционар) или је то у недовољној мери са становишта акционарске контроле. Ово је редовно присутно код великих друштава (по правилу акционарска друштва). Овакав проблем се у основи не јавља код власнички вођених компанија, где нема раздвајања професионалне управе од власника, што су по правилу мала и средња трговачка (привредна) друштва (друштва лица и често друштва с ограниченом одговорношћу). Ово је у основи доминантна константа кад је, дакле, реч о тзв. првом проблему корпоративног управљања (сукоб интереса власника и управе друштва). Но, и код овог проблема корпоративног управљања, мала и средња друштва, ако већ немају потребу за одговарајућом стратегијом регулативе у креацији бројних института корпоративног управљања који унапређују стратегију управљања са циљем лакшег превазилажења овог проблема, што је потреба великих друштава, она ипак имају потребу за стратегијом регулативе која унапређује захтеве флексибилног корпоративног управљања (доминација уговорне воље над законским империјумом). Код остала два у теорији идентификована проблема корпоративног управљања (други: сукоб интереса мањинских и већинских-контролних власника и, трећи: сукоб интереса трговачког друштва, односно његових (су)власника и

осталих могућих конститутивних интереса – ризика), проблематика је у основи јединствена код свих трговачких друштава, било да су у питању мала, средња или велика.

Сва три проблема корпоративног управљања позната су у теорији (посебно економској) као *тзв. агенцијски проблеми корпоративног управљања*, с обзиром на то да су компаније (корпорације) правна лица и да се њихово иступање у правном промету одвија кроз феномен заступања (агентура).¹

У првом случају – сукоба интереса (су)власника и управе, (су)власници су у позицији принципала, док је управа друштва у позицији агента (заступника), који по законској дефиницији ради (треба да ради) у име и за рачун принципала. У овом односу управа друштва је у фактичкој предности због феномена *информационе асиметрије* (агент-управа, која увек поседује више релевантних информација од акционара-принципала).² Овај агенцијски проблем посебно је изражен у англосаксонској пракси где доминира систем дисперзованог акционарства.³

У другом случају – сукоба интереса већинских-контролних акционара и мањинских акционара, мањински акционари су у позицији принципала, док су већински-контролни акционари у позицији агента (заступника), који по законској дефиницији треба да штите интересе принципала (да при доношењу пословних одлука раде и у њи-

¹ „Проблем како лице А може да мотивише лице Б да ради у корист лица А, а не да следи сопствени интерес“ је дефиниција агенцијског проблема у Оксфордском економском речнику. Вид. *Корпоративно управљање-приручник*, IFC, Београд 2007, 27 фн. 2. У овом тексту се појам заступање (одн. заступник) користи у ширем смислу, као англосаксонско *agency*, а не у ужем, континентално-правном значењу.

² Више вид. R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, E. Rock, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford 2004, 21. О својеврсном опортунистичком понашању управе у извршавању агентске функције говори и А. Јовановић, *Увод у економску анализу права*, Београд 1998, 128–129.

³ Структура власништва великих компанија у свету изгледа овако: у САД је 80% корпорација у власништву дисперзованих акционара, а 20% је породичних; у Великој Британији је 100% компанија у власништву дисперзованих акционара; у Швајцарској је 60% компанија у власништву дисперзованих акционара, 30% је породичних, 5% је у власништву финансијских институција и 5% је остало; у Немачкој је 50% компанија у власништву дисперзованих акционара, 10% породичних, 25% државних и 15% у власништву финансијских институција; у Француској је 60% компанија у власништву дисперзованих акционара, 20% је породичних, 15% државних и 5% у власништву финансијских институција; у Италији је 20% компанија у власништву дисперзованих акционара, 15% породичних, 40% државних, 5% у власништву финансијских институција и 20% остало; у Аустрији је 5% компанија у власништву дисперзованих акционара, 15% породичних, 70% државних и 10% остало, вид. А. Bohrer, *Corporate Governance and Capital Market Transactions in Switzerland*, Schulthess 2005, 11–12.

хово име и за њихов рачун, с обзиром на то да имају фидуцијарну дужност према том друштву чији су акционари).

Најзад, у трећем случају – сукоба интереса компаније (корпорације) односно њених (су)власника и других евентуалних носилаца конститутивних интереса (ризика) у њој, позицију принципала имају ти други конститутивни интереси (ризичи), док позицију агента (заступника интереса принципала) има сама компанија (корпорација), односно њени (су)власници. Од стратегије регулативе у решавању овог трећег агенцијског проблема корпоративног управљања зависи одговор на питање постоји ли или не *тзв. друштвена одговорност компанија* (корпорација), односно постоји ли или не *тзв. морални капитализам*.

2. СТРАТЕГИЈА РЕГУЛАТИВЕ У РЕШАВАЊУ ПРВОГ ПРОБЛЕМА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА (АКЦИОНАРИ-УПРАВА)

2.1. Уопште о стратегији регулативе

Први проблем корпоративног управљања карактеристичан је за феномен дисперзованог акционарства, где акционари имају мали проценат капитал учешћа и немају реалну гласачку моћ и могућност ефективне контроле над радом управе. Стога је за сваког акционара „природна позиција слепог путника (*free rider*), у којој он очекује од других власника – акционара одговарајући позитиван утицај на менаџмент у правцу ефикасности, од чега би и он сам профитирао без труда и трошка, а пошто је власништво дисперзовано, то се сви власници понашају на исти начин – пасивно ишчекују да посао обави неко други“.⁴ Дисперзовано акционарство редовно прати и феномен *тзв. информационе асиметрије*, што чини отежаним први агенцијски проблем у смислу реалне стратегије регулативе ради унапређења феномена корпоративног управљања и његовог решавања. Ипак, задатак регулативе је управо да кроз низ правних института заштити позицију принципала (акционара) и да „отуђење“ управе чини толерантним. За ове потребе посебно су важна одређења регулативе око следећих правних института: 1) избор и разрешење управе (статусна стратегија), 2) расподела корпоративних овлашћења (стратегичка овлашћења), 3) награде и накнаде (стратегичка интереса), 4) дужности и одговорности (стратегичка принуде), 5) надзор (стратегичка контроле), 6) преузимање (стратегичка афилијације), 7) посебна права акционара (стратегичка посебних права).

⁴ Б. Беговић *et al.*, *Унапређење корпоративног управљања*, Београд 2003, 15.

2.2. Статусна стратегија

Статусна стратегија решавања првог агенцијског проблема корпоративног управљања има своју превентивну и репресивну димензију.

Превентивни део ове стратегије, ако је успео, може предупредити постојање овог агенцијског проблема. Реч је наиме, прво, о прецизном утврђивању услова за избор чланова управе на аутономној основи. Они могу бити гаранција да захваљујући адекватном избору (стручност, способност, искуство, резултати, рејтинг) до овог агенцијског проблема неће ни доћи. Акционари морају бити активно инволвирани у овај процес: најпре, кроз утврђивање услова за избор, затим, кроз предлагање кандидата (било директно, било, што је модерни тренд, кроз професионализацију ове функције увођењем специјализованог комитета за именовања, који на основу утврђених критеријума селекционише и предлаже одговарајуће кандидате).

Репресивни део ове стратегије обухвата систем разрешења чланова управе од стране скупштине акционарског друштва, што као константна претња треба да их „дисциплинује“ и учини одговорним акционарима. Уколико је, при том, законодавство изабрало систем разрешења чланова управе без обзира на постојање ваљаног (озбиљног) разлога (разрешење *ad nutum*),⁵ као што је то случај са нашим Законом о привредним друштвима,⁶ онда је реч о опцији која је на линији ефикасног решавања овог проблема и ефикасне заштите интереса акционара (основ је губитак поверења и процена скупштине акционарског друштва да је то „најбољи интерес друштва“, с обзиром на то да је реч о мандатном односу по својој правној природи). Додатно, овом ефикасном систему треба да допринесу и неки други пратећи институти аутономне регулативе: 1) незахтевање квалификоване већине за разрешење, 2) непостојање индиректне заштите кроз имовинска права утврђена уговором која су објективна сметња, посебно у случају дужег мандата (висока отпремнина – „златни падобран“, „дијамантски падобран“), 3) утврђена могућност директног разрешења управе од стране скупштине друштва у дводомним системима управе и слично.⁷

⁵ Више вид. М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд 2007, 218–220.

⁶ Чл. 327 Закона о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

⁷ У овом смислу одређена унапређујућа решења садржи српски Кодекс корпоративног управљања – СККУ, *Службени гласник РС*, бр. 1/06 у чл. 14, 15, 18, 103–111.

2.3. Стратегија овлашћења

Стратегија расподеле корпоративних овлашћења, законом и аутономним актима друштва у складу са законом, једна је од значајних полуга решавања првог агенцијског проблема корпоративног управљања, углавном на превентивној основи. Компанијски закони, наиме, расподелу корпоративних овлашћења врше полазећи од значаја предметних питања. У сваком случају, чини се да модерна регулатива има тренд јачања овлашћења скупштине акционарског друштва (коју уместо неуких акционара све више чине професионални инвеститори), чиме индиректно признаје постојање овог агенцијског проблема и потребе његовог решавања, између осталог, и на овој основи („васкрс скупштине акционарског друштва“). Законодавна техника, при том, је вишеслојна и даје простора аутономној регулативи да, полазећи од специфичности сваког конкретног друштва (броја акционара, степена дисперзије, квалитета акционара – професионални инвеститори и/или грађани, страни и/или домаћи акционари, итд.) изврши, у складу са законским овлашћењем, адекватну расподелу корпоративних овлашћења, имајући у виду и потребе решавања овог проблема, али и потребе избегавања сукоба интереса у корпоративном одлучивању и потребе ефикасног одлучивања.

Одговорност како закона, тако и аутономне регулативе, у овом погледу је изузетна, с обзиром на то да је еквилибријум интереса тешко постићи, те се мора дати предност једном интересу (на пример, ефикасном одлучивању), што може угрозити други интерес (на пример, коришћење ове стратегије за ефикасан надзор акционара над управом). У сваком случају, компанијски закони полазећи од потребе ефикасног надзора акционара над управом утврђују *апсолутни империјум скупштине друштва* у одређеним корпоративним овлашћењима (оснивачки акт и његове промене, статусне промене, промене правне форме, престанак друштва, избор и разрешење управе у једнодомном моделу или надзорног одбора у дводомном моделу управе, политика награда и накнада управи, избор ревизора, усвајање финансијских извештаја, претходна или накнадна сагласност на уговоре чланова управе са друштвом о накнадама за рад или на предложене мере одбране од преузимања, итд.).⁸ С друге стране, полазећи од потребе ефикасног одлучивања утврђује се и *апсолутни империјум управе* (орган управљања друштвом и орган предлагања корпоративних одлука које доноси скупштина).⁹ Свесни да овакав апстрактни прилаз може бити сметња развоју добре корпоративне праксе, компанијски закони често препуштају одговорност аутономној регулативи,

⁸ ЗОПД, чл. 290 и 325 ст. 4–6; Закон о преузимању акционарских друштава – ЗПАД, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, чл. 38, ст. 3–4.

⁹ ЗОПД, чл. 313.

овлашћујући је да, зависно од тога коме ће интересу дати предност (ефикасност одлучивања или потреба надзора скупштине друштва над управом), одреде конкретну корпоративну надлежност у случајевима алтернативно утврђеног режима надлежности од стране законодавца (расподела добити и покриће губитака, емисија акција код овлашћеног капитала, емисија заменљивих обвезница, емисија обвезница или вараната, итд.).

2.4. Стратегија интереса

Једна од важних стратегија регулативе за решавање проблема корпоративног управљања је стратегија омогућавања изједначења интереса акционара и интереса управе. У овом смислу, на накнаде и награде чланова управе се покушава гледати не као на својеврсни проблем корпоративног управљања, већ као на инструмент решења тог проблема. Економска логика, наиме, говори да је тешко очекивати да управа као агент ради за остварење интереса акционара ако за то нема лични интерес. Дакле, управа друштва мора имати лични интерес да ради за „туђи интерес“, тј. интерес акционара, односно акционарског друштва. У том смислу развија се теза о изједначењу интереса управе и акционара, на основу мотивације управе да размишља као акционар.¹⁰

Оптималан начин изједначавања интереса чланова управе акционарског друштва и интереса акционара је диверсификација варијабилних форми награда чланова управе и њихово везивање за добробит акционара (раст цена акција, добит друштва, раст перформанси друштва у односу на претходни период, раст степена конкурентности друштва итд.). Ипак, овај инструмент стратегије регулативе за решење првог проблема корпоративног управљања, у последње време показује низ својих слабости: прво, сукоб интереса (утврђивање конкретних елемената накнаде од стране саме управе и тиме практично долажење у позицију сукоба интереса, иако политику накнада и награда утврђује сама скупштина друштва); друго, недовољна транспарентност (јавност, прозирност) свих елемената накнаде и награде пред скупштином друштва; треће, везивање варијабилних елемената ових награда за успех друштва (компаније) проузрокује често неистините финансијске извештаје о пословању друштва. Све ово води увећању агенцијских трошкова друштва (повећане накнаде и награде члановима управе и извршним директорима) и даљим контроверзама око стварних ефеката овог механизма решавања првог агенцијског проблема корпоративног управљања.

¹⁰ Више вид. В. Cheffins, *Company Law – Theory, Structure and Operation*, Oxford 2004, 653–708; М. Васиљевић (2007), 189–191 и 198–201.

Размере овог проблема најбоље су видљиве у актуелној финансијској кризи глобалних размера, која се суочава са банкротом великог броја компанија најлибералнијих тржишта, чије управе имају на уговорној основи креирана права на огромне бонусе (варијабилне награде), као да је реч о најпрофитабилнијим друштвима. Разуме се да компанијска регулатива има одређене одговоре и на ове изазове: јача улога скупштине друштва у утврђивању варијабилних елемената накнаде управе; јача транспарентност ових елемената накнаде (обавезна ставка у годишњим финансијским извештајима); везивање варијабилних елемената награде управе за стварне показатеље успеха компаније а не фиктивне; јачање имовинске одговорности управе за штетне пословне одлуке и слично. Практична рањивост овог механизма стратегије регулативе за решавање првог проблема корпоративног управљања не значи и пледирање за његово напуштање. Напротив, реч је о потреби сагледавања његове комплексности и тражења ваљаних одговора регулативе и добре корпоративне праксе.

2.5. Стратегија принуде (дужности и одговорности)

Компанијска регулатива редовно прописује посебне дужности управе (пored конкретних), користећи одређене апстрактне правне стандарде. Истовремено, непоступање по тим стандардима санкционише се одређеним формама имовинске одговорности (пored статусне), што све заједно твори посебну стратегију чињења управе одговорном акционарима, која би се могла назвати стратегијом принуде. У такве правне стандарде дужности управе свакако спадају: 1) фидуцијарна дужност рада у интересу друштва у свим случајевима извршавања прописаних конкретних дужности, 2) дужност пажње (савесност, добар привредник) и 3) дужност лојалности друштву у случају постојања сукоба личног интереса члана управе (и/или интереса повезаних лица) са интересом друштва.¹¹

Стратегија принуде сама по себи представља редовно коришћен инструмент законодавца, са превентивним дејством (одвраћање) на „дисциплиновање“ управе у извршавању својих дужности, чиме се штите интереси принципала (акционара). Ипак, дoмети овог механизма нису тако значајни како би то било за очекивати. Разлози за то су вишеструки. Најпре, свака повреда дужности да би ангажовала одговорност (имовинску пре свега) управе мора као таква бити установљена у судском поступку, који сам по себи, посебно у земљама са неразвијеном и непредвидљивом судском праксом, представља неизвесност. Затим, ради се о правним стандардима, чије обликовање и конкретизацију у сваком поједином случају врше у покренутиm поступцима судови, који због њихове апстрактности имају приличну

¹¹ Више вид. М. Васиљевић (2007), 141–172 и 223–231.

дискрециону моћ, што већ није пожељно за добру корпоративну праксу и ефикасно решење овог агенцијског проблема овом стратегијом. Најзад, често је и отворено питање саме компетентности судова и судија, степена мешања у аутономност корпоративног одлучивања, значај фактора времена, значај трошкова поступка са непредвидљивим исходом. Све ово узрокује да се ова стратегија ретко користи кад је потребно да добије судску верификацију, тако да је њен ефекат више превентивни и психолошки (негативан рејтинг, пад рејтинга на корпоративном тржишту), што у садејству са другим елементарним стратегијама даје резултате.

2.6. Стратегија контроле

Смањивање апетита управе за „отуђивање“ од акционара и за неизвршавање уговорно преузетих обавеза (уз законске и претпостављене) регулатива чини и кроз посебну стратегију надзора (контроле): 1) директно од акционара, 2) преко изабраних органа или тела контроле – идиректна контрола акционара и 3) преко самоконтроле. Преко свих ових механизма превентивно се делује на сужавање простора за активирање другог агенцијског проблема, а у случају његовог појављивања, на ефикасније решавање.

Акционари контролишу управу директно вршењем својих посебних права, чија је функција, између осталог: прво, право информисања; друго, право увида у пословна документа друштва; треће, извршавањем обавеза друштва у вези с обавезом објаве одређених информација и битних догађаја од значаја за акционаре; четврто, остваривањем права присуства скупштини, права учешћа у расправи и права постављања питања; пето, остваривањем права гласа у скупштини (посебно у вези с усвајањем финансијских извештаја о пословању, извештаја управе и извештаја ревизора); шесто, преко акционарских тужби (индивидуалне, деривативне, тужбе за поништај корпоративних одлука).

Акционари контролишу идиректно управу преко изабраних органа и тела контроле: прво, преко надзорног одбора (у дводомној систему управе); друго, преко независних директора (који у једнодомној систему управе имају у неку руку функцију надзора осталих чланова управе коју у дводомној систему има надзорни одбор), који акционарима шаљу благовремене информације („сигнална лампица“) о пословном одлучивању и одлукама (што је значајно посебно код одлука у којима постоји сукоб интереса осталих чланова управе и извршних директора са друштвом); треће, преко спољног независног ревизора; четврто, преко посебног ревизора за одређене потребе (стручни повереник итд.).

Најзад, управа друштва може и сама прибећи аутоконтроли преко одређених тела и института: прво, избором интерног ревизора или одбора ревизора (чији чланови морају испуњавати услове који се траже за независног члана управе) и њиховим обавезним присуством скупштини друштва (ради комуникације с акционарима у смислу постављања питања и тражења објашњења); друго, преко обавезе подношења годишњег извештаја о корпоративном управљању; треће, преко изношења одређеног питања из сопствене надлежности на разматрање скупштини друштва.

2.7. Стратегија преузимања

Најзад, како искуство корпоративног управљања показује, чини се да је један од најефикаснијих механизма за решавање његовог првог агенцијског проблема стратегија преузимања. Наиме, потенцијална континуирана опасност од преузимања корпоративне контроле над акционарским друштвом од потенцијалног „нападача“ најчешће против воље управе (*hostile takeover*), путем поступка јавне понуде упућене акционарима друштва, који незадовољни перформансама друштва вођеног од постојеће управе продају своје акције преузимачу, након чега редовно следи „пробијање“ у друштво и замена постојеће управе, чини се да најефикасније делује на одговорност управе према акционарима. Јер, акционари који имају поверења у изабрану управу и који су задовољни њеним резултатима у вођењу друштва неће изаћи из друштва продајом својих акција „нападачу“, а изабрана управа, желећи да очува то поверење и плашећи се појаве „нападача“ и неизвесне реакције акционара (феномен „стампеда“), настоји да конкурентно, професионално и одговорно води послове друштва у „интересу друштва и акционара“.

Компанијска регулатива и регулатива тржишта преузимања која жели да афирмише ову стратегију у решавању првог проблема корпоративног управљања, у принципу, не дозвољава управи да предузима било које тзв. мере одбране акционарског друштва по сопственој вољи, јер се сматра да би то чинила у сопственом интересу (да након преузимања не би била смењена од преузимача и замењена новом управом), већ дозвољава управи да предузима само оне мере одбране које наложи скупштина акционарског друштва (јер се сматра да су само те мере у интересу акционара).¹² У ове сврхе служи и 1) развој института тзв. принудне продаје (давањем права преузимаоцу да принуди мањинске акционаре да му продају своје акције – *squeeze out* – „истискивање из друштва“, принудна експропријација – *право преузимаоца а обавеза мањинских акционара*); 2) олакшани

¹² Више В. Радовић, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Београд 2008.

поступак „пробијања“ преузимача у друштво након преузимања, практично без обзира на постојећа аутономна правила о промени оснивачког акта или статута или правила о замени постојећих органа друштва, 3) једногодишњи мандат чланова управе. Кад је реч о нашем Закону о преузимању акционарских друштава и Закону о привредним друштвима, може се рећи да су у том погледу они у потпуности на линији афирмације те законске стратегије за решавање овог агенцијског проблема корпоративног управљања.¹³

3. СТРАТЕГИЈА РЕГУЛАТИВЕ У РЕШАВАЊУ ДРУГОГ ПРОБЛЕМА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА (КОНТРОЛНИ-МАЊИНСКИ АКЦИОНАРИ)

3.1. Уопште о стратегији регулативе

За разлику од англосаксонске праксе дисперзованог акционарства, где је по логици ствари више изражен први агенцијски проблем сукоба интереса „слабих“ акционара и „јаке“ управе, у континенталној пракси доминације концентрисаног акционарства, први агенцијски проблем скоро да није изражен, пошто постоји идентификација интереса већинског акционара и управе. Али, овде постоји проблем рада управе у интересу већинског акционара (не у интересу друштва), што отвара сукоб с мањинским акционарима.¹⁴ Заштита права мањинских акционара, углавном императивним законским нормама, један је од основних циљева компанијске регулативе. Наглашен интерес за заштитом мањинских акционара имају посебно инвестициони фондови и други специјализовани фондови (приватни пензиони фондови, инвестиционе банке), који по правилу имају законска ограничења инвестирања у акције једног друштва, због потребе дисперзије ризика, те су као такви увек мањински акционари, који немају управљачки интерес пласмана у акције друштва, те стога имају наглашену потребу снажења других института своје заштите, како би бирали ову инвестициону алтернативу. Управо стога је унапређење института заштите мањинских акционара стално дежурна тема реформе компанијске регулативе. Такву заштиту не може обезбедити аутономна регулатива, јер је и њено доношење у рукама воље већинског акционара, те једино законска заштита императивним пу-

¹³ ЗОПД, чл. 311, 447–449; ЗПАД, чл. 34–35, 38–39.

¹⁴ „...чест је случај да мањински акционари по акционарском капиталу приговарају већини по капиталу да злоупотребљава технику већине за афирмацију својих личних интереса на штету интереса друштва, што води сукобима у друштву и потреби заштите мањине“, в. М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд 2007а, 363.

тем пружа сигурност. Наравно, да потреба заштите овог интереса, која подстиче ангажовање „малих“ инвеститора у акције, не може одвести у другу крајност – злоупотреба права мањине, која стоји на другом полу од злоупотребе већине. Друштво капитала по својој вокацији систем корпоративног одлучивања базира на „логици гласова“ произашлих из капитал учешћа, те има потребу за ефикасним одлучивањем. С друге стране, због потребе храбрења инвестиционог интереса свих потенцијалних инвеститора да инвестирају у акције друштва, не сме се занемарити заштита тог интереса.

Компанијска регулатива има више инструмената решавања овог другог агенцијског проблема корпоративног управљања (сукоб интереса већинског акционара и интереса мањинских акционара), међу којима посебан значај имају: 1) статусна стратегија, 2) стандард равноправности акционара, 3) стратегија поверења, 4) стратегија принуде, 5) стратегија транспарентности, 6) стратегија преузимања, 7) стратегија права класе преференцијалних акција, 8) стратегија изласка из дрштва, 9) стратегија посебних права мањинских акционара, 10) стратегија судске и управне заштите.

3.2. Статусна стратегија

Један од пожељних механизма за заштиту интереса мањинских акционара и тиме предупређивање другог агенцијског проблема (сукоб интереса с већинским акционаром) је обезбеђење „места“ у управном одбору. Логиком акционарских гласова, ако је избор системом директног гласања, ово се не може постићи. Ипак, акционарско право има неке механизме који то омогућују: 1) акционарским споразумом акционара који заједно чине акционарску већину могуће је утврдити такав „размештај места“ у управном одбору који обезбеђује учешће представника мањинских акционара; 2) системом тзв. кумулативног гласања за избор чланова управног одбора (практично се број гласова акционара умножава с бројем чланова управног одбора који се бирају, те тако умножени гласови могу да се концентришу и дају за избор члана кога предлажу мањински акционари, што у складу с математичким правилима може обезбедити такав избор) и за разрешење (коришћењем истог система онемогућује се разрешење члана управног одбора који је предлог мањинских акционара само гласовима већинског акционара);¹⁵ 3) системом максимирања гласова

¹⁵ У праву Србије кумулативно гласање је претпостављено законско правило код отворених друштава (с тим што се може искључити на аутономној основи), док је код затворених друштава могуће увођење овог института на аутономној основи, вид. ЗОПД, чл. 309, ст. 4 и 6, и чл. 327, ст. 2, тач. 2. Више вид. З. Арсић, „Кумулативно гласање за избор чланова одбора директора“, *Правни живот* 11/2004, 47–55; Д. Радоњић, „Правни и математички аспекти кумулативног гласања“, *Право и при-*

акционара, чиме се оснажује позиција мањинских акционара и јача позиција управе, што може да активира код ових друштава први агенцијски проблем (сукоб интереса акционара и управе);¹⁶ 4) системом квалификоване већине за доношење корпоративних одлука (посебно ако се поред законског минимума на аутономној основи изврши проширење круга питања о којима се тако доноси одлука), чиме акционарска мањина може извести блокаду одлучивања ради заштите свог интереса ако располаже са више од 25% гласова (код одлука које се доносе са 3/4 већином) или са више од 33% гласова (код одлука које се доносе са 2/3 већином).

3.3. Стандард равноправности акционара

Основни стандард компанијског права о равноправности акционара исте класе (принцип једнаког третмана, а не једнакости) у остваривању свих права акционара (законских и аутономних) посебно је значајан за мањинске акционаре (и тиме решавање другог агенцијског проблема) као законска гаранција која се не може вољом акционарске већине релативизовати у било ком смислу.¹⁷ Захваљујући овом принципу мањински акционари имају, између осталог, посебну гаранцију: 1) да ће се расподела дивиденде извршити према принципу про рата; 2) да ће код нове емисије акција имати право пречег уписа про рата (с циљем очувања постојећег процента капитал учешћа); 3) да ће код стицања сопствених акција друштва или повлачења и поништаја акција имати равноправан третман про рата; 4) да ће при остваривању права гласа и поступку сазивања и рада скупштине друштва имати исти третман као и контролни акционари и слично.

3.4. Стратегија поверења

Други агенцијски проблем корпоративног управљања (сукоб интереса већинског и мањинских акционара) може се предупредивати и тзв. стратегијом поверења. Наиме, форсирање института неза-

врета, 5–8/2003, 54–62; В. Радовић, „Кумулативно гласање за избор чланова управе (I део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 150–164; В. Радовић, „Кумулативно гласање за избор чланова управе (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 47–68.

¹⁶ У системима чврстог правила „једна акција један глас“ овај институт практично не би био могућ. Такав систем прихвата модерно акцијско право, с обзиром на то да он имплементира на најбољи могући начин општи стандард овог права о равноправности акционара исте класе. То прихвата наш ЗООД, чл. 294, ст. 1.

¹⁷ Такав значај овог стандарда изричито наглашава српски Кодекс корпоративног управљања (чл. 13): „Принцип равноправног и једнаког третмана нарочито је значајан у односу друштва према мањинским акционарима...“.

висних директора у котираним (или уопште свим отвореним) друштвима, између осталог, служи и за ове потребе, јер они својом позицијом (независношћу у односу на остале чланове управног одбора и у односу на већинског акционара) треба да успоставе поверење мањинских акционара у систем корпоративног одлучивања. У противном, ако нема независних директора, постојала би могућност сталних тензија између мањинских акционара и управе као „продужене руке“ већинског акционара. У овом смислу независни директори играју улогу својеврсних „повереника“ мањинских акционара, чиме се успоставља потребна хармонија у односима већинског акционара (и „његове“ управе) и мањинских акционара, што је неопходно за систем корпоративног одлучивања и ефикасност пословних одлука.

3.5. Стратегија принуде

Важан механизам заштите интереса мањинских акционара с циљем предупређивања настанка другог агенцијског проблема је законско прописивање дужности и одговорности управе (која због идентификације интереса с интересом акционара у случајевима концентрисаног акционарства ради пре у интересу већинског акционара, а не у интересу самог друштва или интересу мањинских акционара) – тзв. стратегија принуде. Практичан ефекат прописивања ових дужности и одговорности је стварање механизма за рад управе у интересу акционарског друштва (што је индиректно и интерес мањинских акционара). Истовремено, с овим се прописује и *посебна фидуцијарна дужност већинског (или контролног) акционара да ради у интересу самог друштва* (гласањем у органима друштва, али не и у смислу индивидуалне одлуке као акционара), с обзиром на то да он у том својству твори корпоративну вољу (корпоративна, а не индивидуална одлука).¹⁸ Англосаксонска пракса је због потребе заштите интереса мањинских акционара (иако у том окружењу још увек доминира дисперзовано акционарство које „рађа“ први агенцијски проблем корпоративног управљања и не чини посебно актуелним други агенцијски проблем, због непостојања већинског акционара, али то чини индиректно кроз развој института заштите акционара уопште), отишла и корак даље, формулишући правило о директној фидуцијарној дужности већинског акционара (који твори корпоративну вољу преко скупштине друштва или управе) према мањинским акционарима (не само индиректној преко такве дужности „рада у интересу друштва“).¹⁹

¹⁸ Такву дужност утврђује изричито и ЗОПД, чл. 31, ст. 1, тач. 2.

¹⁹ J. H. Farrar, *Company Law*, London – Edinburgh 1988, 380–408.

3.6. Стратегија транспарентности

Правила финансијског тржишта која обавезују управу друштва (евентуално и Централни регистар хартија од вредности) да све важне информације за акционаре које је закон као такве одредио (битне одлуке скупштине друштва, финансијски извештаји, битни догађаји, стицање релевантног прага капитал учешћа и слично) објаве на својој интернет страници и на други начин учине доступним свим постојећим акционарима и заинтересованим трећим лицима (повериоци, будући инвеститори, потенцијални преузимаач), објављивањем у прописаним средствима јавног инфомисања, од посебног су значаја управо за мањинске акционаре и заштиту њихових интереса. Из ових разлога стратегија транспарентности је посебно важна за отклањање потенцијалног настанка другог агенцијског проблема корпоративног управљања. Исто тако, ова стратегија може бити основ за активирање права мањинских акционара на подношење одређених акционарских тужби, на захтевање посебне ревизије и ревизора (стручни повереник) или на активирање других прописаних права. Такође, ова стратегија је важна и за практичну делотворност стандарда фидуцијарне дужности контролног акционара према акционарском друштву (тима и мањинским акционарима), као и за покретање механизма одговорности управе. Дакле, својим превентивним дејством, ова стратегија доприноси предупређивању настанка другог агенцијског проблема, а за случај да настане, омогућује његово решавање на основама равноправног третмана акционара као генеричког стандарда компанијског права на коме се заснивају други стандарди и стратегије.

3.7. Стратегија преузимања

За други агенцијски проблем корпоративног управљања (сукоб интереса већинског и мањинских акционара) посебно је важна и стратегија регулативе у заштити права мањинских акционара код преузимања друштава путем јавне понуде (*takeover*). Наиме, ако регулативе код овог института афирмише основни правни стандард компанијског права равноправног третмана акционара, онда је она у функцији потребе решавања овог проблема. Регулатива то по правилу чини тако што обавезује потенцијалног преузимаача на потпуну понуду преузимања од свих акционара који то желе, односно да у случају делимичне понуде откупљује акције од свих акционара који их понуде на продају по принципу про-рата, што је посебно важно за заштиту права мањинских акционара и тиме оклањање настанка другог агенцијског проблема корпоративног управљања. Додатно, ту је и институт права преузимаоца који стекне одређени проценат капитал учешћа путем преузимања (не и у осталим случајевима) по јавној

понуди да у одређеном року након тога најмање под истим условима да јавну понуду и за принудни откуп акција акционара који не продају акције у року те јавне понуде – *принудна продаја* (право преузимаоца и обавеза мањинских акционара).²⁰ Ипак, у практичном смислу, ово правило више је на страни већинског акционара него у функцији заштите интереса мањинских акционара. Најзад, ту је и *установа принудне куповине*, којом се преузимач који је откупио одређени проценат акција циљног друштва (редовно 90 или 95%), законом обавезује да купи акције преосталих акционара на њихов захтев (обавеза преузимаоца, а право мањинских акционара), под условима из понуде за преузимање.²¹ Како је овде реч о праву мањинских акционара и обавези преузимаоца, то се на овај начин штите интереси мањинских акционара независно од реалног интереса већинског акционара (преузимаоца).

3.8. Стратегија права ималаца класе преференцијалних акција

Други агенцијски проблем корпоративног управљања може настати посебно на линији сукоба интереса акционара преференцијалних акција и акционара обичних акција, с обзиром на то да акционари преференцијалних акција по дефиницији немају право гласа (осим изузетно у функцији заштите својих других права) и увек су мањински.²² Стога је важно да компанијска регулатива, ради заштите интереса мањинских акционара ове класе, има адекватне одговоре, у смислу привременог стицања права гласа рада ефектуирања својих права (претварање преференцијалних акција у обичне акције, неисплаћена дивиденда по стеченом праву, итд.), као и институционализовање тзв. посебне скупштине акционара ради гласања о давању сагласности на одлуке скупштине акционарског друштва (акционари обичних акција) којима се мењају стечена права акционара одређене класе преференцијалних акција.²³

3.9. Стратегија изласка из друштва

Ефикасност решавања другог проблема корпоративног управљања компанијска регулатива посебно унапређује (чиме делом

²⁰ ЗПАД, чл. 34.

²¹ *Directive 2004/25 of the European Parliament and of the Council on Takeover Bids*, April 21st 2004, *Official Journal L*. 142/04 (Тринаеста директива), чл. 16. За ову обавезу наш ЗПАД (чл. 35) и ЗОПД (чл. 448) прихвата праг од 95%.

²² „Број гласова акционара са преференцијалним акцијама не може бити једнак или прећи број гласова (кад имају право гласа – прим. М. В.) акционара са обичним акцијама“ – ЗОПД, чл. 209.

²³ Управо овакву заштиту даје и наш ЗОПД, чл. 209, ст. 6 и 7, као и чл. 341 (гласање класе акција – групно гласање).

признаје релативну неефикасност других стратегија решавања овог проблема које сама креира) стратегијом изласка из друштва: систем преноса акција, систем обавезе откупа акција несагласних акционара од стране друштва и систем принудне куповине (о чему је било речи код стратегије преузимања).

Систем преноса акција у смислу решавања другог проблема корпоративног управљања ефикасан је ако не постоје никаква ограничења у преносу (право прече куповине од стране других акционара, право прече куповине од стране друштва, сагласност управе и слично). За ове потребе акционарско право отворених друштава редовно искључује могућност увођења ових ограничења на аутономној основи, лишавајући и само друштво таквог права (редовно је то и берзански услов за котацију). Овим се акционарима који желе да изађу из друштва и да на тај начин посредно располажу са својим улогом у друштво пружа најефикаснији механизам за задовољење својих права, што је посебно важно у случају неједнаког третмана мањинских акционара са већинским или контролним акционаром. Ипак, кад је реч о затвореним друштвима постоји могућност увођења таквих ограничења изласка из друштва, што ову стратегију, управо код друштава код којих доминира концентрисано акционарство и тиме и други проблем корпоративног управљања, чини прилично неефикасном.²⁴

Систем обавезе откупа акција несагласних акционара од стране друштва у законом прописаним случајевима (статусне промене против воље несагласних акционара, промене правне форме против воље несагласних акционара, промене оснивачког акта или статута којима се „погађају“ права несагласних акционара, располагање имовином велике вредности у проценту утврђеном законом против воље несагласних акционара, као и у другим случајевима „погађања“ права несагласних акционара утврђеним на аутономној основи), посебно је важна гаранција права мањинских (несагласних) акционара који нису задовољни са одређеном корпоративном одлуком већинског (контролног) акционара донетом противно њиховој вољи (у скупштини друштва или на управном одбору) и који желе да изађу из друштва, а то реално не могу због ниске ликвидности акција конкретног друштва.²⁵

3.10. Стратегија посебних права мањинских акционара

Компанијска регулатива настоји да други проблем корпоративног управљања решава и креирањем специјалних права мањинских

²⁴ Вид. ЗОПД, чл. 126, 195 и 196, ст. 4.

²⁵ Гаранцију таквих права несагласних акционара даје наш ЗОПД, чл. 444 – 445.

акционара, која могу деловати „претеће“ за управу друштва да при доношењу корпоративних одлука не води рачуна само о интересу већинског акционара већ и мањинских. За ове потребе Закон о привредним друштвима Србије креира, на линији општих стандарда акционарског права, следећа посебна права мањинских акционара:²⁶ 1) право сазивања скупштине акционарског друштва – могућност судске заштите (капитал цензус 10% акција с правом гласа о питањима предложеним за дневни ред скупштине),²⁷ 2) право предлагања уврштења до два нова питања у предложени дневни ред скупштине – могућност судске заштите (капитал цензус 10% акција с правом гласа за избор управног одбора),²⁸ 3) право покретања деривативне тужбе за друштво (капитал цензус 5% основног капитала друштва),²⁹ 4) право на избор у управни одбор друштва путем установе кумулативног гласања,³⁰ 5) право изласка из друштва у прописаним случајевима са обавезом друштва на откуп акција несасгласних акционара по тржишној цени,³¹ 6) право на подношење захтева за ликвидацију друштва (капитал цензус 20% основног капитала друштва),³² 7) право на групно гласање акционара преференцијалних акција (гласање класе),³³ 8) право на посебну ревизију (стручни повереник) – капитал цензус 20% основног капитала друштва,³⁴ 9) „право“ принудне продаје (*squeeze-out*) и принудне куповине (*sell-out*) – код достигнутог капитал учешћа од 95% путем јавног преузимања (*takeover*).³⁵

3.11. Стратегија судске и управне заштите

Коначно, решавање другог проблема корпоративног управљања не би било ефикасно ако права мањинских акционара креирана законом или на аутономној основи, између осталог, и за ове потребе не би уживала посебну судску заштиту (евентуално и заштиту посебних тела на финансијском тржишту – Комисије за хартије од вредности), јер би остала имперфектна. Компанијска регулатива и регулатива берзанског права, стога, посебна права мањинских акционара (сазивање скупштине друштва, проширење дневног реда утврђеног од уп-

²⁶ Више: М. Васиљевић (2007а), 364–383.

²⁷ ЗОПД, чл. 277–278.

²⁸ ЗОПД, чл. 284.

²⁹ ЗОПД, чл. 13, ст. 10.

³⁰ ЗОПД, чл. 309, ст. 4–6.

³¹ ЗОПД, чл. 444–446.

³² ЗОПД, чл. 346.

³³ ЗОПД, чл. 341.

³⁴ ЗОПД, чл. 334–336.

³⁵ ЗОПД, чл. 447–449; ЗПАД, чл. 34–35.

раве својим предлозима, излазак из друштва, остваривање права гласа, посебна ревизија, подношење захтева за ликвидацију друштва у законом одређеним случајевима, принудна продаја, информисање, увид у акта и документа друштва, итд.) редовно чини оперативним тиме што им даје и судску заштиту против злоупотребе права већине (директно преко одлуке скупштине друштва или одлуке управе која делује у њеном интересу). За ове потребе служе и овлашћења регулаторног и надзорног тела на финансијском тржишту (Комисија за хартије од вредности).³⁶ Најзад, у ове сврхе може служити и институт корпоративних тужби акционара (индивидуална, деривативна, колективна), као и тужби за побијање или ништавост одлука скупштине друштва (и управног одбора кад има овлашћења из њеног делокруга).³⁷

(Рад ће се наставити у наредном броју часописа.)

Mirko Vasiljević, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

CORPORATE GOVERNANCE AND AGENCY PROBLEMS (Part one)

Summary

The main objective of this article is to examine the problems of corporate governance in the narrow sense (company governance, corporations) that are identified in theory as *the agency problems*. In theoretical sense, there are three types of agency problems. The first kind of agency problems relates to the conflict of interest between shareholders and company board of directors, typical for the situations of dispersed shareholding. The second category of agency problems boils down to the conflict of interest between majority and minority shareholders, which is typical for the concentrated shareholding. The third form of agency problems

³⁶ „Комисија може покренути и водити пред судом поступак ради заштите интереса инвеститора и других лица за које утврди да им је повређено одређено право или на праву заснован интерес, а у вези с пословима са хартијама од вредности и другим финансијским инструментима.“ – Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената – ЗОТХ, *Службени гласник РС*, бр. 47/2006, чл. 220, ст. 2.

³⁷ Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 125/04, чл. 40–42 и 302–306.

relates to the conflict of interests of shareholders; in other words, of a joint stock company and other constitutive interests (*i.e.* the interests of creditors, employees, directors, State, local community and consumers).

The author claims that existence of the third type of agency problem of corporate governance can be reduced to the issue of company's social responsibility. In spite of the fact that the mere existence of social responsibility of companies is heavily disputed in scholarly writings, the author believes that such responsibility exists, not only as a moral duty but also as a legal obligation. In an effort to resolve the three problems of corporate governance, the author methodically analyses strategy of legal regulation, and a number of institutions of company, contract, bankruptcy and stock-market law.

Key words: *Corporate governance. – Agency problems. – Social responsibility of company. – Company board of directors. – Company interest. – Company law. – Constitutive interests.*

Др Миодраг Мајић

председник Првог општинског суда у Београду

НАЧЕЛО ЛЕГАЛИТЕТА – НОРМАТИВНА И КУЛТУРНА ЕВОЛУЦИЈА (I део)

Начело законитости је одувек сматрано једним од најзначајнијих начела кривичног права. Такав приступ је временом произвео некритички однос према начелу које је често представљано као вредност која не подлеже било каквој додатној валоризацији. Међутим, аутор начело законитости посматра из другачијег угла – његове отпорности на континуиране еволутивне промене. У том смислу истиче да начело законитости и сáмо представља еволутивни феномен, који као такав нужно долази у конкуренцију с другим еволутивним карактеристикама одређеног тренутка. Статичност писане норме, као једна од основних особености начела законитости, тако нужно ствара тензију с производима културне еволуције, што све чини да и начело законитости, схваћено у класичном смислу, временом губи од свог првобитног значаја.

*Четири темељна сегмента начела легалитета (*lex scripta, praevia, certa* и *stricta*), замишљена су тако да заједно сачине формулу која је довољна да заштити појединца од самовољног кажњавања, омогућавајући тако „исправно“ и предвидиво кривично право. Међутим, сучељени с новим околностима, сегменти начела и сами показују слабости и неприлагођености савременим друштвеним, али и кривичноправним токовима. Релативна предвидивост еволутивних промена у доба просветитељства, када је начело настало, омогућавала је поверење у начело легалитета, имајући у виду да су друштвене промене биле спорије и мање значајне. Савремене друштвене прилике обележавају убрзање иновација, диверзификација и имитација. Промене за које су некада били потребни векови, данас се дешавају у року од неколико месеци или година.*

Да би начело легалитета опстало и сачувало своју неспорну гарантивну функцију, неопходно је изнаћи механизме који ће омогућити превазилажење нормативно-културне еволутивне тензије. Аутор, овакве механизме препознаје у различитим видовима одступања од начела легалитета, од којих се неки јављају у оквирима самог закона, док други долазе из ванзаконске сфере. И једни и други, пак, суштински представљају механизме способне за брзо вредносно

прилагођавање у све чеићим случајевима када норма не поседује довољну флексибилност. Основну улогу у примени новог модела имао би суд, који би убудуће не само тумачио, већ све више и стварао право. Закон би, уместо полазне и завршне детерминанте кажњавања, све чеиће представљао полазну одредницу која би суду указивала одређени културни смер, који би овај претварао у актуелно кривично право (тзв. судско право – judge made law).

Само тако би, сматра аутор, начело легалитета избегло судбину једног броја изузетно значајних културних достигнућа, која су услед неприлагођавања остала еволутивно превазиђена, задржавајући искључиво традиционални значај.

Кључне речи: *Начело легалитета.– Кривично право.– Еволутивне промене.– Норма.– Промена закона. – Судско право.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Посматрање савременог кривичног права чак и добронамерне критичаре, који овоме не одричу неспорну улогу и будућност, мора довести до одређених сумњи. Вера у систем казнене правде на националном нивоу заснован на начелу легалитета, не може спречити нелагоду пред чињеницом да је реч о области која је, упоређена с другим сферама хуманог развоја, ипак показала нешто спорији напредак.

Људска врста је, ангажујући се на другим пољима, у међувремену докучила нове галаксије, створила интернет и клонирала жива бића, док на пољу кривичног права још увек није изумела ништа радикално савременије од казне затвора и начела законитости! Данас, када су благодети информатичког доба постале широко доступне, представницима правничке професије мора деловати забрињавајуће да су поменуте институте кривичног права познавали још римски императори.¹

У чему је проблем с кривичним правом, и зашто ова област, упоређена с другим, релативно заостаје? Да ли је „развој“, који се огледа у хиперинфлацији нових облика забрањеног понашања или детаљној доктринарној разради апстрактно посматраних института, заиста максимум? Да ли правници који се баве кривичним правом конкуришу у довољној мери представницима осталих професија у тежњи ка прогресу? Да ли су, ипак, дужни да преиспитају основна полазишта и утврде њихову адекватност у конкретном тренутку?

¹ Тако је, на пример, чак и император Сула забрањивао примену ретроактивних закона, вид. J. Hall, „Nulla poena sine lege“, *Yale Law Journal* 47/1937–1938, 166.

У овом раду анализира се улога једног од основних института савременог кривичног права – начела законитости, у светлости континуираног културног еволутивног процеса у друштву.² Од свог настанка до данас, начело легалитета, које и само представља еволутивни феномен, посматрано је готово искључиво из угла одакле се уочава његов позитивни развојни аспект – улога гаранта постојаности и непроменљивости кривичног права. Овом начелу, које у читавом кривичноправном концепту има можда и најистакнутије место, већ вековима се поверава улогу „чуvara“ који обезбеђује да власт неће „изненађивати“ грађане кривичноправним иновацијама.

Но, иако претежно глорификовано током досадашњег развоја кривичног права, начело законитости показује и одређене мањкавости. Већина ових недостатака који се упорно превиђају, имају заједнички именитељ. Наиме, реч је о начелу које је од самог настанка, због улоге која му је дата, нужно било лимитирано. Уместо да се ограничи на средство једино доступно и прилагођено „задатку очувања памћења“³ док хумана врста у ту сврху не створи ништа савршене од писма, кривично правна доктрина је начелу легалитета ставила у задатак готово целокупно старање о исправности кривичног права, па и владавини права уопште. С друге стране, макар на континенту, још од времена просветитеља, прецењивање моћи закона и начела легалитета, довело је у извесној мери и до запостављања осталих механизма права.⁴

² Иако је реч о институту несумњивог значаја, у домаћој литератури су релативно ретки радови посвећени проблему легалитета. Поред радова који су цитирани у даљим излагањима, од домаћих аутора о овом питању вид. Д. Митровић, „Начело законитости“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–2/2004, 55–78; С. Стругар, „Начело легалитета и чл. 4, ст. 2. Кривичног законика“, *Анали Правног факултета у Београду* 2–3/1964, 164–181; З. Стојановић, „Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и слобода“, *Зборник: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе*, Златибор – Београд 2004, 101; Н. Пековић, „Начело законитости и Предлог новог Кривичног законика Србије“, *Ново кривично законодавство Србије*, Београд 2005, 21; Б. Чејовић, „Принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* у међународном и домаћем кривичном законодавству“, *Примена међународних кривичних стандарда у националним законодавствима*, Тара 2004, 135; И. Салиху, „Начело легалитета у материјалном кривичном праву“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3/1988, 51.

³ Б. Жупанчич, „Начело легалитета“ (прев. А. В. Гајић), *Зборник радова са међународног научног скупа „Примена међународног кривичног права од стране међународних и домаћих судова“*, Тара 2006, 37.

⁴ Неповећење у судове као ствараоце права на континенту, које се у значајној мери задржало и данас, има своје корене у познатом неповерењу француских револуционара према судском телу. Тако Робеспјејер наводи: „Ова реч, судска пракса судова, у смислу који је имала у старом режиму не значи више ништа у новом, она треба да буде избрисана из нашег језика. У једној држави која има устав,

Аспирација ка савршенству законитости почива на утопистичком резонувању.⁵ Зблуда о томе да ће „владавина права спречити владавину човека над човеком“, у чему свесрдно већ дуго учествује и поимање начела легалитета, заснована је на човековој перцепцији каузалитета код природних појава.⁶ Фасцинација законима који руководе природним феноменима довела је до веровања да је сличне законе, који не зависе од еволутивних промена, могуће пронаћи и у друштву, што свакако није случај.⁷

Када се начело *nullum crimen sine lege* постави у шири културно-еволутивни контекст, уочава се да начело легалитета као нужан нуспроизвод доноси изразиту статичност, која у даљим корацима може стајати на путу прогресивном развоју кривичног права,⁸ а самим тим и на путу даље културне еволуције. На овај начин долази до специфичне тензије која се јавља између једног еволутивног феномена – писане норме и другог, такође еволутивног феномена – континуираног културно-еволутивног процеса.

Процес који посматрамо је двостран. У раду се стога испитује и обрнути ефекат, односно условљеност релативног заостајања кривичног права за другим наукама немогућношћу брзог прилагођавања његових механизма новим културним условима. Својом аутархичношћу, начело легалитета успорава, а повремено и у потпуности онемогућава, процес повратног дејства еволутивних промена у култури, успоравајући, а понекад и онемогућавајући, појаву која се паралелно одвија – нормативну еволуцију.

Да ли је, са становишта културне еволуције, принцип *nullum crimen* у једном тренутку обележавао прогресивни варијетет, да би да-

законодавство, судска пракса није ништа друго него закон, тада постоји идентичност судске праксе.“ Шапалије, пак, тврди: „И чак, ако би могла ту постојати судска пракса, не треба је имати“, нав. према G. Marty, „Изједначавање судске праксе путем Врховног суда у упоредном праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, 36, 5/1938, 465, репринт *Архив за правне и друштвене науке* 1–2/2006, 616.

⁵ О овоме видети изузетно сликовит пример назван „Осам начина неуспешног стварања права“ код Л. Л. Фулер, *Моралност права* (прев. Милорад Ивовић), Подгорица 1999, 37–42.

⁶ *Ibid.*, 54.

⁷ Међутим, између такозваних природних и друштвених закона, наравно, постоји суштинска разлика. Код ових првих, правило се изводи из низа посматраних случајева, дакле путем индукције. Насупрот томе, у праву законе стварамо тако да они противрече стварности – предвиђају шта је пожељно, а не шта јесте. У том смислу, може се прихватити и тврдња да док научни закони стреме реалности, правна правила имају смисла само уколико се од ове разликују. Вид. више Б. Жупанчич, (2006), 40.

⁸ Вид. М. Shahabuddeen, „Does the principle of legality stand in the way of progressive development of law?“, *Journal of International Criminal Justice*, December 2004, 1007–1017.

нас, у другачијим условима представљао еволутивну кочницу? Први корак у давању одговора на ово питање представља научна отвореност за такву могућност, која је у кривичном праву дуго недостајала.

2. ЗАКОН, КРИВИЧНО ПРАВО И ЕВОЛУТИВНЕ ПРОМЕНЕ

Један од озбиљнијих неспоразума, када је реч о поимању закона и начела законитости, настаје услед приступа у посматрању ових појава који је карактеристичан за правнике. Наиме, закон и његове особености цене се пречесто као појава независна од свих других, као вредност сама по себи, коју је сувишно било чиме проверавати. Правници, по природи позива, усмерени су на нормативне аспекте овог феномена. Професионална заинтересованост за њихову изоловану вредност и међусобну усаглашеност спутавају моћ јуриста да читаву појаву и њене ефекте размотри из другог ракуса. Међутим, уколико је тачно да је поредак Васељене „све што постоји, што је икада постојало и што ће икада постојати“,⁹ онда и закон, као творевина хумане интелигенције, нужно подлеже својеврсној космичкој валоризацији. Уверење да су тврдње о нужности сагледавања закона у овако широким контекстима у најмању руку чудне, потиче из брижљиво неговане позитивистичке догме.

Да ли је и даље оправдано законодавство, па и саму идеју закона, посматрати као појаве суштински другачије од других творевина врсте, попут облакодера, летилица или кућних рачунара? Ове потоње се непрестано доводе у везу с природним појавама и усвојеним системом вредности у друштву. Прецизно праћење природних феномена попут ветра, температуре, ваздушног притиска или статичког електрицитета, претходи доношењу одлука о количини челика коју је потребно уградити у конструкцију, односно подесној форми за нови тип авиона и врсти материјала од које ће бити сачињен нови лап-топ. С друге стране, при конструкцији новог производа, пажљиво се „ослушкује тржиште“, уз уважавање актуелених преференција када су у питању боје, модели и уопште мода, са свешћу да ће успех значајно зависити од усаглашености дела с важећим културним стандардима. Данас никоме озбиљном не би пало на памет да од запослених захтева одевање сагласно модним токовима с почетка XIX века или поштовање правила бонтона Викторијанског доба. Другим речима, код већине творевина, природа и друштвена кретања сматрају се основом и детерминантом сваког даљег прегалаштва. Закони, међутим, често, неким чудом, остају ван тога, као да не припадају или чак никада нису припадали ономе што твори космички еволутивни поредак.

⁹ К. Сеган, *Космос*, Београд 2001, 19.

Чини се да се у основи оваквог односа налази једно заборавање. Пречесто се, наиме, када се говори о закону, пренебрегава да је и он само један од еволутивних феномена. Баш као и прелазак на сакупљачку привреду или сеоба у топлије крајеве, закон и законодавство уопште, представљају одговор једне врсте у одређеним еволутивним условима. Наиме, након неколико милијарди година биолошке еволуције, током које се хумана врста издиференцирала од осталих,¹⁰ започет је још један еволутивни процес. Паралелно с генетском, започела је и специфична – културна еволуција врсте, односно процес развијаног социјалног учења и понашања. Закон је наиме, само један од културних рефлекса до којег се дошло специфичним преношеним учењем.¹¹ Као и друге социјалне обичаје и закон се, као један од услова преживљавања, преноси учењем на нове чланове, омогућавајући им тако опстанак, без потребе да се сваки пут из почетка прилагођавају промењеном окружењу.¹²

Међутим, као културни феномен, закон има још једну, изузетно значајну особеност. Као вероватно ни један други еволутивни рефлекс, он представља свесни покушај модификовања природног еволутивног процеса. Наиме, у својој суштини, као свесно сачињено правило понашања, закон представља покушај суштинске измене еволутивног процеса и скретање еволутивног тока ка другом, за одређену врсту пожељном правцу. Правилима којима се предвиђа забрана (и кажњавање) убиства, крађе, геноцида или лова за време ловостаја, врши се суштински утицај на догађаје до којих би извесно дошло у поступку природног селектовања и борбе за еволутивни опстанак припадника врсте. На тај начин, законом се природни еволутивни ток значајно скреће с његове редовне путање.

Но, поред овог утицаја на базичне инстинктивне импулсе, закон врши значајну модификацију на плану виших културних вредности,¹³ што опет, у даљем кретању, може утицати и на одређене

¹⁰ *Ibid.*, 40–44.

¹¹ У том смислу одређени број аутора садржину правног добра одређују културним нормама, односно везује је искључиво за одређени културноисторијски контекст. Тако на пример, Е. Ј. Lampe, „Rechtsgut kultureller Wert und individuelles Bedürfnis“, *Festschrift für H. Welzel*, Berlin–New York 1974, 151,165; W. Hassemmer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main 1973, 230 и даље, нав. према З. Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Београд 1987, 63.

¹² Вид. D. Lal, J. S. Coleman, *Culture, Democracy and Development: The Impact of formal and informal institutions on Development*, вид. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/1999/reforms/lal.htm>.

¹³ Како тврди Унгер „правило може да буде ефективно, уколико је вредност коју изражава прихваћена од свих; али правило је једино потребно зато што вредност није прихваћена од свих“, R. M. Unger, *Knowledge and Politics* 1976, 99, нав. према Б. Жупанчич (2006), 42.

појаве у поступку природне селекције. Он, на пример, инкриминише увредљиви говор, приказивање опсценог материјала или вожњу под утицајем алкохола. Уколико узмемо за пример склоност ка управљању возилом под дејством алкохола, коју у одређеним друштвима можемо приписати културном варијетету, уочићемо како кажњавање оваквог понашања само у првом кораку представља кориговање на плану културе једне заједнице, док ће, услед смањивања броја незгода и смртних случајева, свакако утицати и на поступак њеног природног селектовања.¹⁴

Несумњиво, закон претендује да утиче на еволутивни ток, и у томе у значајној мери и успева. Међутим, утицај на еволутивни ток, поред пожељног вредносног контекста, нужно садржи и своју не тако позитивну особеност. Као статички феномен, закон нужно доводи до специфичне тензије у динамичком друштву, представљајући неретко кочницу вредносној кинетици. Чак и када је реч о прихватљивим правилима, закон нужно представља фактор извесног успоравања, вредносних друштвених кретања. Тако, кривични закон који предвиђа смртну казну или телесно кажњавање, који инкриминише еутаназију, абортус или добровољне хомосексуалне односе, може представљати значајан фактор успоравања у друштву у којем су еволутивне промене биле изразитије на плану културних вредности од оних које су се одвијале на чисто нормативној равни.¹⁵ Али, не само активан, већ и пасиван став закона, може бити од значаја за културне процесе. На пример, на успоравање културних промена утичу и кривични закони који не кажњавају силовање у браку или пропуштају да предвиде као кривично дело насиље у породици или злостављање животиња у друштвима чије се спонтано успостављене културне вредности налазе у раскораку с оваквим приступима. У таквим случајевима, кривични закон и начело законитости, уместо фактора који врше акцелерацију одређеног еволутивног развијања, постају фактори његовог успоравања, па и потпуног онемогућавања.

¹⁴ Тако D. T. Campbell, „Variation and selective retention in sociocultural systems“, *Social Change in Developing Areas*, Barringer et al., 1965, нав. према P. J. Richerson, R. Boyd, „Evolution: The Darwinian theory of social change, an homage to Donald T. Campbell“, вид. <http://www.des.ucdavis.edu/faculty/richerson/evolutionbeklin/pdf>.

¹⁵ Овде је првенствено реч о доминантној култури. Међутим, у савременом друштву честих миграција, проблем који се у том смислу неретко јавља тиче се значајнијих међукултурних разлика. У том смислу, одређена кривичноправна норма може бити дијаметрално супротна културним схватањима друштва из којег потиче окривљени. У таквим случајевима може се поставити и питање да ли и у којој мери савремено кривично право треба да уважава и овакве разлике, вид. K. Amirthalingam, *Negotiating law, culture, and justice*, доступно на адреси <http://www.australianreview.net/digest/2004/07/amirthalingam.html>. О овом питању вид. и M. Golding, „The Cultural defense“, *Ratio Juris*, 15, 2/2002, 146–158.

Уочавање овог феномена је од изузетног значаја за разумевање како закона, тако и самог начела легалитета и његовог утицаја на културне еволутивне промене. Препознавање и разумевање тензије која нужно настаје између статичне норме и динамичне стварности, као и неопходности и начина њеног превазилажења, омогућава разумевање значајног броја контроверзи у овој области.

Међутим, једнако као и други културни рефлекси, и кривично право и закон уопште, не представљају апсолутно статичне, већ феномене који се у динамичном друштву ипак, мењају кроз време.¹⁶ Утицај закона на културне промене подразумева и постојање обрнутог процеса оличеног у утицају изваннормативних еволутивних промена у култури на еволуцију самог закона. Закон се, наиме, с већом или мањом успешношћу и агилношћу и сам временом прилагођава измењеним вредносним околностима, покушавајући на тај начин да „стигне“ ефекте непрекидне културне еволуције. На овај начин у извесном смислу продужава и споствено трајање, остављајући могућност будућим генерацијама да га употребљавају с другачијим вредносним предзнаком.¹⁷

Овај дуалистички утицај – закона на културне промене и културних промена на нормативну раван, Левин (*Levine*) илуструје примером развоја нормативног схватања у погледу недозвољених сексуалних односа с малолетницима (*statutory rape*) у америчком кривичном праву. Тако уочава да се под утицајем промена у поимању штете коју наносе сексуални односи између одраслих и деце, у протеклих 150 година суштински мењала и сама инкриминација, пратећи са закашњењем овај развој.¹⁸ На тај начин, промене у владајућим културним поимањима утицале су првенствено на законске промене у погледу узраста који је представљао границу у погледу дозвољених сексуалних контаката. Кроз XIX и XX век, у Калифорнији се овај узраст кретао од 10 година у 1850. години, преко 14 (1889), 16 (1897) па све до 18 година, почев од 1911. године до данас.¹⁹ Свакој од ових легислативних промена претходио је дужи или краћи период изражене несагласности важећих културних погледа у друштву *vis a vis* малолетничке, првенствено женске сексуалности, и релевантне инкриминације.

Међутим, да би се питање нормативно-вредносне тензије у америчком друштву током XIX и XX века потпуније сагледало, неопходно је разумети и сам културни еволутивни процес који је пос-

¹⁶ K. L. Levine, *The External Evolution of Criminal Law*, вид. http://works.bepress.com/kay_levine/1, 8.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, 5, 20–52.

¹⁹ *Ibid.*, 23.

лужио као подлога наведеној нормативној еволуцији. Наиме, вредности које су се у протеклих век и по штитиле подизањем старосне границе, кретале су се од заштите интереса оца да очува могућност ћеркине удаје, преко заштите достојанства девојака од насртаја мушких заводника, контроле преношења болести од стране промискуитетних жена, смањења броја малолетничких трудноћа, па све до потребе откривања и кажњавања сексуалне експлоатације малолетника.²⁰ Америчком друштву је било потребно да превали дуг, стопедесетогодишњи пут на плану културне еволуције којим ће, од почетног вредновања раних сексуалних контаката као штетних по оца женског детета, доћи до савременог схватања да су ови првенствено штетни по само дете. Еволуција једне вредности у култури XIX и XX века одвијала се кроз значајно дуже временске периоде него што је то случај данас, када се друштвене промене одвијају застрашујућом брзином. Па ипак, и у таквим условима, еволуција калифорнијског кривичног закона каскала је за овим, спорим променама. Начело легалитета, у комбинацији с компликованим легислативним механизмом, онемогућавало је ефикаснију нормативну адаптацију на нове друштвене вредности.

У савременом свету по овом питању ситуација је још сложене-нија. Постоји све мање основа да се, чак и из угла кривичног права, као „културна јединица“ посматра искључиво одређена национална држава. Од раније се могу препознати субнационалне културе, али актуелни процеси глобализације све јасније намећу и транснационалну, па и супранационалну културну раван. Све чешће миграције и феномен „глобалног села“ утичу да се културе прелићу на различитим нивоима, што све за последицу има и „преплитање правних феномена“, али и процену њихове оправданости из различитих културних углова.²¹ Стога, нарочиту пажњу завређује формирање одређених вредности на међународном нивоу, које често називамо универзалним. Оваква кретања и њихово препознавање отварају веома сложено питање улоге међународног кривичног права и мере у којој оно кореспондира с интернационално прихваћеним вредностима, али и мере у којој национални казни системи ове „изваннационалне“ вредности препознају и прихватају. Такође, као неизбежно појављује се и питање улоге међународног кривичног права, као, с једне стране хармонизатора националних кривичноправних решења, а с друге стране, хармонизатора различитих културних токова који се појављују у бројним националним системима.²²

²⁰ *Ibid.*, 6.

²¹ Вид. D. Nelken, „Comparativists and transferability“, P. Legrand, R. Munday (eds.), *Comparative Legal studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003.

²² Вид. Ch. Bassiouni, „International Criminal Justice in the Age of the Globalization“, *International Criminal Law: Quo Vadis?, Proceedings of the International Conference held in Siracusa – Italy*, 28. Nov–Dec. 2002, 79–155.

Међутим, без обзира на то да ли је реч о националној, транснационалној или наднационалној равни, контроверза између нормативне и културне еволуције је одувек постојала. Управо овај феномен утицао је на то да је закон одувек с једне стране изазивао дивљење, док је с друге стране, ништа мање основано, проузроковао сумње. Идеја законодавства и начела легалитета нераскидиво су повезане с још једном историјски присутном идејом, развијаном од стране правних позитивиста. Идејом, да је све право садржано искључиво у законима.

Од самог настанка, идеја према којој се право може ограничити само на правне норме, била је изложена различитим врстама озбиљне критике, која је указивала у којој мери је сама ова идеја нереална. Илуструјући неодрживост поставке према којој је закон довољан, Рос (*Ross*) сликовито наводи како се позитивне норме могу упоредити „са кристалима у презасићеном раствору у коме се држе, али би се разбили када би се ставили у другу течност“, односно „са биљкама које угибају када се извуку из хранљиве земље из које су израсле“.²³ Самим тим, на исти начин као и друге објективне манифестације културе, ни правне норме се не могу разумети па ни вредновати уколико се одвоје од културног миљеа у којем су створене.²⁴ Непростајање на ригидни правни позитивизам, у том смислу је и непростајање на победу форме над здравим разумом, права над правдом, пролазног над непролазним, нормативне статике над културном динамиком!

Парадоксално је да је баш кривично право, у којем начело законитости вековима заузима посебно значајно место, паралелно с улогом чувара једног од моћи другог људског бића, убрзо по свом конституисању, показало и другачије лице. Под заставом законитости држава је добила могућност да *легално* намеће своју вољу, и у случајевима који са становишта разума и морала не могу бити оправдани. Може се прихватити став да је до наведене деформације дошло када су, за разлику од „раних“ законодаваца, који су се упињали да створе законе који ће само забележити оно што је закон одувек био,²⁵ „каснији“ законодавци, нарочито након успона апсолутне монархије, открили моћ коју са собом носи полагање нових забрана. Настанак законодавства, зато „представља умеће да се чини право и неправдо“.²⁶ Имајући у виду дотадашње веровање да се право примењује

²³ А. Рос, *Право и правда* (прев. М. Ивовић), Подгорица 1996, 123.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Ф. А. Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Београд 2002, 80; S. N. Kramer, *History Begins at Summer*, New York 1952, 52.

²⁶ В. Rechfeld, *Die Wurzeln des Rechts*, Berlin 1951, 67, нав. према Ф. Хајек, 72, фн. 1.

„само као нешто што је одувек ту, а не нешто што се успоставља“, проналазак законодавства је „можда догађај с најдалекосежнијим последицама од свих догађаја – далекосежнији од открића ватре или барута – јер је оно јаче од свих других, судбину људи ставило у њихове руке“.²⁷ Стога је законодавство одувек било и корисно и опасно, колико лек толико и отров човечанства. Феномен једне културне епохе – начело законитости које је штитило човека од човека, у другачијим културним условима, постајало је неретко оруђе које је управо омогућавало, али и проиоводило односе међуљудске свирепости!

Кроз различите периоде, сумња у Закон означавана је различитим терминима. Уместо става да је законодавство феномен који омогућава да било које прописе можемо уздићи на ранг важећег права, да је у стварању правних добара и заштитних норми законодавац ограничен само сопственим проценама и логиком,²⁸ те да су „најопакији закони и стога они који су најсупротнији вољи Бога ... били континуелно примењивани и примењују се као закони од стране судских трибунала“,²⁹ вековима је брањена идеја постојања вредности које се уздижу изнад било којег људског ауторитета, чије признавање свака власт дугује својим грађанима и које у случају грубог непоштовања чине отпор допуштеним.³⁰

Преко две хиљаде година као основни пандан позитивнистичкој догми јавља се *природно право* као крајње, неписано мерило исправног и неисправног, путоказ за добар живот у сагласности с природом.³¹ Сагласно Аквинском, основно правило природног права „чини добро и избегавај зло“ могуће је развити у читав низ конкретних норми,³² којима је нужно подредити сваку наредбу или власт, јер „ма шта се признало по навици, или било изнето написмено, мора се сматрати ништавним и неважећим уколико противречи природном закону“.³³ Но, није само природно право супротстављано правном позитивизму сагласно којем су наредба и послушност битни атрибути права.³⁴ На другом полу, насупротив закона и правног позитивизма,

²⁷ *Ibid.*

²⁸ К. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, zweite Auflage, erster Band, Leipzig 1890, 338–340, нав. према З. Стојановић (1987), 50.

²⁹ J. Ostin, *Province*, 185, нав. према Џ. Финис, *Природно право* (прев. М. Ивовић), Подгорица 2005, 369.

³⁰ О. Хефе, *Правда – филозофски увод* (прев. В. Милисављевић), Нови Сад 2008, 40.

³¹ А. П. Д Ентрев, *Природно право* (прев. С. Степановић), Подгорица 2001, 13.

³² *Ibid.*, 46.

³³ *Ibid.*, 48.

³⁴ *Ibid.*, 70.

кроз векове, али и данас, налазили су се морал, правда или легитимитет. Уколико се дубље проникне у суштину свих ових појмова, а нарочито када се ови супротставе идеји законодавства, може се схватити да се у суштини свих ових спорења налази само једно – оно које почива на идеји да постоје два права – једно које је дато и једно које представља идеално, право какво би требало да буде.³⁵ Ако, се пак, још дубље размотри овај нормативистичко – натуралистички сукоб, може се доћи до закључка да се у његовој основи, кроз различите епохе, одувек у ствари налазила контрадикција између статичног права и динамичне стварности. Супротност између вредности једног културног тренутка и вредности које константно еволуирају кроз време. С пуно основа може се закључити да је одувек постојала, али и да ће и даље постојати нормативно – културна еволутивна тензија.

3. УТИЦАЈ КУЛТУРНИХ ЕВОЛУТИВНИХ ПРОМЕНА НА ПОЈЕДИНЕ СЕГМЕНТЕ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

Начело легалитета, културни феномен доба просветитељства, остало је „заробљено“ у кривичном праву кроз различите културне епохе, све до данас. Иако је од времена када је установљено као одговор на друштвене услове XVIII и XIX века, дошло до несагледивих друштвених и културних промена, начело легалитета још увек претендује на неизмењену улогу – апсолутног заштитника појединца од самовоље власти и чувара исправности казненог механизма.

Међутим, и само начело легалитета, због своје статичности, баш као и закон, нужно се суочава с поменутом тензијом у судару с континуираном културном еволуцијом. Његова значења, вредности и симболи, „скројени“ у једном еволутивном тренутку, не могу остати непромењени након два века. Добу јаке државе, раскида с феудалним наслеђем оличеним у партикуларном обичајном праву и идејама просветитељства, као одговарајући културни рефлекс у потпуности је одговарало начело легалитета које раскида с наслеђем. У том моменту, оно је представљало адекватан нормативни подстицај покренутом културном правцу. Међутим, прилике су временом постале значајно другачије.

Вековима се пристајало на овакву „трговину“. Зарад гаранције и заштите од самовољне власти, зарад предвидивог кажњавања и могућности усмеравања поступака, толерисани су релативни конзервативизам и неприлагођена правила. Основни сегменти начела *nullum*

³⁵ Вид. више Н. Л. А. Hart, „Positivism and the separation of law and morals“, *Harvard Law Review*, 71, 4/1958, 593–629.

crimen, nulla poena sine lege деловали су довољно убедљиво, па су редовно односили превагу у конкуренцији вредности. Да ли је и данас оваква „трговина“ прихватљива? Да ли у новим условима класична полазишта начела законитости имају значај због којих им се одаје почаст у кривичном праву и због којих се пристаје и на њихове последице? И да ли их је уопште и могуће остварити?

Према неким виђењима, савремене друштвене прилике обележавају три детерминишуће појаве. Прву представља убрзавање иновација. У савременим условима, за разлику од доба када је начело легалитета конципирано, потребно је све мање времена да би одређена промена у култури, па самим тим и на плану вредности настала.³⁶ Промене за које су некада били потребни векови, данас се одвијају за свега неколико година и може се очекивати да ће овакав тренд бити све израженији у будућности, по принципу *semper accelerando*. Другу појаву представља убрзавање диверзификација, односно постојање све веће конкуренције старих и нових модела.³⁷ На крају, трећу, посебно значајну детерминишућу појаву, представља убрзавање имитација. Претходна два процеса „кружења модела“ доводе до све чешће ситуације у којој одеђени модел бива имитиран, што све за последицу има уједначавање прихваћених решења.³⁸

Посматрано кроз призму нове културне стварности, начело легалитета данас нужно делује мање пожељно него током два претходна века. Уколико се покуша задржати објективност и према једном од фундаменталних начела кривичног права, могуће је увидети се да би његова примена у неизмењеном виду сличила примени било којег културног домаћаја претходних епоха, у савременим условима. Начело легалитета у традиционалном поимању постало би тако више симбол него стварност, а неретко и самом себи циљ. На тај начин, постајало би временом све више део традиције кривичног права која опстаје упркос културним условима који су ову дезавуисали.

Четири темељна сегмента начела легалитета (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) – *scripta, praevia, certa* и *stricta*, замишљена су тако да заједно сачине формулу која ће бити довољна да заштити појединца од самовољног кажњавања. Сагласно формули, нико не

³⁶ R. Scaso, „Да би се замислило право будућности“, *Правни живот* 12/2006, 744.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.* У области права овај феномен је препознао Алан Вотсон и прославио се као творац теорије о правним трансплантима, вид. A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens GA-London 1974, објављена на српском као А. Вотсон, *Правни транспланти: приступ упоредном праву* (прев. С. Митровић), Београд 2000. Основе свог приступа у сажетом облику тај аутор износи у чланку А. Вотсон, „Право у књигама, закон и стварност: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 5–18.

може бити кажњен уколико пре него што је извршио одређену радњу (*lex praevia*), ова није писаним законом била предвиђена као кривично дело (*lex scripta*) које је јасно одређено (*lex certa*), при чему се до кажњавања ове радње не сме доћи аналогijом с неком другом сличном радњом (*lex stricta*). Због императивног карактера формуле, полазна идеја је била да ни у једном њеном сегменту од ње не би смело да буде одступања.

Међутим, подробнија критичка анализа основних сегмената начела законитости доводи до наизглед изненађујућег закључка. Начело легалитета је временом, у судару с новим околностима, изгубило доста од свог првобитног реалног значаја. Сагледано у реалним условима, свако од четири традиционална подначела, показује знаке слабости и неприлагођености савременим друштвеним, али и кривичноправним токовима. Насупрот неспорног идеолошког значаја, када се концепт размотри у појединостима, појављују се озбиљне сумње у оправданост полазних тврдњи у неизмењеном облику. Начело законитости је стога, у новим условима, чини се неопходно преиспитати. Испитати његову улогу и домете у све фреквентнијим променама диктираним убрзаном културном еволуцијом. Зато је потребно сваки од ова четири традиционална сегмента анализирати из угла савременог кривичног права и савремених еволутивних токова, да би се на тај начин објективније оценио њихов стварни актуелни значај.

3.1. *Lex scripta*

Језик, а нарочито писмо, служе као до данас најсавршенија средства очувања памћења. У том смислу, захтев за *lex scripta* је у суштини захтев за бележењем и чувањем доказа о томе да је, у одређеном тренутку, власт сматрала одређена понашања забрањеним, а не нека друга. Писани кривични закон је у том смислу, ништа више (али ни мање) него доказ, гаранција у неповерљивом друштву.³⁹ Гаранција да власт неће лагати и кажњавати за нешто друго. Али не само то.

Писани закон би требало да обезбеди и информисаност грађана. Помоћу њега наводно, сваки грађанин може да се упозна с одредбама и да своје понашање усклади с императивним нормама и тако избегне кажњавање. Формула је следећа: правило + писана форма = информисани грађанин.

³⁹ Жупанчич ипак сматра да је и најбоље писано правило, само „друго најбоље“ решење. Наводећи да због неповерења правила треба да буду писана, Жупанчич наводи како би било боље да постоји друштво „које гаји добру веру и врлину без права“, вид. Б. Жупанчич (2006), 38. Вид. и за ову тему важан правноисторијски текст А. Вајс, „Неке карактеристике старих кодекса“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969, 137–155.

Да ли је заиста тако и да ли данашњи кривични законици заиста остављају простора за полазне идеје *lex scripta*?

Има довољно основа да се под сумњу најпре доведе полазна претпоставка – да закони стварно доприносе бољем познавању права од стране грађана. Кривични закони данас, уместо јасних текстова с ограниченим бројем одредби које се тичу минималних, нужних ограничавања слободе, све више личе на непрекидно прошириване, за обичног грађанина, мало разумљиве енциклопедије. За њихово разумевање одавно није довољан сув законски текст, већ читав низ „помоћних“ прописа којима се попуњава празан простор у законима. Ако овој слици типичног савременог закона на националном нивоу, додамо и чињеницу да се у савременим условима живот појединца неретко, чак и у току дана, одвија у неколицини држава, где сагласно истом начелу важе неки други закони, ситуација постаје значајно сложенија. Можемо утврдити управо супротно – данашњи закони не доприносе бољем познавању забрањеног од стране појединца – они га збуњују, чинећи га често неслободним и фрустрираним!

У савременом свету, где је темпо промена застрашујући, грађани најчешће познају само мали број прописа који се односе или су блиско повезани с њиховом свакодневном делатношћу. Знају колико износи пореска стопа код куповине возила, да не смеју да возе брже од 120 километара на час на аутопуту, да не смеју да убију и украду или да шверцују робу преко границе. О највећем делу кривичних закона, углавном не знају ништа.⁴⁰

То ипак не смета да највећи део њих, иако нема ни основне представе о већини предвиђених кривичних дела, живи у складу с кривичним прописима.⁴¹ Већина неписмених грађана, за које *lex scripta* не представља било какву стварну гаранцију, такође не закључује више бракова, не врши самовлашће нити врши повреду гроба, иако најчешће нема било какву представу о томе да је реч о кривичним делима инкриминисаним важећим законом. У односу на њих, чињеница да су ова кривична дела предвиђена представља само виртуелно право на информисаност, којим држава даје себи формални легитимитет на кажњавање и у овим случајевима. *Lex scripta* постаје тако формални параван којим се прикрива истина која се иза њега крије. Савремени грађани у највећем броју не познају хипертрофиране савремене законе! *Lex scripta* олакшава смиривање савести, пред-

⁴⁰ Стојановић, који не доводи у сумњу традиционални значај начела законитости у савременом кривичном законодавству, ипак наводи да за нека кривична дела предвиђена кривичним законима не зна већина грађана, па чак ни правника, вид. З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд 2006, 128.

⁴¹ М. Папа, „Harmonization of general principles of criminal law, a critical report on the debate“, *International Criminal Law, Quo Vadis?, Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy*, 28. Nov–3. Dec. 2002, 354–355.

стављајући средство које омогућава да читав систем заснован на идеји *nullum crimen* и даље функционише.

С друге стране, ноторно је да неретко постоје и они који свесно крше добро позната правила понашања, без обзира на то што су добро информисани да овакви поступци могу бити драконски кажњени.⁴² Ни овде *lex scripta* не утиче на понашање појединца.

Пажљивијим посматрањем може се уочити да у савременим кривичним законодавствима одредбе кривичног права у суштини, ипак, не комуницирају с грађанином. Њихова дикција и присутни маниризам, указују да су нормe савременог кривичног права ипак првенствено намењене не грађанима – лаицима, већ правницима – судијама, који их на послетку и примењују. У том смислу се примећује да кривичноправне нормe не говоре да је забрањено вршити убиства или крађе, на пример, што би претстављало својеврсно упутство грађанину. Уместо тога, оне се обраћају судији, указујући какву одлуку треба да донесе у случају да до извршења оваквог кривичног дела дође.⁴³

Међутим, посебан значај за преиспитивање стварног домаћаја принципа *lex scripta* у савременим условима имају законске одредбе о правној заблуди. Заблуди о постојању одређеног *lex scripta*. Све до недавно, кривични законици, готово без изузетка су прихватили принцип *ignorantia iuris nocet*. Сагласно овом, класичном поимању, које је развијано упоредо с класичним поимањем начела законитости, свест о забрањености дела у потпуности је ирелевантна код процене постојања кривичног дела!⁴⁴ Иако је основна идеја *lex scripta* у наведеном обавештавању грађана о забрањеном, приликом њиховог кажњавања је потпуно ирелевантно да ли је до овог обавештавања заиста и дошло. Уместо суштинске провере да ли је начело законитости испунило своју гарантивну функцију, прибегавало се правној фикцији – да грађани познају целокупно право, па чак и онда кад су неписмени, односно кад је било у потпуности јасно да нису упознати с његовим садржајем!⁴⁵

⁴² *Ibid.*

⁴³ Тако и А. Рос, 56.

⁴⁴ Ф. Лист, *Немачко кривично право* (прев. М. Веснић), Београд 1902, 195.

⁴⁵ Критикујући овакву поставку, Харт наводи да уколико кривично право активира ову максиму у ситуацијама кад прелази с осуде поступака *mala in se* ка осуди поступака, који су само *mala prohibita*, тада оно нужно премешта своју основу са захтева да сваки одговорни члан заједнице разуме и поштује моралне вредности заједнице ка захтеву да свако познаје и разуме шта је написано законима, Н. М. Hart, „The aims of criminal law“, *Law and Contemporary Problems* 23/1958, 419. Жупанчић, критикујући ову максиму, наводи да је апсурдно да она омогућава кажњавање, чак и у ситуацији када учинилац није знао не само за закон, већ и за постојање саме максиме *ignorantia iuris nocet*, вид. М. Зупанчић, „Criminal Responsibility Under Mis-

У новије време, међутим, у већини савремених кривичноправних система, правна заблуда се под одређеним условима сматра основом који искључује кривицу,⁴⁶ а самим тим и постојање кривичног дела. Но, и даље, постоји могућност да учинилац који није знао да је дело забрањено ипак буде оглашен кривим, у случају да је утврђено да је био дужан и да је о овоме могао да има сазнање. Отклоњива правна заблуда остаје у оквирима кажњивости. Отклоњиво непознавање прописа и даље је забрањено!

Како је онда ово „кажњавање необавештених“, па чак и када је необавештеност последица нехатног пропуста, могуће уклопити у општу доктрину о *lex scripta*? Како, уколико до обавештења о писаном праву није дошло, основни постулат начела законитости не представља апсолутну одбрану? Постоји ли суштинска разлика између кажњавања некога ко није знао за инкриминисаност и кажњавања *ex post facto*? Јер, за онога ко није познавао норму, свако кажњавање овом нормом представља примену накнадне инкриминације.

Или, размотримо за тренутак однос правне заблуде и нехатних кривичних дела, односно, позитивни аспект ове корелације – однос познавања инкриминације и нехатног инкриминисаног понашања. Од каквог је значаја претходно познавање кривичне норме које *lex scripta* наводно обезбеђује, код кривичних дела извршених из нехата? Начело легалитета би и овде требало да омогући обавештеном грађанину могућност да прилагоди своје поступке. Но, тиме долазимо у само још један логички ћорсокак. Од каквог значаја је, у смислу обавештеног усмеравања својих поступака, у односу на лице које другог нехатно лиши живота, била чињеница да је познавао пропис који у овом случају предвиђа кажњавање, кад овакав исход он свеједно није желео? Или, посматрано из угла непознавања: да ли је правна заблуда код нехатних кривичних дела уопште основ који и на апстрактно теоријском нивоу, може искључити постојање кривице?

Чини се да се једини могући одговор намеће сам по себи. *Lex scripta* очувао је мало од свог аутентичног значења, из времена када је било могуће познавати кривично право и његове малобројне норме и када су кажњива дела углавном подразумевала умишљајно поступање. Данас је другачије. Данас звучи потпуно прихватљиво да

take of Law: The Real Reasons“, *American Journal of Criminal Law*, 13, 37/1985, 42. Оправдавајући аномалију начела *ignorantia juris nocet* Хал (*Hall*) сматра да је ово неопходно за очување правног поретка. „Ми знамо да то није логично“ наводи Хал, „али ни живот није, и ми не можемо приуштити себи да овде будемо логични“, *J. Hall, „General Principles of Criminal Law“*, 1960², 63–64, нав. према М. Зупанчић, (1985), 52.

⁴⁶ Види З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд 2006, 128.

„права намера која стоји иза писаног правила није толико у томе да га учини унапред познатим, у шта верују просветитељи, већ пре да га одреди независно од сваког људског памћења“.⁴⁷

3.2. *Lex praevia*

Чињеница да се од кривичног закона захтева антиципирање будућности оличена је у забрани његове ретроактивне примене. Кривични закон, који мора бити донет пре извршења дела које инкриминише, нужно је окренут будућим догађајима. Имајући у виду да барата непознатим чињеницама, он истовремено и нужно, у довољној мери, не познаје догађаје које предсказује. У том „слепилу“, закон нужно окамењује будућност из ракуса прошлости и за ову, већ самим тим, постаје сметња.⁴⁸

Наиме, основни проблем с *lex praevia* тиче се управо ове дужности перспекције – предвиђања сутрашњих вредности на основу данашњих мерила. Како у природи, у којој се све креће и мења, предвидети правила која ће једнако важити данас као и за неколико година? Како у друштву које је у непростаном превирању, осмислити норме које ће бити подједнако валидне за различите епохе? На први поглед делује немогуће. Но, начело законитости, управо то захтева.

Сагласно начелу законитости, одређено правило кривичног права, од тренутка када је донето, важи у будућности све дотле док не буде измењено неким другим правилом или у потпуности стављено ван снаге. У том смислу, формално важење норме изједначава се с њеним материјалним – суштинским важењем или њеном реалном вредношћу у одређеном друштвеном тренутку.⁴⁹ Чињеница да је одређено кривично дело предвиђено у кривичном закону, подразумева да је то кривично дело друштвено неврдно или, како се то често раније наводило, друштвено опасно.⁵⁰ Међутим, са садржинске стране, ово је веома опасно. Јер, као што наводи Кауфман (*Kaufmann*), „обавезујућа снага неког захтева упућеног човеку може произићи

⁴⁷ Б. Жупанчич (2006), 38.

⁴⁸ Како наводи Фулер: „Зачудо, један од, наизглед, најочигледнијих захтева законитости – да правило донето данас треба да регулише оно што ће се десити сутра, а не оно што се догодило јуче – изазива неке од најтежих проблема целокупне моралности права“, Л. Л. Фулер, 47.

⁴⁹ Рос ово неразликовање права (*ius strictum*) и правичности везује за континентално право, А. Рос, 319.

⁵⁰ Стојановић у том смислу истиче како управо друштвена опасност неког дела представља материјалну страну предвиђености овог дела као кривичног у закону. Па ипак, на другом месту, упозорава да материјални појам кривичног дела може доћи у колизију с његовим формалним појмом. Вид. З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд 2001, 127, 106.

само из његовог садржаја, из исправности, из истинитости онога што је захтевано⁵¹.

Опасност коју је макар једном осетио сваки кривичар, али најалост и не мали број грађана, тиче се, дакле, могућности знатног вредносног раскорака између формално важећег правила (инкриминације) и његове материјалне вредности (легитимности инкриминације).⁵² Какав је значај *ex post facto* забране, ако се под било каквим условима може дозволити кажњавање појединца, који са становишта важећих моралних полазишта, није имао било какав разлог да поверује да чини забрањено? Или, који с истих полазних основа није могао да наслути да крши правило, чак и уколико је био упознат с његовим постојањем?⁵³ Озбиљнији нормативно вредносни дисбаланс доводи до ситуације коју помиње Рос (*Ross*): „иако могу класификовати одређени поредак као ‘правни поредак’, могуће је да истовремено сматрам својом највишом моралном дужношћу да збацим тај поредак“.⁵⁴

У том смислу, могуће је уочити четири врсте односа формалног и материјалног важења норме. А – понашање је легитимно инкриминисати и оно је инкриминисано; Б – понашање је легитимно инкриминисати, али оно није инкриминисано; В – понашање није легитимно инкриминисати, али је оно инкриминисано и Г – понашање није легитимно инкриминисати и оно није инкриминисано.

Размотримо сада идеју *lex praevia* у склопу претходне формуле. Имајући у виду одвојеност тренутка стварања инкриминације од тренутка њеног пројектованог важења, неопходно је све наведене односе формалног и материјалног важења норме посматрати у временској перспективи. У сваком од наведених случајева, током краћег или

⁵¹ А. Kaufmann, *Probleme*, (нап. 1), 14, нав. према А. Кауфман, *Право и разумевање права* (прев. Д. Баста), Београд – Ваљево 1998, 163.

⁵² У том смислу, интересантно је разликовање две врсте кривичних дела на које се указује у савременој доктрини – оно којим се врши подела на дела *mala in se* и *mala prohibita*. Под првима се подразумевају дела која су зло сама по себи, која представљају кривична дела у свим друштвима и која нису подложна честим променама, као што су на пример убиство или крађа. Друга група дела, како се наводи, зависе само или претежно од процене законодавца у одређеном друштву и одређеном времену и нису истовремено и предмет моралне осуде, као што су, на пример, нека дела из области привредног и финансијског пословања. За ова друга се наводи да представљају кривична дела само због тога што су као таква законом забрањена, вид. З. Стојановић (2006), 128. Увиђајући сличну разлику Жупанчич наводи да постоји две врсте правила: она диктирана самим животом и она диктирана нечијом вољом и моћи. Прва правила назива суштинским, материјалним (*intrinsic rules*) а друга номиналним (*extrinsic rules*), В. М. Zupančič, (1985), 43.

⁵³ Вид. Н. М. Hart, 431.

⁵⁴ А. Рос, 55.

дужег временског периода, може доћи до промене схватања о легитимности инкриминисања одређеног понашања, у оба смера. Понашање које је приликом стварања норме било оправдано инкриминисати, може временом изгубити ову одлику и обратно.⁵⁵

Стварни значај одређене кривичноправне норме представља резултанту неколико фактора. С једне стране налазе се фактори времена и степена почетне (не)легитимности, а с друге стране актуелна легитимност инкриминације. Тако се може закључити да ће се иницијално низак степен легитимности одређене кривичноправне норме временом редовно само повећавати. Другим речима, инкриминације чије је битно обележје везаност за одређени тренутак (изразити примери *mala prohibita*), биће редовно неотпорне на временски протек и културну еволуцију.⁵⁶ Теоретски, могуће је замислити и обрнуту ситуацију, да иницијално нелегитимна инкриминација, временом, услед промењених околности, постане легитимна, али су овакви случајеви, генерално мање вероватни.

С друге стране, протек времена ће бити од малог или готово никаквог утицаја на кривична дела неспорне легитимности, међу која се првенствено убрајају кривична дела којима се инкриминишу акције усмерене против вредности које сматрамо универзалним.⁵⁷

⁵⁵ Финис (*Finnis*) у том смислу, између осталог наводи: „Судија који није свестан граница методологије која је довољна за нормална времена неадекватно ће одговорити на абнормалне проблеме. Суочен с револуцијом он ће рећи, на примјер: ‘Суд који своје постојање и надлежност изводи из писаног устава не може дати дејство било чему што не представља закон када се оцењује на основу тог устава’“, Ц. Финис, 286.

⁵⁶ Увиђајући овакав однос између норме и друштвене културне потребе Анденис (*Andenaes*) наводи да „у случајевима *mala per se* право подржава морални друштвени код ... у случају *mala quia prohibita* право остаје усамљено“, J. Andenaes, „The General Preventive Effects of Punishment“, *Crime and Justice* 81, 2/1971, нав. према М. Зупанчић (1985), 49, фн. 39.

⁵⁷ Овим појмом, између осталих се бави Финис који наводи: „Сва људска друштва показују забринутост за вриједност људског живота; у свима се генерално прихвата да самоочување јесте правилан мотив за акцију и у ниједном се убијање другог људског бића не дозвољава без неког довољно правичног оправдања. Сва људска друштва сматрају стварање новог људског живота добром по себи, осим ако не постоје посебне околности. Нити једно људско друштво не пропушта да ограничи сексуалну активност; у свим друштвима постоји нека забрана инцеста, неко супротстављање безграничном промискуитету и силовању, неке склоности за стабилност и сталност у полним односима. Сва људска друштва показују интерес за истину, путем образовања младих за ствари које нијесу само практичне (нпр. избегавање опасности) него и за спекулативно и теоријско (нпр. религија). Људска бића, која могу да преживе рано детињство само на основу гајења, живе у или на маргинама неког друштва које се стално проширује изван нуклеарне породице и сва друштва исказују склоност ка сарадњи, општем добру над индивидуалном, обавези између појединаца и правди унутар група. Сви знају за пријатељство. Сва поседују неку концепцију о *tuum* и *meum*, о правном основу или својини и о реципрочности. У

Уколико се ова формула пренесе на читав законски текст, виђеће се да се, у сваком тренутку одлучивања о неком догађају, у кривичном праву суочавамо с читавим низом инкриминација, изразито различите отпорности на културни еволутивни протек. Пред нама се, баш као и у природним циклусима, појављују инкриминације изузетне свежине (легитимности), оне чија је свежина (легитимност) спорна, а неретко и оне чија је стварна вредност, уколико је икада и постојала, временом престала.⁵⁸ *Lex praevia*, тако узима свој данак, а историја људске цивилизације одваја жито од кукоља правде!⁵⁹ До које мере захтев за *lex praevia* задаје потешкоће, можда најјасније илуструје постојање читавог низа кривичних дела која се налазе у разним кривичним законцима, за чије извршење никада нико није био кажњен. С друге стране, могли би се сложити да и у савременом кривичном праву постоје радње, попут канибализма, чије би инкриминасање свакако било оправдано, али су оне изостављене из закона.

На послетку, и сама идеја законитости укомпонована с накнадном применом закона од стране суда, који и сам, како смо видели, ствара закон, крије у себи специфичну замку. Закони се доносе *pro futuro*, али судије своје одлуке доносе ретроактивно у односу на догађаје на које се односе.⁶⁰ Тако и основна „врлина“ закона постаје крајње релативизовна, често до граница пукне форме и смиривања правничке савести.

3.3. *Lex certa*

Од сва четири основна атрибута начела законитости, чини се да се *lex certa* у савременим условима суочава с најзначајнијим изазовима. Апсолутно схваћен, овај сегмент подразумева право као скуп јасних и непротивречних норми, при чему је евентуалне нејасноће и

игри су све вриједности, озбиљне или формализоване, или релаксиране и рекреативне. Сва третирају тијела мртвих чланова групе на неки традиционални и ритуални начин који се разликује од њиховог поступања код одстрањивања одпадака. Сва показују бригу за моћ или принципе који се имају поштовати као наднаравна; у једном или другом облику религија је универзална“, Ц. Финис, 93.

⁵⁸ Стојановић узроке недостатка материјалне легитимације појединих инкриминација проналази у екстензивно постављеним границама кривичнопропане заштите у савременим друштвима. Такође истиче да се не би „могло рећи да су у савременом кривичном праву, у хијерархији вредности које оно штити, своје право место нашле општечовечанске вредности и добра“, вид. З. Стојановић, (1987), 5.

⁵⁹ В. М. Зупанчић, (1985), 45.

⁶⁰ Тако Хал наводи да „у одређеном смислу сво право створено путем судске праксе, што укључује и интерпретативну улогу суда, делује ретроактивно. Само фиктивно можемо тврдити да су све радње за које смо након суђења утврдили да спадају у кривична дела, биле то и у тренутку извршења. Чињеница је да је суштински реч о накнадној одлуци која се враћа у прошлост и ставља ауторитативни жиг кривичног дела на раније извршени догађај“, Ј. Хал, 171.

противречности унутар система, могуће отклонити постојећим средствима тумачења.⁶¹ Међутим, на озбиљна оспоравања оваквих поставки наилазимо већ крајем XIX века код реалиста, који, управо супротно, увиђају другачију стварност – да су закони не само изузетно, већ по правилу нејасни, двосмислени, непотпуни и противуречни.⁶² Све ово подстиче мишљења, током XX века, нарочито присутна код неопозитивистичких теорија, да право уопште и не егзистира у закону, већ да се ствара тек решењем проблема путем судске пресуде, односно да се у суштини своди на њу.⁶³ Увиђа се, при том, да законодавац предвиђањем неодређених термина, само чува илузију да баш он, а не судија који ово касније примењује, поставља правило.⁶⁴

Једном речју, по природи своје улоге, при законима који често представљају само веома широки нормативни оквир, судство преузима један део законодавне власти, користећи је у циљу исправљања недостатака који се испољавају у функционисању правног система.⁶⁵

Увиђајући ове феномене, Роско Паунд међу првима указује да право, осим помоћу правила, начела и појмова, регулише односе у друштву и помоћу мерила која називамо правним стандардима.⁶⁶ Тој најзначајнијој „пукотини“ у замишљеном свету *lex certa* приписује неколике карактеристике. Пре свега, правни стандарди садрже неки морални суд о понашању, уместо егзактног правног знања захтевају суд здравог разума и релативни су према месту, времену и околностима.⁶⁷ И заиста, читава лепеза појмова попут „очигледно несавесног поступања“, „грубог занемаривања дужности“, „штете великих размера“, „очигледно дрског начина“ и слично, доводи до закључка да је нужно озбиљно посумњати у могућност *lex certa*, што, подсетимо, представља један од основних постулата целокупног начела *nullum crimen sine lege*. Законодавци су тек временом дошли до онога што

⁶¹ М. Живковић, „Теорија примене права и кривично право“, *Правни живот* 12/2006, 1003.

⁶² О. W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881 (Dover 1991), 181–182. О америчком правном реализму и судском стварању права, вид. више Д. Митровић, *Правне теорије*, Београд 2007, 130.

⁶³ М. Живковић, 105; Д. Митровић, 133; Г. Вукадиновић, *Теорија права II*, Нови Сад 2002, 60.

⁶⁴ А. Рос, 317.

⁶⁵ Р. Паунд, *Јуриспруденција III* (прев. Ђ. Крстић), Подгорица – Београд 2000. Вид. више М. Живковић, 1010. Тако и С. М. Благојевић, *Право и стварност*, Београд 1995, 112.

⁶⁶ С. Бељански, „Роско Паунд и метафизика правних стандарда“, *Архив за правне и друштвене науке* 3–4 /2006, 1182.

⁶⁷ Р. Паунд, *Увод у филозофију права* (прев. Н. С. Крзнарић), Подгорица 1996, 101–102; исти, *Јуриспруденција*, I, 360.

се данас све јасније увиђа! Закон, да би био макар и делимично употребљив, мора свесно остављати овакве „вентиле“, који само наизглед представљају тачке слабљења. Зашто долази до постепеног слабљења начела *lex certa*?

