UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2009 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LVII

Анали Правног факултета у Београду

Година LVII, бр. 2/2009, стр. 1–390

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Мирко Васиљевић, Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део) – 5

Миодраг Мајић, Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (II део) – 29

Велинка Грозданић, Кривичноправни поглед на самоубиство – 55

Борис Беговић, Владимир Павић, Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције – 70

Оливера Вучић, Драган Стојановић, Уставно судство на пресеку права и политике – – – – – – – – – – – – – – – – – – 89

Маја Станивуковић, Примена домаћих правила о заштити конкуренције на правне односе са међународним елементом по узору на право Европске заједнице – – 110

Саша Б. Бован, Келзенов парадокс – – – – – – – – – – – – – – – – 135

Бранко М. Ракић, Европски суд правде између људских права и борбе против тероризма – однос међународног и европског права – – – – – – – – – – – – 155

Дејан Ђурђевић, Увођење уговора о наслеђивању у српско право – 186

Иван Јордовић, Историјски корени учења о праву јачег – – – 212

Ненад Тешић, „Љубав на први потпис“ – о моралности брачних уговора – 229

Вук Цуцић, Стразбуршки стандарди у управном спору – – – 247

Нина Кршљанин, Наслеђивање земљишта у нововековној Србији пре Српског грађанског законика: женско право наслеђивања? – 273

ПОВОДИ

Ђорђе Игњатовић, Недозвољено посезање за туђим у науци – студија случаја – 289

Лука Бренеселовић, Сто година од смрти Валтазара Богишића – 310

ПРИКАЗИ

Војислав Коштуница, *Одбрана Косова*, друго допуњено издање, СКЗ, Београд 2009, стр. 294. (Ратко Марковић) – 315

Diego Gambetta, *Codes of the Underworld: How Criminals Communicate*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2009, стр. 336. (Борис Беговић) – 325

Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Démocratie et liberté:tension, dialogue, confrontation, (ed. Jean du Bois de Gaudusson et al.), Bruylant, 2007, стр. 1148. (Владан Петров) – 329

Max Haller, *Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2008, стр. 314. (Наташа Петровић Томић) – – – – – – – – – – – – – – – – 332

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Драшко Ђуровић, Однос унутрашњег и међународног права у правном поретку Републике Србије – – – – – – – – – – 338

Марија Шобат, Ивана Стојшић, Извршни поступак и повреда права на правично суђење – европски контекст и ново српско законодавство – – – – – – – – – 354

НЕКРОЛОЗИ

Миленко Крећа, *Милан Пауновић* (1951–2009) – – – – – – – – 374

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА – 377

Упутство за ауторе – 384

УДК 347.72.036 ; 005.7

Др Мирко Васиљевић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

КОРПОРАТИВНО УПРАВЉАЊЕ И АГЕНЦИЈСКИ ПРОБЛЕМИ
(II 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.*

4. СТРАТЕГИЈА РЕГУЛАТИВЕ У РЕШАВАЊУ ТРЕЋЕГ ПРОБЛЕМА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА (ИНТЕРЕС АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА – ДРУГИ ИНТЕРЕСИ)

4.1. Уопште о стратегији регулативе

Тезе о искључивом (екстрем) или примарном (реалност) интересу акционара, које свој основ покушавају тражити и у позитивној

компанијској регулативи, директно или индиректно, у основи полазе од погрешне премисе да је за тражење одговора на питање да ли акционарско друштво припада искључиво или првенствено акционарима или и носиоцима других интереса (ризика) само ова регулатива правно релевантна. Тачно је да су компанијски закони „задужени“ за регулативу статусних питања трговачких (привредних) друштава, као и питања права и дужности њихових власника (код акционарских друштава њихових акционара) и тиме позиције капитала. Није логично да се овим питањима бави регулатива која третира радноправна питања (како запослених тако и управе), као ни регулатива која се тиче уговорних права поверилаца, или регулатива која се бави заштитом животне средине, или регулатива која има за своју вокацију заштиту потрошача или корисника услуга, те коначно ни регулатива позиције државе (друштва у социолошком смислу речи). Ако ово није логично, ваљда као ноторни факт, онда исто тако није логично да се статусна компанијска регулатива бави истим овим питањима која су *saedes materiae* других прописа.

Ако се компанијска регулатива изолује и у контексту њених решења посматра предметно питање „припадности“ акционарског друштва, онда и делује „страним“ доказивање мултиинтересне позиције његове припадности. Чини се да је таква једностраност прилаза и узроковала упућивање дела америчке судске праксе („Делавер синдром“, посебно), као и дела правне теорије, „путем којим се ређе иде“, који ван искључивог и јединог интереса акционара у припадности акционарског друштва не жели да види и неки (бар „колатерални“) интерес. Правни систем (као и сви његови подсистеми) може се, међутим, посматрати само у својој целовитости и кохерентности, ако се жели сагледати позиција било ког правног института, па и института припадности акционарског друштва.

Кад је, пак, реч о компанијској регулативи, ваља истаћи да она садржи два важна решења о „интересима компаније“: прво, управа друштва је дужна да ради у „најбољем интересу друштва“ (фидуцијарна дужност управе); друго, контролни акционар има такође исту фидуцијарну дужност када делује „унутар корпоративног субјективитета“ (директно „радом“ у скупштини друштва или индиректно преко управе друштва).[1] Кодекси корпоративног управљања овом идентификованом интересу додају и посебан „интерес акционара“, а каткад додају и „интерес свих заинтересованих лица“.[2] Компанијска регулатива на овај начин отвара врата за специјализовану регулативу, чији

[1] Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 125/04, чл. 31–35.

[2] Српски Кодекс корпоративног управљања – СККУ, *Службени гласник РС*, бр. 1/06, чл. 113: „управни одбор треба да настоји да друштво остварује добит, поштујући при том интересе акционара, улагача, запослених, поверилаца, потро-

је *saedes materiae* идентификација и заштита других конститутивних интереса „припадности“ компаније, што она и чини. Тако радноправна и социјална регулатива институционализује „припадност“ компаније и посвећена је посебном интересу запослених, регулатива уговорног права врши институционализацију и заштиту интереса поверилаца (па и акционара у том својству према компанији), регулатива права потрошача врши промоцију посебног интереса потрошача (производа или услуга), регулатива јавног права (и делом приватног) промовише „припадност“ компаније и држави и локалној заједници (регулатива заштите животне средине, пореска регулатива, регулатива права конкуренције, регулатива права потрошача).

„Интерес компаније“ је, дакле, синтеза свих ових појединачних интереса, те се обавеза управе да своје дужности обавља водећи рачуна о овом интересу, може схватити само у овом смислу. У овој синтези је на првом месту свакако интерес акционара, али то није једини интерес, с обзиром на то да онда не би било логике да компанијски законодавац и тај интерес у делу који твори корпоративну вољу (контролни акционар) обавезује на фидуцијарну дужност према друштву у ком је такав акционар. Коначно, и управа друштва је носилац једног посебног конститутивног интереса („интерес управе“), али с обзиром на прописану дужност „рада у најбољем интересу друштва“, у случају сукоба сопственог интереса са интересом друштва (институт сукоба интереса) дужна је да буде лојална друштву у ком врши дужност управе.

4.2. Акционарско друштво и носиоци интереса (ризика) – *stakeholders or shareholders concept*

Акционарско друштво (компанија, корпорација) је само на први поглед идиличан правни субјект са једним интересом, интересом власника, једног или више њих. Наиме, иако субјект приватног права, акционарско друштво нема за своју вокацију опште добро, већ за циљну функцију има приватне циљеве својих оснивача, те је тиме појам „друштвена одговорност компаније“ у том смислу (идеологија индивидуализма, неограничености приватне својине и неограниченог либерализма) *contradictio in adiecto*. Ипак, реалност је да је компанија и изнутра „пуна сукоба и супротности“,[3] а тим пре према споља: окружењу, привредном и друштвеном.[4] Реалност је, да-

шача и јавне интересе“, односно „управни одбор има фидуцијарну дужност према друштву и свим акционарима, укључујући и мањинске акционаре“ (чл. 114).

[3] С. Табороши, „Друштвена одговорност компанија“, *Правни живот* 11/2005, 42.

[4] Концепт друштвене одговорности компанија ушао је у групу европских приоритета тек 1993. године, када је тадашњи председник Комисије ЕУ Жак Де-

кле, вишеслојност интереса (ризика) који постоје у овом друштву: 1) интерес акционара, 2) интерес поверилаца, 3) интерес запослених, 4) интерес управе, 5) интерес самог акционарског друштва, и 6) интерес друштва у социолошком смислу речи (интерес државе). Овим интересима у ширем смислу могао би се додати и 7) *интерес потрошача*, коме неки, без обзира на то што он има спољну позицију и што није заснован на уговорном аранжману са друштвом, дају исту позицију конститутивног интереса (ризика).

Неки аутори стављају под сумњу, поред посебног интереса потрошача (с обзиром на то да они нису у уговорном односу са друштвом као остали носиоци интереса) и посебне интересе самог акционарског друштва и интерес друштва (државе) у социолошком смислу речи (с обзиром на то да акционарско друштво није такође у посебном уговорном односу са државом), тако да говоре о следећих пет интереса: 1) интерес акционара, 2) интерес поверилаца, 3) интерес запослених, 4) интерес директора (управе) и 5) интерес менаџера.[5] Сви ови интереси често су контрадикторни и увек динамични, што акционарско друштво чини конфликтним и нимало идиличним субјектом.[6] Сви ови интереси (ризици) имају значајну улогу при доношењу одлука у акционарском друштву, као и у пословима које предузима друштво. Због постојања ових различитих интереса, законодавац има посебну улогу да компанијским законима ове интересе максимално хармонизује и усклади.[7] Посебно је важно да и судска пракса буде стабилна и предвидљива приликом решавања спорова који произлазе из сукобљености ових интереса, у противном, нема правне сигурности ни трајног инвестиционог поверења.

У контексту разматрања ових интереса, поставља се питање и самог појма друштвене одговорности компанија (феномен моралног капитализма): да ли се, наиме, може рећи да је друштвено одговорна компанија која поштује важеће право и на њему засноване захтеве државних органа? Чини се да либерални модел даје потврдан одговор на то питање – *друштвено одговорна компанија је она која је правно одговорна.* Правно је одговорна компанија која поштује леги-

лор (*Jacques Delors*) јавно упутио захтев европској пословној заједници да „помогне напорима јавне власти у борби против незапослености и у другим областима социјалне политике“, *ibid*., 45.

[5] Вид. B. Cheffins, 47–125.

[6] Елементи колективистичке свести и у друштвеном моралу, који није био потпуно уништен англосаксонским индивидуализмом, довели су до тога да се и у димензијама друштвене свакодневице уважавају интереси других учесника“, С. Табороши, 45.

[7] R. Dragneva, W. Simons, „Can the Stakeholder Paradigm Provide a Way Out of ‘Vulture’ Capitalism in Eastern Europe?“, *International Conference on Corporate Governance and Company Law,* Ohrid 2000.

тиман национални правни поредак (без обзира на његову природу), укључујући и стандарде људских права у земљи обављања делатности (без обзира на више стандарде људских права у земљи седишта компаније: на пример, запошљавање жена у муслиманским земљама). Обавеза поступања компаније по вишим стандардима људских права, који постоје у земљи порекла – земљи седишта, остаје морална, а не правна обавеза. „Локално законодавство одређује отуда доњи праг обавеза компаније, а њихов реални домет изнад тог прага одређен је искључиво моралним захтевима.“[8] Логичан је отуда закључак ових аутора да је „друштвена одговорност компанија првенствено морални захтев који друштво поставља компанијама као корелат уз два захтева са којима су оне већ суочене: економским (профит) и правним“, с тим да ови „социјални, тј. непрофитни ефекти компаније постају значајан критеријум за оцењивање њене успешности“.[9] Овакав закључак проистиче из чињенице да „друштвена одговорност компаније нигде није прописана као правна обавеза“, а у нормативни терен за сада је ушла преко декларација и резолуција, које ипак не стварају правну обавезу, „иако имају одређену моралну тежину“, посебно ако коинцидирају са економском сврхом компаније (профит). Уосталом, каже се да би компанија могла да врши друштвени (метаекономски) утицај на средину (на шта се и своди захтев за друштвену одговорност компаније), она мора да буде економски успешна (и непрофитабилно улагање мора на тај начин да буде профитабилно!).

Ако се, чини се, у одређеној мери и правно призна *stakeholders concept* као систем вишеслојности конститутивних интереса акционарског друштва или, пак, систем једнослојности интереса самог акционарског друштва као правног лица, као својеврсне синтезе других појединачних конститутивних интереса (признатих већ у систему *stakeholders concepta),* онда тврдња да „друштвена одговорност компанија није призната као правна обавеза“ и да има „само одређену моралну тежину“ ипак не стоји, бар у целости. Наиме, у овом систему одређеност права према неким релевантним појединачним интересима (интерес поверилаца, интерес управе-менаџера) је у највећој мери директна и несумњива, тако да је у овом смислу одређена *друштвена одговорност компаније у ужем смислу* недвосмислено и правна (не само морална). Исти је случај и код „интереса акционарског друштва“ као синтезе других појединачних интереса или као својеврсног *sui generis* интереса (дужност управе друштва да „ради у најбољем интересу друштва“ доминантна је одредница компанијске упоредне регулативе). С друге стране, одређеност права према другим релевантним појединачним интересима (интерес запослених,

[8] С. Табороши, 50.