Основни узрок овог процеса налази се у постепеној промени друштвене стварности, на чије обликовање претендује закон. Стари правни пореци одликовали су се нормативном техником која је, услед релативне неразвијености друштвених односа, обухватала најчешће само један друштвени однос или мању групу сличних односа.⁶⁸ У друштву недовољно диференцираних интеракција било је примерено инкриминисати крађу овце, на пример, без опасности да таква норма услед недовољне генерализације остане неадекватно решење. Чак је и тумачење права, онакво каквим га данас подразумевамо било мало потребно. Казуистика је обезбеђивала далеко већи степен извесности. Варварски Салијски законик, на пример, није остављао недоумице у погледу могућег поимања појма „покретне ствари“ на које данас наилазимо у сусрету с класификовањем појмова попут „струје“ или „хартија од вредности“. У њему се ишло другачијим методом набрајања, тако да је и онима који су га примењивали, а и онима на које је био примењиван, остајало мало места за креативност у тумачењу. Инкриминисане су крађе кошница, коња, говеда и робова,⁶⁹ тако да је тумачење непоузданог појма „покретне ствари“ које се данас примењује, било у потпуности непотребно.

Једноставни друштвени односи обезбеђивали су адекватну „позорницу“ за норме које су, без превише потешкоћа, могле да испуне и најстроже захтеве *lex certa*. Право је могло бити једноставније и јасније, јер су и друштвени односи били једноставнији и јаснији. Културна еволуција се налазила у раној фази.

Са постепеним усложњавањем друштвених односа, све већим бројем интеракција, новим открићима и свеопштим напретком, мења се и техника стварања и формулисања права. Рађа се нова тенденција све уопштенијег нормирања, чији је циљ да нормом обухвати што више сличних друштвених односа, који су се кроз векове фино диференцирали и чији је број постао несагледив.⁷⁰ Уместо једноставног, неразвијеног језика, који шаље јасну поруку у свету који познаје малобројне појмове и феномене, развија се све комплекснија лексика, која у комплексном друштву шаље комплексне поруке, стварајући у

⁶⁸ С. М. Благојевић, 92,

⁶⁹ Вид. чл. 8 и 10 Салијског закона, у Љ. Кандић, *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд 1992, 112. О казуистичности у раном германском праву, с мноштвом примера, в. више С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2007, 205.

⁷⁰ С. М. Благојевић, 93.

наизглед истим случајевима различите асоцијације код различитих рецептора. Једноставни појам крађе, који су познавали наши удаљени преци, временом је постао неупотребљив. Требало је инкриминисати случајеве који су се у међувремену појавили и које ранији законписци нису могли предвидети. Откривени су друштвени односи и природни феномени попут сусвојине, поделе на покретне и непокретне ствари, хартија од вредности, електричне енергије и безброј других, којима би било немогуће појединачно посвећивати засебне инкриминације. Било их је неопходно претворити у општији појам који би био подесан у сваком постојећем и будућем случају. Правници су почели да стварају дефиниције, а *lex certa* постепено је губио битку. Културна еволуција се захуктавала.

Тумачење права одавно је постало више од тумачења. С каквом сигурношћу се и надаље може тврдити да суд само примењује право уколико, чак и код традиционалних кривичних дела попут убиства, чији су теоријски и практични концепт наводно довољно разрађени, судска пракса одређује појмове попут почетка живота и тренутка смрти, о чему и данас постоје бројне контроверзе?⁷¹ И где је у том случају ово кривично дело преодминантно одређено: у закону, који предвиђа формулу звану „кривично дело убиства“ или тек у одлукама суда, које овој формули с више непознатих, дају одређени смисао?⁷²

Замислимо у овом контексту грађанина, кога кривични закон треба да информише указујући му шта је забрањено, а шта није. Или, шта је теже, а шта лакше кривично дело. Јер, информисаност грађана је један од основних разлога због којих још увек постоји поверење у законитост.

На који начин ослањањем на *lex certa* омогућити старијем грађанину сазнање да ће, уколико кишобраном нанесе модрицу неопрезном возачу ролера, овај његов поступак бити третиран као кривично дело извршено средством подобним да се тело тешко повреди?⁷³ Да ли је иза инкриминације лаке телесне повреде, заиста мо-

⁷¹ Упор. А. Трешњев, „Привилегована убиства у Кривичном законик у Србије“, *Ново кривично законодавство: дилеме и проблеми у теорији и пракси*, Београд 2006, 155–179; Д. Коларић, *Кривично дело убиства*, Београд 2008, 158–164.

⁷² Тако Андре-Висент (*André-Vincent*) наводи: „Правни поредак је конкретно структурисан многобројним индивидуалним актима“. *André-Vincent, „L' abstrait et le concrete dans l' interpretation“ (en lisant English), Lex Archives de Philosophie du Droit 135/1972*, нав. према В. М. Зупанчић, (1985), 50, фн. 41. Жупанчић коментаришући овај став додаје да се „реалност феномена права мора тражити у његовој емпириској основи, где се догађаји стварно дешавају. Према томе, не постоје апстрактне норме, само реалитет случајева у којима је одлучено“.

⁷³ Став да кишобран представља средство подобно да се тело тешко повреди изражен је у пресуди окружног суда у Београду Кж. 1775/01 од 17. децембра 2001. и

гуће уочити кишобран као могуће средство извршења? Да ли је старији грађанин, чак и уколико редовно прати измене кривичног законодавства уздајући се у начело законитости, заиста имао шансу?

Или, замислимо извршиоца, који је, иако свесно чини кривично дело, уздајући се у начело законитости, чврсто решен да изврши искључиво његов блажи облик. Какве су његове стварне шансе да докучи шта закон подразумева под крађом извршеном на нарочито дрзак начин, уколико је решен да остане у границама понашања које представља извршење основног облика кривичног дела крађе? *Lex certa* би наима, морао да омогући не само јасно упознавање грађана са забрањеним, већ и с тежим и блажим облицима забрањеног!

Но, недаће савесног грађанина, ослоњеног на *lex certa* и решеног да се повинује законским одредбама, не завршавају се с нејасним појмовима и правним стандардима. Кривични закони обилују и другим „пукотинама“ – бланкетним нормама. Наима, савремене инкриминације не само да су често нејасне и пуне „стандарда“, већ обилују и отвореним нормативним клаузулама, помоћу којих се читава, ванзаконски, нормативни скупови, које је неретко веома тешко одредити, уводе у постојећу инкриминацију. Парадокс уверевања у *lex certa* овде је можда најприсутнији.

Да ли је заиста оправдано веровати да је иједном лаику омогућено упознавање с инкриминацијом која садржи у себи бланкетне одредбе попут „кршења правила међународног права“⁷⁴ или „кршења прописа о заштити, очувању или унапређењу животне средине“⁷⁵? Реч је о бланкетним одредбама које су у тој мери комплексне да је често и правницима знатно отежано њихово потпуно разумевање. Ово је нарочито изражено у првом од два поменута случаја, имајући у виду да правила међународног права, поред писаног, обухватају и корпус неписаног, обичајног права, које је, између осталог познато и по својој изузетној разуђености и бројним контроверзама.

При томе, при разматрању *lex certa*, треба стално имати на уму да кривично право нису само инкриминације, па ни само институти општег дела, већ управо њихове небројене комбинације! Оно што називамо кривичним делима сагласно класичном концепту су, у ствари, нормативне комбинације дефиниција посебног дела и института општег дела, чији су потенцијални бројеви несагледиви! Зато је и оправдана сумња изражена од стране одређених аутора у могућност формулисања дефиниције општег појма кривичног дела,⁷⁶ имајући у

пресуди Општинског суда у Младеновцу К. 41/01 од 11. маја 2001. године, вид. И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, IV*, Београд 2002, 97.

⁷⁴ Вид. на пример, чл. 371. Кривичног законика Републике Србије.

⁷⁵ Вид. чл. 260. Кривичног законика Републике Србије.

⁷⁶ Недовољна јасност савремених закона не препознаје се само у нејасним инкриминацијама већ и у институтима општег дела. Један од карактеристичних

виду да у ствари постоје само комбинације правила, доктрина и начела, која се могу сматрати хипотезама (потенцијалним *praemisa major*), под које подводимо конкретне чињеничне обрасце који се одигравају у реалном животу.⁷⁷

Ипак, за *lex certa* не треба превише жалити! Чак и када би у идеалним условима био остварен идеал *lex certa*, потпуно јасно и одређено кривично право, које заиста покрива све ситуације које је законодавац имао у виду, не препуштајући било шта тумачењу, био би сачињен вероватно најнекориснији закон у историји! Његова ограниченост тренутком у којем је створен и на који се самим тим односи, била би у тој мери изражена, да би то вероватно условило да, тако рећи одмах по његовом доношењу, буде онемогућена његова примена! Једину могућност представљало би, у ствари, предвиђање безбројних конкретних одговора на појединачне животне ситуације – сваки чињенични образац. Само на такав начин начело легалитета би елиминисало нејасноће и слободе и сходно томе свако арбитрерно коришћење овлашћења која проистичу из на њему заснованог кривичног права.⁷⁸ Па ипак, чак и када би био остварен успех у овом немогућем подухвату, уместо закона добили бисмо његову негацију!

3.4. *Lex stricta*

Четврти сегмент начела законитости гарантује стриктну примену кривичног права само на случајеве који су предвиђени, забрањујући у суштини проширивање инкриминисане зоне путем аналогije. Реч је о сегменту који је у пуној мери повезан с претходним. Наиме, уколико би кривични законици били јасни, уколико би употребљени термини имали чиста значења, питање резоновања путем аналогije се не би постављало.⁷⁹ Тешкоће се појављују управо због постојећих нејасноћа, и то је тачка у којој се отвара простор за нежељену аналогiju.

Најкраће речено, аналогija постоји при повезивању сличних, дакле не готово идентичних феномена, када код две или више појава

примера у том смислу је и у теорији брижљиво негован општи појам кривичног дела. Када се прочитају законске одредбе које се односе на овај институт стиче се утисак да, иако доктринарно детаљно разрађиван, он највише смисла има управо за доктрину. Веома мало његовог значаја увиђају они који се правом баве у пракси, док је за грађане – лаике, он готово у потпуности неупотребљив! Из њега се наиме, често ни у назнакама не може закључити шта ће вам се у реалном животу догодити будете ли се понашали на одређени начин. Оцена понашања појединца, када једном коначно буде дата, зависиће у претежном смислу од фактора попут схватања судске праксе, коментара закона и слично, који у оваквој дефиницији нису ни поменути.

⁷⁷ Б. Жупанчич (2006), 50.

⁷⁸ *Ibid.*, 54.

⁷⁹ Вид. J. Hall, 177.

постоји одређени број сличних карактеристика, али када је такође уочено и постојање значајних различитости.⁸⁰ Треба при томе, правити разлику између аналогije и екстензивног тумачења, што се повремено пренебрегава. Док екстензивно тумачење ипак остаје у границама растегљивих појмова, аналогija у о којој је овде реч излази изван оквира појмова и симбола, чак и при највећем степену њихове „растегнутости“.⁸¹

Па ипак, традиционално схватање тумачења кривичних прописа, које је у сваком случају, с једне стране у потпуности искључивало аналогiju, а с друге стране изражавало анимозитет према екстензивном тумачењу, повремено је постајало преуска платформа за разрешење тензије створене између окошталог законског правила и непрекидног друштвеног еволутивног тока. У појединим случајевима овај раскорак постајао је у тој мери изражен да је Суд, немогавши да реши ову тензију у оквирима постављеним од стране *lex scripta*, излазио изван њих посежући за методима тумачења права, који би, и при најблажим критеријумима, морали бити назвати аналогijом. Међу значајније примере те врсте у домаћој пракси убрајају се проширивања појма „покретне ствари“, тако да њиме буду обухваћени и појмови телефонских импулса или рачунарских података код кривичног дела крађе. До овога је долазило у времену када сâм Кривични закон, сагласно тексту и начелу *lex stricta*, није омогућавао кажњавање крађе импулса и рачунарских података, до којих је све чешће долазило у пракси. Никаквим екстензивним тумачењем појма покретне ствари који је у то време постојао, није се могло доћи до ових појмова. Па ипак, судије су биле уверења да овакве случајеве није оправдано оставити ван опсега инкриминације кривичног дела крађе. Било им је неприхватљиво оно што би вероватно било неприхватљиво и сваком добронамерном грађанину неправничког резона. Инкриминација кривичног дела крађе не би имала било каквог смисла уколико би на основу ње било кажњавано одузимање књига, прехранбених производа или новца, а не и одузимање знатних вредности садржаних у другим врстама робе – телефонским импулсима и рачунарским подацима, само зато што појам покретне ствари у то време није обухватао и ове вредности. Аналогija је премостила јаз настао између законске статичности и друштвене еволуције.

У поменутиим случајевима, судије тога времена биле су сведоци појаве која је у литератури називана *контрадикцијом*. Тако је још почетком прошлог века Спасојевић уочио да се формулисањем закона прекида ток слободне друштвене еволуције као природног друшт-

⁸⁰ *Ibid.*, 173. Детаљније вид. С. Пихлер, „Аналогија у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1971, 147–157.

⁸¹ J. Hall, 177.

веног процеса, уз истовремено заснивање статичне правне норме.⁸² Тиме се у примени закона појављује тензија која се огледа у контрадикцији између формулисане и статичне норме и динамичне друштвене стварности, која је изложена непрекидним еволутивним променама. Нова друштвена ситуација тражи ново законско решење. У условима када је решење немогуће пронаћи у неприлагођеном закону, тумачење не може свој предмет тражити једино у кодификованом законодавству, већ се спонтано окреће целокупној материји, чиме његова област постаје далеко пространија.⁸³ Иако се Спасојевићево истраживање односило првенствено на област приватног права, проблеми и солуције се свакако односе и на оне с којима се среће кривичноправна област.

Шта се даље догодило с појмовима телефонских импулса и, у новије време, рачунарских података и програма? Након што је суд искорачио и аналогизацијом, која је у кривичном праву начелно забрањена, проширио појам покретне ствари и на ове појмове, друштвена еволуција је у следећем кораку довела и до еволуције закона. Реформе кривичног законодавства конвалидирале су раније прихваћене ставове судске праксе, тако што су ове измене постепено уношене у законски текст. Овај специфични *perpetuum mobile* на тај начин представља тихи и спори, али веома значајни модус прилагођавања закона и законитости новим условима, а у извесном смислу и модус њиховог очувања, уз незаобилазну улогу суда.

(Рад ће се наставити у наредном броју часописа.)

Miodrag Majić, PhD

President of the First Municipal Court in Belgrade

PRINCIPLE OF LEGALITY – NORMATIVE AND CULTURAL EVOLUTION

Summary

The principle of legality has always been considered one of the main principles in criminal law. Such approach has caused a relatively uncritical position towards the principle which has usually been considered a value which is not subject to any additional valuation. Neverthe-

⁸² Види више Ж. Спасојевић, *Аналогија и тумачење – прилог проучавању метода у приватном праву* (прев. Б. Марковић), Београд 1996.

⁸³ *Ibid.*, 51.

less, in the paper the author considers the principle of legality from a different point of view – its power of resisting continuous evolutionary changes. Thus, he perceives that the principle of legality is an evolutionary phenomenon itself which, being such, necessarily competes with other evolutionary features of a specific moment. Thus, inalterability of written norms, being one of the main characteristics of the principle of legality, necessarily causes a tension towards products of the cultural evolution, the result of which is diminishing of the original significance of the very principle of legality, if understood in the classical sense.

Four basic segments of the principle of legality (*lex scripta, praevia, certa* and *stricta*) are conceived so as to jointly form a formula sufficient for protection of an individual from voluntary punishment, thus providing a „correct“ and predictable criminal law. Nevertheless, in the contact with new circumstances, some segments of the principle themselves show weaknesses and failure to adjust to contemporary social but also criminal and legal flows. Relative predictability of evolutionary changes during the Age of Enlightenment, which is the period when the principle arose, provided trust in the principle of legality bearing in mind that social changes were slower and less significant. Contemporary social circumstances are characterized by acceleration of innovations, diversifications and imitations. The changes which used to take centuries today occur in a few months or years.

In order for the principle of legality to survive and retain its indisputable function of a guarantor, it is necessary to find the mechanisms which will enable overcoming of the normative and cultural evolutionary tension. The author finds such mechanisms in various types of deviations from the principle of legality, some of which occur within the laws themselves, whereas the others come from the out-of-law sphere. Nevertheless, both substantially represent the mechanisms ready for fast value adjustment in increasingly frequent situations where the norm is not flexible enough. The basic role in implementation of the new model would belong to the Court which would henceforth not only interpret but also increasingly make law. Thus, instead of the initial and final determinant of punishing, the law would more and more often represent only the initial cultural factor which would indicate a specific cultural direction to the court which would transform the same into the current criminal law.

This is the only way, the author states, for the principle of legality to avoid the destiny of a number of very important cultural achievements which, due to non-adjustment, remained evolutionarily outdated, retaining solely the traditional significance.

Key words: *Principle of Legality. – Criminal Law. – Evolutionary Changes. – Norm. – Law Changes. – Judge made Law.*

Др Драган М. Митровић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

О НАУЧНОСТИ НЕКОЛИКО САВРЕМЕНИХ МУЛТИДИСЦИПЛИНАРНИХ ПРАВНИХ ТЕОРИЈА

Научност неке или неких теорија се могу испитивати из најразличитијих разлога, какви су недовољно развијена методолошка апаратура, очигледна једностраност и недовољност, мала вероватноћа, етички неприхватљиви резултати, итд. Посебан предмет пажње представљају најновије теорије. Пошто данас постоји велики број разнородних мултидисциплинарних правних теорија, у раду ће бити сумарно приказане и коментарисане само оне најинтересантније, где се саопштавају резултати који налажу озбиљно преиспитивање њихове научне вредности или указују на циљеве који су, као мање уочљиви или нерасоткривени, садржани у њиховим дубљим слојевима.

Кључне речи: *Мултидисциплинарност. – Мултикултурализам. – Конституционализам. – Комуитаризам. – Феминизам.*

Држава и право се на крају XX и почетку XXI века све више истражују мултидисциплинарно. Тиме су створени услови за „велико растварање“ консолидованих школа и праваца и значајно тематско проширење правног интересовања на теме и области које су обично остајале изван интересовања правника. Поред традиционалних тема, у распону од теорије правде до правне науке и од теорије норме до теорије организације, све више се афирмишу студије конституционализма као особена теорија права, феминистичке студије и студије тзв. „женског права“, критичке правне студије, нове институционалистичке теорије, мултикултурализам, комуитаризам, социолошко-антрополошки правни плурализам, функционалистичке, кибернетске и информатичке правне теорије, све до биоетике са биојуристиком или покрета права и књижевности.¹

¹ Вид. Д. М. Митровић, *Правна теорија*, Београд 2007.

1. ПРИКАЗ ИЗАБРАНИХ МУЛТИДИСЦИПЛИНАРНИХ ПРАВНИХ ТЕОРИЈА

1.1. Критичке правне студије

Осамдесетих година XX века у Америци настао је покрет критичких правних студија (*Critical Legal Studies*), са циљем да у целој критици испита правну појаву. Критика припадника овог покрета посебно је била усмерена на правну праксу која се ослања на либерализам, поступа формалистички, показује снажну тежњу за објективизацијом, тежи недозвољеној универзализацији и примењује право као један облик економије.

За разлику од америчког реализма, који се данас пре може сусрести у музеју него у животу, припадници овог покрета су право сматрали мноштвом друштвених правила. Због тога су своје интересовање усредсредили на проналажење новог начина за њихово тумачење и примену. По њима, „право је политичко средство“ које постоји ради остварења интереса групе, партије или класе која га ствара. Зато „богати и моћни користе право као инструмент за принуду са циљем да одрже постојеће место у друштвеној хијерархији“.²

Да је реч о правном покрету, а не правној школи, показује разнородност његових представника, у које спадају Роберто Магабеира Унгер (*Roberto Magabeira Unger*, р. 1947), Данкан Кенеди (*Duncan Kennedy*, р. 1942), Роберт Ј. Гордон (*Robert J. Gordon*, р. 1940), Мортон Хорвиц (*Morton Horwitz*, р. 1938), Кетрин Мекинон (*Catherine A. MacKinnon*, р. 1946), Жак Дерида (*Jacques Derrida*, 1930–2004) и други, који иначе припадају различитим мисаоним токовима унутар америчког реализма, марксизма и њихове „посткултуралистичке критике“. Једни чланови овог покрета право сматрају идеологијом, други резултатом класне борбе и реновираних захтева радничке класе, док трећи примењују „деконструкцију“ као метод да би анализирали право и правду, правду и силу, силу и право.

Метод деконструкције представља препознатљиву ознаку учења Жака Дерида. Тај суштински психолошко-респективни метод је убрзо прихваћен као користан када преиспитивањем предмета истраживања треба отклонити властиту збуњеност пред маглама које обавијају новонастајуће облике доминације над људима. Упоришну тачку представља Деридин став да „насиље није изван правног поретка, оно стоји у темељу права“.³ Даљом применом метода деконструкције, Дерида показује да право више није логичан и кохерентан

² Г. Вукадиновић, *Теорија државе и права II*, Нови Сад 2007 (2008), 85.

³ Ж. Дерида, *Сила закона*, Нови Сад 1995, 54.

систем, већ производ временски неодређене игре значења („игре стаклених перли“).

Главни представник овог покрета је ипак Роберто Магабеира Унгер, који је у својој књизи *Знање и политика (Knowledge and Politics)* прво развио једну заокружену „теорију о личности“, желећи затим да изгради и једну „позитивну теорију“ која би утицала на промену постојећег друштва.⁴ У њој Унгер формулише „идеал заједнице са *органским групама* које ће превазићи систем доминације. Управљање активностима ових група и спречавање наметања једне другима вршиће *држава* која би требало да буде на светском нивоу“.⁵

1.2. Феминистичка јуриспруденција

У оквиру покрета критика правних студија, али и изван њега, настале су и развиле се феминистичке студије са својом феминистичком јуриспруденцијом и њеним различитим правцима, као што су *феминизам разлике* – Френсис Елизабет Олсен (*Francis Elisabeth Olsen*, р. 1945); *културни феминизам* – Керол Гилиген (*Carol Gilligan*, р. 1936); *радикални феминизам* – Кетрин Мекинон (*Catherine A. MacKinnon*, р. 1946); *скандинавска школа женско право (Women's Law)* – Тоув Станг Дал (*Tove Stang Dhal*, р. 1940), итд.⁶ На правном плану, овај правац је прво имао за циљ постизање једнаког друштвеног третмана жена, што је учињено реформским захтевима да се формално укине њихова дискриминација у односу на мушкарце. Следећи корак је имао за циљ стицање посебног друштвеног третмана за жене због успостављања суштинске једнакости између мушкараца и жена узajамним уважавањем њихових разлика. На чисто теоријском плану, пак, феминистичке студије су тематски веома разнородне и крећу се у распону „од признавања улоге права као инструмента способног да донесе корист женама, до критике полног карактера правних норми изграђених на основу превасходно мушких образаца, категорија и вредности, па зато неспособних да буду огледало визије и интереса жене“.⁷ На тој основи створене су бројне феминистичке анализе друштва како би се показала неоснованост либералне идеје о универзалности и неутралности права и указало на неоснова-

⁴ R. M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York (1975) 1984.

⁵ Г. Вукадиновић, 88.

⁶ Вид. и С. Mackenzie, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard 1989; J. Christman, „Feminism, Autonomy and Self-Transformation“ *Etics* 99/1995; M. Friedman, „Feminism, Autonomy and Emotion“, *Essay on the Work of Virginia Held* (ed. J. G. Haber), Landham MD 1998; M. Fricker, J. Hornsby, „Feminism in Ethics: Conceptions of Autonomy“, *The Cambridge Companion to Feminism in Philosophy*, Cambridge 2000.

⁷ Г. Фасо, *Историја филозофије права*, Београд – Подгорица 2007, 685.

но схватање полног и функционалног карактера жена из мушке перспективе. Штавише, настале су бројне тзв. „феминистичке теорије државе и права“, иако савремене најразвијеније државе са њиховим правима себе одавно не сматрају полно неутралним или опредељеним, али се не одричу претензија на неку врсту универзалности права. Зашто би то био случај са теоријом државе и права, која свакако није настала из полних разлога? ⁸ Можда зато што то мање обавезује њихове ауторке.

1.3. Школа економске анализе права

Школа економске анализе права (*Law and Economics Analysis*), позната и као нова чикашка школа права (за разлику од старе која се развила у раздобљу пре II светског рата са циљем да поврати поверење у моћ тржишних снага), коју представљају Пол Х. Даглас (*Paul H. Douglas*, 1892–1976), Френк Х. Најт (*Frank H. Knight*, 1885–1972), Хенри Шулц (*Henry Schultz*, 1893–1938), Јакоб Винер (*Jacob Viner*, 1892–1970), Милтон Фридман (*Milton Friedman*, 1912–2006) и други, усмерена је на методолошка питања. Она има за циљ да укаже на тесну везу економије и права, а посебно да законодавним и судским органима предочи значај њихових правних решења у светлу произведених економских последица.

Полазећи од тога да право изражава логику економије, тј. да почива на економским начелима, ова школа анализира правне норме у прописима и судским одлукама руководећи се економским разлозима. Она „посебно испитује да ли су правна решења садржана у прописима и појединачним одлукама таква да омогућавају оптималан распоред (алокацију) економских извора и средстава (ресурса)“ којима се повећава степен друштвеног благостања и, закључно, предлаже да том циљу треба прилагодити правне институције. Њих треба тако стварати да се подстиче привредна оптималност. Школа економске анализе објашњава и обрасце принуде у различитим системима права или у различитим деловима истог система права (законско, прецедентно право, итд). Пошто је реч о англосаксонској школи, њено интересовање се посебно усредсређује на судију као ствараоца права.⁹

Идејни зачетници школе економске анализе права су Роналд Х. Коуз (*Ronald H. Coase*, р. 1910), Ричард Познер (*Richard Allen Posner*, р. 1939) и Гвидо Калабрези (*Guido Calabresi*, р. 1932). Роналд Коуз, један од оснивача школе и добитник Нобелове награде за своја еко-

⁸ Вид. Д. М. Митровић, 15–18.

⁹ К. Jones, *Law and Economy*, Burlington, MA 1983; D. M. Hausman, M. S. McPherson, *Economic Analysis, Moral Philosophy and Public Policy*, Cambridge 2006.

номска истраживања, истицао је да судија мора бити спреман да озбиљно анализира економске последице својих одлука за економију у целини, а не само неопходне трошкове вођења судског поступка. Коузова основна идеја је да економска делатност треба да буде коначни арбитар у судском поступку одлучивања.¹⁰

Најзначајнији представник ове школе је Ричард А. Познер. Полазећи од тога да је „набијеност права економијом основ позитивне теорије о правном домену који највише обећава“, Познер настоји да право у целости подвргне економској анализи, одређујући као главни задатак права „максимално увећање богатства, а не стварање потпоре држави благостања“. По његовом мишљењу, помоћ програмима социјалне помоћи није ништа друго до „крађа“.¹¹

Познерово учење је у још већој мери обојено чистим прагматизмом лишеним етичности, јер он одбија да прихвати „било какву значајнију улогу моралне теорије у правном истраживању“.¹² С друге стране, препустивши се претеривањима економизма, неки други представници ове школе су чак тврдили да право и правна наука у целости могу да се сведу на економију и економску науку, приближивши се на тај начин варијанти марксизма совјетске теорије раног периода.

Школа економске анализа права, заснована на начелима бихевиоризма, нормативности, дескриптивности и еволуционизма, пришла је праву прагматично, оправдано указујући на често занемариване економске последице стварања и примене правних правила. Али, као и свако претеривање, она је запала у редукционизам инструментализовањем права, његовим свођењем на економију или, чак, његовим изједначавањем са економијом. Таквом неприродном једностраношћу она је из свог видокруга потпуно искључила друге бројне стране, а посебно вредносне, етичке и хуманистичке циљеве права, свдећи све на рационалност и ефикасност („економску машину“, „економистичко насиље“) ради „максимизације користи“ или барем „Парето побољшања“ у име могућег благостања пројектованих „постиндустријских друштава“.

Оно о чему заинтересовани грађани свакодневно воде рачуна, школа економске анализе је уздигла до нивоа науке на провокативан и људски неприхватљив начин. Изгледа да су „учинци“ таквог учења доношење очигледно „неправедних“ закона (на пример, најновијег закона о запошљавању у Француској, којим се терет трошкова сваљује

¹⁰ R. Coase, *Essays on Economics and Economists*, Chicago 1995.

¹¹ R. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard 2002, 227–228.

¹² Г. Вукадиновић, 83.

/“редистрибуира“/ на сиромашније или незапослене слојеве грађана), „изненађујуће“ пресуде за „моћнике“, оснивање приватних затвора или, чак, „дух текста“ Болоњске декларације.¹³

1.4. Конституционалистичке правне теорије

Криза правног позитивизма није довела само до настанка нових природноправних теорија Радбруха, Дворкина, Финиса, Фулера и других или до потпуно нових феминистичких теорија, већ и до нових конституционалистичких теорија (новог конституционализма) као особених правних теорија различитих од легалистичких теорија. Њихови најпознатији представници су Роберт Алекси (*Robert Alexy*, р. 1945) и Карлос Сантјаго Нино (*Carlos Santiago Nino*, 1943–1993). Док су легалистичке теорије наводно сведене на традиционални јус-позитивизам, дотле су конституционалистичке теорије више усмерене ка истраживању све сложенијег нормативног састава савремених уставних система. Зато оне на прво место, готово у средиште свог истраживања, стављају проблем моралне коректности права, сматрајући да тиме довољно потврђују своју несводљивост на важеће право у његовим позитивистички одређеним формалним оквирима. Њихово препознатљиво обележје је везано за уношење морално релативних садржаја у право које изражавају правно утврђена начела и неутуђива права појединаца. На нивоу уставно-политичког система, пак, конституционалистичке теорије се залажу за утврђивање одлучујуће улоге законодавца у области примене уставних начела и исте такве улоге судија приликом њиховог остваривања. У ствари, улога законодавца и судија је у овим теоријама толико наглашена да судије, на пример, могу да доносе одлуке које су супротне законима, по чему учење ових теорија подсећа на учење школе слободног стварања права.¹⁴ Али, њихов основни циљ је другачији, јер се у бројним варијантама ових теорија њихови припадници здушно залажу за оправдање добровољне конституционализације сецесије као сагласног (консензусног) облика отцепљења, коју (због пристанка матичне

¹³ Могуће је да је примена таквог учења довела до садашње монетарно-финансијске кризе у најразвијенијим земљама, пошто је немогуће да државна власт није пратила делатност односних финансијских институција и да није уочила јасну опасност од блиских и далеких последица. Да ли из тога може да се закључи како је у току још једна велика прерасподела друштвеног богатства (у ствари, *међународна пљачка*) над свим недовољно заштићеним друштвеним слојевима у савременим државама, и то у складу са Шекспировом мишљу из *Тита Андроника*: „*Sicut quique* је наша римска правда. Принц узима збиља оно што је његово“ (В. Шекспир, *Целокупна дела*, I чин, сцена I, књ. III, Београд 1978, 268). В. више Д. М. Митровић, „Виљем Шекспир о држави и праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1990, 95–118 и исти, „Право, правда и милосрђе у драмама Виљема Шекспира“, *О правди и правичности* (уред. М. Кнежевић), Београд 1995, 243–253.

¹⁴ Г. Фасо, 669–676.

државе) треба разликовати од једностране (унилатералне) сецесије.¹⁵

Иако мале научне вредности, конституционалистичке правне теорије нису мале политичке вредности, будући да могу да послуже као згодна „научна“ подлога новим глобалистичким политичким доктринама и идеологијама.

1.5. Мултикултуралистичке правне теорије

Међу новим учењима или најновијим тумачењима постојећих учења о људским слободама и правима, и то у распону од индивидуалних и моралних¹⁶ до послемодернистичких социјалних и политичких,¹⁷ посебно место имају мултикултуралистичке теорије. Када чињенично и описно изучавају извешан тип друштва у коме заједнички живе различите културне групе, ове теорије су првенствено предмет изучавања социолога и правних социолога. Када се њима нормативистички означава правно-политички идеал за чије остварење држава треба да се залаже користећи право и образовање као своје инструменте, тада оне постају првенствено предмет интересовања политичко-социјалних и правних философа.¹⁸

Мултикултуралистичке теорије разматрају односе који се тичу индивидуалног или колективног идентитета појединаца и најразличитијих социјалних група које своје особености све отвореније испољавају позивањем на утврђену „трећу“ или неку још новију генерацију људских слобода и права. До тога је дошло захваљујући утицају социјалне и политичке философије на Западу, у којој су аутономија и право почели прво да се доводе у везу са новим тумачењима старијих учења о „сопству“ (*Identity and Conceptions of the Self*), а затим и са потпуно новим учењима о тзв. „колективном идентитету“. Том приликом, колективни идентитет се обично изводи из индивидуалног идентитета и смешта у шире моралне и политичке оквире. Захваљујући таквом приступу и право је почело да се схвата као сред-

¹⁵ Вид. више М. Јовановић, *Constitutionalizing Secession in Federalized States: A Procedural Approach*, Utrecht 2007, ix-xix и 14-46.

¹⁶ D. Gauthier, *Morals by Agreement*, London 1986; L. Howorth, *Autonomy: An Essay in Philosophical Psychology and Ethics*, New Haven 1989; T. Hill, *Autonomy and Self-Respect*, New York 1991.

¹⁷ R. Young, *Autonomy: Beyond Negative and Positive Liberty*, New York, 1986; T. Christiano, *The Rule of Many: Fundamental Issues in Democratic Theory*, Boulder, Colorado 1988 (1996); S. White, „Political Theory and Post Modernism“, *Political Theory*, 18, 1/1991; J. Crittenden, *Beyond Individualism: Reconstructing to Liberal Self*, New York 1992; Christman, „Liberalism, Autonomy and Self-Transformation“, *Social Theory and Practice*, 27, 2/2001.

¹⁸ Г. Фасо, 707.

ство за регулисање односа који се тичу широко схваћеног права на индивидуални и колективни (аутономни) идентитет, као код Џералда Дворкина (*Gerald Dworkin*, р. 1937).¹⁹

Подлогу индивидуалном и колективном идентитету представљају нова либерална учења о „неутралној држави“ и „политици разлике“, спојена са учењима о трајним, инхерентним, колективним („групно диференцираним“) правима која – једном кад су призната – постају стечена, што значи да се више не смеју ограничавати или укидати. Посебан проблем представља решење односа задатака либералне државе и примене учења о колективним правима, јер либерализам почива на слободи и индивидуализму, док то није случај са колективним правима која почивају на идеји једнакости.²⁰ Због тога се у овим теоријама истиче да је човек аутономно биће у односу на друге које не интересује некакво метафизички засновано право, већ само оно које му омогућава да се представи у светлу својих суштинских индивидуалних расних, религијских, полних и других разлика. И те разлике се схватају као његов аутономни индивидуални или колективни идентитет.

Кад је само реч о колективном аутономном идентитету, мултикултуралистичке теорије јасно разликују колективно (здружено) вршење индивидуалних права (на пример, права из рада у случају штрајка запослених) од вршења колективних права чији је правни титулар неки колектив(итет) чију суштину као „аутохтоне популације“ сачињавају особена обележја друштвених група образованих по расном, полном, етничком, хомосексуалном или чак хендикепу као основу. Та колективна права се разликују од заједничких права удружених појединаца првенствено по томе што су „дата“ као таква, што не настају удруживањем појединаца већ самим постојањем колективитета којима се ипак постепено признаје „право на постојање“ и „право на (унутрашње и спољашње) самоопредељење (самоодређење)“.²¹ И док већина земаља и данас пробирљиво признаје право на постојање тзв. „аскриптивним групама“, дотле се у малом броју

¹⁹ G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge – New York 1988.

²⁰ Вид. R. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven – London, 1989; A. Lijphart, *Demokracija u pluralnim društvima*, Zagreb, 1992; J. Rawls, *O liberalizmu i pravедности*, Rijeka 1993; S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago 1995; J. Christman, *States and Citizens*, Cambridge 2003; исти, *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, Cambridge 2005; T. Iversen, *Capitalism, Democracy and Welfare*, Harvard 2005; C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, Cambridge 2006.

²¹ Вид. више, М. А. Јовановић, *Колективна права у мултикултурним заједницама*, Београд 2004, 141–151, као и исти, „Постоје ли колективна права? (I део), *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 89–107; исти, „Постоје ли колективна права? (II део), *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 25–46.

земаља (у којима постоји заштита проистекла из права на такво самоопредељења) сматра да та вредност постаје основ за развитак „алтернативних уставних оквира“, где се „онима који поседују право на самоопредељење додељује аутономија у значајној мери“.²² Те групе такође имају право да се изјасне какву државну заштиту траже, пошто држава претходно изрази свој став о том питању. И управо у том оквиру су пронађене нове могућности за проширење мултикултурно схваћеног права на област аутономног колективног идентитета.

Најпознатији представници су Чарлс Тејлор (*Charles Tylor*, р. 1931), који се сматра једним од родоначелника овог теоријски хетерогеног правца, Вил Кимлика (*Will Kimlicka*, 1962), Кристина Корзгард (*Christine M. Korsgaard*, р. 1952), Јан Браунли (*Ian Brownlie*, р. 1932) и Кристијан Томушат (*Christian Tomuschat*, р. 1936).²³ Ипак, посебно место припада Џозефу Разу (*Joseph Raz*, р. 1939),²⁴ Хартовом ученику и наследнику. Његова мисао, која се креће у распону од философије морала, преко философије права, све до политичке философије, налази своје јединство у појму „философије практичног ума“ или „практичној философији“ која се супротставља неутрализму либералне традиције и афирмише посебну верзију тзв. „мултикултуралног либерализма“ схваћеног као „нормативни пропис“ који „оправдава унапређење, охрабрује напредак културних мањина и захтева поштовање њиховог идентитета“. Такав Разов „мултикултурни избор“ заснива се на вредностима „идеје слободе“ (по којој „слобода и развој појединаца зависе од њихове пуне и слободне припадности културној, животној и поштованој групи“) и „идеје плурализма вредности“ (која се састоји у признавању вредности различитих култура насталих по ма каквом основу, макар оне биле међусобно несагласне).²⁵

1.6. Комунитаристичке правне теорије

Мултикултуралистичким теоријама су блиске комунитаристичке теорије које посебно истичу заједницу, идентитет и слободу као

²² A. Cassese, *A Self-Determination of Peoples – A Legal reappraisal*, Cambridge 1995, 351–352, наведено према М. А. Јовановић (2004), 150.

²³ I. Brownlie, *Rights of Peoples in International Law*, Oxford 1988; C. Tomuschat, *Self-Determination in a Post-Colonial World*, Dordrecht 1993; Ch. M. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, New York 1996; Ч. Тејлор, *Призивање грађанског друштва*, Београд 2000; V. Kimlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minorities Rights*, Oxford 1995 (*Мултикултурално грађанство. Либерална теорија мањинских права*, Нови Сад 2002).

²⁴ J. Raz, *Practical Reason and Norms*, London 1975; *The Morality of Freedom*, Oxford 1986 и *Etics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford 1994 (Ц. Раз, *Етика у јавном домену. Погледи из моралности права и политике*, Београд – Подгорица 2005).

²⁵ Г. Фасо, 710.

вредности, односно друштво као заједницу спојену истим вредностима. Такав приступ је нужно довео до критике мултикултуралистичких теорија које, према схватању комунитариста, у први план истичу идеје либерализма и индивидуализма подржане „атомизираном“ визијом грађанског друштва. Најпознатији представници комунитаристичког правца (Мајкл Волцер (*Michael Voltzer*, р. 1935), Аласдер Мекинтајер (*Alasdair MacLtyre*, р. 1929), Мајк Сендел (*Mike Sandel*, р. 1953), Амиај Етициони (*Amitai Etzioni*, р. 1929) баве се политичким питањима грађанства, организације друштва и нацијом као појавом.²⁶ На пример, према Волцеру („либералном комунитаристи“), „подручје правде је друштво у коме ниједно друштвено добро не служи као средство доминације“.²⁷ То значи да се подручје правде сигурно налази тамо где је то или неважно, или недостижно. Увиђајући противуречност, Волцер друштвену правду релативизује, чинећи је зависном од друштвених околности или културног миљеа друштва. Али, да ли је тада уопште реч о правди?

1.7. Социјално-антрополошки правни плурализам

Почетком шездесетих година прошлог века, после дводеценијског затишја, поново оживљава интересовање за правни плурализам међу представницима савремене социологије права, посебно међу оним њеним америчким присталицама који су истраживали социологију организације и антропологију права. Међу њима посебно место припада Виљему Евану, Карлу Лјуелину и Е. Адамсон Хобелу.

Према Виљему Евану (*William M. W. Evan*),²⁸ познатом америчком социологу права и организације, да би се схватио особен друштвени састав права који се изводи из појма правног система, треба се одрећи етатистичког приступа по коме се право везује за државу и њену принуду. По њему, састав правног система чине два нужна и довољна услова: множина правних норми и њима прилагођена улога органа главних власти у држави. Те услове за одређивање плурализма правног система допуњавају мерила јурисдикције и демократичности. Њиховим комбиновањем могу се раздвојити демократски системи јавног и приватног права од недемократских. Ипак, њихова подела је релативна, јер недемократски системи могу да постану демократски, и обрнуто. Еваново учење објашњава савремене потребе интервенционистички усмерене државе, али у исто време критикује

²⁶ M. Sandel, *Liberalism and Limits of Justice*, Cambridge 1982; A. Мекинтајер, *Критика историје етике*, Београд 2000; A. Etzioni, *The Thrd Way to a Good Society*, London 2000; M. Волцер, *Подручје правде*, Београд 2000.

²⁷ M. Волцер, 16.

²⁸ W. M. Evan, *Public and Private Legal System, Law and Sociology – Exploratory Essays*, New York 1962.

крајности у начину њеног функционисања, оличене у претераном етатизму или индивидуализму.²⁹

Према Карлу Лјуелину (*Karl N. Llewellyn*, 1893–1962)³⁰ и Е. Адамсон Хобелу (*E. A. Hoebel*, 1906–1993), америчким правним социолозима-антрополозима који су се посебно бавили проучавањем друштвене власти без државе (антропологијом и анатомијом друштвених сукоба), тј. плуралистичком влашћу (ослобођеном етатизма позитивистичких правних теорија), погрешно је сводити целокупно примитивно право на тзв. „групно право“. Исто тако је погрешно сводити модерно право на индивидуалистички схваћено државно право, када је у савременом праву све више изражен нови социјални плурализам, примерен захтевима савременог и све више глобализованог друштва.

И други савремени правни писци одређују нови правни плурализам на различите начине. За једне – Макс Глукман (*Max Gluckman*, 1911–1975) и П. Боунан (*P. Bohannan* 1920–2007),³¹ карактеристично је истицање идеје о постојању мноштва различитих правних поредака унутар истог поретка, тј. „коегзистенције различитих норми или правних система у истим или комплементарним политичким и правним пољима“. Такав социолошки обојен правни плурализам доживљава се и одређује као „правни сплет“ настао постојаним укрштањем и слагањем, као појава „надлегалитета“, као „динамички процес неправилне и нестабилне комбинације правних система“, чиме згодно може да се објасни наднационални развој система права Европске уније. Други, као Жан Вандерлинден (*Jean Wanderlinden*, р. 1929), плурализам одређују као примену различитих правних механизма у оквирима истог поретка у истим ситуацијама. Такав правни плурализам се односи на саставне делове система права: правне установе, гране или области, на основу чега се разликују бројне врсте правних система (паралелани и интегрисани, кумулативни и изоловани, жељени и обавезујући, наметнути и сагласни, итд). По Вандерлиндену, систем права увек има за циљ успостављање „јединства права“ и „материјалну и психолошку хомогенизацију друштвених група“.³² Ипак, то јединство је „неоправдано и неправедно“, јер се јединственим системом права „не обезбеђује правда, а ни ефикасност права“, већ надмоћ владајуће групе или равнотежа једнаких друштвених група. Трећи правни плурализам поједностављују и своде на неетатистички дуализам између тзв. „инфраправа“ (заснованог

²⁹ Г. Вукадиновић, 159–160.

³⁰ К. Llewellyn; Е. А. Hoebel, *The Cheyenne Way. Conflict and case Law in primitive Jurisprudence*, Oklahoma 1941.

³¹ М. Gluckman, *The judicial process among the Borotse of Northern Rhodesia*, Manchester 1955; Р. Bohannan, *Justice and Jgement among the TIV*, London 1957.

³² Г. Вукадиновић, 161–162.

на веровању, фолклору или чак вулгарним обрасцима понашања) и све више глобализованог савременог државног права. Према Жану Карбонијеу (*Jean Carbonnier*, 1908–2003), правни плурализам показује да систем инфраправа (правила подкултуре, укључујући ту чак и права деце) постоји не само изван, већ и унутар општег система државног права, чак и када су стара правна правила формално укинута од стране државе.³³ На трагу Карбонијеових антрополошких запажања и наговештаја, Норбер Рулан (*Norbert Rouland*, р. 1933), најзначајнији савремени француски социолог-антрополог, развио је своју идеју правног плурализма (истражујући рано римско и рана аутохтона права у источним провинцијама римске државе) с намером да објасни политичке и правне циљеве некадашњих колонијалних држава и затечени невероватно разноврсни плурализам у тадашњим колонизованим друштвима. Најважнији резултат његовог истраживања представља закључак да је римско *ius gentium* створено како би се разрешио плуралистички проблем мноштва правних система који су примењивани међу покореним народима.³⁴ Тај закључак посебно иде у прилог заговорницима савремених наднационалних и међународних интеграција, јер је очигледно да су сва друштва саставно и суштински плуралистичка, какав је случај и са њиховим правима.³⁵

2. ОСВРТ НА НАУЧНЕ УЧИНКЕ ПРИКАЗАНИХ МУЛТИДИСЦИПЛИНАРНИХ ПРАВНИХ ТЕОРИЈА

У најкраћим цртама приказане мултидисциплинарне теорије са критичким коментарима су усмерене на три теме: право, правда и држава. Њихов циљ је да докажу како друштво треба деконструкцијом довести до крајњег стања светске државе са цивилним друштвом,³⁶ зашта се отворено залаже Роберто Магабеира Унгер када тврди да су право и светска држава средства за спречавање успостављања доминације између тзв. „органичних“ друштвених група.

2.1. Право

Када је реч о праву, посебно треба скренути пажњу на четири новине и замерке. Једну новину представља разматрање могућности

³³ Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци – Подгорица 1992.

³⁴ Г. Вукадиновић, 162–163.

³⁵ В. Dupret, „What is plural in the law? A praxiological answer“, *Égypte/Monde arabe*, 1/2005, 159–172; М. Sharifi, „Justice in many rooms since galanter: de-romanticizing legal pluralism through the cultural defense“, <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>, 2008.

³⁶ Д. М. Митровић, „Право у светлу теорије хаоса и правне теорије“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/ 1997, 139–149.

конституционализације тзв. сецесионистичке клаузуле у либерално-демократским државама. Али то у овом раду није констатоване једног легитимног научног интересовања, већ његова критика, јер би прихватање те новине и њено евентуално уношење у уставе захтевало стварање потпуно нових појмова државе и државног уређења. А када би се таква реконструкција извела, умесно би се могло поставити питање да ли је тада то уопште држава.³⁷ Није нимало случајно што савремена уставна и политичка наука у свету такве „државе“ назива „недовршеним“. Дакле, конституционалистичке теорије садрже опасност од разбијања садашњих држава легитимизовањем сецесионистичке клаузуле, упркос томе што је цивилизовано разилажење увек боље од нецивилизованог заједничког живота или нецивилизованог раздвајања. Није случајно да чак ни у најразвијенијим либерално-демократским државама савезног типа не постоји право на нулификацију (одустајање поништавањем акта, и то улагањем вета државе-чланице), нити право на сецесију (отцепљење). Забрана тих права није случајна. Забрана нулификације (обично формулисана у облику тзв. заштитне клаузуле) представља меру против раздруживања у сложеним јединственим државама које по правилу настају спајањем. Она се састоји у забрани улагања вета држава-чланица на одлуке органа федерације. Забрана сецесије представља додатну заштиту државе од самовољног издвајања, тј. једностраног распарчавања било ког дела савезне државе од стране њених држава-чланица.

Следећу новину и замерку представља то што се у приказаним теоријама садржај правне државе све више „разблажује“ њеним везивањем за најшире постојање и поштовање људских слобода и права у мултикултуралистичком или комунитаристичком смислу, као код Чарлса Тејлора (*Charles Taylor*, р. 1931), Џозефа Раза (*Joseph Raz*, р. 1939), Мајка Сендела (*Mike Sandel*, р. 1953), Мајкла Волцера (*Michael Voltzer*, р. 1935) и других, или се правна држава све отвореније оспорава и сматра излишном, пошто она одавно више не може да одговори новим технолошким, информатичким, правним и друштвеним изазовима,³⁸ због чега се понекад посеже за увођењем ванредног стања, које би у једном кризном тренутку могло да прерасте у редовно стање великог броја држава или могуће Светске државе.³⁹

³⁷ Вид. више М. Јовановић, *Constitutionalizing Secession in Federalized States: A Procedural Approach*, Utrecht 2007; *Transition and Federalism – East European Record, Federalism and Decentralisation in Eastern Europe: Between Transition and Secession* (eds. М. Јовановић, S. Samardžić), Zurich – Vienna 2007.

³⁸ Вид. Д. М. Митровић, „Правна држава као правна мисао и као правно искуство“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1993, 173–183, као и *Правна држава – порекло и будућност једне идеје*, (ур. Д. Милер, Д. Баста), Београд 1991.

³⁹ J. Lynch, *Age in the Welfare State*, Cambridge 2006; M. Deflem, *Sociology of Law*, Cambridge 2008; G. Agamben, *State of Exception*, Chicago-London 2005 (*Stato di*

На ове теорије се згодно надовезују најновије социолошко-антрополошке теорије, које истраживањем древних друштава и права или правног плурализма у савременим правима настоје да открију заједнички именитељ који би послужио као научно решење или подлога за објашњење и оправдање наднационалног организовања које је у току,⁴⁰ какав је од 1992. године случај са Европском унијом или од 2005. године са новооснованом Северноамеричком унијом.

Реченом треба додати и четврту новину, тј. замерку чисто методолошког карактера, која се састоји у интелектуалној усредсређености на замишљени циљ према коме се обликују ове теорије, а не обратно – дакле, у замени полазних поставки. Карактеристичан пример представља Познерово учење лишено етике и етичности, феминистичко учење због непотребног претеривања (може ли уопште да постоји феминистичка теорија државе и права?, пошто је одређивање појмова државе и права, како је речено, изван и изнад полно одређених схватања и учења). Или претеривање појединих мултикултуралистичких учења о праву аскриптивних група на склапање уговора са државом, као на пример код Кристијана Томушата (*Christian Tomuschat*, р. 1936), које би као крајњу последицу укључивало и право на федерално устројство (територијално-политичку аутономију) по полној или сексуалној припадности чланова таквих група (што је увредљиво барем за националне мањине или верске конфесије као традиционалне баштинике тог права). Склапањем таквог хипотетичког колективног споразума додатно би се партикуларизовала државна и друштвена организација, што би лако могло да се претвори у средство за разарање садашњих или будућих држава. Ако спољашње и унутрашње границе држава треба поново да се исцртавају, широко примењено учење о колективним правима у либералној држави, подржано конституционалистичким учењем о сецесионастичкој клаузули у федералној држави макар само либерално-демократског типа, представља изванредно моћно средство да се оствари предвиђање бившег генералног секретара УН Бутрос Бутрос Галија (*Butros Butros-Ghali*, р. 1922), који је последње деценије прошлог века најавио да ће та организација до 2050. године бројати око 400 држава-чланица.

2.2. Правда

За приказане теорије је карактеристично релативизовање правде, све до извитоперавања идеје природног права. На пример, Мајкл

escezione, Torino 2003); Д. Аврамовић, *Увођење ванредног стања* (магистарски рад), Нови Сад 2009.

⁴⁰ Д. М. Митровић, *Аутономно право*, Београд 2007, 51–55.

Волцер (*Michael Voltzer*, р. 1935), прво настављач, а затим и критичар Ролсових⁴¹ и Дворкинових идеја (*John B. Rawls*, 1921–2002), као и Роналд Дворкин (*Ronald M. Dworkin*, р. 1931), полази од друштвеног плурализма као основног подручја социјалне правде и умесно оспорава Ролсове тврдње истицањем да појединци нису само изоловани примарни субјекти, пошто схватање правде зависи од историје и културе сваког друштва.⁴² Али, ни Волцерово схватање правде не може да се прихвати, зато што се у његовом учењу правда релативизује и расплињава до нераспознатљивости, чак дотле да се умесно може поставити питање: шта је у његовом учењу правда, а шта право? То, наравно, није случајно, јер се релативизовањем правде важећем праву прибавља лажни ореол праведности.

Најозбиљнији критичар Ролсовог природноправног учења је Амартја Сен (*Amartya Sen*, р. 1935). У свом делу *Развој као слобода*, он не само да критикује Ролсово схватање дистрибутивне друштвене правде, јер таква правда наводно има за циљ уравнотежено расподељивање ресурса и добара, већ и његово занемаривање етичке димензије човека који се не своди само на интересе и њихову сврху. На тај начин, истиче Сен, Ролс не води рачуна о околностима у којима појединац живи (једно је, на пример, имати бицикл у Кини, а друго у земљама високог стандарда, итд).⁴³

⁴¹ Да подсетимо, у свом чувеном делу *Теорија правде*, Џон Ролс „уговорност“ одређује као погодан метод за одређивање начела правде. Правда, истиче Ролс, може да се утврди само уговором. Тај уговор је релативан и хипотетичан јер проистиче из „првобитног положаја правичности“. Он је резултат једногласног прихватања од стране „незаинтересованих рационалних појединаца“, под условом да они „свесно бирају из положаја правичности“. И „чим се склопи првобитни уговор и уклони вео незнања, људи више нису у положају узајамне незаинтересованости. Разлог зашто им се допушта да следе своје себичне интересе, и ништа друго иза вела незнања, јесте то што тај вео намеће индивидуалне изборе на такав начин да се осигурава задовољење *основних захтева правичности*, ма какве биле одлуке оних који бирају под условом да су рационалне“. У тако створеном друштвеном стању, сматра Ролс, склапање неког новог уговора међу људима може да се постигне само њиховим „погађањем“ и „консензусом“, под условом да се уважавају „три одвојене норме“ којима се регулишу *институције праведног друштва*: норме „највеће могуће једнаке слободе“, норме „правичне једнакости прилика“ и норме „давања првенства најсиромашнијима (*начело разлике*)“. Ролс сматра да на тај начин „правда постаје прва врлина друштвених институција“ праведног друштва. Када су ова правила праведна, она установљавају основ за легитимна очекивања“. Али, када су „основе ових захтева несигурне, несигурне су и границе слобода људи“. Вид. Џ. Ролс, *Теорија правде*, (укључујући и предговор Ј. Киша, 11, 14), Београд – Подгорица 1998, 134, 221, 224–225, 227, 228 и даље.

⁴² М. Волцер, *Подручје правде*, Београд 2002, 16–19 и даље.

⁴³ А. Сен, *Развој као слобода*, Београд 2002, 521–524 и даље.

2.3. Држава

Када је реч о држави, посебно је изражена критика појма суверености и залагање за Светску државу.

До промене у погледу схватања суверености као апсолутног својства државне власти – да подсетимо – дошло је тек у XIX веку, захваљујући све већој афирмацији модерног учења о народној суверености и правној држави. Такође, крајем XIX века је постављено питање суверености у сложеној држави. На то питање је тако одговорено да се и данас сувереном сматра савезна држава, а не њене чланице. Ипак, од прве половине XX века, сувереност је отворено почела да се оспорава или релативизира као одлучујуће својство државе. Посебно је Леон Диги (*Leon Duguit*, 1859–1928) негирао сувереност, успостављајући уместо ње појам јавне функције и службе. После њега то су чинили други француски писци, на пример, Едгар Морин (*Edgar Morin*, р. 1921) и Жорж Гурвич (*Georges Gurvich*, 1894–1965). И данас неки писци сматрају да сувереност треба одбацити јер не одговара новој друштвеној реалности, пошто је кроз историју показала велику штетност као узрок многих ратова. Карактеристичан је пример Нила Мекормика (*Neil MacCormick*, 1941–2009) који, полазећи од савремених европских интеграција као огледног поља за своје истраживање, закључује да је Европа ушла у подручје „постсуверенитета“.⁴⁴ Међутим, одбацити појам суверенитета значи занемарити његову средишњу улогу у правној и политичкој науци. То је нагнало друге писце да испитају могућности за преобликовање појма суверености како би он одговорио новим изазовима (уместо његовог одбацивања или укидања у науци). На тој основи је настала *теорија*

⁴⁴ N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth (Law, State, and Practical Reason)*, Oxford 2002 посебно инсистира на збиља уочљивим променама које су довеле до слабљења суверенитета чланица Европске уније и том приликом се позива на чињеницу да су државе-чланице пренеле оснивачким уговорима велики део својих суверених овлашћења на Европску унију (због чега не могу самостално да уређују низ питања која су раније потпадала под њихову искључиву надлежност), да су некадашње државне границе физички нестале (упркос прецизно одређеним подручјима садашњих држава-чланица), да је створено јединствено европско држављанство, да је у току је стварање јединственог европског система права, итд. Ипак, да сувереност не припада историји потврђује скорашњи пример Енглеске, која поводом доношења првог Устава Европске уније није желела ни да чује да се у њему нађе нешто што би задирало у њену националну сувереност. И пошто је Устав усвојен марта месеца 2005. године, грађани две државе-чланице Европске уније су референдумом одбили да га прихвате. То је нагнало друге државе-чланице да одложе расписивање референдума, што је јуна месеца 2007. године довело до усвајања Уставног уговора Европске уније уместо Устава Европске уније. В. детаљније у овом броју часописа, З. Радивојевић, „Нова институционална реформа Европске уније“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 191–216.

установног плурализма, по којој државе нису једина места на којима може да се пронађе сувереност. Однос између држава треба да буде хетерархијски, а не хијерархијски, јер савремене околности траже напуштање јединственог и апсолутног суверенитета као нечег *zero sum game* у корист дијалога и прилагођавања између уставних власти различитих држава (*Neil Walker*). Из тога други писци, као Дејвид Хелд (*David Held*, р. 1951), закључују како државе неће ослабити због губитка свог спољашњег суверенитета. Напротив, тиме ће ојачати свој унутрашњи суверенитет(!),⁴⁵ пошто увек постоје послови који су искључиво унутрашњег карактера, тј. у искључивој надлежности државе (сагласно још једном компромисном учењу о *domaine réservé*), због чега никоме, па ни међународној заједници, није дозвољено уплитање у та чисто унутрашња државна питања.⁴⁶ Такво Хелдово учење о суверености, заједно са сличним учењима других писаца, представља својеврсну теоријску припрему за ситуацију у којој би се ставови о неминовности губљења националног суверенитета и нужности одрицања од националних интереса лако могли преметнути у тврдње о потреби реформисања некадашње националне суверености у нову „космополитску сувереност“, чији би титулар била Светска федерална држава с универзалним владаром, као неком врстом хеленистичке верзије „одуховљеног закона“.⁴⁷

Када је реч о светској држави, треба истаћи да је идеја светске државе само нешто мало млађа од идеје државе, јер је прво требало доћи до идеје државе, да би затим било могуће размишљати о светској држави као идеји која овоплоћује целокупно човечанство уређено под једном заједничком политичком влашћу. Та идеја се постојано распростире од античких космополитских почетака (почев од киничке и стоичке школе) до данас.

Већ према Марку Аурелију (*Marcus Aurelius*, 121–180) светска држава представља „холистичку визију универзума и човечанства у њему, у коме су универзум, Бог, природа, истина, закон, разум и човек тесно повезани у космички поредак“.⁴⁸ Осамнаест векова после овог најпознатијег римског цара-стоика, Берtrand Расел (*Bertrand*

⁴⁵ D. Held, „Changing Contours of Political Community“, *Global Democracy*, London 2006, 26.

⁴⁶ V. C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris 1960, 281 и даље.

⁴⁷ G. Poggi, „Cosmopolitanism and Sovereignty“, *Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives*, London 1994, 89 и даље. Вид. и R. Glossop, *World Federation? A Critical Analysis of Federal World Government*, Jefferson 1993.

⁴⁸ А. Гајић, *Идеја светске државе – правни, политички и филозофско-правни аспект*, докторски рад, Нови Сад 2008, 60. Вид. М. А. Antoninus, *The Communings With Himself*, London 1961, VII, 9.

Russell, 1872–1970) се такође залаже за исту идеју, али успостављање Светске државе објашњава практичним разлозима, налазећи у њој „главни лек против ратова“ и „примарни светски интерес везан за опстанак људске врсте“. Светска држава или „Супердржава“ би по Раселу требало да буде довољно снажна „да по закону разреши све спорове између народа“, пошто је само она „остварива након што различити делови света постану толико блиско повезани да ниједан део не може да буде индиферентан према томе шта се дешава у било ком другом делу света“.⁴⁹ И док су античка и средњовековна схватања Светску државу одређивала као универзалну монархију по узору на Римску империју, дотле приказане мултидисциплинарне теорије Светску државу одређују као модерну републиканску и демократску светску државу са федералним државним уређењем, тј. као *светску федерацију држава*. Али, присећајући се вишехиљадугодишње државноправне традиције, а посебно обрасца римске империје, може се запитати: ако једном настане мали светски Левијатан, неће ли он да порасте и развије се до размера које превазилазе суморна призивања Џорџа Орвела (*George Orwell*, 1903–1952) у његовом роману *1984*.

Идеја Светске државе, као што може да се примети, представља омиљену тему приказаних мултидисциплинарних теорија, само развијену до крајњих граница, што захтева разматрања њених сталних елемената: простора, становништва и власти. И пошто је и даље реч о држави, само овог пута светској, то би она требало да има све елементе државности, што значи да треба само уочити и размотрити њихове особености у односу на садашње типичне државе.⁵⁰ Та-

⁴⁹ B. Russell, *The Prospect for Industrial Civilisation*, London 1923, 16.

⁵⁰ Пре свега, Светска држава би за своје подручје имала целокупан тродимензионалан светски простор. Она би због тога променила свој облик из извртне купе са неправилном осномом у правилну сферу са центром у геометријском средишту Земље. Као таква, Светска држава не би имала своје спољашње државне границе. Уместо њих, постојале би само унутрашње административне границе између чланица светске федерације. А то значи да би се просторни домаћај такве светске власти распростирао до фактичких граница њене моћи. Светска држава би обухватала целокупно човечанство, тј. све становнике планете, који би били подвргнути њеној власти и тиме обавезни да поштују светски правни поредак. Сви њени грађани би имали светско држављанство, а у случају њеног федералног устројства, и „квизидржављанство“ федералних чланица (двојно држављанство). Тиме би, на пример, престала потреба за садашњим разликовањем држављана од странаца и апатрида, али не и потреба за одређивањем услова за стицање и престанак држављанства (укључујући ту могућу појаву тзв. „глобалних апатрида“). Најинтересантније је да би успостављањем Светске државе изнова била афирмисана идеје државне власти и државне суверености која би се вршила над свим становницима и на целокупном државном простору. Тиме би, на пример, установе азила, екстрадиције, итд, постале излишне, ако не и немогуће. Штавише, Светска држава би располагала свим атрибутима суверености у њиховом најчистијем облику. Она би била потпуно независна,

кође, користећи хиљадугодишњу државноправну традицију, федерализована Светска држава била би спремна да буде одвојена од цивилног друштва које би „својим извандржавним положајем, постојањем слободног јавног мњења и других ванинституционалних облика повезивања, представљало не само аутономну област друштвеног живота ван домаћаја државне власти, већ и суштинску брану од свеобухватности овакве суверене државе и тоталитарних тенденција које би могле у њој да се временом појаве“,⁵¹ чиме би савремена аутономна схватања добила нови замах. Такву оптимистичку слику, како је поменуто, развија у књизи *Знање и политика (Knowledge and Politics)* Роберто Магабеира Унгер када одређује „идеал заједнице са *органиским групама* које ће превазићи систем доминације. Управљање активностима ових група и спречавање наметања једне другима вршиће *држава* која би требало да буде на светском нивоу“, што према њему значи да је задатак савремене доктрине о држави „да испита смисао којим би се могао разрешити сукоб идеје о малој групи и идеје о универзалној републици“.⁵²

Иако се одавно ради на стварању Светске државе,⁵³ и даље је реч о једној друштвеној утопији, али овог пута са могућношћу да се она зблиља оствари захваљујући глобализацији, том средству изниклом „ниоткуда“ и готово „свеприсутном за мање од једне деценије“.⁵⁴

јер не би постојала ниједна конкурентска власт друге државе. Такође, она би била надмоћна, јер би располагала истом таквом државном влашћу подржаном светским федералним оружаним снагама, што значи да би у земаљским размерама била апсолутно фактички и правно неограничена као нека врста Хобсовог „смртног бога“ или, као код Хегела, као барем „нешто земаљски божанствено“. Она би без икаквих правних ограничења могла да доноси универзално обавезне прописе, док правно никоме не би одговарала, постајући тако „правни бог“ у најчистијем смислу (*dominus et deus*). А то значи да би и право које ствара постало налик на нешто „мање савршено божанско право“ (*lex divine*). Такву државу, такође, више нико не би могао међународно да призна, нити би то више било потребно, што значи да би приликом њеног настанка по моделу друштвеног уговора све државе добровољно (или малобројне непослушне присилно) на њу пренеле своје спољашње државне ингеренције. Њена власт била би ограничена само физичким и друштвеним разлозима, с тим што се физичка ограничења не би односила на државне границе којих више не би било. Иако јединствена, сувереност Светске државе не би била монолитна, већ, као у модерним федерацијама, расподељена између ње и федералних чланица, које би задржале у извесној мери подарену унутрашњу сувереност.

⁵¹ А. Гајић, 17.

⁵² R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb 1989, 324 и даље.

⁵³ На пример, на педесетогодишњицу основања Уједињених нација 1995. године усвојен је предлог посебне Комисије УН за глобално управљање са називом „Наше глобално управљање“, који представља непосредан повод за ревизију Повеље УН у том правцу, нав. према А. Гајић, 122.

⁵⁴ Да подсетимо, изрази „глобализам“, „глобализација“ или „мондијализам“, уз друге изведене или сличне изразе, сковани су и коришћени током последње две

То јасно показује да многи стручњаци и лаици у јачању глобалистичких тежњи препознају озбиљну или највећу претњу демократији у савременим либералним друштвима.⁵⁵ Многи други, пак, у глобализацији виде пут ка успостављању Светске државе за коју се треба залагати свим расположивим средствима. Између тих крајности се налази једноставна истина: данашњи развој најразвијенијих друштава није омогућила ни црква, ни политика, а ни власт савремених држава или корпорација, већ технологија у најширем смислу те речи: од точка и оловке до рачунара и виртуелног инжињеринга сваког иоле замисливог система. Али, њене могућности су данас обуздане и само делимично искоришћене. Због тога више није разложно питати да ли до Светске државе, која се технолошки намеће (ма када једном настала), већ до какве светске државе: да ли до државе у којој ће владати *потребе* (јер технологија то већ сада омогућава) или до државе у којој ће владати *профит*, како је сада (јер то садашње монополистичко искоришћавање и расподела добара омогућавају).

деценије XX века у академским расправама како би се означило све снажније дејство сједињујућих чинилаца у савременом свету. Убрзо затим, они су постали саставни део речника бројних доктрина и идеолошких ставова. Такође, различити ставови око глобализације као друштвеног процеса довели су до даљих подела на тзв. „скептике“ (који поричу постојање глобализације као друштвеног процеса), „глобалисте“ (који у глобализацији виде пожељну промену која доводи до ширења идеологије неолиберализма и тржишне економије), „суперглобалисте“ (који глобализацију сматрају објективно планетарним процесом), „антиглобалисте“ (који се усредсређују само на непожељне последице процеса глобализације) и „трансформационисте“ (који глобализацију проучавају свеобухватно и избалансирано). Вид. D. Ronald, *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca 1996; A. Giddens, *The Third Way. The Re-nerval of Social Democracy*, London 1998; Н. Чомски, *Профит изнад људи: неолиберализам и глобални поредак*, Нови Сад, 1999; С. Boggs, *The End of Politics*, New York 1999. О могућем утицају глобализације на право, в. нарочито занимљив текст D. A. Westbrook, „Theorizing the Diffusion of Law in an Age of Globalization: Conceptual Difficulties, Unstable Imagination, and the Effort to Think Gracefully Nonetheless“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2008, 159–179.

⁵⁵ Поред садашњег примера Европске уније, постојање истих глобалистичких намера потврђује 2005. године потписани (али америчком народу необјављени и у америчком Конгресу нератифицивани) споразум (који није трговачке природе, како би могло да се помисли) о оснивању Северноамеричке уније (*Security and Prosperity Partnership of North America /NAU/*) са будућом јединственом новчаном јединицом „амеро“. Овим споразумом су се његове чланице-потписнице (САД, Канада, Мексико) обавезале на одрицање од свог државног суверенитета. Тиме ће, на пример, садашњи Устав САД из 1787. године у догледној будућности постати излишан, као и устави Канаде и Мексика. Такође, у плану је стварање сличних наднационалних творевина (Афричке уније и Азијске уније). Све оне би у једном тренутку, заједнички, требало да се сједине под једном светском владом (*One World Government*), тј. Светском државом, о којој на апокалиптички начин говори св. Јован Богослов у завршном спису Светог писма под насловом „Откровење“. Вид. Д. Симић, *Поредак света*, Београд 1999.

Изгледа да ће у блиској будућности и државна права све више деловати у оквирима наднационалних државних поредака, јер „правни плурализам међународног типа нагриза етатистичко право једнако као и суверену власт“,⁵⁶ све до једног могућег тренутка у коме би се наднационални пореци стопили у универзалан поредак ма како замишљене Светске државе.

3. ОПШТИ ЗАКЉУЧАК

Различите новине које садрже приказане теорије са селективно изнетим замеркама, нису једине новине, као ни замерке, али је свим теоријама заједнички исти методолошки недостатак који се састоји у произвољно изабраном броју елемената (као, на пример, у учењу Мајкла Волцера), или поставки (на пример, у учењима чикашке школе права, мултикултуралиста или феминистичке јуриспруденције). Сваком таквом избору може се додати барем исти толики број других једнако важних поставки, елемената или добара, што је замерка и неким савременим природноправним учењима, на пример, Лона Фулера (*Lon L. Fuller*, 1902–1978) или Цона Финиса (*John M. Finnis*, р. 1940), о којима овде неће бити речи. Као да је заборављено да исправно научно полазиште мора да креће од оног што је већ научно доказано или барем објективизирано, а не од оног што је резултат властитог увиђања сталног или неизбежног у људској природи и друштву, јер је увиђање крајње променљиво, па дакле, релативно, а тиме и научно неважно. И тек када се одбаци неважно, могу се изводити аргументи и доносити судови, а они показују да наведена учења тешко могу издржати тестирање својих научних исказа у методолошком и епистемолошком смислу, како исправно запажа Карл Попер (*Karl Popper*, 1902–1994) када тврди да иза универзалних речи и њиховог значења стоји много важнији проблем: „проблем универзалних закона и њихове истинитости; тј. проблем регуларности“. А то одређује и сасвим другачије „интелектуално важне циљеве“ као што су формулисање проблема, покушај постављања теорија које би решиле постављене проблеме и само критичко разматрање међусобно супротстављених теорија. Ти циљеви истраживачу омогућавају да научним ставом сматра само онај критички став „који не трага за верификацијама, већ за кључним тестовима, тестовима који би могли да оповргну теорију која се тестира, а да никад не могу дефинитивно да је потврде“.⁵⁷

⁵⁶ N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001 (2006), 129.

⁵⁷ К. Попер, *Трагање без краја*, Београд 1991, 26, 29–30 и 48. В. детаљније и Д. М. Митровић, „Може ли право да се сазна: Шта је право?“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–2/2002, 85–108.

Из наведене основне методолошко-епистемолошке замерке произилазе друге значајне замерке, какве су: *релативност* у погледу вредносног смисла или оправдања (на пример, правде или улоге законодавца и врховног суда приликом легитимизовања сецесионистичке клаузуле), очигледна *неприхватљивост* крајњих научних тврдњи због њихове неистинитости (у Поперовом смислу најстрожег тестирања научних ставова: на пример, стварања облика територијалне аутономије на основу расних, полних /родних/ или сексуалних обележја или одређивање државе и њене организације супротно њиховој природи и намени), *неетичност* и *претераност* (као код чикашке економске школе или различитих феминистичких теорија и учења) која доводи до једностраности када се научни ставови изведу доследно и до краја. Али, политичка корисност од тврдњи на основу којих се у овим теоријама предлажу, проглашавају готовим или оправдавају друштвено сумњиви пројекти о којима чланови друштва честито нису ни обавештени, више је него очигледна. Није тешко запазити да најновија социолошко-антрополошка учења дивно допуњују и подржавају друге приказане теорије које се помало самозвано и утопистички баве решавањем савремених правних и друштвених проблема. Ипак, најинтересантнији је *недоследан* став мултидисциплинарних теорија према етичким проблемима који се или искључују тамо где је позитивистички усмерена научна апаратура развијена и поуздана у својим границама, или пренаглашавају, у изнудици и недостатку такве научне апаратуре, или релативизују, када се резултати не подударају са унапред постављеним циљевима. Тиме се откривају два Јанусова лица приказаних мултидисциплинарних теорија, које су добиле снажан замах на самом крају „расплинутог“ XX и истом таквом почетку XXI века. Једну страну тог лица представља штета коју науци и друштву причињавају добро плаћена „академска пискарала“ и „најмљени публицисти“, како је такве посленике назвао Чарлс Рајт Милс (*Charles Right Mills*, 1916–1962).⁵⁸ Другу страну, пак, представља охрабрење што сви представници ових теорија нису изабрали такво „ухлебљење“, већ су истински ангажовани у једном великом правном и друштвеном експерименту који је у току.

Савремене мултидисциплинарне теорије су интересантне и изазовне. Оне су и корисне, барем зато што нагоне данашње правнике да се пробуде и изађу из колотечине коју ствара задовољство већ постигнутим. Али, на неке озбиљније научне резултате ових теорија мораће још да се сачека, изузев ако се не деси да они (заједно са приказаним теоријама) у међувремену буду заборављени као свака демодирана ствар.

⁵⁸ Ch. R. Mills, *The Power Elite*, New York 1960, 284–285.

Dragan M. Mitrović, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

SCHOLARLY GROUNDS OF SOME CONTEMPORARY MULTIDISCIPLINARY LEGAL THEORIES

Summary

The author argues that nearly all contemporary multidisciplinary legal theories suffer from the same methodological and epistemological flaws, involving a number of arbitrarily chosen basic elements, premises or benefits. These flaws give rise to further problems, such as relativization of values and untruthfulness in Popper's terms of truthfulness as regularity, amorality, and tendency to overstate the claims.

On the one hand, there may be some political benefit from the attempts to propose, announce as the final, or justify some socially doubtful projects. On the other hand, multidisciplinary legal theories either ignore or overstate the existing ethical problems, depending on status, clarity and reliability of their methodology and terminology. In addition, these theories tend to relativize different ethical issues, if these issues do not match with their previously set goals. The author concludes that the multidisciplinary legal theories are two-faced like Janus. Nevertheless, they have gained a strong impetus at the turn of the 20th century. One of the two faces reveal the damage inflicted on science and society by the well-paid „academic scribblers“ and „hired publicists“ – as Charles Right Mills used to refer to them. The other face shows that not all the proponents of these theories have chosen to earn their living this way, but are truthfully dedicated to participating in the legal and social experiment which is currently underway.

Contemporary multidisciplinary theories are interesting and challenging. They are also useful, at least in making today's jurists wake up and stop going about their daily business in a routine-like manner created by the heretofore achieved results. However, we have yet to wait for some more serious scientific results from them. Otherwise, they might be simply outmoded and forgotten.

Key words: *Multidisciplinary. – Multiculturalism. – Constitutionality. – Communitarianism. – Feminism.*

Др Весна Бесаровић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПРИМЕНА КОМУНИТАРНОГ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ НА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ*

Између вршења права интелектуалне својине и примене права конкуренције постоји унутрашња тензија, нарочито у оквиру Европске заједнице. Интелектуална права у основи представљају одобравање правног монопола од стране државе, као награде за инвентивност и будуће инвестиције. То је облик својинских права. Мада право конкуренције генерално не санкционише постојање монопола и доминантне позиције, оно ипак поставља ограничења у погледу вршења и очувања монопола. Тако се оба члана Уговора о оснивању Европске заједнице, 81 и 82, који иначе регулишу конкуренцију, могу применити и на права интелектуалне својине у Европској заједници, као права која својим вршењем деле „заједничко тржиште“. И друге одредбе комунитарног права, нарочито оне које регулишу слободно кретање робе, могу да ометају коришћење права интелектуалне својине.

У бити, постоје три основна начина на која права интелектуалне својине могу да буду предмет ограничења у комунитарном праву. Члан 81 Уговора о ЕЗ-у може да се односи на уговоре о уступању права или лиценце права интелектуалне својине; члан 82 се може применити на контролисање коришћења права интелектуалне својине који има карактер доминантног; и, одредбе Уговора о слободном кретању робе могу да ограниче уступање права интелектуалне својине у контексту заједничког тржишта. Две доктрине, доктрина исцрпљења права и доктрина заједничког порекла, примењују се када се поставља разлика између постојања и вршења права интелектуалне својине.

Кључне речи: *Право конкуренције. – Право интелектуалне својине. – Блок изузеци. – Доминантни положај компаније. – Слобода кретања робе.*

* Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти).*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Право конкуренције је једно од кључних сегмената стварања повољне инвестиционе климе и обезбеђивања правне сигурности на сваком националном тржишту, као и на тржишту Европске заједнице. Досадашње искуство је показало да се сваки озбиљнији поремећај конкуренције на тржишту једне земље чланице неминовно одражава на тржиште Заједнице као целине. У области трговине, повећање слободе деловања отклањањем формалних или неформалних препрека се не обавља само путем дерегулације. Неопходно је да се успоставе и примене транспарентна правила која ће регулисати конкуренцију и довести до оптималне алокације ресурса. Нарочито је важно успостављање правог односа између либерализације трговине и доношења, као и примене правила о фер или лојалној конкуренцији.¹

У комунитарном праву се пре свега инсистира на забрани недозвољеног начина споразумевања у привреди, полазећи од премисе да сваки учесник треба сам да води своју пословну политику. Пошто је слободна конкуренција једна од вредности комунитарног права, онда се тим нормама интервенише против оних облика понашања на тржишту којима се ограничавају или угрожавају економске слободе учесника на тржишту. Постоји и „ублажена“ варијанта овог концепта која предвиђа утврђивање параметара помоћу којих се у конкретном случају процењује да ли постоји основ за забрану конкурентског понашања. Реч је о примени америчког правила *rule of reason*, проистеклог из примене Шермановог акта о забрани споразумевања у привреди. То, међутим, не значи елиминисање конкуренције као тржишног феномена. Европски суд правде је заузео став у једном спору да „на тржишту сваког производа мора да опстане бар минимум конкуренције“.²

Временски моменат контролисања конкуренције није без значаја у антиконкурентском законодавству. Постоје две могућности: контролисање понашања предузећа апостериори и априори. Код апостериорне контроле, предузећа су слободна да се понашају како желе, с тим што ће надлежни орган, по службеној иницијативи или на захтев заинтерсованог лица, да испита релевантно понашање и донесе одлуку о евентуалном санкционисању. Овакав систем контроле више одговара либералном концепту привреде због смањене репресивности, али и уноси дозу несигурности код предузећа, која често не могу да знају да ли ће један вид понашања да потпадне под удар антиконкурентског законодавства. Код априорног система, предузећа су дуж-

¹ W. Stoffel, *EU Competition Law*, Freiburg 1998, 32.

² A. Decoq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris 2002, 69.

на да унапред пријаве (нотификују) уговоре или планиране операције, а након извршене нотификације надлежни орган може да одобри споразум или операцију, да констатује да не потпада под удар забране, да се изузима због позитивног дејства на привреду (режим изузећа) или да коначно захтева измену споразума или пословне операције.

С друге стране, права интелектуалне својине су, по својој природи, монополског карактера, јер стицањем права подносилац пријаве за неко од права интелектуалне својине, постаје носилац, титулар или (у англосаксонском праву) власник права.³ Стечени монопол је територијално и временски ограничен на територију земље која је одобрила право и на период за који закон те земље предвиђа трајање монопола. Наравно, сваки монопол, па и монопол у праву интелектуалне својине, по дефиницији је у супротности са слободном кокуренцијом,⁴ јер представља ограничење у коришћењу, производњи и продаји одређених производа на тржишту, а у корист титулара који нема никаквих ограничења, изузев оних који су у јавном интересу прописани законом. Због тога је интересантно питање које се поставља правној јавности, законодавцу, правницима који примењују право: како ускладити прописе о конкуренцији и прописе о интелектуалној својини, а не променити њихову суштину? Следеће, повезано питање је какав је њихов међуутицај и дејство на категорије права, које су, по дефиницији, у међусобној супротности. При томе треба знати да су обе области комунитарног права стављене у први план од стране законодавних органа Европске заједнице, да су правно нормиране у преко тридест директива (*directives*) и уредаба (*regulations*) којима се регулишу општа и конкретна питања права конкуренције и права интелектуалне својине. Такође, статистике показују да највећи број спорова који се воде пред Европским судом правде чине спорови из области конкуренције, а највећи број утужења се односи на повреде из области права интелектуалне својине. У којој мери се прописима из права конкуренције регулишу и права интелектуалне својине, тј. какав је њихов однос и међуутицај – једно је од питања у савременом комунитарном праву коме теорија и пракса поклањају највећу пажњу.⁵

³ У англосаксонском праву се користи термин „власник“ за титулара права, како би се потенцијало да су права интелектуалне својине својинска права, али је разлика углавном само термилошке природе!

⁴ О тој теми је одавно у овом часопису отворио расправу А. Голдштајн, „Правни режим конкуренције, монопола и олигопола“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1961, 15–32, а касније је привлачила пажњу и других писаца, вид. на пример, К. Лазаревић, „Право конкуренције у Европској економској заједници и југословенском законодавству“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1992, 428–442.

⁵ V. Korah, *Competition Law and Practice*, London 1994, 24.

С друге стране, теоријски гледано, сматра се да постоји стална тензија између права конкуренције и права интелектуалне својине. Јачање права интелектуалне својине одговара ствараоцима, ауторима, али прејака заштита монополског карактера ограничава стваралаштво и инвентивност, с једне стране, и онемогућава конкурентску активност, с друге стране. Вршење права интелектуалне својине може да доведе до гушења здраве конкуренције, претеране популарности заштићеног производа на рачун других, сличних производа које производи конкуренција, што доводи до јачања позиције титулара права, при чему су потрошачи приморани да респектују услове титулара заштићеног производа, јер нема алтернативних производа. Несумњиво је, при том, да се максимална добробит потрошача постиже ако су расположиви ресурси равномерно распоређени. Овим постулатом се дефинише и циљ – да се постигне равнотежа између права интелектуалне својине и компетитивног тржишта на коме се примењују правила слободне конкуренције.

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине – ТРИПС, донет 1994. године, у чл. 82 и чл. 40 дозвољава чланицама Светске трговинске организације (СТО) да усвоје мере за контролу антиконкурентске праксе која је заснована на правима интелектуалне својине.⁶ СТО, ОЕЦД и УНКТАД су, проучавајући антиконкурентску праксу, утврдиле три начина кроз која права интелектуалне својине могу да се покажу као антиконкурентска односно да вређају правила о лојалној конкуренцији на тржишту. То је ситуација када титулар (или власник) права интелектуалне својине злоупотребљава своју доминантну позицију на тржишту; затим, када давалац лиценце наметне рестриктивне услове кориснику лиценце, као на пример непримерено високу накнаду за коришћење или када га приморава да од њега купује материјал који је потребан за производњу лиценцираног производа; и, најзад, то је случај када национални завод за патенте региструје патент који је „слабог инвентивног квалитета“, а конкуренти таквог патента не оспоре његову регистрацију судским путем, већ респектују стечени монопол.

У праву САД-а се флексибилније посматра деловање права интелектуалне својине на антиконкурентску праксу него што је то случај у Европској унији. Применом начела *rule of reason* може се санкционисати само флагрантна повреда фер конкуренције на тржишту, као што је, на пример, обавезивање корисника лиценце да мора да набавља сировине од даваоца лиценце по ценама које давалац одреди, а које нису тржишне цене. Законодавство ЕЗ-а у овој области је строжије и бројни су спорови пред Европским судом правде који се

⁶ *International Chamber of Commerce: Current and emerging intellectual property issues for business*, Paris 2008, 65.

односе на злоупотребе монопола који проистичу из права интелектуалне својине, а којима се не поштују правила о фер конкуренцији на тржишту ЕЗ-а. Поступак мењања америчког Закона о патентима је у току и очекује се да ће се америчко право „приблизити“ важећим правилима у Европској заједници. Недавно је Европска комисија ограничила вршење права интелектуалне својине у „посебним тржишним ситуацијама“: код листинга ТВ програма, објављивања резултата о истраживању тржишта, у области телекомуникација и сл.

Приликом оцењивања односа између права конкуренције и права интелектуалне својине треба узети у обзир и разлике које постоје између појединих права интелектуалне својине. Вршење ауторског права је различито од вршења права носиоца дизајна или титулара патента или жига. Импликације ових права на право конкуренције су различите, по степену „тржишне опасности“, тј. по последицама које могу да имају на потрошаче (патентирани лек није исто што и дизајном заштићен одевни предмет) и на конкуренцију. Због тога је сваки конфликт права интелектуалне својине и конкуренције случај за себе, који се мора посебно утврђивати. Поред тога, стално треба имати у виду основни постулат комунитарног права – слободно кретање робе на тржишту Европске уније.

Право конкуренције ЕЗ-а не садржи генералну прохибитивну норму против нелојалне конкуренције, као у примеру чл. 3. немачког Закона о нелојалној конкуренцији (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), који забрањује радње у трговинској делатности које су нелојалне и којима се омета и вређа конкуренција, потрошачи или други учесници на тржишту. Одредбе сличне садржине налазе се у већини националних закона о конкуренцији. У енглеском *common law* систему овим забранама су додате и забране лажног представљања, оцрњивања и недозвољеног присвајања права других лица.⁷

Једно од претходних питања је и одређивање релевантног тржишта на коме се одређени производи упоређују. На пример, да ли ће одлука произвођача вина да повећају малопродајне цене вина утицати на конкуренцију у области производње и продаје других алкохолних пића или ће се односити само на продају вина. Или, да ли се повећавање цене једног брэнда дечје конфекције може сматрати злоупотребом доминантног положаја, ако је позиција тог брэнда на тржишту доминантна. Европска комисија је дала смернице за утврђивање релевантног тржишта, тако што се мора узети у обзир релевантно тржиште за тај производ и релевантно географско тржиште. Релевантно тржиште за производ укључује оне производе који су замениви за потрошаче због својих особина, цене или намене. Реле-

⁷ M. Spence, *Intellectual Property*, New York 2007, 37.

вантно географско тржиште односи се на подручје где се упражњава понуда и потражња за одређеним производом.

Конкуренција постоји на различитим нивоима пословања на тржишту. На пример, произвођач сапуна продаје сапун великопродаји, која га даље продаје малопродаји и коначно потрошачу. Овде је реч о истом производу и овај вид конкуренције се назива *интра бренд* конкуренција. Конкуренција се јавља у малопродајној мрежи, где могу да варирају цене, начин плаћања, паковања и сл. Други вид *интра бренд* конкуренције постоји између снабдевача конкурентских производа, на пример, између два различита бренда сапуна односно различитих произвођача и различитих продавца сапуна (као што је био, на пример, познати спор између Ариела против Персила).⁸

Хоризонтални споразум, важан појам права конкуренције, се закључује између конкурентских предузећа, постојећих или будућих, који послују на истом нивоу производног или дистрибутивног ланца, а којима се може ограничити конкуренција кроз утврђивање цена или поделу тржишта. Негативни ефекти оваквих споразума су гушење конкуренције, нестимулисање иновације, ограничавање потрошача, итд. На плану интелектуалне својине, то су споразуми између два (или више) произвођача сличних производа, пре свега по намени, који закључивањем таквог споразума искључују друге конкуренте, уз наметање услова из споразума. Вертикални споразуми се, међутим, закључују између фирми које послују на различитим нивоима производног или дистрибутивног ланца и они начелно знатно мање угрожавају конкуренцију на тржишту. Али, ако такав вертикални споразум заузима значајно место на тржишту, и он може да је озбиљније угрози. Са становишта интелектуалне својине, позиција титулара се ојачава, јер он у оквиру ланца одлучује о свему, а ако је његов удео на тржишту значајан, он „гуши“ остале конкуренте. Због тога су обе врсте споразума, хоризонтални и вертикални, регулисани у комунитарном праву и предмет су надзора од стране Европске комисије .

Од значаја је и питање одређивање надлежности за примену норми о конкуренцији. Европској комисији је, уз другостепену контролу Европског суда правде, поверена централна улога у примени комунитарног права конкуренције. За примену општих норми овлашћени су и национални органи земаља чланица, све док Комисија не покрене поступак, јер доношењем прописа ЕЗ-а нису стављена ван снаге национална правила о нелојалној конкуренцији.

⁸ Н. MacQueen, С. Waelde, G. Laurie, *Contemporary Intellectual Property, Law and Policy*, New York 2008, 835.

2. ОПШТА ЗАБРАНА НАРУШАВАЊА КОНКУРЕНЦИЈЕ – ЧЛАН 81. УГОВОРА О ЕЗ-у

Сви споразуми међу предузећима, заједничке одлуке предузећа и договорна пракса који могу деловати на робну размену међу државама чланицама, а чији су циљ или последица спречавање, ограничење или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта, забрањени су као неспојиви са заједничким тржиштем.⁹

Да би договори који постижу предузећа били супротни правилима о конкуренцији ЕЗ-а, потребно је да су испуњена три услова: да постоји сагласност воља предузећа, да договори имају за предмет или као последицу сужавање тј. нарушавање конкуренције, и да ово сужавање (ограничење) конкуренције угрожава трговину између земаља чланица. Појам уговора у смислу чл. 81 је појам који је дефинисан кроз дугогодишњу праксу у оквиру ЕУ и он обухвата не само различите уговоре, већ и тзв. *gentlemen's agreements*. На пример, Европска комисија је слање циркуларног писма од стране једног произвођача свом дистрибутеру, на које дистрибутер не одговара, али наставља с пословним односом на основу тог писма, квалификовала као договор у смислу чл. 81. Према томе, реч је о широком тумачењу појма договора, који државе чланице постепено прихватају и у својим националним законима. Појам сагласности воља обухвата и појам договорне праксе, која се може дефинисати као намеравана координација између предузећа, паралелизам понашања конкурентских предузећа на одређеном тржишту, без постојања изричитог договора (уговора), али уз прећутно пристајање на могућност да се таквим понашањем угрози конкуренција.

Појам договорне праксе није одређен Уговором о оснивању Европске заједнице, већ је изграђен у судској пракси, на коју су утицали ставови Европске комисије и правне теорије. Европски суд правде је договорну праксу дефинисао као облик сарадње између предузећа која, без обзира што се не одвија на основу закљученог споразума, функционише јер се вољно замењују споразуми. Правно посматрано, код договорне праксе не постоји правни посао који би захтевао да буде усаглашен са чл. 81 Уговора, већ само вољно, испољено тржишно понашање предузећа. Слична или истоветна понашања на тржишту сама по себи не представљају договорну праксу између предузећа, под условом да су настала као резултат самосталног и независног прилагођавања условима тржишта. Међутим, и у случају када нема доказане стварне намере у погледу договорне праксе и када не постоји формални споразум између предузећа, ако је једно усаглашено понашање настало као резултат узајамног схва-

⁹ A. Tercinet, *Droit de la concurrence*, Paris 2000, 45.

тања да ће и друга страна прихватити такво понашање, сматраће се договорном праксом у смислу чл. 81 Уговора. Широко тумачење договорне праксе од стране Комисије свакако доводи до већег степена контроле на тржишту и потпуније заштите субјеката који су присутни на њему, али може да води и до гушења пословне иницијативе, предузимљивости и прилагођавања тржишту, што су битни предуслови пословног успеха. Такође, такво тумачење договорне праксе може да представља и правну несигурност за учеснике, јер се никад не зна какво понашање може да буде накнадно оквалификовано као договорна пракса.

Договори између предузећа могу имати хоризонтална или вертикална дејства. Када се више конкурената споразумеју да би ускладили своје понашање на тржишту, ради се о хоризонталном споразуму. Договори који имају за предмет или циљ да сузе конкуренцију између предузећа на разним нивоима ланца производње или дистрибуције одређеног производа, представљају вертикалне споразуме. Вертикално повезивање поспешује конкуренцију међу производима исте врсте, али различите марке, тзв. *интер бренд* конкуренцију. Дајући одређеном дистрибутеру право ексклузивне дистрибуције производа који су заштићени правом интелектуалне својине, произвођач добија за узврат гаранцију да ће дистрибутер уложити додатна средства и напор у производњу и продају његовог производа. За дистрибутера, право ексклузивне дистрибуције значи прилику да, продајући производ по нешто вишој цени, поврати уложена средства и истовремено заштити произвођача од нелојалних конкурената. У пракси, вертикално повезивање најчешће доприноси смањењу трансакционих трошкова компанија. Европска комисија је увела поделу вертикалних споразума на допуштене и недопуштене, а поделу је засновала пре свега на различитом утицају ових споразума на остваривање интеграције унутрашњег тржишта. Најнеповољнији третман имају уговори којима се врши територијално ограничавање тржишта. Заштиту дистрибутера од ризика нелојалне конкуренције могуће је остварити само посредним путем. Тако Уредба Комисије о ексклузивној дистрибуцији од 1983. године допушта да се у ове уговоре унесе клаузула којом се забрањује произвођачу да непосредно продаје свој производ крајњим потрошачима, чиме се избегава конкуренција између њега и дистрибутера. Допуштено је, на основу текста Уредбе, да се дистрибутер обавезе да неће оснивати своје филијале изван респективне територије (дозвољено територијално ограничење) и да ће предузимати све радње потребне за промоцију производа који продаје.

Повољнији третман имају вертикални споразуми који немају за последицу територијално ограничавање тржишта: уговори о се-

лективној дистрибуцији и уговори о франшизингу. Комисија је одобрила групно изузеће овим категоријама споразума, позивајући се на ст. 3 чл. 81 Уговора. Ипак, и код ових уговора сувишна ограничења конкуренције нису дозвољена. На пример, забрањено је међусобно склапање уговора о франшизингу између произвођача производа исте врсте, јер се тиме уклања *интер бренд* конкуренција. У решавању сукоба између циљева очувања конкуренције и повећања економске ефикасности, органи Уније су испољили следећи став: увећање ефикасности може се примењивати само у оној мери у којој не угрожава конкуренцију.¹⁰

Хоризонтални договори су традиционално сматрани као ограничење конкуренције (подела територије између конкурената, одређивање цене, контрола производње, ограничавање техничког развоја и др.) и они су санкционисани од стране Комисије. Пракса Суда правде је формулисала и додатни услов који један договор треба да испуни да би потпао под забрану чл. 81. Уговора – ограничење конкуренције треба да буде осетно, што значи да хоризонтални договори који сужавају конкуренцију, али се односе на мање од 5% производа одређеног тржишта или 10% када су у питању вертикални договори, не подпадају под забрану. Најзад, договор којим се сужава конкуренција биће санкционисан само под условом ако има утицаја на међудржавну трговину земаља чланица.¹¹

Општа забрана из чл. 81 обухвата не само циљна, већ и последична ограничења конкуренције. То значи да су забрањени и они споразуми који немају за свој предмет или циљ ограничење конкуренције, али објективно, у садејству са спољним околностима, имају за последицу ограничење конкуренције. Члан 81 представља генералну забрану нарушавања конкуренције, што значи да су поред именованих примера забрањених споразума, забрањени и сви други договори, ако испуњавају услове из генералне забране.

Општа забрана споразума којима се ограничава конкуренција може бити отклоњена ако Комисија утврди да су повољна дејства таквих ограничења већа од штетних дејстава. Ослобођење од примене опште забране Комисија може одобрити само ако су кумулативно испуњени услови предвиђени ст. 3, чл. 81 Уговора. Ти услови су: да се споразумом (одлуком, договорном праксом) унапређује производња, продаја или привредни развој; да се потрошачима омогућује правично учешће у добити која настаје; да су предвиђена ограничења конкуренције неопходна да би наступили позитивни ефекти; и, да се конкуренцијом не искључи битан део производа или услуга који чине предмет споразума.

¹⁰ А. Tercinet, 52

¹¹ О пракси Европског суда правде, вид. код А. Tercinet, 90.

Кад су испуњени ови услови, Комисија може (али не мора) да изда акт о појединачном или групном (за одређене категорије споразума, одлука или праксе) ослобођењу од примене опште забране. Према томе, сваки споразум, одлука или договорна пракса, који иначе подлеже општој забрани, може се ослободити уколико су испуњени предвиђени услови, по чл. 81 Уговора. Ови изузеци од примене чл. 81 се могу користити чак и у случајевима кад су таква понашања забрањена националним правом земаља чланица. На тај начин, примењујући систем појединачног или групног ослобођења, Комисија може да води флексибилну политику у области конкуренције. До сада је Комисија издала више аката о појединачном и групном ослобађању појединих споразума, одлука и праксе, с тим што конкретно ослобађање важи само под условима одређеним у акту о ослобађању. У области групног ослобођења, Комисија је до сада донела акте о ослобођењу следећих категорија споразума односно уговора: споразуми о специјализацији, уговори о ексклузивној дистрибуцији, уговори о искључивој набавци, уговори о кооперацији у области истраживања и развоја, уговори о франшизингу и уговори о *know-how*. Комисија доноси акте о ослобођењу не само на основу чл. 81, ст. 3 Уговора, већ и позивајући се на Уредбу бр. 17 Савета, која регулише поступак ослобађања. Странке које сматрају да имају право на изузеће од примене чл. 81 Уговора, треба да пријаве Комисији конкретан споразум и затраже негативно одобрење (нотификацију) од стране Комисије или да сачине споразум такве садржине да се може подвести под набројане изузетке у ст. 3, тј. дозвољене групне изузетке (блок изузеци).

Уговори о лиценци права интелектуалне својине, поготову искључиве лиценце, могу да дођу под удар чл. 81 Уговора о ЕЗ-у. Раније је било могуће да се компаније заинтересоване за закључивање уговора о лиценци права интелектуалне својине обрате Комисији за примену индивидуалног изузетка, позивајући се на чл. 81, ст. 3. Правилном које је ступило на снагу 1. маја 2004. године заинтересоване компаније сада саме морају да процене да ли је уговор који имају намеру да закључе сагласан са чл. 81 односно да ли испуњава критеријуме постављене овим чланом – допринос побољшању производње и дистрибуције производа, промовисање техничког или привредног развоја и омогућавање потрошачима да учествују у оствареној добити.

Што се тиче тзв. блок изузетака, које предвиђа чл. 81, ст. 2, ради се само о једном блок изузетку који се односи на интелектуалну својину. То је блок изузетак који се односи на трансфер технологије у области патената и *know-how*, а регулисан је Уредбом о блок изузетцима код трансфера технологије, који је ступио на снагу 1. маја 2004. године.¹² У исто време је Комисија донела упозорење названо „Смер-

¹² Technology Transfer Exemption Regulation – TTBE

нице за примену чл. 81 Уговора о ЕЗ-у на уговоре о трансферу технологије“. Промене које су уведене Уредбом и Смерницама донеле су нова ограничења удела на тржишту за уговоре о лиценци и трансферу технологије. Удели се рачунају према подацима оствареним продајом релевантних производа у предходној години; прави се разлика између конкурената и неконкурентских компанија; конкуренти не могу да се позивају на блок изузетке у погледу појединих уговорних одредаба ако је њихов удео преко 20%, док је удео за неконкуренте 30%. Правила су много строжија за уговоре које закључују конкурентска предузећа, јер такви уговори имају озбиљније дејство на конкуренцију на тржишту. Комисија и национални надлежни органи имају могућност да оспоре примену блок изузетка на један уговор о лиценци интелектуалне својине, ако је дејство тог уговора да ограничи приступ на тржиште другим власницима технологије. Уредба садржи и листу рестрикција које се морају процењивати индивидуално, од случаја до случаја, а с обзиром на њихово антиконкурентско дејство. Такође, Комисија и национални надлежни орган имају дискреционо право у свакој земљи чланици да укину добијени блок изузетак за један уговорни однос, ако је дејство тог уговора да ограничи приступ другим технологијама на то тржиште или ако се лиценцирана технологија не експлоатише.

Поменута Уредба ЕЗ-а од 2004. године примењује се и на софтвер, ауторска права, дизајн, а може да се примени и на лиценце које имају за предмет жиг, ако жиг не представља главни предмет уговора, већ се преноси уз неко друго право интелектуалне својине. Међутим, садржина одредаба које су предвиђене Уредбом није прилагођена осталим правима интелектуалне својине, мада су лиценце за ауторско право и жиг чешће од лиценци за патент и *know-how*. Ипак се прави разлика између *non performance copyrights* – ауторско право које је у неком производу (књига, ДВД-а и сл.) и *performance copyright*. Сматра се да други облик ауторског права има бољу правну заштиту по чл. 81, ст. 1 због сателитског емитовања, када је лиценци уговор једини начин за контролисање коришћења ових права изван територије која је предвиђена уговором о лиценци. Што се тиче лиценци за жиг, за врсту рестрикција индикативан је уговор закључен између *Campari*-а и *Moosehead*-а, који је предвидео да корисник лиценце мора да следи производна упутства даваоца лиценце и да купује сировине, које су по свом карактеру тајне, од даваоца. Комисија је одлучила да су ове рестрикције оправдане како би се очувао квалитет производа и репутација жига код потрошача.¹³

Правило о блок изузетцима такође садржи листу рестриктивних одредаба које су предмет индивидуалне процене, да ли имају

¹³ Вид. детаљније Т. Hart, L. Fazzani, S. Clark, *Intellectual Property Law*, Florence 2006, 282.

анти– или про– конкурентско дејство. То су, на пример, следеће одредбе: обавезивање корисника лиценце да одобри искључиву повратну лиценцу на побољшањима или на новој примени предмета лиценце до којих је он дошао, давоцу лиценце; обавеза корисника у погледу искоришћавања његове сопствене технологије; ограничавања корисника у погледу развоја и сл. Уговор о лиценци може остати на снази уколико се одредбе које садрже рестрикције искључе, под условом да се он усагласи са Уредбом и Смерницама.¹⁴ Ако Комисија утврди да се уговором о лиценци неког од права интелектуалне својине крши чл. 81 Уговора, она ће прогласити такав уговор неважећим и може новчано да казни компаније које су га закључиле.¹⁵

3. ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНИРАЈУЋЕГ ПОЛОЖАЈА НА ТРЖИШТУ – ЧЛ. 82 УГОВОРА О ЕЗ-у

Основни принципи регулисања доминантног положаја привредних субјеката на тржишту ЕЗ-а садржани су у чл. 82 Уговора. Свака злоупотреба коришћења доминантног положаја на заједничком тржишту – тржишту Европске заједнице или на његовом битном делу од стране једног или више предузећа је забрањена, уколико би се тиме могло штетно утицати на трговину између држава чланица. Злоупотреба доминантног положаја на тржишту, према овом члану Уговора, састоји се у следећем: непосредном или посредном наметању неправичне куповне или продајне цене или осталих трговачких услова; ограничавању производње, развоја тржишта или техничког развоја на штету потрошача; наметању пословним партнерима неједнаких услова за исте престације, стављајући их на тај начин у лошији конкурентски положај; условљавању закључења уговора прихватањем допунских престација које, по својој природи или трговачким обичајима, немају оправдања.

Члан 82. је независан у односу на чл. 81 Уговора у погледу њихове примене. Међутим, циљ који се жели постићи применом оба члана је исти – заштита конкуренције и спровођење јединствене комунитарне политике у оквиру Уније. Међутим, правни основ забрањеног понашања је различит: код споразума, одлука и праксе из чл. 81 основ забрањеног понашања је у сагласности воља између привредних субјеката, док је у чл. 82 основ забрањеног понашања у злоупотреби доминантног положаја од стране појединих предузећа.

¹⁴ Н. MacQueen, С. Waelde, G. Laurie, 844.

¹⁵ У Великој Британији се овим казнама може додати и санкција коју предвиђа Закон о предузећима В. Британије (чл. 204), да се директори тих компанија позову на одговорност.

Под удар норме из чл. 82 могу, према томе, доћи сва предузећа која имају доминирајући положај на тржишту, без обзира на то да ли се са конкурентима споразумевају о ограничавању конкуренције. То, даље, значи да се применом чл. 82 могу санкционисати и она понашања на које се не може применити чл. 81 – на пример, понашање конкурента без договора са другим конкурентом на тржишту ЕЗ-а, којим се вређају правила фер конкуренције. На основу тога могуће је закључити да чл. 82. пружа шире могућности од чл. 81 у погледу примене, али уз ограничење – да се он може примењивати само на субјекте који имају доминантан положај на тржишту, док се картелна забрана из чл. 81 једнако примењује на сва предузећа.

У пракси представља проблем утврђивања критеријума на основу којих се одређује доминантан положај на тржишту, будући да се Уговор о ЕЗ-у и други пратећи прописи не баве овим питањем. Доминантан положај означава способност, знање и тржишну моћ једног броја предузећа да самостално одређују услове купопродаје, не узимајући у обзир вољу и интересе других учесника на одређеном тржишту. Доминантан положај може да има једно предузеће као самостално или заједно са другим предузећима, матично и зависна предузећа. Према пракси Европског суда,¹⁶ неко предузеће има доминирајући положај уколико може да води независну тржишну стратегију, не обазирати се на конкуренте (хоризонтална независност), снабдеваче, дистрибутере и потрошаче (вертикална независност). Таква позиција на тржишту настаје због њиховог удела на тржишту, или због комбинације удела на тржишту са техничким знањем, сировинама или капиталом који поседују, што резултира њиховом способношћу да контролишу цене, производњу или дистрибуцију значајног дела производа у питању.

Оцена доминантног положаја предузећа условљена је одређивањем релевантног тржишта и географских граница у оквиру којих ће се ценити понашање одређеног субјекта. За примену забране није неопходно да неко предузеће самостално или заједно са другим има доминирајући положај на целом тржишту Заједнице, довољно је да такав положај има на његовом битном делу. Битни део тржишта може бити национално тржиште, али и део тржишта неке земље чланице. Једно предузеће држи такву позицију кад држи више од 50% делова одређеног тржишта, док се делови тржишта који варирају између 40% и 50% сматрају озбиљним индикаторима доминантности, при чему и други фактори треба да потврде ову доминацију. Примери злоупотреба су бројни. Само поседовање доминирајућег положаја није забрањено, као ни његово коришћење у складу са правилима о

¹⁶ Одлука Европског суда правде у спору *Continental Can*, од 9.12.1971; *JOCE*. 7, од 8.1.1972, итд.

лојалној конкуренцији. Забрањена је само злоупотреба коришћења таквог положаја. У праву конкуренције ЕЗ-а злоупотреба се процењује објективно, тј. за постојање злоупотребе није битна кривица доминирајућег предузећа, нити је битна чињеница да је коришћење остварено противно добрим пословним обичајима. Такође, није неопходно да се остварује потпуна контрола тржишта од стране одређеног привредног субјекта, већ под удар долази само моћ предузећа да се може понашати независно у односу на остале учеснике на тржишту. При томе, забрана злоупотребе доминантног положаја обухвата не само коришћење, већ и задржавање доминантног положаја. Према пракси Европског суда правде, злоупотреба обухвата, поред понашања које је неправично и штетно за потрошаче, и она понашања којима се наноси штета самој структури тржишта. Сви случајеви који су имали за предмет акте дискриминације спровођене од стране тржишно доминантних фирми (одбијање снабдевања конкурента својим производима, условљавање њихове испоруке везивањем са испоруком других производа, итд.) нису потпадали под забрану чл. 82, уколико таквим понашањем није поремећена структура одређеног тржишта. У случају када је структура одређеног тржишта већ поремећена на начин да једна или више фирми поседују значајан степен тржишне моћи, одбијање снабдевања појединих конкурената, чиме се спречава њихов приступ на тржишту, може имати за последицу поремећај структуре тржишта.¹⁷

Супротно чл. 81 Уговора, за ослобођење од забране злоупотребе доминирајућег положаја, чл. 82 не предвиђа никакве могућности за изузетке. Комисија једино може на захтев заинтересованих предузећа издати негативан атест којим потврђује да, према чињеницама које су јој познате, не постоје разлози за покретање поступка против одређеног предузећа на основу чл. 82 Уговора. У пракси Комисије и Европског суда правде почиње да се афирмише један, према досадашњој пракси, нов став – да што једно предузеће има већу економску снагу која се одржава у његовој доминантној позицији на тржишту, утолико је то предузеће више одговорно за своје тржиште и не може се слободно понашати као што то могу предузећа мале економске снаге (правило *de minimis*).

Поседовање права интелектуалне својине као монополских, искључивих права може, само по себи, да обезбеди доминантан положај на тржишту власнику тих права. Злоупотреба доминантног положаја коју ужива власник, титулар права или носилац искључиве лиценце такође потпада под примену чл. 82 Уговора. Злоупотреба права се најчешће манифестује као одбијање титулара да уступи лиценцу заинтересованим компанијама или путем наметања неоправ-

¹⁷ В. детаљније P. Schricker, *Twenty-five years of protection against Unfair Competition*, München 1996, 22.

дано високих лиценцих накнада и рестрикција. Карактеристичан је случај телевизијских станица *RTE* и *ITP*-а против Комисије у случају Магил, пред Европским судом правде – *RTE & ITP v. EC Commission (Magill)*. Наиме, у Великој Британији и Ирској су само телевизијске станице имале право да објављују своје недељне ТВ програме и они су те програме састављали по свом концепту, сматрајући да је то њихово ауторско право. Магил, ирска компанија, је почела да објављује недељне програме разних ТВ канала, због чега су је ове две телевизијске станице тужиле за повреду ауторског права на објављивање свог програма. Магил се обратио Комисији, која је донела одлуку да су тужиоци злоупотребили свој доминантни положај и да морају у будуће да снабдевају све заинтересоване подацима о ТВ програмима. У другој инстанци, Европски суд правде је подржао одлуку Комисије,¹⁸ са следећим образложењем: тачно је да је право објављивања искључиво право аутора, као и да одбијање да се да лиценца, чак и од стране компаније која има доминантан положај, не представља само по себи злоупотребу доминантног положаја. Али, коришћење искључивог права може у „изузетним околностима“ да буде тумачено као злоупотреба права. Гледалац који жели да буде обавештен о ТВ програму би морао да купује недељни програм сваке ТВ станице, ако би ТВ станице имале искључиво право да објављују своје програме и ако би одбијале да податке о својим програмима достављају медијима“.¹⁹

Други познати случај односи се на одбијање титулара, власника права интелектуалне својине, да закључи уговор о лиценци и тиме омогући кориснику да производи резервне делове на свом тржишту. Компанија Волво је је имала право на дизајн у Великој Британији на предњим крилима аутомобила. Компанија Венг је увезла предња крила из Италије, где су се производила без сагласности Волвоа. Волво је тужио за повреду права на регистровани дизајн, а Венг се бранио да је Волво одбио да му одобри лиценцу, иако је он нудио да плати разумну накнаду и да то представља злоупотребу доминантног положаја. Европски суд правде је прихватио позицију компаније Венг, наводећи да одбијање да се уступи лиценца не представља, само по себи, злоупотребу доминантног положаја; али, да одбијање да се снабдева тржиште резервним деловима или обустава производње резервних делова за аутомобиле који су још у употреби, као и одређивање превисоких цена за резервне делове, представља злоупотребу доминантног положаја и да је, као такво, недозвољено.²⁰

¹⁸ Вид. сажетак Одлуке Европског суда правде од 2.6.1995. године (тзв. *Magill Decision*) на адреси <http://www.panix.com/userdirs/jesse/magill.html>.

¹⁹ Вид. више Н. Macqueen, С. Waelde, G. Laurie, 848.

²⁰ *AB Volvo v. Erik Veng Case*, Одлука Европског суда правде од 5.10.1988. године, вид. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987J0238:EN:HTML>

Првобитно право конкуренције ЕЗ-а није предвиђало контролу фузија, што је начелно значило да је било дозвољено стварање доминирајућег положаја путем фузионисања предузећа. Међутим, пракса је захтевала да се фузије подвргну контроли, те је Комисија затражила од Савета да донесе посебан пропис на основу којег би Комисија добила овлашћења да контролише облике концентрација на подручју Уније. Правило о контроли концентрација или о фузијама је донето 1989. године и Европска комисија је добила право да контролише концентрације које имају комунитарну димензију, а којима се успоставља доминантан положај на тржишту.²¹ При томе Комисија има право да прати концентрације и изван Уније ако оне имају последице на територији Уније. Из овог разлога су, на пример, америчке компаније Боинг и Даглас морале да добију сагласност од Комисије да би се фузионисале. У другом случају Комисија се успротивила спајању два предузећа из Јужне Африке за производњу драгоцених метала, наводећи да би таква фузија изазвала поремећај на тржишту Уније. То указује на потребу да земље које нису чланице Уније морају да воде рачуна о прописима из комунитарног права конкуренције не само када тргују са компанијама из земаља Уније, већ и онда кад њихови међусобни послови могу да имају последице на подручју Уније. Комисија може да изрекне новчане казне за лица и компаније које не пријаве концентрацију, приликом пријаве дају нетачне податке, не доставе тачна документа, почну да послују супротно одлуци Комисије која је одбила сагласност за концентрацију или пре него што је Комисија донела одлуку о давању сагласности. У сваком случају, одлуку о одобравању или забрани концентрације Комисија доставља заинтересованим лицима и надлежним органима земаља седишта компанија које се фузионишу.

На плану права интелектуалне својине фузије такође могу да се догоде између компанија које удруживањем својих права интелектуалне својине, као носиоци или корисници искључиве лиценце, могу да произведу антиконкурентско дејство на тржишту Заједнице и тако дођу под удар одредаба Уредбе о фузијама. Пошто се концентрације и догађају између компанија које се баве истом, сличном или комплементарном привредном делатношћу, у пракси је могуће да су те компаније носиоци права интелектуалне својине над сличним проналасцима, дизајну или другим правима интелектуалне својине. У том случају, оне монополишу тржиште односно спречавају конкуренцију да се развија и послује на тржишту Заједнице.

²¹ European Council Regulation 4064/1989

4. СЛОБОДА КРЕТАЊА РОБЕ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Европска заједница је основана пре свега да би се обезбедио слободан проток робе, услуга, лица и капитала између држава-чланица. Врло брзо је утврђено да национални и територијални карактер права интелектуалне својине представља препреку слободном протоку. Државе-чланице ЕЗ-а нису биле спремне на компромис по овом питању, што је успорило унификацију.²²

Права интелектуалне својине која су, првобитно гледано, по начину настанка и примени, национална права, могу да буду препрека слободном кретању робе на тржишту, као што могу да буду предмет споразума (уговора) који имају антиконкурентско дејство или помоћу којих њихов титулар (власник или носилац искључиве лиценце) стиче доминатну позицију на тржишту, коју може да злоупотреби и да тако не поштује правила о слободној конкуренцији. Тако, на пример, чл. 28 Уговора предвиђа да ће квантитативна ограничења увоза и све сличне мере бити забрањене између држава чланица. Јасно је да национално заснована права интелектуалне својине могу да доведу у питање спровођење овог члана Уговора. На пример, ако немачки произвођач *hi-fi* опреме може да уступи свој жиг заинтересованим компанијама у разним земљама чланицама тако да титулар или корисник уступљеног жига може законито да спречи увоз истог производа обележеног истим жигом који је немачки произвођач уступио некоме у другој земљи чланици, онда постоји повреда чл. 28 Уговора. Истина, у чл. 30 предвиђају се неки изузеци од правила постављеног у чл. 28, у смислу да су права индустријске и трговачке својине донекле изузета,²³ уколико не представљају начин за дискриминацију или симулована ограничења трговине између земаља чланица. Пракса Европског суда правде се развијала у том правцу да ограничи титуларима права интелектуалне својине могућност да упражњавају своја права на начин који штети тржишту Уније. У том смислу је и Европски суд правде успоставио дистинкцију између „постојања“ и „вршења“ права интелектуалне својине. Прихватањем ове дистинкције су и правила дозвољеног понашања у Унији различита, зависно да ли се ради о постојању или вршењу права интелектуалне својине.

²² Вид. детаљније V. Korah, 24.

²³ У време када је Римски уговор донет, термин права интелектуалне својине није био у широкој употреби као ни схватање о привредном значају ауторских права и сродних ауторских права чији је развој омогућио технолошки напредак. Тако је Европски суд правде дао званично тумачење да се појмом индустријске и трговачке својине обухвата и ауторско право, видети случај *Deutsche Grammophon v. Metro*.

Ова дистинкција је постала прихваћена у правничким круговима нарочито после случаја *Deutsche Grammophon (DG) v. Metro*, где одредбе о конкуренцији из Уговора нису могле да се примене.²⁴ *DG* је као носилац ауторских права на одређене грамофонске плоче, пренео своје право на фирму која је била у његовом власништву у Француској, а коју је затим продао трећем лицу. То треће лице је извезло плоче на немачко тржиште по нижим ценама од цена *DG*-а на немачком тржишту. Фирма *DG* је покушала да спречи продају и случај се нашао пред Европским судом правде, који је донео одлуку, од историјског значаја за ово правно питање, о исцрпљивању права, која је постала правни преседан. Образложење је било да је титулар права приликом уступања права изгубио дефинитивно своје право те да он не може даље утицати на правну судбину тог права. Ако се један производ први пут појавио на тржишту Заједнице по ниској цени и паралелни увозници могу да га купе и препродају у другој земљи – то је легално стечен профит. Познат је и случај *Centrafarma v. Sterling Drugs*. Фирма Стерлинг је била носилац патента у Холандији и В. Британији и продавала је тај лек, с тим што је цена у Холандији била далеко већа; паралелни увозници су увезли на холандско тржиште лек из В. Британије. Титулар није могао то да спречи јер је прва продаја била уз његову сагласност. Али, зато у случају *Parke, Davis v. Probel* решење је било другачије, јер је утврђено да су лекови били произведени у Италији без дозволе титулара па онда увезени у Холандију.²⁵ Овакав правни став Европског суда правде је формирао данас водећу судску праксу, а образложење је послужило за стварање тзв. теорије о исцрпљивању права.

Примена начела слободног протока робе и теорије о исцрпљењу права могу у пракси да буду „разводњени“ различитим националним прописима земаља чланица о конкретном правном питању. Дobar пример је спор око пића – ликера *Cassis* из Дижона, које се прави у Француској и које има 15 до 20% алкохола. У Немачкој пропис предвиђа да категорија пића у којој се налази *Cassis* мора да има најмање 32% алкохола. Немачки увозник се обратио Европском суду правде позивајући се на чл. 28 и 234 Уговора. Суд је закључио да, док се не оконча процес хармонизације права између земаља чланица, државе чланице регулишу режим алкохолних пића на својој територији, али да се разлике у регулисању у односу на комунитарно право могу прихватити само ако су оправдане постојањем принудних прописа који се односе на порезе, заштиту јавног здравља, фер

²⁴ *Deutsche Grammophon v. Metro-SB Grosmärkte*, Одлука Европског суда правде од 8.6.1971. године, вид. http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61970J0078.

²⁵ M. Furse, *Competition Law of the EC and UK*, Oxford 2006, 403.

односе у комерцијалним трансакцијама и заштиту потрошача. Пошто то овде није случај, Суд је дозволио да се *Cassis* продаје у Немачкој, иако је проценат алкохола нижи од прописаног.²⁶

У каснијим одлукама Европског суда правде искристалисао се правни став да препреке слободном протоку робе у ЕУ од стране различитих националних прописа могу да буду прихватљиве само ако се примењују и на домаће и на увезене производе без разлике и ако су неопходне да задовоље потражњу од стране потрошача. Позивање на начело заштите потрошача од заблуде због преварног жига²⁷ је, као препрека слободном кретању робе, оправдано само ако постоји озбиљан ризик од довођења потрошача у заблуду или ако не постоји други начин да потрошачи буду доведени у заблуду.

У спору *Van Zuylen Freres v. Hag AG* пред Европским судом правде су се појавиле посебне околности јер је жиг Хаг био у власништву два, различита правна лица, али је имао заједничко порекло, као последицу конфискације имовине после Другог светског рата. Није било никакве праве везе између два власника нити споразума, а они су самостално искоришћавали исти жиг. У спору који је један од власника покренуо, тражећи да само он има искључиво право употребе, Суд правде је закључио да се један титулар жига не може супроставити коришћењу истог жига који припада другом титулару, када ти жигови имају заједничко порекло. Ова одлука је била предмет критика у време када је донета (1973. године) јер је изгледало да је она у супротности са начелом да је титулар интелектуалне својине овлашћен да робу стави у промет први пут. Међутим, данас је она опште прихваћена као теорија о заједничком пореклу права интелектуалне својине. Ова теорија предвиђа да када једно право има исто порекло, легални титулари морају да се међусобно толеришу иако су конкуренти. У пракси, они најчешће закључују уговоре о подели тржишта, врсте производа, ограничавају количине производа и сл. како би смањили ефекат нелојалне конкуренције која има негативан утицај на пословање и остваривање добити оба титулара.²⁸

Када комунитарно право о слободи кретања робе дође у сукоб са националним прописима земаља чланица, онда земља чланица мора да „оправда“ сваку трговинску препреку између те и неке друге

²⁶ *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon Case)*, од 20.2.1979. године.

²⁷ Термином преварни жиг означава се сваки онај жиг који може да наведе потрошаче на погрешну представу било у погледу порекла, квалитета и других својстава производа.

²⁸ D. Bainbridge, 787, вид. *Van Zuylen frères v. Hag AG*, Одлука Европског суда правде од 3.7.1974. године, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61973J0192&lg=en

земље чланице. Слобода кретања робе је општи принцип који треба да примењују и земље чланице, тј. да стално раде на смањењу трговинских препрека. Што већи степен хармонизације постигну национални закони о интелектуалној својини, то ће бити и мања опасност од конфликта између домаћег права и комунитарног права у погледу слободе кретања робе. Тако је значајан број спорова о исцрпљивању ауторског и извођачког права у случајевима када продаја примерка једног ауторског дела не представља исцрпљивање права давања у закуп тог дела, изгубио на значају од када је комунитарно право детаљно регулисало давање у закуп и позајмљивање ауторских дела као посебна, додатна права. Та се врста спорова, више, једноставно не појављује!

5. ЗАКЉУЧАК

Очигледно је да постоје две правне дисциплине које су тесно повезане – право интелектуалне својине и право конкуренције, које се заснивају на супротним принципима и антагонистички се представљају у теорији. Међутим, у пракси, оне се често комплементарно примењују. Правила права конкуренције примењују се на многе аспекте права интелектуалне својине пре свега на вршење тих права, на пренос права и уступање лиценце тих права. Посматрајући однос права конкуренције и права интелектуалне својине, комунитарно право конкуренције (као и национално право конкуренције) се јавља као општије право. Кад једно питање из права интелектуалне својине не може да се реши применом одредаба тог права, по правилу се користе одредбе права конкуренције да би се спорни однос привео праву. Стога се, у случају правне празнине или правне недоумице око примене прописа из права интелектуалне својине, примењује право конкуренције, како комунитарно, тако и национално.

Vesna Besarović, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

APPLICATION OF COMMUNITY COMPETITION LAW ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Summary

There is an inherent tension between the exercise of intellectual property rights and the application of competition law, particularly in the European Community. An intellectual right may be described as a grant of legal monopoly, dispersed by the State, as a reward for, and incentive to, investment in the future. It is a form of property right. While competition law does not generally seek to condemn the existence of a monopoly or dominant position, it does seek to impose some constraint on the way in which a monopoly may be exploited or defended. Thus, both articles 81 and 82 of the EC Treaty may be applied to the exercise of intellectual property rights in the EC, which can be exploited so as to divide the common market. Other provisions of EC law, in particular those relating to the free movement of goods, may also be invoked to frustrate the use of intellectual property rights in this way.

In essence, there are three core ways in which the use of intellectual property rights may be subject to restriction under the EC law. Article 81 EC is applicable to agreements relating to the assignment or exploitation of intellectual property rights; article 82 EC controls the use of intellectual property rights by a dominant undertaking; and the provisions of the Treaty relating to the free movement of goods limit the extent to which intellectual property rights can be asserted so as to fragment the common market. Two doctrines, the doctrine of exhaustion and the doctrine of common origin allow for making distinction between the existence and the exercise of intellectual property rights.

Key words: *Competition Law. – Intellectual Property. – Block Exemptions. – Dominant Position of Company. – Free Movement of Goods.*

Др Ранко Орлић

редовни професор

Факултета организационих наука Универзитета у Београду

ПОСЛОВНА ЕТИКА ИЗМЕЂУ ОПШТЕ ЕТИКЕ И ПОСЛОВНЕ ПРАКСЕ

*У науци не постоји сагласност око појма и дефиниције пословне етике. Теškoће са њеним одређивањем и дефинисањем су нагнале бројне писце да пословну етику посматрају првенствено као скуп моралних правила којима се људи руководе у пословању, па све до схватања да пословна етика представља учење о пословном моралу. Главна слабост овог другог значења пословне етике, као учења о пословном моралу, састоји се у томе што оно дозвољава да се етика сведе на научно проучавање морала, уместо да се посматра као *par excellence* филозофска дисциплина, и то као једна посебна и примењена етика која изучава пословни морал као скуп истих таквих правила којима се усмерава пословно понашање људи у свеколиким областима људског делања: од трговине (трговачка етика) до правне науке (пословноправна етика). Таквом погрешном приступу и схватању посебно доприносе наноси пејоративног значења пословне етике који се стварају како у свету пословања, тако и у широј јавности, што је посебно изражено када се тај појам употребљава некритички и омаловажавајуће. Зашто је то тако, покушаћемо да објаснимо у наредним редовима, с намером да се одреди право значење пословне етике и објасни њено важно место које јој већ сада припада као младој сазнајној дисциплини на пословним, правним и другим школама широм света на којима се подробно изучава.*

Кључне речи: *Етика. – Пословна етика. – Метаетика и нормативна етика. – Пословна етика у пракси. – Пејоративно значење пословне етике.*

1. УВОД

Пословна етика (*business ethics*) је назив који у последње време заокупља све више пажњу академских посленика најразличитијих интересовања и опредељења, а не само пословних људи. Откако се

пре тридесетак година појавила у програмима пословних школа као посебан предмет изучавања, прераставши постепено у читав покрет (ма шта подразумевали под тим изразом), а посебно од тренутка када су пословни људи почели да је утилитаристички и помодно доживљавају као неизоставни део својих свакодневних размишљања, пословна етика је постала важан повод многобројних расправа које су имале за циљ да осветле њен смисао и, евентуално, њену истинску природу. Као и код сваке новотарије, процене и оцене су биле опречне: од оптужби да је то „најкраћа књига на свету“, односно да етика у ствари не постоји, да је у питању „само мода“, да професори пословне етике предају „етику без етике“, да је реч о пукој „дескрипцији“ лишеној способности да постави суштинска питања, све до ковања пословне етике „у звезде“ и њеног проглашавања за крајњу сврху некаквог „магичног“ света пословања.¹ Такве међусобно супротстављене оцене пословне етике нису само плод неразумевања, већ и нових недоумица поводом могућег одређивања њене истинске природе, барем у конвенционалном смислу. Њихово разрешење би пословној етици могло да прибави постојан положај самосталне дисциплине.

Сама пословна етика, како смо нагостили, може да се посматра као скуп одређених моралних правила (или барем тежњи ка остварењу тих правила) којима се људи руководе у пословању (дакле, као кодекс моралних правила која важе у свету пословања), или као скуп учења о правилима пословног морала.² Прво значење пословне етике је релативно јасно: то је скуп моралних норми (правила, начела) које регулишу професионалне односе субјеката права у области пословања, када пословање представља било какву активност у некој врсти правом регулисане привредне делатности (на пример, између произвођача и потрошача, инвеститора и извођача, управе и радника, итд). Посебна морална правила важе за припаднике других професија у тзв. непривредним делатностима – како за њихове међусобне односе (између колега), тако и за њихове односе према клијентима – с тим што ти односи не спадају у правила опште пословне етике, већ у посебну етику (на пример, адвокатска етика, лекарска етика, професорска етика и слично).³ Друго значење пословне етике, међутим, може да изазове додатне недоумице, јер схватања пословног морала и учења о њему могу да буду крајње различита. У том значењу, пословна етика је научна дисциплина када се користе науч-

¹ A. Crane, D. Matten, *Business Ethics*, Oxford University Press, Oxford 2007, 4.

² G. Chryssides, J. Kaler, *Essentials of Business Ethics*, McGraw-Hill Book Company, Maidenhead 1996, 3–4.

³ Вид. Џ. Раз, *Етика у јавном домену*, ЦИД, Подгорица 2005.

ни методи за проучавање пословног морала, под условом да се предмет истраживања не проширује изван граница искуства. То је имало за последицу да пословна етика, која се изучава на многим пословним школама широм света, углавном садржи научно учење о пословном моралу, бавећи се описивањем и моралним процењивањем постојеће пословне праксе или истраживањем мерила моралног вредновања која често остају изван домашаја критичког испитивања, сматрајући такве ствари нечим *sui generis*. Али, то није право значење пословне етике као учења о пословном моралу, која се као могућа наука о пословном моралу (било који научни методи да се користе) усредсређује на истраживање суштине властите узрочности. Том умесном научном настојању се противставља једна друга, такође умесна, али неизбежна ствар: да би било која људска радња (па, самим тим, и она која се односи на свет пословања) уопште могла да се процени као добра или рђава, претходно морају да се превазиђу границе нашег искуства, јер је вредновање неких људских поступака и моралних правила могуће извести само коришћењем познатих или недовољно познатих надискуствених метода, какви су априористички и аксиоматски метод, интуиција, надахнуће, откривење и други слични, који пре припадају филозофском и религијском начину самосазнавања света, све дотле да – користећи их – можемо да се упитамо: ако нема Бога, да ли је онда све дозвољено у овом нашем људском свету?! А, изгледа да није.

Поменуто недоумице развејава практично схватање пословне етике, која се – будући много развијенија у том делу и на сигурнијем терену – мора посматрати као *par excellence* део опште етике. Ипак, захваљујући оном што је људски достигну, дошло је до размимоилажења међу писцима поводом њене неизвесне суштине. Захваљујући томе, практична етика је додатним и наводно поузданим разврставањима подељена на дескриптивну, аналитичку и нормативну (прескриптивну) пословну етику. Док се дескриптивна пословна етика ограничава на објашњавање пословног морала, тј. „онога што јесте“; аналитичка, на анализу језичких исказа који се користе у моралном процењивању актуелног пословања; нормативна пословна етика настоји да (са становишта „требало би“ *de lege ferenda*) преиспита постојећа морална правила због њиховог побољшања.

Посебно практично питање представља то да ли пословни људи треба само да примењују морална правила, препуштајући њихово стварање и тумачење филозофима-етичарима или теолозима, или, пак, сами могу да учествују у њиховом стварању и тумачењу, замишљајући у сваком конкретном случају крајње разлоге људских

моралних или неморалних поступака? Очигледно, пословни људи, ако не желе да постану само обични извршиоци моралних пословних правила чији смисао и суштину не могу или не морају да разумеју, морају, хтели-не хтели, да размишљају барем само једним делом као филозофи или теолози. А то значи да садашње прагматично учење о пословном моралу на пословним (или правно-пословним) школама нужно мора, барем донекле, да се прошири на подручја поменутих духовних дисциплина.

2. ПОСЛОВНА ЕТИКА КАО СКУП МОРАЛНИХ НОРМИ

Појам пословне етике као скупа моралних норми (правила, начела) које се користе као путокази пословним људима у њиховим професионалним односима, готово да је истоветан са појмом пословног морала, који је сагласан део општег морала (у смислу укупности сагласних моралних норми).⁴ Штавише, неке од основних норми пословног морала су истовремено норме општег морала. На пример, норма која нам налаже да не крадемо, не само што се налази у *Декалогу*, већ је саставни део свих кривичних законика. И неке норме пословног морала – настале радом берза, трговачких удружења и других удружења пословних људи – такође су у међувремену стекле законску снагу. Такође, норме пословног морала се могу појавити у облику обичајних норми, какав је случај са обичајним нормама који-

⁴ Морал (од лат. *moralis* – моралан) се убраја у основни тип нормативног регулисања људског понашања у друштву, поред права, обичаја, традиције и других правила, укрштајући се са њима, али се истовремено ипак суштински разликујући од њих. За моралне норме је карактеристично да су лишене организоване санкције, али се може десити да и оне, исто као обичајне и друге норме, добију мање-више јасну друштвену или државну санкцију, што омогућава да у извесним случајевима дође до њиховог поистовећивања. Морал се односи на исправно или погрешно понашање проузроковано добрим или лошим (рђавим) карактером. Морални судови се не односе само на људске радње, него и на њихове мотиве, разлоге за њихово чињење, посебно на опште карактерне особине појединца као слободног бића. Зато приликом доношења моралних судова примењујемо моралне норме, руководећи се властитим начином расуђивања, понашања, мотивима или испољеним карактерним особинама. Као таква, свака морална норма може да послужи као правило понашања или као стандард за његово вредновање (оцењивање). У првом случају, морална норма представља захтев да неко у извесним околностима треба да изврши извесну врсту чињења (радњу: на пример, да поступи поштено према другој особи) или да се уздржи од чињења (на пример, да не лаже). У другом случају, морална норма постаје стандард за вредновање (оцењивање) људског понашања када просуђујемо да ли је нешто добро или рђаво, пожељно или непожељно, вредно или безвредно. Вид. Р. Лукић, *Систем филозофије права*, Београд 1992; Р. Smith, *Moral and Political Philosophy – Key Issues, Concepts and Theories*, Palgrave Macmillan, New York 2008; D. Ambrose, T. Cross, *Morality, Ethics and Gifted Mind*, Springer, New York 2009.

ма се користе за трговање у неком месту (на пример, обичајна норма да се мери више и да се повиси цена, чини да ово обичајно правило постане норма пословног морала која важи у неком месту). Али норме пословног морала не морају да се подударају са правним и обичајним нормама, јер многе пословне норме постоје изван области правног и обичајног регулисања као чисто моралне норме. (Један морално надахнут пословни човек, рецимо, верује у исправност става да није морално свог конкурента присилити на банкротство. То уверење није ни законско ни обичајно. Оно је засновано на *златном правилу*, тј. моралној норми која нам налаже да волимо ближњег као самог себе, што је трајна преокупација најврснијих мислилаца, од Томе Аквинског до Џона Финиса и других неотомиста, какав је на пример Мишел Вилеј).⁵ Норме пословног морала, дакле, могу да се преобличе у правне норме, обичаје или узусе, али и у важеће чисто моралне друштвене норме. Понекад оне само изражавају настојање да се успоставе бољи односи међу људима у једној заједници. Проучавање тих настојања (па чак и скривених тежњи и чежњи) често упућује на потребу за мењањем појединих норми пословног морала, што значи да су управо те норме подложне сваковрсним променама.

3. ОПШТИ МОРАЛ КАО ТЕМЕЉ ПОСЛОВНОГ МОРАЛА И МОРАЛ ПОСЛОВНИХ ЉУДИ

Пошто се под *моралношћу* подразумева скуп норми или правила која придају својство ваљаности неком одређеном моралу или оправдавају неко морално значајно деловање, то прво питање које тим поводом може да се постави гласи: ко уопште прописује норме пословног морала? Иако, на пример, општи морал представља темељ пословног морала, на супрот њему, постоје бројније норме пословног морала које су посебне или сасвим особене, настале из свакодневне потребе пословних људи и њихове намере да своје професионалне односе и поступке заогрну моралношћу. Очигледно, правне и обичајне норме саме по себи нису довољне да пословном свету обезбеде карактер моралности, јер се често дешава да су активности пословних људи формално законите или друштвено прихваћене, али да

⁵ Вид. Т. Aquitanus, *Summa theologiae*, Zagreb 1980; Т. Аквински, *Država*, Zagreb 1990; *Аквински – морална, политичка и правна теорија*, Београд 2004; М. Ј. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1982 (Ц. Финис, *Природно право*, изд. ЦИД, Подгорица 2005); М. Villey, *Philosophie du droit*, Paris 2001 (исти, *Pravo i prava čoveka*, Zagreb 2000), а код нас, као још новије, М. Божић, Д. Аврамовић, „Неотомистичка критика људских права“, *Правни живот* 14/2007, 447–467.

нису у складу са духом закона или обичаја. Није случајно то што је Жак Дерида развио своје познато учење о праву у коме посебно место припада правилима тзв. „инфраправа“.⁶ Иако је општост једно од најважнијих обележја правних норми, због чега се оне различито тумаче (у смислу: „закони су за противнике, а за наше ћемо да видимо!“), може се запитати: на основу чега сме да се тврди да је надахнут моралом обичај по коме се на некој пијаци мери више и наплаћује виша цена? Очито је да у моралним питањима нема таквог ауторитета као крајњег пресудитеља. Чак ни глас јавности, изражен као став јавног мњења, није поуздан водич у многим таквим ситуацијама. И том приликом, као и многим другим приликама, одлука је најчешће препуштена нама самима, тј. нашем унутрашњем гласу савести. Али, пошто је људска савест веома крхка ствар, и њој је потребна подршка некаквог ауторитета подупртог институцијама. А она у поменутом смислу често изостаје. Како год било, норме, односно правила општег морала, сигурно могу бити корисне приликом индивидуалног одлучивања у било ком конкретном случају, као одсјај укупног схватања дате културе, па чак и људског искуства као таквог, на шта посебно теолози и филозофи полажу право на ауторство (позивајући се на библијско веровање у искупљење или, пак, трагајући за испуњеношћу смисла људске мисије на овом свету као резултату усклађеног деловања људске жеље и божјег хотења исказаног чином стварања, о чему на сличан начин казује Петар Петровић – Његош у драми *Шћепан Мали* (дејствије треће, јавленије четврто): „Ко вечито хоће да живује, мученик је овога свијета“.⁷

⁶ Ж. Дерида, *Сила закона*, Нови Сад 1995, 54 и даље.

⁷ У суштини, већина теолошких и филозофских радова о моралу представљају хвале вредне напоре њихових писаца да се одреди некаква основица која ће појединцима послужити као ослонац за лично решавање важних моралних питања. На пример, осма Божја заповест налаже да не крадемо; јудаизам и хришћанство проповедају да треба да љубимо своје ближње; Кант истиче категорички императив: поступај тако да максима твоје воље увек може важити као правил општег законодавства! И додаје: човештво увек морамо узимати као циљ по себи, а никад само као средство!; Цереми Бентам, Џон Стјуарт Мил и други утилитаристи поручују да треба да радимо у складу с највећим добром за највећи број људи; егоисти нас подсећају да циљ наших поступака треба да буде остварење само наших властитих интереса; *златно правило* захтева да не чинимо другима оно што не бисмо желели да они чине нама; песник Мирослав Антић саопштава: „ако целог себе дамо – тек тада можемо и бити цели“. Сигурно је да нека од ових упутстава или правила могу да послуже као основа за размишљање о правилима и начелима пословне етике, али она сама по себи и за себе нису довољна. Штавише, међусобно упоређена, она показују очигледну несагласност. Нека су толико општа да је тешко одредити њихово право значење, док се за друга чак може доказати да су тешко практично примењива. Из тога није тешко закључити да и свет пословања има потребу за успостављањем особенних моралних правила која нису међусобно искључива, тј. која су погодна за примену.

Не само филозофи-етичари и теолози, како је поменуто, већ у још већој мери пословни људи, појављују се као ствараоци моралних правила која важе у њиховом свету пословања. Приликом стварања тих правила, они свакако морају да имају на уму правила објективно важећег општег морала барем у њиховом окружењу, због чега, у крајњој линији, и они морају да изаберу какво-такво филозофско-теолошко упориште. И пословни људи, дакле, морају да поседују некакав властити *кредо* (своје морално *вјерују*), кога се посебно присећају у тренуцима кризе или велике неизвесности. Управо се због тога, а не због нечег другог, дешава да особене норме пословног морала буду усаглашене са општим моралним правилима. На пример, опште правило пословања – садржано још у Хамурабијевом законнику, а затим у правилима римског права или свим каснијим грађанским законцима – налаже да продавац не сме да превари купца квалитетом продате ствари, што значи да „продавац одговара за физичке мане ствари“ (*caveat venditor*). То правило, које следи општу етику која налаже поштено поступање, остало је непромењено више од три хиљаде година. Али, почетком XIX века, желећи да поспеше пословне трансакције, правници у Енглеској и САД су успели да убеду судове да прихвате правило „нека је купац на опрезу“ (*caveat emptor*), што је у пракси произвело неправду, чак у толикој мери да су и сами пословни људи предложили судовима да се врате на старо правило *caveat venditor*, тј. да продавац треба да се брине за квалитет ствари коју продаје. А то показује да и посебне пословне моралне норме морају да буду надахнуте садржајима других општих друштвених правила, чак и у ситуацијама када се друштвена правила убрзано мењају. Ипак, и пословни људи су – као политичари или грађани – само људи са свим својим врлинама и манама. То што се нека особа бави пословањем, још увек не значи да она не може да буде хуља, подлац, гуликожа, хохштаплер, лажов, препредењак, мућкарош, лупеж, улизица, нитков, шићарџија, ситна душа, ласкавац, итд.,⁸ јер људи не мењају свој образ тиме што улазе у свет пословања. Бавити се пословањем само по себи не значи и морално се развијати на боље. Али, постоји и друга страна, по којој се пословни људи често унапред означавају као неморални: „Трговац ти лаже са смијехом“ (Његош – *Горски вијенац*, 1122). Због тога је и у овој области људске делатности неопходно створити одговарајућу нормативну регулацију засновану на пословним моралним нормама, што је, на пример, већ делимично учињено стварањем светског трговачког кодекса обичајних пословних и других норми (*UNIDROIT*).⁹ Али, и саме околности

⁸ R. C. Jebb, *The Characters of Theophrastus*, Macmillan, London 1909, 39–43; Теофраст, *Карактери* (прев. П. Пејчиновић), Сарајево 1975, 23–25.

⁹ Потреба за овим нормама јача упоредо са развојем тржишта и робноновчаних односа. Поштење је *conditio sine qua non* пословања. Пословни људи се сигурно

људе често доводе у искушење. Мисао Достојевског да „све зависи од средине, а човек лично није ништа“, вреди и за свет пословања.¹⁰

4. НАУЧНА И ФИЛОЗОФСКА ЗАСНОВАНОСТ ПОСЛОВНЕ ЕТИКЕ КАО УЧЕЊА О ПОСЛОВНОМ МОРАЛУ

Посматрана у свом другом главном значењу, пословна етика представља учење о пословном моралу. Већ је напоменуто да је ово значење пословне етике разгранато и сасвим различито. Када се пословни морал схвати као скуп моралних норми које регулишу професионалне односе пословних субјеката, тада он – пре свега друго – представља скуп идеја (замисли, исказа) о понашању људи у овој области живота, због чега се испољава као једна духовна појава. И пошто су духовне појаве предмет проучавања хуманистичких наука, то, сагласно логици узрока и последице, и пословни морал мора да буде предмет изучавања тих сазнајних дисциплина.¹¹

Данас главне врсте науке о моралу представљају *морална догматика* и *морална аналитика*. Прва се бави утврђивањем смиса-

не би упуштали у неизвесност пословног подухвата знајући да ће на крају бити насамарени. Ризик, свакако, постоји, али савесност пословних субјеката мора да се претпостави (*bona fides praesumitur*). Посматрано на дужи рок, поштено пословање је једини исправан пут.

¹⁰ На пример, психолошка истраживања су показала да поштење није само општа особина личности, већ да је у великој мери условљено ситуацијом у којој се нека особа налази. То значи да иначе поштене особе могу у извесним ситуацијама да се понашају непоштено и *vice versa*. Сама пракса пословања намеће пословним људима одређену врсту понашања. На пример, трговац „колонијалном робом“ (бакалин), данас бисмо рекли власник „самосталне трговинске радње“, који свакодневно долази у контакт са потрошачима, често је дарезљив према својим муштеријама, јер има циљ да их сачува. Давањем робе на вересију и разним другим погодностима (доставом робе у стан купца, примањем поруџбине телефоном, итд.), он задобија поверење потрошача и стиче углед озбиљног и предузетног пословног човека. С друге стране, један трговац аутомобилима, који у нормалним развијеним земљама данас вероватно дуго неће видети много купаца, мање је мотивисан да развија високе етичке стандарде према потрошачима, иако се чак и код нас у овој области ситуација мења у последње време. (Овде право прискаче у помоћ на тај начин што се за продати аутомобил издаје гаранција за исправност његовог функционисања, обично на годину дана, док се продубљивањем економске кризе важење гаранције све чешће и више продужава). Због тога морал пословних људи, као скуп моралних норми (правила, начела) које регулишу професионалне односе субјеката у области пословања, не представља постојану вредност ни на индивидуалном, ни на колективном плану.

¹¹ Један од наших првих правних писаца који је указивао на разлику између научног и филозофског учења о моралу био је Радомир Лукић, вид. Р. Лукић, „Појам социологије морала“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1966, 137–149; исти, *Социологија морала*, Београд 1974, 3–93. Вид. и занимљив текст П. Колер, „Право, морал и врлина“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2005, 59–78.

оне садржине моралних норми, док друга проучава од којих се појмовних елемената састоји морал и какве структурално-функционалне везе постоје између његових елемената. (Касније ћемо видети да се морална догматика и морална аналитика у великој мери подударају са дескриптивним, односно аналитичким приступом у етици као филозофској дисциплини.) Али, поред сличности, међу њима постоје и значајне разлике. Оне потичу од суштинске разлике између науке и филозофије као посебних сазнајних дисциплина. Те разлике показују да су научни искази пре свега искуствени искази који се одликују систематичношћу и објективношћу, док су филозофски искази првенствено надискуствени искази који говоре о питањима на која се правилно не може одговорити остајући унутар граница искуства.¹² Ако се то има у виду, није тешко разликовати научне од филозофских исказа и у оквиру пословне етике. Филозофски искази, међутим, нису једини надискуствени искази о пословном моралу. Од ове врсте су и религијски, па и уметнички искази, као преувеличани одрази својеврсног субјективног сазнавања и доживљавања света. Понекад су ови искази једини начин да се открије дубље значење и смисао неких моралних норми.

Поред моралне догматике и моралне аналитике, и друге науке на свој начин проучавају пословни морал, који, као и све друге духовне творевине, има своју психичку и материјалну страну. Он се ствара одговарајућим психичким процесима и пребива у психи људи. Појмови као што су *морална свест* и *морално осећање* указују на дубоку повезаност морала са психичким процесима. *Грижа савести* је најчешће једина санкција за непоштовање моралних норми. Такође, и психички развој је претпоставка моралног развоја појединца. И пошто је морал део животног искуства појединаца, он се може проучавати емпиријски. Морална просуђивања се могу тачно описати, као што се могу истраживати њихови узроци и последице. Штавише, може се дати и једно психолошко објашњење зашто нека особа има баш таква морална уверења и ставове, као и то како они утичу на њено понашање. Психолози могу да проучавају порекло и развој савести, па чак и да повежу човеково морално искуство са несвесним жељама, напетостима и емоционалним сукобима. Све те везе морала са психичким процесима изучава *психологија морала*. Наравно, оно што важи за психичку страну општег морала *mutatis mutandis* важи и за пословни морал као део општег морала. С друге стране, материјални аспект морала се огледа у томе што он мора да се изрази материјалним знацима. На тај начин морал постаје саставни део културе једног друштва, чиме је омогућено његово саопштавање међу припадницима односне заједнице. Морал се, такође, изражава и у одговарајућим људским понашањима која су под његовим ути-

¹² Вид. Р. Лукић, *Методологија права*, Београд 1979.

цајем. Ову страну морала изучавају посебне науке о знацима, људском понашању, итд. Посебно науке које изучавају људско понашање у пословању уочавају једну *друштвену појаву* у којој учествују барем два субјекта који могу, али и не морају да буду равноправни. Тај друштвени однос између субјеката је непосредно одређен утицајем пословног морала, чиме се показује како пословни морал утиче на друштвене односе, али и то како друштвени односи утичу на пословни морал. Тим везама између пословног морала и друштва се посебно бави *социологија морала*.¹³

Морал има и своју историјску позадину у наведеном смислу. Мада је било покушаја да се моралне норме представе као апсолутне и непромењиве – што се научно не може ни доказати ни порећи, јер је питање о постојању објективног морала који важи за све људе и за сва времена *in nise* метафизичко – позитивне, тј. важеће моралне норме, које су дате у искуству, не само да се разликују од једног друштва до другог, него се и временом мењају према облику и садржини. Успон и пад, односно јачање и слабљење морала у једном друштву, као и мењање садржине моралних норми током времена, изучава *историја морала*. Она наука има шта да каже и о променама пословног морала у прошлости. На пример, тврдња социјал-дарвиниста да је тржиште „бојно поље“ на коме побеђују најспособнији и најприлагођенији, не чини се тако неморалном кад се посматра из угла преовлађујуће пословне свести друге половине XIX века, посебно са становишта преовлађујућег схватања протестантске етике која је у то доба најбоље изражавала интересе капиталистичке класе и вршила позитиван утицај на развој капитализма.¹⁴

¹³ На пример, било би занимљиво испитати са становишта социологије морала прелазак кадрова из државне службе у приватна предузећа (тзв. *pantouflage*), пошто тај прелазак показује или развија читав низ веза које државну управу чине много пријемчивијом за одређене притиске, доводећи у питање њену неутралност. Захваљујући тим везама, појединци могу да стекну одговарајуће предности на тржишту и, у крајњој линији, да се неправедно обогате (довољно је, рецимо, да буду благовремено обавештени о намераваним потезима државне администрације у области економске политике). Додуше, понекад сама државна администрација покушава да стварни „однос снага“ у друштву разоткрије као скандал, тј. настоји да приписивањем неморалности појединцима прикрије основну неморалност самог система. Том приликом, скандал се „симулира у сврху регенерације“, пошто је његов једини смисао да изазове згражавање јавности над неморалним поступцима појединих носилаца државних функција, док се прљаве работе појединаца истичу као испади, као експесни догађаји у систему који је наводно моралан и пун скрупула. Речју, скандал има за циљ одвраћања пажње јавности од стварности коју замењује њеним знацима, стварајући тако халуцинацију једног модела стварности који изгледа истинитији и од саме истине, а у чију моралност никако не може да се сумња. Вид. Ж. Бодријар, *Симулакрум и симулација*, Светови, Нови Сад 1991, 5–43.

¹⁴ Овде ваља истаћи да прогресивна група (или „група у стапању“, према Сартровој терминологији) у датом историјском тренутку обично настоји да говори и

Такође, од када су експерименталне науке почеле да мењају оно што се некада називало *филозофијом природе* у оно што се данас зове *физика*, било је покушаја да се научни методи примене на изучавање морала. Сан о научној етици (што је, како је поменуто, својеврсни *contradictio in adjecto*), иако стар, али никада није био плоносан. Све донедавно чинило се да је овај сан ишчезао са учењима Херберта Спенсера и социјал-дарвиниста. А онда је 1975. године Едвард О. Вилсон, професор зоологије на Харвард универзитету, објавио књигу *Социобиологија: нова синтеза*, која представља храбар мултидисциплинарни покушај да се повежу биологија, зоологија, генетика, етологија и наука о људском понашању. У уводном делу, Вилсон истиче да би теорија о природној селекцији требало да се примени приликом објашњавању правог порекла и природе морала. На крају књиге, он закључује да ће доћи време када ће етика као учење о моралу бити одузета од филозофа и предата научницима.¹⁵ Филозофи су Вилсонове ставове сматрали исувише апсурдним да би на њих реаговали. Ипак, истина је да социобиолошки приступ изучавању морала пати од грешака, али је исто тако тачно да он ипак може да помогне бољем разумевању морала.

Како је већ речено, такво емпиријско знање о моралу појединца или саставу и функционисању друштва, може се сматрати *научним учењем о моралу* (под условом да се под истинитошћу као мерило научности подразумева извесност истоветног сазнавања и доживљавања појединих ствари или појава), јер је свим наукама које се

дела у име читавог човечанства, прокламујући своје циљеве као остварење универзалних људских идеала, често се не устежући ни да употреби терор за успостављање свог новог морала. Временом, како се група материјализује и прелази у фазу „статусне стварности“, она изневерава разлог свог постојања и претвара се у „серијалну групу“ или „номенклатуру“ која у потпуној хипокризији, заокупљена сопственим егоистичким интересима, заборавља на прави разлог свог настанка и постојања. Чланови групе, који су у почетку оправдавали стрељање због крађе једне јабуке, сада се нимало не узбуђују због сазнања да починиоци пљачке од неколико милијарди долара остају некажњени. Двоструки морал који као рђа нагриза групу, поткопава њене шансе да убеди друге у вредност својих идеја. И једном разоткривена као морално недоследна или чак потпуно неморална, група бива скинута са историјске сцене и замењена новом, са моралног становишта прогресивнијом групом. Из тог угла се може посматрати актуелна ситуација у бившим социјалистичким земљама. Не само што социјализам није успео као економски систем, он чак није успео да докаже ни своју моралну надмоћност која га је у почетку чинила привлачним. Уместо неједнакости, крвожедности, итд., тржишне економије, социјализам је довео до још веће неједнакости, корупције и бирократске тираније. Очигледно, негде на „путу у комунизам“ су заборављени крајњи разлози, а посебно да општечовечанска еманципација, поред укидања експлоатације у свим њеним облицима, подразумева и морални препород човека, што није лако постићи. Вид. и М. Ковачевић, *Преображају праксе*, Просвета, Београд 1985, *passim*.

¹⁵ Вид. Е. О. Wilson, *Sociobiology: A New Synthesis*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2000.

баве изучавањем различитих страна пословног морала заједничко то да су њихови искази интерсубјективно проверљиви. А то значи да примењујући одговарајуће методе, свако може да се увери у истинитост њихових исказа. Чак и у случају теоријских неслагања, научни искази су у опису неке ствари или појаве углавном подударни, због чега је и данас тешко сумњати у њихову истинитост. И став филозофског позитивизма, да се до сазнања о свету може доћи само на основу искуствених чињеница, поткрепљује једну овакву тврдњу. На срећу (или несрећу?), научни искази нису крајњи искази. Још је увек много тога о чему човек може да размишља у области надискуственог знања. И управо на том месту престаје научни дијалог и започиње неки други разговор, пре свега онај који припада областима филозофије, религије и уметности.

Као што може да се примети, иако се бројне научне дисциплине баве недоумицама поводом одређивања општег појма морала и из њега изведеног посебног пословног морала, на неке недоумице, какве су оне о постојању пословног морала и могућностима за његово сазнавање, наука у начелу не може да одговори, пошто полази од претпоставке да пословни морал постоји као научна појава и да се може сазнати само применом научних метода. Ипак, научно сазнање није довољно да би човек могао да зна шта треба да ради, односно како треба да се понаша у свету пословања, јер то како човек треба да се понаша представља неку *вредност*, а питање о суштини вредности је првенствено филозофско питање којим се баве *онтологија*, *гносеологија* и *аксиологија*. Дакле, општи и пословни морал су засновани на вредностима које измичу науци. Те вредности представљају основна мерила на основу којих се одређује наш однос према стварима и појавама у смислу њиховог процењивања као добрих или рђавих, истинитих или лажних, лепих или ружних, допуштених или забрањених, праведних или неправедних, итд. Ту су, дакле, важна мерила на основу којих се нешто може означити као добро или зло, лепо или ружно, итд., а она зависе од развоја појединца и друштва. Зато се међу филозофима води велика расправа о томе да ли вредности као такве постоје независно од наше свести (објективно) или су оне само производ нашег субјективног односа према одређеним стварима и појавама, представљајући у ствари само нашу личну (субјективну) пројекцију својстава ствари или појава.

Приклонимо се оним учењима која истичу да вредности настају поводом човековог односа према свету, да је човек сам стваралац вредности и да је једино он кадар да нешто вредносно процењује. То, међутим, не значи да су вредности нешто искључиво субјективно, како тврди емотивистичка теорија логичких позитивиста. Вредности, опет, нису ни нешто апсолутно објективно, независно од про-

стора и времена. И оне у крајњој линији зависе од историје, пошто је њихово важење увек везано за неку конкретну, ужу или ширу, друштвену заједницу. Како је поменуто, посебно аксиологија испитује постојеће вредности и оцењује их према извесним мерилима али, исто тако, она и сама одређује систем вредности, прописујући које су вредности исправне. Њен важан део, који се односи на успостављање система најбољих вредности, спада у *нормативну етику*. Ипак, филозофско учење о моралу не треба изједначавати са нормативном етиком, како се често чини, јер се тада чини неправда другим гранама филозофије које такође проучавају морал.

На крају, морал има и своју логичку страну. Смислом моралних норми и моралних исказа се бави тзв. *морална логика*. Њен је главни задатак да утврди која су основна логичка правила моралног расуђивања и како се она примењују у стварном животу. Ипак, овде је од највеће важности онај део морала који спада у нормативну етику која, како је речено, улази у састав моралне аксиологије.

5. ОДРЕЂИВАЊЕ САЗНАЈНЕ ПРИРОДЕ ПОСЛОВНЕ ЕТИКЕ КАО УЧЕЊА О ПОСЛОВНОМ МОРАЛУ

Посебну пажњу заслужује питање да ли је пословна етика научна или филозофска дисциплина. Јасно је да се пословни морал може изучавати и са научног, и са филозофског становишта. Ипак, проглашавање пословне етике вредносно неутралном науком, како се чини на многим пословним школама широм света, представља недопустив редукционизам у чије се задње намере мора сумњати. Тиме се не само мешају ствари (јер се једна филозофска дисциплина проглашава науком), што је штетно, већ се пренебрегава питање ваљаности мерила по којима се неко понашање пословних субјеката оцењује као добро или рђаво, што је можда још штетније. А прихвати такву вредносну матрицу која моралне судове претвара у просте отиске система, просто је недопустиво.¹⁶ И пошто је пословна

¹⁶ Вредности којима људи теже могу саме по себи бити и производ система који ради против њихових стварних интереса. Питање је шта би људи уистину желели и волели када би били кадри да начине избор, односно када би стварно знали шта су њихови непатворени интереси. О томе је посебно писао Херберт Маркузе, који је први открио и снажно указао на једнодимензионалност моћи која не допушта појединцима да препознају своје стварне интересе све док су подвргнути искривљеним владајућим идеологијама које нуде лажне жеље уместо истинских потреба и вредности, служећи интересима оних који имају користи од такве лажне свести субјеката чији су прави интереси у збиљи потиснути. Одиста, зар се највиши облик вршења власти не састоји у томе да се други придобију да имају жеље које ви желите да они имају, што ће рећи да се осигура њихово потчињавање помоћу контроле њихових мисли и жеља. Вид. S. Lukes, *Power – A Radical View*, McMillan Education Ltd., Houndmills 1987, 23.

етика део опште етике, то одређивање истинске природе пословне етике зависи од тога како се гледа на општу етику.

Карактеристична су схватања по којима је етика филозофска дисциплина, али се том приликом у њу убрајају и науке које се првенствено не баве изучавањем морала. Такво широко схватање етике је карактеристично за писце који суштински не разликују науку у ужем смислу од филозофије.¹⁷ Уместо тога, исправније је етику одредити као грану филозофије чији су предмет добро и зло. У том смислу, етика постаје учење о исправном и погрешном, о моралним изборима које људи чине и начинима на које настоје да их оправдају, јер је њен главни циљ сазнавање моралног деловања и обликовање моралне свести.¹⁸ Етика се, дакле, бави моралним вредновањем, тј. моралним оцењивањем људских поступака. И док наука описује, етика прописује; док наука утврђује, етика оцењује.¹⁹ Етичке заповести се зато не односе само на сазнање оног што јесте или није, већ и на вољу која увек стоји пред избором између многих могућности, а којој је због тога потребна норма која прописује како треба да се понашамо. Људи се стално суочавају с моралним проблемима и потребом да вреднују појединачне поступке и догађаје са моралног становишта. Они увек траже моралне разлоге за одређене одлуке и постојано процењују своје и туђе поступке користећи се моралним појмовима какви су добро, зло, правда, неправда, итд. Готово да не постоји ниједна страна људског живота која на неки начин не говори о процесу моралног одлучивања. Исто тако, нема те стране људског живота на коју се етика не може применити. Као таква, етика представља учење о правилима која треба да управљају људским понашањем које је свесно, жељено и усмерено на остваривање доброг живота. И не само то. Етика мора да се бави и трагањем за смислом човековог живота. Она позива на морално преуређење живота и, у том смислу, мора бити критика чисте савести. Она је, како каже Берђајев, *учење о човековом позвању* које, пре свега, треба да одговори на питања: шта је човек, одакле је дошао и куда иде?

¹⁷ Вид. В. Павићевић, *Основи етике*, БИГЗ, Београд 1974, 16–39. Слично становиште у правној филозофији и науци има на пример Пол Рубије (вид, P. Roubier, *Théorie générale du droit histoire des doctrines juridiques et philosophies des valeurs sociales*, Paris 1946 /2003/, 18–20), поред познатијих Норберта Бобија, Луиса Рикасенса Сичеса, Мишела Вилеја и других.

¹⁸ Међутим, разликовање добра од зла је једно горко разликовање. О тој људској способности Фјодор М. Достојевски каже да је то ђаволско добро јер нас зло исувише скупо кошта, а Николај Берђајев да је то најчемерније разликовање на свету, Н. Берђајев, *О човековом позвању*, Zepher Book World, Београд 2000, 20.

¹⁹ Е. В. Спекторски, *Историја социјалне филозофије*, Службени лист СРЈ, Београд 1997, 14.

6. РАЗВРСТАВАЊЕ ЕТИКЕ И ПОСЛОВНЕ ЕТИКЕ – УЛОГА МЕТАЕТИКЕ И НОРМАТИВНЕ ЕТИКЕ

Наведено схватање етике које заступамо, заједно са његовим разврставањем на дескриптивно, аналитичко и прескриптивно (нормативно), важи и за пословну етику.²⁰ И док дескриптивно и аналитичко етичко учење описују и анализирају морал без изрицања вредносних судова и заузимања моралног становишта, пошто се сматрају морално неутралним и практично се свде (посебно дескриптивни приступ) на научно проучавање морала, дотле нормативни приступ налаже заузимање моралне позиције и позивање на етичку теорију. Иако је само овај последњи приступ чисто филозофски, ипак је тешко претпоставити да дескриптивни и аналитички приступ могу да постоје сами и без ослоњања на какву-такву филозофију, пошто у недостатку властите филозофске подлоге пате од недоследности (на пример, немогуће је говорити о појму добра, а не узети у обзир ниједно филозофско учење). С друге стране, нормативни приступ би без дескриптивног и аналитичког приступа остао без икаквог ослоњања. Уосталом, може ли се говорити о ономе што треба да буде, а да се не зна оно што јесте? Шта је стварно натерало Мојсија да обзнани Десет божјих заповести?²¹

Дескриптивни приступ сажима научна проучавања или описе стварног моралног понашања у различитим друштвима. Он се бави појавом морала у филозофском смислу и не захтева опрез или неутралност са становишта ваљаности моралних правила и веровања о којима фактографски извештава. Он ништа не брани, нити се залаже за било који скуп норми или веровања.²² На пример, дескриптивни приступ се најчешће користи у чланцима о пословној етици које објављују часописи као што су *Harvard Business Review* и *Forbes*, у којима се износе резултати анкетања пословних људи о томе шта сматрају моралним, односно неморалним понашањем у свету пословања.²³ Основно је да дескриптивни приступ не поставља питање о исправном и погрешном. Он једноставно обзнањује оно што јесте (у

²⁰ W. W. Manley II, W. A. Shrode, *Critical Issues in Business Conduct*, Quorum Books, New York 1990, 2.

²¹ Вид. занимљиво сагледавање тих узрока код А. Вотсон, „Право у књигама, закон и стварност: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 8.

²² На пример, могло би се рећи да извесна друштва допуштају камату, док је друга забрањују. У том случају, не само да се може описати шта људи чине, већ се могу објективно описати и разлози које они наводе у прилог свом понашању. Овде су драгоцене резултати антрополога, социолога и историчара.

²³ Вид. више К. R. Andrews, D. K. David *Ethics in Practice – Managing the Corporation*, Harvard Business Review, Boston Mass. 1989.

датом случају), због чега није погодан за заузимање моралног становишта.

Аналитички приступ се односи се на концептуална етичка проучавања. Због тога се он назива и *метаетика*. Она у ширем смислу има за циљ да систематски испита основе моралних система и улогу морала у друштву. Метаетика се не односи на оно што је предмет етике, него и на начин како се етика бави својим предметом, односно шта каже о њему, па сагласно с тим, представља сазнајну дисциплину другог реда.²⁴ У ужем смислу, пак, метаетиком се назива само логичко-гносеолошки приступ моралним судовима и атрибутима, као и теорије које проистичу из таквог приступа.²⁵ У том ужем значењу, метаетика је посебно негована половином XX века у Великој Британији и САД због анализе значења термина који се користе у моралном дискурсу (говору) као и због испитивање правила суђења (или метода сазнавања) помоћу којих се може показати да су морална уверења истинита или лажна. Први задатак метаетике је семантички, а други логички и епистемолошки.²⁶ Такође, постоје и две

²⁴ Метаетика се бави основним претпоставкама моралног живота тако што цени оправданост и смисао појединих моралних правила и покушава да трансцендира постојеће етичке теорије и системе који могу довести до сукобљених праваца деловања и просуђује их у светлу највиших вредности људске среће и благодња.

²⁵ Уместо једноставног питања „Да ли је нешто исправно?“, филозофи су постављали питање „Шта значи кад кажем да је нешто исправно?“. То је био њихов одговор мишљењима по којима су моралне претпоставке лишене смисла. Метаетика је представљала покушај да се открије шта људи стварно мисле, јер су они који су говорили да је нешто исправно или погрешно, били убеђени да то што су рекли дефинитивно има значење! Вид. детаљније С. Стојановић, *Савремена метаетика*, Нолит, Београд 1964, 18–19.

²⁶ Када се метаетика посматра у семантичком смислу, тада је њен задатак да тачно објасни како термини какви су добро, право, дужност, итд., функционишу у моралном говору. На пример, када људи изражавају своја морална убеђења, прописују понашање, оцењују карактер и мотиве, размишљају о томе шта треба или не треба да ураде, или вреднују то што су они сами или други урадили, они користе језик морала. Било да сами размишљају о датом моралном питању или га исправљају са другима, они учествују у моралном дискурсу. Језик морала учи се у детињству, када покушавамо да упознамо децу са правилима и добробитима моралног владања. Зато је задатак филозофије да брижљиво анализира значење речи и реченица које чине овај језик, све са циљем да се постигне потпуно разумевање моралних појмова (дужност, врлина, одговорност, исправна радња, смети, требати, итд.) и начина њиховог функционисања у моралном дискурсу. Овај први задатак метаетике може се назвати *концептуалном анализом*. Други задатак метаетике чини *анализа логике моралног суђења*. Овде се посао филозофа састоји у томе да учини експлицитним логичка правила који се користе када људи дају моралне разлоге за или против чињења неке радње, или када покушавају да оправдају своје прихватање или одбијање неког моралног суђења. Исто као што филозоф науке покушава да покаже логичку структуру темељних научних метода – процесом помоћу кога научници верификују своје тврдње и дају подршку својим теоријама позивајући се на доказе – тако и филозоф морала (етичар-аналитичар) покушава да покаже како се може

главне струје у аналитичкој етици: когнитивистичка и некогнитивистичка. Заговорници прве (тзв. когнитивисти) тврде да су морална суђења директно истинита или лажна, какви су постулати или закони у математици и науци. Сагласно са тим, они верују да је истинито (тачно) сазнање присутно и у етици. Насупрот њима, заговорници друге струје (тзв. некогнитивисти) сматрају да су морална суђења само изрази ставова, осећања и емоција, а не закључци засновани на чињеницама и доказима као што је то случај у математици и науци.

Постоји и трећи главни, *прескриптивни приступ* са својом *нормативном етиком* као учењем које се бави стварањем (формулисањем) и образлагањем (одбраном) основних моралних правила (норми) која владају моралним животом. Пошто иза сваке моралне норме стоји нека морална вредност коју ова (норма) штити, то нормативна етика – прописујући које су вредности *праве* – постаје део опште етике, а не само најважнији део моралне аксиологије. Она има за циљ и да одреди идеалан морал, посебно када говори како *треба да се понашамо*, који су људски поступци добри а који не, као и која правила или стандарде треба препоручити људима као водиче за њихове свакодневне активности? Та питања: шта неко *треба да ради*, често се називају *деонтолошким питањима*, док питања о *вредностима* које се изражавају кроз моралне изборе (на пример, шта чини *добар живот*) спадају у *аксиолошка питања*. Нормативну етику, дакле, чине морални, субјективни вредносни судови људи који стварају и оцењују дати морал.²⁷ Зато она не може да буде морално неутрална дисциплина чак и када се ослања на резултате дескриптивног или аналитичког приступа. Али, она је још мање наука, јер ниједна наука не може да ствара и оцењује важећи или било који други морал. Та-

утврдити да су морални искази истинити или лажни, као и на основу чега неко може да тврди како зна да су они истинити или лажни. Бројне расправе се воде не само о томе које методе суђења треба користити, већ и да ли су ти методи уопште могући. Проблем аналитичке етике је, дакле, двојак: с једне стране, она треба да одговори да ли уопште постоји таква ствар каква је морална истина, док, с друге стране, треба да одговори на питање: ако морална истина постоји, како је можемо сазнати?

²⁷ Филозофи који се баве нормативном етиком желе да покажу да је могуће створити непротивуречан систем моралних норми (правила, стандарда) који важи за читаво човечанство. Многи методи филозофског размишљања су коришћени да би се постигао овај циљ. У свим тим случајевима њих занима питање може ли да се постави *рационална основа моралне обавезе (дужности)*. Они испитују последње (крајње) темеље морала да би показали да је неки скуп моралних правила и стандарда оправдан (исправан). Њихов циљ није да опишу или узрочно објасне која морална уверења људи имају, већ да испитају њихову истинитост или неистинитост тих уверења. Они се надају да ће на крају свог истраживања моћи да одговоре на питање постоји ли скуп правила и стандарда који би свака рационална особа оправдала, усвајајући га као водич за свој живот. На тај начин, филозофи трагају за оним што би се могло назвати идеалом доброг живота за човека коме би сви људи требало да теже.

ква нормативна етика представља систематски покушај да се формулишу и одбране теорије које одговарају на питања шта је *добро*, *право* или *обавеза*. А то значи да етичари-нормативисти, стварајући основна морална правила и утврђујући мерила за процењивање моралног понашања, у ствари стално изграђују етичке теорије.²⁸

Као што може да се примети, дескриптивни, аналитички и прескриптивни приступ заједно сачињавају јединствено поље опште етике или моралне филозофије, па, самим тим, и пословне етике као посебне, односно примењене етике, која се тек у новије време издвојила из опште етике у посебну грану. Као таква, пословна етика представља примењену филозофску дисциплину, односно посебну примењену етику, која изучава пословни морал као скуп моралних правила (правила, стандарда) којима се људи руководе у свету пословања.²⁹ Зато се у свим радовима из пословне етике подробно испитују морални избори који се чине у свету пословања.

Из највеће могуће блискости опште и пословне етике произилази још једна важна ствар: да етичке теорије треба испитивати упоредо са случајевима њихове примене. У противном, морало би се запитати да ли је само здраворазумско морално просуђивање у свету пословања довољно у конкретним пословним ситуацијама и шта етичка теорија има о томе да каже.³⁰ А то води ка још једном важном закључку: пошто ни после више хиљада година расправа ниједно схватање морала није постало такво да би било универзално при-

²⁸ На тај начин, постаје видљива логичка веза између аналитичке и нормативне етике. Аналитичка етика истражује *претпоставке* нормативне етике на следећи начин: ако филозоф ствара систем моралних норми и тврди да ове норме важе за читаво човечанство, он претпоставља да постоји поступак којим се овим нормама може дати вредност. Он, другим речима, тврди да има морално сазнање и отуда претпоставља да је такво сазнање могуће. А управо се ова претпоставка доводи у питање у аналитичкој етици. С друге стране, употреба таквих речи какве су *знање*, *истина*, *валидан* и *оправдан* – онако како се користе у моралним суђењима – представља велики проблем за етичара-аналитичара. Те речи се користе и у нормативној етици, али се не анализирају јасно и брижљиво. Њихова анализа је задатак мета-етице. Зато се може тврдити да метаетика или аналитичка етика претходи нормативној етици. Прво се мора одговорити на метаетичка питања, пре него што се покуша развити било какав нормативни етички систем. Треба међутим приметити да ове две гране етике нису биле одвојене све до средине XX века, тако да радови филозофа-етичара пре овог времена покривају како проблеме нормативне етике, тако и проблеме аналитичке етике. Проучавајући ове радове, увек је корисно упитати се: да ли филозоф чини морална суђења и покушава да покаже да су она оправдана или, пак, испитује шта значи тврдити да се неко суђење може оправдати? Тако ће бити јасније на која питања тачно филозоф покушава да одговори, што значи да ће успешније моћи да се процењује снага његових аргумената.

²⁹ „Пословну етику можемо дефинисати као посебну грану етике, као ону која се првенствено бави проучавањем феномена пословног морала“, D. Jelovac, *Podjetniška kultura in etika*, Visoka strokovna šola za podjetništvo, Portorož 2000, 88.

³⁰ Ц. Финис, 110–135.

хваћено, то се задатак етике као такве мора проширити и на решавање сукоба мишљења и сукоба интереса. Такво схватање улоге опште етике подржава Курт Бајер када истиче да се етика мора усмерити и на решавање сукоба.³¹ То тим пре мора да важи за пословну етику као посебну етику која се односи на свет пословних односа, у којима сукоб интереса представља основно обележје и регуларно стање људских понашања.

7. ПРАКТИЧНО И ПЕЈОРАТИВНО ЗНАЧЕЊЕ ПОСЛОВНЕ ЕТИКЕ

О пословном моралу не размишљају само научници и филозофи. Термин пословна етика има и своје пејоративно значење које му најчешће придају сами пословни људи. То значење има везе са етичком теоријом када се односи на став пословних људи према свом понашању („*all too many people view business as a ruthless, dog-eat-dog world where only the pitiless survive*“) што, у крајњој линији, захтева претходно заузимање или задржавање некаквог моралног става.

Иако такви погледи најчешће нагињу вулгаризацији пословне етике, корисно је осврнути се и на њих, како би се они јасније одвојили од значења пословне етике као филозофске дисциплине (*kategzohen*), којој је овај рад првенствено посвећен.

Ево неколико карактеристичних схватања пословне етике у поменутих значењима.

Прво пејоративно значење пословне етике, боље речено, нагрђујући поглед на пословну етику, може се изразити узречицом „посао је посао“. Сви који деле такво мишљење сматрају да су циљеви пословања чисто комерцијални (максимирање профита, итд.), а не етички. На пример, само купац треба да брине о квалитету робе коју купује (*caveat emptor*), запослени треба да се унапред осигурају да ће бити задовољни у организацији у којој раде, итд. Ипак, већина пословних људи је склона да одбаци такав став јер, на крају крајева, он наводи на помисао да је све дозвољено и да је свет пословања сасвим аморалан. Изрека „посао је посао“, међутим, не мора нужно да подразумева поменути пословни морални разврат. Она пре указује на један сентимент који пословни људи практикују у свакодневним активностима. Према њему, они треба немилосрдно да се боре за циљеве које су сами себи поставили, што може довести чак до сурових поступака, отпуштања сувишних радника, ангажовања у индустријској шпијунажи, продаје робе рђавог квалитета, итд. Ипак, циљеви

³¹ K. Baier, *The Moral Point of View*, Ch. 6: *The Social Factor in Morality*, Random House, New York 1965.

пословања се готово нигде нормално не остварују сексуалним напастовањем или непотистичком политиком напредовања. Тиме се показује да остаје барем мало пословне етике, иако вероватно сасвим недовољно.³²

Друго значење пословне етике у наведеном смислу се заснива на идеји да *право* представља *минимум морала*, тј. да право обезбеђује доњу границу испод које свет пословања не би требало да се нађе.³³ Ако схватање „посао је посао“ дозвољава да све може да „прође“, у овом случају се од пословног света очекује више од пуког придржавања закона.³⁴ Према овом схватању, пословни људи не треба да буду дотакнути само правним, него и вишим моралним разлозима, без обзира што се други конкуренти у свом пословању држе минимума морала надајући се да ће тиме стећи или одржати предност на тржишту. (Иако је такво њихово „морално“ понашање често повезано са смањењем трошкова, на дужи рок оно не може да им обезбеди пословни успех.)

Треће значење се може назвати *теоријом коинциденције*, чиме се истиче како се добро понашање подудара са добрим пословањем. Према њему, врлина и просперитет су случајно коинцидентни, и обрнуто. На пример, ако се продаје робу рђавог квалитета, потрошачи ће се напустити продавца; ако се кандидати за посао дискриминишу на основу пола или националне припадности или ако се људи запошљавају на основу пријатељских веза, тада се губе прилике да се за неки посао ангажују најбоље особе; што се неко моралније понаша, то је мањи ризик од парничења са пословним партнерима, клијентима, итд. Има много доказа који подржавају ово схватање. Ипак, стоји питање да ли је то истина у свим случајевима. На пример, како се понашати у ситуацији када треба изабрати између увођења нове технологије и отпуштања радника због ње? Очигледно је да теорија коинциденције не нуди увек добар одговор на питање зашто пословни људи треба да буду морални, јер може да се закључи и супротно: да ако се и догоди да се пословни људи морално понашају, да онда они то чине због погрешног разлога. А ако је то тачно, тада теорија која заговара случајну подударност моралног понашања са успешним пословањем не пружа задовољавајући одговор.

³² Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица 2001, 297–329.

³³ Вид. више Л. Фулер, *Моралност права*, Правни факултет у Београду, Београд 2001, *passim*.

³⁴ На пример, тако није поступљено када је уочено да је фреон штетан, иако је одмах требало престати са његовом производњом, а не чекати да се донесе закасни закон којим ће се забранити његова производња и уградња у расхладне уређаје, када је озонски омотач већ знатно оштећен.

Према четвртом значењу, тзв. *конвенционализму*, пословни људи треба да се понашају у складу са уобичајеним (конвенционалним) моралним стандардима, тј. преовлађујућим стандардима који су прихваћени од јавности или су типични за свет пословања. На пример, упркос чињеници што неки људи могу да осуђују стереотипну (зло)употребу жена у рекламне сврхе (где се као врхунац њиховог стварања сматра добро скувано јело или добро опрано рубље), конвенционалиста би могао да доказује како у савременом друштву жена још увек кува и пере, те да реклама треба да одражава социјалне конвенције, а не да их мења. Уколико би се прихватио такав став, тада би се на пример морало одобрити и коришћење дечијег рада у срединама где се то сматра уобичајеним (какав је и данас случај у земљама југоисточне Азије). Дакле, ни конвенционална теорија се не може сматрати тачном.

Постоји још једно значење пословне етике, према коме људи у свету пословања треба да следе исте стандарде етичког понашања које практикују у приватном животу. Овај поглед би се могао назвати *универзалном моралношћу*. На пример, као што комшије не очекују од нас да бацамо ђубре у њихово двориште, тако се и од пословних људи не очекује да својим активностима загађују околину. А то значи да се не може један морал практиковати код куће, а други на послу. Морални интегритет личности захтева моралну доследност: понашање у професији мора бити у складу са понашањем изван професије. Ако то није случај, појединац постаје морални *homo duplex* – човек који, на пример, за своје бескрупулозно понашање у свету пословања тражи опрост греха од свог свештеника, а у понедељак, пошто је „очишћен“ од почињених грехова, даље наставља са истим неморалним понашањем!

Став универзалне моралности је привлачан, али он и данас изражава само један фини идеал. Природа света пословања је много суровија: она изискује оно што се може назвати двојним стандардом. Није тешко бити моралан када бисмо били сигурни да ће и конкуренти следити наш пример. На несрећу, наши такмаци управо неморалним понашањем стичу такмичарску предност и тиме нас присиљавају да размишљамо о властитом моралном ставу, питајући се: зашто да ја будем моралан када су сви око мене неморални? Очигледно је да гледиште универзалне моралности, као супротност пејоративном значењу пословног морала, има пожељних додирних тачака са Кантовим учењем о моралу, мада на један сиров начин. На жалост, њега је тешко применити, а камо ли преточити у пословну праксу у којој се предност најчешће стиче или повећава напуштањем или унижавањем пословних етичких правила и стандарда.

8. РЕЗИМЕ

У науци ни данас нема сагласности око појма и дефиниције пословне етике. Тешкоће са њеним одређивањем и дефинисањем су нагнале бројне писце да пословну етику посматрају првенствено као скуп моралних правила којима се људи руководе у пословању, па све до схватања да пословна етика представља учење о пословном моралу. Главна слабост овог другог значења пословне етике, као учења о пословном моралу, састоји се у томе што оно дозвољава да се етика сведе на научно проучавање морала, уместо да се посматра као *par excellence* филозофска дисциплина, и то као једна посебна и примењена етика која изучава пословни морал као скуп истих таквих правила којима се усмерава пословно понашање људи у свеколиким областима људског делања, од трговине (*трговачка етика*) до права (*пословноправна етика*). Таквом погрешном приступу и схватању посебно доприносе наноси пејоративног значења пословне етике који се стварају у свету пословања и широј јавности, нарочито када се некритички и омаловажавајуће употребљавају њен назив и појам.

Упркос тешкоћама са одређивањем правога значења пословне етике, њу је ипак могуће одредити знатним ослањањем на општу етику као филозофску дисциплину. Доследно томе, пословна етика представља посебну примењену етику која изучава пословни морал као скуп моралних правила којима се људи руководе у свету пословања. Из такве највеће могуће блискости опште и пословне етике произилази још једна важна ствар: да и етичке теорије треба испитивати упоредо са случајевима њихове примене. У противном, морало би се запитати да ли је само здраворазумско морално просуђивање у свету пословања довољно у конкретним пословним ситуацијама и шта етичка теорија има о томе да каже. А то води ка још једном важном закључку: пошто ни после више хиљада година расправа ниједно схватање морала није постало такво да би било универзално прихваћено, то се задатак етике као такве мора проширити на решавање сукоба мишљења и сукоба интереса. То тим пре треба да важи за пословну етику као посебну етику која се односи на свет пословних односа, у којима сукоб интереса представља њихово основно обележје и регуларно стање.

Ranko Orlic, PhD

Full Professor

University of Belgrade

Faculty of Organizational Sciences

BUSINESS ETHICS IN-BETWEEN GENERAL ETHICS AND BUSINESS PRACTICE

Summary

Even today there is no agreement as to the concept and definition of business ethics in science. Difficulties concerning its determination and defining have prompted numerous writers to start considering business ethics primarily as a set of moral rules that govern the conduct of people in business up to taking the position that business ethics is the study of business morals. The major flaw in the latter meaning of business ethics, as a study of business morals, is that it allows business ethics to be reduced to scientific study of morals rather than *par excellence* philosophical discipline, a kind of special, applied ethics that inquires into business morals as a set of one and the same rules governing the conduct of people in various areas of human activity, ranging from commerce (*commercial ethics*) to legal science (*ethics of business and law*). The wrong approach and understanding are principally the result of the myriad of pejorative meanings of business ethics created in the business world and in the public, especially when its name and concept are used uncritically and disparagingly.

Notwithstanding difficulties relating to the determination of the true meaning of business ethics, still it is possible to determine it by relying largely on general ethics as a discipline of philosophy. Consequently, business ethics is a special applied ethics studying business morals as a set of moral rules that govern the conduct of people in the world of business. Out of this closely-knit relationship between general and business ethics emerges yet another important thing: ethical theories should be examined in parallel with the cases of their application. Otherwise, we would have to ask ourselves whether it is sufficient to use only common sense and moral judgment in the world of business in concrete business situations and what is the stance of the theory of ethics on this issue. In turn, it leads to yet another important conclusion: since even after several thousand of years of debate not a single understanding regarding moral has emerged so as to become universally accepted, the task of ethics as such is, therefore, to be expanded to solve the problem relating to the

conflict of opinions and the conflict of interests. This even more so applies to business ethics as the special ethics concerned with business relationships in which the conflict of interests is their basic characteristic and regular state of affairs.

Key words: *Ethics. – Business ethics. – Metaethics and normative ethics. – Business ethics in practice. – Pejorative meaning of business ethics.*

Др Бранко М. Ракић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ФРАГМЕНТАЦИЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И ЕВРОПСКО ПРАВО – НА ЗАПАДУ НЕШТО НОВО

Међународно право се још од почетка међународног организовања сусреће с проблемом сопствене фрагментације, али тај процес достиже драматичне размере у новије време, што је натерало и Комисију за међународно право да се позабави тим питањем. Међу правним порецима који имају своје порекло у међународном уговору, те се макар по том основу могу сматрати делом међународног права, посебну позицију има комунитарни правни поредак, као особени правни поредак са достигнутим високим степеном конституционализације. Ипак, посматрано како из међународноправне, тако и из комунитарне перспективе, постоји примат међународног права, а пре свега права изграђеног на основу Повеље УН, у односу на комунитарно право. Тај примат је у својој судској пракси потврђивао и Суд правде Европских заједница. Међутим, поступајући у поступку због кршења основних права загарантованих у комунитарном правном поретку путем мера усвојених у антитерористичкој борби од стране Савета безбедности УН и имплементираних од стране комунитарних органа, Суд правде Европских заједница је констатовао да уставне гаранције основних права садржане у комунитарном праву, као аутономном правном систему, не смеју бити доведене у питање било којим међународним споразумом, па чак ни Повељом УН и резолуцијама Савета безбедности усвојеним на основу Главе VII Повеље, па је поништио оспорену уредбу Савета ЕУ усвојену ради примене одговарајућих резолуција Савета безбедности. Аутор критикује наглашено дуалистички (плуралистички) став Суда.

Кључне речи: *Међународно право.– Комунитарно право.– Тероризам.– Основна права.– Конституционализација.– Аутономија.– Партикуларизација.*

Дана 3. септембра 2008. године, Суд правде Европских заједница (Велико веће) донео је пресуду у предмету *Кад и Ал Баракат* (спојени предмети)¹, у којој је преиначио пресуду Првостепеног суда

¹ Cour de justice des Communautés européennes, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakat International Foundation / Conseil de l'Union européenne, Commission des Commu-*

и усвојио захтев тужилаца за поништај, у делу који се тиче самих тужилаца, комунитарног акта усвојеног у оквиру примене санкција које је Савет безбедности Уједињених нација увео у складу са овлашћењима из Главе VII Повеље УН у циљу борбе против тероризма. Прецизније, Суд је поништио Уредбу Савета (ЕЗ) број 881/2002, од 27. маја 2002. године, којом су уведене одређене специфичне рестриktivне мере према неким лицима и ентитетима повезаним са Осамом бин Ладеном, Ал Каидом и талибанима (а којом је замењена Уредба Савета /ЕЗ/ број 467/2001, којом је забрањен извоз одређених роба и услуга у Авганистан, поштрена забрана летова и проширено замрзавање фондова и других финансијских средстава успостављено против авганистанских талибана).²

Наведена пресуда Суда правде Европских заједница изазвала је бурне реакције у стручној јавности, која ју је окарактерисала као револуционарну у погледу одређивања односа правног система Европске уније према међународном праву.³

1. „ФРАГМЕНТАЦИЈА“ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Питање односа права ЕЗ (ЕУ), као правног система успостављеног у оквиру једне регионалне организације, и међународног права које се формира како на универзалном нивоу, тако и у другим

nautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Arrêt du 3 septembre 2008, Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, JO C 285 du 08.11.2008, p. 2.

² Cour de justice des Communautés européennes, Presse et Information, Communiqué de presse n° 60/08 du 3 septembre 2008, sur l'Arrêt de la Cour dans les affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission*, intitulé: „*La Cour annule le Règlement du Conseil gélant les fonds de M. Kadi et Al Barakaat Foundation*“.

³ G. de Búrca, „The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi“, *Jean Monnet Working Paper* 01/09; A. Posch, *The Kadi Case: Rethinking the Relationship Between EU Law and International Law?*, 15 *The Columbia Journal of European Law Online* 1 (2009); E. Bratanova, *Terrorist Financing and EU Sanctions Lists: Is the Court's Annulment of a Council Decision a Lasting Protection for an Organization?*, *The Columbia Journal of European Law Online* 3 (2009); D. le Cottier, *L'exception communautaire en matière de protection des droits fondamentaux: quelle hiérarchie entre le droit international et le droit communautaire? Commentaire de l'arrêt Kadi*, Diane le Cottier, са интернет адресе: <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/idie/index.php/post/2009/03/17/Lexception-communautaire-en-matiere-de-protection-des-droits-fondamentaux-%3A-quelle-hierarchie-entre-le-droit-international-et-le-droit-communautaire-Commentaire-de-larret-Kadi-par-Diane-LE-COTTIER>, 25. мај 2009. године; A. Chardonens, *Commentaire des conclusions dans l'affaire Kadi, C-402/05 P*, Euroinstitut, Informations de l'Institut de droit européen, Numéro 1/08, са интернет адресе: <http://www.unifr.ch/euroinstitut/pdfs/newsletter/kadiconclusions.pdf>, 28. април 2009. године; G. della Cananea, *Return to the Due Process of Law: The European Union and the Fight Against Terrorism*, *European Law Review*, 32, 6/2008, Vol. 32, issue 6, 896–907.

регионалним организацијама, спада у проблематику тзв. „фрагментације међународног права“. На овај проблем је, још 1933. године, указивао Луј ле Фир, следећим речима:

„Да ли Друштво народа мора бити јединствено или може бити више Друштава народа? То јест, да ли се може дозволити могућност континенталних заједница, европске, америчке или азијске, на пример; дакле заједница које су, по дефиницији, пошто сједињују више држава, смањена, распарчана Друштва народа? ...Али ако свака од ових заједница постоји као засебна међународна целина, са својим посебним правилима, зар тада нема у ствари више међународних права заједно, дакле расцеп јединства међународног права, тако да бисмо онда имали пред собом једно америчко или азијско, муслиманско или совјетско међународно право... ? Зар то неће довести до расцепа, до распарчавања међународног права? ...

Може ли се прихватити истовремено постојање већег броја континенталних права која би представљала исто толико међународних права, пошто је у питању право међу државама?“⁴

Ле Фир у истој књизи основу за одговор на постављено питање тражи у јединству основа на коме се заснива право:

„Одговор се налази у нужном разликовању између самог начела и појединости његове примене.

Опште правило је јединство права међу државама као и међу појединцима. Право је основано или на правди, то јест на моралној основи, или на сили, средине нема... Извесно је међутим да правда не може у противречности сама са собом; не постоји правда државе и правда појединца, правда европских народа и правда америчких народа.“⁵

И даље ле Фир разрађује питање основних начела на којима се, на универзалном плану, заснивају правда и право, као и проблем размимоилажења у погледу њихове примене у појединостима, полазећи од јединства начела и разлика у реализацији најпре између националних права, а затим и између група правних правила која се стварају између регионалних заједница држава, да би извео закључак томе да те разлике не доводе и не би смеле да доводе у питање јединство међународног права. Ле Фир, наиме, пише:

„У начелу, код цивилизованих државе нема битне разлике у сватању права, свуда се наилази на иста основна начела; али, чак и међу цивилизованим земљама, могу постојати дубоке разлике у погле-

⁴ Л. ле Фир, *Међународно јавно право*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1934, 362–365.

⁵ *Ibid.*

ду прилика и потреба, које зависе од географских, економских и друштвених околности; разлике у законодавству су дакле сасвим могуће, то је питање мере.

Ова разноликост у законодавствима је утолико више могућа код заједница држава које су одвојене једне од других хиљадама километара. Али зато није потребно говорити о два различита међународна права; увек имамо пред собом једно једино међународно право, али оно је довољно гипко да остави разним међународним заједницама потпуну слободу да се организују сходно њиховим тежњама и њиховим економским и друштвеним потребама, пошто основна начела остају недирнута... Нема никаквих препрека томе да нове заједнице, створене на територијалној, верској или економској основи, сачувају у својим односима извесне уже везе, под условом да признају једно опште међународно право. Ово решење у исто време ставља ван опасности јединство начела и омогућава разноврсност у примени.“⁶

Дакле, већ је овај класик међународног права, у време када је мрежа међународних организација била далеко мање разграната него што је то случај данас, примећивао и прихватао потребу за стварањем различитих правних подсистема у оквиру међународног права, заснованих на различитим кохезионим основама, али уз нужно постојање централног језгра које ће повезивати све те системе, и које ће се састојати од јединствених начела која ће чинити опште међународно право, по природи ствари хијерархијски надређено специфичним правним правилима која важе у оквирима сваког од тих подсистема.

Три четвртине века након што је ле Фир ово написао, много тога се променило на плану устројства међународне заједнице и развоја међународног права. Процес глобализације је учинио и свакодневно чини свет све јединственијим, али се превазилажење државних оквира већ деценијама остварује и кроз регионално повезивање и интегрисање, где европски интеграциони процес предњачи по степену развијености, разгранатости и чврстине. С друге стране, међународно организовање је достигло изузетан степен развијености и диверсификације не само по територијалној основи, већ и по садржини односа којима се различите организације баве. Свака од тих организација ствара правна правила којима регулише односе у области за коју је основана (у територијалном или материјалном смислу, или и у једном и у другом), а и између тих организација успостављају се специфични, правом регулисани односи. Уједињене нације, као универзална организација опште надлежности, у одређеној

⁶ *Ibid.*

мери успевају да одрже јединство и координирају начин функционирања и легислативну активност која се одвија у неким од тих засебних организација или под њиховим окриљем. То посебно важи за специјализоване агенције које функционишу као саставни део „система Уједињених нација“.

Наведене речи Луја ле Фира, дакле, ни данас нису ни мало изгубиле на актуелности, већ напротив.

Али, упркос успостављања примата Повеље и обавеза успостављених на основу ње над обавезама које проистичу из других ангажмана држава чланица УН (а то је практично целина човечанства) и издизања перемпторних (императивних) међународноправних норми, тзв. норми *ius cogens*, као сегмента међународног права који не трпи дерогације, још увек није са довољном прецизношћу утврђено која су то, да с послужимо ле Фировим речима, „основна начела“ која „остају недирнута“ упркос процесу стварања и развијања посебних система међународних правила у оквирима различитих организација регионалног (по географском обухвату) или специјализованог (по области за коју су основане) карактера, или боље рећи, када су и одређена та основна начела, која је прецизно њихова садржина. То важи чак и за начела експлицитно наведена у Повељи УН. А не треба заборавити да је Повеља УН стара већ 64 година. Оно што ствар чини још компликованијом је институционална неадекватност која за директан резултат има то да на светском нивоу не постоји инстанца којој су додељене адекватне компетенције да утврђује та начела. Јер, упркос чињеници да је Међународном суду правде дато овлашћење да се изјашњава, како у поступцима решавања међудржавних спорова, тако и у саветодавним поступцима, о „сваком правном питању“ (члан 96 Повеље), односно о „било ком међународноправном питању“ (члан 34, став 2, тачка б Статута Међународног суда правде), успостављање његове надлежности у конкретним случајевима зависи од воље држава у питању или органа УН или специјализованих агенција, тј. не постоји његова обавезна надлежност. С друге стране, не само код саветодавних мишљења, која су по правилу необавезујућа, већ и код обавезујућих пресуда у међудржавним споровима, остаје присутан проблем извршења судских одлука. А тај проблем је само сегмент укупног проблема непостојања адекватних механизма и средстава за принудно спровођење међународноправних обавеза. Коначно, проблем тзв. „пролиферације“ међународних судских тела такође значајно компликује ситуацију на овом плану, на шта су председници Међународног суда правде у више наврата указивали приликом својих годишњих обраћања Генералној скупштини УН.⁷

⁷ Schwebel 1999. и Guillaume 2000. и 2001. године.