[9] *Ibid.*

интерес потрошача и интерес државе или социолошког друштва и интерес локалне заједнице) у великој мери је имперфектна, тако да се може рећи да је *друштвена одговорност компаније у ширем смислу* у доброј мери ванправна или морална. Ипак, ако се не признаје *stakeholders concept* већ *shareholders concept,* дакле постојање само једног легитимног интереса везаног за акционарско друштво (интерес акционара као сувласника), онда одговорност компаније према овом интересу јесте правно јасно омеђена, али се овај концепт не може подвести под појам друштвене одговорности компаније у ужем смислу.

Закључно, феномен финансијске кризе, потребе заштите животне средине, разлози безбедности, социјални потреси, злоупотребе слободе уговарања које угрожавају феномен „јавног поретка", берзански потреси са тектонским поремећајима на финансијском тржишту и системска ограничења филозофије либералне привреде без одговарајуће регулаторне, интервенцијске и развојне улоге државе,[10] учиниће да и капитализам све више испољи своју моралну страну („морални капитализам" – државни капитализам уместо либералног акционарског или менаџерског), тако да ће и *феномен друштвене одговорности компаније у ширем смислу* одговарајућим регулаторним и надзорним интервенцијама државе *постајати све више правни* (уместо само морални), какав је у основи развојни пут право и имало.

4.3. Искључиви интерес (ризик) акционара – непостојање друштвене одговорности компанија

Искључивост (ређе примарност) интереса (ризика) акционара у акционарском друштву, с обзиром на то да они ово друштво оснивају на уговорној основи ради остваривања основне функције – профита,[11] наглашена је у америчкој доктрини и пракси, и последица је схватања уговорно-заступничке природе компаније, према којој су акционари квазисувласници и компаније и њене имовине. Сматра се, наиме, да ако се максимира профит и вредност акција, максимираће

[10] Феномен светске финансијске кризе управо је последица тог системског недостатка таквог концепта привреде и не може се, како се то покушава чинити, објаснити „похлепом брокера и банкара као мангупа у редовима либералне економије", као што и марксизам није пао „због мангупа у његовим редовима", већ због системског дефекта.

[11] Теорија је ипак у праву када каже да се „отвара следеће питање, односно друштвена дилема – да ли су привредна друштва основана и функционишу да би задовољила мотиве и циљеве власника или да би била уравнотежена и друштвено одговорна"? „Капитализам не значи друштво у коме капиталисти згрћу профите не поштујући права запослених, не воде рачуна о екологији, још мање бринући о друштвеном благостању и правди". Тако Б. Љутић, „Друштвена одговорност привредних друштава", *Право и привреда* 5–8/2006, 116–117.

се и интереси других „конституената“ у компанији (поверилаца, запослених, управе, државе, локалне заједнице, потрошача).[12] Овакав прилаз израз је и америчког прагматизма: судска пракса је предвидљивија ако се зна чије интересе у сваком конкретном случају треба да штити, а такође и управи друштва је лакше, јер у сваком случају зна чије интересе штити („управа друштва дужна је да ради у интересу акционара“) и не мора да вага између више интереса или да истражује „посебан интерес компаније“.[13]

Теза о искључивом (ређе примарном) интересу акционара у компанији има као претпоставку јединственост тог интереса, што у пракси по правилу није случај. Наиме, осим кад је реч о једночланом друштву, због постојања више власника, ни овај интерес није хармоничан. Пут ка специфичним сукобима интереса акционара акционарског друштва отвара већ и сама чињеница да се оснивачки акт, упркос уговорној природи, може мењати већинском вољом акционара (апсолутном, обичном или квалификованом). Често је, на пример, интерес већинског власника супротстављен интересу мањинског власника (специфичан сукоб интереса), а с друге стране и интереси већинских власника нису увек идентични, јер могу постојати различите врсте власника (*власник – предузетник*, који је окренут дугорочном пословању; *власник – инвеститор*, који је такође окренут ка дугом или барем средњем року; *власник – шпекулант,* који је увек окренут само кратком року). Интереси акционара нису хармонични ни зависни од врсте акционарског друштва: ако је реч о затвореном

[12] M. Blair, „Margaret and Lynn A. Stout, A Team Production Theory of Corporate Law“, *Virginia Law Review* 85, 2/1999.

[13] Овакав став америчке доктрине заснива се на познатом судском случају *Dodge v. Ford Motor* (1915). У овом случају одбор директора *Ford Motor* корпорације усвојио је план годишње производње возила од један милион, уз одређивање ниже цене за модел „Т аутомобил“ (цена је спуштена са 444 на 360 америчких долара, иако је тржиште било прихватило претходну цену). Донета је и одлука да се не распоређује дивиденда због огромних издатака за инвестирање. Хенри Форд, као оснивач и доминантни акционар, изјавио је да је циљ овакве одлуке проширивање благодети компаније и на запослене и њихов животни стандард. *Dodge*, као мањински акционар у овој корпорацији, покренуо је спор против ове одлуке. Врховни суд Мичигена утврдио је да су филантропија и алтруизам одиграли велику улогу у доношењу овакве одлуке, али није био њоме импресиониран и пресудио је: „Корпорација се оснива и послује ради стварања профита за акционаре. Директори своју моћ треба да усмере у том правцу. Дискрециono овлашћење директора односи се на избор начина и праваца остварења тог циља, као што је нераспоређивање профита за дивиденде акционара и усмеравање за остварење тог циља“, вид. Г. Коевски, *Компаративно корпоративно управување*, Скопје 2005, 44–51. Овај став снажно је подржао и познати присталица либералне економије, нобеловац Милтон Фридман (Milton Friedman, „The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“ – *The New York Times,* Sept. 13/1970, 6) изјавом да је „употреба средстава компаније за промовисање социјалних циљева супротна закону, јер се она не тражи законом или другим пословним обичајима.“

друштву, елемент *intuitu personae* није искључен (право прече куповине акција постојећих акционара и слично), док то није случај у отвореном друштву (посебно котираном). Интерес акционара различит је и зависно од тога да ли се ради о професионалним инвеститорима или непрофесионалним и слично.

Интерес акционара је, ипак, независно од врсте друштва и броја акционара, различит од интереса поверилаца и имаоца обвезница и других комерцијалних хартија од вредности, с обзиром на то да је акционарски капитал трајно инвестирани капитал (без могућности повраћаја улога, осим индиректно продајом акција или у одређеним посебно дефинисаним случајевима – стицање сопствених акција од стране самог друштва, повлачење акција приликом смањења основног капитала у редовном поступку – откупљиве акције од стране друштва). Акционари су као власници, дакле, носиоци ризика пословања акционарског друштва чије акције поседују, тако да им у случају ликвидације друштва припада ликвидациони вишак након намирења свих поверилаца друштва. И у овом случају, као и приликом остваривања других имовинских права акционара, постоји равноправност акционара исте класе, тако да су акционари са приоритетним акцијама у преимућству (при чему и унутар ове класе акција могу постојати различите класе приоритета) испред акционара са обичним (редовним) акцијама.

Акционари, међутим, иако искључиви или примарни носиоци интереса у акционарском друштву, имају ограничен ризик: улог (оснивачки и/или каснији при повећању основног капитала), изузев у случају злоупотребе правне личности акционарског друштва („пробијање правне личности“). И поред тога што су примарни носиоци ризика у друштву, ретко су ангажовани у дневним пословима друштва (извршни директори), осим изузетно у затвореном друштву и у друштвима где сами или са повезаним лицима имају контролни управљачки пакет акција са правом гласа (*blockholders*). Отуда, акционари су у принципу у позицији „рационалне апатије“ и раздвајају своје власништво од управљања.

Према овом ставу, дакле, у основи и *нема трећег агенцијског проблема* корпоративног управљања, с обзиром на то да *нема признатих других конститутивних интереса* у акционарском друштву, осим интереса акционара, а управа друштва не мора да води рачуна при пословном одлучивању о тим другим интересима, па ни интересима самог тог друштва, већ једино о интересима акционара. Отуда, овај концепт не признаје ни појам друштвене одговорности компаније као правни (морални капитализам као фикција и непостојаност).

Ипак, строго правно посматрано, тезу о искључивом интересу акционара није могуће бранити. Управа друштва није заступник

акционара (уговорно-заступничка концепција компаније), већ агент-заступник компаније као правног лица. Управа ступа у заступнички однос на основу корпоративне одлуке органа друштва, а не одлуке акционара. Правни субјективитет компаније одваја је од акционара који је оснивају, те омогућује и правне послове акционара са својом компанијом. Ако је управа заступник компаније, а правно јесте, онда је она дужна да ради у име и за рачун компаније („интерес компаније“), а не у име и за рачун акционара чији заступник није. Теза о дужности управе да ради у име и за рачун акционара негира правни субјективитет компаније, што је незаобилазни стандард компанијског права. Евентуално, ова теза и може признавати правни субјективитет компаније, али само на основу креације својеврсног института „пробијања правне личности“ за рачун акционара (што опет компанијско право не признаје, зато што је овај институт управо против интереса акционара а за рачун поверилаца друштва).

Конституисање правила, најзад, о „дужности управе да ради у најбољем интересу акционара“, које иначе компанијско право у таквој форми не познаје, било би директно супротно правилу о управо обрнутој дужности, које је иначе стандард компанијског права, *о фидуцијарној дужности контролног акционара* (који твори корпоративну вољу) „рада у интересу друштва“ (у органима друштва – скупштини и управи) чији је иначе акционар. Овим се не негира, економски посматрано, профитна функција компаније као искључива функција и не промовише њена социјална функција (што је функција државе и локалне заједнице), али се свакако негира теза да профит треба искључиво да служи интересима расподеле дивиденде акционарима.

4.4. Интерес (ризик) акционарског друштва – *sui generis* или синтеза појединачних интереса (постојање друштвене одговорности компанија)

Амерички концепт о супрематији или искључивости интереса акционара у компанији нарушен је доношењем немачког Закона о акционарским друштвима (1937). Овим актом, под видом потребе инкорпорисања интереса државе у акционарским друштвима (немачки Рајх), на основу концепта „посебног интереса компаније као правног лица,“ конституисан је дводомни модел управе у Немачкој, у ком надзорни одбор треба да се стара о заштити посебног интереса компаније, који се разликује од интереса осталих „конституената“ у компанији.[14]

[14] Вид. код Г. Коевски, „Социјална одговорност великих акционарских друштава“, *Правни живот* 11/2005, 65–66.

„Посебност интереса компаније," као посебног правног лица (теорија реалности правног лица), конституише теорију о њеној друштвеној одговорности као противтежу америчкој уговорно-заступничкој теорији о природи компаније која се заснива на концепту апсолутности приватне својине. Ова теорија и данас је доминантно одређење европске правне мисли и праксе (уговорне, судске, пословне). Основни проблем „посебног интереса компаније" састоји се у томе што није довољно одређен, с обзиром на то да представља синтезу интереса различитих конституената (те је као такав делом и *sui generis*),[15] што управи даје могућност за арбитрерност и „непринципијелне коалиције" са одређеним интересима који су у неком тренутку „лобистички" најјачи. Овим се, сматра се, *отвара простор и за арбитрерност и непредвидивост судске праксе* и праксе доброг управљања друштвом. Неки аутори се питају: „ко може доказати да директори нису поступали у интересу компаније када је њен интерес *per se* нејасно законом постављен," али истовремено признају да „по правилу социјалне демократије увек преферирају мултиинтересни модел корпоративног управљања".[16] Извесну неодређеност у овом смислу показали су и Принципи корпоративног управљања *OECD*-а, који обавезују на једном месту одбор директора да „треба да узме у обзир интересе свих заинтересованих страна" (концепт мултиинтересног приступа или „интереса компаније"), док на другом месту инсистирају на његовој обавези да у обављању својих дужности поступа „у најбољем интересу компаније и акционара".[17]

Акционарско друштво, будући да је правни субјект, само по себи има одређене интересе који су одвојени од појединачних интереса његових интересних сегмената. Посебност интереса овог друштва не чини ни укупност свих других појединачних интереса, већ је

[15] У држави Охајо корпорацијским законом је прописано да директор мора имати на уму интересе „запослених, поверилаца и потрошача", као и „привреде, државе и нације" и „дугорочне и краткорочне интересе корпорације, укључујући и могућност да ови интереси могу бити најбоље заштићени континуираном независношћу корпорације", D. Branson, *Corporate Governance*, Washington DC 1993, 383; D. Block, N. Barton, S. Radin, *The Business Judgment Rule*, Volume I and II, Aspen Law and Business, Fifth Edition, 631–808; R. Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota 1991, 317–318. Правило да управа друштва мора извршавати своје дужности у „најбољем интересу друштва", поштујући при том интересе „акционара, улагача, запослених, поверилаца, потрошача и јавне интересе" јесте у неку руку, на општем плану (са специфичношћу и доминантношћу неког посебног интереса у појединим случајевима, попут интереса акционара код преузимања јавном понудом, на пример), универзално правило и прихваћено је и као генерални принцип Тринаесте директиве ЕУ о преузимању, члан 3 (1) (c). Став о потреби успостављања равнотеже више различитих интереса има и реформисани британски *Companies Act* (2006), *sec*. 172.

[16] Г. Коевски, 67–68.

[17] Принципи корпоративног управљања *OECD*-а, 2004, глава VI/A и C.

то одвојен интерес.[18] Овај посебан интерес акционарског друштва логична је последица често супротстављених интереса других интегративних сегмената (неких или некад и свих) овог друштва, те стога компанијски закони по правилу редовно садрже одређење да је управа друштва дужна да ради „у интересу друштва (компаније, корпорације)“[19] – конститутивни елемент правила *business judgment*[20] и института фидуцијарне дужности директора према компанији (који је из англосаксонског права као „правни трансплант“ пренет у континентално право).[21] „*Посебан интерес компаније као правног лица* је аргумент који се даје у прилог тези да компанија није само прост збир појединаца и њихових улога, већ да компанија *као правно лице има своје социјалне одговорности*.“[22]

Лица која према Закону о привредним друштвима имају дужности према привредном друштву, првенствено управа друштва, дужна су да своје дужности утврђене овим законом и у складу с овим законом извршавају с пажњом доброг привредника[23] и да увек делују у „интересу привредног друштва“.[24] Ова лица су дужна да своје процене (правило пословне процене – *business judgment rule* и *business judgment doctrine*)[25] тог интереса заснивају на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област за која верују да

[18] „Одбор треба да примени високе моралне стандарде. Треба да узме у обзир интересе свих заинтересованих страна“. Вид. Принципи корпоративног управљања, *OECD*, 2004, бр. VI/ C. У француској судској пракси је суђено да непоступање „у интересу друштва“ од стране органа друштва (укључујући и скупштину) може да буде оквалификовано као „злоупотреба права већине“ (на пример, дугогодишње одбијање доношења одлуке о расподели дивиденди – што може бити основ за судско именовање привременог заступника друштва или експерта мањине за истраживање неких пословних одлука друштва), или „злоупотреба права мањине“ (на пример, одбијање мањине да гласа за повећање основног капитала а то је интерес друштва) или, најзад, „злоупотреба једнакости“ (дугогодишње одбијање измене оснивачког акта од стране једног блока, што је интерес друштва – ако су гласачка права подељена у два једнака блока), вид. D. Vidal, *Grands arrets du droit des affaires*, Paris 1992, 428–440.

[19] Више E. Ferran, *Company Law and Corporate Finance*, Oxford 1999, 115–153; D. Keenan, *Company Law,* Essex 2005, 353–370; S. Griffin, *Company Law – Fundamental Principles,* Essex 2006, 298–302 и 310–330.

[20] О кључним учесницима у компанији вид. B. Cheffins, 47–125; J. Choper, J. Coffee, R. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, New York 2000, 35–54.

[21] Немачка: *Aktiengesetz* (1965), *par.* 90; В. Британија: *The Companies Act* (2006), *sec.* 170; Швајцарска: *Code des obligations* (1911, *etat le* 1.*er janvier* 2008), *art.* 717.

[22] Г. Коевски, 62.

[23] Вид. посебно E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés de droit français et anglais*, Paris 1998, 190–252.

[24] ЗОПД, чл. 31–32.

[25] Вид. R. Hamilton, 310–321.

су у том погледу савесна и компетентна, те ако тако поступају, не одговарају за штету која из таквог поступања (такве процене интереса привредног друштва) настане за привредно друштво.[26] Врховни суд америчке државе Делавер углавном се држи праксе да постоји претпоставка таквог поступања директора кад је реч о њиховој одговорности, што значи да тужиоци акционари (деривативна тужба или индивидуална) морају да пруже супротан доказ, што је „тежак терет".[27]

Коначно, дакле, „интерес компаније" постао је углавном правни стандард компанијског права, независно од тога да ли се на њега гледа као на неки оригинални интерес или као синтезу других појединачних интереса. С обзиром на изричито обавезивање компанијским законима управе друштва да при пословном одлучивању уопште (што се посебно у случају постојања сукоба интереса појачава и дужношћу лојалности друштву) води рачуна о овом интересу, који на основу инкорпорације више појединачних интереса прави и својеврсни делом нови оригинални интерес, то се може закључити да *друштвена одговорност компаније (ужи смисао)* несумњиво *постоји и као правна обавеза* заштите овог интереса (независно од тог да ли се схвата као синтеза више појединачних или као *sui generis*).

4.5. Појединачни конститутивни интереси (ризици) – постојање друштвене одговорности компанија

4.5.1. Интерес (ризик) поверилаца

Како ниједно акционарско друштво не послује само са собом или само са својим акционарима, интерес поверилаца такође је посебно истакнут у позицији овог друштва. Овај интерес штити се не само грађанским, већ и компанијским законима, ради умањења негативних практичних ефеката и посебно злоупотребе принципа ограничене одговорности компанија на штету поверилаца.[28] Кад је реч о акционарском друштву и повериоцима у грађанском праву, то су класични уговорни односи, које прате, или не, одређена средства обезбеђења (стварна и персонална). Разуме се, и овде има одређених специфич-

[26] За овај институт, који потиче из англосаксонског права, вид. обимну судску праксу која конкретизује доктрину *business judgment rule* у целом делу D. Block, N. Barton, S. Radin; R. Hamilton, 310–320.

[27] Више вид. D. Block, N. Barton, S. Radin, I, 17–90; C. Hansell, *Corporate Governance,* Toronto 2003, 98–116; Ch. Hansen, *A Guide to the American Law Institute Corporate Governance Project*, National Legal Center for the Public Interest, Washington 1995, 9–83.

[28] Вид. специјални број часописа *European Business Organization Law Review* 7, 1/2006 посвећен теми „Efficient Creditor Protection in European Company Law". Вид. и G. Hertig, H. Kanda, „Creditor Protection", *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach,* (ed. R. Kraakman *et alia*), Oxford 2004, 72.

ности зависно од тога да ли је реч о комерцијалним повериоцима из уговора о продаји робе или о вршењу услуга, или о кредитним пословима, или комерцијалним (облигационим) хартијама од вредности. Све ово није, међутим, материја компанијског права, али се понекад ипак тиче и овог права (на пример, процена степена кредитног ризика тиче се и корпоративног управљања, и самосталности управе, и заштите неких поверљивих података тог друштва од могућности сазнавања од стране конкурената и слично).

За компанијско право веома је интересантно да ли има места посебној заштити поверилаца (независно од тога да ли је у тој позицији и сам акционар који ступа у облигационе односе са друштвом у коме је акционар или је реч о неком трећем лицу као повериоцу). Иако се на први поглед мисли да компанијско право и уговорно право немају посебне потребе да додатно сарађују кад је реч о позицији повериоца, с обзиром на то да поверилац треба да тражи унапређење своје позиције, ако је то потребно, у уговорном праву, а не у компанијском праву, ипак, и само компанијско право има доста института који додатно настоје да заштите позицију повериоца (самог акционара у тој позицији или трећег лица), у складу са својим правилима, како би се она учинила чвршћом, с једне, и како би се акционар увек ставио у позицију иза повериоца, с друге стране.

Посебних института заштите поверилаца у компанијском праву има више: 1) немогућност смањења основног капитала друштва које не послује с губицима (смањење у редовном поступку) без обезбеђења интереса поверилаца, 2) заштита интереса поверилаца приликом промене статуса привредног друштва, 3) основни капитал друштва (одржавање вредности основног капитала друштва као генералне „залоге“ за обезбеђење поверилаца), 4) немогућност било којих исплата акционарима у том својству ако се тиме друштво доводи у инсолвентну позицију (ограничења плаћања и одговорност акционара и управе друштва због недопуштених исплата – дивиденда, смањење основног капитала, задовољавање права мањинских – несагласних акционара у случајевима законом прописаним: измена оснивачког акта, статусне промене, промене правне форме, располагање имовином велике вредности, други случајеви утврђени оснивачким актом друштва),[29] 5) установа пробијања правне личности,[30] 6) стандарди рачуноводства и ревизије, 7) обавеза транспарентности (превентивно делује на повериоце у смислу одлуке на закључење нових уговора и врсту обезбеђења), 8) регулатива одговорности директора (посебно за недопуштена плаћања, за штетне одлуке), 9) посебна заштита поверилаца у случају статусних промена, 10) заштита пове-

[29] ЗОПД, чл. 231.

[30] ЗОПД, чл. 15.

рилаца у посебним случајевима (одговорност матичног друштва за обавезе зависног друштва по основу правила о „пробијању правне личности“ или правила директора из сенке или *de facto* директора; одговорност у случају ништавости оснивања; одговорност оснивача и других лица за обавезе преузете пре регистрације друштва) и слично.[31] У неким компанијским законима повериоцима се дају и нека друга права (на пример, да могу подизати деривативне тужбе за рачун друштва и слично).

Посебно, сусрет уговорног права и компанијског права на специфичној основи веома је чест код кредита финансијских институција који садрже тзв. рестриктивне кредитне клаузуле (правни *феномен мешања поверилаца у корпоративно управљање,* што отвара бројна питања основаности, граница, обавештавања и улоге акционара у овом процесу поред улоге управе итд.).[32] У ове клаузуле спадају, на пример: немогућност исплата дивиденде акционарима у случају доцње у исплати кредита; немогућност исплате плата преко одређене висине у случају доцње у исплати кредита; немогућност статусних промена или промена правне форме у случају доцње у исплати кредита и слично.[33] Дакле, у свим овим случајевима, постоји одређена фидуцијарна дужност директора не само директно према том друштву већ индиректно, и делом, и према повериоцима.[34]

Компанијско право посебну заштиту даје повериоцима у случају отварања стечаја над акционарским друштвом, када се у ствари суспендују правила компанијског права и на сцену ступају правила стечајног права као подгране компанијског права. У овом случају, суспендују се и аутономна права органа овог друштва (па и скупштине и управе), а органи стечајног дужника именовани од суда, правно-теоријски посматрано, у фази реорганизације као алтернативе банкротству делују и даље у интересу акционарског друштва, а ако мере реорганизације не успеју, они делују првенствено у интересу поверилаца тог друштва (који су и сами у стечајном поступку у потенцијалном сукобу интереса, посебно када је више класа поверилаца), с обзиром на то да се тада мења и његова циљна функција. Ово, међутим, није случај кад друштво по покренутом судском по-

[31] Више B. Cheffins, 496–553.

[32] Више K. Krolop, „Covenants in Loan Agreements as ‘Legal Transplant’ from the US to the European Continent and their Impact on Corporate Governance: Indispensable Tool of Creditor Protection or Threat to the Position of Sharecholders?“, *Право и привреда* 5–8/2008, 203–270.

[33] Оквир корпоративног управљања би требало допунити делотворним, ефикасним механизмом за случај стечаја, као и ефикасним остваривањем права поверилаца“, вид. Принципи корпоративног управљања, *OECD*, 2004, бр. IV/ F.

[34] Вид. B. Kasolowsky, *Fiduciary Duties in Company Law,* Hamburg 2002, 241–261.

ступку мањинских акционара за ликвидацију друштва (блокада рада органа друштва у времену прописаном законом и слично), одлуком суда „добије“ привременог заступника друштва, који, као и управа друштва, мора деловати првенствено „у интересу акционарског друштва“ (који инкорпорира, између осталог, и интерес поверилаца). Исто, чини се, важи и за ликвидационог управника у случају ликвидације друштва, с обзиром на то да тада нису угрожени интереси поверилаца друштва.

Сукоби интереса акционара акционарског друштва и поверилаца тог друштва увек су могући. Ако друштво добро послује, ризици овог сукоба интереса су мањи (ипак, нису искључени: на пример, неразумна политика исплате дивиденди акционарима може друштво водити у економске тешкоће, што није интерес поверилаца), али ако друштво не генерише профит, такви сукоби су константни, и то по различитим основима (на пример, ако друштво прода акционарима неку своју имовину испод тржишне цене или ако акционар унесе улог по прецењеној вредности и слично). Да би се смањили ризици овог сукоба, правило је да се прописује однос „дуг – капитал“ друштва (*company's debt-to-equity ratio*).[35]

Постојање одређених правних обавеза директора (управе) компаније према повериоцима у смислу компанијског и посебно стечајног права није, дакле, спорно. У том смислу исто важи и за питање постојања одређеног степена фидуцијарне дужности директно према повериоцима (прилично имперфектно) или индиректно преко дужности према привредном друштву (која инкорпорира и интерес поверилаца). Ипак, чини се да је тешко извести закључак о постојању директне (правно перфектне) фидуцијарне дужности према повериоцима,[36] али општи стандард фидуцијарне дужности рада у интересу компаније инкорпорира и интерес поверилаца. Решења у изворима компанијског права у упоредном праву нису, ни кад је реч о опасности стечаја, ни иначе, идентична.

У Великој Британији постоји снажна подршка постојању фидуцијарне дужности директора према повериоцима у одређеним случајевима. Скорије судске одлуке могу се сумирати у наредном ставу: „Кад је компанија инсолвентна или сумњиве солвентности или на ивици инсолвентности, реч је о новцу поверилаца који је изложен ризику понашања директора када у извршавању дужности у компанији морају водити рачуна о интересима поверилаца као примарним,

[35] B. Cheffins, 81.

[36] Генерално, ова дужност директора не постоји и може, чак, бити основ одговорности директора акционарима ако фаворизују повериоце у односу на акционаре (изузетак је стечај, када се фидуцијарна дужност директора окреће ка повериоцима). Вид. D. Block, N. Barton, S. Radin, 590–629.

посебно у извршавању дискреционих дужности."[37] Ипак, ова дужност директора је имперфектна јер не може бити предмет принудног извршења од стране поверилаца, који морају чекати све до отварања поступка банкрота и именовања управника.

У САД, традиционално, судови одбијају да прошире фидуцијарну дужност директора према повериоцима корпорације и наглашавају да су права поверилаца ограничена на права из уговора. Отуда, од директора се не захтева да узме у обзир интересе поверилаца при доношењу својих одлука. Ипак, неки судови говоре о промени фидуцијарне дужности у случају стечаја, када она престаје да постоји према корпорацији и почиње да делује према повериоцима.[38]

У Немачкој се питање евентуалне фидуцијарне дужности директора компаније према повериоцима (изван уговорног контекста) помиње само *у* следству расправе о друштвеној одговорности компаније. Реално, повериоци имају само уговорна права према компанији, а у случају неплаћања дуга, права која имају на основу стечајних прописа.[39]

Коначно, дакле, без обзира на извесну имперфектност фидуцијарне дужности управе компаније према повериоцима (осим у случају стечаја), може се закључити да снажни елементи друштвене одговорности компаније (ужи појам) у смислу правне имплементације овог интереса директно (не само кроз синтетички интерес компаније као правног лица) постоје и у компанијској регулативи, те да се о њој може говорити и као о правној обавези.