Суочена с проблемом фрагментације међународног права као препреком у реализацији њене основне функције (рад на кодификацији обичајног међународног права), Комисија за међународно право Уједињених нација, која такође чини део тог сиромашног институционалног инструментарија који би требало да ради на идентификовању и утврђивању садржине наведеног међународноправног језгра, тј. ле фиоровских „основних начела“ која „остају недирнута“, оформила је једну Студијску групу на челу са финским експертом Мартијем Коскенијем (*Martti Koskenniemi*) са задатком да изради извештај о наведеном проблему. Професор Коксинијем је сачинио коначни текст документа и Извештај Студијске групе, насловљен *Фрагментација међународног права: тешкоће које проистичу из диверсификације и експанзије међународног права*,⁸ који је разматран, као документ A/CN.4/L.682, на 58. заседању Комисије за међународно право од 1. маја до 9. јуна и од 3. јула до 11. августа 2006. године. Извештај (чија верзија на француском језику има 279 страна) прати Додатак у коме је садржан Нацрт Закључака радова студијске групе, документ A/CN.4/L.682/Add.1,⁹ чију је коначну верзију такође сачинио професор Коксинијем. Комисија за међународно право је наведени Извештај и Закључке примила к знању и доставила Генералној скупштини УН.

У самом Извештају закључено је, између осталог, следеће: „Појава супротстављених правила и режима који се преклапају створиће без сумње проблеме координације на међународном нивоу. Али, ... не постоји хомоген и хијерархизован метасистем који би омогућио да ти проблеми буду отклоњени. Међународно право ће морати да делује у доменама у којима ће захтеви кохеренције и плурализма вући у различитим смеровима. Да би оно успело, повећана пажња ће морати да буде посвећена сукобима норми и режима и правилама, методама и техникама које треба успоставити да би ти сукоби били разрешени.“¹⁰

И Комисија за међународно право у Закључцима из Додатка предлаже могуће начине за решење наведеног проблема, конста-

⁸ Commission du droit international, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, Établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, du 13 avril 2006.

⁹ Commission du droit international, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Commission du droit international, Texte définitif établi par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682/Add.1, du 2 mai 2006.

¹⁰ Commission du droit international, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, Établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, du 13 avril 2006, paragraphe 493, page 272.

тујући, на основу анализе претходно изнете у Извештају, да је решење за конфликт међународноправних норми садржано у начелима *lex specialis derogat lege generali* и *lex posterior derogat lege priori*, али и да постоје изузеци од тога, тј. да су нека међународноправна правила хијерархијски надређена другима независно од степена општости и времена настанка. То су: императивне норме (*ius cogens*), обавезе по основу Повеље УН (према чл. 103 Повеље) и обавезе према међународној заједници као целини (обавезе *erga omnes*). На крају Закључака изнето је и „начело хармонизације“ као правило, или боље рећи приступ, који треба да буде присутан приликом решавања конфликта међународноправних норми: „... сукоб између правила међународног права требало би да буде решаван у складу са начелом хармонизације, а то значи имајући увек на уму да у случају сукоба норме треба да буду тумачене, у мери у којој је то могуће, као да су међусобно компатибилне“.¹¹

2. ПРИРОДА ПРАВНОГ ПОРЕТКА ЕЗ (ЕУ) И ЊЕГОВ ОДНОС ПРЕМА МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ ИЗ ЕВРОПСКЕ ПЕРСПЕКТИВЕ

Веза правног система Европских заједница и Европске уније са међународним правом на првом месту се остварује кроз чињеницу да је право ЕЗ (и ЕУ) успостављено и његове основе регулисане путем међународних уговора, такозваних „основних уговора“ (*traités de base*), као оригинарних извора права, из којих произилази и на којима се заснива широко разграната мрежа изведених, деривативних аката, које доносе органи ЕЗ (ЕУ). То што су Европске заједнице интеграционе, а не просте кооперационе организације, не мења ништа у погледу овог њиховог укоренења у међународно право. Полазећи првенствено од те чињенице, Суд правде Европских заједница је веома рано, у пресуди од 5. фебруара 1963. године у предмету *Van Gend en Loos*,¹² констатовао да је правни поредак ЕЗ „... нови правни поредак међународног права у корист кога су државе ограничиле, мада у уском кругу домена, своја суверена права и чији су субјекти не само државе чланице, већ исто тако и њихови држављани“. Дакле, по ставу Суда из ове

¹¹ Commission du droit international, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, Établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, du 13 avril 2006, paragraphe 43, page 15.

¹² Cour de justice des Communautés européennes, Arrêt du 5 février 1963, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Demande de décision préjudicielle: Tariefcommissie – Pays-Bas, Affaire 26–62.

пресуде, правни поредак ЕЗ се не издваја из ширег међународноправног корпуса, мада је Суд и у тој одлуци указао и на посебност Уговора о оснивању ЕЕЗ у односу на класичне међународне уговоре, констатујући да „тај уговор представља више од простог споразума који би само створио узајамне обавезе између држава уговорница“.

Међутим, специфична природа правног система Европских заједница, упркос његовог несумњивог међународноправног корена, навела је Суд да веома брзо након доношења цитиране пресуде, у пресуди од 15. јула 1964. године у предмету *Costa/E.N.E.L.*,¹³ на савим други начин окарактерише тај правни систем, констатујући: „за разлику од обичних међународних уговора, уговор о ЕЕЗ је створио особени правни поредак интегрисан у правне системе држава чланица приликом ступања на снагу уговора и који се намеће њиховим судовима“, а затим и то да „устостављајући Заједницу неограниченог трајања, са властитим органима, са правном личношћу и капацитетом, са способношћу за међународну представљеност и посебно, са реалним овлашћењима проистеклим из ограничења надлежности и преноса овлашћења са држава на Заједницу, државе су ограничиле своја суверена права и тако створиле корпус права примењив на њихове држављане и на њих саме“.

То што је комунитарни правни поредак у ствари „правни поредак интегрисан у правне системе држава чланица“ одражава се најпре кроз учешће представника држава чланица у поступку доношења комунитарних аката, а затим и кроз наднационалну примену комунитарног права која се остварује на три начина: кроз примену комунитарног права у државама чланицама, примену комунитарног права на државе чланице и кроз примену комунитарних аката од стране држава чланица.¹⁴ Примена комунитарних аката у државама чланицама је специфична утолико што је значајан део тих аката директно примењив у тим државама, а директна примењивост се може дефинисати на следећи начин: „То је право сваког појединца да захтева од свог судије да примени уговоре, уредбе, директиве или одлуке Заједнице. То је обавеза судије да примени те текстове, какви год били прописи његове матичне државе.“¹⁵ Наравно, да би одређени комунитарни акт био директно примењив, неопходно је да по својој садржини, у погледу јасноће, прецизности, потпуности и безусловнос-

¹³ Cour de justice des Communautés européennes, Arrêt 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Demande de décision préjudicielle: Giudice conciliatore di Milano – Italie, Affaire 6/64.

¹⁴ L. Cartou, *L'Union européenne – Traité de Paris – Rome – Maastricht*, Dalloz, Paris 1994, pp. 150–154; Б. Ракић, *Хармонизација југословенског права са правом Европске уније*, Правни факултет у Београду, Београд 1997, 89–92.

¹⁵ R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles 1976, 248.

ти, буде подобан да производи директне ефекте.¹⁶ Наднационална примена комунитарних аката на државе чланице постоји онда када је комунитарно право државе чланице поставило, у погледу права и обавеза, „у ситуацију једнаку ситуацији појединца на кога се императивно примењују одредбе Уговора“¹⁷ (пример овакве примене су правила конкуренције која се односе на забрану државне помоћи предузећима и сл.). Коначно, наднационална примена комунитарног права од стране држава чланица реализује се кроз поступке њихових државних органа, како легислативне (рецимо код хармонизације националних прописа) тако и практичне природе.¹⁸

Суд правде Европских заједница је у својој даљој судској пракси разрађивао тезу о специфичној и особеној природи комунитарног правног поретка, указавши између осталог, у *Мишљењу 1/91* од 14. децембра 1991. године о предлогу споразума са државама чланицама ЕФТА о стварању Европског економског простора¹⁹ (пошто се претходно на сличан начин изјаснио и у пресуди *Еколошка партија „Зелени“ против Парламента* од 23. априла 1986. године²⁰), да „... уговор о ЕЕЗ, мада је закључен у форми међународног споразума, ништа мање не представља уставну повељу једне правне заједнице. Комунитарни уговори су, у ствари, успоставили нови правни поредак у корист кога су државе чланице ограничиле своја суверена права и чији су субјекти не само државе чланице већ и њихови грађани. Суштинске карактеристике тако успостављеног комунитарног правног поретка су, нарочито, његов примат у односу на права држава чланица и директно дејство читаве серије норми.“²¹

¹⁶ Те садржинске услове за директну примењивост предвидео је и разрадио Суд правде Европских заједница у низу пресуда, међу којима су посебно значајне пресуде у предметима: *Molkerei Zentrale*, предмет број 28/67, пресуда од 3. априла 1968. године, и *Van Duyn*, предмет број 41/74, пресуда од 4. децембра 1974. године.

¹⁷ L. Cartou, 152–153.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Cour de justice des Communautés européennes, Avis 1/91 de la Cour, du 14 décembre 1991, rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du Traité CEE, sur le Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen.

²⁰ Arrêt de la Cour du 23 avril 1986, *Parti écologiste „Les Verts“ contre Parlement européen*, Recours en annulation, Affaire 294/83.

²¹ О овом мишљењу као и другој судској пракси Суда правде Европских заједница на ову тему видети нпр.: J-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris 2001, 68–75, или Ph. Mnin, *Les Communautés européennes – L'Union européenne – Droit institutionnel*, 5e édition, Éditions A. Pedone, Paris 1999, 63–73, итд.

Поред наведеног односа комунитарног права надоле, кроз „интегрисаност у правне системе држава чланица“, специфичност Европских заједница у односу на класичне међународне организације изражава се, према Жан-Пол Жакеу, између осталог, и кроз специфичан однос комунитарног правног система према међународном праву, однос какав не постоји код класичних међународних организација:

„Свакако, класичне међународне организације су регулисане специфичним правилима садржаним у њиховим конститутивним повељама, али у одсуству таквих правила, примењива правила ће бити потражена у оквиру међународног права. Међутим, такав није случај са Заједницама, у којима ће се, ако уговори ћуте, настојати да се примењива правила изведу из једне логичке конструкције засноване на систематском тумачењу уговора, уз избегавање, по потреби, примене класичних правила међународног права“.²²

Упркос истицању специфичне природе комунитарног правног система, Суд правде Европских заједница је у својој судској пракси недвосмислено истицао обавезу органа Заједнице да поштују међународно право. Тако је у пресуди од 24. новембра 1992. године, у предмету *Poulsen & Diva Navigation*,²³ Суд констатовао да „ваља истаћи, најпре, да надлежности Заједнице треба да буду вршене уз поштовање међународног права“, а значајан сегмент вршења надлежности Заједнице чини доношење правних аката од стране њених органа, што значи да ти акти морају да буду у складу са међународним правом. А у пресуди од 16. јуна 1998. године у предмету *Racke*,²⁴ изјашњавајући се о правној ваљаности Уредбе Савета министара ЕЕЗ број 3300/91 од 11. новембра 1991. године, којом је суспендована примена трговинских концесија из Споразума о сарадњи између СФРЈ и ЕЗ закљученог 1980. године, Суд је поновио обавезу поштовања међународног права од стране органа Заједнице,²⁵ и то на следећи начин:

²² J-P Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris 2001, 70–71.

²³ Cour de justice des Communautés européennes, Arrêt du 24 novembre 1992, *Anklagemyndigheden contre Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp.*, Demande de décision préjudicielle, Affaire C-286/90.

²⁴ Cour de justice des Communautés européennes, Arrêt du 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, Demande de décision préjudicielle, Affaire C-162/96.

²⁵ У конкретном случају обичајног међународног правила *rebus sic stantibus*, као изузетка од обичајног међународног правила *pacta sunt servanda* (унетих кроз процес кодификације, када се ради о уговорним односима између држава, у Конвенцију о уговорном праву закључену 1969. године у Бечу).

„45. У том погледу, може се истаћи да, као што то проистиче из пресуде од 24. новембра 1992. године у предмету *Poulsen & Diva Navigation* ..., надлежности Заједнице морају да буду вршене уз поштовање међународног права. Стога је она дужна да поштује правила обичајног међународног права када усваја уредбу којом суспендује трговинске концесије дате путем споразума или у складу са споразумом који је закључила са неком трећом земљом.

46. Из тога следи да правила обичајног међународног права која се односе на прекид и суспензију уговорних односа због суштинске промене околности везују органе Заједнице и представљају део комунитарног правног поретка.

...

51. У тим условима, не сме се ускратити лицу које се појављује пред судом, уколико се оно позове на права која му директно даје неки споразум са трећом земљом, могућност да оспори валидност уредбе која га, суспендујући трговинске концесије које даје тај споразум, спречава да их користи, као и да се позове, да би јој оспорио валидност, на обавезе које проистичу из правила обичајног међународног права која регулишу прекид и суспензију уговорних односа.“

И када се ради о питању везаности органа Заједнице уговорним правилима међународног права, Суд је изнео сличне констатације у више својих пресуда, попут рецимо пресуде од 23. новембра 1999. године у предмету *Португалија против Савета*:²⁶

„32. Осим тога, овај случај ... се тиче питања у којим околностима нека држава чланица може пред Судом да се позове на споразуме СТО (Светске трговинске организације, Б. Р.) ради оцене легалности неког акта Савета.

...

34. Ваља подсетити најпре да су, сходно начелима међународног права, органи Заједнице, који су надлежни да преговарају и закључе уговор са трећим земљама, слободни да се њима уговоре која ће дејства одредбе споразума производити у унутрашњем поретку уговорних страна. Једино ако то питање није регулисано споразумом, надлежни судски органи и посебно Суд ће, у оквиру своје надлежности у складу са Уговором о оснивању ЕЗ, пресудити у погледу њега на исти начин као и о било ком другом питању тумачења које се односи на примену споразума у Заједници (видети пресуду од 26. октобра 1982. године, *Kupferberg*, 104/81, Зборник стр. 3641, тачка 17).

²⁶ Cour de justice des Communautés européennes, Arrêt du 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-149/96.

35. Треба такође подсетити да, према општим правилима међународног права, стране треба сваки уговор да извршавају у доброј вери. Пошто је свака од уговорних страна одговорна за потпуно извршење обавеза које је преузела, на њој је, с друге стране, да у свом правном поретку одреди правна средства за постизање тог циља, сем ако сам споразум, тумашен у светлу свог предмета и циља, сам не одређује та средства (наведена пресуда *Kupferberg*, тачка 18).“

Треба, међутим, истаћи да се наведеним указивањем Суда правде Европских заједница на обавезу органа Европских заједница да поштују међународно право успоставља хијерахијски однос између норми општег међународног права и секундарног комунитарног права, али да се Суд није у тим ранијим пресудама изјашњавао о односу општег међународног права и примарног комунитарног права, које чине тзв. основни уговори и општа правна начела.

Међутим, када је у питању однос међународноправних правила из правног система успостављеног на основу Повеље Уједињених нација са комунитарним правом, сам Уговор о оснивању Е(Е)З је предвидео надређеност правила која проистичу из Повеље не само секундарном, већ и примарном комунитарном праву. Тако чл. 307 алинеја 1 Уговора о оснивању ЕЗ (до Уговора из Амстердама, то је био чл. 234, ст. 1), који регулише однос права и обавеза проистеклим из Уговора о оснивању Е(Е)З према уговорним обавезама старијег датума, гласи: „Одредбе овог Уговора неће утицати на права и обавезе између једне или више држава чланица с једне стране и једне или више трећих земаља с друге стране, који проистичу из споразума закључених пре 1. јануара 1958. године, или, за државе које накнадно приступе Заједници, пре датума њиховог приступања.“ Из овог члана проистиче да постојање обавеза из Уговора о оснивању Е(Е)З не утиче на раније настале обавезе за државе чланице на основу других међународних уговора, а у такве уговоре спада и Повеља УН,²⁷ односно на права трећих држава према чланицама Заједнице по основу тих ранијих уговора. То је у складу са општим начелом међународног права, унетим у чл. 30 Бечке Конвенције о уговорном праву из 1969. године, које се тиче односа одредби сукцесивних међуна-

²⁷ Како су од 6 држава оснивача ЕЕЗ њих 5 биле чланице УН у моменту оснивања ЕЕЗ (Уговор о оснивању ЕЕЗ је закључен 25. марта 1957, а ступио је на снагу 1. јануара 1958. године), док је у исто време за шесту чланицу оснивача ЕЕЗ, СР Немачку, која није у том тренутку била члан УН, обавеза поштовања Повеље УН проистицала из других аранжмана (аката којима је успостављан суверенитет немачке државе: Завршног акта „Конференције девет сила“ одржане у Лондону од 28. септембра до 3. октобра 1954. године и Париског споразума од 23. октобра 1954. године), док су све државе које су касније приступиле Заједници биле чланице УН у моменту приступања.

родних уговора које се односе на исту материју.²⁸ У наведеном правцу се изјаснио и Суд правде Европских заједница.²⁹

Али, како се наведени члан односи на очување обавезе држава чланица Заједнице по основу ранијих уговорних аранжмана, поставља се питање да ли и Заједница треба де буде сматрана, према самом комунитарном праву, везаном обавезама које проистичу из неког ранијег уговора (пре свега из Повеље Уједињених нација) на исти начин као и државе чланице. Позитиван одговор на ово питање проистиче из чињенице да у моменту закључења Уговора о оснивању ЕЕЗ државе чланице нису на Заједницу могле да пренесу више права него што су саме имале, те јој нису могле ни да пренесу надлежности ослобођене ограничења која стварају обавезе проистекле из ранијих уговорних аранжмана, укључујући и Повељу УН. Дакле, приликом преноса својих овлашћења на Заједницу, државе чланице су по природи ствари на њу пренеле и обавезе које имају на међународном плану везано за вршење тих пренетих овлашћења, па дакле и обавезе које проистичу из Повеље и других ранијих уговора (као што је то био случај са ГАТТ-ом, о чему се Суд изјашњавао у пресуди из 1972. године у предмету *International Fruit Company*,³⁰ или с лондонском Конвенцијом о риболову од 9. марта 1964. године, о чему се Суд изјашњавао у предмету *Burgoa*³¹)³².

Осим наведеног, може се сматрати и да је чл. 297 Уговора о оснивању Е(Е)З (ранији чл. 224) унет у Уговор управо да би се обез-

²⁸ G. Cohen Jonahan, „Commentaire de l'article 234 du Traité instituant la CEE“, dans Vlad Constantinesco, Robert Kovar, Jean-Paul Jacqué et Denys Simon (sous la direction de), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par l'article*, Economica, Paris 1992, 1498. Видети такође: Pietro Manzini, „The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law“, *European Journal of International Law*, 12, 4/2001, 781–792.

²⁹ Judgment of the Court of 27 February 1962 in Case 10/61 Commission v Italy [1962] ECR 1; Judgment of the Court of 2 August 1993, Case C–158/91 *Levy* [1993] ECR I–4287, paragraphs 11–12; Judgment of the Court of 28 March 1995, Case C–324/93 *Evans Medical and Macfarlan Smith* [1995] ECR I–563, paragraph 27; and Judgment of the Court of 14 January 1997 Case C–124/95 *Centro-Com* [1997] ECR I–81, paragraph 56. („56. ... the purpose of the first paragraph of Article 234 of the Treaty is to make clear, in accordance with the principles of international law, that application of the Treaty does not affect the commitment of the Member State concerned to respect the rights of non-member States under an earlier agreement and to comply with its corresponding obligations...“).

³⁰ Judgment of the Court of 12 December 1972 in Joined Cases 21/72 to 24/72 *International Fruit Company and Others* ('*International Fruit*') [1972] ECR 1219.

³¹ Judgment of the Court of 14 October 1980 in Case 812/79 *Burgoa* [1980] ECR 2787, paragraph 9.

³² G. Cohen Jonahan, „Commentaire de l'article 234 du Traité instituant la CEE“, (dir. V. Constantinesco, R. Kovar, J-P. Jacqué, D. Simon), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par l'article*, Economica, Paris 1992, 1503–1507.

бедило поштовање наведеног примата. Тај члан гласи: „Државе чланице се консултују да би заједно предузеле неопходне кораке да би се избегло да функционисање заједничког тржишта буде погођено мерама које би нека држава чланица могла да буде позвана да предузме у случају тешких унутрашњих поремећаја којима се нарушава јавни ред, у случају рата или озбиљне међународне затегнутости која представља претњу ратом или да би испунила обавезе које је преузела у циљу одржања мира и међународне безбедности.“ Дакле, како је успостављање и функционисање заједничког тржишта централни елемент „оснивачких уговора“, пре свега Уговора о оснивању Е(Е)З, из цитираног члана произилази да сам Уговор има у виду ситуације у којима би испуњење обавеза које су државе преузеле у циљу одржања међународног мира и безбедности, а такве обавезе за државе чланице проистичу пре свега из Повеље УН, могле да доведу у питање функционисање тог елемента. Тиме Уговор имплицитно указује на могућност примата тог другог ангажмана, пре свега оног на основу Повеље УН, у односу на комунитарни. Такво гледање на ствари потврђује, рецимо, Ј. Ферхуфен, који најпре примећује да се под „обавезама које је (нека држава чланица Заједнице) преузела у циљу одржања мира и међународне безбедности“ пре свега мисли на „обавезе које проистичу из чланства у Уједињеним нацијама, посебно код извршења Главе VII Повеље из Сан Франциска, као и на друге међународне организације и одбрамбене савезе (НАТО,...)“, а затим и то да је „формално, једино дејство чл. 224 да обавезује државе да се консултују“. Али и следеће: „Тешко је држати се тог рестриктивног читања чл. 224, колико год оно било оправдано са тачке гледишта самог његовог текста. Веома се нагиње, с обзиром на околности на које се односи та одредба, ка томе да се у том члану види основ за дерогативне мере ... у односу на Уговор“.³³

Примат који „основни уговори“ дају Повељи Уједињених нација и правном поретку који се успоставља на основу ње у односу на правни поредак Европске уније и Европске заједнице, нашао је израз у чл. 11 Уговора о ЕУ (првом по реду члану из Главе V Уговора, насловљене „Одредбе о Заједничкој спољној и безбедносној политици“), којим су предвиђени циљеви ове политике Уније. Међу њима, између осталог, фигурирају следећи циљеви: „сачувати заједничке вредности, основне интересе, независност и интегритет Уније у складу са начелима Повеље Уједињених нација“, као и „очувати мир и учврстити међународну безбедност, у складу са начелима Повеље Уједињених нација ...“. О овоме Елизабет Цолер каже следеће: „Та-

³³ J. Verhoeven, „Commentaire de l'article 224 du Traité instituant la CEE“, (dir. V. Constantinesco, R. Kovar, J-P. Jacqué, D. Simon), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par l'article*, Economica, Paris 1992, 1404–1407.

кође се подразумева да ће средства Заједничке спољне и безбедносне политике (ЗСБП) бити у складу са онима које дозвољава модерни међународни легитимитет. Такав је смисао позивања ‘на начела Повеље Уједињених нација ...’ ..., што искључује могућност да ЗСБП буде сматрана за прикривено оживљавање начела ‘европског јавног права’.³⁴

Управо полазећи од ових циљева, а пре свега другог, Уговор из Мастрихта је у Уговор о оснивању Европске заједнице унео чл. 228а (који је по Уговору из Амстердама постао члан 301). При том се имало у виду то да ће, у оквиру Заједничке спољне и безбедносне политике, Европска унија и њене државе чланице можда бити у ситуацији да ће, у складу са резолуцијама Савета безбедности усвојеним према Глави VII Повеље, морати да примењују санкције према трећим земљама, укључујући и економске санкције какве предвиђа чл. 41 Повеље, те да су економске надлежности пренете на ниво Заједнице, укључујући и заједничку трговинску (спољнотрговинску) политику која је у искључивој надлежности ЕЗ. Наведени члан гласи: „Када неки заједнички став или заједничка акција усвојена на основу одредби Уговора о Европској унији које се односе на заједничку спољну и безбедносну политику предвиђа акцију Заједнице са циљем прекида или ограничења, у целини или у једном делу, економских односа са једном или више трећих држава, Савет ће, одлучујући квалификованом већином на предлог Комисије, предузети неопходне ургентне мере.“ И овај члан је показатељ чињенице да је самим Уговором о оснивању ЕЗ предвиђена обавеза Заједнице да поштује примат обавеза које проистичу из Повеље у односу на обавезе које ствара комунитарно право.

3. ОДНОС ПРАВНОГ ПОРЕТКА ЕЗ (ЕУ) ПРЕМА МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ ИЗ МЕЂУНАРОДНОПРАВНЕ ПЕРСПЕКТИВЕ

Повеља Уједињених нација, неки други међународноправни документи и судска пракса Међународног суда правде у потпуности иду у сусрет наведеним закључцима о односу међународног права, пре свега правног система успостављеног на основу Повеље Уједињених нација, и права Европске заједнице (Европске уније).

Најпре да подсетимо, не улазећи дубље у нијансе везане за монистички и дуалистички теоријски концепт, да је, с међународно-

³⁴ E. Zoller, *Commentaire des Dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité commune*, (dir. V. Constantinesco, R. Kovar, J-P. Jacqué, D. Simon), *Traité sur l'Union européenne, Commentaire article par l'article*, Economica, Paris 1995, 787.

правне тачке гледишта, преовлађујуће схватање о примату међународног права у односу на национална права држава, тј. да „на међународном плану ... то питање више није уопште предмет расправе“.³⁵ Примат међународног права (укључујући и, пре свега, Повељу УН) над националним правима (држава чланица УН) проистиче из обичајног међународног права, што је у поступку кодификације унето у чл. 27 бечке Конвенције о уговорном праву из 1969. године, којом је предвиђено да државе не могу да се позивају на своје унутрашње право да би оправдале пропуштање испуњења неке обавезе која за њих проистиче из међународног уговора чији су потписник. Схватање о примату међународног права над националним апсолутно је прихваћено и у судској пракси како Сталног суда међународне правде, тако и Међународног суда правде:

„...У ствари довољно би било подсетити на основно начело међународног права о примату тог права над унутрашњим правом. Тај примат је судска пракса потврђивала почев још од арбитражне пресуде донете 14. септембра 1872. године у случају Алабама између Сједињених држава и Велике Британије и на њу се од тад често подсећало, нарочито у случају грчко-бугарских ‘Заједница’ у коме је Стални суд пресудио да: ‘опште је прихваћено начело међународног права да, у односима између уговорних страна неког уговора, одредбе унутрашњег права не могу да имају предност у односу на одредбе уговора’ (*C.P.J.I. série B no 17*, p. 32)“.³⁶

И када је у питању однос између правних система успостављених на основу конститутивних аката међународних организација, успостављена су одређена правила, пре свега у погледу односа Повеље УН и аката донетих на основу ње и аката других међународних организација или, уопште, других уговорних аранжмана. Та правила се односе и на однос права УН и комунитарног права (као и права ЕУ). Вођени очигледном амбицијом и претензијом да праве неку врсту устава међународне заједнице,³⁷ аутори Повеље су у тај акт унели чл. 103, који регулише однос обавеза држава чланица УН по основу Повеље и њихових обавеза проистеклих из других уговорних аранжмана. Тај члан гласи: „У случају сукоба између обавеза чланица Уједињених нација по основу ове Повеље и њихових обавеза по основу

³⁵ N. Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris 1999, 96.

³⁶ Cour Internationale de Justice, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultative, C.I.J. Recueil 1988, pp. 34–35.

³⁷ T. Flory, „Commentaire de l'article 103 de la Charte des Nations unies“, dans Jean-Pierre Cot et Allain Pellet (sous la direction de), *La Charte des Nations unies, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1991 1381.

било ког другог међународног споразума, предност ће имати ове прве.“

Иначе, на чл. 103 Повеље се позива, и обавезу његовог поштовања потврђује, и чл. 30 Бечке конвенције који нормира однос сукцесивних уговора који регулишу исту материју. Према њему обавезе по основу Повеље имају примат у односу на обавезе по основу других споразума независно од времена настанка једних и других од тих обавеза. На чл. 103 Повеље се позвао и Међународни суд правде у пресуди у предмету Никарагва од 26. новембра 1984. године:

„Важно је ... не изгубити из вида да су сви регионални уговори, билатерални или чак и мултилатерални, које су стране у овом предмету можда закључиле у погледу решавања спора или надлежности Међународног суда правде, увек подређени одредбама чл. 103 Повеље...“³⁸

У погледу значења израза „обавезе по основу ове Повеље“, прихваћено је схватање да он обухвата „поред начела и правила изнетих у члановима Повеље, и резолуције органа Уједињених нација, то јест целину деривативног права Уједињених нација изграђиваног током већ 40 година у оквиру Организације“. Када су у питању резолуције Савета безбедности, овај закључак о примату је у складу и са чл. 25 Повеље, који предвиђа обавезу држава чланица УН да прихватају и спроводе одлуке Савета безбедности: „Чланови Уједињених нација сагласни су да прихвате и извршавају одлуке Савета безбедности у сагласности с овом Повељом.“ На исти начин се изјаснио и Међународни суд правде у случају Локерби, констатујући да обавезе које за државе предвиђају одлуке Савета безбедности имају, у складу са чл. 103 Повеље, примат над обавезама које оне имају по основу било ког другог међународног споразума.³⁹ Како су државе чланице ЕЗ формирањем ове организације извршиле трансфер надлежности са националног на комунитарни ниво, укључујући и део овлашћења неопходних за вршење обавеза држава чланица по основу Повеље УН, логично је закључити да су те државе дужне да обезбеде да сама Заједница, вршећи та овлашћења, испуњава обавезе по Повељи. Ова-

³⁸ International Court of Justice, Judgment of 26 November 1984, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), *ICJ Reports*, 1984, p. 392, paragraph 107.

³⁹ La Cour internationale de Justice, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 126, paragraphe 42, као и La Cour internationale de Justice, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 15, paragraphe 39.

кав однос посматран из перспективе држава чланица ЕЗ и саме ЕЗ у складу је са чл. 48, ст. 2 Повеље (чл. 48 предвиђа обавезност примене одлука Савета безбедности донетих у оквиру Главе VII Повеље), који гласи: „Државе чланице Уједињених нација извршавају ове одлуке (одлуке Савета безбедности у оквиру Главе VII Повеље, Б. Р.) непосредно или кроз активности у одговарајућим међународним установама чији су чланови.“

Када је, пак, реч о значењу израза „обавеза по основу било ког другог међународног споразума“ коришћеног у чл. 103 Повеље, припремни радови (*les travaux préparatoires*) показују да се, као и код израза „обавезе по основу ове Повеље“ мисли не само на обавезе садржане непосредно у одредбама тих споразума, већ и на обавезе садржане у актима донетим на основу тих споразума.⁴⁰ У случају ЕЗ, то би значило да се не мисли само на обавезе непосредно садржане у Уговору, већ и на акте секундарног комунитарног законодавства.

4. СЛУЧАЈЕВИ КАДИ И АЛ БАРАКАТ – ЗАОКРЕТ У ПРАКСИ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

Када се посматра стање регулативе и наведена судска пракса (као и судска пракса која је ишла у истом правцу, а коју нисмо поменули), могло би се закључити да је на међународном и на европском плану постигнута нека врста сагласности о примату Повеље УН и обавеза које из ње проистичу у односу на комунитарно право, и да је уз такав став, а никако мимо њега или у супротности с њим, изграђено и схватање о суштинској, квалитативној посебности комунитарног правног поретка, чији оснивачки акт не представља само међународни уговор, већ „уставну повељу једне правне заједнице“.

Али, као што то често бива, велики друштвени ломови и кризна стања умеју да доведу до поремећаја и промена у већ успостављеним схватањима и односима. Односно, понекад такви ломови и кризна стања могу да постану добар изговор да би се схватања и односи које неко има разлоге и интересе да мења, прогласили за превазиђене, па чак и штетне са тачке гледишта остварења неких нових виших циљева. Када су у питању схватања и односи о којима говоримо, таква ситуација се појавила с интензивирањем међународног тероризма и снажним одговором, тј. антитерористичким ударом који је предузела међународна заједница, укључујући и Уједињене нације, које

⁴⁰ The United Nations Conference on International Organization (UNCIO), vol. 13; T. Flory, „Commentaire de l'article 103 de la Charte des Nations unies“, dans Jean-Pierre Cot et Allain Pellet (sous la direction de), *La Charte des Nations unies, Commentaire article par article*, Economica, Paris 1991, 1383.

су овде прибегле, између осталог, и казним мерама предвиђеним у Глави VII Повеље. Међу тим мерама, које је Савет безбедности УН усвојио у серији резолуција с краја деведесетих година прошлог и првих година овог века, нашле су се и резолуције којима су успостављене казнене мере према лицима и ентитетима повезаним са талибанима и Ал Каидом (чији основни циљ није само кажњавање, већ спречавање пружања помоћи тероризму). Оне су подразумевале, између осталог, и замрзавање финансијских средстава. У оквиру обавезе имплементације ових мера на националном и регионалном плану, и ЕУ је, у оквиру Заједничке спољне и безбедносне политике, усвојила одговарајуће заједничке ставове, а на основу њих је ЕЗ даље усвајала уредбе. Погођени наведеним мерама ЕЗ и сматрајући да су им приликом увођења тих мера и самим тим мерама повређена одређена права (право да изнесу своју аргументацију у фер поступку, право на имовину и принцип пропорционалности и право на деловно правно средство), Јасин Абдулах Кади (из Саудијске Арабије) и Међународна фондација Ал Баракат (са седиштем у Шведској), заједно са још неким субјектима погођеним санкцијама, обратили су се Суду правде Европских заједница трежећи (у складу са чл. 230 Уговора о оснивању) поништај уредбе којом су повређена њихова права и то у делу који се односи на њих.

Првостепени суд је, у складу са већ описаном праксом, потврдио став о примату обавеза које проистичу из Повеље УН над комунитарним правом. Закључивши да Савет ЕУ приликом усвајања оспорене уредбе није имао никакву слободу избора, већ је његов акт представљао просту трансмисију онога што је прописао СБУН, одбио је да цени легалност уредбе у питању у светлу општих начела комунитарног права која се односе на основна права. Сматрао је да би то представљало индиректну оцену резолуција СБУН на коју он нема право. Али је, помало изненађујуће, прихватио да као стандард оцене користи перемпторне норме међународног права, тзв. норме *ius cogens* (нашавши да у конкретном случају нема повреда норми тог ранга). Тужиоци су се жалили на одлуку Првостепеног суда. Поступајући по тим жалбама, Суд правде Европских заједница се приклонио ставовима правобраниоца Пуареша Мадуре. Изнета је аргументација коју карактеришу заокрети и контрадикторности. Направивши неку врсту интелектуалног слалома, заузео је став да је комунитарни правни поредак аутономни правни поредак, који садржи уставне гаранције основних права које не могу бити доведене у питање било којим међународним уговором, па ни Повељом УН и резолуцијама Савета безбедности усвојеним на основу Главе VII Повеље. Обавеза је Суда да контролише усклађеност свих комунитарних аката с хијерархијски надређеним комунитарним нормама, а пре свега с Уговором о оснивању ЕЗ и основним начелима комунитарног прав-

ног поретка, укључујући и она начела која се односе на основна права.⁴¹ Оценивши оспорену уредбу у светлу гаранција основних права садржаних у комунитарном правном поретку, Суд је констатовао њихово кршење и поништио ту уредбу у делу у коме се односи на тужиоце, оставивши, ради спречавања штетних дејстава по антитерористичку борбу и ради остављања времена Савету ЕУ да новим актом отклони констатоване недостатке, да уредба о којој је реч настави да производи правно дејство у трајању од још три месеца по изрицању пресуде.

Рекло би се да су и Првостепени суд и Суд правде Европских заједница направили у својим пресудама пропуст, утолико што су занемарили чињеницу да сама Повеља УН предвиђа као један од циљева УН „унапређивање и подстицање поштовања људских права и основних слобода за све“, да је у оквиру Светске организације успостављен систем гаранција људских права инспирисан истим оним вредностима које су уграђене у темеље европског интеграционог процеса, те да чл. 24, ст. 2 Повеље предвиђа обавезу Савета безбедности да поштује циљеве и начела УН, што значи и да поштује у систему УН загарантована људска права. Узимање у обзир чињенице да у Уједињеним нацијама постоје наведене гаранције којима је везан и Савет безбедности отварало је могућност комунитарним судовима да измире потребу поштовања људских права с потребом за ефикасном антитерористичком борбом, а да при том не антагонизирају комунитарни правни поредак с правним поретком успостављеним по основу Повеље УН, односно да не прибегну одсецању комунитарног права од права УН. Како ова тема захтева ширу елаборацију, она ће бити предмет посебног рада, који ће се тесно надовезивати на овај.

5. КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА И ЕВРОЦЕНТРИЗАМ

На крају, остављајући детаљну анализу пресуда Првостепеног суда и Суда правде Европских заједница у предметима Кади и Ал

⁴¹ У параграфима 316 и 317 пресуде по жалби у спојеним преднетима у случајевима Кади и Ал Баракаат, Суд је закључио:

„316. ... контрола од стране Суда ваљаности било које мере Заједнице у светлу основних права мора да буде сматрана изразом, у заједници заснованој на владавини права, уставне гаранције која проистиче из Уговора о Европској заједници као аутономног правног система који не сме бити доведен у питање неким међународним споразумом.

317. Питање надлежности Суда се јавља у контексту интерног и аутономног правног поретка Заједнице, под који потпада оспорена уредба и у коме је Суд надлежан да контролише ваљаност мера Заједнице у светлу основних права.“

Баракат за други текст, морамо се осврнути на питање односа између тенденције „конституционализације ЕУ“ и тежње ка „евроцентризму“. Ради се, наиме о две повезане и међусобно условљене тенденције, али ипак о две ствари које треба разлучити.

Коментаришући пресуде Првостепеног суда и Суда правде Европских заједница у предметима Кади и Ал Баракат, Диан ле Котије је констатовала следеће:

„Суд се дакле определио да усвоји ‘евроцентрични’ приступ, а не ‘интернационалистички’, као што је учинио Првостепени суд. Он је ставио акценат на партикуларност комунитарног права као интегрисаног правног поретка“.⁴²

Ово указивање на везу интегрисаности комунитарног правног поретка, тј. његове чврстине, потпуности и кохерентности, и његове партикуларности, тј. „аутономности“ у односу на међународно право, веома има смисла. И сам Суд је у својој аргументацији мање или више имплицитно указивао на ту везу (рецимо цитирани параграф 316 пресуде по жалби). Јер основ и предуслов за аутономност комунитарног правног поретка је његова интегрисаност, будући да он као некохерентна, лабава и непотпуна целина не би могао да функционише на аутономан начин, већ би му требао ослонац у међународном праву (као и у унутрашњим правима). А, с друге стране, та интегрисаност и тежња ка њеном очувању декларисани су разлог за бежање у партикуларизам, мада се чини да нису ни једини ни најважнији разлог за то.

Међутим, Диан ле Котије у наставку истог коментара додаје да се бави темом конституционализације комунитарног правног поретка, стављајући је, чини се, у први план, као да је она била централна тачка у пресуди о којој је реч, а потискујући тенденцију евроцентричног партикуларизма, која заправо заслужује централну пажњу, будући да је она имала кључно место у предметној пресуди. Ле Котије тако каже:

„Улога Суда правде Европских заједница би се, дакле, још више приближила улози уставног суда. По томе се он посебно разликује од Европског суда за људска права. Тај суд се у ствари не појављује као заштитник једног правног поретка у његовој целини, са властитим вредностима и уставним начелима, већ само као за-

⁴² D. le Cottier, *L'exception communautaire en matière de protection des droits fondamentaux: quelle hiérarchie entre le droit international et le droit communautaire? Commentaire de l'arrêt Kadi*, са интернет адресе: <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/idie/index.php/post/2009/03/17/Lexception-communautaire-en-matiere-de-protection-des-droits-fondamentaux-%3A-quelle-hierarchie-entre-le-droit-international-et-le-droit-communautaire-Commentaire-de-larret-Kadi-par-Diane-LE-COTTIER>, 25. мај 2009. године.

штитник једног уговора. ЕСЉП надзире да ли државе чланице поштују обавезе које имају као потписнице Конвенције, која је уговор међународног права. Његов једини маневарски простор се налази на нивоу тумачења текста Конвенције, док СПЕЗ постепено ствара основе комунитарног поретка са циљем интензивирања комунитарне интеграције и подешавајући своју сопствену надлежност према тим потребама.

Преко тог аргумента и уз подршку понављаног алудирања у пресуди на ‘уставна начела’ комунитарног права, Суд се изгледа изјашњава у прилог процеса ‘конституционализације’ комунитарног правног поретка.

Мада Заједница нема устав у формалном смислу (писани документ који су државе чланице ратификовале), Суд изгледа да ипак признаје постојање конституционалне структуре која везује државе чланице. У основи те структуре лежи начело аутономије комунитарног правног поретка, одвојеног од међународног права (CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62). Норме које се називају уставним проистичу из уставних традиција држава чланица, као и из ЕСЉП (CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux Francophones et Germanophones C 305/05*)⁴³.

Јесте тачно да је став Суда, и у ранијим пресудама које смо навели и у пресуди у случајевима Кади и Ал Баракат, више него очигледно оријентисан у прилог конституционализације комунитарног правног поретка, те да Суд сматра да је у оквиру Заједнице успостављено нешто што би се могло назвати уставном структуром. Од тога је систем успостављен по основу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода веома далеко. И јесте тачно да је наведено својство комунитарног правног поретка третирано и као услов и као један од разлога за одвајање тог поретка од међународног права и за инсистирање на његовој аутономији, како је то учинио Суд.

Ипак, треба имати у виду да је суштинска карактеристика става Суда правде Европских заједница у предмету Кади и Ал Баракат и кључни „допринос“ те пресуде у истицању аутономије комунитарног правног поретка у односу на међународноправни поредак, па чак и „отказивање послушности“ Савету безбедности због неслагласности мера усвојених ради реализације његове одлуке (и то у веома осетљивом домену какав је борба против тероризма), са основним начелима комунитарног правног система. Истицање степена интегрисаности и изграђености комунитарног поретка је ту у другом плану, мада је

⁴³ *Ibid.*

очување тог достигнућа декларисани мотив за наведено „отказивање послушности“.

Иначе, изградња комунитарног правног поретка у сваком могућем смислу, укључујући и његову конституционализацију, позитиван је и користан процес како за саму Заједницу, њене чланице и грађане, тако и за друге државе и народе, и тај процес свакако заслужује подршку. С друге стране, партикуларизацију комунитарног права у односу на међународно право не можемо сматрати позитивном и прогресивном појавом, чак и када је правдана потребом очувања основних вредности на којима се заснива европски интегративни процес, у које спада и поштовање људских права.

А истицати конституционализованост комунитарног правног поретка не као предуслов за нечим другим мотивисану партикуларизацију комунитарног у односу на међународноправни поредак, већ као њен основ и мотив, на неки начин значи доводити у питање саму суштину и смисао међународног јавног права, чији су изворни и основни субјекти државе, које су по природи ствари конституционализоване. У том смислу, ако ЕУ израста у неку врсту државне заједнице, та чињеница свакако не треба да буде основ за њен покушај да се изузме из примене међународног права, у складу с којим би та нова држава, без обзира на величину и снагу, била „суверено једнак“ субјекат са другим државама.⁴⁴

Није, дакле, толико битно то да ли је комунитарни правни поредак довољно интегрисан да би могао да буде аутономан у односу на међународно право, тј. партикуларан. Битније је да ли он уопште треба да тежи партикуларности и какви мотиви могу да стоје иза такве тенденције. Чини се не само да нема потребе за аутономијом и партикуларношћу комунитарног права у односу на међународно право, већ да је таква тенденција веома штетна. Јер, право на светском нивоу треба да функционише као кохерентна и хијерархизована целина, посебно у време интензивне глобализације, када се све већа количина друштвених појава и токова, које право треба да регулише, диже на глобални ниво.

С друге стране, чини се да савремено међународно право посматрано у целини (а посебно правни поредак УН), уз сву своју несавршеност, нема таквих мањкавости, посебно на нивоу основних начела, које би представљале разлог и стварале потребу да се било који његов регионални део, или било који регионални систем, ма колико он био интегрисан и ма колико високо била постављена његова вредносна основа, имао потребу да се штити кроз затварање у своје

⁴⁴ У складу са чл. 2, тач. 1 Повеље УН.

партикуларне оквире. Мера конституционализованости комунитарног правног поретка с овим не би требало да има било какве везе. Јер, национални правни пореци јесу конституционализовани, и то од свог настанка и по свом настанку, али то није разлог да се затварају пред међународним правом. Такво затварање би било ретроградна тенденција, како када се ради о државама, тако и када се ради о регионалним организацијама и порецима, укључујући ту и ЕУ, ма колико високо били постављени њени правни стандарди у било којој области. Уосталом, ако ЕУ заиста жели да вредносну супериорност на којој се базира њено право, валоризује на ваљан начин, то ће најбоље постићи кроз интеракцију са међународним правом и с другим правним порецима који, на различитим нивоима, постоје у свету. Једино ће кроз такву интеракцију право ЕУ извршити по човечанство користан утицај на те друге поретке.

Аутор овог рада у томе види и кључни смисао постојања Европске уније, која ће сасвим сигурно у процесу глобализације постати преузак оквир за друштвене процесе за које су пре шездесет година, када је у свести њених творца почела да се уобличава интеграциона идеја, државе постале претесне. Јер Европска унија ће у процесу глобализације, у коме ће се растопити, сачувати смисао и одиграти важну улогу једино у мери у којој изгради високе стандарде и вредности, увијене између осталог и у правну форму. И те вредности и стандарде, кроз интеракцију са другима, полако нестајући кроз утапање у глобално друштво, подигне на светски ниво. Као кап мастила стављена у чашу воде, која ће се у тој води растворити, али вода неће више бити безбојна, него плава.

Branko Rakić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW AND EUROPEAN LAW – SOMETHING NEW ON THE WESTERN FRONT

Summary

International law has been facing the problem of its own fragmentation from the early stages of international organizing at the dawn of 20th century. The process of globalization has a tendency to unify social phe-

nomena on a world scale. Nevertheless, the practice of diversification of international organizations, based on both regional and substantial criteria, creates great tensions. The tension due to such expansion has been growing both vertically, *i.e.* between the general international law and the particular international laws; and horizontally, *i.e.* among diverse particular legal systems. In the year 2006, subsequent to frequent warnings from the high-ranking international officials and scholars alike, the UN International Law Commission was propelled to produce and submit to the General Assembly a report on the abovementioned issue („Koskenniemi Report“).

The EC legal system has a special position in the aforesaid complex network of mutual relations. Such position derives from a specific supranational nature of the Communities, and of their legal order which is, under the ECJ case law, a completely new legal order integrated with the national legal orders of the Member States. This supranational legal order is characterized by a high degree of integration and constitutionalization. Yet, as far as the relations between the International law and the EC legal order are concerned, and in particular the relations between the UN law and the EC law, both the UN Charter and the EC Treaty contain provisions under which the former has a clear primacy. This was confirmed in a series of the ECJ decisions.

The antiterrorist campaign assumed by the UNSC at the end of the last century, and duty to transpose into the EC legal system the punitive measures against individuals and entities related to the Al-Qaeda network, put once again the issue of relations between the international legal system (in particular the one under Chapter VII of the UN Charter) and the EC legal order on the ECJ agenda. In the year 2005, the Court of first instance confirmed – in its judgments in cases Kadi and Al Barakaat, the existence of primacy of the UN law. The Court refused to carry out even indirect review of the UNSC resolutions in the light of fundamental rights guaranteed by the EC law. Furthermore, the Court saw the norms of *jus cogens* as the only standard of review to which it would allow recourse in this situation.

The ECJ heard this case on appeal in September 2008. Following the remarks and suggestions given by the Advocate General Poiares Maduro in January 2008, the Court gave primacy to the European „constitutional tradition,“ including fundamental rights. Surprisingly, both the CFI and the ECJ omitted to refer to Article 24 para. 2, which stipulates that in discharging its duty to maintain international peace and security, the UNSC shall act in accordance with the Purposes and Principles of the UN. It should be emphasized that the protection of fundamental rights represents a part of these objectives. Thus, the EC Judiciary missed the

opportunity to conciliate the goal of fighting terrorism by means of strong punitive measures established on the universal level, and the need to respect human rights which were conceptually based on the same set of values, both on the UN and the EC levels.

Key words: *International Law. – EC Law. – Terrorism. – Fundamental Rights. – Constitutionalization. – Autonomy. – Particularization.*

др Сања Ђајић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

НАПОМЕНЕ О ЕСТОПЕЛУ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

У раду се анализира институт естопела у међународном праву, који се појављује као један од начина настанка обавезе и могући основ међународне одговорности државе. Естопел по представљању, што је најчешћи облик овог института, постоји уколико једна страна јасним и недвосмисленим чињењем или изјавама доведе другу страну у уверење услед којег ова промени свој став или понашање, ризикујући штету због такве промене. Изјаве које је дала друга страна представљају основ њене обавезе и истовремено је ограничавају у давању других изјава или стицању супротних права. Аутор указује на двоструку функцију естопела у међународним судским поступцима, на примерима праксе Међународног суда правде, Европског суда за људска права и међународних арбитража, где се естопел може користити двојако, као основ тужбеног захтева или као средство одбране. Ако оштећена држава сматра да је претрпела штету због тога што одговорна држава није поштовала обавезу конститусану естопелом, тада оштећеној држави као тужиоцу, естопел даје утуживо право и представља њен тужбени захтев. Ако тужена држава сматра да се тужилац понашао недоследно, она тада може истаћи естопел као приговор недоследности, чиме се покушава осујетити право на тужбени захтев тужиоца. Естопел се најчешће и најуспешније користи управо као приговор одбране. Естопел се може квалификовати и као једнострани акт државе, иако има низ специфичности у односу на општи појам једностраних аката у међународном праву.

Кључне речи: *Естопел. – Једнострани акти држава. – Естопел по представљању. – Обећање. – Процесни приговор.*

1. УВОД

Институт естопела у међународном праву постоји као један од начина настанка обавезе и могућих основа међународне одговорности државе. Он своје порекло дугује англоамеричкој традицији и као

аргумент се често користи у међународној судској и арбитражној пракси. Међутим, Правила о одговорности држава за противправни акт не помињу естопел као могући основ одговорности државе, упоркос чињеници да међународни судови и арбитраже овај институт третирају као могући основ одговорности. У раду ће бити дат преглед карактеристика естопела и примери из међународне арбитражне и судске праксе у којима се расправљало о одговорности држава управо по основу естопела.

2. ИНСТИТУТ ЕСТОПЕЛА У АНГЛОАМЕРИЧКОМ ПРАВУ

Теорија естопела је несумњиво заживела у међународној јуриспруденцији и њено постојање се тешко може оспоравати.¹ Међутим, основни проблем у примени естопела у међународном праву лежи у његовом нејасном садржају. Англоамеричка традиција познаје неколико врста овог института. Његово основно обележје је да један субјекат, најчешће страна у поступку, не може захтевати одређено право на терет друге стране због радњи, пропуста или изјава које је претходно дао другој страни.² Тако естопел, заправо, представља санкцију за недоследно и несавесно поступање. Иако, дакле, постоји неколико врста естопела и у англоамеричком праву,³ са врло јасним појмовним одређењем и пољем примене, овде се опредељујемо за само две варијанте овог института, јер су оне нашле најширу примену у међународном праву: то су *estoppel by representation* (понашање или изјава које конситутише права за другу страну и лишава тог субјекта права да оспорава или ускрати право које је учинио извесним и доступним),⁴ укључујући и подваријанту овог типа естопе-

¹ Вид. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, 615; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Grotius Publications – Cambridge University Press, Cambridge 1953, 140; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, Cambridge University Press, Cambridge 1970, 203–206; A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford 1961, 622; I. C. MacGibbon, „Estoppel in International Law“, *International and Comparative Law Quarterly* 7/1958, 468 и даље; D. W. Bowet, „Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence“, *British Yearbook of International Law* 1957, 176 и даље.

² *Graham v. Asbury*, 112 Ariz. 184, 540 P.2d 656, 658. (САД).

³ Вид. Н. Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 83–86.

⁴ Постоји ако неко лице својим актима, представљањем, признањем или прећутно, у ситуацијама када је потребно деловати, намерно или услед немара наведе другу страну да верује у постојање одређених чињеница, а друга се страна на

ла – *promissory estoppel* (обећање)⁵ и естопел у форми признања, изричитог или прећутног (*recognition, acquiescence*).⁶ Основна разлика између ове две варијанте естопела, естопела на основу представљања и признања, је у томе што се у првом случају њиме конституише утуживо право за субјекта које се на такво представљање ослања и тиме трпи штету, док је у другом случају субјект који даје признање лишен права да поступа супротно прећутно или изричито датом обећању.⁷ Овде се естопел може изједначити са неопозивим актима где држава није у прилици да стиче корист из супротног поступања и зато се ова друга варијанта естопела још назива и преклузивни естопел, а у континенталној традицији је позната и као *venire contra factum proprium*.⁸ У оба случаја се естопел ослања на начело добре вере.⁹

3. ИНСТИТУТ ЕСТОПЕЛА У МЕЂУНАРОДНОЈ ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

За разлику од естопела у домаћем праву држава англоамеричке правне традиције, естопел у међународном праву није потпуно и прецизно дефинисан. Ипак, по својим обележјима и условима при-

тако представљене чињенице оправдано ослони уз ризик да претрпи штету. (*Carter v. Curlew Creamery Co.*, 16 Wash.2d 476, 134 P.2d 66, 73 – Суд САД)

⁵ Обећање чије неиспуњење чини штету лицу коме је нешто обећано. Вид. Ристејтмент уговорног права Америчког правног института (*Restatement, Second, Contracts*) § 90, American Law Institute, 1960.

⁶ I. C. MacGibbon, 473–475, 501.

⁷ „У вези с облигационим естопелом постоји битна разлика између енглеског и осталих земаља *common law* система. У енглеском праву он није извор облигација, јер не може да ствара за уговорнике нова права, нити да им их увећава, већ само може да их умањује или укида. Енглези кажу да је он „штит“ за савесног примаоца изјаве, а не „мач“ у његовим рукама (*It is a „shield“, not a „sword“*). Насупрот томе, у осталим земљама система општег права, ово ограничење је углавном напуштено. Рецимо, у судској пракси САД он може да ствара и нова права, због чега се сматра извором облигација. Енглески правници то не прихватају, јер сматрају да би се тиме угрозила разлика између теорија противчинидбе и естопела“, Н. Јовановић, 85–86.

⁸ „Поступци указују на два аспекта естопела, тачније на правило да се држава не може позивати на сопствени пропуст да би оправдала неизвршење своје међународне обавезе, и правило да претходно признање или прећутни пристанак на неку ситуацију, односно претходно прихватање државе је спречава да накнадно оспорава оно што је претходно признала односно прихватила“, I. C. MacGibbon, 480.

⁹ Шварценбергер тако закључује: „Само правило се у одређеним случајевима може изразити на много специфичнији начин када се приближава начелу добре вере, као што су забрана преваре или *venire contra factum proprium*“, нав. према I. C. MacGibbon, 472.

мене, међународноправни институт естопела највише подсећа управо на ове две варијанте естопела, што ћемо овде покушати да покажемо на примерима из међународне судске и арбитражне праксе и ослонцем на мишљења у доктрини.

3.1. Естопел у пракси Међународног суда правде

Како се аргумент естопела врло често користи у међународним поступцима, судови су имали прилике да понуде дефиниције међународног института естопела. Тако је Међународни суд правде у предмету Војне и паравојне активности у Никарагви и против Никарагве закључио: „[Е]стопел се може извести из понашања, декларација и сличних аката које учини држава којима она не само да јасно и конзистентно доказује свој пристанак на одређену правну ситуацију, већ истовремено наводи другу државу да се на такво поступање ослони и на своју штету промени своје поступање или на неки други начин претрпи штету“.¹⁰ У овом широком одређењу естопела налазе се обе његове варијанте: *estoppel by representation* и признање. У једном каснијем спору, исти Суд закључује да је естопел „изјава или представљање коју једна страна учини према другој и на које се друга страна ослони уз ризик да претрпи штету или уз могућност да прва страна стекне корист.“¹¹

Стални суд међународне правде, претходник Међународног суда правде, први пут је 1929. године испитивао естопел у предмету *Serbian Loans*.¹² Предмет спора било је меродавно право за клаузулу за српске обвезнице у поседу француских држављана. Влада Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца је у поступку пред Судом тврдила да, иако су уговори предвиђали златну клаузулу, зајмодавци не могу инсистирати на поштовању златне клаузуле пошто су прихватили раније исплате у другој валути. Другим речима, аргумент владе Краљевине СХС био је да су се тужиоци путем естопела одрекли свог права на наплату потраживања искључиво у злату, односно да раније поступање тужиоца их лишава права да инсистирају на стриктном поштовању уговора. Суд је одбио овај аргумент сматрајући да такво поступање није било сасвим јасно, што је неопходан услов за примену института естопела. Суд у свом првом предмету у којем разматра

¹⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1984, став 51.

¹¹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, пресуда од 13. септембра 1990. године, став 63.

¹² *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (France v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes), Ser. A, Nos. 20/21, PCIJ, пресуда од 12. јула 1929. године.

примену преклузивног естопела захтева јасне и недвосмислене изјаве, које код друге стране могу створити несумњиво уверење о одређеном правном положају. Суд констатује да естопел као правило постоји у међународном праву, али да у конкретном случају недостају конститутивни елементи естопела и да овде нема „јасног и недвосмисленог представљања на страни власника обвезница на које се обавезана држава имала право ослонити и на које се заправо и ослонила“, тако да је то довело до „промене положаја обавезане државе.“¹³

Како ови услови нису били испуњени, Суд није прихватио попуњену теорију естопела. Стални суд међународне правде ће већ 1937. године поново бити у прилици да тумачи институт естопела у спору између Холандије и Белгије, *River Meuse*.¹⁴ Холандија је тужила Белгију због изградње бране којом је један део речног тока био преусмерен, сматрајући да је тиме Белгија прекршила конвенцију о међународном режиму на тој реци. Холандија је, пак, неколико година раније саградила сличну брану. Суд је констатовао да Белгија није прекршила међународни уговор, али је додатно закључио да чак и да се овакво поступање могло квалификовати као кршење међународне конвенције, до одговорности Белгије не би дошло јер се Холандија жали на поступање које је и сама предузела неколико година раније. Суд тим поводом, иако у форми *obiter dictum*, закључује: „У датим околностима Суду је тешко да прихвати могућност по којој би Холандија имала право да се жали на изградњу и рад бране када је исти такав пример сама дала у прошлости.“¹⁵

Пред Међународним судом правде естопел се помиње у спору *Континентални плато Северног мора*, који је настао поводом тужбе Данске и Холандије против СР Немачке, због начина разграничења континенталних платоа суседних и наспрамних држава. Тужиоци су свој тужбени захтев засновали на Женевској конвенцији о континенталном платоу из 1958. године, иако овај међународни уговор СР Немачка није ратификовала. Упркос томе, тужиоци су сматрали да је Немачка својим поступањем у вези с овим уговором, као што је учешће у изради текста уговора и касније поступање према правилима из овог уговора, на себе преузела обавезе које се у њему налазе. Суд се, дакле, нашао у прилици да се изјасни о теорији естопела. Суд прво наводи да се теорија естопела може применити само ако су изјаве јасне и недвосмислене, што Суд налази да није случај. Надаље, Суд

¹³ *Ibid.*, 39.

¹⁴ *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, Ser. A/B, No. 70, РСП, пресуда од 28. јуна 1937. године.

¹⁵ *Ibid.*, 25.

даје и међународну дефиницију естопела: „Имајући у виду основна обележја овог начела, Суд налази да би само институт естопела могао пружити основ за тврдњу тужиоца – тачније да је СР Немачка у ситуацији да не може порицати примену режима из Конвенције због свог раније понашања, изјава и слично, којима би не само јасно и конзистентно доказала прихватање таквог режима, већ и да је тиме проузроковала штету Данској и Холандији које су се на такве изјаве могле ослонити и услед тога на своју штету промениле положај или поступање. Доказа за овакаво тумачење у овом случају немамо“.¹⁶

Иако у овим и другим предметима¹⁷ Међународни суд правде не примењује естопел, његово тумачење пружа довољно елемената за дефинисање естопела у међународном праву. Суда по јуриспруденцији Суда, чини се да естопел по представљању значи да уколико једна страна јасним и недвосмисленим чињењем или изјавама доведе другу страну у уверење услед којег ова промени свој став или понашање ризикујући штету због такве промене, изјаве које је дала друга страна представљају основ њене обавезе и истовремено је ограничавају у давању других изјава или стицању супротних права.

Битне елементе естопела потврђује и доктрина. Према мишљењу Боуета (*Bowett*), естопел постоји ако су испуњени следећи услови: 1) изјава која је јасна и недвосмислена; 2) изјава која је дата добровољно, безусловно и од стране овлашћеног лица; 3) друга страна се мора, поступајући у доброј вери, ослонити на ову изјаву ризикујући штету или чинећи извесним добит за страну која даје изјаву.¹⁸ Сви услови морају бити испуњени и сваки од њих ће проћи строгу контролу међународног суда или међународне арбитраже. Није довољно да је изјава јасна и дата од стране овлашћеног лица, потребно

¹⁶ *North Sea Continental Shelf (Denmark v. Germany, Netherlands v. Germany)*, ICJ Reports 1969, пресуда од 20. фебруара 1969. године, став 36.

¹⁷ Вид. *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium et al)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 2004, пресуда од 15. децембра 2004. године; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Application to Intervene, ICJ Reports 1990, пресуда од 13. септембра 1990. године; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, ICJ Reports 1989, пресуда од 20. јула 1989. године; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* ICJ Reports 1984, пресуда од 12. октобра 1984. године; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Reports 1984, пресуда од 26. новембра 1984. године; *North Sea Continental Shelf (Denmark v. Germany, Netherlands v. Germany)*, ICJ Reports 1969, пресуда од 20. фебруара 1969. године; *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, ICJ Reports 1962, пресуда од 15. јуна 1962. године; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports 1984, пресуда од 21. марта 1984. године; *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, ICJ Reports 1955, пресуда од 6. априла 1955. године.

¹⁸ D. W. Bowett, 202.

је и да страна која се на изјаву позива претрпи штету због тога што је поступајући у доброј вери поверовала изјави несавесне стране. У том погледу, терет доказивања је на страни која се позива на естопел.¹⁹ Зато се естопел у теорији још назива и приговором савесности и доследности.²⁰ Естопелом се кажњава недоследно и несавесно поступање држава.²¹

Случајеви примене естопела као средства одбране и у контексту принципа *contra venire factum proprium* нису ретки у пракси. Овде ћемо то илустровати једним новијим примером где примена естопела није дала резултате приликом одбране. Наиме, у спору између Хрватске и Србије у предмету *Примена Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида*,²² у претходној фази расправљања о претходним приговорима, обе стране су се позивале на начело савесности и недоследност ставова супротне стране у погледу статуса СР Југославије у Уједињеним нацијама, где би примена начела *contra venire factum proprium* онемогућила другу страну да из недоследног понашања изведе корист за себе у спору.

Суд се у неколико наврата ослонио на теорију естопела изложу у аргументацији Хрватске као тужиоца. Суд посредно прихвата теорију по којој је недоследно поступање Србије у периоду 1992–2000 и након 2000. године такво да даје тужиоцу за право да се ослони на поступања и изјаве из првог периода и након промене понашања и ауторитативних одлука надлежних органа УН. Суд запоставља чињеницу да је недоследност условљена понашањем УН, што је и наведено у ранијим одлукама истог Суда, и инсистира на понашању туженог и последичној немогућности да се на промену чињеница позива. Делом захваљујући и теорији естопела (пошто се Суд ослања и на рестриктивно тумачење доктрине *res iudicata* из чл. 59. Статута, доктрину *Mavrommatis* и право на *de novo* одлучивање), Суд преиначује раније ставове и мења претходну јуриспруденцију, закључивши да су обе стране имале приступ Суду, односно да су услови за приступ Суду испуњени накнадно, што је довољно за успостављање *ratione personae* надлежности Суда.²³ Суд у доктрини естопела про-

¹⁹ T. Franck, „General Course on Public International Law“, *Recueil des Cours de l'Academie de la Haye*, 1993-III, 66.

²⁰ Р. Етински, *Међународно јавно право*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад 2002, 27–28.

²¹ O. Schachter, „Non-Conventional Concerted Acts“, *International Law: Achievements and Prospects*, ed. M. Bedjaoui, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991, 267–268.

²² *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 2008, пресуда од 18. новембра 2008. године.

²³ *Ibid.*, ставови 87–92.

налази додатне разлоге за одступање од ранијих одлука: „Априла 1999. године СР Југославија је покренула поступак против десет држава чланица Северноатланског пакта, позивајући се на члан IX као основ надлежности. Тужилац је, према томе, могао сматрати да има право да се обрати Суду на основу онога што је на први поглед изгледало као одговарајући основ надлежности“.²⁴

Теорија естопела још је видљивија у другом сегменту пресуде који се односи на сукцесију Србије у вези са *Конвенцијом о спречавању и кажњавању геноцида*. Док Суд у потпуности одбија да расправља о овом питању у контексту права о сукцесији, своју тезу о везаности Србије овим међународним уговором заснива у целини на једностраној декларацији СР Југославије од 27. априла 1992. године. Суд у том погледу закључује да се тужилац могао ослонити на овакву изјаву, заједно са осталим околностима случаја, те да је могао веровати да је у време подношења тужбе Југославија била чланица Конвенције. Суд ову декларацију тумачи на следећи начин: „Укратко, овде Суд, узимајући у обзир текст декларације и ноту од 27. априла 1992. године, као и конзистентно поступање СРЈ у време њеног настанка и у периоду 1992–2001, сматра да овим документима мора дати управо оно дејство које се желело њима постићи и то према значењу датих изјава: тачније, да ће од тог датума па надаље СРЈ бити везана обавезама као страна уговорница у погледу свих мултилатералних уговора у којима је СРЈ била страна у време дисолуције, уз евентуалне резерве које је СФРЈ законито уложила и тиме ограничила своје обавезе. Опште је познато да је Конвенција о геноциду једна од ових конвенција и да СФРЈ није уложила резерву; према томе, СРЈ је 1992. године прихватила обавезе из ове Конвенције укључујући и члан IX који обезбеђује надлежност Суда, те је обавеза из надлежности и даље била важећа за туженог у време када је овај поступак покренут. У каснијим догађајима показало се да су декларација и нота из 1992. године имали дејство ноте о сукцесији СРЈ у обавезе СФРЈ у погледу Конвенције о геноциду. Суд, према томе, закључује да је у време покретања овог поступка имао надлежност да расправља о овом предмету на основу члана IX Конвенције о геноциду. Ова ситуација постојала је и даље, најкасније до 1. новембра 2000. године, на дан када је Србија и Црна Гора постала чланица УН и тиме чланица Статута Суда.“²⁵

Суд закључује да се Хрватска могла ослонити на такву изјаву.²⁶ Овакво закључивање Суда било би и разумљиво и прихватљиво да овој изјави није ускраћено дејство у пресуди истог Суда из 2004. го-

²⁴ *Ibid.*, став 90.

²⁵ *Ibid.*, став 117.

²⁶ *Ibid.*, ставови 101, 103, 105.

дине.²⁷ Наиме, одлука из 2004. године потврђује да не може свака једнострана изјава конституисати обавезе за једну државу, већ су околности и карактер обавезе једнако важни поред воље државе да такву обавезу преузме. Управо преко доктрине естопела могу се критиковати аргументи које је понудио Суд у одлуци из 2008. године: док Суд прихвата давно неважећу једнострану изјаву СР Југославије као валидну за конституисање уговорних обавеза и пуноважност јурисдикционе клаузуле, одбијену од стране УН и касније напуштену од Србије, заборавља на неконзистентност тужиоца који се управо на ову декларацију позива. Хрватска је током целог периода 1992–2000 оспоравала пуноважност ове изјаве, могућност континуитета Југославије у УН и континуитет у чланство међународних уговора без ноте о сукцесији. О томе сведочи и одлука Суда из 2004. године која управо помиње константне протесте Хрватске у УН.²⁸ Тужена Србија је безуспешно указивала на неконзистентно понашање тужиоца: док је са једне стране тужила СР Југославију претпостављајући њено чланство у УН и Конвенцији о геноциду, она је управо овај статус члана УН и уговорнице у уговорима СФРЈ оспоравала унутар УН. Наиме, Хрватска је у десетак наврата у периоду од осам година, путем званичних циркуларних писама у различитим телима УН, оспоравала статус СРЈ као државе уговорнице у уговорима СФРЈ због непостојања посебно формализоване нотификације о сукцесији. Сви протести су били уложени након усвајања декларације и депоновања ноте од 27. априла 1992.²⁹ Србија овде указује управо на неконзистентно понашање тужиоца: „У својој тужби Хрватска, могло би се рећи и сасвим изненада и неочекивано, у потпуности игнорише своје раније понашање. Тако поступа, чини се, са намером“.³⁰

Међутим, Суд у својој одлуци из 2008. године уопште не помиње овакво поступање Хрватске нити одговара на аргументе о естопелу које је понудила Србија, што је могло и требало да послужи као одбрана од стратегије естопела Хрватске. Ако су једностранни акти и поступање туженог могли играти тако велику улогу приликом одлучивања о надлежности, Суд је морао исте такве аргументе туженог да узме у обзир. Овакав пропуст озбиљно подрива ауторитет одлуке из 2008. године, нарочито ако се има у виду да је у одлуци *Ле-*

²⁷ *Legality of the Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 2004, пресуда од 15. децембра 2004. године.

²⁸ *Ibid.*, ставови 61, 62, 68, 72.

²⁹ *Претходни приговори Србије*, ставови 3.81–3.88, доступно на интернет адреси: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14514.pdf> (31. јануар 2009. године); Записник са усмене расправе, CR 2008/8, 26. мај 2008, стр. 38–39, ставови 36–41, доступно на интернет адреси: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14514.pdf> (31. јануар 2009. године).

³⁰ Записник са усмене расправе, CR 2008/8, 26. мај 2008, 39, став 42.

галност употребе силе из 2004. године посебно навео протест Хрватске због депоновања једностране изјаве Југославије о прихватању надлежности Суда путем факултативне клаузуле.³¹ Суд, управо у спору са Хрватском, овај протест не помиње иако детаљно анализира различите парничне стратегије Србије из ранијих предмета и користити их као основ за своју одлуку. Неоправдано тумачење доктрине естопела истакао је и *ad hoc* судија Крећа: „Ово изгледа као изокренута теорија естопела у корист тужиоца“.³²

3.2. Естопел у међународној арбитражној пракси

Строгу испуњеност услова потврђује међународна судска и арбитражна пракса у оним ретким споровима у којима је доктрина естопела примењена као основ међународне одговорности државе. У том погледу може се навести недавно донета арбитражна одлука у предмету *Oko Pankki Oyj et al. v. Estonia*.³³ У основи спора налази се уговор о кредитирању закључен између естонског привредног предузећа у државној својини и финских банака који датира из периода Совјетског Савеза, тачније из 1988. године. Након осамостаљивања Естоније 1991. године, естонска влада доноси одлуку којом сва предузећа, организације и друга имовина СССР-а прелази у власништво државе Естоније. ЕСВА је било предузеће које се бавило производњом и прерадом рибе, својевремено у власништву совјетске државе, које прелази у власништво Естоније и бива трансформисано у акционарско друштво у државној својини. Оно и даље остаје самостално у доношењу пословних одлука, иако се у управном одбору налазе и представници владе. Почетком 90-тих година предузеће налази на економске потешкоће због којих од поверилаца тражи одлагање отплате и репрограмирање дуга. Банке су у почетку пристале, али су онда ипак затражиле наплату банкарских гаранција које су биле издате приликом закључивања уговора о кредиту. Током овог периода стране банке су биле у сталним преговорима са представницима владе и ресорних министарстава који су од њих захтевали да обуставе све судске поступке, укључујући и започети стечајни поступак, уз обећање да ће им Естонија гарантовати наплату банкарских гаранција. У светлу ових околности банке се одлучују на закључивање новог уговора о рефинансирању кредита, уз обећање дужника

³¹ *Legality of the Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, став 72; Протест који је упућен – *United Nations doc. A/53/992*.

³² Супротстављено мишљење *ad hoc* судије Креће уз пресуду у предмету *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, ICJ Reports 2008, Пресуда о претходним приговорима од 18. новембра 2008. године.

³³ *Oko Pankki Oyj et al v. Republic of Estonia*, ICSID case no. ARB/04/6, арбитражна одлука од 19. новембра 2007. године.

да неће продавати своју имовину и тиме очувати свој бонитет. Анекс уговора је и писмо ресорног министра које, иако формално не учествује у закључењу овог уговора, даје додатне гаранције за поштовање обавеза које Естонија има према страним банкама. Убрзо након тога влада Естоније доноси уредбу којом налаже продају већег дела имовине компаније ЕСВА. Пошто су банке сада потпуно осујећене у намери да наплате своје потраживање, одлучују се да туже Естонију за кршење билатералног инвестиционог споразума, где је један од основа одговорности био и естопел. Арбитражно веће констатује одговорност Естоније по овом основу посебно наглашавајући све битне елементе овог института: „У неколико наврата током преговора за време стечајног поступка против предузећа ЕСВА, представници туженог су дали обећања банкама да ће поштовати обавезе из банкарских гаранција и да ће их у потпуности платити. Коначно се ово обећање и формализовало у виду писма званичника *Sildmäe*. Порука туженог била је изричита: дуг на основу банкарских гаранција ће бити плаћен банкама. Ипак, ова обећања тужени није испунио“.³⁴ Арбитража закључује да се тужилац ослонио на дата обећања и то на своју штету: „У време закључивања уговора о репрограмирању дуга банке су се сасвим јасно ослониле на писмо *Sildmäe*. Преговори који су довели до закључења овог уговора су условљени стечајним поступком против предузећа Океан и ЕСВА, те су стечајни поступци против ових предузећа у Естонији и Финској обустављени управо због закључења овог уговора. Да уговор о репрограмирању дуга није био закључен банке би наставиле са судским поступцима који би им омогућили наплату потраживања; без *Sildmäe* писма банке не би уговор ни закључиле. Уговор је био главни уступак који су учиниле банке. Докази за овај закључак су више него бројни“.³⁵ Арбитража свој закључак заснива на битним елементима доктрине естопела: „Према мишљењу Трибунала, имајући у виду околности у којима је писмо дато, његов садржај представља јасно и недвосмислено представљање које је тужени дао банкама услед чега су банке могле разумно и оправдано очекивати, што су и учиниле, да ће дуг на основу кредита бити коначно и плаћен од стране предузећа Океан по упутству његовог управног одбора, односно туженог“.³⁶

Естопел се често користи у представкама страна у међународним поступцима, али се врло ретко примењује као основ одговорности држава. Претходни пример је један од ових ретких случајева. Његова важност и занимљивост је и у томе што, будући да је реч о инвестиционој арбитражи, естопел служи и као начин приписивања акта држави услед понашања државе уз приватна лица или преко

³⁴ *Ibid.*, став 103.

³⁵ *Ibid.*, став 270.

³⁶ *Ibid.*, став 263.

приватних лица. Овај начин употребе естопела у међународним инвестиционим арбитражама видљив је и у предмету *Kardassopoulos v. Georgia*.³⁷ Иако је предмет спора комерцијални уговор између компаније, коју је основала држава управо у сврху закључења концесионог споразума, и страног улагача, арбитражно веће проналази елементе естопела и у другим околностима овог правног посла на основу чега приписује ове акте држави као део њеног обећања: „Према мишљењу Трибунала, тужени не може избећи изјаве и гаранције наведене у оснивачком акту компаније у уговору о концесији позивајући се на ништавост ових аката према унутрашњем праву Грузије. Обећања која је тужени добио у вези са пуноважношћу оснивачког акта и концесије дала је сама влада и, у неколико наврата, највиши званичници Грузије (између осталих и председник Гамсакурдија, председник Шеварнадзе, премијер Сигуа и премијер Гугушвили) су директно учествовали у преговорима око оснивања компаније и закључења концесије. Трибунал указује и на чињеницу да је овај споразум потписало и Министарство енергетике, орган Републике Грузија“.³⁸

У предметима у којима је естопел примењен, међународни судови и арбитраже захтевају обећање, признање или неку другу изјаву којом се јасно и недвосмислено другој страни ставља у изглед неко право или корист. Овде се таква изјава, која може конституисати *estoppel by representation* и *promissory estoppel*, најчешће изводи из збира аката, те се скоро никад не ослања на један изолован случај. Тиме је задатак доказивања тежи за страну која се на естопел позива, било да је реч о тужиоцу који жели за себе конституисати утуживо право или за туженог који се путем естопела жели одбранити од захтева. У свим предметима у којима судови разматрају естопел захтева се и да је страна која трпи штету због тога што се на изјаве ослонила, то учинила сасвим разумно и оправдано. Од испуњености свих ових услова зависиће и да ли ће доћи до примене естопела.

3.3. Естопел у пракси Европског суда за људска права

Европски суд за људска права примењује теорију преклузивног процесног естопела услед којег је држава спречена да истиче приговоре након рока за улагање претходних приговора и окончања претходног поступка. Европски суд за људска права прихвата естопел само у овом сегменту поступка где претпоставља да се пропустом истицања приговора држава сложила са чињеницом да препреке за вођење мериторног поступка не постоје. Процесни естопел Европски суд за људска права први пут примењује у предмету *Барбера*,

³⁷ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, арбитражна одлука од 6. јула 2007.

³⁸ *Ibid.*, став 191.

Месеге и Хабардо против Шпаније.³⁹ Суд закључује да је приговор искоришћености локалних правних лекова тужена држава изнела након окончаног поступка пред Комисијом и да је такав приговор на основу естопела недопуштен.⁴⁰ У сличним околностима предмета *Грчке рафинерије и Стратис Андреадис*,⁴¹ Суд долази до истог закључка и одбија претходни приговор тужене државе на основу естопела.⁴²

Европски суд за људска права не користи естопел као основ конституисања материјалноправне обавезе, што је разумљиво ако се има у виду да су све постојеће обавезе дефинисане Европском конвенцијом о заштити људских права којом је ограничена и стварна надлежност Суда. Естопел се користи као преклузивни приговор несавесности против накнадног истицања приговора пропуштених у предвиђеном року. Естопелом се, заправо, констатује прећутни пристанак на процесно релевантну ситуацију. Ова чињеница не ограничава сâм Европски суд да по службеној дужности покрене питање које припада категорији претходних питања, што он може учинити у било којој фази поступка. Управо је питање закаснелог приговора, доктрине естопела и права Суда да ово питање покрене *proprio motu* било предмет расправе у предмету *Блечић против Хрватске*.⁴³ Суд закључује да доктрина естопела не омета Суд у примени чл. 35, ст. 4 Европске конвенције који га овлашћује да о свим питањима допуштености води рачуна током целог поступка:

„63. Суд указује на то да приговор недопуштености услед непостојања надлежности *ratione temporis* тужена држава није истакла у претходном поступку. Ипак, првостепено веће је самоиницијативно одлучило о питању надлежности у својој

³⁹ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, Пресуда Европског суда за људска права од 6. децембра 1988, представка бр. 10590/83.

⁴⁰ „На основу података којима располаже Суд јасно је да се држава није раније позивала на поменућу одредбу чл. 648. пред Комисијом, осим што је навела да се она не може применити у овом предмету. Ипак, на држави је терет да укаже довољно јасно на које је правне лекове мислила и да докаже да су они и постојали; у погледу овог питања терет није на телима Конвенције да самостално исправљају недостатке или нејасноће у аргументима тужених држава (видети пресуду *Bozano* од 18. децембра 1986. године, Series A no. 111, р. 19, пара. 46). Према томе, овде се примењује естопел у односу на овај претходни приговор.“ *Ibid.*, став 56.

„У поступку пред Комисијом држава није поменула ниједну од ове три одредбе, иако им је Комисија проследила кратак преглед чињеница који је садржао и наводе у погледу околности и последица трансфера тужиоца из Барселоне у Мадрид. Овде се, дакле, примењује естопел.“ *Ibid.*, став 63.

⁴¹ *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Пресуда Европског суда за људска права од 9. децембра 1994. године. Представка бр. 13427/87.

⁴² *Ibid.*, ставови 35–36.

⁴³ *Blečić v. Croatia*, Пресуда Европског суда за људска права (Велико веће) од 8. марта 2006. године. Представка бр. 59532/00.

одлуци о допуштености сматрајући да је реч о питању које захтева решавање. Тужена држава је први пут истакла приговор ненадлежности *ratione temporis* у свом одговору пред Великим већем. Тужени није од Суда тражио да одбије претходни приговор на основу Правила 55. Правила Суда, према којем „сваки приговор недопуштености тужена држава уговорница мора истаћи писмено или усмено у свом одговору на допуштеност тужбе“.

64. Према томе, поставља се питање да ли је тужена држава на основу естопела спречена да истиче претходни приговор у овој фази поступка.

65. Суд подсећа да Велико веће није спречено у одлучивању о допуштености тужбе на основу чл. 35, став 4. Конвенције, пошто ова одредба омогућава Суду да тужбу одбаци ако установи њену недопуштеност „у било којој фази поступка“. Према томе, чак и у меритуму, Суд може поново разматрати одлуку о допуштености ако нађе да је недопуштеност могла бити установљена по било ком основу из првог става члана 35. Конвенције⁴⁴.

4. Естопел као једностранни акт државе

Занимљиво је да Правила о одговорности држава из 2001. године⁴⁵ не помињу изричито естопел. Разлог се може наћи и у чињеници да ова Правила, која се сматрају обичајним правним правилима међународног права, дефинишу само секундарна правила и на општи начин одређују противправност и приписивост аката држави, тако да се правила о естопелу могу подвести под постојећа правила. Са друге стране, естопел говори и о начину на који држава конституше обавезу за себе и на тај начин више припада зони примарних правила. Потврду за ово тумачење можемо пронаћи у чл. 12 Правила о одговорности држава и званичном коментару уз овај члан. Члан 12 (Постојање кршења међународне обавезе) гласи: „Кршење међународне обавезе државе постоји када акт те државе није у складу с условима које та обавеза намеће независно од њеног порекла или природе.“ Коментар посебно истиче општост ове одредбе: „Потребно је прво напоменути шта се подразумева под кршењем међународне обавезе. То и јесте сврха члана 12 који дефинише на најопштији могући начин шта чини кршење међународне обавезе од стране држа-

⁴⁴ *Ibid.*, ставови 63–65, оригинални извори изостављени.

⁴⁵ Правила о одговорности државе за међународно противправне акте (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, Official Records of the General Assembly*), 56. заседање, Додатак бр. 10 (A/RES/56/10), усвојена у форми резолуције Генералне скупштине УН 12. децембра 2001. године, доступна на интернет адреси: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (31. јануар 2009. године).

ве.⁴⁶ Према томе, имајући у виду отклон који Правила о одговорности државе имају у односу на примарна правила међународног права, разумљиво је да се естопел, без обзира колико често коришћен у пракси, односно без обзира колико често се на њега парничне стране позивају, не налази своје место у овом тексту. Ипак, Коментар уз чл. 12 наглашава последњи део ове одредбе, „независно од порекла обавезе и њене природе“ и истиче да обавеза може настати на различите начине, укључујући и једностране акте: „[Правила] се примењују на све међународне обавезе државе без обзира на њихово порекло. Међународне обавезе могу настати путем обичајног правног правила, међународног уговора или на основу општег правног начела које се примењује у међународном правном поретку. Државе могу преузети обавезе и путем једностранних аката.“⁴⁷ Пошто се естопел може сврстати и у једностране акте и једнострано преузете обавезе, јасно је да се чл. 12 индиректно односи и на овај институт, иако се он експлицитно не помиње.

У том контексту Комисија УН за међународно право помиње и најпознатији пример једнострано конституисаних обавеза из праксе Међународног суда правде, који је ипак довољно другачији од естопела да би се са њим могао изједначити. Наиме, реч је о предмету *Нуклеарних проба* (Аустралија против Француске, Нови Зеланд против Француске).⁴⁸ Суд је овде прихватио могућност једностраног конституисања обавезе за државу путем једностраног акта: „Опште је прихваћено да декларације које су учињене једнострано, а односе се на одређену правну или чињеничну ситуацију, могу створити правне обавезе. Овакве декларације могу бити, а често и јесу, веома специфичне. Када држава има намеру да се обавезе у складу са својом изјавом, тада таква намера изјави даје карактер правне обавезе, те држава тако постаје обавезна да поступа у складу са декларацијом. Обавеза ове врсте, ако је дата јавно и са намером да се њоме буде обавезан, чак и ако није учињена у контексту међународних преговора, јесте обавезујућа. У таквим околностима није потребна никаква накнадна сагласност на декларацију, нити одговор или реакција других држава да би декларација производила правно дејство, јер би овај додатни услов био супротан једностраној природи правног акта који је произвела држава.“⁴⁹

Оно што овако преузету обавезу разликује од естопела *stricto sensu* је чињеница да је обећање дато *erga omnes*, односно *urbi et*

⁴⁶ *Ibid.*, 54, коментар уз чл. 12, пара. (1).

⁴⁷ *Ibid.*, 55, коментар уз чл. 12, пара. (3).

⁴⁸ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, ICJ Reports 1974, пресуда од 20. децембра 1974, 253; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, ICJ Reports 1974, пресуда од 20. децембра 1974, 457.

⁴⁹ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, став 43.

orbi, те за утуживост овакве обавезе није потребно да се оштећена страна ослони на тако дато обећање, што је неопходан услов за постојање естопела.⁵⁰

Естопел, дакле, представља једну врсту једностраних аката, али је свакако другачије природе од општег појма једностраних аката. Он у себи садржи и специфичан начин конституисања примарне обавезе, али делимично и правила секундарног карактера које се одnose на приписивање акта и одговорност државе. Овакав закључак се може извести и из једног другог акта Комисије УН за међународно право који је искључиво посвећен једностраним актима (што делимично може објаснити и изостанак естопела из Правила о одговорности државе Комисије УН за међународно право из 2001. године).⁵¹ Нацрт правила о једностраним актима је још увек у фази израде, те се они још увек морају узети са резервом. У последњој верзији ових правила из 2006. године, која су усвојена под називом *Оквирна начела*, Комисија је под једностране акте, чини се, увела и естопел. Поједина одређења обавезујућих једностраних аката упућују на елементе естопела. Тако, већ у преамбули, Оквирна начела наводе: „Имајући у виду да понашање које може правно обавезати државу може бити у форми званичне декларације или само неформалног понашања које, у одређеним случајевима, укључује и прећутну сагласност, на које се друге државе могу разумно ослонити.“⁵² Такође, прво начело садржи и следеће одређење: „(...) Када су испуњени сви остали услови, обавезујући карактер ових изјава се заснива на доброј вери; друге државе тада ове изјаве могу узети у обзир и на њих се ослонити; ове државе су тада овлашћене да захтевају извршење овако насталих обавеза.“⁵³

5. ЗАКЉУЧАК

Естопел у међународном праву постоји као један од начина настанка обавезе и тако као један од могућих основа међународне одговорности државе. Естопел по представљању, који је најчешћи облик овог института, постоји уколико једна страна јасним и недвос-

⁵⁰ Поједини аутори сматрају да је овде заправо реч о усменом међународном уговору, а не једностраном акту државе. Вид. С. Ђорђевић, „Кодификација права међународних уговора“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 70–71.

⁵¹ *Report of the International Law Commission, 58th session, General Assembly Official Records, 61st session, Supplement No. 10 (A/61/10), Chapter IX (Unilateral Acts of States)*, 362–382, доступно на интернет адреси <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm> (31. јануар 2009).

⁵² *Ibid.*, 368.

⁵³ *Ibid.*

мисленим чињењем или изјавама доведе другу страну у уверење услед којег ова промени свој став или понашање ризикујући штету због такве промене. Изјаве које је дала друга страна представљају основне обавезе и истовремено је ограничавају у давању других изјава или стицању супротних права. Естопел се у судском поступку може користити двојако, као основ тужбеног захтева или као приговор одбране. Ако оштећена држава сматра да је претрпела штету због тога што одговорна држава није поштовала обавезу конституисану естопелом, тада оштећеној држави као тужиоцу естопел даје утуживо право и представља њен тужбени захтев. Ако тужена држава сматра да се тужилац понашао недоследно, она тада може истаћи естопел као приговор недоследности чиме се покушава осујетити право на тужбени захтев тужиоца. Естопел се најчешће и најуспешније користи управо као приговор одбране. Естопел се може квалификовати и као једностранни акт државе, иако има низ специфичности у односу на општи појам једностранних аката у међународном праву. Значај естопела у међународној судској и арбитражној пракси је несумњив имајући у виду учесталост његове употребе у међународним поступцима.

Sanja Đajić, PhD

Associate Professor

University of Novi Sad Faculty of Law

REMARKS ON ESTOPPEL IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The article offers the analysis of the theory of estoppel in international law. Estoppel may create an international obligation for a state and as such can be a ground for its international responsibility. Estoppel by representation exists if there is a statement or representation made by one party to another and if the other party relied on this representation to his detriment or to the advantage of the party making it. Such a representation must be clear and unequivocal which can reasonably lead another party to change its position on its own detriment. The author points that estoppel has a dual function in international proceedings through the case law of international courts and arbitrations. To this end the author provides an overview of cases of the International Court of Justice (*Serbian Loans, Diversion of Water from the Meuse Nicaragua, El Salvador Honduras Frontier Dispute, Nuclear Tests*) with special reference to and cri-

tical review of the recent preliminary objection judgment of the ICJ in the *Genocide* case between Croatia and Serbia, as well as the case law of the European Court for Human Rights and international arbitrations (ICSID arbitration). The author also refers to the work of the International Law Commission in the field of unilateral acts and state responsibility. Estoppel may be used as the objection of a defence or as the rule of substantive law creating an obligation for the opposing party and thereby creating the right for the applicant. It seems that estoppel has been widely recognized as an effective defence objection against the inconsistent behaviour of the claimant. Estoppel is also a specific type of unilateral act of state.

Key words: *Estoppel. – Estoppel by representation. – Unilateral acts of states. – Promise. – Objection.*

Мр Угљеша Грушић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

РИМ II УРЕДБА (РЕГУЛАТИВА) ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ВАНУГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ

Од 11. јануара 2009. године судови држава чланица Европске уније су у обавези да примењују Уредбу Парламента и Савета Европске уније бр. 864/2007 о меродавном праву за вануговорне обавезе (Рим II), која је донета 11. јула 2007. године. Овом Уредбом су уједначена правила држава чланица ЕУ о одређивању меродавног права за вануговорне обавезе које настају из деликта, стицања без основа, пословодства без налога и одговорности за штету у току преговора. Она заједно са Брисел I Уредбом о надлежности и признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима и Рим I Уредбом о меродавном праву за уговорне обавезе, представља кодификацију правила међународног приватног права за облигационе односе на нивоу ЕУ. Овај чланак анализира одредбе Рим II Уредбе, указује на неке проблеме који могу настати у њеној примени, и у закључку предлаже да српски законодавац узме њена решења у обзир приликом реформе колизионих норми у овој области.

Кључне речи: *Меродавно право за вануговорне обавезе. – Рим II Уредба. – Право Европске уније.*

Парламент и Савет Европске уније донели су 11. јула 2007. године Уредбу бр. 864/2007 о меродавном праву за вануговорне обавезе (Рим II),¹ којом је уједначено колизионо право држава чланица у овој области. Доношењем Уредбе окончан је рад на унификацији колизионих норми за облигационе односе у ЕУ, који је започет почетком 70-их година прошлог века.²

¹ ОЈ 2007 L199/40 (у даљем тексту Уредба или Рим II Уредба).

² Већ 1967. године владе земаља Бенелукса су доставиле предлог Комисији Европске заједнице за унификацију одређених правила међународног приватног права. Тај предлог је 1972. године резултирао доношењем нацрта Конвенције о меродавном праву за уговорне и вануговорне обавезе, који, међутим, никад није био усвојен. Уместо унификације меродавног права за уговорне и вануговорне обавезе, постигнута је сагласност о унификацији колизионих правила за уговорне односе и

У овом чланку биће изложена основна правила Уредбе, с указивањем на неке проблеме који у њеној примени могу настати. Први део ће бити посвећен најзначајнијим општим правилима, заједничким свим колизионим нормама садржаним у Уредби (тумачење, поље примене, универзална примена Уредбе, искључење *renvoi*, питања на која се меродавно право примењује, јавни поредак, норме непосредне примене, правила о безбедности и понашању);³ други део ће се бавити правилима о избору меродавног права за деликте (опште правило и посебна правила за поједине врсте деликата); у трећем делу ће бити изложена правила о избору меродавног права за остале облике вануговорне одговорности (стицање без основа, пословодство без налога (*negotiorum gestio*) и одговорност за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*)); четврти део ће указати на могућност странака да изаберу меродавно право за вануговорне обавезе; пети део ће садржати закључна разматрања.

1. ОПШТА ПРАВИЛА

Основни циљ Уредбе јесте повећање предвидљивости исхода грађанских поступака који се тичу вануговорне одговорности и побољшање правне сигурности приликом одређивања меродавног права и слободног протока судских одлука. Ради остварења наведеног циља било је неопходно уједначити колизиона правила за вануговорне обавезе.⁴ Ако би национални судови на различите начине тумачили и примењивали основне појмове и правила који су садржани у Уредби, промовисани циљ би било немогуће достићи. Зато је неопходно аутономно тумачити основне појмове, као што је, на пример, појам вануговорне обавезе,⁵ имајући такође у виду потребу да

донета је 1980. године Конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе од 9. октобра 1980. године, објављена у ОЈ 1980 L266/1, ступила на снагу 1. априла 1991. године (у даљем тексту: Римска конвенција). Рад на даљој унификацији колизионих правила за облигационе односе је настављен у другој половини 90-их година и коначно је довео до усвајања Рим II Уредбе. Поред тога је извршена ревизија Римске конвенције и она је преточена у Рим I Уредбу бр. 593/2008 о праву меродавном за уговорне обавезе, која је донета 17. јуна 2008. године, објављена у ОЈ 2008 L177/6, а примењиваће се од 17. децембра 2009. године на уговоре закључене након овог датума.

³ Неће бити изложена правила из чл. 18 (непосредна тужба против осигуравача одговорног лица), чл. 19 (суброгација), чл. 20 (заједничка одговорност) и чл. 21 (формална пуноважност).

⁴ Тач. 6 преамбуле Уредбе; први предлог Комисије Европске заједнице са меморандумом у коме су изложени разлози за доношење Уредбе и објашњење њених одредаба (у даљем тексту: Меморандум Комисије) од 22. јула 2003, СОМ (2003) 427, ОЈ 2004 С96/8, стр. 4–6.

⁵ Тач. 11 преамбуле Уредбе. Вид. и тач. 23, 24, 26, 30 преамбуле.

тумачење буде у складу са инструментима којима се унификује остатак материје међународног приватног права на нивоу ЕУ (нарочито питања надлежности и одређивања меродавног права за уговорне обавезе).⁶ Униформност се постиже и тиме што Европски суд правде има надлежност да пружи обавезујућа тумачења одредаба Уредбе када му се за то обрате надлежни национални судови држава чланица.⁷

Уредба се примењује у свим државама чланицама ЕУ са изузетком Данске,⁸ и то у поступцима започетим након 11. јануара 2009. године,⁹ а на догађаје који су проузроковали вануговорне обавезе који су се одиграли након 19. августа 2007. године, датума ступања на снагу Уредбе.¹⁰ Она се примењује на случајеве у којима се поставља питање одређивања меродавног права за вануговорне обавезе у грађанским и трговачким стварима.¹¹ Питање одређивања меродавног права између права различитих држава¹² се поставља у случајевима који садрже релевантни страни елемент. Вануговорне обавезе обухватају обавезе које произлазе из деликата, стицања без основа, пословодства без налога (*negotiorum gestio*) и одговорности за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*).¹³ Такође, Уредба се примењује и на одређивање меродавног права за вануговорне обавезе за које је вероватно да ће настати (на пример, поводом захтева за доношење привремене мере којом би се спречила штета која би могла бити проузрокована неким актом).¹⁴ Уредба се неће примењивати на

⁶ Тач. 7 преамбуле Уредбе. Питање надлежности је регулисано Уредбом Савета бр. 44/2001 од 22. децембра 2000. године о надлежности и признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима, објављена у ОЈ 2001 L12/1 (у даљем тексту: Брисел I Уредба). Питање одређивања меродавног права је регулисано Римском конвенцијом, која је замењена Рим I Уредбом.

⁷ Чл. 68 и 234 Уговора о успостављању Европске заједнице.

⁸ Чл. 1, ст. 4; тач. 40. преамбуле Уредбе.

⁹ Чл. 32.

¹⁰ Чл. 31. Вид. чл. 254, ст. 1 Уговора о успостављању Европске заједнице, консолидована верзија објављена у ОЈ 2006 C321E/1, који садржи опште правило о ступању на снагу инструмената које доносе органи ЕУ. Вид. L. Colins (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, London 2006¹⁴, 35–168; И. Кунда, „Уредба Рим II: уједначена правила о праву мјеродавног за извануговорне обавезе у Европској унији“ *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 28/2007, 1269, 1279. Упор. J. Fawcett, J. Carruthers, *Private International Law*, Oxford University Press, Oxford 2008¹⁴, 775.

¹¹ Чл. 1, ст. 1.

¹² За потребе одређивања меродавног права по правилима Уредбе, под појмом државе подразумева се сваки од правних система унутар државе са сложеним правним системом, који садржи посебна правила о вануговорним обавезама – чл. 25.

¹³ Чл. 2, ст. 1.

¹⁴ Чл. 2, ст. 2, 3.

пореске, царинске или управне ствари, нити на одговорност државе за акте или пропусте учињене у вршењу суверене власти.¹⁵ Из поља примене Уредбе су искључене и одређене грађанске и трговачке ствари:¹⁶ а) вануговорне обавезе које настају из породичних односа и односа који, по праву меродавном за те односе, имају слична дејства (на пример, односи у ванбрачној заједници), укључујући обавезе издржавања;¹⁷ б) вануговорне обавезе које настају из брачно-имовинских односа и имовинских односа из заједница које, по праву меродавном за те заједнице, имају слична дејства браку, као и на вануговорне обавезе које настају поводом тестамената и наслеђивања; в) вануговорне обавезе које настају поводом меница, чекова и осталих негоцијабилних инструмената, у мери у којој обавезе по тим осталим инструментима произлазе из њиховог својства негоцијабилности; г) вануговорне обавезе које произлазе из права трговачких друштава или других правних лица, а које су везане за настанак, способност, унутрашњу организацију или престанак трговачких друштава или других правних лица, одговорност одговорних лица и чланова за обавезе друштва или правног лица и одговорност ревизора према друштву или његовим члановима у вези са обавезном ревизијом финансијских извештаја; д) вануговорне обавезе које настају поводом односа у добровољно успостављеном трасту; њ) вануговорне обавезе које настају из нуклеарне штете; е) вануговорне обавезе које настају поводом повреде приватности и права везаних за личност, укључујући увреду и клевету. Поред тога, Уредба се не примењује на питања доказивања и поступка.¹⁸

Да би се применила Уредба није неопходно да су чињенице случаја на неки начин повезане са ЕУ. Једино је битно да се спор решава пред судом државе чланице.¹⁹ Право које је одређено правилима Уредбе као меродавно примењује се без услова реципроцитета. Другим речима, право на које је указала колизиона норма из Уредбе примениће се без обзира да ли је оно право државе која је чланица ЕУ или треће државе.²⁰

Искључена је примена установе *renvoi*, ради постизања веће правне сигурности.²¹ Када колизионе норме из Уредбе упуте на пра-

¹⁵ Чл. 1, ст. 1. Вид. тач. 9 преамбуле Уредбе у којој се наводе примери захтева који произлазе из *acta iure imperii*.