4.5.2. Интерес (ризик) запослених

Основни капитал акционарског друштва може се увећати само радом запослених, те отуда власници друштва и сами имају интерес да штите позицију запослених, који са своје стране имају интерес да одрже своју запосленост, као и да им се побољшавају услови рада и повећавају примања по основу рада.

Најчешће коришћени институт компанијског права за вођење рачуна од стране управе о интересима запослених је подстицање тзв. акционарства запослених кроз разне правне форме: 1) бесплатне акције, 2) акције из добити, 3) акције с попустом, 4) кредитирање од

[37] Вид. H. Fleischer, „The Responsability of the Management and of the Board and its Enforcement", *Reforming Company Law in Europe* (ed. G. Ferrarini, K. Hopt, J. Winter, E. Wymeersch), Oxford 2004, 394.

[38] I. M. Millstein, H. J. Gregory, A. R. Altschuler, „Fiduciary Duties Under US Law", ABA – Section of Business Law – *The Director's Relationship to the Corporation – A Multijurisdictional Forum on Fiduciary Duties*, presented by Committee on Corporate Governance and Committee on Corporate Laws, Seattle 2004, 34–35.

[39] Вид. H. Fleischer, 395.

стране друштва стицања акција друштва од стране запослених у том друштву и повезаним друштвима,[40] 5) стицање сопствених акција друштва одлуком управног одбора ради доделе тих акција запосленима у друштву или повезаним друштвима,[41] 6) необавезност потпуне уплате уписаних акција претходне емисије у случају нове емисије акција за запослене ради повећања основног капитала,[42] 7) порески подстицаји ради издавања акција запосленима и слично.[43] Када запослени постану и акционари, тада имају двојну позицију у акционарском друштву: позицију запослених на основу уговора о раду и позицију акционара инсајдера (чиме су изједначени са спољним акционарима који нису запослени у друштву). На овај начин налазе се у својеврсном сукобу интереса, с обзиром на то да је статус запослених и акционара различит.[44]

Снажнија интеграција запослених у корпоративну структуру акционарског друштва у савременим правима [45] решава се путем разних форми партиципације и саодлучивања у управљању и/или преко посебног тела – савета запослених[46] (чиме могу да утичу и на процес доношења одлука из сфере корпоративног управљања). Форме партиципације могу се регулисати или самим законом, или аутономним актима сваког друштва (или комбиновано).

Запослени, независно од инсајдерског власништва или форми партиципације,[47] постају интегративни стуб акционарског друштва на уговорној основи, а њихова права (индивидуална и колективна), обавезе и одговорности одређени су делом уговором о раду, а делом законом и колективним уговором. Угроженост права запослених нарочито је изражена при банкротству акционарског друштва

---

[40] ЗОПД, чл. 190, ст. 2. – 3; Друга директива ЕУ (OJ 26/1/1977), чл. 23 (2).

[41] ЗОПД, чл. 222, ст. 4. тач. 2; Друга директива ЕУ, чл. 19 (3).

[42] ЗОПД, чл. 237, ст. 4–5.

[43] Више вид. М. Васиљевић (2007а), 470–474.

[44] „Треба дозволити развој механизама за учешће запослених којима се побољшавају резултати“. „Треба омогућити заинтересованим странама, укључујући и појединачне службенике и њихова представничка тела, да одбору слободно саопште своје мишљење о нелегалној и неетичкој пракси, а да због тога њихова права не буду угрожена“. Вид. Принципи корпоративног управљања, *OECD*, 2004, бр. IV/ *C* и *E*.

[45] Више вид. Б. Лубарда, „Партиципација радника у управљању предузећем у упоредном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1994, 517–545. Интересантно је да неки о кодетерминацији говоре и као о средству (делимичном) за заштиту поверилаца и акционара компаније, попут обавезне транспарентности. Вид. G. Hertig, „Comment: Codetermination as a (Partial) Substitute for Mandatory Disclosure?“, *European Business Organization Law Review* 7, 1/2006, 123–130.

[46] Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, чл. 205.

[47] Више B. Cheffins, 554–601.

ако реорганизација не успе. Осим тога, запослени су носиоци интереса (ризика) у акционарском друштву због могућности престанка запослења, независно од основа, посебно основа противно њиховој вољи (у шта свакако спада и основ банкротства друштва). У сваком случају, ако компанија просперира и ако врши нова запошљавања, тада постоји усаглашеност интереса запослених и других носилаца интереса, у противном, у принципу не постоји. Каткад, није сасвим извесно да ли таква усаглашеност постоји (на пример, у случају статусних промена или у случају преузимања акционарског друштва). Сва ова питања стога треба да буду предмет уређивања колективним уговором и индивидуалним уговором о раду.[48] Најзад, на унапређење сарадње запослених (и њихових органа партиципације и организација синдиката) са органима друштва (посебно управом) се све више гледа и са становишта добре праксе корпоративног управљања, што се препоручује.[49]

Поставља се, ипак, питање да ли је у правном смислу позиција запослених у компанији таква да се може говорити о некој форми фидуцијарне дужности управе директно према запосленима (не само индиректно преко „интереса компаније“ који синтетизује и овај интерес), те да у том смислу постоји и друштвена одговорност као правна обавеза. У теорији је изражен став да таква обавеза, за разлику у извесном смислу од позиције поверилаца, ипак не постоји према запосленима.[50] Чини се да овакав став не уважава и правна ограничења управе у поступању са запосленима (дужности управе), која произилазе из индивидуалних и колективних уговора о раду, акционарства запослених (подстицаног пореским, компанијским и прописима о финансијском тржишту – затворене емисије без одобрења проспекта), међународних и европских конвенција које се односе на радноправна и социјална права и др.[51] Све ово, стога, води закључку да фидуцијарна дужност управе према запосленима (саставни је сегмент и општег стандарда фидуцијарне дужности управе и контролног акционара према компанији) у смислу друштвене одговорности компаније као правног појма (шири смисао) и обавезе ипак постоји и да има одговарајуће правне институте и изражаје.

---

[48] У САД је, на пример, модерна клаузула у уговору о раду која представља неку врсту „танког падобрана“ о накнади запосленом у случају губитка посла приликом преузимања акционарског друштва, вид. B. Cheffins, 94.

[49] Српски Кодекс КУ (чл. 153), с правом, препоручује да председник управног одбора треба да предузима све неопходне мере са циљем „промовисања ефикасне интеракције... са представницима запослених“.

[50] Вид. B. Kasolowsky, 241–261.

[51] Чл. 54, ст. 1, тач. 5 Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената – ЗОТХ, *Службени гласник РС*, бр. 47/2006.

4.5.3. Интерес (ризик) управе и менаџера

Управе отворених компанија, посебно котираних акционарских друштава, по правилу су професионално ангажоване одговарајућим уговорима и персонално су одвојене од власника (акционара), што не значи да и саме не могу бити делом и акционари (или то постају током трајања извршавања овог уговора кроз разне системе накнада у акцијама или варантима). Односи између акционарског друштва и управе, у овом случају, уређују се посебним уговором (уговор о раду или уговор о посебним услугама). Управа акционарског друштва, и кад има и кад нема уговор о раду (услугама) са друштвом, има посебан интерес који се не мора поклапати са интересом запослених у друштву (често овај уговорни однос и не мора бити радноправни). Ово важи и за случај кад је управа власник акција у друштву и кад то није.

У сваком случају, интерес управе може бити супротстављен интересу (осталих) акционара друштва, као и интересу запослених или пак самог тог друштва или других конститутивних интереса у друштву (повећање зарада или дивиденди, ускраћивање давања неких информација, резерве друштва или дивиденде, преузимање друштва од „нападача“ или не, фузија друштва са неким другим или не, клаузула конкуренције, клаузула сукоба интереса и слично). Управа не одговара лично за обавезе друштва, али је дужна да ради у „најбољем интересу друштва,“ да поштује правила сукоба интереса и недозвољене конкуренције, као и да извршава дужност с пажњом „доброг привредника“, савесно и лојално, ослањајући се при доношењу пословних одлука на „информације и мишљења лица стручних за одговарајућу област за која верује да су у том погледу савесна и компетентна“.[52] У случају оваквог поступања, управа друштва не одговара за штету која настане из одређених пословних одлука, док у противном, одговара (статусно – разрешење и имовински).

Управа акционарског друштва је носилац интереса (ризика) по више основа. Најпре, она може бити субјект одговорности, како статусне тако и имовинске, под одређеним претпоставкама. Затим, она може бити носилац ризика губитка или угрожавања репутације (што посебно важи за тзв. независне и неизвршне – спољне чланове управе) у случају неуспешног или недовољно профитабилног пословања компаније. Коначно, варијабилни елементи накнада и награда који се плаћају управи, у одређеним случајевима могу бити угрожени или

[52] ЗОПД, чл. 32: „Чланови одбора треба да делују на основу целовитих информација у доброј намери, са дужном пажњом и бригом, и у најбољем интересу компаније и акционара“. Вид. *Принципи корпоративног управљања*, OECD, 2004, бр. VI/ A.

ускраћени. Отуда, сва ова питања морају бити предмет детаљног уговорног уређивања у односима компаније и чланова управе (укључујући и клаузуле „дијамантског, златног или сребрног падобрана," које обухватају посебне накнаде у случају разрешења без основаног разлога, као и накнаде у случају разрешења након непријатељског преузимања акционарског друштва и питање осигурања одговорности управе).

У великим акционарским друштвима управа друштва никад не води дневне послове друштва, већ то чине извршни директори (менаџери), који могу бити и чланови управе (унутрашњи, а не спољни чланови). У ширем смислу, њихов ризик (интерес) у основи се поклапа са ризиком (интересом) управе, при чему ипак треба водити рачуна да су они мање у позицији да доносе пословне одлуке, а више у позицији да извршавају донете одлуке управе или да припремају предлоге одлука за управу. Када пак доносе пословне одлуке, реч је о делегираним овлашћењима управе и одговорности која је аналогна одговорности управе која доноси такве одлуке. У сваком случају, као и код управе, сва ова питања односа акционарског друштва и извршних директора (менаџера) морају бити предмет статутарног или уговорног уређивања (посебно питање варијабилних елемената накнада менаџера, путем којих „менаџери морају бити мотивисани да мисле као и акционари").[53]

Коначно, природа односа компаније и управе (и менаџера) је, без сумње, правна. Постојање одређених узајамних права и обавеза засновано је како изворно на закону и аутономним изворима, тако и на уговорној основи. Решавање тзв. трећег агенцијског проблема корпоративног управљања у овом сегменту односа компанија-управа врши се како утврђивањем конкретних узајамних права и обавеза, тако и посебно правним стандардима дужности управе да „ради у најбољем интересу компаније", те да поштује правила која произилазе из клаузуле сукоба интереса (дужност лојалности компанији) и клаузуле конкуренције (иако је она у позицији да практично пословним одлучивањем штити и свој посебни конститутивни интерес, при чему у случају сукоба тог личног интереса или интереса повезаних лица мора бити лојална друштву – дужност лојалности друштву код сукоба интереса). Истраживање природе и постојања друштвене одговорности компаније кад је реч о овом интересу (ризику), због саме његове природе с обзиром на то да вољу компаније управо твори субјект овог интереса, показује се у извесном смислу нелогичним. Ипак, у мери у којој се расподелом овлашћења корпоративних одлука овај однос реализује вољом акционара (организованих или не у скупштини акционарског друштва) или је у домену контролних овлашћења надзор-

[53] Вид. B. Cheffins, 124–125.

них тела (унутрашњих или спољних), чини се да се *може говорити о друштвеној одговорности компаније* у ужем смислу и у односу на овај интерес као посебан и то *као о правној обавези*.

4.5.4. Интерес (ризик) државе и локалне заједнице

Поставља се, најзад, и питање постојања друштвене одговорности компаније према држави и локалној заједници (друштво у социолошком смислу), не само у смислу моралне обавезе (која је неспорна), већ и у смислу правне обавезе и правне категорије (морални капитализам, капитализам са људским ликом). Нема спора да држава и локална заједница има посебан интерес за судбину привредног друштва: 1) интерес за одржање и повећање запослености, 2) интерес здраве животне средине (обавеза накнаде штете лицима са којима није у уговорном односу и обавеза заштите животне средине), 3) интерес конкурентности и престижа, 4) интерес развоја, 5) интерес задовољавања потреба потрошача и корисника услуга из циља (делатности) тог друштва. Због постојања овог интереса потребно је адекватно информисање јавности о статусу и развоју привредног друштва, што некад може бити у супротности са интересом тог друштва и/или његове управе за пословним тајнама и слично. У смислу афирмације овог интереса све више се промовише и теорија о социјално (друштвено) одговорној компанији.[54] „Брава која отвара врата зове се друштвена одговорност“, те „будућност развоја привредних друштава у Србији није само у максимизацији фирме већ и у јачању друштвене одговорности“.[55]

Према неким релевантним истраживањима, у богатијим земљама више од четвртине ситних инвеститора руководи се друштвеним угледом компаније. Радни услови, правилна еколошка политика и складни односи са локалном заједницом (подршка локалном спорту, стипендирање младих, подршка комуналном реду, здравственим услугама и слично) доприносе са 49% одговарајућем имиџу компаније, а само 35% тог угледа зависи од самог производа. Са становишта потрошача, према истом истраживању, чак 42% америчких и 25% европских потрошача свесно избегава куповину производа компанија за које се сматра да не послују довољно етички. Отуда, доминантно је уверење да ће значај нетржишних атрибута компанија у будућности расти, те да *друштвени углед компанија* постаје њихов значајни атрибут, који ипак мора бити комплементаран њиховим еко-

[54] Вид. J. Choper, J. Coffee, R. Gilson, 35–54.

[55] Ако смо до сада и веровали да етика и морал нису битни за развој привредних друштава у Србији, већ само борба за максимизацију профита и вредности, на дуги рок варамо се дубоко, јер етика је кључ успеха корпоративног света будућности“, Б. Љутић, 119–120.

номским перформансама (наизглед, неекономске услуге имају значајне економске ефекте маркетинга и рекламирања компаније).[56]

Корелативност ванпрофитних активности компаније у складу с концептом њене друштвене одговорности са економским циљем (повећање ефикасности), не значи ипак да не постоје неке неекономске активности које немају тај ефекат (подршка култури, здравству, развој комуналне инфраструктуре, подршка социјалним потребама и слично, од стране компанија чија делатност није везана за ове неекономске ефекте).

Коначно, концепт друштвене одговорности компаније све више се прихвата и са собом носи ширење моралних аутономних норми на субјекте који су правна лица, те немају вољу и свест да разликују појам „доброг“ и „лошег“. Изгледно је да овај концепт постане и саставни део својеврсног јавног права (кривично-казнена одговорност компанија, концепт поштовања људских права од стране компанија и слично), што већ „подрива“ традиционалну поделу на јавно и приватно право, у чијој основи је лежала ситна привреда малих предузетника, која је у повлачењу у свету владавине мултинационалних компанија. Тако, и у јавноправном и у приватноправном смислу: 1) обавезе заштите животне средине и накнада штете по том основу, 2) обавезе по основу концепта људских права, 3) обавезе по основу партиципације или саодлучивања рада и капитала, 4) обавезе по основу заштите потрошача (и запослени компаније су потрошачи), 5) обавезе по основу прописа о заштити конкуренције и државној помоћи, 6) обавезе по основу пореских прописа, 7) обавезе по основу прописа о финансијском тржишту и слично, друштвена одговорност компанија према држави и локалној заједници (шири смисао) *из сфере моралне прераста у правну сферу* и постаје својеврсна правна обавеза (како јавноправна, тако и приватноправна).

4.5.5. Интерес (ризик) потрошача

Конститутивност интереса потрошача у акционарском друштву (припадност друштва и овом интересу) у теоријскоправном смислу може бити спорна, с обзиром на то да овај интерес (ризик) није у принципу у уговорном односу са друштвом и појављује се у одређеној мери изван његове институционалне структуре. Ипак, ово у подједнакој мери важи и за интерес државе и локалне заједнице (друштва у социолошком смислу речи), што не утиче на (не)признавање конститутивности овог интереса. Отуда, интерес потрошача ипак може бити легитимни интерес припадности акционарског друштва, без обзира на правну природу односа (вануговорни или уговорни однос, *ex lege* однос).

[56] Више С. Табороши, 53.

Постојање друштвене одговорности компаније (корпорације, акционарског друштва) према потрошачима данас од чисто моралног све више постаје правно питање. Ово произилази из развоја института вануговорне одговорности базиране на развоју права потрошача, као и из развоја разних форми уговорне одговорности (имовинска одговорност продавца, одговорност за исправно функционисање ствари са недостатком, одговорност по основу гаранције произвођача итд.). Правила о заштити конкуренције такође доприносе легитимацији овог интереса и квалификацији друштвене одговорности компаније правном. Најзад, и саме компаније без законске обавезе често на аутономној основи у корпоративну структуру органа увлаче у разним формама и потрошаче (пословни савети компанија са учешћем потрошача и слично).

4.6. Закључне опсервације о друштвеној одговорности компаније

Расправа о друштвеној одговорности компанија је само на први поглед доминантно политички обојена. Истина је да она има социјалдемократску позадину, као систем стратегије регулативе у унапређењу правног оквира корпоративног управљања (ужи смисао) ради решавања тзв. трећег агенцијског проблема управљања компанијама (корпорацијама), у коме се у улози агента налази сама компанија (чију вољу извршава управа, а делом скупштина друштва), док се у улози принципала налазе други носиоци интереса, којима се признаје или не статус конститутивних. Разумљиво је да носиоци капитала, који су у фокусу компанијских прописа, потпомогнути снажним финансијским центрима моћи, негирају конститутивност ових других интереса, осим свог интереса као искључивог, заборављајући при том да је реч о форми обављања посла преко правног субјекта, који се управо због те чињенице субјективитета у правном смислу мора третирати интересно одвојеним од тог *per se* конститутивног интереса. Отуда, ова два интереса као субјекти у праву могу бити и у међусобним уговорним односима различите правне природе, што по концепту искључиво једног конститутивног интереса не би било правно могуће.

Постојање више правних конститутивних интереса логички, дакле, отвара питање друштвене одговорности компаније као правног феномена (с обзиром на то да морални аспект овог појма није у зони оспоравања). Признање овог института као правног (ужи, а посебно шири смисао) у основи се чини управо правним признањем постојања трећег агенцијског проблема корпоративног управљања, што на ширем друштвеном плану има последично дејство на признање феномена моралног капитализма (социјалдемократског и/или

државног социјално тржишног типа), поред акционарског или менаџерског. На овај начин једна изворно морална обавеза прераста у правну, где јавно и приватно право улазе у нужну коалицију.

Mirko Vasiljević, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

CORPORATE GOVERNANCE AND AGENCY PROBLEMS (Part two)

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 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.*

УДК 343.211

Др Миодраг Мајић

председник Првог општинског суда у Београду

НАЧЕЛО ЛЕГАЛИТЕТА – НОРМАТИВНА И КУЛТУРНА ЕВОЛУЦИЈА (II 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 само представља еволутивни феномен, који као такав нужно долази у конкуренцију са 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 само 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 са 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 убрзања 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 чешћим случајевима када норма не поседује довољну флек-

сибилност. Основну улогу у примени новог модела имао би суд, који би убудуће не само тумачио, већ све више и стварао право. Закон би пак, уместо полазне и завршне детерминанте кажњавања, све чешће представљао само полазну културну 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.*

4. МОДЕЛИ ПРЕВАЗИЛАЖЕЊА НОРМАТИВНО-КУЛТУРНЕ ЕВОЛУТИВНЕ ТЕНЗИЈЕ (ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА)

У ситуацији када одређена норма постане „еволутивна кочница“, могуће је уочити два основна вида превазилажења насталог проблема. Оба модела, у суштини, представљају специфичне видове одступања од начела легалитета *stricto sensu* и имају исти циљ – омогућавање даље културне еволуције.

Први модел би се могао назвати *интерним* или *законским* моделом превазилажења тензије. Његову основну карактеристику представља превазилажење поменутог сукоба коришћењем нормативних механизама, чиме се омогућава формално очување начела легалитета и минимизација штете. Други модел би био *екстерни* или *ванзаконски*. За разлику од претходног, основна карактеристика овог модела је та да се нормативно-културна тензија разрешава посезањем за ванзаконским средствима. Штета по начело, овде је далеко израженија.

Међутим, пре упуштања у даља разматрања поменутих модела, потребно је учинити још једну напомену. Стриктно поимање максиме *nullum crimen, nulla poena sine lege* могло би довести до закључка да одступање од начела легалитета постоји искључиво у случајевима кажњавања за дела која нису од раније предвиђена законом и изрицања санкција које претходно законом нису биле прописане. У том смислу, у чл. 1 Кривичног законика Републике Србије је предвиђено да „никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено“.[1] Језичким тумачењем ове одредбе

[1] Чл. 1 Кривичног законика Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 (испр.) и 107/05 (испр.). О начелу легалитета у домаћем законодавству

могло би се закључити да она предвиђа искључиво екстензивну, али не и рестриктивну забрану. У том смислу, постоје схватања да декриминализација, односно сужавање криминалне зоне (некажњавање за кривично дело предвиђено законом), не би представљали одступање од начела *nullum crimen*, већ пре повреду начела легалитета код кривичног гоњења.[2]

Са овим се ипак, само делимично можемо сложити. Наиме, тачно је да, уколико се у обзир узме искључиво основна формулација начела *nullum crimen*, произлази да обрнут случај – некажњавање за предвиђена кривична дела (декриминализација), овим начелом није забрањен. Уколико не дође до кажњавања за кривично дело увреде учињено у предизборној кампањи, на пример, уз уверење да је ово кривично дело превазиђено у културно-еволутивном смислу, стриктно гледано, још увек није учињено ништа што максима *nullum crimen* забрањује. И даље, није створена нова инкриминација или нова санкција, већ је само постојеће кривично дело, у конкретном случају, декриминализовано.[3]

Међутим, чини се да сагледавање овог питања са нешто другачијег становишта, може довести до сасвим другачијег закључка. Начело забране кажњавања за непредвиђена кривична дела нужно у себи носи још једну забрану – забрану некажњавања за предвиђена кривична дела! Само заједно обе ове забране творе оно што би, по нашем мишљењу, морало обухватати класично поимање начела законитости.

Размотримо ову тезу мало детаљније. Полазна тврдња да *нема злочина ни казне без закона*, у даљем кораку нужно садржи и тврдњу да се *само законом могу предвиђати злочини и казне*. Искључиво легислативно инкриминисање за нужну последицу има, као другу страну, и *искључиво легислативно неинкриминисање*, имајући у виду да је у кривичноправном смислу дозвољено све оно

вид. С. Стругар, „Начело легалитета и чл. 4. ст. 2. Кривичног законика“, *Анали Правног факултета у Београду* 2–3/1964, 164–181.

[2] Вид. З. Стојановић, *Коментар кривичног законика,* Београд 2006, 27. Па ипак, Стојановић на другом месту коментаришући институт „дела малог значаја“ наводи да се код овог института „донекле крије опасност *слабљења начела законитости* (истакао М. М.), и продора арбитрерности, јер се дозвољава да суд (у пракси и надлежни тужилац одлучујући по кривичној пријави) да превагу материјалном критеријуму и онда када су испуњени сви елементи кривичног дела“, прихватајући на тај начин да у ширем смислу, од начела легалитета може бити одступљено и код рестриктивног приступа. Вид. З. Стојановић (2006), 85.

[3] Од значаја за разумевање пуне улоге коју начело легалитета има у одређеном правном систему су и одредбе којима се регулише опортунитет кривичног гоњења. О овом питању вид. С. Циглер, „Дискрециона оцена као критеријум разграничења начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења“, *Анали Правног факултета у Београду* 6/1994, 635–652.

што кривичним законом није забрањено. Предвиђајући кривична дела и кривичне санкције закон истовремено у негативном смислу предвиђа и шта све није кривично дело, као и шта све не сме бити коришћено као кривична санкција. У том смислу, јасно је да би ванзаконска декриминализација повредила искључиво право закона на *неинкриминисање*, што би нужно морало бити оцењено као повреда начела легалитета. Супротан став довео би до тога да поред прихватања начела *nullum crimen, nulla poena sine lege,* у појединим случајевима паралелно прихватимо и постојање супротног начела *nullum crimen, nulla poena cum lege*, што би довело до логичког нонсенса!

Имајући у виду претходну аргументацију, у даљем тескту ће оба поменута случаја (шири и ужи смисао негације начела легалитета) бити третирана као облици одступања.

4.1. Интерни или законски модел

Поједини видови одступања од стриктне примене начела законитости, налазе се већ у самим законским решењима. Наиме, континуирани еволутивни процеси и перманентне промене у поимању друштвених вредности, принудили су и сам закон на то да у појединим случајевима одступи од начела законитости! Увиђајући лимите стриктне примене начела легалитета о којима је у претходним редовима било више речи, законодавци су под притиском културних еволутивних промена, с циљем очувања логичке конзистентности и оправданости закона, морали да предвиде одређене изузетке од максиме *nullum crimen*.

Један од оваквих интерних модела одступања представља данас општеприхваћено начело *примене блажег закона.* Сагласно овом начелу, у ситуацијама када је нови закон блажи по учиниоца од оног који је важио у време извршења кривичног дела, одступа се од основног начела *tempus regit actum*.[4] Супротно *lex praevia* на учиниоца се у овим случајевима кривични закон ретроактивно примењује. Уколико се овај веома значајан изузетак ближе сагледа, може се видети да се међу основним узроцима његовог настанка налазе управо културне еволутивне промене. Наиме, декриминализације одређених понашања или њихово блаже кажњавање, суштински представљају промене вредновања тих понашања са становишта доминантне друштвене културе, оличено у нормативном трансформисању. Временом се стриктно поимање начела *nullum crimen, nulla poena sine lege* нашло у логичком раскораку са овим еволутивним процесима.

[4] У домаћој литератури о различитим аспектима примене блажег закона вид. Д. Николић, „Блажи кривични закон“, *Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу*, Београд 2008.