¹⁶ Чл. 1, ст. 2.

¹⁷ Вид. тач. 10 преамбуле Уредбе.

¹⁸ Чл. 1, ст. 3.

¹⁹ Меморандум Комисије, 9, 10.

²⁰ Чл. 3.

²¹ Меморандум Комисије, 28.

во неке државе, суд треба да примени супстантивна правила која су на снази у тој држави, и избегне примену колизионих норми тог права.²²

Право које је одређено као меродавно по правилима Уредбе примениће се нарочито на следећа питања: а) основ и обим одговорности; б) основи искључења одговорности, ограничење одговорности и подела одговорности; в) постојање, природа и процена штете или других захтева; г) мере које суд може донети да би спречио или окончао повреду или штету или осигурао накнаду, у оквиру овлашћења датог суду процесним правом државе суда; д) питање да ли је право да се захтева накнада штете или постави други захтев преносиво, односно наследиво; ђ) лица које имају право на накнаду штете коју су претрпела као последицу повреде која је другом нанета (на пример, право удовице, односно детета да захтевају накнаду штете због смрти мужа, односно оца); е) одговорност за другога; ж) начин на који обавеза може да се угаси и правила о застарелости и преклузији укључујући правила о почетку, застоју и прекиду рока застарелости или преклузивног рока.²³ Ова листа није искључива и могуће је да меродавно право да одговор и на нека друга питања која се могу поставити. Важно је напоменути да се меродавно право за вануговорну обавезу примењује и на питање деликтне способности.²⁴ Правила меродавног права која се тичу терета доказивања и којима се прописују правне претпоставке такође се примењују.²⁵

Суд може у изузетним ситуацијама одбити примену правила меродавног права само уколико је њихова примена очигледно противна јавном поретку форума.²⁶ Као пример ситуације у којој је оправдано применити установу јавног поретка Уредба наводи одбијање примене правила меродавног права о тзв. казненој одштети (*exemplary* или *punitive damages*) у одговарајућим околностима конкретног случаја и у зависности од правног поретка државе суда, будући да је њихова сврха да се казни штетник, а не да се обештети оштећени.²⁷

²² Чл. 24.

²³ Чл. 15. Вид. Меморандум Комисије, 23, 24.

²⁴ Ово правило је изнето у тач. 12. преамбуле, а не и изрчито у самом тексту Уредбе. Поређења ради, меродавно право одређено Рим I Уредбом или Римском конвенцијом за уговорне обавезе се не примењује на питања статуса или способности физичких лица [чл. 1, ст. 2, т. (а)] – меродавно право за ова питања се одређује применом националних колизионих норми. Постоји мишљење да ово може довести до проблема у тумачењу пошто се сматра да је мало вероватно да је европски законодавац желео различита решења у зависности од тога да ли је извор облигације уговорне или вануговорне природе – A. Rushworth, A. Scott, „Rome II: Choice of law for non-contractual obligations“, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 3/2008, 274, фн. 20.

²⁵ Чл. 22, ст. 1.

²⁶ Чл. 26.

²⁷ Тач. 32 преамбуле Уредбе.

Суд увек има право да, независно од колизионе технике, примени норму непосредне примене форума.²⁸ Уредба не садржи правило аналогно члану 9, ст. 3 Рим I Уредбе, односно чл. 7, ст 1. Римске конвенције, које дозвољава давање дејства нормама непосредне примене треће државе (тј. која није држава форума и чије право није меродавно у конкретном случају).

Без обзира на то које је право одређено као меродавно, суд треба да узме у обзир правила о безбедности и понашању која су на снази у време када и на месту у коме се штетни догађај догодио (уколико право државе где се налази то место није одређено као меродавно). Ова правила се узимају у обзир као чињенице приликом оцене понашања одговорног лица.²⁹ По природи ствари, ова правила ће се најчешће узимати у обзир у случајевима вануговорне одговорности која произлази из деликта (на пример, приликом одређивања одговорности лица које је проузроковало штету возилом неопходно је утврдити да ли је оно поштовало саобраћајна правила која су на снази у држави где се штетни догађај догодио³⁰).

2. МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ДЕЛИКТЕ

Правила о одређивању меродавног права за деликте садржана су у другом делу Уредбе. Она најпре прописују опште правило за одређивање меродавног права и изузетке од општег правила, а затим посебна правила за одређивање меродавног права за поједине врсте деликата настале поводом одговорности за производе, нелојалне конкуренције и аката којима се ограничава слободна конкуренција, штете нанете животној средини, повреде права интелектуалне својине и штете проузроковане штрајком или локаутом. Ова правила се примењују само уколико странке нису изабрале меродавно право.³¹ Међутим, могућност избора меродавног права је изричито искључена за деликте настале поводом нелојалне конкуренције и аката којима се ограничава слободна конкуренција³² и за вануговорне обавезе настале поводом повреде права интелектуалне својине.³³

²⁸ Чл. 16.

²⁹ Чл. 17.

³⁰ Вид. одговарајући чл. 7 Хашке конвенције о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде од 4. маја 1971. године и чл. 9 Хашке конвенције о меродавном праву за одговорност за производе од 2. октобра 1973. године.

³¹ Вид. део 4.

³² Чл. 6, ст. 4. Ова забрана уговарања меродавног права се може правдати тиме да се чл. 6 тиче питања која се не тичу само индивидуалних интереса странака, већ и општих интереса (заштита конкуренције, потрошача и опште јавности и осигурање неометаног функционисања тржишта).

³³ Чл. 8, ст. 3.

2.1. Опште правило

Општим правилом је прописано да је право меродавно за обавезу која настаје из деликта право државе у којој је настала штета, без обзира на то где се штетни догађај догодио и где су наступиле посредне последице тог догађаја.³⁴ Дакле, меродавно је право државе где је настала непосредна штета, а право оне државе где је штетна радња предузета или где је настала посредна штета се не примењују. Од овог општег правила постоје два изузетка.³⁵ Уколико одговорно лице и оштећени имају уобичајено боравиште у истој држави у време када је настала штета, право те државе ће бити меродавно.³⁶ Међутим, уколико је јасно из свих околности случаја да је деликт очигледно ближе повезан са државом која није она на коју упућују претходна правила (из ст. 1 и 2), право те државе ће бити меродавно.³⁷ По мишљењу писаца Уредбе оваква правила представљају прави баланс између правне сигурности и флексибилности која је неопходна за остваривање правде у појединачним случајевима.³⁸

Опште правило суштински прописује примену *lex loci delicti commissi*, као општеприхваћеног решења у свим државама чланицама. Да би се избегла правна несигурност у случајевима сложених деликата, где се места предузимања штетне радње и настанка штетне последице налазе у различитим државама, ово правило је конкретизовано тиме што се прописује примена права државе у којој је наступила непосредна штета (*lex loci damni*). Права држава у којима се штетни догађај одиграо и где су посредне последице тог догађаја наступиле се занемарују. Стога централно место приликом примене ове одредбе заузима разликовање између непосредне и посредне штете – само право оне државе где је непосредна штета наступила може бити меродавно.

Међутим, Уредба не говори које место треба сматрати местом где је непосредна штета наступила. Само је поменуто да у случају nanoшења повреде или оштећења ствари, место где је повреда нанета и место где се ствар налазила у тренутку оштећења треба сматрати местом где је непосредна штета наступила.³⁹ На пример, у случају

³⁴ Чл. 4, ст. 1.

³⁵ У државама чланицама у којима је Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде од 4. маја 1971. године на снази (Аустрија, Белгија, Летонија, Литванија, Луксембург, Пољска, Португалија, Словачка, Словенија, Француска и Шпанија) и даље се примењују одредбе ове конвенције у складу са чл. 28 Уредбе.

³⁶ Чл. 4, ст. 2.

³⁷ Чл. 4, ст. 3.

³⁸ Тач. 14, 16 преамбуле Уредбе.

³⁹ Вид. тач. 17 преамбуле Уредбе.

штете проузроковане саобраћајним удесом, релевантно је место где је непосредна штета наступила (тј. место судара), а није релевантно место где је доцније претрпљена посредна имовинска или неимовинска штета (на пример, трошкови лечења, неимовинска штета услед наружења или оштећења дела тела и сл.).⁴⁰ Ово правило је разумљиво, будући да би друкчије тужилац избором државе где ће да се лечи или трпи неку другу посредну штету могао једнострано издејствовати примену права те државе.

Приликом разликовања непосредне и посредне штете значајан путоказ могу пружити критеријуми који су успостављени у контексту примене чл. 5, ст. 3 Брисел I Уредбе. Овај члан прописује да је у стварима које се тичу деликата надлежан суд државе у којој се штетни догађај догодио или би се могао догодити. Од нарочите користи могу бити два случаја Европског суда правде који се баве овом одредбом: *Dumez France SA and Tracoba SARL v. Hessische Landesbank and others*⁴¹ и *Antonio Marinari v. Lloyds Bank Plc and Zubaidi Trading Company*.⁴² Први случај се тичао зајма које су тужене банке из Немачке дале једној немачкој компанији, која је ангажовала, као подизвођаче, немачке филијале тужилаца из Француске. Тужени су отказали зајам, што је довело до банкротства немачких филијала, а чиме је такође проузрокована штета тужиоцима. Суд је одлучио да немачки судови имају надлежност по чл. 5, ст. 3 Бриселске конвенције⁴³ (који је идентичан одредби из чл. 5, ст. 3 Брисел I Уредбе), будући да је за сврху те одредбе једино релевантно „место где је штетни догађај, из којег је настала деликтна или квазиделиктна одговорност, непосредно проузроковао штетна дејства лицу које је непосредно оштећено тим догађајем.“⁴⁴ Посредна штета коју су претрпели француски тужиоци (матично друштво непосредно оштећеног лица) је, дакле, била ирелевантна. У другом случају италијански тужилац је депоновао менице у енглеску банку која је посумњала у њихово порекло, одбила да их врати тужиоцу и обратила се полицији, што је довело до хапшења тужиоца. Тужилац је тужио енглеску банку пред италијанским судом позивајући се на чл. 5, ст. 3 Бриселске конвенције, тврдећи да је штета довела до смањења његове имовине у Италији. Суд је стао на становиште да је релевантна штета настала у Енглеској, а не у Италији, нашавши да је имовинска штета у једној држави

⁴⁰ Вид. Меморандум Комисије, 11.

⁴¹ (Случај C–220/88) [1990] I ECR 49.

⁴² (Случај 364/93) [1995] I ECR 2719.

⁴³ Бриселска конвенција од 27. септембра о надлежности и извршењу судских пресуда у грађанским и трговачким стварима из 1968, објављено у [1978] OJ C 221/2 (у даљем тексту: Бриселска конвенција).

⁴⁴ (Случај C–220/88) [1990] I ECR 49, т. 20. Вид. такође случај 21/76 *G. J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA* [1976] ECR 1735.

која је настала као последица непосредне штете која је настала у другој држави ирелевантна.⁴⁵ Међутим, треба имати у виду да су ове одлуке донете у контексту одлучивања о постојању посебне надлежности судова држава чланица и да су обзири о којима се том приликом води рачуна различити од оних приликом одређивања меродавног права. Може се очекивати да ће разграничење непосредне и посредне штете, као и значај разликовања између лица која су посредно и непосредно оштећена, довести до проблема у примени Уредбе.

Уколико непосредна штета једног те истог штетног догађаја настане у неколико држава, треба кумулативно применити права свих тих држава и то тако што ће се право сваке државе применити на питања која се постављају поводом штете која је у тој држави настала, без обзира да ли је штету претрпео један тужилац или више њих (тзв. *Mosaikbetrachtung* у немачком праву).⁴⁶ Међутим, уколико је оправдано применити једно право на сва питања која се код таквог деликта постављају, то се може постићи помоћу тзв. клаузуле изузетка.

Примена првог изузетка из чл. 4, ст. 2 (примена права државе заједничког уобичајеног боравишта одговорног лица и оштећеног у време настанка штете) не би требало да доведе до проблема у пракси. Појам уобичајеног боравишта физичких лица није аутономно дефинисан, те се примењују различита национална схватања. Међутим, уколико физичко лице дела у оквиру своје привредне активности, уобичајеним боравиштем се сматра његово главно место пословања.⁴⁷ Уобичајено боравиште привредног друштва или другог правног лица јесте место главне управе.⁴⁸ Уколико штетни догађај наступи, или штета настане, у току пословања огранка, заступништва или неког другог облика пословања, место где се налази огранак, заступништво или други облик пословања ће се сматрати местом уобичајеног боравишта.⁴⁹

Од општег правила и изузетка из чл. 4, ст. 2 могуће је одступити и применити право неке друге државе уколико је јасно из свих околности случаја да је деликт очигледно ближе повезан са том државом. Ово правило представља такозвану клаузулу изузетка чији је циљ да се на деликт примени право које је са њим у најближој вези. Будући да је један од основних циљева Уредбе успостављање правне сигурности приликом избора меродавног права, ову клаузулу

⁴⁵ (Случај 364/93) [1995] I ECR 2719, т. 15.

⁴⁶ Меморандум Комисије, 11.

⁴⁷ Чл. 23, ст. 2.

⁴⁸ Чл. 23, ст. 1.

⁴⁹ *Ibid.*

изузетка треба примењивати само у изузетним ситуацијама. Као пример када је могуће применити клаузулу изузетка Уредба наводи ситуацију када међу странкама постоји неки правни однос, као што је на пример уговор, који је блиско повезан за деликтом у питању – тада би се могло као меродавно право за деликт применити право које је меродавно за дати правни однос. На овај начин се настоје поштовати легитимна очекивања странака и потреба за правилним дељењем правде.⁵⁰ Треба узети да ово правило представља тзв. *jurisdiction-selecting rule*, а не *content-selecting rule*. Другим речима, суд приликом одлучивања о томе да ли да примени клаузулу изузетка може узети у обзир само контакте које деликт има са различитим јурисдикцијама. Он не може да разматра садржину правила која постоје у различитим правима и да прикладност тих правила узима у обзир као фактор приликом одлучивања.⁵¹ Такође треба приметити да ово правило омогућава одступање само уколико је *деликт* (а не неко поједино питање које се јавља у вези са деликтом) ближе повезан са неком другом државом. Оваква формулација онемогућава *dépeçage*, тј. примену више права на један деликт и има за циљ да повећа правну сигурност.⁵²

Ваља указати и на једну околност која може довести до тога да ће круг околности у којима је оправдано применити клаузулу изузетка бити врло узак. Наиме, чл. 4, ст. 3 омогућава да се, уколико је јасно из свих околности случаја да је деликт очигледно ближе повезан са *државом која није држава на коју су указали ст. 1 или 2*, примени право те државе. Ст. 1 и 2 указују на примену права државе где је непосредна штета наступила и права државе заједничког уобичајеног боравишта одговорног лица и оштећеног. Текст клаузуле изузетка се може протумачити тако да се може постићи само примена права државе које није ни држава где је непосредна штета наступила ни држава заједничког уобичајеног боравишта, што ће бити, претпоставља се, врло ретко.⁵³ Међутим, сматра се да ову одредбу треба шире тумачити и допустити одступање од права државе заједничког уобичајеног боравишта у корист *lex loci damni*.⁵⁴

⁵⁰ Меморандум Комисије, 13.

⁵¹ A. Rushworth, A. Scott, 280; S. Symeonides, „Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity“ *American Journal of Comparative Law* 56/2008, 181, 198 и даље.

⁵² За критику овог решења види S. Symeonides, 184 и даље, 198 и даље. Упор. J. Kozyris, „Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ ‘Missed Opportunity’“, *American Journal of Comparative Law* 56/2008, 477.

⁵³ L. Colins, 35–197; A. Rushworth, A. Scott, 281. Упор. J. Fawcett, J. Carruthers, 804.

⁵⁴ L. Colins, *ibid*. На пример, ако једно лице из државе А, уговори са другим лицем такође из државе А, да изврши грађевинске радове у држави Б, из чега касније настане штета у држави Б, опште правило из чл. 4, ст. 1 би упутило на право државе

2.2. Посебна правила

2.2.1. Одговорност за производе

Уредба прописује посебна правила за деликтну одговорност која произлази из штете која је проузрокована неким производом.⁵⁵ Чисто језичко тумачење ове одредбе указује да она има изузетно широко поље примене – јасно је да су многи деликти данас „проузроковани неким производом“.⁵⁶ Уколико једно лице нанесе штету другом у саобраћајној несрећи возећи аутомобил, штета је проузрокована аутомобилом, који је једна врста производа. Међутим, наведену одредбу треба тумачити тако да није довољно да је у штетном догађају учествовао неки производ, већ тако да је неопходно да је тужбени захтев усмерен против на пример произвођача, увозника, дистрибутера, продавца и сл. конкретног производа, и да је за његово усвајање неопходно утврдити да вануговорна обавеза произлази као последица неке мане коју производ има.⁵⁷

Предност у односу на правила из чл. 5 има чл. 4, ст. 2, тј. правило да је меродавно право оне државе у којој лице за које се тврди да је одговорно и оштећени имају уобичајено боравиште у време када је настала штета.⁵⁸ Уколико то није случај, чл. 5, ст. 1 садржи сложену колизиону норму која супсидијарно прописује примену следећих права: а) права државе у којој оштећено лице има уобичајено боравиште у тренутку настанка штете, под условом да је производ који је проузроковао штету стављен у промет⁵⁹ у тој

Б, док би изузетак из чл. 4, ст. 2 довео до примене права државе А. Ако би се текст клаузуле изузетка уско тумачио, не би могло доћи до одступања у корист права државе Б. Овакво тумачење се сматра неприхватљивим и треба узети да клаузула изузетка може у одговарајућим околностима довести до примене *lex loci damni* (права државе Б у овом примеру).

⁵⁵ Чл. 5. ст. 1. У државама чланицама у којима је Хашка конвенција о меродавном праву за одговорност за производе од 2. октобра 1973. године на снази (Луксембург, Словенија, Финска, Француска, Холандија и Шпанија), и даље се примењују одредбе ове конвенције у складу са чл. 28. Уредбе.

⁵⁶ Енглеска верзија текста гласи „the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product...” (подвукао аутор). Слично је и у француској верзији која говори о „dommage causé par un produit” и у немачкој верзији која говори о „Schaden durch ein Product”.

⁵⁷ Вид. L. Colins, 35–211; J. Kozyris, 488; A. Rushworth, A. Scott, 283. За дефиницију производа и манљивог производа види чл. 2. и 6. Директиве Савета 85/374/ЕЕС од 25. јула 1985. године о приближавању закона, правила и административних одредби у државама чланицама везаних за одговорност за манљиве производе, објављена у ОЈ 1985 L210/29, измењена и допуњена Директивом 1999/34/ЕС од 10. маја 1999. године, објављена у ОЈ 1999 L141/20.

⁵⁸ Чл. 5, ст. 1.

⁵⁹ Енглеска верзија текста гласи „if the product was marketed” (подвукао аутор), француска верзија „si le produit a été commercialisé” и немачка верзија „falls

држави⁶⁰; б) право државе у којој је производ који је проузроковао штету набављен,⁶¹ под условом да је тај производ стављен у промет у тој држави; в) право државе у којој је настала штета, под условом да је производ који је проузроковао штету стављен у промет у тој држави. Примера ради, ако је тужилац са уобичајеним боравиштем у Немачкој повређен у Швајцарској производом који је набавио у Аустрији, меродавно је право Немачке под условом да је производ стављен у промет у тој држави; ако не, онда је меродавно право Аустрије под условом да је производ стављен у промет у тој држави; ако не, онда је меродавно право Швајцарске под условом да је производ стављен у промет у тој држави. Међутим, уколико одговорно лице није могло разумно да предвиди стављање у промет свог производа, или производа истог типа, у држави чије је право меродавно по једној од горњих тачака, примениће се право државе у којој одговорно лице има уобичајено боравање. Чл. 5, ст. 2 прописује клаузулу изузетка и предвиђа да се може одступити било од горе наведеног редоследа, било уопште од примене права на која упућује колизиона норма из чл. 5, ст. 1, те да се може применити право државе која је очигледно ближе повезана са деликтом у околностима датог случаја (на пример, право државе у којој је производ произведен). Чл. 5 не прописује правило за ситуацију када производ није стављен у промет ни у једној од наведених земаља, а странке немају уобичајено боравање у истој држави. У том случају остаје да се примени опште правило из чл. 4.⁶²

2.2.2. Нелојална конкуренција и акти који ограничавају слободну конкуренцију

Уредба прописује посебно правило за штету која настаје из аката нелојалне конкуренције и аката који ограничавају слободну конкуренцију. Чл. 6 није изузетак од општег правила садржаног у чл.

das Product in diesem Staat in Verkehr gebracht wurde“. Има мишљења да овај израз подразумева не само продају у одређеној држави, већ и рекламирање производа у тој држави (чак иако се производ рекламира путем на пример интернета и не може се купити у тој држави), било од стране одговорног лица, било од стране неког другог лица (са или без сагласности одговорног лица) – L. Colins, пара. S35–210. Упор. J. Fawcett, J. Carruthers, 807.

⁶⁰ Право уобичајеног боравања оштећеног лица се примењује и уколико је производ купљен у иностранству и уколико је штета проузрокована у иностранству, под условом да је производ стављен у промет у држави уобичајеног боравања оштећеног лица.

⁶¹ Није неопходно да је производ набавило непосредно оштећено лице.

⁶² L. Colins, пара. S35–203; J. Fawcett, J. Carruthers, 807, 808; A. Rushworth, A. Scott, 284. Упор. J. Von Hein, „Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Revolution“ *Tulane Law Review* 82/2008, 1698.

4, ст. 1 да се примењује право државе у којој је настала непосредна штета, већ само његова конкретизација у овом специфичном контексту.⁶³ Међутим, не може се одступити од права које је одређено као меродавно правилом из чл. 6. у корист права државе заједничког уобичајеног боравишта одговорног лица и оштећеног (чл. 4, ст. 2), нити се може применити клаузула изузетка из чл. 4, ст. 3.

Уколико акт нелојалне конкуренције⁶⁴ погађа искључиво интересе одређеног конкурентног предузећа (на пример, путем корупције, индустријске шпијунаже, врбовања његових запослених, одавања пословних тајни и сл.)⁶⁵, на вануговорну одговорност насталу услед таквог акта примењује се чл. 4 (укључујући правило о примени права државе заједничког уобичајеног боравишта странака и клаузулу изузетка).⁶⁶ У осталим случајевима, примењује се право државе где је повређена конкуренција или колективни интереси потрошача, или где ће таква повреда вероватно наступити.⁶⁷ Ако постоји више таквих држава, примењују се права свих тих држава путем дистрибутивне кумулације, тј. примењује се право сваке од њих у погледу вануговорне одговорности која је настала повредом конкуренције или колективних интереса потрошача на тржишту дате државе.

На вануговорне обавезе настале услед акта којим се ограничава конкуренција⁶⁸ примењује се право државе где се налази тржиште које је погођено тим актом, или које ће вероватно бити погођено.⁶⁹ Уколико је више тржишта погођено тим актом, или је вероватно да ће бити погођено, примењују се права свих тих држава, али право сваке државе само у погледу штете која је настала ограничавањем конкуренције у тој држави. Потенцијалне потешкоће које могу настати применом више права на штету проузроковану једним актом су очигледне. Међутим, Уредба не дозвољава примену клаузуле изузетка у овом случају. Чл. 6, ст. 2, тач. (б) пружа делимично решење овог проблема. Уколико је тржиште у више држава погођено, или је веро-

⁶³ Тач. 21 преамбуле Уредбе.

⁶⁴ Вид. стр. 15 Меморандума Комисије за списак аката који потпадају под акте нелојалне конкуренције. Такође, путоказ се може тражити и у Директиви 2005/29/ЕС, објављена у ОЈ 2005 L149/22 и Уредби (ЕС) 2006/2004, објављена у ОЈ 2004 L364/1.

⁶⁵ Меморандум Комисије, 16.

⁶⁶ Чл. 6, ст. 2.

⁶⁷ Чл. 6, ст. 1.

⁶⁸ Одредбе које регулишу ову област на нивоу ЕУ и на националним нивоима треба да укажу на то који акти потпадају под акте којима се ограничава конкуренција – тач. 22 преамбуле Уредбе. В. тач. 23 преамбуле Уредбе за пример аката који потпадају под акте којима се ограничава конкуренција.

⁶⁹ Чл. 6, ст. 3, тач. (а).

ватно да ће бити погођено, актом којим се ограничава конкуренција, тужилац који тужи у домицилу туженога може захтевати да се на деликт примени само право државе суда, под условом да је држава суда директно и значајно погођена датим актом.⁷⁰ Уколико тужилац тужи више лица пред једним судом, може захтевати да се примени право државе суда, такође под условом да је држава суда директно и значајно погођена актима сваког од тужених.⁷¹

2.2.3. Штета нанета животној средини

Меродавно право за обавезе које настају услед штете која је нанета животној средини или штете која је проузрокована лицима или имовини као резултат штете која је нанета животној средини у принципу се одређује по општем правилу из чл. 4, ст. 1.⁷² Штета која је нанета животној средини подразумева негативне промене у природним ресурсима, као што су вода, земља или ваздух, негативан утицај на функцију коју дати ресурси имају у односу на друге природне ресурсе или друштво, као и негативан утицај на разноврсност живих организама.⁷³ Пошто чл. 7. упућује само на примену општег правила из чл. 4, ст. 1, нема места примени права државе заједничког уобичајеног боравишта одговорног лица и оштећеног (чл. 4, ст. 2), нити се може применити клаузула изузетка из чл. 4, ст. 3. Наведена одредба има за циљ да допринесе заштити животне средине тиме што се њоме утиче на привредне субјекте који послују у државама са нижим нивоом заштите да поштују строже прописе о заштити животне средине у суседним државама.⁷⁴ На овај начин се такође врши притисак на државе које се граниче са Европском унијом да подигну своје стандарде заштите и достигну ниво који постоји у Европској унији.⁷⁵ Наиме, уколико лице које послује у држави која има ниже стандарде заштите проузрокује штету у држави која има више стандарде, оштећено лице може тужити одговорно лице пред судом државе где је претрпело штету,⁷⁶ који ће приликом избора меродавног

⁷⁰ Чл. 6, ст. 3, тач. (б).

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Чл. 7.

⁷³ Тач. 24 преамбуле Уредбе. Такође, путоказ приликом одређивања штете која је нанета животној средини се може тражити и у Директиви 2004/35/ЕС, објављена у ОЈ 2004 L143/56.

⁷⁴ Меморандум Комисије, 19.

⁷⁵ Вид. А. Nicita, M. Winkler, „The Cost of Transnational Accidents: Evolving Conflict Rules on Torts“, доступно на [http://www.cbs.dk/content/download/67236/929984/file/The%2520cost%2520of%2520transnational%2520accidents%2520\(Nicita-Winkler%25202007\).pdf](http://www.cbs.dk/content/download/67236/929984/file/The%2520cost%2520of%2520transnational%2520accidents%2520(Nicita-Winkler%25202007).pdf), 40, 41, 9. мај 2009.

⁷⁶ Чл. 5, ст. 3. Брисел I Уредбе; Случај 21/76 *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. v Mines de Potasse d'Alsace S.A.* [1976] E.C.R. 1735.

права применити правила Уредбе. Примарно правило у том случају јесте да се примењује право државе где је штета настала. На тај начин се жели, између осталог, постићи да државе са нижим стандардима заштите ове подигну, а које ће бити мотивисане да то ураде како би избегле да лица која послују на њиховој територији плаћају накнаде за штету коју проузрокују преко границе. Значајно је и то што се тужени не може бранити тиме да није могао предвидети да ће штета бити проузрокована у другој држави. На овај начин се у великој мери обезвредњују снижавања услова за заштиту животне средине у појединим државама која имају за циљ привлачење улагача смањењем трошкова пословања.⁷⁷

Међутим, у случају прекограничног деликта тужилац има право да захтева да се на проузроковани деликт, уместо права државе где је наступила непосредна штета, примени право државе у којој се штетни догађај догодио.⁷⁸ Циљ ове одредбе јесте да се оштећеном који се налази у држави која предвиђа нижи ниво заштите пружи могућност позивања на строже одредбе о заштити животне средине садржане у праву државе где се штетни догађај догодио. Ово правило се сматра оправданим услед тога што одговорна лица по правилу извлаче економску корист из аката којима проузрокују штету животної средини. На овај начин се нарочито уклања мотив привредним субјектима да искоришћавају лабавије прописе о заштити животне средине у суседним државама тиме што би градили постројења близу границе и испуштали отровне супстанце у реку, а који би постојао ако би се на штету проузроковану животної средини искључиво примењивало правило *lex loci damni*.⁷⁹ Ово фаворизовање тужилаца је оправдано имајући у виду циљ опште заштите животне средине, као и неке од начела права Европске уније: начело превенције, начело да се корективне радње првенствено требају предузети на извору загађења и начело да загађивач плаћа.⁸⁰

2.2.4. Повреда права интелектуалне својине

Права интелектуалне својине обухватају ауторско право и сродна права, *sui generis* права на заштиту база података и права индустријске својине.⁸¹ Меродавно право за вануговорне обавезе⁸² настале

⁷⁷ В. део 1. где се говори о узимању у обзир правила о безбедности и понашању која су на снази у време када и на месту у коме је штетни догађај настао.

⁷⁸ Чл. 7.

⁷⁹ Меморандум Комисије, 19.

⁸⁰ Тач. 25. преамбуле Уредбе.

⁸¹ Тач. 26. преамбуле Уредбе.

⁸² За разлику од претходних посебних правила, правило које се односи на повреду права интелектуалне својине одређује меродавно право не само за деликте

повредом права интелектуалне својине јесте право државе за коју се тражи заштита права (*lex loci protectionis*).⁸³ Држава за коју се тражи заштита права јесте држава у којој се води регистар (за регистрована права) или држава где је предузет акт који је проузроковао повреду (за ауторска права).⁸⁴ Уколико је повређено право заштићено прописима на нивоу Европске уније,⁸⁵ меродавно право за насталу вануговорну обавезу јесте право државе у којој је предузет акт који је проузроковао повреду, у мери у којој дата питања нису регулисана на нивоу Уније.⁸⁶ У овом случају се не примењује *lex loci protectionis* јер је подручје за које се тражи заштита ових права супранационално, те не би могло доћи до упућивања на одређено национално право које би се супсидијарно примењивало.

2.2.5. Штрајк и локаут⁸⁷

Меродавно право за вануговорну обавезу у вези са одговорношћу запосленог или послодаваца или њихових удружења за штету која је проузрокована штрајком или локаутом, који је у току или извршен, јесте право државе у којој се таква акција предузима или је предузета.⁸⁸ Међутим, уколико одговорно лице и оштећени имају уобичајено боравиште у истој држави меродавно је право те државе, без могућности изузетка.⁸⁹ Појам штрајка и локаута се разликује од државе до државе и примењује се национална квалификација тог појма.⁹⁰ Одредба чл. 9. ни на који начин не утиче на услове за спровођење ових акција који су прописани националним правима, нити утиче на статус синдиката и удружења послодаваца који су такође регулисани националним прописима.⁹¹

који том приликом настају, већ и за евентуална питања неоснованог обогаћења, пословодства без налога и одговорности за штету у току преговора – чл. 13.

⁸³ Чл. 8, ст. 1.

⁸⁴ J. Fawcett, J. Carruthers, 815.

⁸⁵ В. Уредбе 40/94, објављена у ОЈ 1994 L11/1, 2100/94, објављена у ОЈ 1994 L227/1 и 6/2002, објављена у ОЈ 2002 L3/1.

⁸⁶ Чл. 8, ст. 2.

⁸⁷ Енглеска верзија текста говори о „industrial action“, док француска и немачка верзија говоре о „fait de grève ou de lock out“, односно „Arbeitskampfmaßnahmen“.

⁸⁸ Чл. 9.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Тач. 27. преамбуле Уредбе.

⁹¹ *Ibid.*

3. МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ОСТАЛЕ ОБЛИКЕ ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Трећи део Уредбе садржи правила о одређивању меродавног права за остале облике вануговорне одговорности, тј. за обавезе које настају из стицања без основа, пословодства без налога (*negotiorum gestio*), као и одговорност за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*).⁹² Странке такође имају могућност избора меродавног права за ове вануговорне обавезе.⁹³ Комисија је у свом Меморандуму нарочито нагласила тешкоће приликом прописивања колизионих правила за ове остале видове вануговорне одговорности, будући да се правила како супстантивног тако и колизионог права држава чланица у овој области битно разликују, а уједно пролазе кроз брзе промене због чега је њихов садржај тешко одредити.⁹⁴ Одговор на ове тешкоће је пронађен у томе што Уредба садржи посебна правила за наведене три категорије, избегава њихово прецизно дефинисање, остављајући судовима држава чланица довољно простора да ова правила прилагоде специфичностима које постоје у националним системима.⁹⁵

3.1. Стицање без основа

У материји одређивања меродавног права за стицање без основа, Уредба прави разлику између ситуације када између странака постоји неки однос, као што је на пример однос произашао из уговора или деликта, који је блиско повезан са вануговорном обавезом која настаје из стицања без основа (кондикциони захтеви), и када између странака не постоји такав однос (верзиони захтеви). Да би однос који постоји међу странкама био битан у контексту чл. 10. потребно је да је он регулисан правом и да за њега постоји посебна колизиона норма (на пример, однос пријатељства не би био релевантан).⁹⁶

За вануговорне обавезе произашле из стицања без основа (укључујући плаћање недугованог) које се тичу постојећег односа између странака,⁹⁷ меродавно право за такву вануговорну обавезу је

⁹² Међутим, вид. фн. 82.

⁹³ Вид. део 4.

⁹⁴ Меморандум Комисије, 21.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ J. Fawcett, J. Carruthers, 827.

⁹⁷ Последицама поништаја уговора, укључујући и повраћај онога што је дато, бави се меродавно право одређено по правилима Римске конвенције и Рим I Уредбе – чл. 10. ст. 1. тач. (е) Конвенције и чл. 12, ст. 1, тач. (е) Рим I Уредбе. Сматра се да би се исти инструменти бавили и одређивањем меродавног права за последице

право које је меродавно за тај однос.⁹⁸ Оправдање за прописивање акцесорног колизионоправног везивања је у томе што се сматра да је обавеза у питању у толикој мери повезана са постојећим односом да је пожељно да се цела правна ситуација подвргне истом праву.⁹⁹ Тако, ако је једно лице платило више него што дугује по основу уговора, на обавезу повраћаја примљеног друге стране примењује се право које је меродавно за уговор. За одређивање меродавног права за уговорне односе судови држава чланица примењују Римску конвенцију, а од 17. децембра 2009. године примењиваће Рим I Уредбу.¹⁰⁰ Основно правило садржано у овим инструмената јесте да се даје предност аутономији воље странака, и на њихов уговорни однос се примењује право које су оне изабрале.¹⁰¹ Међутим, уколико су сви битни елементи случаја у тренутку избора права везани за државу чије право није изабрано (на пример, када два лица из исте државе уговоре примену права неке друге државе, а у њиховом односу не постоји ниједан релевантан страни елемент), странке својим избором права друге државе не могу дерогирати императивне норме најтешње повезаног права.¹⁰² Ако се у вези са тим уговором постави питање стицања без основа, меродавно право је право државе од чијих императивних норми странке не могу одступити. Ако странке нису извршиле избор права за њихов уговорни однос, примењују се супсидијарна правила из чл. 4 Римске конвенције, односно Рим I Уредбе.

Уколико међу странкама не постоји однос који је блиско повезан са вануговорном обавезом која произлази из стицања без основа, примениће се право државе заједничког уобичајеног боравишта странака уколико су странке имале уобичајено боравиште у истој држави у време када се одиграо догађај који је проузроковао стицање без основа.¹⁰³ Уколико међу странкама не постоји однос који је блиско повезан са вануговорном обавезом која произлази из стицања без основа и уколико оне немају уобичајено боравиште у истој држави у време када се одиграо догађај који је проузроковао стицање без основа, меродавно је право државе у којој се стицање без основа догодило.¹⁰⁴ Уредба не одређује која је држава где се стицање без основа

раскида уговора – чл. 10, ст. 1, тач. (ц) Конвенције и чл. 10, ст. 1, тач. (ц) Рим I Уредбе. Вид. J. Fawcett, J. Carruthers, 822, 823. Упор. L. Colins, пара. S34–020 до 34–028.

⁹⁸ Чл. 10, ст. 1.

⁹⁹ Меморандум Комисије, 22.

¹⁰⁰ В. напомену 2.

¹⁰¹ Чл. 3, ст. 1 Римске конвенције и Рим I Уредбе.

¹⁰² Чл. 3, ст. 3 Римске конвенције и Рим I Уредбе.

¹⁰³ Чл. 10, ст. 2.

¹⁰⁴ Чл. 10, ст. 3.

догодило. Међутим, први предлог Комисије садржао је правило по коме је у овом случају меродавно право државе у којој је дошло до обogaћења.¹⁰⁵ Меморандум који прати предлог објашњава да је овакво решење такође садржано у предлогу који је доставила Европска група за међународно приватно право¹⁰⁶ и у швајцарском праву.¹⁰⁷ Имајући у виду узор по којима је написан чл. 10, ст. 3 Уредбе, многи аутори сматрају да под појмом државе где се стицање без основа догодило треба подразумевати државу где је дошло до обogaћења.¹⁰⁸ Уколико је место обogaћења случајно и нема блиску везу са вануговорном обавезом онда је могуће применити клаузулу изузетка из чл. 10, ст. 4.

Уколико је јасно из свих околности случаја да је вануговорна обавеза произашла из стицања без основа очигледно ближе повезана са државом која није она на коју упућују претходна правила (из чл. 10, ст. 1, 2. и 3), право те државе ће бити меродавно.¹⁰⁹

3.2. Пословодство без налога (*negotiorum gestio*)

Одредба која регулише избор меродавног права за пословодство без налога такође прави разлику између ситуације када између странака постоји неки однос, као што је на пример однос произашао из уговора или деликта, који је блиско повезан са вануговорном обавезом која настаје из тог пословодства без налога, и када између странака не постоји такав однос. Ова одредба најпре дефинише пословодство без налога као радњу предузету без потребног овлашћења у вези са пословима друге стране.¹¹⁰ То су најчешће радње које омогућавају другој страни да избегне неку штету.¹¹¹ Приликом пословодства без налога, права и обавезе могу настати за обе стране. На пример, приликом вршења туђег посла пословођа може проузроковати штету господару посла, или чак може себи бесправно прибавити неку корист. У таквим случајевима, поред обавезе господара посла да плати разумне трошкове које је пословођа имао, може постојати и обавеза пословође да накнади штету господару посла или да му преда корист коју је стекао. Имајући у виду међузависност између ових разних обавеза, пожељно је да се на све те обавезе примени једно

¹⁰⁵ Чл. 9. Вид. фн. 4.

¹⁰⁶ GEDIP (Groupe européen de droit international privé) је била задужена од стране Комисије да припреми први нацрт Уредбе, објављен у *The Netherlands International Law Review* 1998, 465.

¹⁰⁷ Чл. 128, ст. 2 швајцарског федералног Закона о међународном приватном праву из 1987. године.

¹⁰⁸ J. Fawcett, J. Carruthers, 829; A. Rushworth, A. Scott, 287, 288.

¹⁰⁹ Чл. 10, ст. 4.

¹¹⁰ Чл. 11, ст. 1.

¹¹¹ Меморандум Комисије, 21.

право, до кога се може доћи применом чл. 11. Уколико се, међутим, нађе да текст чл. 11 није довољно широк да послужи као основа за избор меродавног права за обавезе накнаде штете или повраћаја стеченог без основа у овим случајевима, до примене једног права на целу ситуацију се може доћи путем правила садржаних у чл. 4, ст. 3 и чл. 10, ст. 1 или 4 Уредбе.¹¹²

За вануговорне обавезе произашле из пословодства без налога које се тиче постојећег односа између странака, меродавно право за такву вануговорну обавезу је право које је меродавно за тај однос.¹¹³ Уколико међу странкама не постоји однос који је блиско повезан са вануговорном обавезом која произлази из пословодства без налога, примениће се право заједничког уобичајеног боравишта странака, уколико су странке имале заједно уобичајено боравиште у истој држави у време када се одиграо догађај који је проузроковао вануговорну обавезу.¹¹⁴ Уколико међу странкама не постоји однос који је блиско повезан са вануговорном обавезом која произлази из пословодства без налога и уколико оне немају уобичајено боравиште у истој држави у време када се одиграо догађај који је проузроковао вануговорну обавезу, меродавно је право државе у којој је предузета радња пословође.¹¹⁵ Проблем у вези са ст. 3 може настати када је радња предузета у више од једне државе. На пример, радња пословође се може састојати у спашавању товара са брода који плови низ реку и тиме пролази кроз неколико земаља. Једна могућност јесте да се под државом где је радња предузета сматра држава где је претежни део радње предузет. Друга могућност јесте да се директно примени клаузула изузетка из ст. 4.¹¹⁶ Уколико је јасно из свих околности случаја да је вануговорна обавеза произашла из пословодства без налога очигледно ближе повезана са државом која није она на коју упућују претходна правила (из чл. 11, ст. 1, 2 и 3), право те државе ће бити меродавно.¹¹⁷

3.3. Одговорност за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*)

За потребе Уредбе *culpa in contrahendo* је аутономан концепт и не треба га тумачити у складу са значењем које има у националним правима.¹¹⁸ Уредба објашњава да се чл. 12 примењује на одређивање

¹¹² A. Rushworth, A. Scott, 289.

¹¹³ Чл. 11, ст. 1.

¹¹⁴ Чл. 11, ст. 2.

¹¹⁵ Чл. 11, ст. 3.

¹¹⁶ A. Rushworth, A. Scott, 289.

¹¹⁷ Чл. 11, ст. 4.

¹¹⁸ Тач. 30 преамбуле Уредбе.

меродавног права за вануговорну обавезу која произлази из поступака који су претходили закључењу уговора, без обзира да ли је уговор закључен или није.¹¹⁹ Овај појам нарочито обухвата евентуалне повреде обавезе објављивања (*duty of disclosure*) и прекид преговора.¹²⁰ Међутим, чл. 12 се не примењује на вануговорне обавезе које нису настале директно у вези са поступцима који су претходили закључењу уговора – на пример на повреду коју неко лице претрпи током преговора.¹²¹ Потребно је да вануговорна обавеза настаје међу лицима која учествују у преговорима, и која су, или би требало да буду, стране уговора поводом којег се воде преговори, а не између једног од тих лица и неког трећег.¹²²

Меродавно право за вануговорну обавезу која произлази из поступака који су претходили закључењу уговора јесте право које је меродавно за уговор, или које би било меродавно за уговор да је овај закључен.¹²³ Приликом одређивања овог права судови ће примењивати одредбе Римске конвенције или Рим I Уредбе.¹²⁴ Нема изузетка од овог правила. Међутим, уколико се меродавно право не може на тај начин одредити (тј. уколико уговор није закључен, а странке се нису сложиле око права које би се применило на уговор да је он закључен, а остале околности случаја не дозвољавају да се одреди путативно меродавно право применом правила о одређивању меродавног права у одсуству аутономије воље – на пример, замишљена трансакција је комплексна, те се не могу одредити све уговорне стране или све њихове обавезе), Уредба супсидијарно прописује примену следећих права: а) права државе у којој је настала штета, без обзира на то у којој се држави штетни догађај одиграо или на то у којој су држави или државама посредне последице тог догађаја наступиле;¹²⁵ б) права државе заједничког уобичајеног боравишта странака у време штетног догађаја;¹²⁶ в) уколико је јасно из свих околности случаја да је вануговорна обавеза која произлази из поступака који су претходили закључењу уговора очигледно ближе повезана са државом која није она на коју упућују претходна правила [из тач. (а) и (б)], примењује се право те државе.¹²⁷

¹¹⁹ Чл. 12, ст. 1.

¹²⁰ Тач. 30 преамбуле Уредбе.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² L. Collins, S35–244; A. Rushworth, A. Scott, 290.

¹²³ Чл. 12, ст. 1.

¹²⁴ В. текст уз напомену 100.

¹²⁵ Чл. 12, ст. 2, тач. (а).

¹²⁶ Чл. 12, ст. 2, тач. (б).

¹²⁷ Чл. 12, ст. 2, тач. (ц).

4. АУТОНОМИЈА ВОЉЕ

Уредба пружа дејство аутономији воље и дозвољава странкама да под одређеним условима изаберу право које ће се применити на њихову вануговорну обавезу. Овакво решење има такође за циљ да повећа правну сигурност.¹²⁸ Аутономија воље је начелно дозвољена у погледу свих вануговорних обавеза, осим оних у погледу којих је изричито искључена: деликата који произлазе из нелојалне конкуренције и аката који ограничавају слободну конкуренцију и вануговорних обавеза које произлазе из повреде права интелектуалне својине.

Уредба прави разлику између ситуације када је споразум о избору меродавног права постигнут након што се штетни догађај одиграо и када је постигнут пре тог момента. Странке имају потпуну слободу избора меродавног права након што се штетни догађај одиграо.¹²⁹ У овом моменту странке стичу потпуни увид у насталу ситуацију и нема потребе да се штити слабија страна, јер је за очекивати да она неће пристати на примену оног права које је ставља у неповољнији положај у односу на право које би било меродавно у одсуству избора. С друге стране, избор меродавног права пре него што се штетни догађај одиграо је допуштен само када све странке обављају трговачку делатност и уколико је споразум о избору меродавног права слободно испреговаран.¹³⁰ Оваквим решењем се штите слабије стране¹³¹ и није дозвољен на пример избор меродавног права за вануговорну обавезу између послодавца и запосленог или између продавца и потрошача.¹³² Лица која закључују овакав споразум морају обављати трговачку делатност. Па и у тим случајевима нису дозвољени споразуми који нису слободно испреговарани, који су на пример садржани у типском уговору једне стране и која друга страна може само да прихвати или одбије.¹³³ Неопходно је да избор није наметнут, већ да је резултат преговора обе уговорне стране.

Избор меродавног права може бити изричит, али и прећутан ако произлази с разумном сигурношћу из околности случаја.¹³⁴ Једно од питања које се може јавити јесте да ли избор меродавног права или пророгирање надлежности суда у уговору који је блиско

¹²⁸ Тач. 31 преамбуле Уредбе.

¹²⁹ Чл. 14, тач. (а).

¹³⁰ Чл. 14, тач. (б), који говори о потреби да је споразум „freely negotiated“, „librement négocié“, „frei ausgehandelt“.

¹³¹ Тач. 31 преамбуле Уредбе.

¹³² А. Rushworth, А. Scott, 294.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Чл. 1, ст. 2.

повезан са вануговорном обавезом у питању представља пређутан избор права за дату вануговорну обавезу. Ово питање ће се вероватно поставити имајући у виду ширину класичних формулација одредаба о избору меродавног права и надлежности суда (на пример, на све спорове који настају из или у *вези са овим уговором* примениће се право државе X; за решавање свих спорова који настају из или у *вези са овим уговором* биће надлежан суд државе X). Овако широко формулисане одредбе, а нарочито оне о избору меродавног права, би требале да буду јака индиција да су странке желеле да се на њихову вануговорну обавезу примени право које је изабрано за уговор који је блиско повезан са датом вануговорном обавезом. Избором меродавног права не може се ићи на штету већ стечених права трећих лица.¹³⁵ Ова одредба је слична чл. 3. ст. 1. Римске конвенције и Рим I Уредбе, и за очекивати је да ће бити тумачена у истом светлу.

Међутим, уколико су сви битни елементи случаја у тренутку када се штетни догађај одиграо везани за државу чије право није изабрано, странке својим избором права неке друге државе не могу дерогирати императивне норме најтешње повезаног права.¹³⁶ Другим речима, када лица из исте државе уговоре примену права неке друге државе за вануговорну обавезу која произлази из аката који су се догодили у целости на територији те прве државе, оне својим договором не могу одступити од императивних одредаба права прве државе – избор је материјалноправни. Ово решење је преузето из чл. 3. ст. 3. Римске конвенције и Рим I Уредбе.

Слично овоме, уколико су сви битни елементи случаја у тренутку када се штетни догађај одиграо везани за једну или више држава чланица ЕУ, странке својим избором права неке државе која није чланица ЕУ не могу дерогирати императивне одредбе комунитарног права које су имплементирани у држави форума, под условом да је оправдана примена тих одредаба.¹³⁷ Ово правило представља аналогно проширење ограничења аутономије воље које је прописано правилом из чл. 14. ст. 2. и има за циљ да спречи странке да изиграју примену императивних одредаба права ЕУ простим избором права неке треће државе.¹³⁸ Слично правило се може наћи и у чл. 3. ст. 3. Рим I Уредбе. Тако, уколико је у питању одговорност за производе, а деликт је повезан само са једном или више држава чланица ЕУ, странке не могу својим избором права треће државе одступити од императивних одредаба закона државе чланице којим су имплементирани одредбе Директиве Савета 85/374/ЕЕС од 25. јула 1985. о

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Чл. 14, ст. 2.

¹³⁷ Чл. 14, ст. 3.

¹³⁸ Меморандум Комисије, 23.

приближавању закона, правила и административних одредби у државама чланицама везаних за одговорност за манљиве производе.¹³⁹

5. ЗАКЉУЧАК

Рим II Уредба је један од резултата дугогодишњег рада у оквиру Европске уније на уједначавању колизионих норми за облигационе односе. Овај инструмент садржи свеобухватна правила за одређивање меродавног права за вануговорне обавезе које настају из различитих извора (деликти, стицање без основа, пословодство без налога, одговорност за штету у току преговора) и заједно са Брисел I Уредбом и Рим I Уредбом представља кодификацију правила међународног приватног права за облигационе односе на нивоу ЕУ. Рим II Уредба не садржи револуционарна правила, већ полази од традиционалног приступа преузимајући решења која су постојала у међународном приватном праву одређених држава чланица, водећи истовремено рачуна и о решењима садржаним у правима неких држава нечланица (превасходно швајцарском праву).¹⁴⁰ За друге државе чланице, квалитетне одредбе Уредбе представљају несумњиви корак напред у развоју њиховог међународног приватног права. За остале државе, укључујући и Републику Србију, правила Уредбе и циљеви које она тежи да оствари (на пример, заштита слабије стране, животне средине и сл.) могу и треба да буду извор инспирације приликом реформисања колизионих норми у овој области.

Uglješa Grušić, LL.M

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

ROME II REGULATION OF THE EUROPEAN UNION: APPLICABLE LAW FOR NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS

Summary

As of 11 January 2009, courts of the Member States of the European Union are required to apply the provisions of the Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July

¹³⁹ Вид. фн. 57.

¹⁴⁰ J. Von Hein, *passim*.

2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). This Regulation contains unified rules for determining the applicable law for non-contractual obligations arising out of delict, unjust enrichment, *negotiorum gestio* and *culpa in contrahendo*. Together with the Brussels I Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters and the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations, it codifies to a large extent conflict of laws rules for obligations in European Union. This article examines the provisions of the Rome II Regulation, indicates some issues that may prove to be problematic in its application, and concludes by recommending its provisions as a model for future drafting of the relevant rules in Serbian Private International Law.

Key words: *Law Applicable to Non-Contractual Obligations. – Rome II Regulation. – EU Law.*

УДК 341.217.04(4-672EU)"2007"
341.176(4-672EU)"2007"

Др Зоран Радивојевић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

НОВА ИНСТИТУЦИОНАЛНА РЕФОРМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Нова институционална реформа спроведена Лисабонским уговором доноси са собом значајне измене у саставу, надлежности и међусобним односима главних и саветодавних органа Европске уније. Као главни добитници у тој реформи могу се означити Европски парламент, који постаје равноправни законодавац у Унији, и Европски савет, чији је положај значајно ојачан у процесу одлучивања и извршној области. Добитницима се могу сматрати и Европска централна банка, која је добила статус главног органа и значајнију улогу у Еврозони, као и Комитет региона коме је призната активна процесна легитимација. Суд правде је у Лисабонском уговору задржао своју основну функцију уз неке новине организационе природе које имају за циљ повећање ефикасности и ширење правосудног система Уније. Највећи нето губитник ове институционалне реформе је Савет, који не само да је изгубио положај главног законодавца, већ и улогу посредника између шефова држава и влада окупљених у Европском савету и правног поредка Уније. Губитником се може сматрати и Комисија чији је статус главног извршиоца делимично промењен у корист Европског савета као новог актера у функционисању извршне власти. Слабљење улоге Савета у корист Европског парламента и јачање Европског савета на рачун Комисије несумњиво ће мењати постојећи институционални баланс, мада не мора нужно да значи измену односа националног и наднационалног у Европској унији.

Кључне речи: Главни органи ЕУ. – Институционални оквир. – Лисабонски уговор. – Реформа. – Европска унија.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Неуспјавање Уговора о уставу за Европу, после неуспелих референдума у Француској и Холандији,¹ означило је почетак периода не-

¹ Текст Уговора о уставу за Европу усвојен је на састанку Европског савета у Бриселу 18. јуна 2004. године; *Treaty establishing a Constitution for Europe (CIG*

извесности не само у погледу судбине овог текста, већ и потребе измене оснивачких уговора и даљег развоја Европске уније. Излаз из те кризе пронађен је у усвајању новог Реформског уговора који је свечано потписан у Лисабону 13. децембра 2007. године.² Лисабонски уговор³ састоји се из два дела: први садржи измене и допуне Уговора о Европској унији, а други измене и допуне Уговора о оснивању Европске заједнице, који је сада преименован у Уговор о функционисању Европске уније, будући да Унија постаје једини правни субјект и наслеђује Европску заједницу. Овом Уговору придодат је већи број протокола и декларација.⁴

87/04); *Protocols and Annexes I and II (CIG 87/04 ADD 1)*; *Declarations (CIG 87/04 ADD 2)*. Уговор су највиши представници тадашњих 25 држава чланица Европске уније потписали у Риму 29. октобра исте године (за текст вид. *Official Journal of the European Union*, С 310, 2004. Више о поступку доношења и садржају, вид. З. Радивојевић, В. Кнежевић-Предић, *Институције Европске уније*, Ниш 2008, 55–62; М. Живковић, „Уговор о Уставу за Европу“, *Европско законодавство*, 10/2005, 52–57). У складу са чл. IV–447, ст. 2 Уговор је требало да ступи 1. новембра 2006. године уколико га до тада свака од 25 држава чланица ратификује у складу са својим уставним одредбама, било путем референдума или у парламенту. Литванија је као прва држава, само две недеље након потписивања, ратификовала Уговор у свом парламенту. Уследиле су ратификације у националним парламентима дванаест држава чланица (Мађарска, Словенија, Италија, Грчка, Белгија, Словачка, Аустрија, Немачка, Литванија, Кипар, Малта и Естонија). Од држава чланица које су се определиле да организују национални референдум Уговор о уставу добио је потврду у Шпанији (већина од 76,70% уз излазност од 42,30%) и Луксембургу (већина од 56,50% уз излазност од 86,80%). Међутим, Уговор није прихваћен на референдумима одржаним у Француској (против 54,80% уз излазност од 69,30%) и Холандији (против 61,60% уз излазност 62,80%), што је имало за последицу да је процес ратификације најпре настављен у преосталим државама чланицама, да би био коначно заустављен после одлуке Велике Британије да суспендује процес ратификације.

² Текст Реформског уговора усвојен је на састанку Европског савета у Лисабону 19. октобра 2007. године. Свечано потписивање Уговора обављено је 13. децембра исте године у Лисабону. Након тога уследио је процес његове парламентарне ратификације у државама чланицама (закључно са јануаром 2009. године Уговор су ратификовале: Мађарска, Словенија, Малта, Француска, Аустрија, Бугарска, Данска, Немачка, Литванија, Летонија, Естонија, Луксембург, Пољска, Португалија, Румунија, Словачка, Грчка, Финска, В. Британија, Кипар, Холандија, Белгија, Шпанија, Италија и Шведска), изузев Ирске, која је имала уставну обавезу да одржи референдум (на референдуму који је спроведен 12. јуна 2008. године 53,40% грађана се изјаснило против прихватања уговора, уз излазност од 53,10%). Очекује се да тај процес буде окончан до краја 2009. године под условом да у Ирској буде одржан нови референдум и да на њему Лисабонски уговор добије потребну већину. Више о томе, А. Чавошки, „Будућност Европе у светлости Уговора из Лисабона“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2008, 237–241.

³ Уговор је објављен у *Official Journal of the European Union*, С 306, 17.12.2007, а његов консолидовани текст у *ibid.*, С 115/22, 9.5.2008. Више о овом Уговору: Н. Мисита, *Основи права Европске уније*, Сарајево 2007, 104–117; Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац 2008, 14–17.

⁴ Видети, на пример, Протокол о улози националних парламената у Европској унији, Протокол о примени принципа супсидијарности и пропорционалности,

Институције и органи Европске уније уређени су Насловом III Уговора о Европској унији и Насловом I у оквиру Дела VI Уговора о функционицању Европске уније који обухвата институционалне одредбе. У Наслову III побројане су и уопштено регулисане најзначајније институције Уније које чине њен институционални оквир (Европски парламент, Европски савет, Савет, Европска комисија и Суд правде Европске уније), док су детаљне одредбе о овим и другим институцијама Уније (Европска централна банка и Рачуноводствени суд), као и о саветодавним органима (Економски и социјални комитет и Комитет региона) садржане у Главама I, III и IV поменутог Наслова I.

У односу на важеће уговоре, запажа се да Лисабонски уговор и на овом начелном нивоу доноси неколико важних институционалних новина. Пре свега, Европски савет је први пут увршћен у каталог институција које сачињавају институционални оквир Уније. Исти статус добија и Европска централна банка која до сада није била укључена у институционални оквир, већ је представљала институцију Уније. Поред тога, Лисабонски уговор из неприхваћеног Уговора о уставу за Европу преузима највећи број измена у погледу састава, начина рада, одлучивања и надлежности како главних органа или институција, тако и саветодавних органа Уније.⁵ Овом приликом биће речи само о најважнијим институционалним новинама.

2. ЕВРОПСКИ ПАРЛАМЕНТ

Лисабонски уговор наставља раније започети тренд јачања улоге и значаја Европског парламента у односу на Савет, Комисију и Европски савет.⁶ Несумњиво најзначајнија новина је проширење ње-

Протокол о Еврогрупи, Протокол о сталној структурној сарадњи установљеној чл.28 А Уговора о Европској унији, Протокол у вези са чл.6 (2) Уговора о Европској унији о приступању Европске уније Конвенцији за заштиту основних права и слобода, Протокол о примени Повеље о основним правима у Европској унији на Пољску и Уједињено Краљевство, Протокол о вршењу подељених надлежности итд. Дан пре усвајања Лисабонског уговора (12. децембра 2007. године) прихваћен је у Стразбуру прилагођени текст Повеље о основним правима у Европској унији (објављен у *Official Journal of the European Union*, C 303/2, 14.12.2007).

⁵ Више о институционалним новинама које садржи Уговор о уставу за Европу: J. C. Piris, *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge 2006, 87–130; D. Chalmers et al., *European Union Law, Text and Materials*, Cambridge 2006, 78–81; В. Кнежевић-Пређић, З. Радивојевић, „Нова институционална равнотежа у Европској унији“, *Правни систем Републике Србије – усаглашавање са правом Европске уније*, Ниш 2005, 47–65; З. Радивојевић, М. Живковић, „Институционалне новине у Уставу за Европу“, *Европско законодавство* 11/2005, 60–64.

⁶ Више о томе З. Радивојевић, „Европски парламент“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 47/2006, 28–31.

гових овлашћења у законодавној и буџетској области. Поред тога, делимично је измењена и ојачана улога Парламента приликом избора председника Комисије. Надаље, уговорним одредбама измењен је број и структура чланова Европског парламента. И коначно, њему је поверена надлежност у погледу подзаконских аката које доноси Комисија на основу делегираних овлашћења.

а) Уговор предвиђа да Европски парламент заједно са Саветом врши законодавне и буџетске функције. Осим ове две функције, изричито је прописано да ће Парламент вршити политичку контролу и давати мишљења у складу са условима предвиђеним Уговором.⁷

Када је о законодавним овлашћењима реч, новина је изједначавање Парламента са Саветом, с обзиром да ће они ту функцију, по правилу, вршити у оквиру редовног законодавног поступка који се састоји од заједничког усвајања регулатива, директива и одлука од стране Парламента и Савета, а на предлог Комисије. За разлику од ове процедуре доношења аката, која у свему одговара садашњем поступку саодлучивања, у преосталим случајевима биће коришћен посебан законодавни поступак у коме Парламент или Савет самостално усвајају регулативу, директиву и одлуку уз учешће (мишљење или сагласност) другог органа.⁸

У исто време, Лисабонски уговор проширио је законодавну надлежност Парламента тиме што је предвидео нове области у којима ће се примењивати редовна законска процедура. Међу њима налазе се питања регулисана постојећим првим и трећим стубом Европске уније, као што су заједничка пољопривредна политика, трговачка материја, погранична контрола, азил, имиграција, правосудна са-

⁷ Ст. 1, чл. 14 Уговора о Европској унији (даље: Уговор о ЕУ). Истоветну одредбу садржао је ст. 1 чл. I–20 Уговора о уставу.

⁸ Ст. 1 и 2, чл. 289 Уговора о функционисању ЕУ. Неприхваћени Уговор о уставу, такође је прописивао два поступка усвајања европских закона и оквирних закона: уобичајену и специјалну законодавну процедуру (чл. I–34 и III–396). По првој процедури, која одговара сада предвиђеном редовном законодавном поступку, али је имала ширу примену, законски акт на предлог Комисије заједнички усвајају Парламент и Савет, што има за последицу да се ниједан акт не може донети док се ови органи не усагласе. У осталим случајевима користи се специјална законодавна процедура према којој сваки од ових органа сам усваја акт уз учешће другог органа. То конкретно значи да о доношењу законског акта одлучује Савет уз сагласност или мишљење Европског парламента или Парламент уз сагласност Савета, с тим да могу бити консултоване и друге институције (Комисија или Европска централна банка). Специјална законодавна процедура подразумева заправо постојеће поступке одлучивања познате као давање мишљења или сагласности од стране Парламента, док је још увек важећа процедура сарадње укинута. Више о томе В. Кнежевић-Предић, *Оглед о суверености: сувереност и Европска унија*, Београд 2001, 200–207; З. Радивојевић, „Први стуб Европске уније – *acquis communautaire*“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 44/2004, 71–72.

радња у грађанским и кривичним стварима и полицијска сарадња.⁹ У случајевима када оцене да предлог законског акта може утицати на основне аспекте њиховог националног правног система, државе чланице имају право да се обрате Европском савету и тако суспендују редовни законодавни поступак. Ово се односи на предлоге аката којима се успостављају минимална правила за одређивање кривичних дела и санкција за посебно тешке врсте криминала прекограничног карактера.¹⁰

У погледу буџетских функција, новина је у томе што се укида подела на обавезне и необавезне трошкове. Уместо садашњег решења по коме буџет у целини усваја Савет уз одобрење Парламента, при чему Парламент може утицати само на необавезне трошкове, Лисабонским уговором је предвиђено да целокупни годишњи буџет усвајају заједно Парламент и Савет.¹¹

б) Улога Европског парламента ојачана је у поступку избора председника Комисије. Лисабонски уговор изричито предвиђа да Парламент „бира председника Комисије“.¹² Таква формулација, мотивисана жељом да се нагласи значај Парламента, може створити забуну, јер Парламент уистину не бира председника Комисије, већ се изјашњава „за“ или „против“ кандидата кога предложи Европски савет. Оно што је ново и што се заправо хтело нагласити јесте да Парламент према новом решењу гласа о кандидату, уместо да, као до сада, даје сагласност.

С друге стране, приликом предлагања кандидата за председника Комисије Европски савет има обавезу да „води рачуна о резултатима избора за Европски парламент“.¹³ Овом одредбом омогућено је странкама које остваре изборну победу да неформалним путем наметну Европском савету свог кандидата за председика Комисије. То ће вероватно довести до јачања положаја Парламента у односу на

⁹ Чл. 43, 51, 59, 75, 78–79, 81–85 и 87–88 Уговора о функционисању ЕУ.

¹⁰ Чл. 83 Уговора о функционисању ЕУ.

¹¹ Чл. 14 и 16 Уговора о ЕУ и чл. 314 Уговора о функционисању ЕУ. Истоветне одредбе садржали су чл. I–20, I–23 и III–404 неприхваћеног Уговора о уставу, за разлику од важећег чл. 272 Уговора о Европској заједници који предвиђа да у односу на обавезне трошкове, а то су расходи који нужно произилазе из основних уговора и аката донетих у складу са њима, Парламент може само да предложи измене, али њихово коначно усвајање зависи од Савета. Насупрот томе, Европски парламент има последњу реч када су у питању необавезни трошкови, али је то његово овлашћење ограничено максималном стопом раста трошкова које сваке године утврђује Комисија. Парламент има, такође, право да због важних разлога одбије предлог буџета у целисти.

¹² Вид. последњу реченицу ст. 1 чл. 14 Уговора о ЕУ.

¹³ Ст. 7 чл. 17 Уговора о ЕУ. Истоветно решење било је предвиђено у ст. 1 чл. I–27 неприхваћеног Уговора о уставу.

Европски савет и успостављања ближих веза између председника Комисије и Европског парламента.

в) У погледу састава Парламента Лисабонски уговор такође доноси неколико новина. Предвиђено је да максимални број посланика у Парламенту износи 750 плус председник Европског парламента (уместо садашњих 736). Притом, Уговором није извршена расподела посланичких места између држава чланица, већ се само дају критеријуми на основу којих ће Европски савет, једногласно, на иницијативу и уз сагласност Парламента, својом одлуком то учинити.

Први критеријум је да минимални број посланика које има држава чланица износи 6 (сада 5), а максималан 96 (уместо садашњих 99). Други је тзв. начело дегресивне пропорционалности по коме уколико држава има више становника, утолико ће сваки од њених европских посланика представљати већи број грађана.¹⁴

г) Лисабонски уговор уводи нову категорију правних аката Уније који немају законодавни карактер. Они се називају делегирани акти,¹⁵ а доноси их Комисија на основу овлашћења садржаног у законском акту са циљем да се измене или допуне елементи законског акта који немају суштински значај. Законодавним актом се изричито одређује циљ, садржај, обим и трајање пренете надлежности.

Приликом делегирања овог овлашћења Комисији Европски парламент, заједно са Саветом, врши двоструку контролу. С једне стране, свако од њих може одлучити да повуче делегацију, а с друге стране делегирани акт може ступити на снагу само ако они не ставе приговор у року који је предвиђен законским актом.

3. ЕВРОПСКИ САВЕТ

Лисабонски уговор укључује Европски савет међу главне органе Европске уније. До сада, Европски савет није био институција Заједница утемељена на њиховим оснивачким уговорима, већ само орган Европске уније предвиђен у оквиру заједничких одредаба.¹⁶

¹⁴ Ст. 2, чл. 14 Уговора о ЕУ. Вид. и ст. 2, чл. I–20 Уговора о уставу. Више о томе З. Радивојевић, М. Живковић, 61.

¹⁵ За ове акте у неприхваћеном Уговору о уставу коришћен је назив делегиране уредбе; „упор.“ чл. I–36 овог Уговора и чл. 290 Уговора о функционисању ЕУ.

¹⁶ Уговорну основу за свој рад Европски савет добио је усвајањем и ступањем на снагу Јединственог европског акта 1987. године који у чл. 2 регулише његов састав и број годишњих заседања. У Уговору из Мастрихта Европски савет се помиње у оквиру заједничких одредаба као орган Уније, али не и међу институцијама и телима Европских заједница. Уговори из Амстердама и Нице нису ништа битније изменили у том погледу (чл. 4 Уговора о ЕУ), тако да је овај орган остао изван

Укључујући Европски савет у јединствени институционални оквир Уније, Уговор значајно мења положај и утицај овог органа.

Новине везане за Европски савет крећу се у неколико праваца. Прва од њих односи се на институционализацију самог Европског савета кроз увођење функције председника, регулисање начина рада и његов састав. Други правац измена представља директну последицу признавања Европском савету статуса органа Уније и огледа се у његовом овлашћењу да доноси одлуке. Последњи и можда најзначајнији правац у коме се новине испољавају јесте проширење његове надлежности увођењем потпуно нових функција.

а) Установљење функције председника Европског савета, уместо досадашњег председавајућег који се по систему ротације мења на сваких шест месеци са променом државе која председава Саветом, представља важну новину.¹⁷ Тиме се потврђује да функције и обим рада Европског савета превазилазе систем ротирајућег председавања, као и неопходност јединственог представљања Уније према трећим субјектима, пре свега на нивоу мултиполарне међународне заједнице.

Председника из реда своји чланова бира Европски савет на период од две и по године уз могућност поновног избора. Избор се врши квалификованом већином гласова држава чланица. Ова дужност је неспојива са било којом националном функцијом, чиме се из круга потенцијалних кандидата за ову функцију елиминишу актуелни шефови држава и влада, иначе чланови Европског савета. У складу са тим, Европски савет чине шефови држава или влада земаља чланица, председник Комисије и новоустановљени председник овог органа.

Председнику Европског савета поверена су следећа овлашћења: председавање Европским саветом и руковођење његовим радом, припрема састанака и обезбеђење континуитета рада, подстицање кохезије и консензуса у Европском савету, подношење извештаја Европском парламенту после сваког заседања и представљање Уније у области заједничке спољне и безбедоносне политике. Уочљиво је да овде преовлађују овлашћења процедуралног карактера која нису непозната у досадашњој пракси Европског савета. Новина је заправо овлашћење репрезентативног карактера и начин на који ће се то ов-

институционалне структуре Заједница. Тек је неприхваћеним Уговором о уставу (чл. I–19) Европски савет по први пут укључен међу главне органе Европске уније. Више в. З. Радивојевић, „Садашњи и будући положај Европског савета“, *Европско законодавство* 15–16/2006, 101–102.

¹⁷ Чл. 13 Уговора о ЕУ, упор. чл. I–19 неприхваћеног Уговора о уставу; вид. и N. Foster, *Foster on EU Law*, Oxford 2006, 61.

лашћење вршити. Тим поводом поставља се проблем јасног дефинисања и разграничења мандата председника Европског савета и Високог представника Уније за спољне послове и безбедоносну политику. У Лисабонском уговору то питање није изричито регулисано, изузев одредбе по којој представљање Уније на спољном плану од стране председника Европског савета не сме да се врши на штету надлежности Високог представника.¹⁸

Кад су у питању одредбе о саставу и начину рада Европског савета, Лисабонски уговор не предвиђа неке значајније промене. У његовом раду и даље могу учествовати министри иностраних послова држава чланица и један члан Комисије. Новина је учешће Високог представника Уније за спољне послове и безбедоносну политику на састанцима овог органа. Њега иначе поставља и разрешава Европски савет уз сагласност председника Комисије. Према Уговору, Европски савет се састаје два пута сваких шест месеци на сазив његовог председника. Тиме је озакоњена досадашња пракса да се његови састанци одржавају четири пута годишње.¹⁹

б) Европском савету је по први пут у историји његовог развоја поверено овлашћење да сам доноси обавезујућа акта. То право ипак је дато уз једно ограничење које се односи на природу акта. Према слову Лисабонског уговора, Европски савет није овлашћен да доноси акте законодавног карактера, односно не обавља законодавну функцију.²⁰ Ово негативно одређење овлашћења Европског савета у процесу одлучивања је свакако битно, али је можда важније позитивно дефинисање аката које је он овлашћен да доноси и области у којима има право одлучивања. Другим речима, иако се изричито искључује законодавна функција, Уговором се Европски савет овлашћује да доноси одлуке које нису акти законодавног карактера, али су обавезујуће у целини и непосредно за онога коме су упућене.

Својом одлуком Европски савет изабраће, када Лисабонски уговор ступи на снагу, свог првог председника, као и Високог представника Уније за спољне послове и безбедоносну политику који је истовремено члан Комисије и њен потпреседник. Актом истог назива он ће утврдити распоред ротације држављана држава чланица који улазе у састав Комисије, евентуално изменити одредбе о броју чла-

¹⁸ Ст. 5 и 6, чл. 15 Уговора о ЕУ; вид. и чл. I–22 Уговора о уставу.

¹⁹ Ст. 2 и 3, чл. 15 Уговора о ЕУ. Истоветну одредбу садржао је чл. I–21 Уговора о уставу. Када то захтева ситуација постоји могућност одржавања ванредног заседања Европског савета. Такве састанке сазива председавајући на сопствену иницијативу, на захтев држава чланица или Комисије.

²⁰ Ст. 1, чл. 15 Уговора о ЕУ, упор. ст. 1, чл. I–21 неприхваћеног Уговора о уставу.

нова Комисије и одлучити о расподели места у Европском парламенту у оквирима које је прописао Уговор.²¹ На овај начин Европски савет постаје доносилац правних аката Европске уније, што до сада није био случај, пошто су његови закључци и ставови добијали обавезујући карактер тек када их Савет усвоји као сопствене одлуке.

Као основни начин одлучивања у Европском савету предвиђен је консензуис, чиме постојећа пракса добија уговорну потврду. Као изузетак Лисабонским уговором уведе се још два метода одлучивања: квалификована већина у случајевима који су изричито прописани и једногласност за посебно важна питања. Приликом одлучивања председник Европског савета и председник Комисије не учествују у гласању. Европски савет одлучује простом већином о процедуралним питањима, као и о усвајању пословника о раду.²²

в) Поред задатка да подстиче развој Европске уније и утврђује опште политичке смернице, Европском савету придодато је овлашћење које не треба подценити, а то је да дефинише приоритете у деловању Уније.²³ Лисабонским уговором њему су поверене и неке потпуно нове функције. На првом месту то је право да одлучује о формацијама у којима ће се састајати министри држава чланица окупљени у Савету и доносити законодавна акта. У Уговору су као основни начини деловања овог органа предвиђени Савет за опште послове и Савет за спољне послове, али је остављена могућност да Европски савет одлучи о оснивању других формација Савета.²⁴

Најзначајнију новину представља овлашћење Европског савета да мења Уговором прописан законодавни поступак, као и начин одлучивања у Савету. Реч је о поједностављеном и олакшаном поступку измена текста уговора без формалне ревизије његових одредаба (тзв. пасарела). Тако је Европском савету дато право да донесе одлуку о преласку са посебног на редовни законодавни поступак. Практично то значи да регулативу, директиву или одлуку на предлог Комисије доносе Савет и Европски парламент заједнички и на равноправној основи уместо да то чини само Савет уз учешће Европског парламента.

С друге стране, Европски савет може донети одлуку о преласку са једногласности у Савету на одлучивање квалификованом већи-

²¹ Вид. ст. 2, чл. 14, ст. 5, чл. 15, ст. 5, чл. 17 и ст. 1 чл. 18 Уговора о ЕУ. Исто решење било је предвиђено ст. 2, чл. I–20, ст. 1, чл. I–22, ст. 6, чл. I–26 и ст. 1, чл. I–28 неприхваћеног Уговора о уставу.

²² Ст. 4, чл. 15 Уговора о ЕУ и чл. 235 Уговора о функционисању ЕУ.

²³ Ст. 1, чл. 15 Уговора о ЕУ, упор. ст. 1, чл. I–21 неприхваћеног Уговора о уставу.

²⁴ Чл. 236 Уговора о функционисању ЕУ у вези са ст. 6, чл. 16 Уговора о ЕУ.

ном. Из тога се изузимају одлуке које имају војне последице или спадају у област одбране.

За овакву надлежност Европског савета потребно је да буде испуњено неколико услова. Пре свега, одлука да се посебна процедура замени редовним законодавним поступком, а једногласност у Савету квалификованом већином, мора се донети једногласно у Европском савету. То се надаље може учинити само уз сагласност Европског парламента који одлучује већином од укупног броја чланова. И коначно, потребно је да се у року од шест месеци таквом решењу изричито не успротиви ниједан национални парламент.²⁵ Ови услови јасно показују да је управо Европском савету, коме је иначе изричито ускраћена законодавна функција, поверена улога да мења Уговором прописани законодавни поступак.

4. САВЕТ

Лисабонски уговор садржи измене које суштински мењају досадашњи статус и нека овлашћења Савета.²⁶ Реч је о новинама у погледу формација и председавања, положаја Савета у поступку усвајања законодавних аката и буџета, начина одлучивања и јавности рада овог органа.

а) За разлику од актуелног решења, по коме састав Савета није сталан и зависи од питања на дневном раду, Уговор унапред прописује две обавезне формације, уз могућност да о другима одлучи Европски савет. Савет за опште послове (Генерални савет) обезбеђује усклађеност у раду различитих формација. На овај начин Лисабонски уговор коначно успоставља хијерархију у односима између различитих формација деловања Савета, поверавајући изричито Савету за опште послове овлашћење да врши координацију.²⁷ Поред тога, ње-

²⁵ Ст. 7, чл. 48 Уговора о ЕУ. Истоветну одредбу садржао је чл. IV-444 неприхваћеног Уговора о уставу.

²⁶ Више о томе З. Радивојевић, „Савет министара Европске уније између садашњег положаја и будуће институционалне реформе“, *Правни живот* 12/2006, 673–675.

²⁷ Према слову важећих уговора Општи савет није овлашћен да усклађује рад секторских савета нити да на било који начин утиче на процес одлучивања, а посебно да мења или укида њихове одлуке. У вези са тим Ј. Pinder (*European Community, The Building of a Union*, London 1992, 25), убеђени и декларисани федералиста, пише: „Далеко од тога да је јединствена група министара, Савет представља седмоглавим чудовиштем предвођен конгломерат више од двадесет функционалних Савета, од којих сваки обухвата министре са одређеном одговорношћу“. Закључком Европског савета који је усвојен на самиту у Хелсинкију 1999. године предвиђено је да се тадашњих двадесетак формација Савета сведу на највише петнаест. Спрово-

гов је задатак да припрема и обезбеђује подршку састанцима Европског савета, заједно са председником Европског савета и Комисијом.

Друга формација је Савет за спољне послове у који, поред министара иностраних послова држава чланица, улази Високи представник Уније за спољне послове и безбедоносну политику. Овај Савет надлежан је да разрађује спољну активност Уније на основу стратешких смерница које утврђује Европски савет и да обезбеђује доследност међународне активности Уније.²⁸

Намера да се обезбеди континуитет и стабилност у раду Савета огледа се и у флексибилности решења које Уговор предвиђа за председавање овим органом. Председавање Саветом за спољне послове поверено је Високом представнику Уније за спољне послове и безбедоносну политику. Осталим формацијама Савета председавају министри држава чланица на основу система једнаке ротације. Облике и начин његове примене треба да ближе одреди Европски савет одлуком коју доноси квалификованом већином.²⁹

Лисабонском уговору придодата је посебна декларација која садржи нацрт те одлуке. Према предложеном тексту, председавање Саветом се поверава претходно установљеним групама од три државе, при чему се узимају у обзир разлике и географска равнотежа чланица у оквиру Уније. Председавање траје 18 месеци и унутар тог периода свака држава врши дужност председавајућег 6 месеци уз помоћ две преостале чланице групе, а на основу заједничког програма.³⁰

б) Процес претварања Савета од искључивог у главног законодавца Европске уније, уз стално јачање улоге Европског парламента у законодавном процесу, настављен је Лисабонским уговором. Кулминацију таквог развојног пута представља одредба Уговора која, чини се, поставља Савет и Парламент на потпуно једнаке основе када је у питању законодавни поступак. Наиме, редовни законодавни поступак, који Уговор прописује као правило, заправо је садашњи поступак саодлучивања у коме се Савет и Европски парламент појављују као равноправни законодавци.

дећи у живот тај став, Савет је одлуком о усвајању Пословника о раду из јуна 2000. године број својих формација ограничио на 16 (*Official Journal of the European Union*, L 149/21/100, Annex).

²⁸ Ст. 6, чл. 16 Уговора о ЕУ; вид. и чл. I-24 неприхваћеног Уговора о уставу.

²⁹ Ст. 9, чл. 16 Уговора о ЕУ, у вези са чл. 236 Уговора о функционисању ЕУ. Исто решење било је предвиђено у ст. 7, чл. I-24 Уговора о уставу.

³⁰ Вид. Декларацију о чл. 16 (9) Уговора о Европској унији, у вези са одлуком Европског савета о вршењу функције председавајућег Савета. Текст ове Декларације у свему одговара садржини Декларације о чл. I-24, ст. 7 неприхваћеног Уговора о уставу који се односи на одлуку Европског савета о вршењу функције председавајућег Савета.

Постављајући то правило, Уговор истовремено предвиђа допуштене изузетке. У тим случајевима биће коришћена посебна законодавна процедура, по којој сваки од ових органа одлучује самостално о доношењу законодавних аката уз учешће другог. Овде спада и већ позната и коришћена процедура прибављања мишљења или давања сагласности од стране Парламента. Сви ови изузеци, који заправо значе да ће пре свега Савет самостално доносити регулативе, директиве или одлуке, уз евентуално мишљење или одобрење Парламента, нису баш тако ретки, а још мање безначајни.³¹

Сличан процес слабења овлашћења Савета у корист Парламента може се уочити и у буџетској области. Уместо актуелног решења, по коме буџет у целини усваја Савет уз одобрење Парламента, при чему Парламент може утицати само на необавезне трошкове, Уговор предвиђа да ће целокупни годишњи буџет усвајати заједно Савет и Парламент.³²

в) У погледу начина одлучивања квалификована већина остаје и даље основни начин гласања у Савету. Међутим, битну новину представља напуштање система одмеравања гласова, тј. пондерисаног гласања, који је био примењиван у овом органу пуних пет деценија.³³ Уместо тога, код одлучивања квалификованом већином уведено је начело једна држава – један глас.

Лисабонски уговор другачије дефинише структуру квалификоване већине, а уноси и неке новине у погледу блокирајуће мањине и супервећине. Поред тога, код одлучивања квалификованом већином уводи, мада у нешто измењеном облику, могућност примене тзв. компромиса из Јонине.

Када Савет доноси правни акт на основу предлога Комисије квалификована већина подразумева 55% чланова Савета који обухватају најмање 15 држава чланица под условом да оне представљају 65% становништва Уније. Овај нови режим одлучивања назива се систем „двоструке већине“ будући да се заснива на два критеријума: броју држава чланица и проценту становништва. Блокирајућа мањина мора укључити најмање четири државе и она спречава постизање

³¹ Чл. 289 Уговора о функционисању ЕУ. Више о томе В. Кнежевић-Предић, З. Радивојевић, 56.

³² Чл. 314 Уговора о функционисању ЕУ.

³³ Према важећем решењу распоред гласова је следећи: Немачка, В. Британија, Италија и Француска имају по 29 гласова, Шпанија и Пољска 27, Румунија 14, Холандија 13, Белгија, Грчка, Португалија, Чешка и Мађарска 12, Аустрија, Шведска и Бугарска 10, Данска, Финска, Ирска, Словачка и Литванија 7, Летонија, Словенија, Естонија, Кипар и Луксембург 4 и Малта 3. То укупно чини 345 гласова, а квалификована већина потребна за доношење одлуке износи 255, док број од 90 негативних пондерисаних гласова може спречити одлуку. Ближе о начелу одмеравања гласова у Савету З. Радивојевић, В. Кнежевић-Предић, 104–105.

квалификоване већине. Изузетак од овакве структуре квалификоване већине предвиђен је у случајевима када Савет одлучује без предлога Комисије или Високог представника Уније за спољне послове и безбедоносну политику. Тада квалификовану већину (тзв. супервећину) чини 72% чланова Савета који представљају државе у којима живи најмање 65% становништва Уније.³⁴

Лисабонски уговор на сцену враћа „Јонина компромис“,³⁵ укинут Уговором из Нице, који се примењује у случају када мањи број држава од оних који чине блокирајућу мањину најави противљење одлучивању квалификованом већином. Тада Савет треба да учини све да се у разумном року, не угрожавајући временска ограничења предвиђена Уговором, дође до компромисног решења. У супротном, приступа се доношењу одлуке квалификованом већином. Према посебној декларацији уз Лисабонски уговор, која садржи нацрт одлуке Савета, поступак на основу овог компромиса до 31.марта 2017. године може да покрене група чланова Савета која у оквиру прописане блокирајуће мањине представља најмање три четвртине становништва или три четвртине броја држава чланица. После тог датума, биће потребно најмање 55% становништва или 55% држава чланица од оних које чине блокирајућу мањину.³⁶

Предвиђајући нове области у којима се редовна законска процедура примењује, Уговор истовремено повећава и број питања о којима ће се одлуке у Савету доносити квалификованом већином. Овај систем гласања примењиваће се у четрдесетак нових области,

³⁴ Чл. 16 Уговора о ЕУ и чл. 238 Уговора о функционисању ЕУ. Упор. са чл. 1–25 неприхваћеног Уговора о уставу који садржи сличну, али не и истоветну због неслагања владе Пољске. Овај систем гласања ће се примењивати од 2014. године, са прелазним периодом до 2017. године у складу са чл. 3 Протокола о прелазним одредбама.

³⁵ Повод за његово усвајање била је околност да се проширењем Уније са 12 на 15 држава чланица (после пријема Аустрије, Финске и Шведске) блокирајућа мањина попела са 23 на 26 гласова. На састанку Савета на грчком острву Јонина марта 1994. године постигнут је споразум да ако се некој одлуци противе државе које имају од 23 до 25 гласова, Савет треба да учини све да се у разумном року, не угрожавајући временска ограничења предвиђена Уговором, дође до решења које ће омогућити да одлука буде донета са 65 гласова. Исход оваквог поступка могао је да буде тројак: а) број гласова против одлуке се повећава на 26 и одлука се не доноси; б) број гласова против одлуке се смањује испод 23 и одлука се усваја, в) број гласова против одлуке остаје између 23 и 25, па се после истека разумног рока одлука усваја. Више о томе З. Радивојевић, В. Кнежевић-Предић, 107–108.

³⁶ Мањи број држава од оних које чине блокирајућу мањину фактички значи мање од 45% од држава чланица и мање од 35% од становништва Уније или, другачије речено, нешто више од трећине држава или нешто више од четвртине становништва. Видети предлог одлуке Савета о примени чл. 16 Уговора о Европској унији и чл. 238(2) Уговора о функционисању Европске уније између 1. новембра 2014. и 31. марта 2017. године, с једне стране, и од 1. априла 2017. године, с друге стране.

укључујући пољопривреду и рибарство, енергетику, туризам, цивилну заштиту, спорт, структурне фондове, социјално осигурање радника миграната и samozапослених миграната или слободу кретања samozапослених лица.³⁷ Код неких питања остављена је могућност држави која се противи оваквом начину одлучивања да се обрати Европском савету као највишем политичком арбитру Уније.³⁸

С друге стране, Уговором је настављен раније започети тренд да се смањи број правних аката које Савет доноси једногласно. Иако потиснута, једногласност је задржана за нека најбитнија питања о којима овај орган одлучује. Она су углавном везана за област заједничке спољне и безбедоносне политике, опорезивање, фискалну и социјалну политику.³⁹

г) Седнице Савета су до сада биле углавном затворене за јавност. Постојала је једино обавеза Савета да у случају када делује као законодавни орган објави резултате гласања и образложења унета у записник.⁴⁰ Лисабонски уговор иде корак даље и предвиђа да седнице Савета морају да буду јавне када се на њима расправља и гласа о предлогу законодавног акта.⁴¹ Према, томе, убудуће ће јавности бити доступан највећи део законодавног поступка, а не као до сада само начин гласања у Савету.

5. КОМИСИЈА

Лисабонски уговор садржи значајне измене у погледу састава Комисије, услова за именовање и поступка избора њених чланова, кандидовања и овлашћења председника Комисије. Новину представља увођење јединствене функције Високог представника Уније

³⁷ Чл. 43, 46, 48, 50, 165, 175, 194–196 Уговора о функционисању ЕУ.

³⁸ Тако држава која сматра да је предлогом законског акта повређен неки од основних елемената њеног система социјалног осигурања може затражити да се питање проследи Европском савету, што има за последицу обуставу редовног законског поступка. Након расправе, у року од четири месеца, Европски савет може: а) да врати предлог Савету, што значи наставак законодавног поступка; б) да затражи од Комисије подношење новог предлога; в) да ништа не предузме, односно да се држи потпуно пасивно. Последња два случаја значе неусвајање предложеног законског акта; вид. чл. 48 Уговора о функционисању ЕУ.

³⁹ Чл. 24, 31 и 42 Уговора о ЕУ и 113, 153, 155 и 311–312 Уговора о функционисању ЕУ.

⁴⁰ Чл. 207, ст. 3 (ранији чл. 147) важећег Уговора о ЕЗ. Овај текст у целости преузима чл. 7 Пословника о раду Савета; вид. и Резолуцију Европског парламента о транспарентности у Европској унији од 11. јануара 1999. године. Више, З. Радивојевић, В. Кнежевић-Пређић, 92–93.

⁴¹ Ст. 8, чл. 16 Уговора о ЕУ. Исту одредбу садржао је ст. 6, чл. I–24 неприхваћеног Уговора о уставу.

за спољне послове и безбедоносну политику. Поред тога, проширена је и делимично измењена надлежност иницијативе Комисије у законодавном поступку, као и у областима заједничке спољне и безбедоносне политике и полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима.

а) Број чланова Комисије до краја октобра 2014. године треба да буде једнак укупном броју држава чланица. После тог датума број чланова биће две трећине од броја држава чланица, осим ако Европски савет једногласно не одлучи да измени такав састав. Тада ће свака држава чланица имати свог комесара у току два од три петогодишња периода, односно биће одсутна из Комисије највише један мандатни период. Чланови Комисије бираће се на основу система једнаке ротације који треба да на задовољавајући начин изрази демографске и географске карактеристике држава чланица.⁴²

Као нови услов за именовање уведена је европска ангажованост (посвећеност, преданост) члана Комисије. Уговором су задржане постојеће фазе у поступку избора, али се мења надлежност у неким од њих. Тако, постављење чланова Комисије више неће вршити Савет, већ Европски савет квалификованом већином. Уговором је измењена надлежност за кандидовање председника Комисије. Уместо Савета, сада је Европски савет овлашћен да Европском парламенту предложи председника. Он то чини квалификованом већином после обављених потребних консултација, водећи притом рачуна о резултатима парламентарних избора. Уколико кандидат не добије већину у Парламенту, Европски савет је дужан да у року од једног месеца предложи новог кандидата.

С друге стране, председник је добио овлашћење да именује потпредседнике комисије. Уз то, он има дискреционо право да затражи оставку члана Комисије. У том случају члан ће поднети оставку, не чекајући да захтев председника подржи већина осталих чланова.⁴³

б) Увођење функције Високог представника Уније за спољне послове и безбедоносну политику⁴⁴ треба да превазиђе постојећи дуализам између садашњег Високог представника Уније за спољну политику и безбедност и комесара задуженог за спољне послове. Међутим, упркос спајању ових функција у једној личности, Високи пред-

⁴² Ст. 4 и 5, чл. 17 Уговора о ЕУ, упор. чл. I–26 Уговора о уставу. Више о томе З. Радивојевић, (2005), 97–98.

⁴³ Ст. 3, 6 и 7 чл. 17 Уговора о ЕУ. Видети и чл. I–27 Уговора о уставу.

⁴⁴ Ова функција заправо је преузета из неприхваћеног Уговора о уставу, с том разликом што је устав користио назив „министар за спољне послове“ (вид. чл. I–28).

ставник се опет појављује у двострукој улози, јер је истовремено члан Комисије и Савета. Томе треба додати његову везаност за Европски савет који га бира и разрешава, као и за Европски парламент у чију надлежност спада давање сагласности или изгласавање неповерења целој Комисији.⁴⁵

У Комисији Високи представник има функцију потпредседника који је задужен да обезбеди кохезију спољне активности Уније. У његову надлежност спада област спољних односа Комисије и усклађивање других аспеката спољних активности Европске уније. Вршећи ову функцију, Високи представник мора да поштује начело колегијалности у раду Комисије, које га обавезују да осигура подршку осталих комесара пре него што предузме било коју иницијативу или акцију.⁴⁶

Као члан Савета, Високи представник председава седницама Савета за спољне послове. Његов је задатак да води заједничку спољну и безбедоносну политику и заједничку политику безбедности и одбране. Својим предлозима доприноси развоју те политике и њеном спровођењу у оквиру мандата Савета.⁴⁷

Уговором се уводи европска служба за спољне послове. Ова служба стоји на располагању Високом представнику, а чине је службеници одговарајућих одељења генералних секретаријата Савета и Комисије, као и особље националних дипломатских служби држава чланица. Своје задатке обавља у сарадњи са дипломатским службама држава чланица.⁴⁸

в) Монопол иницијативе који данас има Комисија у оквиру првог стуба Европске уније, Лисабонски уговор проширује на поступак доношења свих законских аката. Тако се Комисија појављује као искључиви предлагач у редовном законодавном поступку, пошто се регулативе, директиве и одлуке могу усвојити само на њен предлог. Међутим, у случајевима који су посебно предвиђени Уговором, законски акти могу се донети на иницијативу групе држава чланица

⁴⁵ Према Уговору (ст. 7, чл. 17 Уговора о ЕУ) Високи представник, заједно са председником и члановима Комисије, подлеже поступку добијања сагласности од Европског парламента. Уколико, пак, Парламент изгласа неповерење Комисији као колективном органу (чл. 234 Уговора о функционисању ЕУ) Високи представник подноси оставку, али само на дужности које обавља као члан Комисије (ст. 8, чл. 17 Уговора о ЕУ).

⁴⁶ Ст. 4, чл. 18 Уговора о ЕУ; упор. ст. 4, чл. I–28 неприхваћеног Уговора о уставу. Више, З. Радивојевић, М. Живковић, 62–64.

⁴⁷ Ст. 2 и 3, чл. 18 и чл. 24 и 26 Уговора о ЕУ; вид. и чл. I–40 и I–41 Уговора о уставу.

⁴⁸ Ст. 3 чл. 27 Уговора о ЕУ. Истоветно решење било је предвиђено ст. 3 чл. III–296 неприхваћеног Уговора о уставу

или Европског парламента, на препоруку Европске централне банке или на захтев Суда правде или Европске инвестиционе банке.⁴⁹

У области заједничке спољне и безбедоносне политике надлежност иницијативе подељена је између држава чланица и Високог представника. Том приликом Високи представник предлоге може подносити самостално или уз подршку и заједно са Комисијом. Овде је, међутим, искључено усвајање законских аката, већ се доносе само одлуке. Исти је случај и код заједничке политике безбедности и одбране.⁵⁰

Кад је у питању полицијска и правосудна сарадња у кривичним стварима, Уговор садржи значајну новину у поређењу са садашњим трећим стубом Европске уније. Према овом решењу, право законске иницијативе имају паралелно Комисија и државе чланице, али не више на равноправној основи. За разлику од Комисије, државе то право не могу користити појединачно, већ је потребно да предлог законског акта поднесе група састављена од најмање једне четвртине укупног броја држава чланица.⁵¹

6. СУД ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Задржавајући највећи део постојећих решења, Лисабонски уговор предвиђа значајне новине у погледу организације правосудног система Европске уније. Оне се односе на назив и састав правосудних органа, број општинских правобранилаца и поступак именовања судија и правобранилаца.

а) Кад је реч о називу, најуочљивију промену представља преименовање садашњег Суда правде у Суд правде Европске уније. Тај нови назив заправо представља збирни појам или генеричку ознаку за целокупни правосудни систем Уније.⁵² Према Лисабонском уговору само Суд правде Европске уније има статус институције Уније.⁵³ У његов састав, као посебни правосудни органи, улазе Суд правде,

⁴⁹ Ст. 2, чл. 17 Уговора о ЕУ и чл. 289 Уговора о функционисању ЕУ; упор. ст. 2, чл. I–26 и чл. I–34 Уговора о уставу.

⁵⁰ Чл. 22 и 42 Уговора о ЕУ; вид. и чл. I–40 и I–41 неприхваћеног Уговора о уставу.

⁵¹ Чл. 76 Уговора о функционисању ЕУ. Истоветну одредбу садржао је чл. III–264 Уговора о уставу.

⁵² У овом смислу Б. Кошутић, *Увод у европско право*, Београд 2006, 142–143; Ph. Manin, *L'Union européenne: institutions – ordre juridique – contentieux*, Paris 2005, 387; J. C. Pirs, 115; 3. Радивојевић, „Новине у организацији Европског суда правде“, *Правни живот* 16/2007, 224–226.

⁵³ Чл. 13 Уговора о ЕУ.

Општи суд (или Суд опште надлежности)⁵⁴ и специјализовани судови.⁵⁵

Суд правде замениће постојећи Суд правде Европских заједница. Састављен је и даље од по једног судије из сваке државе чланице. Помоћ у раду му пружа осам општих правобранилаца. Посебном Декларацијом која је усвојена уз Лисабонски уговор предвиђена је могућност да се број општих правобранилаца са постојећих осам повећа на једанаест. Одлуку о томе на захтев Суда правде доноси Савет једногласно.⁵⁶

Уговор не предвиђа никакве услове у погледу држављанства судија и правобраниоца, али су они до сада увек били држављани неке од држава чланица Уније. Неписано је правило да свака чланица има право да именује једног судију. Тај принцип је изричито утврђен Лисабонским уговором.⁵⁷

С друге стране, обичај је био да пет највећих држава (Немачка, Италија, Француска, Велика Британија и Шпанија) именују по једног, док остале чланице именују три правобраниоца, који се смењују по утврђеном редоследу. Поменутом Декларацијом уз Лисабонски уговор предвиђена је могућност да Пољска као шеста држава добије стално место општег правобраниоца, док би се број ротирајућих правобранилаца са садашњих три повећао на пет.

б) Као другу новину Статут Суда правде Европске уније,⁵⁸ усвојен уз Лисабонски уговор, предвиђа могућност именовања помоћника известиоца. Њихов је задатак да учествују у припремном истраживању у случајевима који се налазе пред Судом и да сарађују са судијом известиоцем. Акт којим се уводи могућност именовања помоћника известиоца и уређује њихов рад доносе на захтев Суда правде Европски парламент и Савет по редовном законодавном поступку. Помоћници известиоца бирају се из реда лица чија је независност

⁵⁴ Постоје одређене разлике у називима овог Суда у текстовима Лисабонског уговора на енглеском, француском и немачком језику. Тако се у енглеској верзији користи назив *the General Court*, док је у француском тексту употребљен термин *le Tribunal de grande instance*. На немачком језику назив овог Суда је *das Gericht*; вид. чл. 19 Уговора о ЕУ. Истоветне разлике постојале су у чл. I-28 Уговора о уставу.

⁵⁵ Чл. 19 Уговора о ЕУ. Новину представља одредба унета у ст. 1 овог члана којом је државама чланицама наметнута обавеза да пружају неопходу правну помоћ да би се обезбедила ефикасна правна заштита у областима које су покривене правом Уније.

⁵⁶ Декларација о чл. 252 Уговора о функционисању ЕУ који се односи на број општих правобранилаца у Суду правде; вид. и ст. 1, чл. 252 Уговора о функционисању ЕУ.

⁵⁷ Ст. 2, чл. 19 Уговора о ЕУ. Идентично решење предвиђао је чл. I-28 неприхваћеног Уговора о уставу.

⁵⁸ Вид. чл. 13 Протокола о Статуту Суда правде Европске уније.

изван сваке сумње и који поседују све неопходне правничке квалификације. Именије их Савет одлуком коју доноси простом већином. Они полажу заклетву пред Судом да ће своје дужности вршити непристрасно и савесно и да ће чувати тајност расправа приликом одлучивања у Суду.

Општи суд је састављен од најмање по једног судије из сваке државе чланице. Овај Суд је у ствари преименовани садашњи Првостепени суд. У погледу надлежности Лисабонским уговором остављена је могућност да Општи суд одлучује о претходном питању које му је поднето на основу чл. 267 у специфичним областима предвиђеним у Статуту Суда правде ЕУ.⁵⁹ Према овој одредби, приликом доношења одлуке о претходном питању, надлежност Општег суда сужена је у корист Суда правде. Тако се одлучивање о претходном питању уступа Суду правде уколико Општи суд сматра да одређени случај захтева доношење начелне одлуке због могуће повреде јединства или кохерентности права Уније. Из сличних разлога одлука о претходном питању коју донесе Општи суд може изузетно бити предмет преиспитивања од стране Суда правде⁶⁰. Предлог за преиспитивање одлуке и овде подноси први општи правобранилац у року од месец дана од њеног достављања, а Суд правде своју одлуку доноси у даљем року од месец дана од подношења предлога.⁶¹

в) Успостављањем специјализованих судова, Лисабонски уговор продубљује постојећу организацију правосудног система Европске уније. Они треба да замене садашње судске панеле.⁶² Специјализовани судови биће придодати Општем суду и имаће надлежност да поступају у првом степену у одређеним областима.

Специјализовани судови оснивају се регулативом коју доноси Савет и Европски парламент по редовном законодавном поступку. Предлог за оснивање специјализованих судова могу да упуте или Комисија после консултовања Суда правде или сам Суд правде после консултовања Комисије.⁶³ Ови судови образују се ради поступања и

⁵⁹ Ст. 2 и 3, чл. 256 (ранији чл. 225 Уговора о ЕЗ) Уговора о функционисању ЕУ. Више о томе З. Радивојевић, „Индиректна и саветодавна надлежност Европског суда правде“, *Правни живот* 14/2008, 7–10.

⁶⁰ На основу истоветне одредбе коју садржи Уговор из Нице до сада Статутом Суда правде није пренета ова врста надлежности постојећем Првостепеном суду. Тако је Суд правде остао и даље искључиво надлежан да доноси одлуке о претходним питањима која су му упућена од стране националних судова држава чланица у вези са применом и тумачењем комунитарног права, вид. З. Радивојевић, В. Кнежевић-Предић, 147.

⁶¹ Вид. чл. 62 Протокола о Статуту Суда правде Европске уније.

⁶² Чл. 220 Уговора о ЕЗ, измењен Уговором из Нице

⁶³ Ст. 1, чл. 257 (ранији чл. 225А Угоора о ЕЗ) Уговора о функционисању ЕУ.

одлучивања у првом степену о одређеним питањима који им буду стављена у надлежност. Регулативом о оснивању специјализованог суда Савет и Европски парламент треба да прецизирају његову организацију и обим надлежности.

г) Кад је у питању поступак именовања судија и општих правобранилаца, Лисабонски уговор предвиђа оснивање посебног комитета или панела. Он је састављен од седам чланова изабраних из реда ранијих судија Суда правде и Општег суда, судија националних врховних судова, као и правника опште признате стручности⁶⁴, које предлаже Европски парламент. Комитет (панел) одлучује на предлог председника Суда правде. Правила о начину рада овог комитета (панела) и одређивању његових чланова утврђују се одлуком коју доноси Савет Европске уније.⁶⁵

Овај нови орган има задатак да даје мишљења о подобности кандидата за обављање функције судије и општег правобраниоца Суда правде и Општег суда пре него што их државе званично предложе.⁶⁶ Иако његова мишљења нису обавезујућа, сматра се да ће се на овај начин значајно унапредити и побољшати квалитет поступка именовања судија и општих правобраниоца,⁶⁷ пошто су до сада државе чланице имале пуну слободу приликом предлагања кандидата.

И код именовања судија специјализованих судија образује се посебан комитет са задатком да испита да ли пријављени кандидати испуњавају услове и да препоручи њихов избор. Према Анексу, који је придодат Статуту Суда правде Европске уније, овај комитет се састоји од седам чланова који се бирају из реда ранијих судија Суда правде и Општег суда и правника признате стручности. Комитет се образује на препоруку председника Суда правде одлуком коју Савет доноси квалификованом већином. Уз своје мишљење комитет прилаже и листу најподобнијих кандидата са највећим степеном искуства. Ова листа мора да садржи имена најмање двоструко више кандидата од броја судија специјализованог суда које именује Савет.

⁶⁴ Овај Комитет доста подсећа на посебан комитет који већ постоји и делује у поступку именовања судија Трибунала за службеничке спорове, вид. чл.3 Анекса Одлуке о формирању Трибунала за службеничке спорове од 2. новембра 2004. године (*Official Journal of the European Union*, L 333/9–11, 9.11.2004).

⁶⁵ Чл. 255 Уговора о функционисању ЕУ.

⁶⁶ Судије и правобраниоце и даље именују споразумно владе држава чланица, чл. 253 (ранији чл. 223 Уговора о ЕЗ) и чл. 254 (ранији чл. 224 Уговора о ЕЗ) Уговора о функционисању ЕУ.

⁶⁷ Ph. Manin, 389; J. C. Piris, 115; З. Радивојевић, М. Живковић, 64.

7. ДРУГЕ ИНСТИТУЦИЈЕ И САВЕТОДАВНИ ОРГАНИ

Кад су у питању друге институције, најзначајнију измену представља укључење Европске централне банке у листу главних органа Европске уније. До сада Банка није спадала у институционални оквир Уније, али је представљала њену институцију.⁶⁸ Лисабонским уговором Рачуноводствени суд је поново увршћен у каталог органа који сачињавају институционални оквир Уније, након што је тај положај изгубио према неприхваћеном Уговору о уставу за Европу.

а) Укључујући Европску централну банку у институционални оквир Уније,⁶⁹ Лисабонски уговор доноси неколико новина у погледу улоге и положаја ове финансијске институције. Прва од њих везана је за институционализацију монетарне сарадње држава чланица чија је валута евро и унапређење представљања евро зоне на међународном плану. Други правац измена представља директну последицу признавања Европској централној банци статуса органа Уније и огледа се у новом начину именовања чланова њеног Извршног одбора, као и проширењу могућности за добијање статуса туженог у поступцима пред Судом правде Европске уније.

У Лисабонски уговор је по први пут унет одељак који садржи посебне одредбе о државама чланицама чија је валута евро.⁷⁰ На тај начин, неформална сарадња министара финансија земаља чланица евро зоне, која се сада одвија преко Савета евра и на чијим скуповима учествују представници Европске централне банке,⁷¹ добија уговорни правни основ. Уговор изричито одређује да се начин организо-

⁶⁸ Чл. 8 (ранији чл. 4А) важећег Уговора о Европској заједници. Ни према неприхваћеном Уговору о уставу Банка није била укључена у институционални оквир Уније (чл. I–19) већ је представљала институцију (чл. I–30) која је регулисана трећим делом Уговора и Статутом који је садржан у Протоколу (чл. III – 185–202 и III – 382–383 Уговора и Протокол бр.4 о Статуту Европског система централних банака и Европске централне банке)

⁶⁹ Чл. 13, ст. 1 и 3 Уговора о ЕУ садржи начелну одредбу о Банци, док се детаљна правила о њеној организацији, раду и задацима налазе у Уговору о функционисању ЕУ и Статуту који је усвојен као посебан Протокол, вид. Део III (Политике и унутрашње акције Уније), Наслов 8 (Економска и монетарна политика), Глава 2 (Монетарна политика: чл. 127–133), Глава 3 (Институционалне одредбе: чл. 134 и 135), Глава 5 (Прелазне одредбе: чл. 134–141) и Део VI (Институционалне и финансијске одредбе), Наслов I (Институционалне одредбе), Глава I (Институције), Одељак 6 (Европска централна банка: чл. 282–284) и Протокол бр. 4 о Статуту Европског система централних банака и Европске централне банке.

⁷⁰ Део III (Политике и унутрашње акције Уније), Наслов 8 (Економска и монетарна политика), Глава 4 (Посебне одредбе које се односе на државе чланице чија је монета евро: чл. 136–138) Уговора о функционисању ЕУ.

⁷¹ Више о томе З. Радивојевић, В. Кнежевић-Предић, 237; Ж. К. Зарка, *Основи институција Европске уније* (превод), Београд 2004, 96–97.

вања састанака министара држава чланица евро зоне уређује Протоколом о Еврогрупи. Протокол усвојен на основу тог овлашћења предвиђа да се министри држава чланица Еврогрупе окупљају на неформалним састанцима који се одржавају према потреби ради разматрања питања од заједничке одговорности у области јединствене монете. На те састанке се позивају представници Европске централне банке.⁷² Том приликом се само размењују мишљења о питањима везаним за јединствену валуту, али не доносе никакве одлуке, будући да право одлучивања у овом домену има Савет састављен од представника држава чланица чија је валута евро.

Увођење функције председника Еврогрупе, уместо досадашњег председавајућег који се ротирао сваких шест месеци са променом државе која председава Саветом, представља другу новину. Циљ овог решења је да се обезбеди континуитет и стабилност сарадње у оквиру Еврогрупе. Председник се бира на две и по године већином гласова министара држава чланица чија је валута евро.⁷³

Ради обезбеђења места евра у међународном монетарном систему и јединственог представљања у међународним финансијским институцијама Лисабонски уговор овлашћује Савет да усваја заједничке ставове и доноси потребне мере. У овом случају Савет одлучује квалификованом већином на предлог Комисије и након консултовања Европске централне банке.⁷⁴ Тиме је Банка добила значајну саветодавну улогу у међународном представљању евро зоне, с обзиром да је у процесу доношења одлука неопходно прибављање њеног мишљења.

Признајући Европској централној банци статус главног органа Уније, Уговор је изменио начин именовања председника, потпредседника и чланова Извршног одбора. Њих више не именују државе чланице заједничким споразумом, већ то чини Европски савет, одлучујући квалификованом већином, на препоруку Савета и након консултовања Европског парламента и Савета гувернера Европске централне банке.⁷⁵

Друга промена везана је процесни положај Европске централне банке у поступку пред Судом правде Европске уније. Према актуелном решењу, Суд је надлежан да одлучује само о тужбама за поништај већ усвојених аката Европске централне банке, али није овлашћен да контролише да ли је она евентуално пропустила да донесе

⁷² Чл. 1 Протокола о Еврогрупи.

⁷³ Чл. 2 Протокола.

⁷⁴ Чл. 138 Уговора о функционисању ЕУ.

⁷⁵ Чл. 283 Уговора о функционисању ЕУ. Истоветну одредбу садржао је чл. III-382 Уговора о уставу, за разлику од сада важећег чл. 112 Уговора о ЕЗ.

акт када је на то Уговором обавезна.⁷⁶ Лисабонски уговор допушта да се тужба због пропуштања поднесе и у случају уздржавања од деловања Банке.⁷⁷ Тиме је отворена могућност да се као тужени у овом поступку пред Судом појави Европска централна банка.

б) Економски и социјални комитет и Комитет региона нису ушли у ред главних органа Уније. Они су у Лисабонском уговору задржали саветодавни статус, уз нешто другачије одређен састав и дужи мандат њихових чланова и функционера. Поред тога, ојачан је њихов утицај и положај у поступку пред Судом правде и у односу на Европски парламент.

Лисабонски уговор сузио је садашње таксативно набрајање различитих категорија економских и друштвених делатности чији представници улазе у састав Економског и социјалног комитета. Уместо тога, Уговор предвиђа да овај Комитет чине представници организација послодаваца, запослених, као и други представници цивилног друштва, посебно из друштвено-економске, грађанске, професионалне и културне области.⁷⁸ Остављена је могућност да Савет у редовним интервалима разматра састав Економског и социјалног комитета, као и Комитета региона, водећи рачуна о економском, друштвеном и демографском развоју Уније. У том циљу Савет је добио овлашћење да једногласно, на предлог Комисије, усваја одлуке којима одређује састав ових Комитета.

Мандат чланова Економског и социјалног комитета и Комитета региона продужен је са четири на пет година. У исто време, избор председника и председништва ових Комитета врши се на две и по, а не више на две године.⁷⁹

Кад је реч о поступку пред Судом правде, Уговор је по први пут овластио Комитет региона да подноси тужбе за поништај правних аката које доносе институције Уније. Комитету је право да буде тужилац признато у два случаја: ради заштите сопствене надлежности и због повреде принципа супсидијарности када је Уговором предвиђена обавеза његовог консултовања.⁸⁰

⁷⁶ Чл. 232 (ранији чл. 175) Уговора о ЕЗ.

⁷⁷ Чл. 265 Уговора о функционисању ЕУ чији је текст идентичан са чл. III–367 неприхваћеног Уговора о уставу.

⁷⁸ Упор. важећи чл. 257 (ранији чл. 193) Уговора о ЕЗ, измењен Уговором из Нице, чл. I–32 неприхваћеног Уговора о уставу и чл. 300 Уговора о функционисању ЕУ.

⁷⁹ Чл. 301–302 и 305–306 Уговора о функционисању ЕУ. Ово решење преузето је из чл. III – 386–387 и III – 390–391 Уговора о уставу.

⁸⁰ Чл. 263 Уговора о функционисању ЕУ. Вид. чл. 8 Протокола о примени начела супсидијарности и пропорционалности који је приложен уз Уговор. Истоветне одредбе садржао је чл. III–365, ст. 3 Уговора о уставу и чл. 7 Протокол бр. 2 о

Коначно, саветодавна улога Економског и социјалног савета и Комитета региона у процесу одлучивања проширена је на Европски парламент. Уговором је предвиђено да Парламент, под истим условима као и Савет и Комисија, може да захтева сазивање састанака ових Комитета и да им се обраћа за мишљења.⁸¹ На овај начин Европски парламент стављен је у равноправни положај са Саветом и Комисијим кад су у питању односи са саветодавним органима Уније.

8. ЗАКЉУЧАК

Институционалне новине наведене у овом раду недвосмислено указују да су творци Лисабонског уговора извршили бројне измене када је у питању правни статус главних органа Европске уније. Те измене нису увек и свуда једнаке ни по обиму ни по материји, а вероватно ни по свом значају. Неке од њих не само да мењају састав и овлашћења органа, већ досежу до редефинисања самог правног и политичког система Европске уније.

Свакако најочљивија промена тиче се инаугурације Европског парламента у равноправног законодавца. Та дисперзија законодавне власти истовремено је веома усложнила процес доношења законских аката Европске уније.

На први поглед мање уочљива последица изједначавања Европског парламента и Савета у законодавном процесу је њихово стављање у равноправну позицију и у погледу овлашћења на делегацију. Наиме, сада важеће право Европске уније додељује Савету искључиво право да материју из своје надлежности делегира Комисији и утврди моделе праћења њеног рада у тим случајевима. Европски парламент, који се таквој пракси, популарно названој комитологија, озбиљно и упорно противио, сада и сам долази у ситуацију да путем делегираних аката преноси своја овлашћења Комисији и контролише њен рад. Из тога јасно произилази закључак о Европском парламенту као највећем нето добитнику реформе извршене Лисабонским уговором.

Друга битна промена тиче се извршне функције, односно начина на који је конципирано функционисање извршне власти у Европској унији. Оснивачки уговори који су сада на снази извршну функ-

примени принципа супсидијарности и пропорционалности. Више о томе K. Lenaerts, P. V. Nufel, R. Bray, *Constitutional Law of the European Union*, London 2005, 461; K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, London 2006, 324–325.

⁸¹ Чл. 304 и 307 Уговора о функционисању ЕУ; вид. и чл III–388 и III–392 неприхваћеног Уговора о уставу.

цију поверавају Комисији. У ту сферу Лисабонски уговор као новог актера уводи Европски савет. Тиме се систем не само умножава, већ постаје много сложенији и то на начин који није представљао део актуелне праксе деловања органа Европске уније.

Мада таква промена није довољна да би се Комисији одузео статус главног извршиоца, она је, посебно ако се посматра у вези са неизвесном судбином праксе комитологије, довољна да оправда закључак о њеном промењеном положају у остваривању ове функције у правном систему Европске уније. Комисији, међутим, остаје у Лисабонском уговору релативно недирнута основна полуга моћи унутар законодавног процеса, њена тзв. златна полуга, односно овлашћење искључивог предлагача законских аката и то у значајно проширеном домену.

Већ само оно што је о речено о јачању позиције Европског савета на рачун Комисије оправдава закључак о њему као другом нето добитнику реформе извршене Лисабонским уговором. Уз то, овај орган постаје учесник у процесу одлучивања и главни модератор постојећих и креатор будућих измена правног и политичког система ЕУ.

Као трећи добитник ове реформе може се означити Европска централна банка која не само да је укључена у категорију главних органа Уније, већ је истовремено стекла значајнију улогу у оквиру Еврогрупе и шире процесне могућности пред Судом правде. Исто се може рећи за Комитет региона коме је, упркос саветодавном статусу, призната активна процесна легитимација пред овим Судом.

Суд правде је у Лисабонском уговору задржао своју основну функцију да „обезбеди поштовање права у тумачењу и примени основних уговора“. Новине које доноси Уговор углавном су организационе природе и имају за циљ повећање ефикасности правосудног система Европске уније у условима сталног пораста броја предмета, као и његово ширење кроз могућност успостављања специјализованих судова.

С друге стране, чини се да је највећи нето губитник извршених институционалних реформи Савет. Он не само да губи статус главног законодавца, већ и улогу посредника и предводника између шефова држава и влада окупљених у Европском савету и правног поретка Уније. То слабљење улоге Савета у корист Европског парламента као органа у коме су представљени грађани Уније и јачање Европског савета у коме су представљене државе несумњиво мења постојећи институционални баланс, мада не мора нужно да значи измену односа националног и наднационалног у ЕУ.

Zoran Radivojević, PhD

Full Professor

University of Niš Faculty of Law

THE NEW INSTITUTIONAL REFORM OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The new institutional reform envisaged by the Treaty of Lisbon has brought substantial changes to the composition, jurisdiction and interrelation between the main and the advisory bodies of the EU. The principal winners of such reform are the European Parliament, which has been given the status of an equal legislator with the Council of the EU, and the European Council, whose decision-making and executive role has been significantly reinforced. Among the likely winners are the European Central Bank, which has been instituted as one of the main bodies in the EU and gained a more prominent role within the Eurogroup, and the Committee of Regions, which has received active procedural legitimacy. Under the Lisbon Treaty, the Court of Justice has kept its primary function but there are certain novelties aimed at improving its organization, efficiency and effectiveness, as well as broadening the EU judicial system.

The most disadvantaged body in this institutional reform is the Council, which has lost not only its position of the main legislator but also the role of intermediary between the EU legal order and the heads of states and governments assembled within the European Council. Another disadvantaged body is the Commission, whose status of the main executive body has been partially changed in favour of the European Council, which is a new player in the executive field. There is no doubt that weakening the role of the Council in favour of a more prominent role of the European Parliament, on one hand, and strengthening the role of the European Council on account of the Commission, on the other, significantly changes the existing institutional balance. It does not necessarily imply, though, a change in terms of relations of the national and supranational elements in the European Union.

Key words: *Main EU bodies. – Institutional framework. – Lisbon Treaty. – Reform. – European Union.*

УДК 349.6(497.11)
502.14::342.727(497.11)

Др Стеван Лилић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Мр Мирјана Дреновак

УПРАВНА И УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА НА УЧЕШЋЕ ЈАВНОСТИ У СТВАРИМА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ЖИВОТНУ СРЕДИНУ У СРБИЈИ

Афирмацију права на учешће јавности у процедурама од значаја за заштиту животне средине могуће је постићи стварањем адекватних механизма за прикупљање и анализу информација о стању у животnoj средини, као и поверавањем овлашћења за приступ тим информацијама стручњацима и широј јавности. Имајући у виду наша важећа законска решења у области заштите животне средине, може се уочити да регулатива информисања јавности о фазама поступка и могућностима активног учешћа јавности није конзистентна. У раду се анализира појам, нормирање и правна заштита учешћа јавности у процедурама од значаја за заштиту животне средине у оквирима наших важећих еколошких закона, као и оних чије усвајање предстоји. Осим тога, рад обрађује и основне поставке Архуске конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и права на приступ правди (правну заштиту) у питањима животне средине.

Кључне речи: *Заштита животне средине.– Еколошко информисање.– Јавност и доношење еколошких одлука.– Право на приступ правди.– Архуска конвенција*

1. УВОД

Један од кључних предуслова за вођење еколошке политике на националном и међународном плану је адекватно информисање надлежних служби које се баве заштитом животне средине, као и шире јавности. У том циљу неопходно је обезбедити кумулативно постојање правних механизма којима се постиже прикупљање и анали-

за релевантних информација о стању у животној средини, као и слободан приступ еколошким информацијама, како стучњака, тако и заинтересоване јавности.¹ Предмет овог рада је анализа правних механизма за еколошко информисање грађана и њиховог учешћа у креирању еколошке политике, с посебним освртом на „право приступа правди“ у еколошким стварима. Поред анализе националног правног оквира и важећег законодавства у области заштите животне средине, у раду се обрађују и основне поставке заштите еколошког права у оквиру Европске уније и правна решења нормирана Архуском конвенцијом, која регулише три важна и међусобно повезана питања реализације права у вези са животном средином: право на приступ еколошкој информацији, право на учешће јавности у доношењу еколошких одлука и право на „приступ правди“ (право на правну заштиту) у питањима заштите животне средине.²

2. ЗАШТИТА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ И ПОЗИТИВНО ПРАВО СРБИЈЕ

Позитивно еколошко право у Србији карактерише већи број закона и подзаконских општих аката. Оквири заштите права на животну средину уређени су Законом о заштити животне средине, Законом о процени утицаја на животну средину, Законом о стратешкој процени утицаја на животну средину и Законом о интегрисаном спречавању и контроли загађивања животне средине.³ Наведени законски сет представља скоро целовит систем еколошког законодавства у Србији и као такав објављен је у *Службеном гласнику РС*, бр. 135/2004. На снагу су ступили истог дана, 29. децембра 2004. године. Поред раније донетих закона, у скупштинској процедури (мај 2009) налази се још неколико еколошких закона, који би требало да допринесу хармонизацији наших прописа са европским стандардима у овој области. Ради се о више предлога закона који регулишу заштиту од нејонизујућег зрачења, заштиту ваздуха, заштиту природе, заштиту од буке у животној средини, хемикалије, биоцидне производе, управљање отпадом, амбалажни отпад, као и забрану развоја, произ-

¹ С. Лилић, М. Стојановић, „Еколошка информација у праву ЕУ и законодавству Србије“, *Еко-justus I: Право и животна средина у привреди и пракси*, Форум квалитета (Асоцијација за глобална питања квалитета), Београд 2008, 35–40.

² М. А. Heldeweg, R. J.G.H. Seerden, K. R. Deketealere, „Public Environmental Law in Europe – a Comparative Search for a *Ius Commune*“, *European Environmental Law*, Kluwer Law International, the Hague 2004, 85–86.

³ С. Илијић, „Карактеристике закона из области еколошког права“, *Правни информатор* 9/2008, http://www.informator.rs/tekstovi/karakteristike_908.htm, 9. мај 2009.

водње, складиштења и употребе хемијског оружја и његовом уништавању.⁴

Закон о заштити од јонизујућег зрачења предложен је с циљем хармонизације важећих прописа Србије са прописима и стандардима Европске уније, али и ради поштравања режима нуклеарне и радијационе сигурности у земљи. Његовом имплементацијом постигло би се обезбеђење услова неопходних за ефикасно сузбијање злоупотребе радиоактивних и нуклеарних материјала.

Закон о заштити од нејонизујућег зрачења предвиђа децентрализацију и ефикасније спровођење мера надзора у коришћењу извора нејонизујућег зрачења. Као посебно осетљиви случајеви на чијим објектима неће бити могуће постављање извора нејонизујућег зрачења, као што су, на пример, антенски системи телекомуникационих уређеја, идентификоване су школе, обданишта, здравствене установе и др. Најзначајнија новина односи се на формирање независног регулаторног тела – Агенције за заштиту од јонизујућег закона.

Закон о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и његовом уништавању омогућиће примену Конвенције о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању, којој је Србија приступила још 2000. године, чиме је прихватила обавезу разоружавања, уништавањем свих залиха хемијског оружја и постројења за његову производњу, укључујући и напуштено оружје. Према предлогу овог Закона, Министарство одбране је надлежно за спровођење Конвенције у делу који се односи на производњу, употребу и коришћење хемијских средстава у војне сврхе, док је Министарство животне средине и просторног планирања надлежно за коришћење хемијских средстава у другим дозвољеним случајевима.

Нарочито важан елемент у заокруживању целовитог система еколошке заштите има Предлог закона о потврђивању Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на „приступ правди“ (правна заштита) у питањима животне средине.⁵ Реч је о Архуској конвенцији која дефинише поступак учешћа јавности у доношењу одлука које могу имати утицај на животну средину и обавезује на укључивање јавности у поступке доношења одлука о стратешким еколошким документима.⁶ Имајући у виду да је циљ Архуске конвенције обавезивање власти да у што

⁴ Извор: http://www.parlament.sr.gov.yu/content/lat/akta/akta_detalji.asp?Id680&t=P, 9. мај 2009.

⁵ Извор: http://www.parlament.sr.gov.yu/content/lat/akta/akta_detalji.asp?Id=713&t=P, 9. мај 2009.

⁶ P. Sands, P. Galizzi, *Documents in European Community Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, 359.

већој мери узму у обзир ставове и мишљења јавности приликом доношења одлука које су од значаја за животну средину, као и чињеницу да је Србија готово једина држава у региону која је није потписала и ратификовала, отвара се питање на који начин је важећим законодавством Србије обезбеђена правна заштита у управном и судском поступку када је у питању учешће јавности у процедурама од значаја за заштиту животне средине.

3. ПОЈАМ УЧЕШЋА ЈАВНОСТИ У ПРОЦЕДУРАМА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ЗАШТИТУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Законом о заштити животне средине уређен је интегрални систем заштите животне средине којом се постиже остваривање права човека на живот и развој у здравој животној средини, као и уравнотежен однос привредног развоја и животне средине.⁷ При томе, систем заштите животне средине чине мере, услови и инструменти за одрживо управљање природним вредностима и за спречавање, контролу, смањивање и санацију свих облика загађивања животне средине.⁸ Важну компоненту у постизању наведених циљева има промовисање основних начела чија је имплементација услов и гарант правилне и ефикасне примене законских решења. Међу основним начелима наведеним у Закону о заштити животне средине, као нарочито важно, истиче се начело информисања и учешћа јавности. Због тога, потребно је прецизније одредити појам јавности и дати ближе одређење процедура којима се остварује право на информисање и учешће јавности у еколошким управним стварима.

Основне поставке у проблематици учешћа јавности налазе се у нормама Закона о заштити животне средине. У том смислу, свако има право да буде обавештен о стању животне средине и да учествује у поступку доношења одлука чије би спровођење могло да утиче на животну средину.⁹ На основу тога, може се закључити да се *ratio legis* налази у чињеници неопходне функционалне међузависности поступка информисања и учешћа јавности у процесу доношења одлуке.¹⁰ Илустративан пример налази се у Закону о процени утицаја на животну средину, Закону о стратешкој процени утицаја на живот-

⁷ Закон о заштити животне средине, чл. 1.

⁸ С. Лилић, „Еколошка правда“, *Страни правни живот* 1–3/2007, 195–204 (јубиларно издање поводом 50. годишњице Института за упоредно право, 1956–2006).

⁹ Закон о заштити животне средине, чл. 9, тач. 10.

¹⁰ С. Schall, „Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters Before Human Rights Courts: A Promising Future Concept?“, *Journal of Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, 417–453.

ну средину, као и у Закону о интегрисаном спречавању и контроли загађивања животне средине. Тако је чланом 10. Закона о процени утицаја на животну средину нормирана обавеза надлежног органа да обавести заинтересоване органе и организације, као и јавност, о поднетом захтеву о потреби процене утицаја, у року од десет дана од дана пријема уредног захтева. Истим чланом утврђена је и обавеза надлежног органа да у односном обавештењу нарочито наведе податке о носиоцу пројекта (називу, врсти и локацији пројекта чије се извођење планира), месту и времену могућности увида у податке, обавештења и документацију из захтева носиоца пројекта, природи одлуке која ће бити донета на основу поднетог захтева, као и називу и адреси надлежног органа. Заинтересована јавност овлашћена је да у року од 10 дана од пријема обавештења достави своје мишљење, при чему ће надлежни орган о поднетом захтеву о потреби процене утицаја одлучити узимајући у обзир достављена мишљења заинтересоване јавности.

Поступак учешћа јавности је, према Закону о заштити животне средине, организован кроз обавезу излагања пројеката, планова и програма на јавни увид и поступак јавне расправе. Међутим, ова формулација не даје довољно јасне елемете за прецизно одређивање места и улоге јавности. Ипак, до тога се може доћи анализом целокупне регулативе у материји животне средине.

Треба разликовати појам „јавност“ од појма „заинтересована јавност“. Тако, јавност чине једно или више физичких или правних лица, њихова удружења, организације или групе.¹¹ Са друге стране, заинтересована јавност обухвата јавност на коју пројекат утиче или је вероватно да ће утицати, укључујући и невладине организације које се баве заштитом животне средине и евидентирани су код надлежног органа.¹² Консеквентно, заинтересованој јавности је поверен значајнији утицај у поступку, нарочито поверавањем овлашћења на непосредно учествовање у процесу доношења одлука, као и права на подношење правног лека, односно тужбе. Као заинтересоване органе и организације, Закон о процени утицаја на животну средину, у чл. 2, ст. 1, тач. 8, идентификује оне органе и организације Републике, односно аутономне покрајине и локалне самоуправе и предузећа, који су овлашћени за утврђивање услова и издавање дозвола, одобрења и сагласности за изградњу објеката, планирање и уређење простора, праћење стања животне средине, обављање делатности и заштиту и коришћење природних и радом створених вредности. Може се уочити да је у нашем законодавству терминолошко одређење појма „јав-

¹¹ Закон о заштити животне средине, чл. 3, тач. 26, као и Закон о процени утицаја на животну средину, чл. 2, ст. 1, тач. 1.

¹² Закон о процени утицаја на животну средину, чл. 2, ст. 1, тач. 7.

ност“ и појма „заинтересована јавност“ у складу са оним што предвиђа Архуска конвенција.¹³

Право на приступ еколошким информацијама којима располажу јавне власти држава чланица Европске уније регулисано је директивом Савета 90/313/ЕЕС о слободи приступа информацијама о животnoj средини која је донета јуна 1990. године.¹⁴ Наведеном Директивом право на еколошку информацију формулисано је не само као могућност, већ као основно право.¹⁵ Еколошком информацијом сматра се информација која се односи на животну средину у писаној, визуелној, аудио или у форми базе података.¹⁶ Еколошком информацијом, осим података о стању животне средине, сматрају се и остали подаци релевантни за животну средину. „Јавне власти“ које су дужне да пруже информацију дефинисане су на шири начин. Тако, под термином „јавне власти“ подразумевају се органи управе на националном, регионалном или локалном нивоу као и друге установе које се баве животном средином и које поседују релевантне еколошке информације.¹⁷ Међутим, Директивом су као изузеци у смислу члана 2-б. предвиђени судски и законодавни органи. Наведени органи имају обавезу да тражену еколошку информацију дају најдаље у року од два месеца. При томе, у смислу члана 5. услуга давања односне информације не сме се наплаћивати преко „разумне цене“. Ако надлежни орган одбије да изда информацију, лице чији је захтев одбијен, може судским или управним путем тражити преиначење такве одлуке.

Директивом је стипулисано и да еколошку информацију може тражити било које физичко или правно лице, при чему није предвиђена обавеза доказивања посебног интереса. Тиме су, као овлашћена, обухваћени не само држављани државе чланице од чијих се власти информације захтевају, већ и лица из других држава чланица Европске уније, као и лица ван Европске уније.¹⁸

¹³ M. Lee, *EU Environmental Law – Challenges, Change and Decision-Making*, Oxford – Portland 2005, 126–127.

¹⁴ *Directive 90/313 on the freedom of access to information on the environment*, OJ 158/56 од 23. јуна 1990. год. Извор: http://www.biosafety.be/GB/Dir.Eur.GB/Other/90_313/90_313.html, 11. мај 2009. Директива је ступила на снагу 1. јануара 1993. године. Вид. R. Hillary, „Environmental Reporting Requirements Under the EU: Eco-Management and Audit Scheme (EMAS)“, *The Environmentalist* 15, 4/1995, 299.

¹⁵ Чл. 1. Директиве Савета 90/313/ЕЕС, од 23. јуна 1990.

¹⁶ Чл. 2. Директиве Савета 90/313/ЕЕС, од 23. јуна 1990.

¹⁷ Чл. 6. Директиве Савета 90/313/ЕЕС, од 23. јуна 1990.

¹⁸ В. Вукасовић, „Међународноправно регулисање информисања о животnoj средини у Европи“, *Зборник радова са конференције Животна средина ка Европи*, Београд 2005, 66.

4. ОСТВАРИВАЊЕ УЧЕШЋА ЈАВНОСТИ У ПРОЦЕДУРАМА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ЗАШТИТУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У СРБИЈИ

Имајући у виду наша важећа законска решења у области заштите животне средине, може се уочити да регулатива информисања јавности о фазама поступка и могућностима активног учешћа јавности није конзистентна. У том смислу, најдоследнији је Закон о процени утицаја на животну средину, који као обавезу прописује правило да се обавештавање јавности реализује путем најмање једног локалног листа на службеним језицима који су у употреби на подручју које је захваћено утицајем планираног пројекта, а може се вршити и путем електронских медија. Поред тога, као значајни инструмент партиципације јавности нормирана је и обавеза надлежног органа, која се односи на стављање на увид јавности комплетне документације о спроведеном поступку процене утицаја на животну средину. Обавеза се има извршити у прописаном року од 15 дана од дана подношења писменог захтева. Иако су предвиђени изузеци од наведеног правила који се односе на документацију заштићену ознаком поверљивости, уведено је и правило да подаци о емисијама, ризицима од удеса, резултатима мониторинга и инспекцијском надзору не могу бити заштићени као „повељиви“ (тајна). Оно што свакако доприноси максимизацији доступности информација јавности јесте и чињеница да се извештај о стратешкој процени утицаја, као и извештај о учешћу јавности, воде у Јавној књизи која је доступна не само у папирној, већ и електронској форми.

С друге стране, негативна оцена у питању афирмације и укључивања заинтересоване јавности може се упутити Закону о стратешкој процени утицаја на животну средину. Поступак вршења стратешке процене утицаја одређених планова и програма на животну средину ради обезбеђивања заштите животне средине и унапређења одрживог развоја спроводи се у три фазе: 1) припремној фази, у којој се доноси одлука о изради стратешке процене утицаја; 2) фази израде самог извештаја о стратешкој процени утицаја; и 3) фази давања сагласности, тј. усвајања извештаја о стратешкој процени утицаја. Како Закон не уређује појам „заинтересоване јавности“, јавност не представља странку у поступку. Према члану 11. овог Закона, у припремној фази поступка стратешке процене утицаја на животну средину није предвиђено учешће јавности. Могућност излагања на увид јавности и јавну расправу постоји тек у фази усвајања извештаја. Међутим, ни једном одредбом закона није уређена правна заштита у случају повреде поступка излагања на јавни увид и расправу, чиме је у великој мери умањена могућност њеног ефективног деловања.

Може се закључити да наши прописи из области заштите животне средине, односно закони који уређују област процене и стратешке процене утицаја на животну средину, уводе веома сложене и недовољно ефикасне поступке обавештавања јавности и обезбеђења њене партиципације у процесе доношења одлука од значаја за животну средину.

5. УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА НА УЧЕШЋЕ ЈАВНОСТИ У ПРОЦЕДУРАМА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ЗАШТИТУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У СРБИЈИ

У општем смислу, важеће законодавство Србије познаје два модалитета правне заштите у еколошким стварима у управном поступку. Први се односи на заштиту права пред надлежним органом управе и остварује се улагањем жалбе као редовном правном средством. Међутим, постоје изузеци када жалба није допуштена. Други модалитет правне заштите у еколошким управним стварима односи се на могућност инспекцијског надзора који се иницира подношењем пријаве надлежном органу управе.¹⁹ Осим правне заштите у еколошким стварима у управном поступку, у одређеним случајевима постоји и могућност правне заштите у еколошким стварима у судском поступку, покретањем управног спора.

Питање које се отвара јесте која правила поступка одабрати у решавању конкретне еколошке управне ствари: да ли правила Закона о општем управном поступку (ЗУП) или правила посебног управног поступка предвиђена законима из области заштите животне средине? Поједине солуције нормиране ЗУП-ом могу бити неадекватне за одређене радње или питања у вези са заштитом одређене еколошке управне ствари, па је прописивање посебних управних поступака у неким управним подручјима неопходно. У ЗУП-у су нормирана заједничка правила решавања у свим управним стварима. Међутим, чл. 3 ЗУП-а даје могућност одступања, тј. прописивањем посебних правила.²⁰ Увођење посебне регулативе у поступак решавања у управним стварима заснива се на три законске претпоставке. Прво, неопходно је да су посебна правила израз специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, која захтева одступања у тој материји. Друго, одступање од норми општег управног поступ-

¹⁹ С. Лилић, „Еколошка инспекција у законодавству Србије и Европске уније“, 50 година Европске уније, Институт за упоредно право и Канцеларија за придруживање ЕУ Владе Србије, Београд 2007, 227–287.

²⁰ „Одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка, морају бити у складу са основним начелима утврђеним овим законом“.

ка може бити предвиђено искључиво законом, а не и другим правним прописима (на пример, уредбом владе, правилником министра, одлуком представничких тела локалне самоуправе, и сл.). Треће, посебне процесне норме морају бити у складу са основним начелима утврђеним ЗУП-ом који, као базични управно-процесни пропис, нормира основна процесна начела од којих се не сме одступити.

Наведеним законима о заштити животне средине уређују се, пре свега, материјалноправна питања, али и поједина питања поступка одлучивања у еколошким управним стварима. *Ratio legis* јесте супституција оних правила поступка која би у конкретном случају била неодговарајућа са гледишта ефикасности и правилности решавања. При томе, одступања се најчешће односе на питања надлежности и дужине рокова, али анализа указује да је одступање знатно и у питању режима правних средстава.

У том смислу, Закон о процени утицаја на животну средину одређује у којим ситуацијама и против којих одлука је могуће изјавити жалбу. Активну легитимацију имају заинтересовани органи, организације и заинтересована јавност. С друге стране, овим законом нормирано је и да се против коначне одлуке о давању сагласности, односно одбијању захтева за издавање сагласности не може изјавити жалба. Али, Закон предвиђа да се против такве одлуке може водити управни спор.

Закон о интегрисаном спречавању и контроли загађења животне средине прописује да се против решења о издавању интегралне дозволе, односно против решења о одбијању захтева за издавање ове дозволе не може изјавити жалба, али се може покренути управни спор. Имајући у виду да „*решење о издавању дозволе, односно о одбијању захтева за издавање дозволе надлежни орган доставља оператеру и о томе обавештава друге органе и организације и јавност у року од осам дана од дана доношења решења*“ (чл. 15, ст. 6), отвара се питање који су субјекти активно легитимисани за покретање управног спора?²¹ Наведена формулација наводи на закључак да право на покретање управног спора припада само оператеру, као лицу коме се одлука и доставља, при чему остали субјекти поступка, укључујући и заинтересовану јавност, поводом донетог решења не би имали ни право жалбе (јер је Законом искључена), али ни право на покретање управног спора (јер нису активно легитимисани). Анализом смисла начела уставности и законитости може се доћи до закључка да постоји тенденција избегавања кумулативног искључења

²¹ „*Оператер јесте свако физичко или правно лице које, у складу са прописима, управља постројењем или га контролише или је овлашћен за доношење економских одлука у области техничког функционисања постројења и на чије име се издаје интегрисана дозвола*“, чл. 2, ст. 1, тач. 15. Закона о интегрисаном спречавању и контроли загађивања животне средине.

и жалбе у управном поступку и тужбе у управном спору. Важност судске контроле законитости управних аката (*judicial review of administrative acts*) истакнута је и Препоруком R (2004) 20 Савета Европе Комитета министара државама чланицама.²² Препоруком се судска контрола одређује као испитивање и утврђивање законитости управног акта и доношење одговарајућих мера од стране суда, са изузетком ревизије од стране уставног суда. За разлику од солуције у нашем праву, према Препоруци се за управне акте, узимају појединачни и општи правни акти, као и физичке радње које управа предузима приликом вршења власти, а које могу утицати на права и правне интересе физичких и правних лица. С друге стране, судска контрола законитости управних аката, према Препоруци, односи се и на ситуације када орган управе, супротно законској обавези, одбије или пропусти извесно чињење. Имајући наведено у виду, може се закључити да би право на покретање управног спора требало поверити заинтересованој јавности у циљу ефикасног остваривања права учешћа јавности у креирању еколошке политике и контроли њеног спровођења.

Закон о стратешкој процени утицаја на животну средину не стипулише могућност заштите права јавности у управном поступку, по жалби, али ни у управном спору. „Одсуство права на жалбу, односно тужбу лишава јавност могућности да брани став исказан у поступку јавног увида и расправе, мишљење јавности губи правну тежину, а читав поступак учешћа јавности добија тон ‘правног декора’. Тиме се овај закон у свом негативном контексту битно одваја од остала два закона.“²³

Може се закључити да је у нашем праву могућност покретања управног спора поверена заинтересованој јавности једино Законом о процени утицаја на животну средину.

6. АРХУСКА КОНВЕНЦИЈА О ПРИСТУПУ ИНФОРМАЦИЈАМА, УЧЕШЋУ ЈАВНОСТИ У ОДЛУЧИВАЊУ И ПРИСТУПУ ПРАВДИ У ПИТАЊИМА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Имајући у виду значај правних решења Архуске конвенције, као и чињеницу да би усвајањем Предлога закона о потврђивању

²² Препорука R (2004) 20 Комитета министара државама чланицама о судској ревизији управних аката, усвојена од стране Комитета министара 15. децембра 2004. год. на 909. састанку заменика министара, вид. *Пракса Европског суда за људска права и примену европских стандарда у управном праву Србије*, Врховни суд Србије, Београд 2007, 143 и даље.

²³ С. Ђорђевић, Н. Берг, *Архуска конвенција у Републици Србији: учешће јавности у процесу доношења одлука о животној средини – студије случаја*, Регионални центар за животну средину за Централну и Источну Европу, Канцеларија у Србији, Београд 2006, 25.

(Архуске) Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на приступ правди у питањима животне средине њене одредбе постале интегрални део националног законодавства, неопходна је краћа анализа нормативних решења која ова Конвенција предвиђа.

У преамбули Архуске конвенције,²⁴ која је усвојена у данском градићу Архусу, 18. јуна 1998. године, а ступила на снагу 30. октобра 2001. године, земље-потписнице (*Parties*), између осталог, споразумеле су се да: „У циљу доприношења заштити права сваког лица садашње и будућих генерација на живот у животној средини која је адекватна његовом здрављу и добробити, свака Потписница гарантује право приступа информацијама, учешћа јавности у одлучивању и приступа правди у питањима животне средине у складу са одредбама ове Конвенције“ (чл. 1).²⁵

Конвенција даље наводи (чл. 3) да: „Свака Потписница предузима неопходне законодавне, регулаторне и друге мере, укључујући и мере ради усклађивања одредби за имплементацију приступа информацијама, јавног учешћа и приступа правди из ове Конвенције (...). Свака Потписница промовисаће едукацију и свест о животној

²⁴ Конвенција о приступу информацијама, учешћу јавности у одлучивању и приступу правди у питањима заштите животне средине (Архуска конвенција, 1998). Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (The Aarhus Convention, 1998), извор: <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43e.pdf>, 9. мај 2009.

²⁵ Према преамбули, земље-потписнице усвојиле су Архуску конвенцију позивајући се на Први принцип Стокхолмске декларације о човековој околини, имајући у виду Десети принцип Декларације из Рија о животној средини и развоју, као и резолуције Генералне скупштине 37/7 од 28. октобра 1982. године о Светској повељи за природу и резолуције 45/94 од 14. децембра 1990. године о потреби осигурања здраве животне средине за добробит појединаца, полазећи од Европске повеље о животној средини и здрављу усвојене на Првој европској конференцији о животној средини и здрављу Светске здравствене организације у Франкфурту на Мајни, Немачка, 8. децембра 1989. године, афирмишући потребу за заштитом, очувањем и унапређењем стања животне средине и осигурањем одрживог и еколошки здравог развоја, спознајући да је адекватна заштита животне средине од основне важности за људску добробит и уживање основних људских права, укључујући и само право на живот, спознајући такође да свако лице има право да живи у животној средини која је адекватна за своје здравље и добробит, као и дужност да штити и унапређује животну средину у корист садашњих и будућих генерација, сматрајући да, ако желе да остварују ово право и поштују ову дужност, грађани морају да имају приступ информацијама, право да учествују у одлучивању и приступ правди у стварима животне средине, те потврђујући у том смислу да грађанима може требати помоћ у циљу остваривања својих права, спознајући да се, у области животне средине, бољим приступом информацијама и учешћем јавности у одлучивању побољшавају квалитет и спровођење одлука, доприноси јавној свести о питањима животне средине, јавности даје могућност да изрази своју забринутост, а органима јавне власти омогућава да такву забринутост узму у обзир.

средини код јавности, посебно по питању остваривања приступа информацијама, учешћа у одлучивању и остваривања приступа правди у питањима заштите животне средине (...).“

У односу на приступ еколошкој информацији, Конвенција, између осталог, наводи (чл. 4–5) да ће свака Потписница осигурати да, у складу са одредбама овог члана, органи јавне власти, као одговор на захтев за информисањем везаним за животну средину, учине те информације расположивим јавности, у оквиру националног законодавства, укључујући, тамо где се то захтева и у складу с ставом (б), копије важеће документације која садржи или се састоји од таквих информација: а) без потребе да се исказује интерес; б) у захтеваном облику, осим: ако није разумно да орган јавне власти доставља те информације у другом облику, у ком случају ће се навести разлози за њихово достављање у том облику; или ако су те информације већ расположиве јавности у другом облику. Информације везане за животну средину ће се стављати на располагање што је могуће пре, а најкасније месец дана од подношења захтева, осим ако обимност и комплексност информација не оправдава продужење овог рока на два месеца од подношења захтева. Тражилац информација ће бити обавештен о продужењу рока, као и о разлозима којима се оно правда. Захтев за информацијама о питањима животне средине може се, између осталог, одбити: а) ако орган јавне власти којем је захтев упућен не поседује информације о животној средини које су тражене, б) ако је захтев очигледно неразуман или формулисан на претерано уопштен начин, или ц) ако се захтев тиче материјала који је у току припреме или интерних саопштења органа јавне власти где се такво изузеће предвиђа националним правом или уобичајеном праксом, узимајући у обзир интерес јавности којој се таква информација пружа.

У односу на учешће јавности у одлучивању о посебним активностима, Конвенција, између осталог, наводи (чл. 6–8) да ће свака Потписница применити одредбе овог члана у односу на одлуке о томе да ли дозволити предложене активности наведене у анексу I, у складу са својим националним законодавством, такође примењујући одредбе овог члана на одлуке о предложеним активностима које нису наведене у анексу I, а које могу да имају значајан утицај на животну средину. У том циљу, Потписнице одређују да ли је предложена активности подложна примени ових одредби и може одлучити, зависно од случаја и ако је то предвиђено по националном праву, да не примењује одредбе овог члана на предложене активности које служе националној одбрани, ако та Потписница сматра да би таква примена неповољно утицала на те сврхе. Заинтересовна јавност се мора обавестити путем јавног саопштења или појединачно, зависно од потре-

бе, у раној фази поступка одлучивања о питањима животне средине, на адекватан, правовремен и ефикасан начин, између осталог, о: а) предложеној активности и примени о којој ће се доносити одлука, б) природи могућих одлука или нацрта одлука, ц) органу јавне власти надлежном за доношење одлуке, д) предвиђеној процедури, која обухвата податке о томе када и како се те информације могу обезбедити. (...) Свака Потписница ће сачинити одговарајуће практичне и/или друге одредбе за учешће јавности током припрема планова и програма који се односе на животну средину, у транспарентном и правичном оквиру, пошто је доставила неопходне информације јавности. (...) Свака Потписница ће се заложити за ефикасну промоцију учешћа јавности у одговарајућој фази, док су опције још увек отворене, док органи јавне власти припремају извршне уредбе и друге опште правно обавезујуће акте који могу значајно да утичу на животну средину.

У оквиру тзв. три стуба Архуске конвенције – приступ еколошким информацијама, учешће јавности у одлучивању о еколошким питањима и приступ правди, сегмент који се односи на приступ „еколошкој правди“ може се дефинисати као „могућност да се погрешне управне одлуке исправе од стране суда или другог независног органа који је утврђен законом“.²⁶ Право на приступ правди односи се на две основне ситуације. „Прво, сваком лицу које сматра да је његов/њен захтев за еколошком информацијом игнорисан, одбијен или да се по њему није поступало у складу са Конвенцијом биће осигуран приступ поступку ревизије од стране суда или другог независног органа“ (чл. 9/1). Друго, сваком припаднику јавности који има основани интерес или којем је повређено право осигураће се ревизиони поступак пред судом или другим независним органом, ради оспоравања материјалне и процесне законитости сваке одлуке, радње или пропуштања у односу на „посебне активности“ које могу имати утицаја на животну средину (чл. 9/2). Приступ правди није ограничен на случајеве када су права на информације према Архуској конвенцији повређена, већ се такође морају признати како би се омогућило оспоравање материјалне законитости неке одлуке. Осим одлука које се односе на посебне активности, стране-уговорнице ће обезбедити приступ правди и у случајевима који се односе на друге релевантне одредбе Конвенције (на пример, одлуке о плановима и програмима) „када је то предвиђено националним законодавством“ (чл. 9/2).

У основи, националним законодавствима је препуштено да одреде шта представља основани интерес и повреду права, с тим што

²⁶ J. Ebbeson, „Comparative Introduction“, *Access to Justice in Environmental Matters in the EU*, Kluwer International, the Hague 2002, 13.

се то мора одредити у складу са циљевима Конвенције, како би се заинтересованој јавности „пружио широк приступ правди“ (чл. 9/3).²⁷

7. ЗАКЉУЧАК

Еколошка и социјална правда подразумева ефикасан приступ административним и судским правним средствима како би права била заштићена и како би постојећи закони у области заштите здравља и животне средине били ефикасно примењени. Предочена анализа управне и управно-судске заштите права на учешће јавности у процедурама од значаја за заштиту животне средине у Србији указује да су актуелни европски трендови недовољно промовисани и заступљени у нашем законодавству. Имплементацијом нових законских решења из области еколошког права, а нарочито Архуске конвенције, може се значајно допринети хармонизацији нашег националног еколошког правног оквира с регулативом Европске уније.

Иако се у уставним и законским нормама у Србији ипак у извесном смислу осећа „дух“ Архуске конвенције, барем у погледу еколошких информација, такав закључак се не односи и на приступ еколошкој правди.²⁸ Устав Србије наводи да: „Свако има право на здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању“ (чл. 47, ст. 1).²⁹ И Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, између осталог, прописује следеће: „Сматра се да оправдани интерес јавности да зна (...), постоји увек када се ради о информацијама којима располаже орган власти које се односе на угрожавање, односно заштиту здравља становништва и животне средине“ (чл. 4).³⁰ Међутим, тек кад Архуска конвенција буде ратификована, а досадашња еколошка правна регулатива Србије с њом усаглашена, може се очекивати доследна правна заштита и „приступ еколошкој правди“ у управном и управно-судском поступку, посебно у односу на учешће јавности у одлучивању у стварима од значаја за животну средину.

²⁷ *Ibid.*, 14.

²⁸ С. Лилић, „The Aarhus Convention and Access to Justice in the European Union and Serbia“, *European Integration Studies*, Institute of Europe, Kaunas University of Technology, Kaunas (Lithuania) 2007, 7–15.

²⁹ *Службени гласник РС*, бр. 83/2006.

³⁰ *Службени гласник РС*, бр. 120/2004.

Stevan Lilić, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

Mirjana Drenovak, LL.M.

THE RIGHT TO PUBLIC PARTICIPATION IN THE MATTERS OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

Summary

The ideas of environmental and social justice imply the possibility of efficient access to administrative and judicial legal remedies in the field of health and environmental protection. The authors examine administrative and administrative-judicial legal protection of public participation in the matters of environmental protection in Serbia, and conclude that current European tendencies are not accepted to the full extent – both in Serbian legislation and in practice. The necessity of reliable legal protection and access to justice in environmental matters in Serbia – and especially the need for protection of the right to public participation in environmental matters – call for ratification of the Aarhus Convention, and for harmonizing Serbian law with it.

Key words: *Environmental Protection. – Access to Information in Environmental Matters. – Public Participation in Decision-Making in Environmental Matters. – Access to Justice in Environmental Matters. – The Aarhus Convention.*

УДК 322:271.222(497.11)''1847''(094)
271.222(497.11):348''1847''(094)

Др Драган Новаковић

виши научни сарадник
Министарство вера Републике Србије

УСТРОЈЕНИЈЕ ДУХОВНИХ ВЛАСТИ КЊАЖЕСТВА СЕРБСКОГА ИЗ 1847. ГОДИНЕ – ДРУГИ ЗАКОН О ПРАВОСЛАВНОЈ ЦРКВИ У СРБИЈИ

У раду се анализирају сложени процеси еманципације Српске цркве од државне контроле, успостављене током владавине кнеза Милоша и институционално уобличене 1836. године доношењем Начертанија о духовним властима. Искористивши политичку визију уставобранитеља и кнеза Александра, опредељених да низом системских мера реформишу српско друштво и трајно га усмере према Европи, митрополит Петар је понудио, а Совјет прихватио, текст Устројенија духовних власти, којим се организација комплетног верског живота преноси на раније запостављене црквене органе. Успостављена је вертикална организација црквеног судства, која започиње епархијским конзисторијама и, преко Апелаторне, завршава се Архијерејским сабором, као највишом духовном влашћу. Прецизно дефинишући надлежности духовних судова, прописујући начин избора чланова, утврђујући поступак и одређујући положај и улогу административног особља, Устројеније је омогућило јерархији да поредак и укупно деловање Српске цркве усклади с канонским прописима. Дајући потпуну самосталност Архијерејском сабору и одрекавши се раније пресудне улоге у избору нових епископа, политичка елита тадашње Србије јасно је показала своју опредељеност да цркву ослободи од наметнутих контролних механизма, али и да одговорност за успешно вршење свих духовних послова убудуће зависи од јерархије, свештенства и монаштва.

Кључне речи: *Начертаније о духовним властима. – Епархијска конзисторија. – Апелаторна конзисторија. – Архијерејски сабор. – Уставобранитељи.*

1. УВОД

Стабилизујући стање у Србији, кнез Милош је настојао да низом пажљиво одабраних поступака реализује што већи степен држав-

не самосталности у односу на Порту и обезбеди аутономију православној цркви у Србији од Васељенске патријаршије. Остваривање наведених циљева постигнуто је после дуготрајних и сложених преговора 3. августа 1830. године, када је издат усаглашени текст Хатишерифа о унутрашњој политичкој самоуправи Србије под врховним суверенитетом султана.

Правилно проценивши да су ограничења утврђена Хатишерифом у основи сагласна с канонским поретком и да је политичка аутономија предуслов за организацију самосталне цркве, кнез Милош је повео преговоре с Васељенском патријаршијом. Увиђајући да пролонгирање неће спречити доношење одлуке, патријарх је упутио честитку кнезу Милошу поводом успешног решавања државног питања оствареног уз подршку руског цара и турског султана. Позивајући се на тач. 14 Хатишерифа, препоручио је кнезу да у договору с народом изабере достојне кандидате за епископе и упути их у Цариград на посвећење.

Примивши писмо, кнез Милош је почетком децембра 1830. године извршио избор и за митрополита Србије предложио архимандрита манастира Враћевшница Мелентија Павловића, бившег администратора београдске Митрополије, члана конзисторије и попечитеља просвете. Настојећи да комплетира црквену управу, за епископа ужичко-чачанског одређен је Нићифор Вукосављевић, архимандрит манастира Сретење, а за епископа шабачког архимандрит манастира Благовештење Герасим. Одлучено је да у Цариград на посвећење путују Мелентије и Нићифор, док би Герасим био хиротонисан у земљи од нове српске јерархије.

Завршивши с патријархом неопходне припреме за издавање акта о аутономији, кнез Милош је почетком јула 1831. године упутио Мелентија и Нићифора у Цариград. Добивши од патријарха писмо из кога је произлазило да је посвећење Мелентија извршено 18. августа, а Нићифора дан касније, кнез је успешно завршио план у чију реализацију је уложио огромну енергију и знатну суму новца. Задовољан даровима примљеним од кнеза Милоша, патријарх је септембра 1831. године са Синодом издао акт о аутономији цркве у Србији и извршио његово завођење у кодекс свештених књига патријаршије. Уверен у обећање кнеза Милоша о сигурној исплати заосталих епархијских дугова, патријарх је акт, у историографији често називан конкордат, упутио у Србију јануара 1832. године.

Потписани споразум утврђује да ће убудуће митрополите и епископе бирати кнез и народ између најдостојнијих кандидата у земљи. Београдски митрополит имаће у титули и одређење „целе Србије“, из чега произлази обавеза осталих епископа на покорвање и

признавање првенства. Кад добије обавештење о кандидату за митрополита, васељенски патријарх ће без одлагања дати благослов и наредбу за рукоположење у Србији. Хиротонија изабраних епископа обавиће се без патријархове наредбе, уз обавезу митрополита да пружи одговарајуће обавештење и затражи благослов.¹

2. НАЧЕРТАНИЈЕ О ДУХОВНИМ ВЛАСТИМА КАО ПРВИ ЗАКОН

Обављајући годинама функцију повереника кнеза Милоша за црквене послове, митрополиту Мелентију били су добро познати проблеми с којима се суочавала црква у Србији, али је преузимање дужности подразумевало и одговорност за унапређење стања и испуњавање кнежевих и народних очекивања. Настојећи да заштити канонски поредак и ограничи утицај кнеза на црквене послове, митрополит Мелентије је проценио да се тај циљ може постићи доношењем посебног црквеног закона. Користећи своје велико знање и стечено искуство, у пролеће 1833. године почео је писање „црквеног устава“, с намером да преуреди црквено стање и усклади га с канонима. Сачинивши комплетну верзију, текст је упутио кнезу ради упознавања с предложеним решењима и покретања поступка за усвајање. Задовољан добијеним предлогом, кнез Милош је дао сагласност и крајем априла исте године наложио Народном суду да изврши објављивање. Погоршање здравственог стања митрополита и немогућност да учествује у процесу доношења и каснијој примени закона, довели су до обустављања поступка, али је Мелентије ушао у историју Српске цркве и као реформатор способан да покрене компликовани поступак за уређење црквеног живота и напише одговарајући текст.²

Смрт митрополита Мелентија поставила је пред кнеза Милоша тежак задатак да изабере достојног наследника на основу права утврђеног у споразуму с Васељенском патријаршијом о аутономији цркве у Србији. Уверен да ново време захтева изузетно способну и образовану личност и да се не може ослонити на постојеће епископе, обратио се старом пријатељу, митрополиту карловачком Стефану Стратимировићу, с молбом да препоручи особу коју би изабрао на

¹ „Писмо Цариградског Патријарха Константина о проглашењу афтокефалне српске цркве од 1832. године месеца јануара“, *Споменик Српске краљевске академије*, други разред, XLIX/1910, 13–15.

² М. Швабић, „Мелентије Павловић митрополит београдски (1831–1832)“, *Гласник православне цркве у Краљевини Србији*, свеска за јануар, фебруар и март 1904, 94.

највиши црквени положај. Добро познавајући прилике у Србији, низак ниво верског живота и лоше стање међу свештенством и монаштвом, митрополит је одговорио да је најбољи кандидат кнежев секретар Павле Јовановић.³ Упућен у начин рада кнеза, Павле је дао сагласност, под условом да убудуће свештеницима суде надлежни епископи, а не грађанске власти.⁴ Закалуђерио се под именом Петар (Јовановић) и постао митрополит, пошто га је хиротонисао цариградски патријарх Григорије.

Свестан тежине стања у цркви и желећи да искористи обећање кнеза Милоша дато приликом прихватања наименовања, митрополит Петар је као главни приоритет у раду одредио израду црквеног закона којим би комплетну организацију цркве ускладио с канонима. Захваљујући великом знању и жељи за брзим доношењем тог важног акта, члановима Архијерејског сабора поднео је 5. фебруара 1834. године на разматрање предлог из кога је произлазило оснивање конзисторије у свакој епархији и Великог духовног суда при митрополији. Присутни архијереји прихватили су изложени предлог митрополита Петра и упутили га кнезу Милошу на разматрање, али до усвајања није дошло због процене да „црква није могла добити свој устав пре него што држава добије свој, а она га тада није имала“.⁵

Доношење и брзо повлачење Сретењског устава нису обесхрабрили митрополита Петра, тако да је с несмањеним интензитетом наставио рад на доношењу свеобухватног закона којим би се уредила организација цркве. Истрајавајући на том плану, током 1835. године израдио је и доставио кнезу и Совјету пројекат о формирању духовног суда као највише црквене власти. Постављајући црквену органи-

³ Ђ. Слијепчевић указује на могућност да је кнез Милош кандидате за наследника преминулог митрополита Мелентија, тражио и на другој страни: „У првом моменту кнез је мислио на бившег шабачког епископа Герасима Домнина, који је тада био епископ Кесаријско-кападокијски. Са њим је кнез Милош повео преговоре, али је Герасим, изговарајући се старашћу и слабашћу, одбио, 23. септембра 1833. године, кнежеву молбу“, Ђ. Слијепчевић, *Историја Српске православне цркве*, II, Минхен 1966, 358–359.

⁴ А. Илић, *Петар Јовановић митрополит београдски његов живот и рад 1833–1859. год.*, Београд 1911, 14.

⁵ Епископ шабачко-ваљевски Јован, „Српска црква у Србији од 1804. до 1918. године“, *Српска православна црква 1219–1969, Споменница о 750-годишњици аутокефалности*, Београд 1969, 302. Оспоравајући ову тезу, Мирко Мирковић износи став да упориште првог црквеног закона, а не устава, треба тражити у Хатишерифу и конкордату с Васељенском патријаршијом, М. Мирковић, „Сретењски устав и доношење начертанија о духовним властима Кнежевине Србије“, *150 година од доношења Сретењског устава*, Београд 1985, 166. Насупрот овом мишљењу, Чедомиљ Митровић је Начертаније директно повезивао са чл. 93 Сретењског устава, Ч. Митровић, *Први српски закон о црквеним властима*, Београд 1909, 6–7.

зациону структуру као узор му је послужио Државни совјет, односно начин на који је била успостављена власт у тадашњој Србији. Највишу духовну власт представљао би Синод с митрополитом као председником, док би свака епархија била заступљена са по једним чланом из редова свештенства и монаштва. Пројекат митрополита Петра није обухватио организацију нижих црквених власти, већ је у центар одлучивања поставио врховног поглавара и свештенство, које је „дошло до пуног изражаја у врховној управи цркве“.⁶ Совјет је с пажњом размотрио предложени пројекат и, после дуге дискусије у којој је учествовао и митрополит Петар, донео одлуку о припреми новог текста на основу упућених примедба.⁷

Неуспех предложеног пројекта пред Совјетом подстакао је митрополита Петра да заједно с архијерејима припреми нову верзију закона о духовним властима у Србији. Наведени предлог предвиђа вертикалну организацију црквеног судства, која почиње од епархијске конзисторије и преко другостепене архиконзисторије при митрополиту, завршава се Синодом као последњом призивном влашћу. Комплетан закон завршен је у јулу 1835. године и садржао је укупно 56 чланова, али није размотрен на Совјету због неодложног пута кнеза у Цариград.

Вративши се из Цариграда, кнез Милош је затражио убрзање поступка на уређењу и дефинисању надлежности духовне власти.⁸ Нови пројекат достављен је 31. јануара 1836. године и у односу на претходну верзију смањен је на 30 параграфа. Највишу духовну власт, према иновираним тексту, представљају епископи, али су њихове надлежности у значајној мери лимитиране одређењем да буду под надзором кнеза и делују у складу с утврђеним обавезама према Васељенској патријаршији. Успоставља се једна конзисторија при митрополији, састављена од свих архијереја, који ће се окупљати једном годишње ради решавања најважнијих питања. Будући да је основна дужност владика да бораве у својим епархијама, остала питања решаваће конзисторија састављена од митрополита, као председника, и четири свештена лица. Добијени предлог од кнеза Совјет је размотрио 13. фебруара 1836. године и одлучио да изврши измене и допуне ради појачања и наглашавања надзора државних власти над свим пословима цркве. Исправљену верзију кнез је доставио митрополиту 4. марта 1836. године, али је током маја врховни поглавар одговорио да не може прихватити понуђена решења, да цркву треба

⁶ Љ. Дурковић-Јакшић, „Развитак основног црквеног закона у Шумадији у првој половини XIX века“, *Каленић* 1/2004, 16.

⁷ А. Илић, 39.

⁸ Ч. Митровић, 9–11.

заштитити од превеликог утицаја државе и канонски засновати сваки предложени параграф. Неспреман да прихвати противљење, кнез Милош је на Духовској скупштини 21. маја 1836. године, у присуству митрополита Петра и свих архијереја, обнародовао своју верзију *Начертанија о духовним властима у Србији*.⁹

3. ДОНОШЕЊЕ УСТРОЈЕНИЈА

Задовољан због неуспеха сreteњског уставног експеримента, чији је основни задатак био да се ограничи његова моћ, кнез Милош је ипак морао дати обећање о брзој изради и усвајању новог устава. Уверен да такав акт може бити препрека његовом начину владавине, кнез је одлагао припреме и тако јачао опозицију декларисану као уставобранитељи. Незадовољство народа је расло и сви покушаји кнеза да преговорима с великим силама, а посебно Енглеском, ојача свој положај нису давали резултат.¹⁰ Неспреман да трпи притисак опозиције и Русије, отпочео је с припремама, тако да је урађено неколико верзија уставног текста с којима није био задовољан кнез или његови противници. Комисија, у којој су доминирали руски и турски представници, успешно је завршила рад, што је омогућило проглашење новог устава 10. децембра 1838. године. Основна карактеристика новог текста је значајно назадовање у односу на Хатишериф из 1830. године, будући да је поново потврђена могућност мешања Турске у унутрашње ствари Србије и директно креирање њене управе кроз право учествовања у доношењу устава.¹¹

Нови устав на уопштенији и начелнији начин регулише верску проблематику, дајући преимућство слободи вероисповести у односу на очекивано утврђивање положаја православне цркве, епископата и свештенства у Србији. Започињући чл. 57, који је у целости посвећен тим питањима, творци устава констатују да су Срби платежни поданици високе Порте и хришћани грчког закона кога представља Источна црква. Сагласно том опредељењу, султан дарује српском народу пуну слободу вршења обреда и церемонија према сопственом закону, као и право да заједно с кнезом и под његовим надзором бира митрополите и епископе. Утврђујући наведена права, султан истовремено обавезује изабрану јерархију на потчињеност духовној власти патријарха у Константинопољу, као највишем представнику ис-

⁹ Д. Новаковић, „Начертаније о духовним властима као први закон о православној цркви у Србији“, *Историјски часопис*, 57, 2008, 197–217.

¹⁰ В. Ђоровић, *Историја Срба*, III, Београд 1989, 79.

¹¹ Устав Књажевства Србије тј. султански хатишериф, *Устави и владе Књажевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835–1941)*, Народна књига, Београд 1988, 53–60.

точне вере и Синода. Захваљујући слободама раније дарованим хришћанима у Отоманском царству, епископат с пуним правом управља пословима вере и цркве, под условом да таква делатност искључи сваку активност политичке природе. Сходно гарантованој управи, народ традиционално награђује своју јерархију, свештенство и монаштво и помаже црквене заводе, а устаљена права могу користити митрополити и епископи на служби у Србији. Чланом 58 митрополитима и епископима дато је право окупљања ради доношења закона и разматрања питања у вези с деловањем јерархије и свештеника, као и решавања свих црквених проблема. Начелницима окружја чланом 65 забрањено је мешање у црквене послове и одређено да пружају заштиту и старају се о црквеној имовини. Сагласно члану 22, попечитељу правосуђа поверена је преписка са црквеном управом и дато право да уреди питања у вези с вером, богослужењем и црквом.¹²

Одредбе устава, названог „турски“, изненадиле су кнеза Милоша који није очекивао да ће његова власт до те мере бити обеснажена и контролисана. Неуспевши било шта да промени, неспреман да трпи сталне притиске својих противника и очекујући могућност најгорег, 13. јуна 1839. године напустио је Србију и отпутовао у Влашку, где је поседовао више имања. Његовим силаском с власти започела је нова епоха у историји Српске цркве, која се морала прилагођавати новонасталим приликама и промењеном начину владавине нове и другачије политичке елите.

Сагласно султановом берату о наследном кнежевском достојанству, опозиција је невољно прихватила прво старијег Милошевог сина Милана за новог владара, коме су за намеснике одређени Јеврем Обреновић, Тома Вучић-Перишић и Аврам Петронијевић, а после његове смрти 27. јула 1839. године, и млађег сина Михаила. Недорастао сложеним међународним околностима захваљујући којима је дошло и до абдикације његовог оца и несхвативши промењену ситуацију у земљи, млади кнез се упустио у неизвесну борбу ради учвршћивања пољуљане позиције Обреновића. Потпомогнути од Турске, намесници су принудили младог владара да 26. августа 1842. године напусти Србију. Користећи новонасталу ситуацију уставобранитељи су 2. септембра сазвали скупштину на којој је за новог кнеза изабран Карађорђевић син Александар, чиме је започела владавина уставобранитеља која је трајала до 1858. године.

Прихватајући политичке промене као последицу народног незадовољства и намеравајући да их искористи ради целовитог решавања црквеног питања, митрополит Петар је 29. фебруара 1840. године поднео Совјету пројекат *Устројеније духовне власти у књажеству Србији*. Наведеним актом планирано је успостављање верти-

¹² *Ibid.*, 59, 62, 55.

калне организације црквене власти, која почиње епархијском конзисторијом, наставља се Апелаторном конзисторијом и завршава Архијерејским сабором, као највишом јерархијском влашћу. Процењујући да суздржаност државних власти проистиче из оцене да поднети пројекат искључује мешање у црквене послове, митрополит је исте године, не одступајући од канонске заснованости основних опредељења, предложио неке мање корекције у односу на ранији предлог. Настojeћи да спречи заоштравање односа између државе и цркве проистеклог из оштрог протеста митрополита Петра због мешања грађанских власти у брачне спорове, кнез Александар је марта 1843. године одредио комисију (Паун Јанковић, Лазар Тодоровић и Јован Хаџић), са задатком да прегледа и оцени предложени текст закона о црквеним властима. Очекивано мишљење није добијено због става комисије да је у питању озбиљан задатак који подразумева дуже време за изучавање и обављање неопходних консултација. Усвајање Грађанског законика 25. марта 1844. године, као најзначајнијег правног акта из доба уставобранитеља и кнеза Александра, допринело је да Попечитељство просвете 1846. године достави Совјету на разматрање текст Устројенија. Будући да је наведени предлог обухватио само питање епархијских конзисторија, састављена је интегрална верзија *Устројенија духовних власти књажества Сербскога*, који је кнез Александар у сагласношћу са Совјетом обнародовао 23. августа 1847. године.¹³ Вишегодишња настојања митрополита Петра да се донесе нови закон тиме су уродила плодом, јер су у коначном тексту доминирали његови предлози који су омогућавали организовање цркве у Србији, уз строго поштовање канона и занемарљиву регулативну функцију државе.

4. ОДРЕДБЕ УСТРОЈЕНИЈА

Устројеније најпре утврђује да у Србији као духовне власти постоје епархијске конзисторије (од 1. до 25. члана), Апелаторна конзисторија (од 26. до 44. члана) и Архијерејски сабор (од 45. до 47. члана). Надлежности наведених власти утврђене су после саслушања мишљења архијереја и у сагласности са Совјетом.

4.1. Епархијске конзисторије

Епархијска конзисторија дефинисана је као духовна власт успостављена при митрополиту и архијерејима, са задатком да решава сва питања у вези с вером, црквом и свештенством на подручју епар-

¹³ С. Спасовић, *Улога Српске цркве у националном ослобођењу у Србији у 19. веку и њен канонско-правни положај*, Торонто 1988, 137–142.

хије. Духовни суд код митрополита сачињавају председник и три заседатеља, а при епископима председник и два члана. Председник конзисторије може бити само архијереј, док су чланови суда при митрополиту једно лице јеромонашког чина и два свештеника, а код епископа један монах и свештеник. Наведени чланови конзисторије су стални и бирају се између лица с доказаним способностима, видљивим заслугама за цркву и који се истичу примерним владањем. Високи критеријуми за избор утицали су на уградњу одлуке да чланови примају годишњу плату за рад из средстава Правитељства. Конзисторија чланове бира самостално, али њихов избор постаје пуноважан после потврде Архијерејског сабора. Када се изврши избор и потврђивање, митрополит о поступку и изабраном лицу обавештава Попечитељство просвете.

Закон дозвољава конзисторији да поред „дејствитељних заседатеља“ у састав изабере и укључи и почасне чланове између свештених лица оба реда с похвалним моралним особинама. Њихова је дужност да мењају редовне чланове и учествују у раду комисија формираних од конзисторије. Епархијска конзисторија има право да као канцеларијске службенике ангажује по једног писара и преписивача плаћених из средстава Правитељства. Будући да администрација митрополијске конзисторије обавља послове и за Апелаторну конзисторију и за Архијерејски сабор, њено особље сачињавају секретар, начелник, протоколиста и канцеларист. Конзисторијални писари воде протокол заседања, сачињавају концепте одлука и подносе их председнику на увид, одговарају за тачност пословања и старају се о приходима и расходима канцеларије. Секретар конзисторије при митрополиту има звање архиепископско-митрополијски и његове дужности су вођење протокола заседања обе конзисторије и Сабора, сачињавање предлога решења и закључака и подношење на одобрење председнику, као и одговорност за тачност рада поверених канцеларија. Секретар и писари немају право гласа приликом одлучивања, али су дужни да пруже сва потребна објашњења о разматраним предметима. Начелник конзисторије при митрополиту, под надзором секретара, израђује концепте одлука и, с једним од редовних чланова, стара се о канцеларијским рачунима. Протоколиста води протокол и обавља послове регистратуре и архиве. Канцеларист и преписивачи преписују акте, врше њихову експедицију и пружају сваку помоћ која одговара њиховим способностима. Наведени персонал бира и поставља надлежна конзисторија, односно председник, уз обавезу да о изабраној личности обавести Попечитељство просвете.

Заседања конзисторије одржавају се обавезно једанпут недељно, а уколико се укаже потреба и чешће. Конзисторија заседа у пуном саставу у присуству председника и свих сталних чланова, али и

одлуке донете уз учешће заменика су пуноважне. Приликом одлучивања чланови имају право на издвојено мишљење, које могу образложити. Уколико је председник одсутан, замењује га најстарији члан, уз утврђену обавезу позивања заменика на заседање. Важнија питања у одсуству председника не могу се решавати, већ само разматрати и припремати за седницу у пуном саставу. Језик конзисторије је српски, али је дозвољено у кореспонденцији са свештеницима употребљавати и стари словенски. Закључке и решења потписују у протокол сви присутни, а акт који се доставља странкама председник или члан кога овласти. Конзисторијални акти оверавају се прописаним печатом на коме стоји уписан текст „Печат Конзисторије Архиепископства Београдске“ и „Печат Конзисторије Епархије Н“.

Надлежности конзисторије прецизно су наведене у следећих осам тачака:

а. Пружање помоћи епископу у настојањима да свештеници у раду, млади кроз образовање, а верници у свакодневном животу, тачно и на идентичан начин примењују црквено учење.

б. Разматрање питања из духовне надлежности, доношење пресуда и изрицање епитимије у оним случајевима када установи кривиче засноване на канонима.

в. Предузимање мера са циљем да свештеници и монаси уредно и тачно врше дужности и воде узоран и моралан живот. Склони грешкама биће упућивани на прави пут, а истрајни у чињењу прекршаја примерно кажњавани. Пресуде о лишавању чина, пребацивању у нижи степен и одузимању епитрахиља дуже од годину дана, постају правно ваљане после разматрања и потврде од Апелаторне конзисторије. Настојећи да спречи таквог свештеника да настави с погрешкама, епископ има право одузимања епитрахиља до одлуке вишег суда.

г. Разматрање свих потврда о завршеним богословским школама, испитивање оспособљености појединаца заинтересованих за свештеничку службу, као и заузимање става према кандидатима које треба произвести у чин протојереја и игумана.

д. Предузимање мера с циљем доброг одржавања свих цркава и богослужбених предмета у њима, а уколико уочи неке неправилности, самостално или у договору с властима, даће налог за отклањање. Манастири и све цркве су у обавези да конзисторији доставе рачуне о приходима и расходима са списковима предмета, који ће после разматрања уз обавезујуће мишљење бити враћени. Рачуне мирских цркава подносиће турси о Митровдану месном пароху, проти, среском начелнику и надлежним члановима Примиритељног суда. Прота је дужан да сачини два преписа верна оригиналу ради

упућивања конзисторији, која их после разматрања прослеђује Апелаторији. Добијени примерак с евентуалним примедбама виша црквена власт доставља Попечитељству просвете. Идентичан поступак предвиђен је и за манастирске рачуне, с тим да руководећи јеромонах после упознавања настојатеља и целог братства, примерке шаље епархијској конзисторији, која их прослеђује вишој црквеној власти, односно Попечитељству.

ђ. Примање захтева општина за изградњу нових цркава, с којима се, укључујући све планове, упознаје Попечитељство просвете. Подизање цркве започиње после добијања благослова од надлежног архијереја.

е. Расправљање и пресуђивање међусобних свештеничких парница, као и спорова између духовних лица и грађана, али само уколико се тичу црквених питања. Закон обавезује конзисторију да предузима мере и свим средствима штити специфична права цркве и интересе свештенства.

ж. Решавање брачних парница, али пресуде о коначном разводу брака морају бити потврђене и одобрене од Апелаторне конзисторије. После утврђивања кривице, у таквим споровима дужност је конзисторије да регулише међусобне обавезе бивших супружника, с тим да коначну одлуку о висини и начину исплате доноси грађански суд. Конзисторија нема право да прима и почне разматрање брачних парница пре него што заинтересоване странке не спроведу поступак мирнења пред надлежним протојерејем.

Конзисторија је дужна да води списак целокупног свештенства у епархији, евиденцију о црквеној и манастирској имовини и матице крштених, венчаних и умрлих у дуплом препису. Наведени спискови редовно се ажурирају и једном годишње с протоколом заседања достављају на разматрање Апелаторној конзисторији. Прописано је уредно вођење евиденције о приходима и расходима канцеларије и одређено повремено достављање рачуна Главној контроли. Конзисторија има могућност да тражи помоћ од грађанских судова, а при извршењу пресуда и од окружних начелстава. Ускраћено је право конзисторији да уводи промене у епархији, али је истовремено пружена могућност да предлоге и иницијативе доставља на разматрање Архијерејском сабору. Конзисторија нема дозволу за одржавање веза с иностраним духовним властима ни државним Правитељством, али уколико се укаже потреба за таквом врстом комуникације, обраћа се митрополиту, који ће у сваком конкретном предмету поступити на прописан начин. Утврђена је обавеза конзисторије да прати и предузима мере ради правилног и благовременог извршавања сопствених и налога достављених од више духовне власти.

Комплетно свештенство и монаштво у епархији зависно је од конзисторије, из чега произлази обавеза примања свих достављених налога и одлука, уз утврђено право обраћања за решавање одређених проблема. Наведена надлежност конзисторије не ограничава свештенство и вернике да од архијереја траже објашњења и благослов у вези с духовним питањима. Свака епархија има одређен број протојереја и намесника којима конзисторија доставља своје налоге и од њих прима црквене рачуне и друге потребне спискове. Епархијска конзисторија има право на назив „Пречастнејша“.

Цивилне спорове свештенства решавају надлежне грађанске власти. Између тих предмета посебно су наглашени завештања, располагање имовином, приватне парнице и уговорни односи. Грађанске власти су обавезне да иследе и на прописан начин, укључујући и изрицање казне, реше све преступе и злочине који почине духовна лица. Грађански суд пре поступка о преступу свештеног лица извештава конзисторију ради упознавања с предметом и заузимања става. После завршеног поступка и изрицања казне, грађански суд упућује окривљеног конзисторији, чија је дужност да у зависности од врсте кривиче предузме све мере, укључујући и рашчињење.

4.2. Апелаторна конзисторија

Апелаторна конзисторија установљена је при српском митрополиту с основним циљем да свима који су незадовољни одлукама епархијских конзисторија омогући жалбу највишој судској власти. Жалба Апелаторној конзисторији упућује се непосредно по пријему решења епархијског суда или у року од осам дана. Пресуда епархијске конзисторије неће се извршити док виша духовна власт не размотри предмет и донесе одлуку. Апелаторија по аутоматизму решава предмете о којима не могу самостално одлучивати ниже судске власти. Конзисторија је додатно ограничена у самосталном одлучивању, јер њена надлежност обухвата само предмете решаване у првом степену, као и оне законом прописане да буду размотрени од највише црквене власти.

Конзисторија се састаје једном годишње, али постоји могућност и чешћег заседања. Време окупљања одређује митрополит, уз обавезу поштовања препоруке да то буде у пролеће и да се јавно објави почетак рада, како би у седиште митрополита благовремено стигли сви чланови и заинтересовани за решавање својих предмета. Апелаторну конзисторију сачињавају архиепископ и митрополит као председник, архијереји, два свештеника и два монаха вишег чина, секретар и канцеларијски службеници. Чланове бира Апелаторна конзисторија, настојећи да на високи положај буду распоређени честити и поштени људи с јасним заслугама за цркву. После извршеног

избора, конзисторија је дужна да о кандидату извести Попечитељство просвете. Изабрани чланови задржавају приходе од свештеничке службе и добијају годишњу плату из државне касе. Закон омогућава и овој конзисторији избор почасних чланова на начин прописан за епархијске судске власти. Наименована четири члана, на позив председника, долазе на заседање, а уколико су спречени због болести или других оправданих разлога, благовремено обавештавају председавајућег, ради позивања заменика. Апелаторна конзисторија заседа у пуном саставу уколико, поред председника, присуствују два епископа и четири члана, али је рад пуноважан и с председником, једним архијерејом и три стална заседатеља. Уколико је митрополит спречен да учествује у заседању мења га најстарији епископ.

Закон обавезује епископа на повлачење са заседања ако се решавају питања за која је лично заинтересован. Предмет и пратећи документи износе се на заседања у оригиналу, а упознавање присутних са садржајем врши се читањем свих списа. Одлуке се доносе већином гласова присутних и прослеђују епархијској конзисторији на извршење. Апелаторија разматра протоколе са заседања свих епархијских конзисторија, рачуне црква и матице рођених, венчаних и умрлих. Када добије предмет предвиђен за разматрање на вишем духовном суду, епархијска конзисторија га са спроводним писмом и свим актима упућује у Београд ради благовременог уврштавања у списак заседања. Закључке и решења Апелаторне конзисторије потписују у протоколе председник, сви редовни чланови и секретар, а отпремљене предмете председник или његов заменик. Наведена конзисторија има право на назив „Високопречаснејша“ и оверу аката печатом на коме је исписано „Конзисторије Апелаторијалне Митрополије Књажевства Србског“.

4.3. Архијерејски сабор

Архијерејски сабор чине сви епископи на челу с митрополитом. Састаје се после заседања Апелаторне конзисторије којој присуствују сви архијереји, што не искључује могућност сазивања и у друго погодно време. Архиепископско-митрополитски секретар или друго способно духовно лице биће одређено од Сабора да обавља послове у вези са саветовањима и заседањима. Дефинишући надлежности Сабора, закон као централну делатност утврђује рад на благоуспешности цркве и напредку хришћанске науке у народу. Сагласно том основном опредељењу, Сабор управља црквом и свештенством, унапређује морал и благочестивост у народу и предузима потребне мере ради упознавања младе генерације с хришћанском науком. Настojeћи да формира што бољи кадар, Сабор се стара за образовање заинтересованих за свештенички чин и припрема достојна лица за

виша духовна звања. Сходно томе, Сабор је задужен да врши избор протосинђела и архимандрита између најдостојнијих кандидата, који имају посебне заслуге за цркву и веру и адекватно богословско образовање. Једна од главних дужности Сабора је избор кандидата за епископе, уз обавезу достављања предлога кнезу ради наименовања. Према одредбама закона, митрополит самостално одлучује о црквеној цензури, употреби књига и организацији и раду клерикалних училишта.¹⁴

5. ОЦЕНА КАНОНИЧАРА

Већина каноничара и црквених историчара сматра да Устројеније представља велики напредак у односу на Начертаније и да су уграђене одредбе омогућавале Српској православној цркви да поступак формирања судова, процедуру доношења одлука и друга питања од важности за складно и ефикасно функционисање црквеног живота, спроводи на начин предвиђен канонима. Поредџи ова два законска текста, Н. Ружичић убедљиву предност даје Устројенију: „А други је узакоњен 1847. г. о ком ћемо сада говорити, и који је служио као потпуно канонски закон за управљање срп. Црквом. У њега није унесено ни најмање световних елемената. Од почетка до краја у њему провејава црквено-канонски дух. Основица му је Св. Писмо и кано-ни св. православне источне цркве. И управна и судска власт црквена извире и потиче из власти епископа као пристава Христовог и посљедника апостолског, коме је једино и дао Христос сву власт у цркви својој на земљи“.¹⁵ Сличну оцену готово век касније износи С. Спасовић: „Овај закон представља врло значајно дело црквено-правне литературе 19. века. По њему је први пут у Србији изведена правилна организација црквене власти у духу канона православне цркве. Посебан значај овог закона састоји се у томе што је не само разграничио духовну од световне власти, већ је присуство државне власти свео на најмању меру“.¹⁶ Изузетно позитивну оцену закона и доприноса уставобранитеља његовом усвајању даје и Љ. Дурковић-Јакшић: „По овоме закону омогућено је било свештенству оба реда учествовање у црквеној управи. Њихови су представници заседавали у Конзисторијама. Овај је закон јасније разграничио црквену и државну власт. Црква је у многим постала самосталнија и њено устројство је

¹⁴ Устројеније духовних власти Књажества сербског, *Зборник закона и уредаба и уредбени указа издани у Књажеству сербском од 1-вог јануара 1847 до конца декембра 1848, IV*, Београд 1849, 100–115.

¹⁵ Н. Ружичић, „Закон о црквеним властима Источно-православне цркве у Краљевини Србији“, *Весник Српске цркве* 1891, 563.

¹⁶ С. Спасовић, 142.

добило канонски карактер у пуном смислу. У њему се огледа и организаторска способност митрополита Петра и државотворство Уставобранитеља, који су гледали на народну ствар онако како је тај народ желео¹⁷. Степен успостављене еманципације цркве у односу на државу подстакао је академик М. Екмечића да изнесе помало неубичајен закључак: „Доношењем 'Закона о устројенију духовних власти књажевства сербскога' од 23. августа 1847. црква је одвојена од државе“¹⁸.

6. ЗАКЉУЧАК

Доношење Устројенија треба посматрати у контексту владавине уставобранитеља и њихове политичке визије да раскину с отоманским наслеђем и промене, реформишу и усмере српско конзервативно и статично друштво према Европи, у којој су видели узор коме треба тежити. Њихова управа започела је у повољној атмосфери, јер је у народу јачала успомена на Карађорђа и његово доба у односу на прагматичну и личним особинама обележену владавину кнеза Милоша. Уставобранитељи су покренули бројне реформе ради успостављања модерног државног уређења и унутрашњег преображаја земље. Настojeћи да јасно назначе дисконтинуитет у односу на Милошев начин управе, донети су посебни закони о уређењу и устројству судова, а према стандардима европских држава преуређена је и модернизована војска. Захваљујући законима о гимназијама и основним школама омогућено је претварање Лицеја у Велико училиште и отварање 200 основних и неколико стручних школа. Наведени период обележен је и почетком рада Друштва српске словесности и позоришта 1841. године, Народне библиотеке, Музеја и певачког друштва 1853. године и уметничке школе 1857. године, као институција од националног значаја. Повољне околности омогућиле су развој трговине, занатства, првих облика индустријске производње и јачање робноновчаних односа.

Будући да се српско друштво темељно преображавало од оријенталног у модерно, било је логично и очекивано да и Српска црква добије слободу уређивања свог живота, али и одговорност за све последице које проистекну из таквог начина управе. Сагласно Устројенију, епархијске конзисторије самостално су бирале чланове, уз обавезу да прибаве формалну потврду Архијерејског сабора и обавесте Попечитељство просвете. Чланови су за рад примали редовну

¹⁷ Љ. Дурковић-Јакшић, 18.

¹⁸ М. Екмечић, *Стварање Југославије 1790–1918*, I, Просвета, Београд 1989, 245.

плату и били су ослобођени раније обавезе потврђивања од кнеза и полагања одговарајуће заклетве. Административно особље постављале су конзисторије уз обавештавање министарства, чиме се одустало од праксе из претходног периода да избор секретара потврђује кнез. Обраћање конзисторија Правитељству било је могуће искључиво преко митрополита. Свештеници су изузети од одговорности пред грађанским властима, осим спорова у вези с приватним парницама, наследством и располагањем имовином. Захваљујући наведеним одредбама, конзисторије су добиле значајну самосталност у доношењу одлука, што је директно значило елиминисање раније регулаторне улоге и сведено на минимум мешање државе у рад. Додатно обезбеђење од могућих спољних утицаја омогућено је кроз осам прецизно дефинисаних надлежности епархијских конзисторија.

Висок ниво самосталности обезбеђен је и за Апелаторну конзисторију, која је слободно бирала чланове и одлуке доносила независно од било које друге власти. Усаглашеност Устројенија с православноим канонима посебно је дошла до изражаја кроз одредбе да Архијерејски сабор сачињавају само епископи и потврђено право да уређује најважнија питања у вези са животом цркве. Најзначајнији искорак представљају решења о избору нових епископа, које самостално бира Сабор, уз обавезу да име кандидата достави кнезу ради именовања. Наведене одредбе јасно показују да се ради о историјском акту којим је обезбеђена аутономија православне цркве у односу на државу и дата могућност надлежним црквеним органима да отпочну сложени поступак усклађивања црквеног живота с канонским поретком.

Dragan Novaković, PhD

Senior Research Associate
Ministry of Religious Affairs, Belgrade

ACT ON ECCLESIASTICAL POWERS IN THE PRINCIPALITY OF SERBIA OF 1847 – THE SECOND LAW ON THE ORTHODOX CHURCH IN SERBIA

Summary

The main objective of this article is to examine the intricate processes of emancipation of the Serbian Church from the control of the State; which occurred under the rule of Prince Miloš, and was institutionally defined in 1836, by the Act on Ecclesiastical Powers. The Archbishop

Petar proposed – and the Council accepted – the wording of the Organizational Structure of Ecclesiastical Power, which transferred the matter of organization of religious affairs to the previously neglected ecclesiastical authorities. This was achieved by the Archbishop's astute use of the political visions of both the Constitutionalist and Prince Aleksandar and their intention to reform and direct Serbian society towards Europe by means of a series of systemic measures.

Vertical organization of the ecclesiastical judicial system established thereby, consists of the three instances: the Eparchial Consistory as the first instance; the Consistory of Appeals as second; and the Episcopal Council as the supreme ecclesiastical power. Such organizational structure allowed the high clergy to adapt the system and functioning of the Serbian Church to the canonical rules. This was achieved by means of providing detailed definition of competences of the ecclesiastical courts; prescribing the election methods for their members; and establishing the procedure and defining the position and the role of administrative staff.

The political elite of Serbia of that time granted full independence to the Episcopal Council, and willingly gave up the crucial role in the election of Bishops. Accordingly, the political elite made clear its intention to set the Church free from the previously imposed control systems; but also to make the high clergy, priests and monks responsible for the successful performance of all ecclesiastical affairs in the future.

Key words: *Serbian Law on Ecclesiastical Powers. – Serbian Orthodox Church Judicial Structure. – Eparchial Consistory. – Consistory of Appeals. – Episcopal Council. – Constitutionalist in Serbia.*

УДК 347.61/.64:342.726(497.11)
343.54/.55(497.11)
343.62(497.11)

Мр Вељко Влашковић

асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПРАВО НА ЗАШТИТУ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ КАО СУБЈЕКТИВНО ГРАЂАНСКО ПРАВО

У важећем породичном законодавству Србије своје место су нашла и правила о спречавању насиља у породици. Широком кругу лица, које закон назива „члановима породице“, признато је право на заштиту од породичног насиља као субјективно грађанско право. У овом раду се анализирају управо карактеристике наведеног права. Полази се од појма и правне природе права на заштиту од насиља у породици. Посебно се желело указати на неке особености, попут оне да појам права на заштиту од насиља у породици обухвата само намерне радње починиоца. Такође, значајна пажња се посветила проблему доказивања својства титулара права у ситуацијама када основ породичноправне заштите представљају одређени неформални односи, попут „емотивне“ или „сексуалне везе“. На овом месту вршило се поређење с енглеским правом које има најдужу традицију када је реч о борби против насиља у породици. Указано је и на неке нелогичности у систему породичноправне заштите од насиља у породици. Такође је обрађено питање могућности да се хомосексуални партнери позову на заштиту од породичног насиља. Коначно, анализирали су се и лична добра која представљају објекат права на заштиту од насиља у породици.

Кључне речи: *Насиље у породици. – Субјективно право. – Титулари права. – Објекат права.*

1. УВОД

Породичним законом из 2005. године, код нас је први пут предвиђен систем породичноправне заштите од насиља у породици.¹ На тај начин је употпуњен систем кривичноправне заштите, који је пос-

¹ Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

тојао од 2002. године и створен модел правне заштите од породичног насиља.² Тако се ова материја нашла у основном извору нашег породичног права. Самим тим, постала је и предмет проучавања Породичног права као науке. Породичноправна заштита је само део система правне заштите од насиља у породици. Реч је о провизорном виду заштите где се врши државна интервенција у породичне или њима блиске односе ради забране даљег узнемиравања или обезбеђивања сигурности угрожених чланова породице, а све зарад спречавања ескалације насиља. Његова основна сврха је, дакле, превенција насиља у породици.³

Превентивни вид правне заштите од породичног насиља мора имати сваки правни поредак који се жели озбиљно суочити са изазовом породичног насиља. Овакав вид правног одговора на насиље у породици је ближи изворишту проблема и тежи умањити факторе који доводе до породичног насиља. Као што је речено, код нас је превентивноправна заштита заоденута у рухо породичноправних норми.

Нашу породичноправну регулативу о заштити од насиља у породици чине три целине. Наведене целине би смо могли означити као:

- право на заштиту од насиља у породици као субјективно грађанско право;
- мере заштите од насиља у породици;
- поступак за заштиту од насиља у породици.

Тема овог рада је прва наведена целина. У нашем породичном законодавству, право на заштиту од породичног насиља се формулише као субјективно грађанско право, које садржи значајна одступања у односу на уобичајена схватања поменутог појма. Особености права на заштиту од насиља у породици се најбоље могу сагледати кроз стандардну систематику грађанскоправне науке у погледу субјективних права – појам и правна природа субјективног права, титулари и објекат права.

² Почетак правне заштите од насиља у породици у Србији везује се за доношење Закона о изменама и допунама Кривичног закона РС из 2002. године, где је по први пут насиље у породици санкционисано као кривично дело. Вид. Закон о изменама и допунама Кривичног закона, *Службени гласник РС*, бр. 10/02, чл. 118а.

³ Вид. М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Правни факултет Београд, Београд 2007, 50.

2. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА НА ЗАШТИТУ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

2.1. Појам права на заштиту од насиља у породици

Према нашем Породичном закону, „свако има, у складу са законом, право на заштиту од насиља у породици“.⁴ На овај начин, законом одређеном кругу лица, признато је право на заштиту од насиља у породици као субјективно грађанско право. Поменуто право би се могло дефинисати као право једног члана породице на заштиту од дрских, безобзирних и злонамерних радњи других лица које закон сматра члановима породице, а којим му се угрожава или повређује телесни интегритет, душевно здравље или спокојство.⁵ У зависности од облика породичног насиља, личности починиоца и жртве насиља, као и свеукупних околности случаја, право на заштиту од насиља у породици се може повредити како појединачном радњом, тако и континуираним понашањем.⁶ Због тога се не може унапред одредити да ли породично насиље подразумева стање или појединачни акт.⁷ Такво одређење је могуће једино када се проблем с апстрактног и општег нивоа пренесе на терен конкретног случаја.