Наиме, насупрот почетном ентузијазму који је пратио начело законитости, почеле су се јављати ситуације у којима се управо забрањена ретроактивност јављала као последња шанса за превазилажење нормативно-културне тензије. Постало је јасно да би, упркос потреби за стриктним поштовањем начела легалитета, било неприхватљиво кажњавати понашања која су у међувремену у одређеном друштву престала да буду сматрана опасним, чак и уколико су таквима сматрана у време када су предузета. Начелу легалитета, да не би било потпуно обесмишљено, морало је бити придодато суштински супротно начело – оно које би у оваквим случајевима предвиђало могућност примене каснијег, блажег закона.[5]

Но, иако је данас, узимајући у обзир устаљену аргументацију, тешко наћи озбиљније замерке начелу сагласно којем је дозвољена примена каснијег блажег закона, са нешто другачијег културно еволутивног становишта ствари не морају изгледати тако јасне. Наиме, може се поставити питање оправданости разлога који доводе до тога да се искључиво један културно еволутивни правац, онај који погодује окривљеном, узима као довољно релевантан за одступање од начела *nullum crimen*. Уколико се већ одступа од начела легалитета као основног у случају значајније промене културног курса, није ли онда оправдано оваква одступања толерисати у оба смера – и оном који је повољнији, али и оном који је мање повољан по окривљеног? Чини се да у поменутом случају ипак превладава осећање постојања генералне неједнакости страна у читавом процесу – с једне стране моћне државе која води кривични поступак и с друге – немоћног појединца, окривљеног. У том смислу, слабијој страни у поступку чине се уступци како би се ова неравнотежа у што је могуће значајнијој мери ублажила. Само тако могуће је и са етичког становишта оправдати чињеницу да се жртви не пружа сатисфакција у виду строжег кажњавања учиниоца у ситуацији када је културни еволутивни ток кренуо у другачијем смеру, оном који захтева строже гледање на дело које је учињено на њену штету.[6]

[5] У том смислу Фулер наводи да „ ...када ствари пођу накриво, ретроактивни закон постаје неопходан као куративна мера; мада је правилно кретање закона напред у време, ми каткада морамо да се зауставимо, окренемо и покупимо делове“. У том смислу, истиче да давање ретроактивног дејства правном правилу у одређеним случајевима, а све процењено кроз систем у којем су правила генерално проспективна, не само да постаје прихватљиво већ може бити и пожељно у том смислу да постаје битно за остваривање саме идеје законитости! Вид. Л. Фулер, *Моралност права* (прев. М. Ивић), Подгорица 1999, 56.

[6] На дубиозност полазних претпоставки читавог концепта утиче и чињеница да поједина законодавства, међу која спада и наше, предвиђају другачије критеријуме када је реч о законима са одређеним временским трајањем. Овде се, за разлику од општег начела, увек примењује тај закон без обзира на време суђења, не узимајући у обзир правила о примени блажег закона, осим уколико самим законом чије је трајање

С друге стране, неопходно је истаћи још нешто. Константно присуство нормативно-културне еволутивне тензије у различитим облицима може се уочити и на основу различитих потешкоћа до којих долази у поступку утврђивања блажег закона, нарочито када је реч о променама у погледу казнених распона.[7] Потешкоће на које се овде наилази у суштини рефлектују генерални проблем недовољности закона као средства којим се означавају софистициране промене на плану културе. Наиме, и у ситуацији када у одређеном историјском тренутку постане јасно да се културне промене крећу у другачијем смеру, често је далеко теже ове промене нормативно, једнако јасно изразити и од стране оних који норму примењују, препознати. Тако се дешава да и поред уверености у намеру законодавца, збуњује одређено нормативно решење које не показује ни близу такав степен јасности колики је био присутан код полазне вредносне претпоставке.

Законско одступање од начела легалитета у ширем смислу, у складу са оним што је претходно речено, представљају и одредбе о искључењу противправности код дела малог значаја. Оваква законска могућност предвиђена је у случајевима где, и поред остварености свих законом предвиђених обележја кривичног дела, недостаје кривична противправност у материјалном смислу.[8] Начело легалитета *stricto sensu* и овде показује своје мањкавости. Полазна претпоставка да ће бити могуће само законом предвидети која су дела забрањена осујећена је схватањем да постоје радње које би, иако су обухваћене елементима инкриминације, сагласно доминантним вредносним схватањима због своје багателности било бесмислено кажњавати. Институт дела малог значаја (раније незнатне друштвене опасности), представља један од значајнијих „комуникационих вентила“ помоћу којег норме кривичног права долазе у контакт са изваннормативним културним системима попут морала или обичаја.[9] Да не постоји ова законска могућност, начело легалитета би примо-

---

ограничено није предвиђено нешто друго (вид. чл. 5 ст. 3 КЗС). Образлажући овакво решење Стојановић наводи да је реч о ванредним ситуацијама у којима се реагује доношењем закона који су строжи. Имајући у виду трајање кривичног поступка у многим случајевима не би могло доћи до примене таквих закона, па би се, уколико би се дозволила примена блажег закона изгубио њихов смисао и циљ јер се не би могли применити у односу на већину кривичних дела учињених за време њиховог важења. Вид. З. Стојановић (2006), 40–41.

[7] Вид. З. Стојановић (2006), 35–41.

[8] З. Стојановић (2006), 85.

[9] Тако Стојановић, иако негира да се код неправног пасивног подмићивања (чл. 367, ст. 2 КЗС), имајући у виду прописану казну, може применити институт дела малог значаја, наводи да се у случају уобичајених поклона мале вредности у одређеним ситуацијама може узети да није реч ни о радњи кривичног дела, уколико је реч о социјално адекватном понашању које је друштвено прихватљиво и које је у складу са друштвеним нормама и обичајима. Вид. З. Стојановић (2006), 768. Евидентно је да прихватање оваквог става, који полази од нужности комуникације

равало на кажњавање свакодневних „крадљиваца“ хемијских оловака по канцеларијама или шалтерских радника који „примају мито“ у виду кафе и чоколаде од странака. Број кривичних поступака би се неслућено повећао, а могуће је да би само ретки избегли кривични прогон, имајући у виду да је доминантна култура један број „крађа“ и „примања мита“ превела у сферу дозвољеног понашања. Неслућени процват робне производње, као еволутивни феномен, изискивао је честе промене у поимању појма ствари и њихових вредности. Данас је, такође, тешко наслутити шта ће се у следећим генерацијама сматрати багателним вредностима. Али, имајући у виду претходна искуства, није искључено да ће крађа мобилног телефона или поклањање лап-топ рачунара државном службенику, за деценију или две, бити третирани као дела малог значаја, чак и уколико се ни најмање не промени кривични закон. Начело легалитета и његов опстанак биће и даље у значајној мери омогућени одредбом која оставља могућност одступања у случајевима који се с актуелног вредносног становишта сматрају багателним поступцима.

Нешто другачији вид интерног одступања од начела законитости представља примена такозваних *бланкетних норми*. Реч је о нормативном упућивању код којег се примена кривичног прописа измешта са плана чисте инкриминације ка изванзаконском пропису. Дакле, уместо предвиђања кривичног дела законом, што представља основу начела легалитета, овде се предвиђање забрањеног понашања дистрибуира између неколико различитих нормативних аката. На тај начин се, тек повезивањем две или више норми у јединствену целину, долази до првобитног претпостављеног значења.

Баш као и у претходним случајевима, само на другачији начин и код бланкетних норми, процес нормативне еволуције временом је изнедрио специфичан варијетет – одређену врсту „вентила“ у затвореном нормативном систему, који омогућава да се читав систем подешава и усаглашава са културним еволутивним током, без потребе за његовом потпуном модификацијом. Уместо да сваки пут када дође до промене вредносних схватања на плану заштите животне средине на пример, приступи измени кривичног закона, законодавац се определио да ову измену врши посредним путем – ослањајући се на промене норми до којих долази у другим актима који регулишу ову област. Тако се разрешава нормативно-културна еволутивна тензија, уз очување привида да се кривична норма и даље налази у кривичном закону, иако је сасвим извесно да се у случају бланкетних прописа њени најзначајнији делови налазе потпуно изван њега, и да од овог изванзаконског материјала у потпуности зависе![10]

кривичних норми са другим вредносним системима, подразумева и значајније одступање од начела легалитета него што је то случај са делом малог значаја.

[10] Срзентић, Стајић и Лазаревић наводе да је егзистенција бланкетне норме зависна од постојања друге норме и уколико не постоји ова друга, онда не постоји

Као посебан вид одступања од начела легалитета важно је поменути и случајеве *eiusdem generis* код којих се, у извесном смислу, сама законска правила позивају на примену аналогије. То су они случајеви када се у самој инкриминације најпре *exempli causa* набрајају одређене радње, након чега следе опште формулације које указују на примену одредбе у односу на лица или ствари исте врсте као она набројана.[11] Иако се, како је у претходном делу рада наведено, у традиционалном кривичноправном концепту управо, као једна од основних карактеристика, истиче *lex stricta* односно забрана проширивања инкриминације путем аналогије, нису ретке савремене кривичноправне норме код којих се управо може уочити приступ који са овом има највише сличности.[12] И овде је, као и у претходна два наведена случаја, могуће уочити нормативну технику која је прилагођена условима константне промене на плану изваннормативних еволутивних кретања. Законодавац у појединим случајевима, свестан немогућности предвиђања свих могућих радњи извршења који ће у будућем еволутивном току водити сличним исходима, оставио изузетно широке појмовне одреднице које у суштини позивају управо аналогију као метод тумачења.

На послетку, значајну „пукотину“ у затвореном систему оличеном у начелу легалитета представљају и раније поменути правни стандарди. Њима се такође оставља простор за својеврсну културну комуникацију кривичне норме сачињене од појмова и вредности једног еволутивног тренутка, са појмовима и вредностима будућности.

4.2. Екстерни или ванзаконски модел

Код екстерног модела, за разлику од претходног, одступање од начела легалитета не заснива се на одређеној законској норми. У оваквим случајевима начело законитости се напушта позивањем на одређени ванзаконски вредносни систем, који се може бити институционалног или ванинституционалног карактера.

ни прва норма (уколико нема прописа о ценама одређене робе онда не постоји ни норма о продаји робе по већој цени од прописане). Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије,* Савремена администрација, Београд 1998, 108.

[11] А. Касезе, *Међународно кривично право* (прев. О. Рачић, В. Хаџи-Виденовић, М. Милановић), Београд 2005, 179–180.

[12] И у савременом српском кривичном праву могуће је пронаћи инкриминације код којих се радње извршења одређују *exempli causa* након чега се појам радња проширује и на сличне поступке. Вид. на пример, чл. 247 КЗС (Омогућавање уживања опојних дрога) или чл. 290 КЗС (Угрожавање саобраћаја опасном радњом или опасним средством).

Но, без обзира о којем од ових подмодела је реч, до одступања од начела легалитета долази услед уверења да је закон у нескладу са одређеним вредносним кретањима и да је мања штета напустити закон, него одступити од одређених вредности које овим нису адекватно заштићене.

4.2.1. Непосредна примена међународног кривичног права

У савременом кривичном праву вероватно најзначајнији вид екстерног одступања од начела законитости позивањем на други институционални систем представља непосредна (директна) примена међународног кривичног права.[13] У случају о којем је реч национални суд примењује међународно кривичноправно правило које претходно није имплементирано у национални правни систем, искључиво на основу схватања о његовој обавезности.[14] При оваквом дефинисању непосредне примене норми међународног кривичног права, ипак је потребно учинити неколико напомена. Наиме, директно позивање на међународни пропис не значи да је искључено било какво „ослањање“ на унутрашње норме одређеног националног правног система. Често ће се основ позивања на међународно кривичноправно правило налазити управо у упућујућим нормама Устава, при чему ће од степена општости упућујуће норме зависити и мера у којој ће примена међународног кривичног права бити непосредна. Међутим, од суштинског значаја за овај вид примене је чињеница да норма која се примењује и на тај начин уводи у национални кривичноправни систем, претходно није била имплементирана, односно још конкретније, није била предвиђена националним законом, како то захтева начело легалитета.

С друге стране, треба имати у виду да одређени аутори под појмом непосредне примене подразумевају и случајеве у којима национални судови неимплементирана међународна правила употребљавају у поступку тумачења имплементираних међународних норми.[15] Иако је тешко не сложити се са тврдњом да у ширем смислу и оваква „употреба“ међународног кривичног права представља од-

[13] При томе треба истаћи да међународно кривично право само делимично представља институционални систем у пуном смислу, имајући у виду почетну фазу његовог развоја и то, како корупса материјалног права, тако и институција које ово примењују. Ипак, на овом месту компаративно посматрано, институционалне карактеристике међународног кривичног права претежу, имајући у виду да му се у даљим излагањима супротстављају модели код којих долази до примене ванинституционалних норми, попут правила морала или обичаја.

[14] Тако и W. N. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts,* The Hague 2006, 1.

[15] B. A. Wyrozumska, „Direct application of the Polish Constitution and International Treaties to Private Conducts“, *Polish YIL* 25*,* 5/2001, 19; W. N. Ferdinandusse, 8.

ређени вид његове непосредне примене на националном нивоу, непосредну примену првенствено везујемо за случајеве у којима суд директно и на основу међународне норме доноси одлуку, без позивања на домаћу инкриминацију, оступајући тако на најдрастичнији начин од класичног поимања начела законитости.

Међународно кривично право, као што је претходно наведено, такође представља одређени нормативно-вредносни систем. Културна схватања која овај систем изражава, за разлику од оних постојећих на националном нивоу, представљају минимална вредносна поимања наднационалног карактера. Због тога се универзална културна еволуција може наћи, а често се и налази, у нескладу са културним схватањима на нивоу мање групе (нације). У том смислу, могу се уочити и разлике у циљевима и начинима њиховог остваривања између националног и интернационалног система казнене правде.[16]

Међутим, можда је још значајнија карактеристика међународног кривичног права да оно, утичући на хармонизацију различитих националних правних система, утиче и на хармонизацију одређених вредносних схватања међу различитим културама. Инсистирање на кажњавању ратних злочина или непримењивању свирепих облика кажњавања, доприноси постепеном уједначавању вредности у различитим културним моделима. Идеално замишљен систем интеракције националног и међународног кривичног права представљао би својеврсни *perpetuum mobile*. Културно и нормативно најразвијенији национални правни системи служили би као системи узори (даваоци) одређених вредносних и нормативних решења, која би опет, путем међународне кривичноправне сфере била дистрибуирана на национални ниво, оним националним правним системима који нису досегли одређени ниво културне и нормативне еволуције.