Породични закон не каже изричито који се степен кривице захтева од насилника да би се његово понашање могло окарактерисати као повреда права на заштиту од насиља у породици. Постојање намере да се другом члану породице учини насиље није спорно. При томе, у обзир долазе оба степена намере: и директни умишљај (*dolus directus*) и евентуални умишљај (*dolus eventualis*). Већина случајева насиља у породици настаје као последица директног умишљаја. На пример, муж плански остварује физичко злостављање жене да би стекао контролу над њеном личношћу. Родитељ сексуално злоставља дете ради задовољења патолошких сексуалних потреба. Поменути степен кривице одговара суштини проблема насиља у породици као родно заснованог насиља, које се састоји из злоупотребе моћи у односима узајамне зависности и поверења. Ипак, постоје и ситуације када насилник није имао за циљ да његове радње произведу конкретну, већ неку другу последицу, али се мири и прихвата сваки вид штете која настаје услед насилног понашања. Тако, родитељу који наводи дете на просјачење у првом плану није могуће обољење детета, већ стицање имовинске ко-

⁴ ПЗ, чл. 10, ст. 2.

⁵ Вид. ПЗ, чл. 10, ст. 2, у вези са чл. 197, ст. 1 и чл. 197, ст. 2, тач. 6.

⁶ Вид. С. Панов, „Насиље у породици – аспект детета“, *Ново породично законодавство* (Зборник радова), Крагујевац, 2006, 283–284.

⁷ Вид. М. Драшкић, „Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 346.

ристи. Међутим, он најчешће пристаје и на овакве „пропратне“ последице (*dolus eventualis*).

Може се јавити дилема, да ли појам права на заштиту од насиља у породици укључује и заштиту од радњи почињених грубом непажњом (*culpa lata*). Овде је реч о понашању које се састоји из чињења, односно уздржавања да се предузме нешто што би учинио иоле пажљив члан породице ради спречавања угрожавања телесног интегритета, душевног здравља или спокојства другог члана породице. На пример, родитељ остави мало дете без надзора на улици услед чега оно доживи повреду. Према општем правилу грађанског права, груба непажња се у правним последицама изједначава са намером (*culpa lata dolo aequiparatur*).⁸ Из овог правила би, дакле, произишло да се право на заштиту од насиља у породици може повредити и грубом непажњом. Међутим, шири контекст правила о породичноправној заштити од насиља у породици указује на другачије решење. Наиме, према нашем породичном праву, право на заштиту од насиља у породици подразумева заштиту од именованих и неименованих облика породичног насиља.⁹ Именовани облици насиља у породици су они које закон, примера ради, наводи као карактеристичне случајеве породичног насиља.¹⁰ Овакви облици насиља у породици имају апсолутни карактер, што значи да се подвођење одређених радњи под неки од именованих облика аутоматски квалификује као насиље у породици. Међутим, списак могућих радњи насиља у породици тешко може бити исцрпан и коначан. Због тога се законодавац морао послужити правним стандардима код предвиђања неименованих облика породичног насиља. Сходно томе, прописано је да се право на заштиту од насиља у породици угрожава и сваким другим дрским, безобзирним и злонамерним понашањем.¹¹ Као што се може приметити, неименовани облици породичног насиља нису раздвојени од именованих облика. Напротив, они су општијег карактера и представљају општу формулу за квалификацију било које радње насиљем у породици. Према томе, услов да се било која радња означи

⁸ Вид. О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996, 218.

⁹ Вид. Н. Петрушић, С. Константиновић Вилић, *Водич кроз систем породичноправне заштите од насиља у породици* Аутономни женски центар, Београд 2006, 27.

¹⁰ То су: наношење или покушај наношења телесне повреде; изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу; присиљавање на сексуални однос; навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или немоћним лицем; ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима и вређање (ПЗ, чл. 197, ст. 2, тач. 1 – 6).

¹¹ Вид. ПЗ, чл. 197, ст. 2, тач. 6.

насиљем у породици јесте да она представља „дрско, безобзирно и злонамерно понашање“. У поменутој законској формулацији, посебно је значајан везник „и“, којим се повезују наведени правни стандарди који представљају неименоване облике породичног насиља. Дакле, није довољно да је неко одређено понашање само дрско или безобзирно. Оно мора бити и злонамерно да би се могло говорити о угрожавању или повреди права на заштиту од насиља у породици. „Злонамерно понашање“ указује на постојање одређеног циља код насилника. Такав циљ код грубе непажње, по правилу, изостаје. После свега, може се рећи како наше породично право у домену заштите од насиља у породици дерогира опште правило грађанског права, по којем се за намеру и грубу непажњу везују исте правне последице. Сходно томе, може се закључити да у појам права на заштиту од насиља у породици улазе само намерне радње насилника. Потврда оваквог становишта се може наћи и у нашој судској пракси. Тако, Окружни суд у Ужицу у једној својој одлуци истиче како акт насиља у породици мора бити вољан, дрзак, безобзиран или злонамеран.¹² Дакле, суд, поред законских услова, као конститутиван услов тражи и да је радња насиља вољна да би се могла окарактерисати породичним насиљем. Међутим, на овом месту суд не користи израз „вољни акт“ у смислу радњи које су предузете од стране лица које је кадро исказати правно релевантну вољу. Из образложења поменуте пресуде је јасно да је суд имао у виду управо намерно понашање као услов за означавање одређене радње насиљем у породици.¹³ Оваква квалификација је у извесном смислу сувишна, пошто је већ садржи правни стандард „злонамерно понашање“.¹⁴

2.2. Правна природа права на заштиту од насиља у породици

Након појма права на заштиту од породичног насиља, потребно је нешто рећи и о правној природи овог права. Најпре, право на заштиту од насиља у породици представља лично право, с обзиром

¹² Вид. Пресуда Окружног суда у Ужицу, Гж 924/07 од 24. маја 2007. године, објављена у часопису „Избор судске праксе“, бр. 11/2007.

¹³ У поменутом случају отац малолетне девојчице је тужио мајку детета за насиље у породици зато што је услед непажње повредила дете док га је носила, тако што је дете закачило главом о врата и задобило лаке телесне повреде. Суд је одбио тужбени захтев оца девојчице јер је проценио да је понашање мајке детета било последица непажње. *Ibid.*

¹⁴ Ово није једина непрецизност везана за поменуту одлуку Окружног суда у Ужицу. Супротно слову закона, општи услови које једна радња треба испунити да би се сматрала породичним насиљем формулишу се алтернативно („дрзак, безобзиран или злонамеран акт“), према их ПЗ изричито наводи кумулативно („дрско, безобзирно и злонамерно понашање“). Вид. претходну напомену и ПЗ, чл. 197. ст. 2, тач. б.

да за свој објекат има лична добра, као што су телесни интегритет, душевно здравље или спокојство. Ово право је лично-неимовинског карактера јер се не може изразити у новцу. Разуме се, не може се преносити путем правних послова *inter vivos* и *mortis causa*. Титулар се не може одрећи права на заштиту од породичног насиља. Ипак, ималац права на заштиту од насиља у породици се може одрећи захтева који настаје повредом права.¹⁵ Међутим, остваривање права на заштиту од насиља у породици не зависи само од воље титулара права. Тако, поступак за заштиту од насиља у породици могу покренути и јавни тужилац и орган старатељства.¹⁶ У супротном, озбиљно би се угрозио циљ који се настоји остварити овим правом. Родни аспект насиља у породици намеће да се вршење наведеног права не сме у потпуности препустити диспозицији странака.¹⁷

Лична права се, по правилу, убрајају у апсолутна. Међутим, право на заштиту од насиља у породици има једну карактеристику типичну за релативна права. Тако, право на заштиту од насиља у породици не делује *erga omnes*, према свим трећим лицима. Његово дејство је ограничено на одређен круг лица, које закон назива „члановима породице“. Упркос томе, ова особеност права на заштиту од породичног насиља није довољна да би се оно могло окарактерисати као релативно право. Остале особине које прате релативна права, право на заштиту од насиља у породици не поседује. Тако, без обзира што право на заштиту од насиља у породици делује према затвореном кругу лица, обавеза лица унутар тог круга није конкретизирана. У односу на титулара права на заштиту од насиља у породици, обавеза осталих чланова породице је негативна и састоји се у нечињењу, односно уздржавању од радњи насиља. Док год сви чланови породице поштују поменуту обавезу, не настаје захтев. Тек када се право на заштиту од насиља у породици повреди, долази до индивидуализовања обавезе, која се од негативне претвара у позитивну. Како је код релативних права захтев истоврстан са овлашћењем из субјективног права, може се закључити да праву на заштиту од насиља у породици недостаје још једна типична одлика релативних права.¹⁸ Такође, релативна права застаревају, а код права на заштиту од насиља у породици то није случај. Коначно, право на заштиту од породичног насиља има свој специфични објекат у смислу добра на

¹⁵ Вид. Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2001, 176.

¹⁶ Вид. ПЗ, чл. 284, ст. 2.

¹⁷ О томе како мотивисати жртву породичног насиља да узме учешћа у поступку вид. J.L. Herman, „Justice From the Victim’s Perspective“, *Domestic Violence* (ed. M. Freeman) Ashgate Publishing, Hampshire-Burlington 2008, 202 – 203.

¹⁸ О карактеристикама релативних права вид. А. Гамс, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд 1970, 138.

коме се врши непосредна власт, што је према проф. Станковићу главно обележје апсолутних права.¹⁹

Све ово указује да је право на заштиту од породичног насиља далеко од тога да се сматра релативним правом. Како онда објаснити његово деловање према одређеном кругу лица? Право на заштиту од насиља у породици је једно апсолутно право *sui generis*. Типична апсолутна права делују према свим знаним и незнатим лицима. Право на заштиту од насиља у породици делује само према једном делу знаних лица. Заправо, може се рећи да оно показује исте особине као и остала апсолутна права, само у једном суженом домену. Право на заштиту од насиља у породици не делује према лицима из тзв. спољног света. Оно је апсолутно право унутар једног посебног окружења у којем се људи руководе емоцијама и страстима, а не правом.

3. ТИТУЛАРИ ПРАВА НА ЗАШТИТУ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Према нашем породичном праву, право на заштиту од насиља у породици имају:²⁰

- супружници или бивши супружници;
- деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство;
- лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству;
- ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери;
- лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.

Сва наведена лица, Породични закон назива једним именом „чланови породице“.²¹ Одмах је јасно да појам породице у контексту породичноправне заштите од насиља у породици далеко превазилази уобичајене оквири ове установе. У нашој правној теорији неки аутори као два конститутивна елемента породице наводе животну заједницу и сродство.²² „Чланови породице“ као титулари права на зашти-

¹⁹ Вид. О. Станковић, В. Водинелић, 106.

²⁰ Вид. ПЗ, чл. 197, ст. 3, тач. 1–5.

²¹ Вид. ПЗ, чл. 197, ст. 3.

²² О овоме вид. З. Поњавић, *Породично право*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац 2007, 37.

ту од насиља у породици могу бити и лица којима недостају један или оба наведена елемента. Тако може бити спорно да ли се сматра породицом брачна или ванбрачна заједница без деце или других сродника. Међутим, одступање од уобичајеног схватања породице је још видљивије у неким другим случајевима. За потребе породичноправне заштите од насиља у породици, члановима породице се сматрају и лица из пролазне емотивне или сексуалне везе. Овакав однос не карактерише ни животна заједница, ни сродство. Сходно томе, може се рећи да израз „чланови породице“, којим су обухваћени сви титулари права на заштиту од насиља у породици није у потпуности одговарајући. Међутим, тешко је било једним изразом обухватити толико различитих група лица. Енглеско право, на пример, уместо израза „чланови породице“ користи термин *associated persons*.²³ Овај израз је тешко дословно превести на наш језик, али би у контексту породичноправне заштите могао значити „лица која су упућена једно на друго“ или „блиска лица“.²⁴ Оваквим изразом би се могли обухватити сви титулари права на заштиту од насиља у породици у нашем праву. Међутим, основни недостатак поменутог термина лежи у другој крајности. Наведени израз је, чини се, преширок, па би могао асоцирати да титулар права на заштиту од насиља у породици може бити, на пример, и лице које трпи сексуално узнемиравање на радном месту или кога злоставља сусед. Због тога у енглеској правној теорији има схватања како су овакве формулације непотребне и нејасне, те стога заштиту од насиља у породици треба омогућити свакоме.²⁵ Другим речима, зашто упорно бранити некакав концепт квазипородичних односа када је ионако циљ правне заштите од насиља у породици да обухвати што већи број лица?

Ипак, још увек се инсистира на широком, али ограниченом кругу лица које обухвата заштита од породичног насиља. Из тог разлога, тешко се могу избећи проблеми везани за поступак доказивања својства титулара права у појединим случајевима. Није тешко доказати да су насилник и жртва садашњи или бивши супружници, да их везује крвно, адоптивно или тазбинско сродство или хранитељство. Потешкоће могу настати тамо где се не траже формални услови за заснивање правне везе. Такав случај је, на пример, са ванбрачном заједницом. Ванбрачни партнер, као титулар права на заштиту од породичног насиља, своје својство доказује превасходно сведоцима.

²³ Вид. Family Law Act Part IV 1996 – FLA, s. 62 (3).

²⁴ У енглеској правној теорији се наводи да је реч о лицима која по основу породичних или других блиских односа завређују право на посебну правну заштиту. Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, *Cretney Principles of Family Law*, Sweet&Maxwell, London 2008, 262.

²⁵ Вид. M. Freeman, *Understanding Family Law*, Sweet&Maxwell, London 2007, 67.

Како Породични закон дефинише ванбрачну заједницу као трајнију заједницу живота, она би требала бити позната и трећим лицима. Међутим, најтеже је доказати намеру или вољу за успостављањем ванбрачне заједнице. Постојање овакве воље се претпоставља у случају да партнери живе дуже времена заједно. Ванбрачна заједница не може постојати без заједнице живота, јер јој недостаје формални оквир као код брака. У сваком случају, ванбрачни партнер може остваривати право на заштиту од насиља у породици и тако што ће се позвати на живот у истом породичном домаћинству.²⁶

Још је теже доказати својство титулара права на заштиту од насиља у породици у случају лица која су у емотивној или сексуалној вези. За нијансу је лакше доказати постојање емотивне везе, док је извођење доказа о сексуалној вези *probatio diabolica*. Сексуални чин се обично одвија у интими, изван очију трећих лица. Због тога је тешко наћи поуздано доказно средство којим би се поткрепило постојање сексуалне везе. Такође, врло је тешко одредити границе појма „сексуалне везе“.²⁷ У идентичној дилеми су били и енглески правници.²⁸ Све су ово разлози због којих је енглеско право одбило прихватити „сексуалну везу“ између жртве и починиоца насиља као могући основ породичноправне заштите од насиља у породици.²⁹

Са друге стране, емотивна веза између двоје људи је обично позната и трећим лицима, што донекле олакшава поступак доказивања.³⁰ Основни проблем позивања на емотивну везу као основ породичноправне заштите од насиља у породици јесте што закон не тражи њену трајност. Готово парадоксално звучи чињеница да једно лице може стећи својство ванбрачног партнера и на основу тога подобност за породичноправну заштиту од насиља у породици, само ако је његова заједница трајнијег карактера. Код емотивне везе, као садржински неупоредиво сиромашније, овај услов се не тражи. То умногоме умањује могућност да се одређено лице легитимише за заштиту од породичног насиља по овом основу. На пример, у енглеском праву се изричито тражи да је емотивна веза „значајнијег трајања“ (*significant duration*) да би представљала могући основ по-

²⁶ Вид. Н. Петрушић, С. Константиновић Вилић, 40.

²⁷ О томе вид. С. Панов, *Породично право*, Правни факултет Београд, Београд 2008, 755.

²⁸ Вид. J. Herring, *Family Law*, Pearson Education Limited, Harlow – London 2007, 265.

²⁹ Чувени енглески професор Породичног права Џонатан Херинг (*Jonathan Herring*), стигао је и да се нашали на ову тему констатујући како се нико није сетио да пита председника Клинтона (*Clinton*) за дефиницију „сексуалне везе“, *ibid.* фн. 60.

³⁰ Вид. Н. Петрушић, С. Константиновић Вилић, 40.

родичноправне заштите од насиља у породици.³¹ Сматрамо да овакво решење има пуно оправдање.

У претходним случајевима, доказати својство титулара права је тешко, али не и немогуће. Међутим, наше право предвиђа један основ породичноправне заштите од насиља у породици који не може имати правну примену. Поменута ситуација подразумева облик партнерског насиља где се својство титулара права на заштиту од породичног насиља стиче тако што ће жртва доказати да носи дете насилника. Треба напоменути да наведена лица нису ни брачни, ни ванбрачни партнери. Међутим, дете још увек није рођено, а тражи се да има утврђено порекло према оба родитеља. Најпре, материнство се утврђује на основу чињенице рођења детета у административном поступку. Мајка детета је жена која га је родила, стоји у Породичном закону.³² Из овога произилази да се материнство не може утврдити пре рођења детета. Са друге стране, изјава о признању очинства се може дати и пре рођења детета, али она производи дејство тек ако се дете живо роди.³³ Дакле, порекло детета се не може утврдити ни према мајци, ни према оцу пре рођења детета. Због тога овај основ породичноправне заштите од насиља у породици нема никакву сврху и требало би га уклонити из закона.

Поступак доказивања треба да омогући суду да оцени могу ли се одређена лица подвести под законом предвиђене „чланове породице“. Одређене групе лица које се сматрају „члановима породице“, тако су широко одређене да се могу појавити извесне недоумице. На пример, у „чланове породице“ убрајају се лица која су живела у истом породичном домаћинству. Да би се одредило која лица имају право на заштиту од насиља у породици по овом основу, претходно се мора утврдити појам породичног домаћинства. У теорији се „породично домаћинство“ дефинише као друштвена група коју чине два или више лица окупљених у заједницу живота и становања.³⁴ Оба услова морају бити кумулативно испуњена, с обзиром на то да заједница живота изузетно може постојати и без заједничког становања, а кохабитација не подразумева увек и заједницу живота. Због тога се „члановима породице“ не могу сматрати лица која станују код свог послодавца као послуга, кућне помоћнице, дадиље и слично. Такође, није „члан породице“ ни лице које по основу уговора о закупу одређеног дела куће или стана станује код другог у својству закупца. На пример, чест је случај да студент узме у закуп собу и живи у истом стану са закуподавцем. Све наведене групе заправо не деле исто

³¹ Вид. FLA, s. 62(3).

³² ПЗ, чл. 42.

³³ Вид. ПЗ, чл. 47, ст. 2.

³⁴ Н. Петрушић и С. Константиновић Вилић, 39.

породично домаћинство, те по том основу не могу уживати породичноправну заштиту од насиља у породици. Код њих је присутан елемент заједничког становања, али не и заједнице живота. Да би се делило исто породично домаћинство мора постојати и финансијска заједница између поменутих лица. Она морају делити приходе и заједнички сносити трошкове одржавања домаћинства. Овде то није случај, јер њихове животе спаја једино заједничко становање. Све остало је засебно. У прилог оваквог схватања, изричито се изајшањава и енглеско право.³⁵

Постоје још неке групе лица, код којих је мање или више спорно да ли се могу сматрати „члановима породице“ у смислу законских правила о заштити од породичног насиља. Таква лица су, на пример, вереници. Породични закон не помиње изричито веренике као титуларе права на заштиту од насиља у породици.³⁶ Ово је разумљиво, с обзиром да наше породично право одриче веридби карактер правне установе. Изричито предвиђање вереника као титулара права на заштиту од породичног насиља подразумевало би да суд претходно утврђује постојање веридбе. Такав задатак би вероватно био лакши од утврђивања постојања „емотивне везе“. Управо у томе би могао бити и основни значај веридбе. Како није правна установа, веридба у нашем праву не може бити основ породичноправне заштите од насиља у породици. Међутим, веридба би могла имати значаја као један фактички однос на основу кога се олакшава доказивање постојања „емотивне везе“ између „чланова породице“. На пример, ако су два лица поднела пријаву за закључење брака, то би требало значити да између њих постоји „емотивна веза“.

Питање је сложеније када је реч о могућности да се хомосексуалним партнерима призна право на заштиту од породичног насиља. У Породичном закону се истополни партнери изричито не наводе као титулари права на заштиту од насиља у породици. Имају ли они, ипак ово право? Наше право не дозвољава склапање хомосексуалних бракова. Такође, заједница два лица истог пола не може имати карактер ванбрачне заједнице. Тако се простор за породичноправну заштиту од насиља у породици хомосексуалним партнерима отвара једино на најнижем степену интимних партнерских односа – емотивној или сексуалној вези. Могу ли онда хомосексуални партнери остваривати породичноправну заштиту од насиља у породици по овом основу? У нашој правној теорији је мало директних одговора на ово питање. Тако, по једном схватању, емотивна или сексуална веза може

³⁵ Вид. FLA, s. 62 (3).

³⁶ Супротно је у енглеском праву, где се право на заштиту од насиља у породици признаје и лицима која су постигла споразум о закључењу брака (без обзира да ли је споразум раскинут или не), FLA, s. 62 (3)е.

бити основ породичноправне заштите од насиља у породици и за хомосексуалне партнере.³⁷ Међутим, остаје проблем доказивања оваквих чињеница због друштвене стигматизације поменутих лица код нас.

Сматрамо да би хомосексуалним партнерима требало признати право на заштиту од насиља у породици по основу постојања емотивне или сексуалне везе. То би било у складу са основним циљем породичноправне заштите од насиља у породици да се заштита омогући што већем броју лица. Вредности попут телесног интегритета, душевног здравља или спокојства се морају штитити без обзира на сексуалну оријентацију. У супротном, лична добра једног човека би била мање вредна од истих таквих добара другог лица. Овакве случајеве не треба везивати са слободама и правима која истински чине породичноправни статус једног лица. Право на склапање брака или заснивање усвојења су једно, а заштита личних добара сасвим друго питање. На крају крајева, правила о заштити од породичног насиља припадају корпусу породичног права само на основу легалног критеријума квалификације правних норми. Поменута правила су се могла регулисати и ван породичног законодавства, што није тема овог рада.

4. ОБЈЕКАТ ПРАВА НА ЗАШТИТУ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Као што је речено, право на заштиту од насиља у породици представља једно субјективно лично право. Објекти личних права су лична добра над којима титулар има непосредну власт. Право на заштиту од насиља у породици има сложени објекат јер се непосредна власт титулара односи на више различитих, али међусобно повезаних личних добара. Поменута лична добра су: телесни интегритет, душевно здравље или спокојство „члана породице“.³⁸ Сходно томе, може се рећи да се објекат права на заштиту од насиља у породици састоји из личних добара која су неодвојиви део личности титулара права.³⁹ Ова чињеница објашњава међусобну повезаност личних добара која улазе у појам објекта права на заштиту од насиља у породици.

Телесни интегритет је вероватно најзначајније лично добро које се штити породичноправном заштитом од насиља у породици.

³⁷ Вид. Н. Петрушић и С. Константиновић Вилић, 40.

³⁸ Вид. ПЗ, чл. 197, ст. 1.

³⁹ За разлику од објеката појединих личних права који представљају опредмећене изразе личности, попут личних дневника, фотографија, писама. Вид. О. Станковић, В. Водинелић, 121.

Угрожавање телесног интегритета, по правилу, значи и угрожавање душевног здравља или спокојства „члана породице“. Са друге стране, могуће је угрозити нечије душевно здравље или спокојство, а да телесни интегритет жртве остане сачуван. Нарушавање телесног интегритета је најчешће фаза кулминације насиља у породици, којој обично претходе облици психичког насиља. Због тога се може рећи да породични конфликт најчешће почиње угрожавањем спокојства, а ескалира физичким насиљем у породици.

Породични закон даје неколико примера нарушавања телесног интегритета другог члана породице. То су: наношење или покушај наношења телесне повреде, присиљавање на сексуални однос, као и сексуални однос са лицем које није навршило 14. година живота или немоћним лицем.⁴⁰ Може се приметити да се телесни интегритет другог „члана породице“ повређује, односно угрожава радњама физичког и сексуалног насиља. Најтежи облици физичког насиља, као што је угрожавање живота „члана породице“, нису у првом плану породичноправне заштите од насиља у породици. Породичноправна заштита има преваходно превентивни карактер. Када се живот, као највредније лично добро нађе у опасности, мора се прибећи кривичноправној заштити од насиља у породици. У таквим ситуацијама, точак насиља је дошао скоро до краја и тешко се може вратити уназад. Сликвито би се могло рећи да читав систем правне заштите од насиља у породици функционише по принципу „штита и мача“. Када се жртва више не може заштитити, на починиоца насиља се удара репресијом.

Душевно здравље и спокојство представљају објекте права на заштиту од насиља у породици који се угрожавају најразличитијим облицима насиља. Душевно здравље се угрожава, по правилу, физичким, сексуалним и дуготрајнијим облицима психичког насиља. Наравно, степен угрожавања поменутог личног добра зависи и од структуре личности и њеног окружења. Треба увек имати у виду ко је онај ко чини насиље, као и према коме се радње насиље предузимају. Најосетљивије жртве су свакако деца. Управо на њиховом примеру се јасно може уочити једна карактеристика душевног здравља и спокојства као објеката права на заштиту од породичног насиља. Наведена лична добра се не морају угрозити или повредити непосредним радњама насиља да би се повредило право на заштиту од насиља у породици. Тако, дете које присуствује злостављању своје мајке може претрпети тешке психичке трауме и стресове.⁴¹

⁴⁰ Вид. ПЗ, чл. 197, ст. 2, тач. 1, 3–4.

⁴¹ Вид. Т. Brown, R. Alexander, *Child Abuse and Family Law: Understanding the issues facing human service and legal professionals*, Allen&Unwin, Crows Nest NSW – Australia 2007, 35.

Угрожавање спокојства је најнижи степен породичног насиља. Предвиђање „спокојства“ као објекта права на заштиту од насиља у породици, израз је политике „нулте толеранције“ према породичном насиљу. Међутим, појам „спокојства“ се чини прилично неодређеним. Најпре се може јавити проблем како одредити границе овог појма у пракси. Затим, чак и ако се садржина појма „спокојства“ детаљно утврди, како знати када је нарушавање нечијег спокојства искључива последица понашања другог „члана породице“? Живот је исувише стресан и тежак да би се лако могао изоловати само један извор неспокојства данашњег човека. На крају, сам израз „спокојство“ асоцира на нешто што се не може обезбедити државном интервенцијом, већ разговором и узајамним разумевањем.

5. ЗАКЉУЧАК

Прошло је више од четири године од када је регулатива о спречавању насиља у породици део нашег породичног права. Борба против породичног насиља је тежак задатак где се тешко могу предвидети сви могући проблеми. Због тога је нужан стални развој и унапређење постојећих решења ради што ефикаснијег сузбијања овог својеврсног корова породице. Правила породичног права о заштити од насиља у породици свакако су нужан искорак унапред, и поред одређених теоријских и практичних проблема који прате њихову примену.

Породичноправна заштита од насиља у породици код нас, полази од схватања права на заштиту од насиља у породици као субјективног грађанског права. Међутим, мало је истинских карактеристика субјективних грађанских права које се могу препознати у праву на заштиту од насиља у породици. Јавни интерес да се поменуто право остварује, одмах пада у очи као једна од главних црта права на заштиту од породичног насиља. Такође, на основу језичког тумачења одговарајућих правила, може се закључити како појам права на заштиту од насиља у породици обухвата само намерне радње насилника. Ако се проблем насиља у породици доживљава као злоупотреба моћи једног члана породице према другима, онда се оваква законска формулација може донекле разумети.

Родни аспект насиља у породици намеће раздвајање материјалноправног од процесноправног појма странака у односима породичног насиља. Сходно томе, покретање поступка за заштиту од насиља у породици није резервисано само за жртве породичног насиља, већ за шири круг лица. Са друге стране, круг титулара права на заштиту од насиља у породици је одређен веома широко, што је у складу са

намером законодавца да што већем броју лица пружи правну заштиту. Међутим, овако широк круг лица доводи до одређених проблема у поступку доказивања својства титулара права на заштиту од породичног насиља. Проблем је најизраженији код емотивне или сексуалне везе као основа породичноправне заштите од насиља у породици. Законодавац је по нашем мишљењу снабдео својством титулара права и нека лица која то, због правних препрека, не могу бити.

Тако се на заштиту од насиља у породици не могу позивати лица по основу да чекају заједничко дете, с обзиром на то да се порекло детета не може утврдити пре његовог рођења.

Објекат права на заштиту од насиља у породици чине телесни интегритет, душевно здравље и спокојство као неодвојиви делови личности титулара права. Следећи политику „нулте толеранције“ у односу на породично насиље, законодавац је прописао да се и „спокојство“ има штитити као објекат права на заштиту од насиља у породици. Ово у пракси може створити одређене проблеме, с обзиром на то да није лако утврдити узрочно-последични однос између радњи насиља у породици и нарушавања нечијег спокојства. Ипак, није се хтело ништа препустити случају, а све с циљем обезбеђивања што већег опсега породичноправне заштите од насиља у породици.

Наравно, правним правилима се, ма колико она примерена била, не може елиминисати породично насиље. Упркос томе, борбу против ове погубне појаве не треба доживљавати као Сизифов посао, већ као непрекидни, изгледни напор за обезбеђивање живота достојног сваког човека.

Veljko Vlašković, LL.M

Assistant

University of Kragujevac Faculty of Law

THE RIGHT TO PROTECTION FROM DOMESTIC VIOLENCE AS A SUBJECTIVE CIVIL RIGHT

Summary

Actual family law legislation of Serbia involves the provisions on domestic violence prevention. The law affords enjoying of right to protection from domestic violence to broad list of individuals called „family members“. This work analyzes exactly the basic features of the mentioned right. It starts from the idea and legal nature of the right to protection

from domestic violence. Special attention is paid to some distinctiveness such as the fact that right to protection from domestic violence involves only intentional acts of a perpetrator. Considerable space is also given to the problem of proving the right-holders title in situations where the family law protection is based on some informal relations such as „emotional“ or „sexual relationships“. At this point, it is being made the comparison between Serbian and English law which has the longest tradition in combatting domestic violence. It is shown that our system of family law protection from domestic violence appears to be inconsistent in certain cases. Attention is paid to the possibility of opening the family law protection from domestic violence for homosexual couples. Finally, this paper analyzes the personal values protected by the right to protection from domestic violence.

Key words: *Domestic violence. – A right. – Right-holders. – Object of right.*

АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 347.65/.68(497.16)
340.132:347.65/.68(497.16)

Др Дејан Ђурђевић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

АКТУЕЛНА РЕФОРМА НАСЛЕДНОГ ПРАВА У ЦРНОЈ ГОРИ

Рад се бави реформом наследног права у Црној Гори до које је дошло крајем 2008. године, када је ступио на снагу нови Закон о наслеђивању. Аутор излаже основне принципе реформисаног црногорског наследног права и указује на пропусте у редакцији новог закона који су нарушили његов унутрашњи склад. У раду су посебно критиковани институти (искључење права представљања у случају негативне наследне изјаве; уговор о одрицању од наследства које није отворено) који у практичној примени могу олакшати изигравање уставног принципа о родној равноправности и довести до дискриминације женске деце у праву на наслеђе. На крају је изведен закључак да реформа црногорског наследног права није успела, јер нови Закон о наслеђивању није поставио систем наследног права који приличи грађанском и демократском друштву, чије се економско уређење заснива на приватној својини и тржишној привреди.

Кључне речи: *Закон о наслеђивању Црне Горе. – Одрицање од наследства које није отворено. – Тестаментарни сведоци. – Ванбрачни партнери и наследно право.*

1. УВОД

У Црној Гори је преко тридесет година примењиван Закон о наслеђивању од 29. децембра 1975. године.¹ Реч је о закону једне социјалистичке републике, који је донет у време када је приватна својина била маргинализована.² У том периоду наследно право није

¹ *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 4/1976, 10/1976, 22/1978 (ЗОН из 1975.).

² У време доношења ЗОН-а из 1975, важио је Устав из 1974. године чија су основна идејна полазишта била: одумирање својине и одумирање државе. Доминантан својински облик представљала је друштвена својина, док је приватна својина (за

могло имати велики значај,³ с обзиром на то да је његова основна социјално-политичка функција да „осигура постојаност приватне својине“.⁴ Решења таквог закона (ма колико он био хваљен због законодавног стила⁵), нису могла да опстану у другачијем социјално-економском миљеу, где се Уставом јемчи неограничено право својине и слобода предузетништва.⁶ Због тога у Црној Гори дуго постоји потреба за реформом наследног права, до које је дошло 27. новембра 2008. године, када је Скупштина Црне Горе донела нови Закон о наслеђивању (даље: ЗОНЦГ).⁷ Закон је ступио на снагу 14. децембра 2008. године.

ЗОНЦГ садржи 152 члана којима је уређена област материјалног наследног права. Састоји се из седам поглавља: 1^о Опште одредбе (чл. 1 – 8), 2^о Наслеђивање на основу закона (чл. 9 – 60), 3^о Наслеђивање на основу тестаментa (чл. 61 – 92), 4^о Садржина тестаментa (чл. 93 – 120), 5^о Ништавост уговора о наслеђу и о будућем наслеђу или легату (чл. 121 – 123), 6^о Прелазак заоставштине на наследнике (чл. 124 – 147) и 7^о Прелазне и завршне одредбе (чл. 148 – 152.). Из ЗОНЦГ-а су изостављене нормe о уговору о доживотном издржавању и уговору о уступању и подели имовине за живота, који су у послератној Југославији традиционално биле саставни део закона о наслеђивању.⁸ Ови уговори су данас уређени новим Законом о облигационим односима.⁹ Такође, ЗОНЦГ не садржи правила про-

коју је употребљаван назив „право својине“) представљала изузетак. Приватна својина је била ограничена, како у погледу предмета, тако и у погледу садржине. О својинским односима према Уставу из 1974. вид. уместо свих: А. Гамс, *Својина*, Београд 1991, 251 и даље.

³ Упор. Б. Марковић, „Михаило Константиновић, кодификатор југословенског права“, *Правни живот* 7–8/1990, 1158.

⁴ Т. Kipp, Н. Coing, *Erbrecht – Ein Lehrbuch*, Tübingen 1990, 1. „Без наслеђивања приватна својина би изгубила једну од својих вековних особина, а то је вечитост...“ – М. Константиновић, „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 – 4/1982, 358.

⁵ ЗОН из 1975. писан је по узору на Савезни закон о наслеђивању из 1955. године (даље: СЗОН), за који постоји неподељено мишљење да је један од најбољих закона у послератној Југославији. Тако Б. Благојевић у предговору свог уџбеника (*Наследно право ФНРЈ*, Београд 1955) истиче да СЗОН „представља једно дело које може да служи за углед, при чему велика заслуга за то припада проф. М. Константиновићу.“

⁶ В. чл. 58 и 59 Устава Црне Горе (*Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007).

⁷ Закон је објављен у *Службеном листу Црне Горе*, бр. 74, од 5. децембра 2008. године (ЗОНЦГ).

⁸ О разлозима такве законодавне праксе види уместо свих О. Антић, *Наследно право*, Београд 2008, 317–318.

⁹ В. Главу 33 (чл. 1063–1074) и Главу 34 (1075–1086) Закона о облигационим односима (даље: ЗООЦГ), *Службени лист Црне Горе*, бр. 47/2008.

цесног наследног права, која се тичу оставинског поступка, поступка за састављање судског тестаментa и поступка за чување тестаментa, већ је та материја регулисана Законом о ванпарничном поступку.¹⁰

2. ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ

Цео систем ЗОНЦГ-а почива на неколико фундаменталних принципа: 1) начело *ipso iure* наслеђивања, 2) начело приватноправног карактера наслеђивања, 3) начело универзалности наслеђивања, 4) начело равноправности, 5) начело ограничености основа позивања на наслеђе и 6) начело слободе тестирања.

2.1. *Ipso iure* наслеђивање

Када је реч о преласку заоставштине (наследства) са оставиоца на његове наследнике, у упоредном праву постоје два система. У Аустријском грађанском закону,¹¹ а под његовим утицајем и наследном праву Краљевине Србије,¹² прихваћен је *систем аквизиције*. У овом систему прелазак заоставштине на наследнике одвија се у три етапе. Прва етапа почиње у тренутку оставиоачеве смрти и назива се *отварањем наследства* (нем. *Erbanfall*). У моменту оставиоачеве смрти, потенцијални наследник не постаје ималац права из заоставштине. Он може постати наследник тек по окончању оставинског поступка (нем. *Verlassenschaftsverfahren*), у коме мора да се изјасни да ли прихвата наследство (нем. *Erbantrittserklärung*) или га се одриче (нем. *Entschlagung*). Ако се наследник прихвати наследства, њему ће судском одлуком бити уручена заоставштина (нем. *Einantwortung*). Универзална сукцесија не наступа у моменту оставиоачеве смрти, већ у тренутку уручења наследства. До уручења наследства као ималац права и обавеза из заоставштине фигурира такозвано „лежеће наследство“ (нем. *ruhende Nachlass*), које има третман правног лица.¹³

ЗОНЦГ није прихватио систем аквизиције, већ је по узору на немачко право,¹⁴ усвојио *систем ipso iure наслеђивања*. У чл. 130

¹⁰ Вид. Главу 8. (чл. 93–157) и Главу 13. (чл. 190–209) Закона о ванпарничном поступку (даље: ЗВПЦГ), *Службени лист Црне Горе*, бр. 27/2006.

¹¹ За аустријско право: Н. Koziol, R. Welsch, *Bürgerliches Recht*, Wien 2007, Band II, 563 и даље; В. Escher, *Erbrecht*, Wien – New York 2002, 74 и даље.

¹² За наследно право Краљевине Србије вид. Л. Марковић, *Наследно право*, Београд 1930, 334 и даље.

¹³ Р. Bydlinski, *Grundzüge des Privatrechts*, Wien 2007, 62.

¹⁴ За немачко право: К. Muscheler, *Universalsukzession und Vonselbsterwerb – Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts*, Tübingen 2002.

ЗОНЦГ-а предвиђено је да „заоставштина оставиоца прелази по сили закона на његове наследице у тренутку његове смрти.“ У овом систему прелазак наследства на наследнике не пролази кроз три етапе, већ у моменту оставиоачеве смрти његови наследници стичу сва права из заоставштине – *принцип унитарности*.¹⁵ Овде треба напоменути да систем *ipso iure* наслеђивања не значи да неко лице може постати наследник против своје воље. У чл. 131, ст. 1 ЗОНЦГ предвиђено је да се наследник може одрећи наследства изјавом суду до завршетка расправе заоставштине. У складу са тим, док је у систему аквизиције за стицање својства наследника неопходна његова изричита изјава о прихватању наследства, у систему *ipso iure* наслеђивања је довољно да се наследник не одрекне наследства.

2.2. Приватноправни карактер наслеђивања

Пошто је очување и учвршћивање приватне својине основна социјална функција наслеђивања, законодавац мора обезбедити да се заоставштина „из приватне руке пренесе у приватну руку“.¹⁶ Правно-политичка функција наследног права ће се остварити само ако иза оставиоца остане приватноправни субјект који ће бити његов универзални сукцесор. У том случају наслеђивање ће имати за последицу промену сопственика оставиоачевих добара, али не и промену својинског режима под који ће та добра потпасти. Приватноправни карактер наслеђивања обезбеђен је тиме што ЗОНЦГ предвиђа релативно широк круг законских наследника,¹⁷ као и могућност да оставилац путем тестаментa располаже својом имовином за случај смрти.¹⁸ За случај да иза оставиоца не остане ниједно лице које би могло и хтело да га наследи, заоставштина ће постати државна својина.¹⁹ За разлику од српског права, где је децидно предвиђено да је држава последњи законски наследник,²⁰ у Црној Гори је даље остављен отворен простор за спорења о правној природи права државе на заоставштину без наследника.²¹

¹⁵ *Ibid.*, 35.

¹⁶ С. Т. Ebenroth, *Erbrecht*, München 1992, 25.

¹⁷ Чл. 9 ЗОНЦГ.

¹⁸ Чл. 7 ЗОНЦГ.

¹⁹ Чл. 8 ЗОНЦГ.

²⁰ Види чл. 8, ст. 4 Закона о наслеђивању Србије (даље: ЗОН из 1995), *Службени гласник РС*, бр. 46/1995.

²¹ О проблему правне природе права државе на заоставштину без наследника у републичким законодавствима бивше СФРЈ, вид. О. Антић, „Држава као наследник“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/1991, 24 и даље.

2.3. Начело универзалности наслеђивања

Начело универзалности наслеђивања подразумева да у једном правном поретку постоје јединствена правила наслеђивања, која се примењују независно од тога која права улазе у састав заоставштине и каква су лична својства оставиоца.²² Другим речима, за начело универзалности наслеђивања карактеристично је постојање једног система наследноправних норми по коме се уређују наследноправне последице смрти сваког оставиоца и по коме се наслеђују сва права из заоставштине. Насупрот начелу универзалности стоји начело специјалности наслеђивања. Основна карактеристика начела специјалности огледа се у постојању различитих наследноправних режима, чија примена зависи или од састава заоставштине, или од личних својстава оставиоца. Као пример за системе у којима је усвојено начело специјалности, може се навести право Републике Српске и право Краљевине Србије. У Републици Српској за наслеђивање ауторских имовинских права важе посебна правила законског наслеђивања, која знатно одступају од редовних норми наслеђивања *ab intestato*.²³ У Краљевини Србији по посебним правилима наслеђивања је имовина архијереја и духовника.²⁴

У реформисаном црногорском наследном праву прихваћен је систем универзалности наслеђивања. ЗОНЦГ не познаје специјалне наследноправне режиме чија би примена зависила од личних својстава оставиоца. Исто тако, сва оставиочева права, која чине његову заоставштину, наслеђују се по истим правилима. Од начела универзалности наслеђивања одступа ЗООЦГ, који уређује наслеђивање права и обавеза даваоца издржавања код уговора о доживотном издржавању. Члан 1085 ЗООЦГ предвиђа да у случају смрти даваоца издржавања, његове обавезе прелазе на његовог супружника и потомке, који су позвани на наслеђе, ако на то пристану. Према томе, права и обавезе даваоца издржавања не могу да пређу на сваког законског наследника, већ само на припаднике првог наследног реда.

2.4. Начело равноправности

ЗОНЦГ не садржи правила којима би се формално фаворизовала (одн. дискриминисала) одређена лица због њиховог брачног порекла, пола или каквог другог личног својства. У погледу наслеђивања изједначена су лица мушког и женског пола. Такође, брачни и

²² Упор. О. Антић, *Наследно право*, Београд 2008, 32 и даље.

²³ Чл. 8 и чл. 27 Закона о наслеђивању Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/2009).

²⁴ В. Уредбу од 10. маја. 1907. године, нав. према Л. Марковић, *Наследно право*, Београд 1930, 177.

ванбрачни сродници су равноправни у наслеђивању.²⁵ Што се тиче странаца, они у Црној Гори имају, под условом узајамности, исти наследноправни положај као и црногорски држављани, уколико међународним уговором није друкчије одређено. Узајамност се претпоставља, али на захтев заинтересованог лица може се утврђивати супротно.²⁶

На овом месту неопходно је дати ближи осврт на неке институте које ЗОНЦГ задржао, а који би у његовој практичној примени могли довести до дискриминације оставиочевих женских сродника у праву на наслеђе. Наиме, у Црној Гори је снажно укорењен обичај по коме мушки сродници искључују из наслеђа женске сроднике. Иако је овај обичај био у супротности с важећим прописима, у пракси су се налазили начини да се он испоштује (на пример, удовице прећуткују постојање ћерки, како би синови све наследили; ћерке се одричу наследства у корист браће и сл.).²⁷ И ЗОНЦГ оставља простор да се изађе у сусрет таквим обичајима и изигра уставни принцип о родној равноправности. Тако, чл. 131, ст. 2 ЗОНЦГ предвиђа да одрицање од наследства: „важи и за потомке онога који се одрекао, ако није изричито изјавио да се одриче само у своје име“. Ова установа искључује примену права представљања у случају давања негативне наследне изјаве. У практичној примени таква одредба чини делотворним притиске средине на оставиочеву ћерку да се одрекне наследства, јер то аутоматски доводи до повећања наследне квоте оставиочевог сина. Потенцијал цитиране одредбе да служи као средство за изигравање уставног принципа о родној равноправности утолико је већи што чл. 131, ст. 3 ЗОНЦГ предвиђа да ако су потомци наследника који даје негативну наследну изјаву малолетници, за одрицање од наследства није потребно одобрење органа старатељства. Поређења ради, у српском наследном праву је прихваћено другачије решење, по коме се наследник може одрећи наследства само у своје име.²⁸ Према српском праву, ако оставиочева ћерка да негативну наследну изјаву, суд позива њену децу да се изјасне да ли се прихватају наслеђа по праву представљања. Како деца оставиочеве ћерке не морају имати обичајноправне обзире према ујаку, какве има њихова

²⁵ Чл. 4, ст. 1 ЗОНЦГ.

²⁶ Чл. 5 ЗОНЦГ.

²⁷ Ближе о томе П. Стојановић, „О наследном праву у Боки“, *Бока* 11, Херцег Нови 1978, 242 и даље; В. Божишић, „О положају породице и наследства у правној системи“, објављено у: *Изабрана дела и Општи имовински законик*, Београд 1986, 184–185; Б. Петрановић, *О праву наследства код Срба на основу правних обичаја и писаних споменика*, Београд 1993, 29–21; Ј. Аћимовић, *Кратак преглед наследнога права у Србији с погледом на његову преуредбу*, Београд 1897, 11.

²⁸ Чл. 213, ст. 2 ЗОН из 1995.

мајка према свом брату, у Србији су обесмишљени притисци средине на женску децу да се одричу наследства.

У црногорском праву и даље постоји уговор о одрицању од наследства које није отворено.²⁹ Реч је о уговору који се закључује између претка и потомка, а на основу кога се потомак унапред одриче од наследства које би му припало када предак умре. Правне последице закључења оваквог уговора огледају се у томе што потомак неће у тренутку оставиоачеве смрти стећи право на давање наследне изјаве. За закључење овог уговора предвиђена је форма јавне исправе. Потписи уговорника морају бити оверени од стране судије (одн. јавног бележника), који је дужан да пре овере прочита уговор и уговорнике упозори на правне последице његовог закључења. Уговорно одрицање од наследства које није отворено искључује примену права представљања, осим уколико странке не предвиде другачије. Овакав уговор је критикован у теорији, јер може да послужи као средство за дискриминацију женске деце у праву на наследство.³⁰ Он се често закључује „под притиском осећаја да се треба покорити жељи свога старијег, макар она и не била у интересу потомка који се одриче будућег наслеђа“.³¹ Из тог разлога, у српском праву је изричито забрањен.³²

2.5. Начело ограничености основа позивања на наследство

Упоредно право познаје три основа позивања на наслеђе: закон, тестамент и уговор о наслеђивању. ЗОНЦГ прописује да се може наследити само на основу закона и тестаментa.³³ Забрањени су: уговор о наслеђивању, уговор о будућем наслеђу или легату, и уговор о садржини тестаментa.³⁴

2.6. Слобода тестирања

ЗОНЦГ даје могућност сваком лицу, које је старије од 15 година и способно за расуђивање,³⁵ да састави тестамент и по својој вољи уреди наследноправне последице своје смрти. Слобода тестирања, међутим, није неограничена. Опште ограничење слободе тестирања

²⁹ Чл. 135 ЗОНЦГ.

³⁰ Вид. О. Антић, „Уговор о наслеђивању и други забрањени наследноправни уговори у нашем праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1986, 519.

³¹ Б. Благојевић, *Наследно право у Југославији – права република и покрајина*, Београд 1983, 307.

³² Чл. 218 ЗОН из 1995.

³³ Чл. 6 ЗОНЦГ.

³⁴ Чл. 121 – 123 ЗОНЦГ.

³⁵ В. чл. 61 ЗОНЦГ.

проистиче из сходне примене правила уговорног права³⁶ – ништав је сваки правни посао (па самим тим и тестамент) који је супротан природним прописима или моралу друштва.³⁷ ЗОНЦГ предвиђа и посебна ограничења слободе тестирања. Најзначајније се огледа у установи нужног дела.³⁸ Осим тога, законодавац предвиђа да је апсолутно ништава одредба у тестаменту којом се именује наследник своје наследнику или легатару,³⁹ односно којом завешталац својим наследницима забрањује или ограничава право на деобу наследства (чл. 142 ст. 3).⁴⁰ Такође, забрањено је да се у форми писменог тестаmenta располаже у корист тестаментарног сведока, овлашћеног лица које је учествовало у састављању тестаmenta, као и предака, потомака, браће, сестара и супружника ових лица,⁴¹ као и да се у форми усменог тестаmenta располаже у корист тестаментарног сведока, његовог супружника, претка, потомка, побочног сродника закључно са четвртим степеном сродства и супружника свих ових лица.⁴²

3. НАЈЗНАЧАЈНИЈА РЕШЕЊА

3.1. Издвајање из састава заоставштине

ЗОНЦГ је изменио правила по којима се из састава заоставштине издвајају предмети домаћинства мање вредности и допринос чланова оставиоачеве породице у увећању његове имовине. Пре свега, законодавац је желео да изврши одређене промене у систематици закона. СЗОН, а по угледу на њега и републички закони о наслеђивању који су доношени после 1974. године, материју издвајања из састава заоставштине регулисали су у оквиру поглавља о нужном делу.⁴³ С таквим приступом први је прекинуо српски законодавац, који је правила о саставу заоставштине и издвајању из састава заоставштине ставио у опште одредбе ЗОН-а из 1995.⁴⁴ Црногорски за-

³⁶ О сходној примени норми Закона о облигационим односима на наследно право у материји ништавости тестаmenta вид.: Д. Ђурђевић, „Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаmenta“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/2004, 448 и даље.

³⁷ Сходна примена чл. 101, ст. 1, на основу чл. 18 ЗООЦГ.

³⁸ Чл. 28. ЗОНЦГ.

³⁹ Чл. 94, ст. 3 ЗОНЦГ.

⁴⁰ Чл. 142, ст. 3. ЗОНЦГ.

⁴¹ Чл. 70 ЗОНЦГ.

⁴² Чл. 91 ЗОНЦГ.

⁴³ Чл. 37 и 38 СЗОН; чл. 32 и 33 Закона о наслеђивању Србије из 1974. године; чл. 32 и 33 Закона о наслеђивању Црне Горе из 1975. године.

⁴⁴ Чл. 1, ст. 3 и 4 ЗОН из 1995.

конодавац је неспретно покушао да следи српско решење, што је имало за последицу појављивање одредаба о издвајању из састава заоставштине на два места у закону.

Када је реч о издвајању из састава заоставштине по основу доприноса у њеном увећању, најпре се у чл. 3, ст. 2 ЗОНЦГ предвиђа да: „заоставштину не чини дио којим је увећана оставиочева имовина настао радом или помагањем у привређивању законских насљедника који су живјели у заједници са оставиоцем“. Исто питање је на сличан начин поново нормирано у чл. 34 ЗОНЦГ који се налази у оквиру одељка о нужном делу: „законски насљедници који су живјели у заједници са оставиоцем и својим радом, зарадом или на други начин помагали му у привређивању, имају право да захтијевају да им се из заоставштине издвоји дио који одговара њиховом доприносу у повећању вриједности оставиоцеве имовине. Тако издвојени дио не спада у заоставштину и не узима се у обзир при израчунавању нужног дијела, нити се урачунава насљеднику у његов насљедни дио.“ Ниједан разлог не оправдава да се на два места у закону уређује истоветан животни догађај. Као утеха може да послужи то што овај законодавчев пропуст неће стварати проблеме у пракси, јер обе одредбе исти животни догађај уређују на истоветан начин.

Ситуација је озбиљнија када је реч о издвајању предмета домаћинства из састава заоставштине, јер је на два места у закону исти животни догађај уређен на различите начине. У оквиру општих одредби, чл. 3, ст. 3 ЗОНЦГ предвиђа да: „у заоставштину не спадају ни предмети домаћинства мање вриједности (покућство, намјештај, постељина и слично) који служе свакодневним потребама оставиоцевих законских насљедника који су са њим живјели у истом домаћинству.“ У одељку о заштити нужног дела, испод маргиналног наслова „Имовина која се издваја из састава заоставштине“, налази се чл. 35 ЗОНЦГ, који каже: „надживјелом супружнику и потомцима оставиоцевим који су живјели са оставиоцем у истом домаћинству припадају предмети домаћинства мање вриједности који служе задовољавању њихових свакодневних потреба, као што су покућство, намјештај, постељина и слично. Тако издвојени предмети не узимају се у обзир при израчунавању нужног дијела, нити се урачунавају насљеднику у његов насљедни дио.“ Због оваквог нормирања у пракси ће бити спорно ко има право на издвајање предмета домаћинства из састава заоставштине: сви законски насљедници или само припадници првог насљедног реда.

Законодавац је пропустио да реши проблем правне природе права на издвајање из састава заоставштине. Било је и остало спорно да ли је реч о захтеву насљедноправне природе или је у питању имовинскоправни захтев који проистиче из правних односа који су на-

стали за оставиочевог живота. Практичан значај сукоба ових теорија долази до изражаја онда када захтев за издвајање поднесе лице које је недостојно за наслеђивање или се одрекло наследства.⁴⁵ Црногорски законодавац је могао да се угледа на чл. 75 Закона о наслеђивању Хрватске из 2003. године,⁴⁶ који изричито прописује да овлашћено лице може тражити издвајање из састава заоставштине „неовисно о своме наслеђном праву“.

На овом месту се отвара и питање склада између ЗОНЦГ и Породичног закона Црне Горе.⁴⁷ СЗОН је увео установу издвајања из заоставштине доприноса у увећању оставиочеве имовине да би остварио начело по коме „свако има право на плодове свога рада“.⁴⁸ Приликом увођења ове установе законодавца је водила „иста мисао која се налази у основи установе брачне тековине“.⁴⁹ Институт издвајања из састава заоставштине доприноса у увећању оставиочеве имовине имао је своју функцију у време доношења СЗОН-а, јер тадашњи породичноправни прописи нису познавали заједничку својину чланова породичне заједнице.⁵⁰ Данас, када црногорско право познаје институт заједничке имовине чланова породичне заједнице, они своје захтеве по основу увећања оставиочеве имовине могу остваривати позивањем на чл. 310–315 ПЗЦГ. Престала је потреба за постојањем наследноправних норми о издвајању доприноса у увећању оставиочеве имовине.

3.2. Законско наслеђивање

ЗОНЦГ је прихватио парентеларно-линеарни систем интестатског наслеђивања, који је постојао у ЗОН-у из 1975.⁵¹ Новине које је увео тичу се проширивања круга законских наследника и реафирмације установе законског плодуживања на заоставштину. С друге стране, законодавац је пропустио да отклони неке недостатке ранијег закона, који се тичу наследноправног положаја усвојоца из непотпуног усвојења.

⁴⁵ О овом проблему ближе с упућивањима Д. Ђурђевић, „Издавање из заоставштине по основу доприноса у њеном увећању“, *Правни зборник* (Подгорица), 1/2009, 61 и даље.

⁴⁶ ZONH – *Narodne novine*, br. 48/2003.

⁴⁷ ПЗЦГ – *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007.

⁴⁸ Б. Марковић, *Закон о наслеђивању са објашњењима и напоменама*, Београд 1955, 118.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ У том смислу N. Gavella, *Nasljedno pravo*, Zagreb 1986, 332.

⁵¹ О систему законског наслеђивања према Закону из 1975. вид. О. Антић, „Системи групне расподеле сродника као законских наследника“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 – 4/1994, 307.

3.2.1. Проширивање круга законских наследника

ЗОНЦГ уводи четврти наследни ред, кога чине оставиочеви прадедови и прабабе. У овом наследном реду не примењује се право представљања, већ само право прираштаја.⁵² Правило о примени права прираштаја није најпрецизније формулисано. У чл. 20, ст. 3 ЗОНЦГ стоји: „Ако неки од ових предака не може или неће да наслиједи, његов дио наслеђује његов супружник, ако је предак оставиочев.“ Ова одредба је писана по угледу на чл. 19, ст. 3 ЗОН-а Србије из 1995, који у овом погледу не може да послужи као добар узор.⁵³ Суштина овог правила је да наследни део претка који не може или неће да наследи прирасте другом претку који је припадник истог родоначелничког пара, при чему је за законско наслеђивање ирелевантно да ли је између њих постојала брачна веза. Тако, ако прадеда, који је отац оставиочевог деде по оцу, не може или неће да наследи, његов део прираста прабаби, која је мајка оставиочевог деде по оцу, не због тога што је она прадедина супруга, већ зато што је други родитељ оставиочевог деде по оцу. Јасноћа у нормирању права прираштаја могла се постићи увођењем израза „грана“ за означавање родоначелничког пара у четвртој парентели, који није непознат у теорији.⁵⁴ Иначе, увођење оваквог четвртог наследног реда неће имати велики практични значај. Тешко је замислити да ће оставиоца надживети његови прадедови и прабабе и да иза њега неће остати ниједан наследник из прва три наследна реда који би могао и хтео да га наследи.

Друго решење којим је проширен круг законских наследника има много више изгледа да добије велики практичан значај и да постане повод за многе расправе. Реч је о ванбрачном партнеру, који може наслеђивати оставиоца као законски наследник и који је у праву наслеђивања изједначен са супружником.⁵⁵ Ванбрачни партнер ће постати законски наследник уколико је са оставиоцем живео у легитимној ванбрачној заједници, која је трајала дуже времена и која је престала смрћу оставиоца. Легитимном се сматра ванбрачна заједница мушкарца и жене који су могли да склопе пуноважан брак. На тај начин, идеја о неутралности, прокламована у Шведској пре 40 година, по којој законодавац треба да буде индиферентан према облику који је један пар одабрао за свој заједнички живот,⁵⁶ примиче се свом

⁵² Чл. 20 ЗОНГ.

⁵³ За критику чл. 19, ст. 3 ЗОН из 1995. вид. Д. Ђурђевић, *Одређивање и промена законског наследног дела*, магистарски рад, Београд 2001, 156 и даље.

⁵⁴ Термин „грана“ користи А. Гамс, *Облигационо и наследно право – допунски материјал уз увод у грађанско право*, Београд 1962, 62.

⁵⁵ Чл. 8, ст. 2 и 3 ЗОНЦГ.

⁵⁶ Вид. А. Agell, „Ванбрачна заједница у Шведској“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1984, 450 и даље.

потпуном остварењу у Црној Гори. Али, та идеја оставља иза себе отворен проблем правно-политичког оправдања норми које уређују прилично упрошћен поступак склапања грађанског брака (зашто постоје правила која уређују венчање, ако ванбрачна заједница производи иста грађанскоправна дејства као и брак). Ни практични проблеми, који ће се јавити због непрецизно формулисаних одредби ЗОНЦГ-а, неће бити занемарљиви. Противуречан израз „ванбрачни супружник“;⁵⁷ употребљен у чл. 8, ст. 2 ЗОНЦГ, само је увод у компликације које следе. За тзв. „ванбрачног супружника“ није сигурано то да ли има право на нужни део. Чл. 8, ст. 2 га у праву на наслеђивање изједначава са „брачним супружником“. Како је право на нужни део наследно право, могао би се извести закључак да и ванбрачни партнер спада међу оставиоцеве нужне наследнике. Међутим, чл. 27, ст. 1 ЗОНЦГ није уврстио ванбрачног партнера у круг нужних наследника. Формулација чл. 8, ст. 2 ЗОНЦГ („На основу закона оставиоца наслеђује и његов ванбрачни супружник који је у праву наслеђивања изједначен са брачним“), могла би послужити као основ за схватање по коме је термин супружник генусни појам за брачног и ванбрачног друга. У том случају, све одредбе које се односе на супружника, важиле би и за брачног и за ванбрачног друга, тако да би и ванбрачни друг био сврстан у круг нужних наследника. Међутим, у такво тумачење се не уклапа чл. 25, ст. 1 и 2 ЗОНЦГ који уређује губитак законског наследног права супружника,⁵⁸ а који се, по природи ствари, може односити само на брачног друга.

Посебну пажњу заслужује чл. 25, ст. 3 ЗОНЦГ по коме тзв. „ванбрачни супружник“ нема право да наследи ако је заједница живота између њега и оставиоца трајно престала његовом кривицом или у споразуму са оставиоцем. *A contrario*, ако је заједница живота између оставиоца и ванбрачног партнера трајно престала оставиоцевом кривицом, онда ванбрачни партнер може постати законски наследник! Одредба је у директној супротности са чл. 8, ст. 3 ЗОНЦГ

⁵⁷ ПЗЦГ, као матични за регулисање ванбрачне заједнице за лице које живи у ванбрачној заједници употребљава израз *ванбрачни друг*.

⁵⁸ Одредба гласи:

Право наслеђа између супружника престаје разводом брака и поништењем брака.

Супружник нема право да наследи:

- 1) *ако је оставилац поднио тужбу за развод брака, а после смрти оставиоцеве се утврди да је тужба била основана;*
- 2) *ако његов брак са оставиоцем буде поништен после смрти оставиоцеве, из узрока за чије је постојање надживјели супружник знао у вријеме закључења брака;*
- 3) *ако је његова заједница живота са оставиоцем трајно престала његовом кривицом или у споразуму са оставиоцем.*

који предвиђа да ванбрачни партнер може наследити само ако је ванбрачна заједница престала смрћу оставиоца. Оваква формулација је плод инертног законодавчевог уподобљавања ванбрачне заједнице браку. Поменута идеја о неутралности не може се у потпуности прихватити, јер ће између брака и ванбрачне заједнице увек постојати једна разлика. Брак подразумева двојство формалног (венчање и упис у матичној књизи венчаних) и материјалног (заснивање заједнице живота). Када престане материјални елемент, остаје формални (тзв. мртав брак), који може да произведе одређена грађанскоправна дејства, као што су наслеђивање и примена претпоставке о брачном очинству. Код ванбрачне заједнице постоји само материјални елемент. Када он престане, престаје и ванбрачна заједница. Ако је ванбрачна заједница трајно престала, у моменту оставиоачеве смрти (који је меродаван за одређивање законских наследника) оставилац нема ванбрачног партнера. Због тога није могуће да се правила о губитку законског наследног права брачног друга по аналогiji проширују на ванбрачну заједницу.

3.2.2. Законско плодуживање на заоставштини

После Другог светског рата личне службености нису имале велики значај у правном животу Црне Горе (што важи и за остале државе настале на територији бивше СФРЈ)⁵⁹. Међутим, на почетку XXI века долази до њихове реafirмације. Тако, ПЗЦГ у чл. 309 предвиђа да дете и родитељ који врши родитељско право могу стећи право становања (*habitatio*) на стану чији је сопственик други родитељ. ЗОНЦГ, уређујући повећање законског наследног дела оставиоачевог супружника,⁶⁰ односно родитеља⁶¹ који немају нужних средстава за живот, предвиђа да се њихове егзистенцијалне прилике поправљају кроз заснивање плодуживања на делу заоставштине који су наследили њихови санаследници. На тај начин су исправљени недостаци ЗОН-а 1975. који је прописивао да се повећање наследног дела оставиоачевог супружника, односно његових родитеља врши тако што им се додељује у својину заоставштину коју су наследили њихови санаследници.⁶²

Старо решење је имало две слабости. Прва се састојала у томе што је поправљање егзистенције једног оставиоачевог наследника трајно лишавало остале наследнике њиховог наслеђа. Увођењем плодуживања на заоставштини законодавац је успео да заштити егзистенцијалне интересе наследника, који је након оставиоачеве смрти

⁵⁹ Вид. више О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд 1996, 216.

⁶⁰ Вид. чл. 24 ЗОНЦГ.

⁶¹ Чл. 26 ЗОНЦГ.

⁶² Вид. чл. 23 и 24 ЗОН-а из 1975.

остао без нужних средстава за живот, а да при томе не лиши остале наследнике њиховог наследног дела. Поред тога, решење ЗОН-а из 1975. имало је и тај недостатак што је водило рачуна искључиво о имовном стању наследника у моменту оставиоачеве смрти. Стари Закон није давао никакав правни значај промењеним околностима: ситуација створена повећањем наследног дела наследника који у моменту оставиоачеве смрти није имао нужних средстава за живот остајала је дефинитивна, чак и ако би се након тога промениле околности које су довеле до усвајања захтева за повећање наследне квоте (на пример, поправе се имовинске прилике наследника чији је наследни део повећан). ЗОНЦГ предвиђа да суд може, на захтев осталих наследника, укинути плодоуживање кад се промене прилике због којих је конституисано.⁶³

3.2.3. *Наследноправни положај усвојиоца из непотпуног усвојења*

Приликом регулисања наследноправног положаја усвојиоца из непотпуног усвојења, ЗОНЦГ је оставио норму по којој „усвојилац има на заоставштини усвојеника и његових потомака иста наследна права која имају преци усвојеника према својим потомцима“.⁶⁴ Имајући у виду да непотпуно усвојење не прекида наследноправне везе између усвојеника и његових биолошких сродника,⁶⁵ остаје нејасно како ће се поделити заоставштина када на наслеђе истовремено конкуришу оставиоачеви биолошки родитељи и његов усвојилац из непотпуног усвојења. Теорија сматра да усвојилац из непотпуног усвојења искључује из наслеђа оставиоачеве родитеље,⁶⁶ али се не изјашњава о односу права представљања и права прираштаја у ситуацији када је оставиоца усвојио (ван)брачни пар, а један од усвојилаца не може да наследи (да ли у том случају све наслеђује надживели усвојилац, или потомци оставиоачевих родитеља по праву представљања?). Овде је законодавац могао да се угледа на решење у важећем српском наследном праву које усвојиоца из непотпуног усвојења намирује кроз плодоуживање на заоставштини: усвојеника наслеђују његови биолошки сродници, а усвојилац из непотпуног усвојења под одређеним условима може тражити да му се додели плодоуживање на целини или делу заоставштине.⁶⁷

⁶³ О предностима решења по коме се повећање наследног дела врши конституисањем плодоуживања вид. Д. Ђурђевић, *Одређивање и промена законског наследног дела*, магистарски рад, Београд 2001, 206 и даље.

⁶⁴ Вид. чл. 21, ст. 2 ЗОНЦГ и чл. 19, ст. 3 ЗОН-а из 1975.

⁶⁵ Чл. 21, ст. 4 ЗОНЦГ.

⁶⁶ У том смислу Б. Благојевић (1983), 139–140; М. Младеновић, *Породично право*, Београд 1981, књига II, 336; О. Антић, „Наследноправне последице усвојења“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1977, 165.

⁶⁷ Чл. 38 ЗОН-а из 1995.

3.3. Тестамент

Одредбе које уређују материју тестаментарног наслеђивања највећим делом су преузете из старог Закона о наслеђивању. Најзначајније измене тичу се апсолутне неподобности тестаментарних сведока код алогографског и међународног тестаментa и увођења „регистра тестамената“.

3.3.1. Подобност тестаментарних сведока

ЗОН из 1975. године предвиђао је у чл. 67, ст. 1 да сведок код алогографског тестаментa не мора разумети језик на ком је тестамент сачињен. ЗОНЦГ у чл. 68, ст. 1 инсистира на томе да сведоци алогографског тестаментa морају знати језик на ком је сачињен алогографски тестамент. Оваква формалност је сувишна. Алогографски тестамент се саставља тако што завешталац у присуству два сведока својеручно потписује исправу на којој је исписано његово располагање за случај смрти, изјављујући да је то његов тестамент, а након тога се потписују сведоци.⁶⁸ За пуноважност алогографског тестаментa је ирелевантно ко је и како извршио писмену редакцију завештаочеве последње воље. Битно је да завешталац буде у стању да прочита и потпише исправу.⁶⁹ Сведоци својим присуством и потписима гарантују да је завешталац исправу прихватио и потписао као своје располагање за случај смрти. Они не морају бити упознати са садржином алогографског тестаментa.⁷⁰ Следствено томе, за сведоке алогографског тестаментa је важно да знају језик на којем је завешталац признао исправу за свој тестамент, а није неопходно да знају језик и писмо којим је исправа написана.⁷¹ Имајући у виду изложено, не постоји разуман разлог због којег законодавац захтева да сведоци код алогографског тестаментa знају језик на ком је тестамент сачињен. За форму алогографског тестаментa много је прикладније решење из српског права, по коме сведок алогографског тестаментa не мора знати језик на ком је тестамент сачињен, већ само језик на ком завешталац изјављује да је исправа његов тестамент.⁷²

⁶⁸ Чл. 67 ЗОНЦГ.

⁶⁹ Вид. уместо свих Б. Благојевић (1983), 257. На таквом становишту стоји и пракса. Вид. пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1458/2002, од 13. 11. 2002; решење Врховног суда Србије, Рев. 4282/1993, од 15. 12. 1993; пресуда Окружног суда у Пожаревцу, Гж. 1501/1995, од 25. 12. 1995. Одлуке објављене код О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд 2003, 129–131.

⁷⁰ Вид. уместо свих Б. Благојевић (1983), 258. У том смислу и решење Врховног суда Србије, Рев. 4910/02, од 11. 12. 2002, нав. према О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд 2009, 172–173.

⁷¹ Вид. О. Антић, „Тестаментални сведоци у југословенском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1990, 466 – 467.

⁷² Чл. 112, ст. 2 ЗОН из 1995.

Иста примедба се односи и на апсолутну неподобност сведока код међународног тестаментa. За њих се такође тражи да знају језик на ком је сачињен тестамент,⁷³ иако је прописано да завешталац не мора упознати сведоке са садржином међународног тестаментa.⁷⁴ Црногорски законодавац би створио складан акт да је поступао по узору на много прикладније решење српског права, које предвиђа да сведок међународног тестаментa не мора знати језик на ком је тестамент сачињен, већ само језик на ком завешталац изјављује да је упознат са садржином исправе и признаје је за свој тестамент.⁷⁵

3.3.2. Регистар тестамената

По узору на хрватско право,⁷⁶ црногорски законодавац је увео *Регистар тестамената* – јавну евиденцију у којој се евидентирају чињенице о сачињавању, чувању и проглашењу тестамената.⁷⁷ Регистар тестамената води Нотарска комора у складу с правилима која прописује министарство надлежно за послове правде. Док је завешталац жив, подаци из Регистра тестамената се могу стављати на увид само њему или лицу које он за то посебно овласти. Евидентирање у Регистру тестамената има декларативни карактер – тестамент ће бити пуноважан упркос томе што његово састављање није евидентирано.

И код правила о Регистру тестамената се може уочити приличан несклад. Законодавац предвиђа да се упис у Регистар тестамената не врши по службеној дужности, већ на захтев завештаоца. С друге стране, у Регистру тестамената се, између осталог, евидентира и проглашење тестаментa. Како до проглашења тестамената долази након завештаоачеве смрти,⁷⁸ поставља се питање ко ће захтевати од суда који је прогласио тестамент да о томе обавести Нотарску комору.

4. ЗАКЉУЧАК

Од новог Закона о наслеђивању Црне Горе очекивало се да отклони недостатке Закона из 1975. године и постави систем наслед-

⁷³ Чл. 80 ЗОНЦГ.

⁷⁴ Чл. 78, ст. 2 ЗОНЦГ и чл. 4, ст. 2 Прилога Конвенције о једнообразном закону о облику међународног тестаментa, *Службени лист СФРЈ*, бр. 3/1977.

⁷⁵ Чл. 112, ст. 2 ЗОН из 1995.

⁷⁶ Чл. 68 ZONH.

⁷⁷ Чл. 120 ЗОНЦГ.

⁷⁸ Чл. 113 – 118 ЗВПЦГ.

Dejan Đurđević, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE CURRENT REFORM OF THE LAW OF INHERITANCE IN THE REPUBLIC OF MONTENEGRO

Summary

The long process of inheritance law reform in the Republic of Montenegro was rounded off by the end of year 2008, with the enactment of the new *Law on Inheritance*. The author presents basic principles of the newly reformed Montenegrin law of inheritance, and calls attention to the flawed drafting which has resulted in vagueness of the *Law* and its internal inconsistencies.

The author especially criticizes those legal institutions that are prone to facilitate circumvention of the constitutional principle of gender equality, and to deprive female heirs of their succession rights. First of all, the author disapproves of the rule under which the title is prevented from passing to the next intestate successor when the heir refuses to keep the inheritance. This means that disclaimer or denunciation of the inheritance bars the succession to the next intestate successor. Secondly, the author draws attention to the arguments against the inheritance waiver contract (the renunciation of inheritance rights contract, *Erbverzichtsvertrag*).

After a methodical and thoroughgoing analysis, the author concludes that the inheritance law reform in Montenegro did not turn out well, as the new *Law on Inheritance* fell short of setting up a system of rules of inheritance appropriate to the needs of democratic society, market economy and the protection of private ownership.

Key words: *Law on Inheritance of Montenegro. – The Renunciation of Inheritance Rights Contract. – Witnesses to a Will. – Unmarried Couples and the Law of Succession.*

Др Танасије Маринковић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

О УСТАВНОСТИ ОПШТЕГ РЕИЗБОРА СУДИЈА

Закон о судијама од 22. децембра 2008. године предвидео је општи реизбор судија у Републици Србији, конкретизујући у том погледу Уставни закон за спровођење Устава од 10. новембра 2006. године. Полазећи од начела сталности судијске функције и од начела забране ретроактивности, а инсистирајући, пре свега, на правном континуитету између устава Републике Србије од 1990. и од 2006. године, аутор указује на неуставност одговарајућих одредаба, како Закона о судијама, тако и Уставног закона за спровођење Устава.

Кључне речи: *Правна држава. – Јемства судијске независности. – Начело сталности судијске функције. – Начело забране ретроактивности.*

Разлика између полицијске и правне државе огледа се у томе што у првој државна власт може на дискрециони начин да примењује на сопствене поданике било које мере које сматра пожељним, док се у другој она, с циљем обезбеђивања правне сигурности својих грађана, сама потчињава одговарајућем правном режиму. Тај режим се састоји у томе што правна држава своје поступке ограничава како материјалним нормама које јемче права грађана, тако и процесним нормама које могу бити активирани за случај да материјално право не буде поштовано.¹

Ово деветнаестовековно правило правне државе – *ibi ius, ubi remedium*, које се од друге половине XX века, нарочито када је реч о људским правима, враћа својим римским кореним и преображава у – *ibi remedium, ubi ius*,² не би имало много смисла када судије, које су

¹ Више о разлици између полицијске и правне државе вид. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, Paris 2004 (репринт дела из 1920. и 1922), 488–490; J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris 1999, 14–22.

² V. Rakić-Vodinić, „Sudska zaštita prava čoveka“, *Prava i slobode – Međunarodni i jugoslovenski standardi* (ur. V. Dimitrijević, M. Paunović) Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1995, 113.

задужене да пружају *remedium*, не би уживале јемства своје супстанцијалне и персоналне независности. У том погледу, начело сталности судијске функције јавља се као једно од најенергичнијих средстава заштите личне независности судија – оног вида њихове независности који посредно пружа услове за непристрасно изрицање правде, јемчећи личност самих судија и њихов статус. Наиме, „само онда када је судија сигуран да га не могу постићи, односно његовога положаја, никакве неприлике за случај да се његова одлука не буде допала управној власти или јавном мњењу, можемо имати вере у његову непристрасност“,³ говорио је Ж. Перић.

Високо вредновање сталности судијске функције потврђује се и тиме што је то једина гаранција личне независности судија, поред јемстава њиховог задовољавајућег материјалног положаја, о чијем значају и начину уређења постоји апсолутна сагласност, како у правној теорији, тако и у пракси правних држава. О осталим питањима личне независности судија, као што су обим судијског имунитета, начело непокретности судија и услови и поступак њиховог напредовања, а нарочито начин избора судија и основ и процедура престанка судијског звања, срећу се различита уставна и законска решења, а и препоруке теоретичара нису јединствене.

Начело сталности судијске функције, међутим, од првих модерних револуција ужива неприкосновену заштиту. Тако је енглески Закон о наслеђу престола од 1701. године, реагујући на незаштићеност и нестабилност судијске функције под Стјуартима, предвидео да се судије именују доживотно (*quam diu se bene gesserint*), да се њихове зараде морају прецизно уредити, а да је разрешење судије могуће једино на основу адресе оба дома Парламента.⁴ Члан 3 Устава САД од 1787. године, такође, наводи, као једина јемства судијске независности, да ће судије Врховног суда и нижих судова, вршити своју дужност докле год се добро држе (*during good behavior*) и да ће за своју службу примати награду, која не може бити смањена за време док су у служби. Коментатори америчког устава примећују да се управо тим механизмима – одсуством реизборности и материјалном заштитом – обезбеђује непристрасан рад федералних судија, упркос чињеници да они долазе на ту функцију по строго политичким критеријумима – именовањем које врши председник, уз претходну сагласност Сената, горњег дома Конгреса.⁵ Коначно, поменимо и Фран-

³ Ж. Перић, *О судијској независности*, Београд 1899, 14.

⁴ F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge 2007 (1908), 312–313.

⁵ S. Welch et al., *American Government*, Wadsworth Publishing Company, 1998, 412; Henry J. Abraham, „The Pillars and Politics of Judicial Independence in the United States“, *Judicial Independence in the Age of Democracy* (eds. Peter H. Russell, David M. O'Brien) University Press of Virginia, Charlottesville – London 2001, 26.

цуску, државу која, иако традиционално неповерљива према судској власти, готово у свим својим уставима, од почетка XIX века па до данашњих дана, јемчи инамовибилитет судија. Устав Друге републике од 1848. године садржи уцбеничко одређење начела сталности судијске функције – судије се именују доживотно и не могу бити разрешене нити удаљене осим пресудом, нити могу бити пензионисане осим из разлога и у поступку одређеним законом (чл. 87) – док Устав актуелне Пете републике једино познаје сталност и непокретност као гаранције судијске независности (чл. 64, ст. 4): „*Les magistrats du siége sont inamovibles*“.

Начело сталности судијске функције гарантују и устави Србије од 1990. и 2006. године. Сасвим конкретно, Устав од 2006. године предвиђа да је судијска функција стална, али познаје и изузетак од овог правила – трогодишњи мандат лица које се први пут бира за судију (чл. 146, ст. 1 и 2). Наиме, „Народна скупштина, на предлог Високог савета судства, бира за судију лице које се први пут бира на судијску функцију“, а Високи савет судства... бира судије за трајно обављање судијске функције“ (чл. 147, ст. 1 и 3). Овај пробни избор (*probationary appointment*) судије-почетника несумњиво нарушава принцип сталности судијске функције, па самим тим и доводи у питање независност датог судије,⁶ али није непознат у упоредној пракси (Француска, Грчка, Холандија, Немачка, Аустрија). У доктрини се брани тезом да је у земљама континенталне правне традиције, у којима се избор за судију, по правилу, врши непосредно након завршеног формалног, правног образовања, неопходно спровести иницијалну филтражу, како би се систем ослободио нестручног и неспособног особља.⁷ Независност „пробних судија“ је, ипак, донекле обезбеђена у Уставу Србије од 2006. године, не само тиме што оне у свему осталојме уживају исти статус као и трајно изабране судије, већ и тиме што о њиховом избору за трајно обављање судијске функције одлучује Високи савет судства (тело сачињено највећма од судија, задужено да се стара о независности и самосталности судова и судија). Када је, пак, реч о „непробном судији“, он ужива сталност свога положаја и њему функција може престати пре времена једино „на његов захтев, наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом предвиђених разлога“ (чл. 148, ст. 1).

Закон о судијама, који је Народна скупштина Републике Србије донела 22. децембра 2008. године, ограничава, међутим, у прелазним и завршним одребама, мандат (трајно изабраних) судија, односно

⁶ Тако и В. Ракић-Водинелић, „Најновија законодавна реформа правосуђа у Србији“, *Информатор Друштва судија Србије* 2/2008, 13.

⁷ Sh. Shetreet, „Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges“, *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (eds. Sh. Shetreet, J. Deschênes), Dordrecht 1985, 624–625.

повређује уставно начело сталности судијске функције, прописујући да судије изабране под Уставом од 1990. године „настављају функцију у судовима за које су изабране до дана ступања на функцију судија изабраних у складу са овим законом“ (чл. 99, ст. 1). Самим тим, предвиђа се нови, општи избор судија, који има да се изврши најкасније до 1. децембра 2009, при чему се првим избором судије сматра избор на дужност судије у складу са раније важећим законима (чл. 100, ст. 2 и 4). Произлази, а то прецизира и Закон, да судијама „који нису изабрани у складу са овим законом, дужност престаје даном ступања на функцију судија изабраних у складу са овим законом“ (чл. 101, ст. 1). Према томе, судије изабране под Уставом од 1990. године уподобљавају се, *ex lege* и *contra constitutione*, судијама које се, сходно Уставу од 2006. године, бирају на трогодишњи период, чиме се излажу општој реизборности, упркос начелу сталности судијске функције загарантованом како Уставом од 1990, тако и Уставом од 2006. године.

Будући да подлогу за општи реизбор судија није могао да нађе у важећем уставу, законодавац ју је потражио у Уставном закону за спровођење Устава, од 10. новембра 2006. године, чији је, иначе, он сâм творац. Тако, чл. 6, ст.1 Уставног закона сасвим начелно и уобичајено утврђује да „судови... настављају са радом до усклађивања са Уставом прописа којима су уређени њихова организација и надлежност, као и положај судија“, да би већ чл. 7, ст. 1 изненадио и унео пометњу статуирањем „првог избора“ судија Врховног касационог суда: „Избор председника Врховног касационог суда и први избор судија Врховног касационог суда извршиће се најкасније у року од 90 дана од дана конституисања Високог савета судства“.⁸ Да изненађење буде веће, овај исти члан у наредном ставу више не помиње „први избор“ судија, али зато најављује општи реизбор свих судија: „Избор судија и председника осталих судова извршиће се најкасније у року од једне године од дана конституисања Високог савета судства“ (чл. 7, ст. 2 Уставног закона).

Истина, општи или делимични, колективни реизбор судија није незамислив и њему се прибегавало и прибегава у тренуцима државних удара и револуција. Односно, правним речником казано, онда када наступи уставноправни дисконтинуитет. Пример Француске показује да се политичким чисткама у судству редовно прибегавало читавим током XIX века: након Велике револуције, приликом бурбонске рестаурације, у Другом царству, али и на почетку Треће републике.⁹ Но, такве појаве није било на преласку из Четврте републике.

⁸ О различитим тумачењима израза „први избор судија Врховног касационог суда“ вид. В. Ракић-Водинелић, 15.

⁹ Више о томе вид. D. Salas, „Aperçu de l'histoire de la justice en France“, *Justice et institutions judiciaires* (sld. P. Truche) La documentation Française, Paris 2001, 10–14.

лике у Пету републике, будући да је тај прелаз остварен мирно и на начин прописан француским уставом од 1946. године. Исто тако и Устав Републике Србије од 2006. године није био израз нити државног удара нити какве револуције. Напротив, он је био донет на референдуму, у складу с ревизионим одредбама претходећег му устава, чиме је остварен уставноправни континуитет с Уставом од 1990. године и на њему заснованим правним поретком. Како с међународног, тако и с унутрашњег становишта, Србија није Уставом од 2006. године постала нова држава која би градила институције свога правног система *ex ovo*. При томе, чињеница да је у том поступку спроведена тотална, а не парцијална ревизија Устава од 1990. године, не би смела да наведе на закључак да је на место једног правног поретка дошао други. У супротном, разликовање уставноправног континуитета и дисконтинуитета, првог устава и оних из њега изведених (у Келсеновом смислу), изгубило би сваки практични и теоријски значај.¹⁰ А, постојање уставноправног континуитета подразумева „да се и својство сталности судијске функције, наставља. Оно се не прекида доношењем новог Устава, него траје до уставом предвиђених разлога за њено гашење. Према томе, сталност судијске функције рачуна се од Устава Србије од 1990. године и закона који је омогућио спровођење Устава“.¹¹

Осим тога, општи реизбор судија није могуће правдати ни паралелама са превременим изборима политичких органа јавне власти. Тако, Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије предвиђа рокове за расписивање превремених избора за посланике у Народној скупштини, председника Републике, посланике у Скупштини Аутономне покрајине и одборнике у скупштинама јединица локалне самоуправе. Оваква мера сасвим је у духу природе институција о којима је реч. Наиме, представнички карактер ових институција подразумева њихову периодичну изборност, а нарочито онда када се по

¹⁰ На једну такву практичну последицу упозорава Ј. Хасанбеговић: „Ако се сваки наш следећи уставотворац буде понашао правно револуционарно, као да је први, ми никада нећемо остварити правни континуитет, а поготову га нећемо остварити ако се наш законодавац понаша као правнореволюционарни уставотворац. Јер, први устав у правном – а не историјском – смислу јесте сваки онај устав којим се на правнореволюционаран начин, дакле, прекидајући правни континуитет, заснива (нов) правни поредак. А посебно је неприхватљиво да се правнореволюционарно понаша законодавац, и то у прелазним и завршним одредбама било ког закона... И, ако се сваки наш законодавац буде понашао као правни револуционар, узурпирајући – по природи своје функције – ту револуционарну улогу, онда у овом друштву никада неће бити ни устава ни правног поретка“. Ј. Хасанбеговић, Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“, одржаном 8. новембра 2008. у Београду, објављено у: *Информатор Друштва судија Србије* 2/2008, 19.

¹¹ Р. Марковић, Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“, одржаном 8. новембра 2008. у Београду, објављено у: *Информатор Друштва судија Србије* 2/2008, 5; у том смислу и В. Ракић-Водинелић, 14–15.

државу и друштво одигра тако крупан политички догађај као што је доношење новог устава. Сасвим је друго, међутим, место судства у систему државне власти, и оно налаже друга правила поступања. Суд није представнички, већ стручни орган који штити слободе и права грађана, законом утврђена права и интересе правних лица и обезбеђује уставност и законитост, ослобођен свих недозвољених притисака било странака у спору, било органа извршне и законодавне власти, било самог јавног мњења, захваљујући, између осталог, и уставном начелу сталности судијске функције. Како примећује Р. Марковић: „Колико је у представничкој демократији смењивост носилаца представничке власти, законодавне и извршне, у складу са промењивом политичком вољом грађана, као носилаца суверености, услов легитимности власти..., толико су сталност и непокретност једном изабраних носилаца судске власти, у складу са строгим професионалним мерилима..., услов легалности и тиме владавине права као владавине објективне воље закона“.¹² Отуда чл. 7 Уставног закона, који предвиђа „избор“ председника Врховног касационог суда и судија Врховног касационог суда, као и судија и председника осталих судова није у складу ни са духом, ни са словом Устава од 2006. године.

Превиђајући разлику између оригинерне и ревизионе уставотворне власти, законодавац је нарушио не само начело сталности судијске функције, већ и принцип забране ретроактивности, који је још једна од гаранција правне сигурности грађана. Заштиту овог императива правне државе пружа, по природи ствари, и Устав Србије од 2006. године, предвиђајући да закони и други општи акти не могу имати повратно дејство (чл. 197, ст. 1). Истина, Устав допушта и одступање од овог принципа, али само ако су у питању „поједине одредбе закона“ и „ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона“ (чл. 197, ст. 2). Све судије у Србији, да подсетимо, биране су под Уставом од 1990. године без ограничења мандата и одатле изводе одређена стечена права, која им законодавац доводи у питање уређујући ретроактивно њихов положај, а да у одговарајућем поступку није утврдио који је то општи интерес који налаже конкретну меру генералног реизбора.¹³

Произлази да је законодавац, најпре, Уставним законом за спровођење Устава, а потом и Законом о судијама, погазио вољу грађана изражену на уставотворном референдуму одступајући од уставних начела сталности судијске функције и забране ретроактивности у условима непрекинуте процедуралне везе између устава од 1990. и 2006. године. Технички, то је изведено уношењем у Уставни

¹² Р. Марковић, 5.

¹³ Тако и В. Ракић-Водинелић, 15.

закон за спровођење Устава супстанцијалних одредаба, које су стране једном таквом акту. Наиме, уставни закон није устав, већ пратећи пропис којим се уређује прелазно стање у држави, до потпуног конституисања политичких власти, у складу с новоусвојеним уставним решењима. Отуда уставни закон не садржи опште одредбе, већ га чине појединачне норме о начину и роковима за спровођење појединих одредаба устава.¹⁴ О оваквој нужно једнократној функцији и природи уставних закона у нас говори и чињеница да се у другим правним системима наведена питања уређују у одељку о прелазним одредбама устава.¹⁵ У том одељку нема супстанцијалних норми, пошто су оне изложене у претходним одељцима устава, него се у њему налазе одредбе којима се прописује начин преласка на нове уставне институте и институције. „Код нас, то је већ постала традиција, те прелазне одредбе нису формулисане у самом Уставу, него су пребачене у посебан правни акт, који нема правну снагу Устава, јер се не доноси као Устав, по уставотворном поступку. То је због тога да би се оне касније, ако постоји потреба, лакше могле променити. И будући слабије правне снаге од Устава, тај акт... мора бити као сваки закон усаглашен с Уставом. У супротном он долази под удар контроле уставности од стране Уставног суда“.¹⁶

Као основ за општи реизбор судија не може се узимати ни то што је Уставом и Законом о уређењу судова предвиђен нови систем општих и посебних судова непознат нашој досадашњој регулативи. Иако се у формалном смислу заиста гасе стари судови, са својом организацијом и надлежностима, и уместо њих установавају нови, суштински је на делу укидање једних судова и оснивање других, које ничим не ремети нити природу судске власти нити статус судија какви они одвајкада постоје у правној држави. Отуда није оправдана нити усклађена с Уставом формулација Уставног закона која предвиђа „избор“ судија, будући да је ту реч о премештању судија из укинутих у новоосноване судове.¹⁷ Разлика између старог и новог суда, у суштинском смислу, која оправдава општи избор судија, види се на

¹⁴ Тако К. Чавошки, *Устав као јемство слободe – Огледи о уставу и уставности*, Институт за филозофију и друштвену теорију „Филип Вишњић“, Београд 1995, 143.

¹⁵ Р. Марковић, 5.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Овакав став, у основи, заузима и В. Ракић-Водинелић, 15: „Све данас постојеће судије су изабране без ограничења мандата, што значи да им функција не може престати тако што неће бити поново изабрани у исти суд, јер без обзира на уставне еквилибристике, изузев судова који данас још увек нису основани, сви остали судови су стари и већ постојећи, независно од тога какво им име Устав даје и како ће се мењати називи судова у будућности“; за супротно мишљење вид. З. Ивошевић, *Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“*, одржаном 8. новембра 2008. у Београду, објављено у: *Информатор Друштва судија Србије 2/2008*, 8.

примеру Уставног суда. У односу на Устав од 1990. године, актуелни устав успоставља у организационом и функционалном смислу савсим ново уставносудско тело, задржавајући, при том, његов стари назив. Број уставних судија је чак за две трећине увећан, начин њиховог одређивања је из основа измењен, тако да су сада предлагачко-изборне функције равномерно распоређене између извршне и законодавне власти, а у тај процес је, први пут, укључена и судска власт, док су надлежности Уставног суда значајно проширене и квалитативно допуњене увођењем претходне контроле уставности, института уставне жалбе, као и надлежности у поступку разрешења председника Републике.

Приликом вредновања сталности судијске функције неопходно је, на крају, напоменути и то да се ово начело врло лако може обесмислити и претворити у своју супротност уколико се схвати као параван за нестручно и несавесно обављање судијског позива. Гаранције личне независности судије, од којих се начело сталности судијске функције налази на првом месту, нису саме себи циљ, већ су у функцији његове супстанцијалне независности, односно везаности судије искључиво за устав и закон земље, у поступку изрицања правде. Отуда, пресуђивање које излази из оквира легалитета и савести судије нарушава правну сигурност грађана – *raison d'être* сваке правне државе. У складу с тиме и судије у Републици Србији, иначе, заснованој „на владавини права и социјалној правди“ (чл. 1 Устава од 2006. године), морају у свему бити одговорни своме узвишеном позиву, те се неизоставно мора приступити примени одредба Закона о судијама које уређују дисциплинску одговорност судија и разрешењу оних међу њима који су злоупотребили своју уставну дужност заштитника слобода и права грађана и уставности и законитости (чл. 95 Устава од 1990. године), а таквих је, ако се само присетимо „крађе“ резултата локалних избора одржаних у јесен 1996. године, у чему су судије непосредно учествовале, много.¹⁸

¹⁸ Више о томе вид. V. Rakić-Vodinec *et al.*, *Izborna krađa – Pravni aspekt*, Medija centar, Beograd 1997.

Tanasije Marinkovic, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ON THE CONSTITUTIONALITY OF THE GENERAL REAPPOINTMENT OF JUDGES

Summary

The Law on Judges, adopted on 22 December 2008, envisaged a general reappointment of judges in the Republic of Serbia, pursuant to the Constitutional Law on the Transitional Provisions of the Constitution, adopted on 10 November 2006. Insisting on the security of tenure of judges and on the prohibition of the retroactive effect of laws, but foremostly on the principle of legal continuity between the 1990 and 2006 Constitutions of the Republic of Serbia, the author points out the unconstitutionality of the respective provisions both of the Law on Judges and of the Constitutional Law on the Transitional Provisions of the Constitution.

Key words: *Rule of law. – Garanties of judicial independence. – Permanent tenure of office. – Principle of non-retroactivity.*

Борис Беговић*

William J. Baumol, Robert E. Litan, Carl J. Schramm,
*Good Capitalism, Bad Capitalism, and the Economics of Growth
 and Prosperity*,
 Yale University Press, New Haven – London 2007, стр. 321.

Добар и лош капитализам – каква је то дистинкција, с преко-
 ром између редова, питају се многи. С једне стране су они који ве-
 рују да је израз лош капитализам плеоназам, што, по њиховом
 мишљењу, доказује садашња (мај 2009) глобална рецесија, „најгора
 после II светског рата“. С друге стране су они који верују да је капи-
 тализам јединствен институционални оквир („крај историје“) и да
 унутар тог оквира нема простора за аналитичка раздвајања, што је
 понекад зачињено веровањем да је израз лош капитализам *contradictio
 in adiecto*.

Насупрот оваквим имплицитним прекорима, Баумол, Литен и
 Шрам, сматрају да је, на аналитичком плану, потребно направити
 дистинкцију између четири врсте капитализма, будући да свака од
 њих ствара различите подстицаје за привредни раст и просперитет.
 Једно је државни капитализам, у коме је улога државе пресудна, у
 смислу да одатле крећу сви развојни пројекти, уз наду да ће они до-
 нети просперитет. Другу врсту чини олигархијски капитализам, у
 коме је улога државе исто тако веома велика, али је она под непосредним
 утицајем мањег броја економских моћника, који државу и
 њене политике користе за реализацију личних, наравно, веома пле-
 менитих циљева. Трећу врсту чини капитализам великих корпора-
 ција, обично оних са дугом историјом и, у неким земљама, државном
 подршком. Коначно, четврта врста је предузетнички капитализам,
 онај вид капитализма у коме предузетници, они који континуелно
 иновирају и те иновације тестирају на тржишту, имају централну
 улогу у систему.

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и
 председник Центра за либерално-демократске студије.

Какви су ефекти поменутих различитих vrста капитализма на привредни раст, који се узима као критеријум њихове пожељности? Одговор зависи од тога шта је то покретачка снага привредног раста, односно шта га поспешује. Већ у првом поглављу, користећи оквир који пружа савремена теорија привредног раста, аутори дају јасан одговор – то је предузетништво, тј. иновације које предузетништво доноси, као и способност предузетника да те иновације тестирају на тржишту. На тај начин настаје технолошки напредак у најширем смислу речи, који је одговоран за динамичан привредни раст у свету у последњих неколико векова. Самим тим, јасно је да циљ треба да буде „предузетничка привреда“, која омогућава максимизацију иновација, односно максимизацију темпа технолошког напретка.

Друго поглавље представља подсећање на разлоге због којих је привредни раст битан, будући да се, нарочито у богатим земљама, често заборавља да привредни раст представља предуслов за друштвени напредак било које врсте. Треће поглавље нас враћа на терен теорије привредног раста, унутар које се показује значај предузетништва за раст и само појачавају аргументи који су наведени на самом почетку књиге.

Четврто поглавље представља кључни део књиге и даје одговор на питање о карактеристикама доброг капитализма. Анализирајући четири наведена типа капитализма, може се, на први поглед, кажу аутори, закључити да је добар капитализам онај предузетнички. Међутим, не треба прерано доносити закључке. Кључно је питање у којој мери велике корпорације могу унутар својих оквира да створе предузетништво, односно иновације. Наиме, иновације тих корпорација поспешују иновације слободних предузетника, оних који су формирали нова и мала предузећа и та два сектора имају синергетски ефекат: међусобно ојачавају један другу. Стога је добар капитализам онај који је комбинација предузетничког и капитализма великих корпорација. Која је оптимална пропорција? Нема једнозначног одговора, али се она може проценити са становишта институција које ће омогућити максимизацију стопе привредног раста – оптимална пропорција ће се спонтано успоставити унутар таквих институција.

Пето поглавље је посвећено управо институцијама које треба да имају четири основне карактеристике. Прво, треба да минимизују баријере уласку у грану, односно треба да обезбеде слободу уласка у грану, тј. пуну слободу започињања бављења одређеним послом, као и слободан раст (напредовање) доброг пословног подухвата, што укључује регистрацију предузећа, стечајну заштиту поверилаца и приступ финансирању (финансијском посредовању). Друго, институције треба да буду такве да награђују успешну, продуктивну преду-

зетничку активност и иновације, што укључује успостављање владавине права, заштиту приватне својине и уговорних права, избегавање претераног пореског оптерећења, дерегулацију, јавну подршку базичним научним истраживањима и комерцијализацију универзитетских иновација (изума), као и стварање услова за широку имитацију иновација, односно нових технолошких достигнућа (репликативно предузетништво). Треће, институције треба да предупреду ангажовање предузетника у непродуктивним активностима, онима које само прерасподељују или чак умањују укупно друштвено богатство, што је у складу са Баумоловљевом тезом о деструктивном предузетништву. Четврто, треба да се обезбеде стални подстицаји за иновације, нарочито онима који су успешни да настављају са иновацијама, а не да спавају на ловорикама, што подразумева уравнотежену политику заштите конкуренције и одржавање окружења слободне трговине, односно уклањање било каквих баријера трговини и инвестицијама.

Шесто поглавље је окренуто недовољно развијеним земљама и могућностима које стоје у погледу ослобађања предузетништва у њима, како би оно покренуло њима толико потребан привредни раст. Уочава се потреба да се умањи улога државе у тим земљама, па се и предлаже стратегија којом би се то учинило и ослободио простор за предузетништво, путем уклањања баријера уласку нових предузећа, формализовања институционалног оквира, побољшања финансијског посредовања (укључујући и микрокредите), односно приступа капиталу, као и путем инвестиција у образовање. Уз то се разматра и стратегија поткопавања олигархије која често постоји у тим земљама.

Седмо поглавље је посвећено богатим земљама у којима доминирају велике корпорације – пре свега западноевропским земљама и Јапану које су пре садашње глобалне рецесије, за разлику од САД, бележиле веома ниске стопе раста. Узроци тог заостајања се проналазе у демографским кретањима, високом пореском оптерећењу и великим расходима за државне програме социјалне помоћи, уз сагледавање огромних потенцијала за привредни раст које те земље имају. Да ли ће да их искористе, зависи од подстицаја којима су изложени, пре свега у виду даљег јачања глобалног надметања.

Финално, осмо поглавље разматра потребу очувања предузетничког капитализма, путем стварања одговарајућих подстицаја предузетницима, спутавања њиховог ангажовања у непродуктивним делатностима и одржавања ривалитета између великих корпорација, као подстицаја за иновације, раст продуктивности и привредни раст.

Књига је писана јасним језиком и лаким стилем. За њено читање није потребно добро познавање економске теорије и методологије. Аргументи се износе прегледно, а често су илустровани приме-

рима из живота. Све изнесене тезе су уверљиве, без обзира да ли ће их читалац прихватити, а стил одаје у Србији заборављену врлину скромности – нема претенциозности.

Ова књига је написана пре глобалне финансијске кризе из 2008. године и глобалне рецесије у 2009. години. Да ли ова чињеница релативизује изнесене налазе? Одговор је кратак – не! Овим се отвара веома занимљиво питање о томе какав ће бити утицај кризе на економску теорију и економске политике у будућности. Наравно да осврт на ову књигу не може да буде место за расправу ове врсте, али ипак се чини да су првобитне најаве о потреби свеобухватне промене капитализма, као и потребе измена економске теорије, биле, најблаже речено, претеране. Осим неких техничких лекција из домена регулације финансијског сектора, допринос кризе економској науци и политици није превише велики.

Какве све ово има везе са нама у Србији? Где смо ми данас у погледу привредног раста и у каквом капитализму живимо? Посматрањем активности државних званичника и њихових бројних предузетничких активности, рекло би се да смо у државном капитализму. Снага домаћих олигарха, на пример, на београдској линији Лука-Ушће-Белвил-Бродоградилште, говори да Србија живи у олигархијском капитализму. Да би били у капитализму великих корпорација, потребно је још много страних директних инвестиција, које наравно, не падају са неба, већ се привлаче добрим институционалним оквиром, односно оним решењима која су описана у овој књизи. То се још више односи на предузетнички капитализам, од кога смо најдаље. Ослобађање предузетништва и његово усмеравање ка продуктивним активностима представља пут у просперитетну будућност наше земље. Далеко више него, на пример, одмрзавање Прелазног трговинског споразума са ЕУ!

Мр Милош Здравковић*

Игор Приморац, *Етика и секс*
(с енглеског превела Ивана Ивковић), ЈП „Службени гласник“,
Београд 2007, стр. 255.

Два основна нагона код човека су нагон за опстанком и нагон за продужењем врсте. Оба та нагона се појављују као основна и код свих осталих живих створења. Но, ако се пажња усмери на овај други, нагон за продужењем врсте, одмах се могу уочити и значајне разлике. Наиме, код животиња овај нагон се скоро искључиво јавља као периодична, природом детерминисана сексуална активност, чија је једина сврха добијање здравог потомства. Код човека то није случај, јер секс није искључиво везан само за продужење врсте, иако је управо то у његовој основи. Поред потребе да се продужи врста, секс чини и једно од главних животних задовољстава и као такав представља извор најразличитијих опасности и ризика, попут здравствених, економских, моралних, итд. Управо због ових опасности и ризика, секс је, од када постоји људска цивилизација, био предмет опсежне друштвене регулације. Контрола и усмеравање сексуалне активности су одувек били предмет религијских, обичајних и моралних правила, а временом су, развојем права, постали и предмет правних правила, о чему лепо сведочи пример Хамурабијевог законика. Па ипак, секс и поред своје велике, по Фројду можда и пресудне важности за човека, није у довољној мери био проучаван од стране великих филозофа. Ставом о недовољном посвећивању пажње сексу као једној од морално најризичнијих делатности, Приморац отвара своју расправу. У том ставу, такође, налази се и један од разлога зашто је на овом месту посвећено неколико речи овој књизи и њеном аутору.

Игор Приморац је емеритирани професор Хебрејског универзитета у Јерусалиму и научни саветник у Центру за примењену филозофију Универзитета у Мелбурну, Аустралија. Поред књиге *Етика*

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду.

и секс, аутор је и књиге *Justifying Legal Punishment*. Приредио је и неколико књига, попут *Human Sexuality*, *Political Morality*, *Terrorism: The Philosophical Issues*, и друге.

Књига *Етика и секс* представља систематску студију о природи и моралном значају људске сексуалности и главним питањима сексуалног морала. Расправа је у основи подељена на два главна дела. Први део је посвећен критичкој анализи кључних концепција људске сексуалности, док се у другом делу расправља о најважнијим питањима сексуалног морала.

На самом почетку расправе аутор износи критички поглед на гледиште да је за правилно разумевање и оцену секса најважније то да он чини могућим зачеће и да је, сходно томе, његово одговарајуће место у браку. Свакако да данас овакво схватање није више опште-прихваћено, али је на Западу оно било владајуће безмало два миленијума, и како то Приморац запажа, ако не увек у сексуалној пракси, а оно барем у расправама о сексу. Ипак, требало би поменути да и данас постоје врло значајни аутори, попут Жермена Грисеа (*Germain Grisez*) и Џона Финиса (*John Finnis*) који, прихватајући католички морал, износе став да је свака сексуална пракса ван брака морално недопустива, па чак и сексуална пракса у оквиру брака која за циљ нема зачеће.

У следећем поглављу аутор износи став да је схватање секса повезаног с љубављу, које као такво умногоме одступа од прокреативног схватања секса, тек одскора детаљно, систематски и филозофски обрађено и то у делу *Sexual Desire* Роџера Скрутона (*Roger Scruton*). Како Скрутон истиче, постоје две врсте уживања. Прва су само уживање чула, као на пример, уживање у испијању хладне воде после напорног тренинга, док уживања друге врсте укључују и мисао, те су стога она дистинктивно људска. У прилог ове тезе он наводи пример миловања драге особе, где се реагује управо зато што је у питању одређена особа. У случају обмане, када се открије да прсти који милују нису прсти вољене особе, уживање моментално прелази у одвратност. Приморац, позивајући се, између осталих, на Алана Голдмана (*Alan Goldman*), износи одређене аргументе против схватања да је истински вредна сексуална пракса једино она која је повезана с љубављу. Љубав и секс могу бити повезани, али нису идентични, јер, на пример, секс може бити успутан, док љубав никад није успутна. Као згодан пример за тезу о одвајању секса и љубави може се навести и да би се „признање јасне разлике између секса и љубави у друштву помогло да се избегну катастрофални бракови који настају из адолесцентског мешања љубави и секса, када се сексуална жеља брка са трајном љубављу, и ослабио би штетну љубомору која се јавља у браковима у погледу нестајања сексуалних жеља“. Ипак,

Приморац сматра да је секс повезан с љубављу свакако вреднији, али то не значи да треба омаловажавати и обезвређивати секс без љубави у моралном смислу. На крају крајева, закључивање које проглашава секс без љубави безвредним, а које има следећу структуру: А је много боље од Б, дакле Б уопште није добро, не може бити логички исправно.

У следећа два поглавља, аутор на врло интересантан начин разматра појам секса као језика тела, а такође и хедонистичко гледиште, тј. гледиште о „сировом сексу“ и у том смислу испитује разликовање природног од неприродног секса, као и појам сексуалне перверзије.

У другом делу расправе који носи наслов „Питања“, аутор се позабавио најважнијим моралним питањима која се тичу секса. У првом одељку другог дела, Приморац се бави институцијом брака. Ако је сврха секса зачеће или израз љубави, онда брак пружа добар оквир у којем подизање деце и неговање љубави добија адекватно друштвено признање. Но, ако се секс схвати као језик тела или чистог уживања, није сигурно да би у таквом случају он морао бити повезан с институцијом брака. У прилог првог схватања секса који подразумева зачеће, говорио је још св. Августин, а на већи број његових схватања ослонио се св. Тома Аквински и његово учење о браку је, уз мале измене, и данас званично учење Католичке цркве. Ни протестанска етика не иде много даље од католичког учења о браку, с тим да дозвољава развод брака. Такође, и међу филозофима постоје они који су појам брака везивали за зачеће и јединствени оквир легитимног секса, али који нису прихватили његове традиционалне теолошке корене, попут Хјума и Канта. На другој страни, постојали су, и данас постоје, многи који критикују институцију традиционалног брака, а Приморац, између осталих, помиње феминистичке и социјалистичке мислиоце. С тим у вези, аутор нуди посебно интересантану расправу о вредности моногамног брака коју су водили Џон Макмартри (*John MacMurtry*) и Дејвид Палмер (*David Palmer*). Макмартри тврди да је моногаман брак одређен с четири правила: 1) формални уговорни однос дефинисан, контролисан и санкционисан законом, 2) број партнера је два и само два, 3) може постојати само један такав однос у датом тренутку и 4) супружници не смеју да имају секс изван брака. Целу своју критику таквог брака он гради на ова четири правила, те каже да је та врста брака „државно-регулисано, неограничено и ексклузивно власништво две индивидуе над међусобним сексуалним моћима. Брак је једноставно облик приватне својине“.

Палмерова одбрана моногамног брака управо је била усмерена на то да се покаже разлика између брака и приватне својине и у том смислу Палмер аргументовано тврди: „Ако особа поседује Х, онда

та особа има право да искључи друге из приступа X-у или из коришћења X-а. С друге стране, власник има право и да дозволи другима приступ X-у или коришћење X-а. Власник има право да користи X на било који начин на који жели, да га изнајми или прода, па чак и да га уништи. На крају, само X нема никаквих права у односу на власника. Очигледно је да ништа од тога не важи за моногамни брак“. У прилог Палмеровој критици требало би додати и то да данас велики број правних поредака познаје и санкционише злоупотребе и силовање у браку. На крају овог поглавља, аутор се осврнуо на питања прељубе и љубоморе. Приморац прељубу дефинише као ванбрачни секс – секс у који се особа у браку упушта са неким ко није њен брачни партнер и одмах поставља питање шта је у томе лоше. Прељуба као таква не повређује другог супружника – оно што повређује јесте сазнање да се прељуба десила. То би значило да ако се прељуба врши на један тактичан и дискретан начин, да брачни друг не сазна за њу, онда нема речи о повређивању. Али, да ли је то морално. Свакако да није, јер онај ко врши прељубу тајно, избегава једно, а чини друго морално зло прибегавајући прећуткивању, обмани и лажи. Такође, морално је лоше и кршење обећања верности датог у тренутку склапања брака. Но, постоји аргумент и против оваквог става који је изнео Берtrand Расел (*Bertrand Russell*), а то је сагласност супружника да живе у тзв. слободном браку, који је Расел и сам упражњавао, где се избегава повређивање и лагање другог супружника, мада Приморац разложно критикује и такву концепцију брака.

Следеће поглавље бави се питањем проституције. Аутор проституцију дефинише као комерцијални или унајмљени секс, секс за новац и запажа да је морална осуда проституције „једно од ретких традиционалних мишљења о сексу, које је преживело општу либерализацију сексуалног морала у западним друштвима у скоријим декадама. Данас се та осуда често подржава новим аргументима, али и задржава доста од своје традиционалне оштрине“. Поред огромних моралних проблема које питање проституције у себи садржи, проституција повлачи и низ конкретних проблема с којима се суочава безмало свака држава, као што су питања трговине људима, заштите здравља, могућности и модели легализације проституције и друго. Као таква представља сферу друштвеног живота која, барем у одређеној мери, захтева озбиљну правну регулативу, која у нашој држави изостаје.

У наредним поглављима, аутор обрађује питање хомосексуализма, с посебним освртом на дискриминацију према хомосексуалцима и хомосексуалне бракове, педофилију, сексуално узнемиравање и силовање. Ипак, проблем порнографије није нашао обраду у оквиру ове књиге, а сам аутор каже да је то свакако значајно питање које

заслужује пуну пажњу, но ограничење простора је условило његов изостанак.

На самом крају ове врло интересантне расправе, аутор у завршном поглављу износи своје закључне ставове. Приморац аргумендује да је за промишљање о свим изнесеним проблемима неопходно pazити на разлику између позитивног и критичког морала, те да дискурс о овим питањима треба водити на нивоу критичког, а не позитивног морала. Ово из разлога што позитивни морал, дакле морал конкретне друштвене заједнице у датом периоду, показује сву своју дволичност и недоследност. Аргументујући о овоме, аутор износи неколико примера те дволичности – на пример, друштвена осуда проститутке, али не и клијента, односно варирање те осуде с обзиром на економски статус проститутке – проститутке из високе класе просуђују се мање строго него уличарке, мања осуда мушке, а већа женске прељубе, неосновано импутирање педофилних склоности хомосексуалцима, итд.

Коначно, Приморац на питање да ли постоји сексуални морал, одговара: „не постоји ни потреба ни простор за скуп моралних разматрања која важе за секс и представљају сексуални морал у стриктном смислу речи. Оно што важи за изборе, чинове и праксе у области секса јесу иста морална правила и принципи који важе и у несексуалним стварима. У сексу, као и у несексуалним стварима, можемо да повредимо, оштетимо, принудимо, обманемо или експлоатишемо друге, или изневеримо своја обећања и обавезе – а од нас се морално захтева да то не радимо. Кад идемо против било ког од ових захтева, сексуална природа нашег понашања га не чини ни више ни мање погрешним него што би иначе било“.

Уз све што је овде речено о овој књизи, пажњу потенцијалних читалаца треба да привуче, наравно поред провокативног наслова, и чињеница да је, судећи по речима уредника едиције *Примењена етика* професора Филозофског факултета Универзитета у Београду Јована Бабића, у оквиру које се нашла књига *Етика и секс*, ово прва књига код нас која се филозофски бави феноменом сексуалности. Такође, секс је људска активност коју у једном делу и право регулише, па ће и правницима, бити интересантно како се том проблематиком позабавио аутор ове књиге. Напоследку, тренутно живимо у времену где су одређени морални ставови по питању пожељне сексуалне праксе уздрмани. Та промена је била један од узрока зашто је у многим западноевропским земљама, на пример, дозвољено склапање бракова између појединаца истог пола, а у неким чак и усвајање деце од стране таквих парова. Нека овом приликом остане по страни питање оправданости таквих законских решења – довољно је истаћи чињеницу да су управо неки од тих правних поредака, до пре неко-

лико деценија забрањивали развод брака мушкарца и жене, а нешто раније чак су и ванбрачну децу искључивали из законског наследног реда. Изузетно нагла промена која је уследила свакако захтева темељну филозофску и сваку другу анализу. За друштво попут нашег, где ни стручна јавност не може дискурс око ових питања да постави у академске оквире, чини се да је књига Игора Приморца *Етика и секс* више него добродошла.

Нагалија Лукић*

Жан Прадел, *Историјат кривичних доктрина*
(с француског превео Обрад Перић), Правни факултет
Универзитета у Београду, едиција *Crimen*,
Београд 2008, стр. 96.

Одувек су различите идеје и доктрине утицале на креирање права. Тако је, на пример, учење о природном праву видело идеју права у правди и основним вредностима које се разумом могу спознати. У духу таквог схватања право треба да буде само оно што је праведно. Правни позитивизам је, супротно претходном схватању, у дефинисању појма права полазио од вредности као што су правна сигурност, ред, мир, занемарујући садржину правних норми и сматрао да је праведно оно што је законито.

Принципи кривичних доктрина су, исто тако, кроз историју представљали полазиште за формирање позитивног кривичног права. Ретрибутивистичке теорије су, на пример, оправдање казне налазиле у одмазди заснованој на идејама правде и сразмерности. Другачији приступ су имале утилитаристичке теорије, по којима је казна оправдана због користи коју од ње има друштво. Различити доктринарни приступи кривичном праву и домет њиховог утицаја на законска решења управо и представљају предмет проучавања Жана Прадела у књизи *Историјат кривичних доктрина*.

Жан Прадел је професор Правног факултета у Поатјеу (*Poitiers*), доктор *honoris causa* четири светска универзитета, потпредседник Међународне кривичне и пенитенцијарне фондације. Поред дела *Историјат кривичних доктрина*, Прадел је аутор следећих дела: *Кривично право (општи део)*, *Кривично процесно право*, *Кривично право (посебни део)*, *Европско кривично право*, *Кривично компаративно право*, итд.

* Аутор је студент последипломских студија Правног факултета Универзитета у Београду.

Праделово излагање у књизи *Историјат кривичних доктрина* распоређено је на увод, пет поглавља и закључак, а на крају књиге се налазе библиографија и белешка о аутору и делу коју је написао преводац књиге.

У уводу аутор најпре полази од објашњења појма кривичне доктрине. Потом наводи да различите околности могу подстаћи на стварање кривичног права (материјалног и процесног), али истиче неспоран утицај који у томе имају кривичне доктрине. Тиме аутор и објашњава интересовање за ову тему.

Прво поглавље носи наслов „Почеци“. У сегменту који се односи на грчко-римске античке ауторе, Прадел првенствено посвећује пажњу Платоновом схватању кривичног поступка и сврси кажњавања. Аутор примећује да Платон, у времену када се гођење учиниоца и доказивање његове кривице препуштало жртви и оштећеном, инсистира на активној улози судије у поступку као и прецизном дефинисању доказних радњи (заклетва, сведочење). Што се тиче сврхе казне, Прадел приказује различите функције које је она имала код Грка, а нарочито у Платоновим *Законима*, почевши од освете, преко ретрибуције, до мира у граду-држави, који се остварује кроз поправљање кривца и застрашивање других.

Други сегмент се односи на хришћански средњи век, за чије је представнике аутор изабрао Тому Аквинског и Жана Мабилона. Прадел обрађује схватање Т. Аквинског о ретрибутивној сврси казне коју спроводи искључиво држава као природну последицу вољног чињења греха. Доста пажње аутор посвећује идејама монаха Жана Мабилона, који повезује кривично право са хришћанским принципима милосрђа, самилости, сажаљења. У свом излагању Прадел издваја Мабилонско схватање да је казна неопходна, али да треба да буде индивидуализована, док као суштинску идеју истиче поправљање, тј. ресоцијализацију осуђеног кроз пенитенцијарни систем заснован на начелима хуманизације и милосрђа. Стога је „Мабилон био претеча пенитенцијарног права“, како каже аутор.

Трећи сегмент посвећен је ауторима у периоду XVII–XVIII века (Хобс, Гроцијус, Монтескје). Како Прадел истиче, Гроцијус и Хобс сматрају да право на кажњавање проистиче из друштвеног уговора којим људи на основу слободне воље стварају државу с циљем заштите својих права и слобода. Казна је оправдана због друштвене корисности по Хобсу, док Гроцијус основ казне види у ретрибуцији. Аутор посебно наглашава револуционарни карактер Монтескјеовог принципа легалитета, по коме кривична дела и казне морају бити предвиђене законом.

У другом поглављу „Бекарија или прва систематизација“, Прадел описује Бекаријина схватања којима је настојао да обухвати це-

локупно кривично право. То га је и разликовало од његових претходника који су се кривичним правом бавили парцијално и узгредно. Бекарија је сматрао да кривично право треба да се заснива на закону. Иако је Монтескје у свом делу *О духу закона* то већ рекао, Бекарија је продубио ову идеју. Поред легалитета казни и инкриминација, чији је циљ ограничење самовоље судија, овај принцип се односи и на поступак лишења слободе. У даљем излагању Прадел указује на захтев за легитимношћу кривичних норми. У том смислу, да би неко понашање било кривично дело, треба истовремено да вређа и друштвене интересе и морал. Централно Бекаријино разматрање је везано за пенологију. За разлику од окрутних казни које су доминирале пред крај Средњег века, аутор истиче да се Бекарија залагао за умерене казне које ће превазилазити корист од извршених кривичних дела и застрашивањем, као негативном страном генералне превенције, одвраћати од вршења кривичних дела. Казне, даље, треба да буду фиксно одређене, сразмерне, да се безизузетно примењују, а што се тиче арсенала казни, Бекарија одбацује смртну казну и конфискацију. На примеру Бекаријиних идеја, Прадел показује дејство кривичне доктрине на позитивно право имајући у виду да су бројни закони широм Европе донети под њиховим утицајем.

Треће поглавље се односи на „Класичне школе“. Једна од њих је и школа апсолутне правде. У кривичном праву и казни ова школа види само ретрибуцију, а не и средство за постизање друштвене корисности. Прадел потом наводи Филангиерија, једног од Бекаријиних следбеника, који је разрадио његове идеје о брзом кривичном поступку, декриминализацији одређених кривичних дела и вези између природе кривичног дела и казне. У Енглеској је посебно значајан био Џереми Бентам. Аутор истиче његов принцип „кривичне аритметике“, по коме предвиђена казна мора доносити веће зло од користи кривичног дела, затим мишљење да казне не треба да буду фиксно одређене, за разлику од Бекарије, и инсистирање на превентивним средствима. Прадел указује и на Бентамов допринос реформи затворског система. Излагање које се односи на неокласичну школу започиње Росијевим дефинисањем елемената деликта. Неокласичарима се приписује и увођење института битно смањене урачунљивости. Аутор доста пажње посвећује неокласичистичком разматрању казне. Њен циљ је ретрибуција, као и корисност, док је најбоља казна лишење слободе (друге санкције нису биле много разматране), али са могућношћу превременог пуштања и продужетка затвора, што зависи од владања. У складу са Бекаријиним схватањем, неокласична школа је аргументовано заговарала укидање смртне казне, што се прво одразило на судску праксу, која је све ређе изриче, а потом и на неке законодавце који је укидају. У погледу кривичног поступка раз-

матрана су питања припремне истраге (што је утицало на француско позитивно право) и пороте.

Четврто поглавље носи наслов „Одраз кривичног детерминизма“. Као реакција на пораст стопе криминалитета развија се правац познат као италијанска позитивистичка школа. Најпознатији представници су Ломброзо, Фери, Гарофало. Позитивисти у центар свог интересовања стављају учиниоца као човека (не кривично дело), негирајући постојање слободе воље као узрок злочина. Супротно, човеково понашање је условљено комбинацијом ендогених и егзогених чинилаца. Ломброзо те факторе види у анатомским карактеристикама, Фери у индивидуалним, физичким и социјалним. Стога, позитивисти предлажу „кривичне супституте“, тј. превентивна средства на друштвеном плану с циљем спречавања кривичних дела. Учиниоца третирају као болесника кога треба лечити применом терапеутских мера које ће се, како истиче аутор, после звати мере безбедности.

У петом поглављу „Савремено доба“, Прадел анализира узроке настанка све већег броја доктрина. Једна од њих је и *Покрет друштвене одбране*. У оквиру тог схватања аутор истиче две струје. Адолф Принс, као представник првог приступа, сматра да зарад очувања друштвеног поретка, што је примарни циљ, треба примењивати мере *ante delictum*, мере безбедности и друге санкције, чије је трајање у конкретном случају условљено неутралисањем опасног стања (критеријум којим се замењује субјективна одговорност) делинквента. По окончању Другог светског рата, у условима настанка хуманих идеја, појављује се други талас друштвене одбране, чији су представници Филипо Граматика и Марк Ансел. Аутор полази од радикалнијег, Граматике, који се залагао за укидање појмова кривичног дела, кривичне одговорности и казне, а увођење појмова антисоцијалност и мере друштвене одбране. Ансел не прихвата такво схватање, али се залаже за ресоцијализацију учиниоца, као и за „дејуридизацију“ кривичног права.

Од савремених доктрина Прадел помиње и неокласицизам, правац који је полазећи од слабости кривичног третмана, на чему је инсистирала друштвена одбрана, истицао позитивне стране генералне превенције и ретрибуције које се остварују казном. На дело слободне воље, какво је криминално понашање, треба оговорити казном која је „заслужен одговор“. При томе, судији се дозвољава да узме у обзир личност учиниоца приликом избора санкције. Ресоцијализација се не искључује, али само ако се осуђени са тиме сложи.

Прадел посебно истиче покрет који је последњих деценија распрострањен, а циљ му је сужавање примене кривичног права. Први облик се испољава у настојањима да се уклоне узроци који повећавају могућности за вршење кривичних дела. Међу предложеним ме-

рама су и оне садржане у *Извештају о декриминализацији* Савета Европе: технопревенција, друштвена реорганизација, проширење декриминализације (посебно у привредној и социјалној области). Други облик настоји смањити кривичноправну интервенцију кроз депенализацију и скретање поступка. Прадел наводи бројне ауторе који истичу штетне стране казне затвора и при томе предлажу друге санкције као алтернативе, а међу њима и радикалне предлоге, попут Хулсмановог модела којим се предвиђа аболиција казне затвора, а оптимистички гледа на добровољно решавање конфликта. На крају, аутор указује на нека доктринарна разматрања у погледу функционисања кривичног правосуђа (обештећење жртве, кривична одговорност правних лица, улога приватног сектора у борби против криминалитета, припремна истрага).

Књига *Историјат кривичних доктрина* Жана Прадела, која је сад доступна и на нашем језику, представља успели покушај да се на једном месту прегледно обухвати и презентира скуп свих историјски релевантних кривичних доктрина. Доктринарна схватања кривичног права, усвојена од стране законодавца, могу имати различите последице. Преширока кривичноправна заштита угрожава права и слободу људи и доводи у питање легитимност таквих инкриминација. Утопистичке идеје о непотребности кривичног права чине несигурним положај учиниоца, јер му се ускраћују гаранције кривичног поступка. Имајући у виду утицај који имају кривичне доктрине, ова монографија ће бити корисна свима онима чији је предмет интересовања наука кривичног права. Значај ове књиге произилази и из чињенице да бројна позитивна решења упоредног кривичног законодавства имају свој дуг еволутивни пут који је Жан Прадел темељним и јасним излагањем у свом делу прешао.

Стојан Мићовић

апсолвент Правног факултета Универзитета у Београду

ИРАЦИОНАЛНА ДОКАЗНА СРЕДСТВА*

Чланак говори о ирационалним доказним средствима, која су карактеристична за предрдржавно уређење, земље старог и средњег века, али и за сва друштва и правне системе који су под јаким утицајем религије. Отуда ова средства позивају Бога да се уметне у судски поступак како не би дозволио да праведно лице страда. Заклетва и божји суд, као најбољи примери ирационалних доказних средстава, обележили су већи део правне историје и у складу са друштвено-културним миљеом у коме су се примењивали, веома су добро вршили своју функцију. Намеће се закључак да су таква средства у том периоду била веома рационално решење. Појава савременијих доказних средстава, ширење писмености и смећење религиозности су утицали на сузбијање заклетве и божјег суда, али и данас можемо уочити њихове реликте, поготово у погледу коришћења заклетве у англосаксонском правном систему.

Кључне речи: *Заклетва. – Божји суд. – Средњовековно српско право.*

1. ОПШТЕ НАЗНАКЕ

Ирационална доказна средства датирају од најраније фазе људског развоја, кад је човек живео у родовско-племенском уређењу. То је доба такозваног „примитивног права“, које је карактеристично по јакој вези са религијом.¹ Стога су прве забране и правила пона-

* Овај рад је 2008. године добио награду Универзитета у Београду из Фондације Миливоја Јовановића и Луке Ћеловића, која награђује најбоље студентске радове на београдском Универзитету.

¹ О појму „примитивног права“, противуречностима које тај појам носи и његовим особинама в. детаљније С. Аврамовић, *Опита правна историја – Стари и Средњи век*, Београд 2004, 48 и даље.

шања у ствари биле религијске норме.² У том периоду човек је све појаве објашњавао религијским представама, што је имало за последицу то да су се закони доносили уз „божју помоћ“,³ веома се пазило да се воља богова не повреди, приносиле су им се жртве како би их одобровољили, итд. Богови су се сматрали свемогућим, па се отуда и њима давала улога у судском поступку, што представља важну карактеристику за поимање ирационалних доказних средстава.

Мада је примитивно право у начелу карактеристично за најранију фазу људског развоја, за преддржавно уређење, оно се често среће и у новонасталим робовласничким државама државама старог века,⁴ као и средњовековним феудалним државама, па се његови елементи могу и данас наћи у неким правним системима. Ирационална доказна средства дуго су се задржала у правној регулативи појединих народа. Ирационални доказни систем је у Европи био доминантан до XV века, а задржао негде се и касније, јер су његове особине и основ били такви да је надживљавао развитак права. Наиме, нарочито у германским и словенским земљама није дошло до потпуног ишчезавања старих доказних правила. Многа од њих су толико била укоренења у народу, да су се и придошле новине из римског и канонског права прилагодиле народном духу. Тек развојем друштва и правног система, рецепцијом римског права и све већим утицајем хришћанства и инквизиторског поступка, ирационална доказна средства су постепено нестајала и из употребе. Тако се у српском кривичном поступку она дефинитивно губе тек у XIX веку.

² У првобитној заједници први облици друштвених забрана су били различити табуи, нарочито они везани за труднице, за однос између полова, итд. који су имали чисто религијско значење, о чему постоји богата литература, у којој се посебно истичу Ц. Фрејзер, *Златна грана*, Београд 1977; Б. Малиновски, *Аргонаути Западног Пацифика*, Београд 1979, Л. Морган, *Древно друштво*, Београд 1981, а на језицима овог подручја О. Мандић, *Од култа лубање до кришћанства*, Загреб 1954; Д. Бандић, *Табу у традиционалној култури Срба*, Београд 1980, В. Чајкановић, *О магији и религији*, Београд 1985, итд. Религијско извориште „објављеног“ права се показује још од кад је Мојсије избављивао народ из Египта и када му је на Синају, према легенди, Бог дао десет божјих заповести, по којима треба да се управља народ. Занимљиво правноисторијско виђење овог догађаја вид. код А. Вотсон, „Право у књигама, закон и стварност: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 5–18.

³ На таблицама Хамурабијевог законика нацртан је Хамураби како стоји пред богом правде Шамашом који седи и предаје цару законик. Хамураби се ту и на почетку и на крају обраћа боговима, моли богове да сурово казни оне који га не буду поштовали, чиме сам законик добија божански ауторитет, в. више С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2007, 67. То је случај и са свим другим старим правним системима и кодификацијама, в. А. Вајс, „Неке карактеристике старих кодекса“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969, 37 и даље.

⁴ Иако су ирационална доказна средства била карактеристична за стари век, она се ипак нису у већој мери користила у римској држави, као ни у Атини, што је и разумљиво с обзиром на степен развијености друштва и правног система.

Изворно хришћанство је имало крајње негативан став према ирационалним доказним средствима, јер су она потицала од паганских религија. Црква је настојала да их сузбије, а као један од таквих покушаја представља одлука на четвртом Латеранском сабору 1215. године, када је Папа Иноћентије III забранио употребу божјег суда.⁵ Међутим, иако је хришћанска црква имала велики утицај, ирационална доказна средства су се толико усталила у народним обичајима да их је тешко било искоренити, као и многе друге паганске обичаје. Црква је била принуђена прво да их толерише, а затим их је и усвојила, тако да се заклетва често полагала пред свештеником и у манастирима, а божји судови су се вршили у црквама.⁶

Између Римокатоличке и Српске православне цркве постојала је у том погледу извесна разлика. Наиме, папа је имао много већу власт и утицај од српских првосвештеника, па је и успешније сузбијао божји суд. Српска црква, пошто је увек била потчињена световној власти, у складу са византијским начелом о цезаропапизму, имала је много мањи утицај, па се и примена божјих судова много дуже задржала. Околност да су Срби више векова били под турском влашћу и да су избегли непосредну рецепцију римског права, доста је утицала на то да се божји судови дуже задрже на нашим просторима. Они су се тек изгубили стварањем српске државе по ослобођењу од Турака, знатно касније него код неких других европских народа.

Такође, и општа неписменост је знатно утицала да оваква доказна средства буду нужност код Срба. Са описмењавањем становништва, писмене исправе добијају предност, па су се у једном прелазном периоду ирационална доказна средства користила тек кад се другим није могло решити неко питање, да би на крају потпуно ишчезла. Смањење степена религиозности је највише утицало на ишчезавање ирационалних доказних средстава. Наиме, предуслов примене оваквих доказа је неприкосновена вера, поштовање и страхопоштовање према Богу и божанствима, што не дозвољава човеку да се криво куне. Чврсто уверење да Бог штити праведне изазива у човеку велику духовну моћ и екстазу која му даје снагу да издржи и највеће муке како би доказао своју невиност. Слабљењем религиозне свести, потискују се из употребе и ирационална доказна средства.

⁵ R. Bartlett, *Trial by Fire and Water*, Oxford 1986, 53.

⁶ Варајдински регистар, тј. судски регистар Варајдинског капитола из XIII века, говори нам да је оглед железом (*iudicium candentis ferri*) био праћен нарочитом црквеном церемонијом, а на крају и специјалном молитвом, као и код котла (*iudicium aquae ferventis*) и код железа. Такође и код Срба, доказивање железом се вршило у цркви. Опширније о томе види у Т. Тарановски, *Историја српског права у немањихкој држави*, Београд 2002, 587.

Заклетва и божји суд представљају најкарактеристичније примере ирационалних доказних средстава, а њихова ирационалност се огледа у томе што она по својој природи никад не дају један нови материјални елемент за оцену онога који се оправдава. Човек би се сматрао невиним чим би положио заклетву, победио тужиоца у судском двобоју или успешно извадио врелу мазију. Наравно, при том су постојале извесне разлике у њиховом извођењу, значају и доказној вредности у различитим правним системима.

2. ЗАКЛЕТВА

2.1. Заклетва у Вавилону

Заклетва представља стари акадски обичај, и она је, као и свуда где се примењивала, имала изражен религијски карактер. У Вавилону је била праћена додиривањем полног органа, као знак да се онај који даје заклетву куне у своје потомство. Неки аутори сматрају и да латински назив за сведока *testis* потиче од сличног поступка.⁷

Главни извор вавилонског права представља Хамурабијев законик. Он говори о двама врстама заклетви, доказној – асерторној и оправдавајућој (очишћавајућој) – пургаторној. Асерторна заклетва ојачава неку тврдњу странке или сведока у погледу чињенице која се догодила у прошлости. О таквој заклетви говори чл. 106 Хамурабијевог законика који гласи: *Ако помоћник трговца узме новац, спори се са трговцем, овај треба да пред богом и сведоцима докаже да је помоћник узео новац, и помоћник ће му троструко дати новац који је узео.* Пургаторна заклетва се користила као одбрамбено доказно средство, којом се странка брани и „чисти“ од тврдње или заклетве друге стране, доказујући да се нешто није десило. О пургаторној заклетви говори чл. 227 Хамурабијевог законика, који гласи: *Ако неко превари хирурга и овај утисне жиг неопућивог роба, тај човек да се убије и да се сахрани у својој кући; хирург ће се заклетви „нисам жигосао са знањем“ и биће слободан.* Само полагање заклетве је било довољно да се оптужба скине, а одбијање да се заклетва да се сматрало признањем. Заклетва је била непобитан доказ, а сам Хамурабијев законик је уређивао која страна има да се закуне. Остало је неразјашњено да ли се примењивала и промисорна заклетва, којом се странка обавезује да ће говорити истину.⁸

⁷ Вид. више С. Аврамовић, (2004), 85–87. На слично правило налазимо и у Старом завету, вид. *Постајање* 24, 2 и 47, 29.

⁸ С. Аврамовић, (2004), 87

Идеја о томе да је одбијање да се поднесе заклетва сама по себи представљала доказ кривице, среће се и у другим старим правним системима. Тако је, чак и у развијеном античком атинском праву, било веома важно ко ће имати „предност“ при заклињању (што је представљало једино ирационално доказно средство у Атини), јер је то представљало важну процесну привилегију, као и позивање друге стране да се пре суђења закуне у храму. Одбијање таквог изазова је представљало веома јак доказ против онога ко је тако поступио.⁹

2.2. Заклетва у средњем веку

Заклетва представља средство крајње формалног карактера, што је и иначе једна од честих особина средњовековних правних система. Она се употребљавала и у грађанским и у кривичним парницама, што се тада по правилу није разликовало. Заклетву је полагао тужилац или тужени, али се она углавном примењивала на туженог, кад није било других доказа, па се истинитост неке чињенице ни на који други начин није могла утврдити.¹⁰ Њом су се могла користити само лица која својим људским квалитетима указују да се неће заклетви криво, тј. она је само важила за добре, поштене и непорочне људе. Они су се слично као и у Вавилону, полагањем заклетве чистили од кривице која им је стављена на терет, на шта указује и латински назив за такву заклетву (*iuramentum purgationis* – чишћење, оправдање). Формализам се додатно огледа и у томе што лице које се заклиње мора да изговори тачно формулу од које је сачињена заклетва, тј. није смело да погрешни ни једну реч, нити да замуцкује. У противном се заклетва сматрала ништавном.¹¹ Заклетва је представљала једну врсту божјег суда, јер се веровало да Бог неће допустити да исправно изговори заклетву онај чија је изјава била лажна.¹² Стога ако

⁹ R. J. Bonner, *Evidence in Athenian Courts*, Chicago 1905, 54 и даље; С. Аврамовић, В. Станимировић, 127.

¹⁰ Т. Тарановски, (2002), 588; Б(ождар) Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд 1908, 58.

¹¹ Б. Марковић (1908), 30.

¹² Овде се неумитно намеће асоцијација на инцидент приликом полагање заклетве, који се десио приликом увођења у дужност новог америчког председника. Тада је Барак Обама, пред два милиона људи начинио грешку, на коју га је навео председник Врховног суда, који је неправилним редом изговарао свечани текст заклетве предвиђен америчким Уставом. „Ја, Барак Хусеин Обама, свечано се заклињем да ћу извршавати дужности председника САД *верно*, и да ћу свим својим снагама чувати, штитити и бранити Устав САД“, изјавио је 44. амерички председник, понављајући речи које је изговарао Џон Робертс, председник Врховног суда. Робертс је, међутим, направио малу грешку, изговоривши реч „верно“ после речи „председник САД“, уместо испред речи „дужности председника“. Пошто је очигледно приметно грешку, Обама је направио кратку непријатну паузу, сачекавши да Ро-

странка није хтела да се закуне или није исправно положила заклетву, суд није веровао њеној изјави, а онај ко се ваљано заклео суд је његову изјаву прихватао као истиниту.

Код најтежих кривичних дела, није била довољна само заклетва једног лица, оптуженог или тужиоца, већ се тражило да поред њега заклетву положи и још један број људи како би се заклетва оптуженог или тужиоца сматрала као истинитом. То су углавном били његови рођаци или пријатељи који су га добро познавали. Звали су се помагачи или клетвеници (*aidi, iuratores, coniuratores, sacramentales, consacramentales, testes*).¹³ У оваквим ситуацијама заклетва оптуженог је претходила заклетви помагача, чиме се само појачавала заклетва оптуженог. Помагачи својом заклетвом не тврде да је чињеница на коју се оптужени заклео истинита (*iuramentum de veritate*), него се заклињу на то да верују да је заклетва оптуженог истинита. Они чак и ништа не знају о спорним чињеницама, већ само верују у оног за кога се заклињу, у чему се и огледа читава ирационалност овог доказног средства. Због тога су помагачи обично пријатељи или познаници оптуженог који добро познају њега и његове прилике. Клетвенике су одређивале странке а не суд, јер је поступак био оптужни.

Мирјан Дамашка наводи да није било мало случајева када су помагачи у заклетви вршили своје мале приватне истраге пре полагања заклетве пред судом, како би се сами уверили у истинитост тврдњи оног коме помажу¹⁴.

Да ли ће се лице заклињати са или без помагача није зависило само од природе учињеног дела, већ и од друштвеног статуса странке. Што је странка имала важнији положај у друштву, њој се и више веровало, те и није било потребно да се заклиње са помагачима. Слуге, због нижег статуса, нису могле да се користе заклетвом већ само божјим судом. Ако је странка већ била осуђена, њој се такође слабије веровало па је у случају новог спора била принуђена да прибегне божјем суду. Лица која су такође била неспособна за заклињање су и ванбрачна лица, слепи, рашчињени свештеници, Јевреји, кривоклет-

бертс понови тај део реченице, што је он и учинио, али поново погрешним редом. Новом председнику остало је само да се покори и заклетву до краја изговори онако како је чуо. Због тога је Обама морао да поново положи заклетву пред председником Врховног суда у Овалном кабинету, пред само неколико људи, када је изговорио правилан текст, али овог пута без руке на Библији, што је скандализовало велики део јавности у САД. Дакле, неправилно изговарање формалног текста заклетве и данас се у САД сматра као озбиљна препрека за пуну правну ваљаност акта.

¹³ Б. Марковић (1908), 31

¹⁴ М. Damaska, „Rational and irrational proof revisited“, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 5, 1/1997, 30.

ници и јеретици¹⁵. И странци су били неспособни за прибегавање овом доказном средством¹⁶. На помагаче су се примењивали исти критеријуми. Да би неко био помагач, морао је да буде частан, поштен и непорочан.¹⁷

При том се мора нагласити да помагачи нису сведоци, тј. лица која суду саопштавају чињенице које су они сами својим чулима опазили. Међутим, постојала је једна врста помагача која је била веома слична сведоцима. То су били помагачи који су ухватили оптуженог на делу и који помажу да се он доведе пред суд, да би тужилац доказао његову кривицу. Разлика између овог помагача и осталих била је у томе што ови морају знати одређене чињенице за које и полагају заклетву, докле у свим осталим случајевима они не морају ништа знати о предмету спора.¹⁸

2.3. Заклетва у средњовековном српском праву

У старом српском праву се помоћу заклетве могла утврђивати како кривична, тако и грађанска одговорност, јер се није правила разлика између грађанског и кривичног поступка. Која ће се од странака заклетви, зависило је од њиховог споразума, а некад од самог суда.

Странка која се заклињала морала је то да учини лично, што значи да се није могао користити пуномоћник. Изузетак од тог правила представљао је само случај кад је заклетву полагао владалац, што се види из дубровачких извора, који нам још говоре и то да се заклетва користила и на станку.¹⁹ Заклетва је полагана свечано и у прописаној форми, пред свештеником, а у неким случајевима и пред самим епископом.

Појединачни подаци о заклетви странака су се сачували само у уговорима са Дубровником. У уговорима из 1349. и 1357. године

¹⁵ Б. Марковић (1908), 31.

¹⁶ У Енглеској за време Едварда Старијег, лица која су се у судским поступцима заклињала а изгубила су спор, нису више имала право на заклетву, већ само да се оправдају прибегавањем божјем суду. Опширније о односу друштвеног статуса и прибегавање заклетви, вид. R. Bartlett, 30–32.

¹⁷ Тако и наш Душанов законик у чл. 160 каже: „... *аколи се догоди, те што изгубе, да им је порота веродостојни људи...*“, Душанов законик (приређивач Биљана/ Марковић), Београд 1986, 80.

¹⁸ Б. Марковић (1908), 31. Такви „полусведоци – полупомагачи“ су се у средњовековној српској држави јављали у неким случајевима око својине земљишта и граница, вид. Б. Марковић (1908), 61.

¹⁹ Б. Марковић (1908), 63–4. Станак је врста суда, који представља стару обичајноправну установу за суђење у парницама између Срба и Дубровчана, где су се састајали изасланици дубровачке и немањихке власти који би заједнички пресуђивали о спорној ствари. Детаљније о томе види Т. Тарановски (2002), 539–544.

јасно се види да тужилац полаже заклетву и да та његова заклетва вреди као доказно средство од пресудног значаја. Ово представља изузетак од општег правила да тужени полаже заклетву. У другом случају у уговорима из 1349. и 1357. године, заклетву треба да положи оптужени, али његову заклетву је требао да потврди и још један помагач, што представља реткост, јер се обично тражило више њих.²⁰

Најстарији словенски назив за заклетву је „рота“, па би најпогоднији назив за клетвенике или помагаче био поротници, што се негде и користило. Међутим, било је и других назива као: стариници, старци, душевници²¹ и сведоци.²² Клетвенике познаје Душанов законик под именом „душевници“, па у чл. 103 каже да ако крађа не може да се докаже сводом, примењивала се заклетва са помагачима. Заклетва са помагачима је сматрана као свршен доказ, што значи да није било више потребно даље доказивање.²³

Клетвеници су имали двострану доказну функцију. У неким случајевима они су потврђивали изјаву једне од странака, а у другом они су износили самостални исказ о спорним чињеницама. Први случајеви су били доста ретки, а Душанов законик говори на само једном месту о томе (чл. 160), када изјава клеветника служи као оправдање за оптуженог. Оно што треба посебно нагласити јесте то да се у таквим случајевима исказ поротника мора поклапати са исказом оштећеног, да би се сматрао као пресудно доказно средство. Они дакле не поступају самостално већ као помагачи тужиоца или туженог.

Подаци о клетвеницима су се највише сачували у манастирским хрисовуљама. Из тих података се види да су се клетвеници највише употребљавали у вези са споровима око својине, земљишта и одређивања граница. Пошто је примена клетвеника била тако честа у овим споровима, то се и озаконило у Душановом законнику, па тако чл. 80 каже: *О међи сеоској: За међе сеоске, да обоје, који траже, даду сведоке, он половину, а он половину, по закону; куда рекну сведоци, његово да је.* У парницама поводом граница, својине земљишта и процењивања нанете штете попашом, клетвеници су износили самосталну изјаву о предмету спора. У том случају клетвеници нису оправдавали странку, већ су давали самостални исказ који се касније намеће странкама. Из овог члана се јасно сагледава да су изјаве клет-

²⁰ Т. Тарановски (2002), 589.

²¹ У смислу да су они говорили по души.

²² Израз „сведоци“ се помиње у Дечанској хрисовуљи из 1330. године и Другој Аранђеловској хрисовуљи из 1353. године, вид. Т. Тарановски (2002), 590.

²³ Т. Тарановски (2002), 588.

веника од пресудног значаја и да је потпуно ирелевантно шта су изјавиле странке.

Клетвеници се нису употребљавали само у овим случајевима. Тако Скопска хрисовуља из 1300. године спомиње поротнике као општу институцију која није била везана за одређена питања. Душанов законик такође помиње пороту као опште доказно средство за повлашћени сталеж, чији се припадници служе поротом, а себри у истом случају морају да *роне руке у котао*.²⁴

У неким случајевима Душанов законик даје клетвеницима својство нарочитог и искључивог доказног средства, па се на основу изјаве клетвеника одређује вредност нанесене штете. Тако чл. 76 Душановог законика каже: *За попашу: А ко попасе жито, или виноград, или ливаду, грешком, ту попашу да плати што рекну душевници, који процењују, аколи намерно попасе, да плати попашу и шест волова.*

Клетвеници су били нарочито значајни у споровима о својини на покретним стварима прибављеним у иностранству.²⁵

2. 4. Заклетва после слома средњовековне српске државе

После слома средњовековне српске државе, у Србији се и даље задржала заклетва као доказно средство. Њоме се могао прибавити потпун доказ о кривици неког лица. Заклетву је по правилу полагао оптужени.²⁶ Споразумом се решавало питање која ће се странка заклетити, а ако се нису могли договорити, то би решавао суд и то коцком.²⁷ Полагању заклетве предходило је споразумевање странака о месту на коме ће се извршити заклињање. Заклетва се обично полагала на плугу, камену, у цркви или манастиру или касније у суду. Заклетва се увек састојала од изговарања неке унапред прописане формуле.²⁸

Код заклињања на плугу, страна која се заклиње, стављала би руку на со и хлеб који су постављали на плуг и рекла би: „Ако није

²⁴ Чл. 106 Душановог законика: *О дворанима: Дворани властeosки, ако учини које зло ко од њих, ко буде проијаревић, да га оправда очина дружина поротом, аколи је себар, да захвати у котао.*

²⁵ Вид. чл. 132 Душановог законика.

²⁶ А. С. Јовановић, *Доказна средства у нашем старом казненом законарству*, Београд 1898, 12

²⁷ А. С. Јовановић, *Приноси за историју старог српског права*, Београд 1900, 45

²⁸ Те формуле нису биле свуда исте, већ су се разликовале од краја до краја. Такође су се разликовале и од поступка заклињања и места изговарања заклетве. Честе су биле заклетве са помињањем светаца, а нарочито Светог Петра и Василија Острошког. А. С. Јовановић (1900), 39.

*тако, као што сам показао, тако ми Бог не помогао, а хлеб и плуг издали ме*²⁹.

Заклетва на камену води порекло од прастарих обичаја, а налазимо је и у старим приморским песмама.³⁰ Углавном се вршила тако што би лице које се заклиње стајало ногама на камену и загрлило сув јавор, па би се потом клео да му ноге остану на студеном мрамору, а руке на сувом јавору.³¹ Чак се и после ослобођења у судницама налазио камен на столу поред крста и Јеванђеља, јер се веровало да ће се лицу које се заклиње окаменити срце ако се лажно закуне.

Најозбиљније заклетве су полагане у манастирима на моштима и ћивоту светаца. Оне су полагане пред старешином и братијом манастира и пред сељанима из најближе околине.³²

Ако би у неком случају било евентуално више оптужених који су живели у једној кући и били у блиском сродству, онда би једно лице, а обично је то био старешина куће, полагао заклетву.

Они који су били нечисте савести, подметали су под своја стопала ноге од кокошке, пловке или друге пернате животиње, мислећи да ће тако преварити Бога. Такође се сматрало да ће да стигне проклетство онога ко се криво закуне, сем у случају да је лажно заклињање последица неких врло неизбежних околности.³³

Развитком државе, нерационалност заклетве се све више увиђала, па се постепено избацивала из доказног система, најпре тако што

²⁹ А. С. Јовановић (1900), 36

³⁰ Да би скинуо сумњу љубоморног брата Стјепана, Митар Јакшић у народној песми притискује грудима о студени мрамор, рукама обухвата дрво јаворово и заклиње се овако: *Ако сам ти брате љубио венчану љубовцу, да Бог-да ми срдашце устинуло кано мрамор студени, а руке ми усахле кано јавор суво дрво*, А. С. Јовановић (1900), 36–37.

³¹ Јаворово дрво има посебну симболику у нашој претхришћанској религији. Срби су имали посебан култ дрвећа и биљака, међу којима су највише обожавали липу, леску, босиљак, јавор, итд. Јавор је био повезан са култом предака, па су се и мртвачки сандуци правили од јаворовине. Такође су се и гусле, које представљају српски национални инструмент, уз које су се певале епске песме о јуначким прецима Срба, правиле од јаворовине.

³² Ево једне заклетве која је забележена у Црној Гори: *Тако ти овог животвораштег крста, који претвара небо и земљу, ако ишта знаш за ову работу, немој се заклетти лукаво. А од суда ти неће бити потере никакве, ни глобе; а ови коме си учинио ову работу за коју те куне, неће ни он више узети, него разлогом што рече суд. Немој се нипошто заклетти лукаво, ако ишта знаш за ову работу – тако ти не погинуо траг по трагу; тако ти шљеме не плануло на долину; тако ти људска губа не уљегла у кућу; тако ти не погинуо род у баштину; тако те не изјела живина; тако се не разгуба; тако те не изјела вукоједина, да се свка васељена од тебе заклиње; и тако ти не погинуо рад у земљу, плод људски и скотски*, А. С. Јовановић (1900), 39.

³³ О томе говори и народна песма *Марко Краљевић и кћи краља арапскога*, В. С. Караџић, *Српске народне пјесме*, Београд 1985, 270–272.

се употребљавала само као крајње доказно средство у недостатку других. Заклетва као доказно средство је прећутно укинута у Србији доказним правилима из 1842. године. Међутим, судови су, не разумејући ту прећутну забрану, и даље користили заклетву, што је проузроковало изричиту забрану употребе заклетве расписом Апелационог суда од 16. септембра 1844. године.³⁴

У Црној Гори заклетва се нешто дуже задржала, о чему говори и чл. 87 Законика књаза Данила из 1855. године: *Најпослије остаје да један и други нађу за себе четир поштена чоeka, који ће се заклетти; који ли узима више поштеније људи, да се за њега зақуну, онај добија разлог и правицу.*³⁵

2.5. Јамчење

Јамчење, које се користило за време турске владавине и после ослобођења од Турака, нема везе са јемством у данашњем смислу речи. Њему се прибегавало када би преступник био непознат. Тада би власт окупила сељане на месту извршења кривичног дела, који би јамчили један за другог да нису преступници. Ако би сви нашли јемца, преступник би и даље остао непознат, па би село плаћало глобу. У супротном, ако неко не би нашао јемца, био би сумњив, па би од њега кренула истрага. Јамчење у првој фази нема карактер доказног средства, већ се појављује само као припремна радња власти, да се почне истраживање од одређеног лица. Снагу доказног средства јамчење има тек на суду, заузимањем за оптужено лице, што има сличности са клетвеницима и душевницима у средњовековном српском праву.³⁶

Да се јамчење често користило говори и наша народна песма *Мајстор Манојло*: „Изгуби се пашина јабука/У Будиму граду бијеломе/пушта Паша лаког телала/телал виче по Будиму граду/да се јадан за другога јамчи/за којега јемац не изиде/хоће њега паша погубити“.³⁷

3. БОЖЈИ СУД

Божји суд представља типично ирационално доказно средство, а састоји се у томе што се оптужени подвргава нарочито опасним радњама по његов живот и тело, па ако те експерименте прође неповређен, сматрало се да је невин. У основи божјег суда лежи веро-

³⁴ Б. Марковић (1908), 87

³⁵ В. Д. Јовићевић, *Данилов законик снага државе*, Подгорица 1994, 29.

³⁶ А. С. Јовановић (1900), 48.

³⁷ В. С. Карацић, 231–235.

вање да ће сам Бог интервенисати у испитивању кривице и да неће дозволити да праведно и невино лице страда.³⁸

Божји суд познају готово сви народи старог и средњег века, осим Атине (па и целе старе Грчке) и Рима. Примењивао се у недостатку других доказних средстава (а код најтежих кривичних дела је било једино доказно средство). Лица без правне способности и лица која нису могла да се користе заклетвом (јер им се није веровало), била су упућена на ово доказно средство.³⁹ Божји суд има неколико облика, а најпознатији су *котао*, *железо*, *суд хладне воде* и *двобој*. Поред наведених, који су се најчешће примењивали, правна историја познаје и друга, која су забележена код Германа, што не значи да се њима нису користили и други народи. Она се такође заснивају на уверењу да ће Бог реаговати у датим околностима и да неће дозволити да невино лице страда или да поклекне мукама. Забележено је да се оптуженом стављао у уста комад хлеба или сира одређене величине (*iudicium panis et casei* – суд хлебом и сиром), а он је требало тај комад да прогута без тешкоћа како би се оправдао. Такође, некад су се супротстављене стране такмичиле која ће дуже да издржи испред крста са раширеним рукама (*iudicium crucis* – суд крста). Странка која би дуже издржала сматрала би се у праву.⁴⁰

3.1. Котао

Котао или суд вреле воде (*iudicium aquae ferventis*) се састојао у томе што се у пун котао узвреле воде стави комад гвожђа или камен, а оптужени је требало да их, засукавши рукаве, голим рукама извади. Ако се том приликом опече, важило је да је крив за учињено кривично дело. У супротном се ослобађао од одговорности.⁴¹

Код Срба, котао постепено застарева у XIV веку. То сведоче Скопска хрисовуља из 1300. године, Хрисовуља из 1350. године цркви Анагноста Драгоја, Хиландарска хрисовуља из 1328. године, као и две хиландарске хрисовуље из 1355. године. Све говоре о укидању котла као доказног средства у црквеним патримонијалним судовима. Међутим, Душанов законик одржава га у државним, тј. световним судовима,⁴² учвршћује га, наглашава његову пресудну снагу и да се

³⁸ Т. Тарановски (2002), 583.

³⁹ R. Bartlett, 26–28.

⁴⁰ Ове и сличне установе су нарочито честе код Германа, в. више С. Аврамовић, В. Станимировић, 211.

⁴¹ Т. Тарановски (2002), 584; Б. Марковић (1908), 69.

⁴² Судско уређење у средњовековном српском праву је било доста разуђено и сложено. Постојале су различите врсте судова и није постојало једнообразно устројство. Најважнији судови су били патримонијални, црквени, државни, градски, владаочев суд и станак. Патримонијални суд је постојао у два облика, као суд све-

операција котлом извршава бесплатно. При том ограничава његову примену само на себре, јер им се није довољно веровало да би се користили заклетвом. Тако чл. 84. Душановог законика гласи: *О котлу: Суда да нема за котао, нити икаква оправдања, ко се оправдао да не даје судијама оправдања; на суду да нема руке ни оправдања, ни удаве, само да се суде по закону*⁴³. А чл. 106 наводи: *„О дворанима: Дворани властеоски, ако учини које зло ко од њих, ко буде про- нијаревии, да га оправда очина дружина поротом, аколи је себар, да захвати у котао. Аранђеловска хрисовуља из 1348. године укида примену котла само за мешовите парнице црквених људи са жупљанима, а за међусобне парнице црквених људи одржава га. Овај засебан став Аранђеловске хрисовуље се објашњава тиме што су се у Аранђеловском властелинству чували и други закони који су важили у Србији, а да је укидање у Скопској и Хиландарској хрисовуљи изазвано грчким утицајем. Божји суд се примењивао и у Византији, али изгледа тек када прихватила „ордалије“ са Запада у XIII веку, за време Латинског царства.*⁴³

Због недостатака изворних података, не може се тачно рећи у којим случајевима се код Срба котао примењивао, али је засигурно био у широкој употреби, јер се није користио само за нека дела, како је то експлицитно наведено за железно. Не може се са пуном тачношћу тврдити ни да се котао примењивао само за кривична дела, јер се у суседној Угарској испитивање врелом водом употребљавало и у грађанским парницама, о чему јасно говори Вараждински регистар (*Regestrum Varadiense*).⁴⁴

3.2. Мазија

Испитивање божјим судом се међу Србима примењивало и у време Турака, а било је познато под називом *мазија*. Мазија је подразумевала спајање два доказна средства: котла и железа, па је оптужени имао да извади из вреле воде усијано гвожђе. Мазија се често примењивала, а задржала се и по ослобођењу од турске власти, па је тако Карађорђе осудио извесног Милутина Гарашанина да вади ма-

товног властелина и црквени суд који је судио људима који су насељавали црквена имања. О судском уређењу у том периоду вид. Д. Јевтић, Д. Поповић, *Народна правна историја*, Београд 2003, 64–66.

⁴³ Т. Тарановски (2002), 585.

⁴⁴ Детаљније о котлу вид. Т. Тарановски (2002), 584–586; Б. Марковић (1908), 69–70. Вараждински регистар је први пут објављен 1550. године под насловом *Ritus explorandae veritatis quo Hungarica natio in dirimendis controversiis ante annos trecentos et quadringenta usa est, et eius testimonia plurima in sacrario summi templi Varadien. Reperta*, а односио се на XIII век, Т. Тарановски, „Неки нови прилози за историју словенских права“, *Архив за правне и друштвене науке* 37/1930, 150.

зију због попаљених сена.⁴⁵ Мазија се употребљавала и у Црној Гори, а њиме су се најчешће оправдавале жене за браколомство и удовице за рђав глас.⁴⁶ Такође, мазија се употребљавала и у Херцеговини, како код муслимана тако и код православаца, што говори да је тај обичај био народни, и да је надилазио религије. Вађење мазије у Херцеговини је пратила и молитва Богу или клањање Алаху у зависности од вере. У узаврелу воду се обично стављала усијана секира или потковица. Пре него што је оптужени зарањао руке у врелу воду, полагао је заклетву.⁴⁷ Потом што брже може захвати руке у котао, ухвати мазију и хитро је избаци на траву. Ако остане неповређен, тужилац би га замолио за опроштај. Иначе, тужилац, док се вади мазија, не сме стајати близу, како не би нешто бацио у воду и како га не би попрскала врела вода. Мазија се често употребљавала у случају крађе, паљевине, убиства, итд. Она се примењивала пошто тужилац није могао да нађе сведоке. Он је понекад оптуживао и цело једно село, што је проузроковало и вађење мазије од стране свих сељана. Оптужена лица нису избегавала мазију, јер су били спремнији на тај подухват како би се оправдали, дакле да не носе сумњу за крађу или убиство.⁴⁸

3.3. Железо

Железо се као доказно средство највише примењивало код Словена и Германа. И данас се облици железа примењују у неким афричким племенима која су на ступњу првобитне заједнице. Састојао се у томе што би се оптужено лице жарило усијаним гвожђем на различите делове тела, па би се потом гледало за колико ће времена рана да му зарасте и колико се опекао.

Железо је имало два облика: ручно железо (*iudicium candentis ferri manualis*) и усијани раоник. Испитивањем усијаним раоником (*iudicium vomerum*) се састојало у томе што је оптужени морао да

⁴⁵ А. С. Јовановић, (1898), 2–3.

⁴⁶ Мазија је била правдајући доказ и обично се користила када се истина неке тврдње није могла доказати ни на који други начин. Успешно правдање мазијом забележено у Васојевићима 1875. године. О томе вид. више П. Ђ. Стојановић, *Настајање савременог права у Црној Гори 1850 – 1900*, Титоград 1991, 82.

⁴⁷ Једна од таквих заклетви изгледа овако: *О водо! Тако ти свевишења, свезнајућег и свемогућег Бога, који је створио небо над нама, и све звијезде по небу; а пред њима сјајно, жарко сунце, које грије земљу, коју је сами Господ Бог створио! Тако ти земаљскијех њедара из којих си и ти изашла! Тако ти светога Јована, који је крстио Христа на води Јордану; и тако ти светога оца Николаја чудотворца којег се све воде боје, ако сам прав стани! Немој врати! Немој ме ожећи! А ако сам крив, узаврио стотруко! Сажежи ми руку до рамена, да се браћа уклањају од мене као од губавца! Амин!*, А. С. Јовановић (1900), 13.

⁴⁸ А. С. Јовановић (1900), 13–14.

стане на усијани раоник за своје оправдање. Примена овог доказног средства није била позната у нашем праву.⁴⁹

Испитивање ручним железом, код нас се састојало у томе што се пред вратима цркве усија на ватри железом, тј. комад гвожђа, а оптуженик је био дужан да дигне то железом из ватре и да га положи на свету трпезу. Ако се оптуженик не би опекао, не би био крив и даље се не би смео окривљивати. Душанов законик тачно одређује за која се дела примењује железом, за разбојништво (гусу) и крађу (татбу),⁵⁰ и примењивало се кад није било „обличенија“, тако да је оно било супсидијарно доказно средство.

3.4. Суд хладне воде

Суд хладне воде представља облик божјег суда, а састојао се у томе што се дало води да одлучи да ли је неко крив или не. Вероватно потиче од тога што су се у првобитним религијама реке сматрале као свете, јер је од њих у највишој мери зависио живот људи (Тигар, Еуфрат, Нил, Дунав, итд.). Суд хладне воде (*iudicium aquae frigidae*) је имао два облика: „брођење“ и бацање у хладну воду.

Код доказног средства брођења, тужилац је требало да загази у воду, а три корака иза њега је ишао оптужени. Поступак се одвијао тако да су у том растојању обојица требало да преброду реку. Ако тужилац потоне, оптужени се враћао потпуно оправдан, као и кад обојица преброду реку. Ако оптужени потоне, губи и парницу и главу.⁵¹

Бацање у хладну воду је било карактеристично за семитске народе у старом веку, а такође се дуго задржало и код Словена и Германа. Код већине семитских народа, а касније и код Словена и Германа, оно се другачије примењивало него код Вавилонца. Наиме, већина Семита је оптуженика бацала у воду, па ако би он потонуо сматрао би се невиним. Насупрот њима, Вавилонци су сматрали да у воду бачен човек, ако је невин, остаје на површини воде, а ако је крив, потонуће. У основи првог облика бацања у хладну воду је лежало веровање да кривац неће потонути, тј. да рђавог човека ни вода не прима.⁵² Хамурабијев законик јасно говори о схватању Вавилонца у погледу бацања у воду. Тако чл. 2. говори: *Ако неко другоме пребацаи враџбине, али то не може да докаже, и онај, коме је враџбина пре-*

⁴⁹ *Ibid.*, 12.

⁵⁰ Чл. 150 Душановог законика: *О лопову: И ако ко потера судом разбојника и лопова, а не буде доказа, да им је оправдање железом, што је одредило царство ми, да га узимају на вратима црквеним из огња, и да га постави на светој трпези.*

⁵¹ А. С. Јовановић (1900), 10.

⁵² С. Аврамовић, В. Станимировић, 81.

*бачена, оде на реку, скочи у реку; ако га река узме, ко га је окривио узеће његову кућу. Али ако река покаже да је невин и он плива, онај који му је пребацио враџбине да се убије, онај који је скочио у реку узеће кућу свог обедиоца.*⁵³

Ово доказно средство је примењивао и Карађорђе према женама на које је пала сумња да су вештице, у време „море“ или „дечије редње“. У том случају, Карађорђеви момци би скинули одећу женама и обавили их конопцима, па их потом бацили у воду. Пошто су све потонуле, брзо су их извадили, а њихово тоњење је било доказ да нису вештице.⁵⁴

3.5. Судски двобој

Судски двобој (*iudicium duelli*) такође представља облик бојјег суда, а његов основ је веровање да ће праведнија страна дуже издржати или победити у двобоју. Као и сва друга ирационална доказна средства, судски двобој је уско повезан са религијским уверењима.⁵⁵ У таквим друштвеним и религијским околностима, праведан човек би при веровању да Бог штити праведне, добијао јако надахнуће и велику унутрашњу снагу, која би му давала моћ да докаже да је невин.

Судски двобој је наилазио на широку употребу у германским племенима. Законници Бавараца, Ломбарда и Саксонаца помињу судски двобој, а многи извори показују да судски двобој примењивао и код Франака без обзира што га Салијски законик не помиње. На простору Енглеске нема извора о примењивању судског двобоја пре освајања Нормана.⁵⁶

Двобој се састојао у томе што се, у недостатку других доказа, остављало оружју да реши ко има право или не. Он се вршио до победе једне стране или до заласка сунца.⁵⁷ На њега се могао позвати и оптужени и тужилац, а тврђење оног ко је у борби подлегао се смат-

⁵³ Љ.Кандић, *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд 1977, 35.

⁵⁴ А. С. Јовановић (1898), 3. Касније је Карађорђе забранио прогон вештица. Детаљније о томе вид. А. С. Јовановић (1900), 11.

⁵⁵ То се најбоље види на примеру Старог завета. Наиме, читав религиозни живот Јевреја се састојао у испуњавању уговора који су они склопили са Богом. Ако би се тај уговор прекршио дошло би до кажњавања народа од стране непријатеља, нешто слично као судски двобој. Тако је и повод за рушење Јерусалима било кршење уговора између Израела и Асирије. Вид. F. Ch. Fensham, „Ordeal by Battle in the Ancient Near East and the Old Testament“, *Studi in Onore di Edoardo Volterra*, VI, Milano 1971.

⁵⁶ R. Bartlett, 103.

⁵⁷ С. Аврамовић (2004), 216.

рало неистинитим. Двобој се морао лично вршити, а само изузетно се допуштала замена, па је жену могао да замени муж а децу отац.

На Западу је двобој био у нарочитој употреби код властеле, нарочито у случајевима „издаје Господара“.⁵⁸ Занимиво је то што се двобој није примењивао само код странака у спору, већ је могао да се примени и на сведоке или на треће лице. Такође, постојала су и правила о томе ко све може да прибегне судском двобоју. Слуге и неслободни људи нису могли да изазивају на двобој остале, а у Немачкој витезови су морали да докажу и своје витешко порекло да би се упустили у двобој.⁵⁹ У неким земљама су од двобоја били искључени сељаци и жене, а у старом чешком праву није било разликовања по сталежима и половима, па су и жене могле да се користе двобојем како би добиле задовољење за убиство неког блиског лица, мужа или сродника.⁶⁰ Двобоју је претходила заклетва, коју је најпре полагао тужилац о постојању штете или кривице, а затим оптужени за доказ своје невиности. Потом су се тукли користећи мачеве и штитове. Ако је питање спора било убиство или телесна повреда, двобој је вршен мачем, а код увреде као и кад је један од бораца странац, двобој је вршен батином. На западу је судски двобој пратио свештеник.⁶¹

Стојан Новаковић је сматрао да се судски двобој употребљавао и у средњовековној српској држави, па га је Душанов законик укинуо као редовни доказ, а оставио да се примењује за војнике кад су на походу. До таквог закључка Новаковић је дошао тумачењем речи „узданије“ из чл. 102 Новаковић такође сматра да се према Душановом законуку спор између два војника завршавао двобојем, под забраном да нико не помаже ни једном ни другом борцу. Међутим, Тарановски одбацује овакав закључак и сматра да се овде није радило о судском двобоју, већ о вансудском. Да је то био судски двобој, не би било потребно изричито стављати ограничење, јер се он вршио пред судом где је свакако забрањена свака врста мешања у спор. Ограничење је било сасвим оправдано, јер је то био вансудски двобој који се најчешће завршавао са покољем великог броја људи.⁶²

Решавање спора двобојем се дуго задржало у нашем народу, што говори и Карађорђево предлог Петру Добрњцу и Миленку Стојковићу да своје размирице реше двобојем. Такође, двобој се употребљавао и код Албанаца.⁶³ У Русији се такође употребљавао и пре

⁵⁸ R. Bartlett, 107 и даље.

⁵⁹ *Ibid.*, 109–110.

⁶⁰ А. С. Јовановић (1900), 14.

⁶¹ А. С. Јовановић (1900), 15.

⁶² Т. Тарановски (2002), 586.

⁶³ А. С. Јовановић (1900), 16.

Руске правде и после, мада се у њој изричито не помиње.⁶⁴ Касније је дбобој изгубио судско значење и постао опште средство личног задовољења у одбрани части.

4. ИРАЦИОНАЛНА ДОКАЗНА СРЕДСТВА У ПРОЦЕСИМА ПРОТИВ ВЕШТИЦА

У сваком народу постојало је схватање да појединци поседују неку тајанствену моћ која превазилази реалне људске могућности. То су били разни врач и чаробњаци који су, користећи магију, углавном прорицали будућност.⁶⁵ У почетку се забрањивало само чаробњаштво које је било уперено на нечију штету, док се предвиђање будућности у државне сврхе толерисало. И сами Римљани су у те сврхе користили свештенике *augure*, који су ослушкивали звук птице, и на основу тога предвиђали шта треба урадити.⁶⁶ Политеистичке религије су имале негативан став само према штетном чаробњаштву, док су предвиђање у корисне сврхе одобравали. Насупрот њима, монотеистичке религије су имале у потпуности негативан став према магији, јер су је сматрале отпадништвом од вере.⁶⁷ Тако је под утицајем католичке цркве покренут стравичан прогон такозваних вештица у Западној Европи, упоредо са прогоном јеретика. Сматрало се да чаробњаштво представља један посебан уговор са ђаволом, који може бити изричит – *pactum expressum*, или прећутан – *pactum tacitum*, на основу којег човек добија извесну моћ, а ђаво да га човек слави као божанство.⁶⁸ На терет чаробњака се обично стављало то да претварају људе у животиње, да лете на метли, магарцу и јарцу, како би ишли на тајне састанке, да изазивају полну немоћ, итд.

Суд хладне воде се примењивао у процесима против вештица у Западној Европи. Он се вршио на уобичајен начин, оптужени би се превезивао и бацао у воду, па ако би потонуо, брзо би се извадио и сматрао би се као невин, у супротном, ако не потоне, сматрао би се као чаробњак или вештица. Пошто је примена оваквог средства углавном водила до позитивних резултата по оптуженог, католички ин-

⁶⁴ Т. Тарановски (2002), 587.

⁶⁵ Реч „магија“ потиче од племена Маги, који су живели у Медији (данашњи Иран). Они су били познати по томе да су имали доста врачара и свештеника који су путовали и обилазили друге земље предвиђајући будућност. Вид. више Vladimir Bayer, *Ugovor s đavлом*, Zagreb 1982, 23.

⁶⁶ V. Bayer, 27.

⁶⁷ Стари завет говори о томе: „Вештицу нећеш остављати да живи“, *Изразак* 22, 18, док се у Новом завету о томе говори у Павловој *Посланици Галатима* 5, 20 и *Откровењу*, 21, 8.

⁶⁸ V. Bayer, 56.

квизитори су увидели његову непрактичност, па су почели да после суда хладне воде примењују тортуру.⁶⁹ Такође, забележени су и неки примери кад оптужени није потонуо, што се приписује вештим и лукавим намештаљкама од стране инквизитора, а неке жене нису могле да потону и због велике одеће у којима се задржавао ваздух.⁷⁰

Схватање код суда хладне воде било је да вештице не прима ни вода. То се даље повезало са једном од делатности вештица, са њиховим летом на метли, магарцу или јарцу, чиме су оне ишле на своје састанке (*sabbath*). Из тога се изводио закључак да су вештице необично лаке, што је увело једно ново доказно средство – „вагање“. Вагање вештица, тј. мерење тежине појединих жена, било је посебно заступљено у Холандији и Мађарској. И овде су се примењивали разни трикови како би резултат вагања био негативан по оптужену, тј. како би и крупније жене имале необично малу тежину. Једна таква вага која је била намештена да показује мању тежину чува се и данас у Холандији.⁷¹ Примену оваквог доказног средства против вештица налазимо и у хрватским изворима.⁷²

Оглед са сузама представља доказно средство које је први пут уведено у поступцима против вештица. Њега су препоручивали сви велики заступници прогона вештица, јер је оно било најбоље средство за доказивање чаробњаштва. Оглед се вршио тако што судија или свештеник ставља руку на главу оптуженој, која пред њим стоји или се налази пред мучилима. При том је изговарао овакву формулу: *Заклињем те горким сузама, што их је на крсту пролио наш Спаситељ и господин Исус Христос за спасење света и највредијим сузама преславне девице, његове мајке, што их је увече пролила над његовим ранама и сузама што су их на овоме свету пролили сви свеци и одабраници божији са чијих је очију сада Бог отро сваку сузу, да пролијеш сузе ако си недужна. Ако си крива, да никако не пролијеш. У име оца и сина и светог духа амин!*⁷³ Из поменуте заклетве се види да ће оптужена бити крива ако не заплаче, јер се сматрало да је ђаво спречава да се не покаје. А пошто је плакање физиолошки процес који не зависи од наше воље, у пракси је овај оглед доводио до погубљења великог броја жена, оптужених за чаробњаштво.⁷⁴

Оглед са иглом такође представља доказно средство које је први пут уведено у поступцима против вештица. Наиме, пошто се

⁶⁹ *Ibid.*, 174.

⁷⁰ V. Bayer, 269.

⁷¹ *Ibid.*, 175.

⁷² *Ibid.*, 723.

⁷³ *Ibid.*, 176.

⁷⁴ *Ibid.*, 176.

чаробњаштво сматрало као уговор са ђаволом, претпостављало се да је тај уговор представљен неким белегом на човечјем телу чиме ђаво обележава своје људе. Такође се сматрало да је човек на том делу тела неосетљив, па се оглед са иглом састојао у томе што се човек на месту белега убада иглом. Ако после убода потече крв, као кад би уболи други незаштићени део тела, сматрало се да није чаробњак или вештица. У супротном, ако не потече крв, сматрало се да је то потпун доказ о његовом чаробњаштву.⁷⁵

У почетку се у поступцима против вештица и чаробњака користила и заклетва са одређеним бројем помагача, али ово доказно средство није довело до прогона вештица, па је убрзо и превазиђено.⁷⁶

Судски двобој као врста божјег суда се исто само у почетку примењивао. Као пример примене овог доказног средства можемо поменути један случај из 1028. године, када се тешко разболео гроф у Аквитанији *Guillaume d'Angouleme*. Као разлог његове болести, људи су видели чарање од стране једне жене осумњичене за чаробњаштво. Тадашњи суд је одлучио да се спор реши судским двобојем (*iudicium pignae*). Пошто је оптужена била жена, она је била принуђена да постави неког борца уместо ње. Борба се завршила а борац оптужене није пао, што је значило да је невина.⁷⁷

Поменута ирационална доказна средства су се брзо заборавила, јер нису могла да оправдају велики прогон вештица, а уместо њих се све више примењивала тортура, као начин да се добије признање, које се сматрало краљицом доказа (*regina probationem*).

5. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Правни систем, као један део свеобухватне друштвене сфере, никако не може бити раздвојен од времена, места, културе и менталитета народа у коме се примењује. Он и настаје из потребе људи за бољим функционисањем заједнице у којој живе, па се отуд не може одвојено посматрати од читавог друштвеног и културног миљеа, већ он у највећој мери зависи од њега. Данашњи човек не носи у себи толику дозу религиозности као онај из древних времена, а и критеријуми части, поштења и морала су се у многоструком променили, па му стога древни правни институти делују тако превазиђено и неподобно.

⁷⁵ V. Bayer, 153.

⁷⁶ *Ibid.*, 70.

⁷⁷ *Ibid.*, 74–75.

Ипак, можемо ли само зато што је данашње право савременије, потцењивати доказни систем старог и средњег века? Мада судски двобој представља примитиван начин решавања спорова, он је тада одговарао потребама и свести таквог човека, који је живео верујући да ће божанство интервенисати и спасити га од оптужби. Уосталом, да ли ико може ишта постићи ако нема довољну психичку снагу? Данас та психичка снага долази од мотива различите врсте, али је у прошлости она у већој мери долазила из веровања да ће Бог заштитити праведне (које уверење, дакако, постоји и данас код великог броја људи). При таквој свести, дубоко религиозни човек доживљава екстазу која утиче на сва ткива и делује као врста анестезије, што му је помагало да издржи и највеће напоре. Ако још имамо у виду да је постојала и читава казуистичка теорија о томе који је степен опеко-тине довољан за осуду, а који не, уочићемо да је пракса божјег суда била веома софистицирана.⁷⁸ Сигурно је и то да заклетва као доказно средство изгледа превазиђено у данашњој цивилизацији, али је исто тако чињеница да јој још увек прибегава велики број савремених, развијених правних система (од англосаксонског, до нашег, који је недавно увео ту могућност). Додуше, она се данас јавља увек и само у форми промисорне заклетве. То доказно средство је, пак, у прошлости вршило своју функцију и то врло добро, јер су се људи искрено плашили својих божанстава и били уверени да је од криво-клетства могла бити већа штета него корист. Још ако се има у виду да је најделотворнија санкција грижа савести, лако је схватити зашто се заклетва толико дуго задржала у употреби.

Имајући у виду и то да су људи живели у много мањим заједницама где се све брзо сазна, извесно је да су заклетва, као и друга тзв. ирационална средства, у таквом социјалном и културном миљеу, вршили сасвим добро функцију доказног средства. Имајући све то у виду, стиче се утисак да су нека ирационална доказна средства (изумимајући „огледе“ у процесима против вештица, суд хладне воде, итд.) била прилично рационално, у најмању руку ефикасно средство. Уосталом, можда ће данашњи доказни систем неке, након више стотина година, изгледати ирационално и можда ће данашња рационалност сутра представљати ирационалност – на пример, уколико једног дана полиграф постане пресудно доказно средство. И, најзад, ако је председник једне од најмоћнијих савремених држава приликом увођења у функцију недавно полагао заклетву, па је још и морао понављати због грешке у форми, остаје отворено важно питање: у којој је мери све оно што се обично у правној историји и теорији квалификује ирационалним, можда ипак много више рационално и антрополошки неопходно, него што би се могло учинити на први поглед.

⁷⁸ Т. Тарановски (2002), 588.

Stojan Micović

Graduate Student

University of Belgrade Faculty of Law

IRRATIONAL EVIDENCE

Summary

The main purpose of this article is to examine the irrational means of evidence known to many of the early legal systems. These types of proofs were predominantly used in ancient and medieval societies, characterized by a strong connection to religion. Therefore, many of the irrational means of evidence rested on the presumption of God's involvement in judiciary proceedings. The presence of God was perceived as crucial to avoiding infliction of pain and suffering to innocent individuals.

The author provides examples of the oaths and other ordalias as pieces of evidence in Serbian medieval and XIX century law. After a careful and methodical analysis, the author concludes that irrational means of evidence occurred in specific social and cultural milieus, and carried out the intended social function properly, by the standards of that time. The presence of oath as an inherently irrational means of evidence in certain contemporary legal systems – such as the formal oath of the American President; shows that irrational evidence is anthropologically intrinsic to many societies, and that it should not be connected solely to the primitive mentality and frame of mind.

Key words: *Oath. – Ordalia. – Serbian Medieval Law.*

Др Горан П. Илић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЂОРЂЕ ЛАЗИН (1951–2009)

Од свог првог значајног дела посвећеног начелу *in dubio pro reo* у кривичном поступку, па до теоријских радова у којима се залагао за очување концепта судске истраге, наш пријатељ, колега и професор др Ђорђе Лазин је на доследан и, рекао бих, једини могући начин затворио круг својих професионалних интересовања. Реч је о научном опусу, насталом током последњих четврт века, кроз који се као црвена нит провлачи максима *in favorem defensionis*. У њеном светлу професор Лазин анализира одређене процесне установе, критикује постојећа законска решења или даје *de lege ferenda* предлоге, а све с циљем обезбеђења довољно процесних гаранција за окривљеног.

Професор Лазин је био начисто с дилемом о уређењу кривичног поступка у складу са захтевима *crime control* или *due process* модела. Његово дубоко уверење је да истину у кривичном поступку може и мора да утврђује независан и непристрасан суд. Процесна јемства положаја окривљеног се не смеју жртвовати императиву вођења брзих поступака, јер би то водило ка повећању репресије према лицима против којих се води кривични поступак. Логично је зато што је почетком деведесетих година прошлог века, као стипендиста фондације *Alexander von Humbolt*, проучавао међународне стандарде људских права у кривичном поступку, да би десетак година касније на последипломским студијама на Правном факултету Универзитета у Београду држао предавања посвећена заштити људских права у кривичном поступку. Нећу зато претерати ако кажем да је професор Ђорђе Лазин изашао из „шињела“ Вилијама Блекстоуна и да би, заједно са енглеским сером, пристао да десет кривих побегне, него да један невин страда.

Његове идеје о судској контроли поступка су преточене у нека од постојећих законских решења. То је случај са одредбом чл. 236, ст. 1 Законика о кривичном поступку (ЗКП) од 2001. године, која могућност одлагања кривичног гоњења условљава сагласношћу суда. Овај услов није био садржан у изворној верзији ЗКП од 2001. године, већ је унет изменама које су извршене три године касније. Професор Лазин њихов *ratio legis* види у потреби отклањања произвољности и могућих злоупотреба од стране јавног тужиоца приликом доношења одлуке о одлагању кривичног гоњења. С обзиром на то да закон не предвиђа ниједну конкретну околност која може послужити као основ за доношење такве одлуке, било је потребно да се таква могућност услови сагласношћу суда, који пружа веће јемство објективности од јавног тужиоца.

И једно схватање које је професор Лазин изложио у својој докторској дисертацији требало би да добије своје законско уобличење. Он је заступао мишљење да би изреку *in dubio pro reo* требало превести: „у сумњи, пресуди у корист окривљеног“. Остајући доследан овом гледишту, професор Лазин је сматрао да изричито прописивање правила *in dubio pro reo* у Законнику о кривичном поступку од 2006. године не само да није потребно, већ је погрешно постављено и води ка бесмисленим последицама. С обзиром на то да је оштрица његове критике била усмерена на чињеницу да нова законска одредба допушта да се сумња у свакој фази кривичног поступка мора решити у корист окривљеног, уверен сам да се не би успротивио изменама ЗКП од 2001. године које ће ускоро угледати светлост дана. Наиме, у материјалу који је радна група, под руководством професора Момчила Грубача, прошле године доставила Министарству правде, предвиђено је и начело *in dubio pro reo*. Поменута одредба прописује да сумњу у погледу одлучних чињеница које чине обележје кривичног дела или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона суд у пресуди или решењу које одговара пресуди решава у корист окривљеног. Или, исказано речима професора Лазина: у сумњи, пресуди у корист окривљеног.

Веома истакнуто је било његово учешће у расправи посвећеној реформи кривичног процесног законодавства. Професор је с правом истицао да најважније питање које се у реформи поставља јесте питање модела истраге. Лично се залагао за судску истрагу, истичући да код нас не постоји озбиљно истраживање на основу којег би се могао извести закључак о спорости судске истраге. Поред тога, указивао је и на одсуство објашњења да ли је судска истрага спора због својих концепцијских недостатака, објективних околности или лоших законских решења. Значајна су његова запажања да би прелазак на тужилачку истрагу отворио неколика питања, од којих се прво од-

носи на померање доказног поступка на главни претрес. Тужилачка истрага, истиче професор Лазин, подразумева и одговарајућу реорганизацију јавног тужилаштва и полиције, а нарочито асполутно обезбеђивање независности јавног тужилаштва. То је, слободан сам да приметим, једна од кључних ствари о којој се мора водити рачуна приликом реформе кривичног процесног законодавства. Процес изискује постојање две групе одредаба, од којих се прва односи на организацију правосудних органа, док друга уређује правила поступка у којем процесни субјекти предузимају процесне радње с циљем доношења судске одлуке. Мењати једно без измене другог довело би, како је то приметно професор Дамашка, правни систем у положај оркестра који би на старим инструментима требало да изводи музику са нове партитуре.

Завршавајући овај текст, замишљен као *hommage* мом уваженом професору и пријатељу др Ђорђу Лазину, желим да истакнем још неколико ствари. Од почетка нашег колегијалног односа наступао је лишен сваке потребе да ме подсети на, универзитетској средини тако „драг“, хијерархијски однос професора према асистенту. Већ приликом мог првог (и јединог) *ex officio* присуства његовом испиту, посаветовао ме је да не седим предуго уз њега, него да се посветим раду на докторској дисертацији. С истом таквом лакоћом ми је једном приликом показао извештај, написан од стране старијих колега с Катедре, у којем се доводи у питање могућност да напредујем у више звање. Та необјашњива лакоћа је била видљива и приликом организовања мартовских саветовања Удружења за кривично право Србије на Копаонику, као и у предвечерја његових одлазака на венецијанска бијенала. Она га је, сигуран сам, усмерила ка уметничкој равни постојања, у којој се потврдио као позоришни критичар, драматург, уметнички фотограф (специјализован, по сопственим речима, да овековечи зидове). Тај искорак ка уметности био је природан за Ђорђа Лазина, јер се област кривичног процесног права показала као преуска за његову вишестрано обдарену личност. Због тога је у кругу његових научних интересовања значајно место обухватала проблематика људских слобода и права у кривичном поступку, тј. материја у којој се нормативна раван преплиће са природноправном. На тај начин је професор Лазин, по рођењу уметник, а по позиву научник, својим животом и делом спојио ове две сфере.

Завршавам ову споменицу професору др Ђорђу Лазину с две реченице које, усуђујем се да приметим, исказују оно у шта је он веровао. Једна је Булгаковљева о рукописима који не горе, а друга је наслов збирке Ђолетових фотографија: *Живот не умире никад*.

Др Драган М. Митровић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

SIR DONALD NEIL MACCORMICK
(1941–2009)

Право и правници су изгубили још једног свог истакнутог посленика. Дана 5. априла 2009. године, због неизлечиве болести, у 68. години живота, преминуо је Нил Мекормик, истакнути шкотски правни филозоф, професор права и политичар.

Професор Мекормик је угледао свет 27. маја 1941. године у Глазгову, неколико месеци пре избијања Другог светског рата, у шкотској породици пореклом са острва Мал, у којој је његов отац, Џон Мекормик (*John MacCormick*), четрдесетих година прошлог века био један од оснивача Шкотског националног покрета. Уписао је прво на универзитету у родном Глазгову, на коме је студирао Филозофију и књижевност, а затим је студије наставио на још чувенијем Универзитету Оксфорд, где је студирао право.

Током студија енглеског права на Оксфорду, намеравао је да се врати у родну Шкотску, желећи да започне правничку праксу у Единбургу. Ипак, по завршетку студија, као кандидат са запаженим даром за научни рад, стеченим звањем магистра филозофије и енглеске књижевности на Универзитету Глазгов и доктора јуриспруденције на Универзитету Оксфорд, прихватио је понуђено место професора права на Универзитету Сент Ендрјуз (*St. Andrews University – Queen's College, Dundee*), најстаријем шкотском универзитету и трећем најстаријем универзитету енглеског говорног подручја (насталом 1413. године), на коме је радио од 1967. до 1969. године.

Већ током студија на Оксфорду, на професора Мекормика је снажно утицао Х. Л. А. Харт (*Herbert Lionel Adolphus Hart*), најпознатији Келзенов амерички ученик, један од најистакнутијих представника америчке аналитичке јуриспруденције и тадашњи професор права на Оксфорду, који је код њега подстакао интересовање за прав-

ну филозофију, што га је после само две године проведене на Универзитету Данди определило да се врати у Оксфорд на Беилџел колеџ (*Balliol College*), на коме је од 1968. до 1972. године изводио наставу из јуриспруденције и правне филозофије.

Професор Мекормик је 1972. године одлуком Краљице постављен за шефа Катедре за јавно право и права природе и нација на Единбуршком универзитету, у звању *Regius Chair of Public Law and the Law of Nature and Nations*, на коме је ту дужност обављао с великим прегалаштвом и уважавањем академске средине до свог одласка у пензију. Такође, као млад научник је у два наврата, од 1973. до 1976. године, био и декан Правног факултета. На истом Универзитету је после тридесет шест година проведених у професорском звању и пензионисан, оставивши на Катедри као достојног ученика и наследника свог седам година млађег колегу Нила Вокера (*Neil Walker*).

Одлазак у пензију није био и крај наставног и научног рада професора Мекормика. Последње предавање, под називом *Just Law*, одржао је 21. јануара 2008. године. Иза себе је оставио велики број научних радова, од којих су најпознатији: *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978; *An Institutional Theory of Law*; *New Approaches to Legal Positivism*, 1986, који је написао коауторски са колегиницом Отом Вајнбергер (*Ota Weinberger*); *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, 1999; *Rethoric and the Rule of Law*, 2005; као и *Institutions of Law*, 2007.

У свом вероватно најважнијем шестотомном делу *Испитивање суверености: право, држава и нација у Европској заједници* из 1999. године, Мекормик се залаже за одбацавање суверености, зато што она више не одговара новој друштвеној реалности (због све веће међузависности држава, почев од трговачких и финансијских односа, до успостављања система колективне сигурности /војних савеза/ и стварања механизма тзв. „светске међународне заједнице“ /на пример, Лиге народа или Уједињених нација/), али и зато што је кроз историју показала велику штетност као узрок многих ратова, и закључује (ослањајући се на савремене европске интеграције као огледно поље за своје истраживање) да је Европа ушла у подручје „постсуверенитета“. Он посебно инсистира на уважавању збиља уочљивих промена које су довеле до слабљења суверенитета чланица Европске уније и том приликом се позива на чињеницу да су државне-чланице пренеле оснивачким уговорима велики део својих суверених овлашћења на Европску унију (због чега не могу самостално да уређују низ питања која су раније потпадала под њихову искључиву надлежност), да су некадашње државне границе физички нестале (упркос прецизно одређеним подручјима садашњих држава-члани-

ца), да је створено јединствено европско држављанство, да је у току стварање јединственог европског система права, итд. То је подстакло Нила Вокера, његовог ученика и наследника на Катедри, да додатно испита могућности за преобликовање појма суверености како би он одговорио новим изазовима, уместо његовог одбацивања или укидања у науци и пракси. Из тога је настала *теорија уставног плурализма*, по којој државе нису једина места на којима може да се пронађе сувереност. И пошто савремене околности траже напуштање јединственог и апсолутног суверенитета као нечег *zero sum game* у корист дијалога и прилагођавања, то односи између уставних власти различитих држава треба да буду *хетерархијски*, а не *хијерархијски*. Ипак, да сувереност не припада историји, потврђује управо скорашњи пример Енглеске која, поводом доношења првог Устава Европске уније, није желела ни да чује да се у њему нађе нешто што би задрало у њену националну сувереност. Одбацити појам суверености и даље значи занемарити његову средишњу улогу у правној и политичкој науци. Како год било, можда је од Мекормикових интригантних тврдњи о растакању суверености необичније само то што су оне потекле од убеђеног шкотског националисте, а не глобалисте или барем интернационалисте.

Професор Мекормик је дао велики допринос развоју правне филозофије. Он је био оснивач познате и до данас активне Единбуршке истраживачке групе за правну теорију (*Edinburgh Legal Theory Research Group*). Да је његова слава правног филозофа одавно превазишла националне границе његове земље, показује то што је његово име постало заштитни знак нових начина размишљања о држави, праву и њиховој друштвеној улози. Такав заслужени успех је запажен и ваљано награђен чланством у Краљевском друштву из Единбурга и у Британској академији, избором за *Leverhulme Research Professor*-а од 1997. до 1999. и 2004. године, професора *honoris causa* (1999) и професора *emeritus*-а на Правном факултету у Единбургу, титулом Краљичиног саветника (*Queen's Counsel*), а 2001. године и титулом Витеза за изузетан допринос развоју правних студија, Златном медаљом Краљевског друштва из Единбурга 2004. године, али и положајем председника Међународног удружења за филозофију права и друштвену филозофију (IVR), председника Академије за јуриспруденцију (CLS), итд. Такође, дуги низ година је био гостујући професор (*visiting chairs*) на многим универзитетима широм света, као и почасни професор (*honorary degrees*) на *Queen's University* у Канади, Упсали (*Uppsala*) у Шведској, Мацерати (*Macerata*) у Италији, Саарленду (*Saarland*) у Немачкој, поред Глазговског универзитета (*Glasgow University*), *Queen Margaret University* и *Edinburgh University* у родној Шкотској.

Упркос великим обавезама, професор Мекормик је налазио времена да се бави јавним пословима и да активно учествује у политичком и друштвеном животу. Идући стопама свога оца Џона, постао је потпреседник Шкотске националне партије, у чије је име од 1999. до 2004. године деловао као члан Европског парламента.

Према речима колега који су га познавали или имали част да раде са њим, био је омиљен и успешан предавач не само када је држао наставу пред великим бројем студената, већ и пред малим групама, јер је искрено веровао у вредност традиције према којој професор мора посебно да се посвети раду са студентима на првој години студија. Био је успешан и као ментор бројним докторантима који су данас на високим положајима на свим континентима „осим на Антарктику“, како је, шалећи се, волео да каже. Красили су га лично прегалаштво проистекло из потпуне посвећености позиву универзитетског професора, велика ерудиција и фини манири. Био је оштрог ума, велике домишљатости и свестраности, као и префињеног и сјајног смисла за хумор. Изнад свега красили су га велики дух и лична доброта, што су осетили сви који су га лично познавали.

Треба истаћи и то да је био велики лични пријатељ Алана Вотсона (*Alan Watson*), једног од данашњих највећих живих правника, почасног доктора наука Универзитета у Београду и главног коуредника међународног издања часописа *Анали Правног факултета у Београду*. Везивале су их многа заједничка интересовања и особине, почев од здравог шкотског национализма, везаности за Универзитет у Единбургу и Оксфорду, све до сличних ставова против бомбардовања Србије 1999. године.

Можда ниједном другом савременом филозофу и научнику као Нилу Мекормику није пошло за руком да у толико великој мери утиче на многобројне области правног размишљања током тако дугог времена. Његов одлазак је велики губитак који ће растужити све његове колеге, студенте и поштоваоце који се широм света баве правном филозофијом и науком, образовањем или политиком.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови по правилу не треба да буду дужи од једног табака, куцани ћирилицом. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи, а на крају резиме (*summary*) истог обима и исти број кључних речи на енглеском језику. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). 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. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италиком словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у штампаном и електронском облику.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994³).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртицом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, 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 латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *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.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са знакомом „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану италиком и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Mirko Vasiljević, Corporate Governance and Agency Problems (Part one) -----	5
Miodrag Majić, Principle of Legality – Normative and Cultural Evolution (Part one) -----	25
Dragan M. Mitrović, Scholarly Grounds of Some Contemporary Multidisciplinary Legal Theories -----	54
Vesna Besarović, Application of Community Competition Law on Intellectual Property Rights -----	77
Ranko Orlić, Business Ethics in-between General Ethics and Business Practice -----	98
Branko Rakić, Fragmentation of International Law and European Law – Something New on the Western Front-----	122
Sanja Đajić, Remarks on Estoppel in International Law-----	148
Uglješa Grušić, Rome II Regulation of the European Union: Applicable Law for Non-contractual Obligations -----	166

CONTRIBUTIONS

Zoran Radivojević, The New Institutional Reform of the European Union -----	191
Stevan Lilić, Mirjana Drenovak, The Right to Public Participation in the Matters of Environmental Protection-----	217

Dragan Novaković, Act on Ecclesiastical Powers in the Principality of Serbia of 1847 – the Second Law on the Orthodox Church in Serbia -----	232
Veljko Vlašković, The Right to Protection against Domestic Violence as a Subjective Civil Right -----	249
LEGISLATION ANALYSIS	
Dejan Đurđević, The Current Reform of the Law of Inheritance in the Republic of Montenegro -----	265
Tanasije Marinković, On the Constitutionality of the General Reappointment of Judges -----	283
BOOK REVIEWS	
William J. Baumol, Robert E. Litan, Carl J. Schramm, <i>Good Capitalism, Bad Capitalism, and the Economics of Growth and Prosperity</i> , Yale University Press, New Haven – London 2007, p. 321 (Boris Begović) -----	292
Igor Primorac, <i>Etika i seks [Ethics and Sex]</i> , JP „Službeni glasnik“, Belgrade 2007, p. 255 (Miloš Zdravković) -----	296
Žan Pradel, <i>Istorijat krivičnih doktrina, [History of Criminal Doctrines]</i> , Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Belgrade 2008, p. 96. (Natalija Lukić) -----	302
STUDENT CONTRIBUTIONS	
Stojan Mićović, Irrational Proofs -----	307
IN MEMORIAM	
Goran P. Ilić, <i>Đorđe Lazin (1951–2009)</i> -----	329
Dragan M. Mitrović, <i>Sir Donald Neil Maccormick (1941–2009)</i> -----	332
Instructions to Authors -----	336
	341

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке / главни уредник Сима
Аврамовић. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд
: Правни факултет Универзитета у Београду, 1953–
(Београд : Досије студио). – 24 cm

Доступно и на: <http://www.ius.bg.ac.yu/Anali>

Излази двапут годишње на српском и једанпут годишње
на страном језику

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
(Annals of the Faculty of Law in Belgrade)

COBISS.SR-ID 6016514