Непосредној примени међународног кривичног права, као једном од најдрастичнијих видова одступања од начела легалитета који и данас изазива бројне контроверзе, приступали су национални правни системи при суочавању са дефицитима сопственог кривичног права. У том смислу, може се уочити да су у скорије време најбројнији случајеви забележени у бившим социјалистичким земљама. Суочавајући се са злочинима извршеним под окриљем бивших режима, један број ових јурисдикција наишао је на препреку у виду недовољности националних кривичних права, која често нису пружала адекватну основу за кажњавање извршилаца међународних кривичних дела.

Један од карактеристичних примера у том погледу представља Мађарска, која је наишла на проблем немогућности кажњавања из-

[16] B. Ch. Bassiouni, „International Criminal Justice in the Age of the Globalisztion“, *International Criminal Law: Quo Vadis?*, *Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy*, Eres 2002, 79–155.

вршилаца кривичних дела као што су лишавање живота цивила приликом демонстрација и егзекуција дисидената којима није претходио судски поступак, која су вршена од стране бившег режима. Наиме, третирање ових злочина као „обичних“ кривичних дела према постојећем националном законодавству довело би до немогућности кажњавања њихових извршилаца, имајући у виду да је већина њих у то време била застарела. При томе, како је већина ових злочина извршена током совјетске инвазије 1956. године, постојало је уверење да највећи део њих представља злочине против човечности или ратне злочине, који нису били инкриминисани домаћим законодавством. Све ово довело је до познате одлуке Уставног суда Мађарске по овом питању, где се између осталог наводи да „правила о ратним злочинима и злочинима против човечности, несумњиво представљају део међународног обичајног права“, као и општих принципа признатих од стране међународне заједнице, те су као таква непосредно примењива у правном поретку Мађарске.[17] Даље образлажући овакав свој став, који представља озбиљно напуштање начела легалитета, Уставни суд је навео како је „значај ратних злочина и злочина против човечности ... сувише велики да би се дозволило да њихово кажњавање зависи од покоравања или опште кривично правне политике индивидуалних држава“.[18]

Овакво схватање највише судске инстанце, довело је до покретања читавог низа поступака у којима су непосредно примењене Женевске конвенције из 1949. године, односно обичајно међународно право које је у њима кодификовано. На тај начин је од стране мађарских судова нормативно-културна еволутивна тензија, до које је дошло након промене комунистичког режима, отклоњена непосредном применом међународног кривичног права, односно одступањем од стриктног поштовања начела легалитета.[19]

Када је реч о непосредној примени међународног кривичног права као облику одступања од начела законитости, од значаја су и Уставне одредбе које се појављују у појединим националним системима. У том смислу, интересантно је навести да се у чл. 42 (1) Устава Пољске, након позивања на начело законитости у класичном смислу, наводи да „овај принцип неће спречити кажњавање било које радње

[17] Одлука Уставног суда Мађарске бр. 53/1993, 281.

[18] *Ibid.,* 278.

[19] Тако је на пример у случају Салготарјан из 1994. године суд непосредно применио чл. 2 и 3 (а) Четврте женевске конвенције, истичући да је упућујућа одредба чл. 7 (1) Устава декларативног карактера, док су међународна кривична дела непосредно примењива *per se.* B. J. Udvaros, „Ungarn“, *Strafrecht in Redaktion auf Systemunrecht: Polen, Ungarn* (eds. A. Esser, J. Arnold), Freiburg im Breisgau 2002, 267, цит. према W. N. Ferdinandusse, 80.

која у време чињења представља кривично дело према међународном праву“,[20] чиме се начело легалитета озбиљно доводи у питање.

Сматрамо да и Устав Србије из 2006. године, додуше на нешто посреднији начин, оставља простор за непосредну примену међународног кривичног права.[21] Наиме, у чл. 16 Устава наводи се да су „општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни ... део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“. Како је у даљем тексту истог члана искључиво за потврђене међународне уговоре предвиђено да морају бити у складу са Уставом, на основу *argumentum a contrario* може се закључити да су општеприхваћена правила међународног права непосредно примењива и када нису у складу са Уставом, који у чл. 34 на класичан начин предвиђа начело законитости.[22] Имајући у виду да општеприхваћена правила међународног права несумњиво обухватају *ius cogens* злочине, то би даља анализа ове одредбе показала да би непосредна примена ових међународних кривичних дела била могућа чак и у одсуству законске инкриминације.[23]

---

[20] Мишљење да Пољски устав омогућава непосредну примену међународног кривичног права дели и Поморски, B. S. Pomorski, „International Law in the Polish Municipal Legal Order: a historical overview and the Current Constitutional Status“, G*International and National Law in Russia and Eastern Europe: esseys in honor of George Ginsburgs* (eds. Ginsburgs, *et al.*), The Hague, Boston 2001, 295–317.

[21] Вид. М. Мајић, „Непосредна примена међународног кривчног права у домаћем кривичном законодавству: могућности и потешкоће“, *Усаглашавање кривичног законодавства са Уставом Србије,* Копаоник 2008, 187–212. За случај из новије праксе Окружног суда у Београду где се у одлуци суда потврђује ова теза, вид. М. Мајић, „Непосредна примена међународног кривичног права пред домаћим судом – случај ‘Егнер’, *Билтен Окружног суда у Београду* 79/2009, 7–20.

[22] Од значаја за ову област је и Правно схватање Кривичног одељења Врховног суда Србије од 25.11.2008. године, којим се, позивањем на одлуке Европског суда за људска права, у извесном смислу редефинишу инкриминације домаћег законодавства у погледу кривичних дела против части и угледа. У наведеном схватању се наводи да су „границе прихватљиве критике ... шире када је реч о јавним личностима у односу на приватна лица. За разлику од обичних грађана, који то својство немају, јавне личности су неизбежно и свесно изложене помном испитивању сваке своје речи и дела како од новинара, тако и од јавности уопште, те стога морају испољити већи степен толеранције“. Иако би детаљнија анализа поменутог схватања, те указивање на одређене нејасноће које су у њему присутне, превазишла границе овога рада, на овом месту истичемо да је евидентно реч о одступању од стриктног поимања начела законитости позивањем на међународне правне стандарде, имајући у виду да сам текст Кривичног законика не даје основа за разликовање јавних и нејавних личности као оштећених у овим случајевима.

[23] Значајно је напоменути да је одредба раније важеће Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора, још експлицитније предвиђала примат међународног права. Чланом 16 Повеље било је предвиђено да „ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над правом Србије и Црне Горе и правом држава чланица“.

Примере непосредне примене међународног кривичног права могуће је наћи и у другим системима континенталне правне традиције, иако је принцип *nullum crimen* на континенту традиционално имао већи значај. Тако су у Француској у познатим случајевима *Барби*,[24] *Тувије*[25] и *Папон*,[26] окривљени оглашени кривим за злочине против човечности извршене током Другог светског рата, иако француско кривично законодавство у то време није предвиђало ова кривична дела. Поступци у свим овим случајевима, заснивали су се махом на дефиницији предвиђеној у Нирнбершком статуту, а судови су заузели став да злочини против човечности представљају посебну врсту кривичних дела чија кажњивост не зависи од њихове инкриминисаности у националном кривичном законодавству.

У случају *Глобке* из 1963. године, Врховни суд Источне Немачке стао је на становиште да је чл. 6 Нирнбершког статута непосредно примењив на основу опште упућујуће уставне норме.[27] Слично томе, у случају *Фишер* из 1966. године, где је суђено немачком доктору за злочине извршене у Аушвицу, Врховни суд је подржао непосредну примену Нирнбершког статута, налазећи да је ова неопходна ради правилне карактеризације извршених злочина, имајући у виду да национално кривично право не обухвата и не инкриминише у потпуности све аспекте извршених дела.[28]

Примера непосредне примене међународног кривичног права у различитим правним системима има још, али би се њиховим разматрањем иступило из предвиђених оквира овога рада.[29] На овом месту, потребно је ипак учинити још неколико напомена.

---

[24] Вид. France, Court of Cassation, *Barbie (No. 3)* 3 June 1988, *Bull. crim*., no 246; 100 ILR 330; France, Court of Cassation, *Barbie (No. 1),* 6 October 1983, *Bull. crim*., no. 239; 78 ILR 125.

[25] Вид. France, Court of Cassation, *Touvier,* 1 June 1995, *Bull. crim*., no. 202; France, Court of Cassation, *Touvier (No. 3),* 21 October 1993, *Bull. crim*., no. 307; France, Court of Cassation, *Touvier (No. 2),* 27 November 1992, *Bull. crim.* 1992, 1082; 100 ILR 358; France, Court of Appeals of Paris, *Touvier,* 13 April 1992, 100 ILR 337; France, Court of Cassation, *Touvier (No. 1),* 6 February 1975, *Bull. crim*., no 42.

[26] Вид. France, Court of Cassation, *Papon,* 23 January 1997, *Bull. crim*., no 32.

[27] German Democratic Republic, Oberster Gerichtshof, *Globke,* 23 July 1963, reproduced in *DDR-Justiz und NS-Verbrechen: Sammlung ostdeutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen* (ed. Demps *et al,*), Vol. III, 182–183 at 183, цит. према W. N. Ferdinandusse, 39.

[28] German Democratic Republic, Oberster Gerichtshof, *Fisher,* 25 March 1966, reproduced in *DDR-Justiz und NS-Verbrechen: Sammlung ostdeutsher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen* (Demps *et al.,* ed.), Vol. II, p. 713–714, цит. према W. N. Ferdinandusse, 40.

[29] О другим примерима вид. М. Мајић, „Могућност непосредне примене међународног кривичног права у упоредном и домаћем законодавству“, I, *Стање*

Иако директна апликација норми међународног кривичног права у националним правним системима још увек изазива бројне контроверзе нарочито у континенталним правним системима, чињеница је да је реч о блажем виду екстерног одступања од начела законитости. За разлику о одступањима ванинституционалног карактера, о којима ће у наредним излагањима бити речи, овде суд примењује правило које је конкретни национални правни систем најчешће већ прихватио на нивоу међународног уговорног обавезивања и које се најчешће и налази у форми међународног акта (конвенција, статут). У том смислу, код непосредне примене међународне конвенције, на пример, начело *nullum crimen sine lege* требало би заменити начелом *nullum crimen sine actu,* чиме би основна обележја принципа легалитета у значајној мери била очувана.

Поред тога, предвидивост кажњавања на основу националних закона у односу на непредвидивост кажњавања на основу норми међународног кривичног права, такође се пренаглашава и прецењује. Овакво резоновање такође је засновано на неоправданом значају који се у савременим условима придаје традиционалним формалним гарантивним елементима начела законитости у поређењу са материјалним критеријумима код међународних кривичних дела. Наиме, када је реч о доступности међународних кривичноправних норми, чини се да се значајна разлика у односу на националне прописе, која је у том погледу све до недавно постојала, све више потире. Развој различитих видова комуникација, као и утицај који остварују глобалне међународне организације, чине да постојање међународних инкриминација и њихов садржај, буду доступни широм међународне заједнице. Чак се, са пуно основа може тврдити да при данашњем степену развоја поменутих фактора, појединцу често може бити доступније општепознато правило међународног кривичног права, него нека од многобројних норми хипертрофираног националног правног система.

У том смислу, макар када је реч о најтежим међународним кривичним делима, аргументи о непредвидивости међународних инкриминација тешко могу бити прихваћени, нарочито када се има у виду манифестна забрањеност оваквих понашања.[30] Тако је, на пример, у случају Финта *(Finta)* из 1994. године, судија Кори *(Cory)*, навео да су „ратни злочини или злочини против човечности у тој мери згражавајући и подложни осуди, као и јасно разумљиви, да

криминалитета у Србији и правна средства реаговања (прир. Ђ. Игњатовић), Београд 2007, 279–295.

[30] Тако E. Sliedregt*, The Criminal Responsibility of individuals for violations of international humanitarian law,* The Hague 2003, 314–315, 326–331; R. Mattarollo, „Recent Argentine Jurisprudence in the Matter of Crimes Against Humanity“*, Review of the International Commission of Jurists* 11/2001, 27.

се једноставно не може тврдити да су дефиниције злочина против човечности и ратних злочина преширокe и неодређене".[31] Сличан став по овом питању заузет је и од стране претресног већа МКТЈ у случају Делалић.[32] Такође је потребно навести да у скорије време, у неколико наврата, италијански кривични судови нису прихватали одбрану позивањем на правну заблуду у случајевима трговине робљем, налазећи између осталог да ово кривично дело представља „природни злочин".[33] На крају, треба имати у виду и то да су радње које су инкриминисане најтежим међународним кривичним делима, такође забрањене и од стране највећег броја националних правних система, кроз друге врсте инкриминација (убиство, силовање, наношење телесних повреда). И ова чињеница говори у прилог раније изнетом ставу да, нарочито када је о овој врсти међународних кривичних дела реч, има мало аргумената у прилог тврдњи о њиховој непредвидивости.

4.2.2. Екстерна одступања ванинституционалног карактера

Насупрот одступању од начела легалитета позивањем на одређени екстерни институционални модел, као што је то случај са непосредном применом међународног кривичног права, налазе се они случајеви код којих се од начела легалитета одступа применом одређених ванинституционалних правила попут обичаја и морала, или уопштеним позивањем на важећа вредносна схватања у одређеном друштву. Овде је реч о најдрастичнијем виду одступања од начела легалитета, где се ово суштински напушта позивањем на невредност закона у материјалном смислу.

Имајући у виду да је овде реч о отвореном сукобу с једним од најзначајнијх кривичноправних начела, примере екстерних одступања ванинституционалног карактера веома је тешко наћи, нарочито у континенталним правним системима. Чак и у случајевима када се судови упусте у оцену инкриминације или појединих њених елемената са становишта нових вредносних услова, они то најчешће чине неспремни да директно одступе од законских норми. У таквим ситуацијама одступање се врши кроз различите видове тумачења постојећих појмова и приписивање овима, нових садржинских предзнака.

Један од значајнијих примера оваквог одступања до којег је ипак дошло у пракси британских судова, расправљан је касније и

[31] Canada, Supreme Court, *R. v. Imre Finta,* 24 March 1994, Cory J., para 215, цит. према W. N. Ferdinandusse, 241.

[32] ICTY, Trial Chamber, *Delalić et al.,* 16 November 1998, para 313, цит. према W. N. Ferdinandusse, 241.

[33] F. Lenzerini, „Italian Practice on Slavery: The Application of International Obligations Prohibiting Slavery by Italian Courts", *Italian YIL* 10/2000, 273, 275, 277.

пред Европским судом за људска права у познатом случају *CD против Уједињеног Краљевства.* Суштина представке британског држављанина односила се на тврдњу да је 1989. године осуђен за покушај силовања своје супруге, иако у то време у Уједињеном Краљевству силовање у браку није представљало забрањену радњу. Истицано је да је у време извршења дела британски закон забрањивао као силовање само сношај са женом која на то није пристала и ако је тај сношај незаконит [одељак 1 (1) Закона о сексуалним преступима (измена) од 1976]. Такође је важно истаћи да су разни енглески судови све до 1990. године били схватања да супруг не може бити осуђен за силовање супруге, имајући у виду да брачни статус између осталог подразумева и претпостављану сагласност на одржавање сексуалних односа, те да се ова сагласност не може једнострано повући.[34]

Расправљајући ово питање Европски суд за људска права заузео је став од изузетне важности у погледу овог, али и других видова одступања од стриктног поимања начела легалитета. Не прихватајући аргументе подносиоца представке, Суд је у датој аргументацији изнео другачији поглед на појмове кривичног дела и начела легалитета, од оних које данас познајемо. У том смислу у одлуци се наводи:

> Нема сумње да је, по праву какво је постојало 12.11.1989. године, супруг који је своју супругу присилио на сексуални однос, под различитим околностима могао бити осуђен због силовања. Штавише, дошло је до очигледне еволуције кривичног права посредством судског тумачења – сагласне са самом суштином овог кривичног дела – ка општем третирању овог понашања као дела које спада у оквире силовања. Ова еволуција је достигла степен на којем се судско одбацивање имунитета у оваквим случајевима могло предвидети као разуман развој права. Силовање је у тој мери зграђавајући злочин, да се не може рећи да су одлуке Апелационог суда и Дома Лордова – сагласно којима се тужилац може осудити због покушаја силовања без обзира на његов однос са жртвом – несагласне са сврхом и циљевима чл. 7 Конвенције, који има за циљ да осигура да нико не може бити подвргнут произвољном гоњењу, суђењу, казни ... Штавише, напуштање неприхватљивог става по којем би супруг био ослобођен од гоњења за силовање сопствене супруге у складу је не само са цивилизованим схватањем брака него, и изнад свега, са основним циљевима Конвенције, у чијој се самој основи налази поштовање људског достојанства и слободе (пар. 41–42).[35]

Јасно је из онога што се у одлуци у поступку *CD против Уједињеног Краљевства* наводи да је Европски суд за људска права

[34] Вид. А. Касезе, 173.

[35] *Ibid.,* 174.

превагу дао материјалној у односу на формалну компоненту противправности. Вредносна схватања (цивилизовано схватање брака) однела су превагу над дотадашњим законодавством и судском праксом која је у овом систему један од извора права. Значајно је, такође, уочити да се Суд управо користи терминологијом (еволуција кривичног права) која указује на повратне промене које у овој сфери наступају под утицајем еволуције на културном плану (промењено схватање брака и вредности попут људског достојанства и слободе). Услед свега наведеног са пуно основа се може закључити да су како британски судови, тако и Европски суд за људска права у овом случају, одступили од класичног поимања начела легалитета, применивши незаконски вредносни систем оличен у доминантним културним кретањима.

5. БУДУЋА УЛОГА НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА

Без обзира на све наведене мањкавости о којима је било речи, начело легалитета биће у одређеном виду неопходно и у времену које је пред нама. Већ самим тим што пружа одређени вид јемства или заштите у друштву у којем влада неповерење у односима појединаца или група, оно остаје најпрактичније средство, све док не буде створено нешто поузданије од језика и писма за очување међусобно датих гаранција.[36] Међутим, уочавање недостатака класичног концепта начела законитости у савременим условима, ипак позива на разматрање даљих праваца развоја читавог концепта и тражење алтернатива.

Чини се да формулисање будуће улоге начела легалитета нужно започиње на месту на којем је читав концепт на континенту, одмах након његовог успостављања, и застао. Потребно је најпре одустати од идеје да ће у кривичном праву континенталних система закон и даље бити довољни гарант правичности. Савремени услови захтевају укључивање у процес стварања, а не само примене права, и судове, који су предуго у европским системима посматрани као пуки извршиоци законодавчеве воље, с уверењем да ће одлучивање на основу закона, а не прецедента, бити предвидљивије.

Међутим, данас је могуће другачије гледати на ова питања. Са пуно основа се може закључити да европско континентални систем, заснован на начелу законитости, по питању предвидивости и правичности није отишао ништа даље од англосаксонског модела који је развијао судску праксу. Насупрот томе, може се закључити да је

[36] 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, 78.

предвидивост одлука у континенталном систему чак и нижа, имајући у виду да велики број чињеничних комбинација није обрађен кроз прецеденте, већ сваки судија, када се суочи са одређеном ситуацијом ову решава углавном независно од других, без организованог приступа претходним решењима истог проблема.[37] Тако, уместо генерација правника који су у прецедентном систему својим ангажовањем на прилагођавању права културној стварности утицали на еволуцију кривичних норми, на континенту имамо „усамљене“ судије које стално почињу изнова, чинећи при том и грешке, које су искључива последица субјективизираног приступа.[38]

Све интензивније промене у култури захтеваће и другачије поимање кривичног права. У овом тренутку чини се да би се нормативно-културна еволутивна тензија у будућности најадекватније могла превазилазити специфичним хармонизованим механизмом сачињеним, с једне стране, од законских одредби, а с друге стране, од одлука судова, које би имале другачију улогу него што је то до сада био случај. У оваквом механизму, кривични закон би такође имао другачије место. Он би представљао само најшири вредносни оквир који би био отворен за комуникацију са другим нормативно-вредносним системима и који би омогућавао суду вршење перманентног прилагођавања новим културно – еволутивним условима. Уместо досадашњег, помало илузорног инсистирања на *lex certa*, који нужно подразумева круту терминологију са суженим дијапазоном значења, законе би требало конципирати тако да, у што је могуће већој мери, представљају отворене системе. Основни механизам комуникације закона са осталим нормативно-вредносним системима били би различити видови норми попут правних стандарда, бланкета и слично, које би представљале својеврсне „комуникационе вентиле“. Вредносне просторе остављене на овај начин судови би попуњавали одлукама (тумачењем), које би представљале спону између статике (закон) и динамике (културне промене), при чему би ове одлуке и саме постајале право, а не само његова примена.

У том смислу, биће потребно разликовати две врсте норми. Прве, на којима инсистира правило *lex certa*, у суштини представљају затворене нормативне подсистеме. Такав је, на пример, случај са нормама типа: „Новчана казна не може бити мања од 10.000 динара“ или „Ко другог са умишљајем подстрекне да изврши кривично дело, казниће

[37] *Ibid.,* 68.

[38] Жупанчич у том смислу наводи како је на континенту креативност при диференцијацији и усвајању правних норми ограничена на законодавца. Међутим, под појмом „законодавца“, појављује се обично група професора, судија и тужилаца који фактички учествују у послу припреме закона. Од ове групе од вероватно двадесетак људи очекује се да врши креативан посао који је у англосаксонском систему расподељен између много већег броја правника, судија, *amici curiae,* итд. Б. Жупанчич (2006), 70–71.

се казном прописаном за то кривично дело“. У оба случаја, захтев *lex certa* је максимално испуњен, имајући у виду да овакве одредбе не остављају готово никакав простор за недоумицу и различита тумачења. Међутим, исто тако, овакве норме не пружају ни било какву могућност њиховог прилагођавања новим условима, остајући тако, уколико се ови значајније промене (инфлација, промењена схватања о значају радње подстрекавања), препрека решавању нормативно-културног еволутивног сукоба. Насупрот овим нормама налазе се отворене норме које ће, према нашем схватању, у времену све бржих вредносних промена имати све значајнију улогу. Реч је о свим оним нормама које омогућавају перманентно прилагођавање закона новим условима, као и његову комуникацију са осталим вредносним системима (међународно право, обичај, морал, нове културне вредности), као што су правни стандарди, упућујуће норме, норме којима се у материјалном смислу одређују основ и границе кривичног права и слично.

Овакве промене довешће нужно и до промењеног посматрања и разликовања тумачања и стварања права. Јер, уколико се прихвати улога судије као чиниоца у развијању, па тиме и стварању права, самим тим се саглашава и са промењеним схватањем границе која тумачење раздваја од креације права. Судије ће у том случају бити овлашћене да, омеђене почетним законским претпоставкама, с једне стране, и актуелним културним курсом, са друге, развијају (стварају) прописе, сада више не „тајно“, у форми тумачења, већ јавно, у форми дозвољеног и пожељног поступања.

У оваквом процесу закон би био полазна културна детерминанта, која би давала шире смернице пожељног вредносног курса. Представљао би најшири вредносни оквир који би био отворен за комуникацију са другим нормативно-вредносним системима и који би омогућавао суду утицај на специфичан вид даљег развоја права. Не више тумачења духа закона, воље владајуће класе, друштвеног интереса и слично, већ развоја који би у сваком конкретном случају, полазећи од досадашњих културних стремљења, а антиципирајући будуће, имао првенствено у виду потребу еволутивног удаљавања човека као врсте, од његове анималне природе. Правилно тумачење и развој права, у таквој поставци, руководило би се, сагласно досадашњим прогресивним цивилизацијским кретањима, вредностима које на скали удаљености од онога што се често погрешно назива „људском природом“, заузимају најудаљенију позицију. Вредносне водиље у том смислу базирале би се управо на супротном – кроћењу анималног у људској природи. Тумачи и ствараоци кривичног права будућности морали би стога имати могућност да проналазе право које је најудаљеније од права јачег, потребе за стицањем на рачун другог, похлепе, подстицања неједнакости, поробљавања, кажњавања

због различитости, који су у тој мери иманентни дубоком, древном, предаторском делу човека. На тај начин читав нормативни систем био би перманентно преиспитиван у овом светлу. Само на тај начин кривично право би помагало у постепеном удаљавању од празакона – природне селекције. Најудаљенија тачка од овог архетипског модела, њен антипод, представљала би идеал којем би у тумачењу и стварању, у сваком конкретном случају требало тежити.

Када би се ствари поставиле на овај начин, било би далеко мање недоумица у примени права. Уколико би се константно на уму имала потреба еволутивног развоја који се креће путем удаљавања од почетних услова природне селекције, било би лакше проналажење често недовољно јасног пута на који данашње кривичноправне одредбе и начело законитости указују. Можда би у таквим условима временом било лакше увидели лицмерје одређених норми и одређених савремених тумачења права. Верујемо да би овакво резоновање омогућило преиспивање инкриминација којима се забрањује убијање и мучење животиња у друштву које стимулише уништавање читавих животињских врста и које друге животињске врсте, без медицинске потребе, користи за исхрану. Вероватно би временом била преиспитана и важећа уверења о почетку живота у кривичноправном смислу и третирању абортуса. Можда би временом са благонаклоношћу почело да се гледа на еутаназију.

Јасно је да ће кривично право новог доба, па тиме и начело законитости у много већој мери уважавати материјалну компоненту, која је до сада, барем у континенталним правним системима, увек остајала у сенци форме. Уместо репродукције правила, кривично право нужно ће у далеко већој мери него што је то сада случај морати бити повезано са вредносним моментом, уместо подвођења под норму, са вредновањем понашања. Међутим, оваква промена, захтеваће и суштинску промену у поимању кривичног права, али и промену самог судије на Континенту. Досадашње поимање, сагласно којем је све право забележено у закону, који само повремено треба правилно протумачити, како наводи Жупанчич „захтева мање памети да би било примењено и мање способности да се о њему размишља и на њему ради“.[39] Овакво поједностављено схватање, проузроковано екстремним ставовима по питању начела легалитета на Континенту, чини изучавање права суштински лакшим, што све доводи до хиперпродукције правника и самим тим смањивања атрактивности професије за оне који мисле и који би стварно могли да ову унапреде.[40] Као последица свега тога, правници на Континенту се

[39] Б. Жупанчич (2006), 69.

[40] *Ibid.*

начелно „задовољавају системом онаквим какав је“, што све чини да се овај, узимајући у обзир временски елеменат и потребу за напретком, „даље поједностављује“.[41]

Другачија улога суда, захтеваће и другачији профил судије на Континенту. Уместо пуког извршиоца закона, што представља класично поимање, судије би, прилагођавањем постојећих правила новој културној стварности на националном и супранационалном нивоу, биле принуђене да преузму и функцију стваралаца права. Оваква промењена улога захтевала би са друге стране не више схватање професије како је то до сада био случај (правничко резоновање с циљем изналажења воље законодавца), већ резоновање које би изискивало правнике изузетне ерудиције и осећаја за културна и уопште друштвена национална и интернационална кретања. Судија тако, више не би био „слуга“ законодавца, већ тумач постојећих и детерминатор предстојећих културних кретања. Уместо судија који перципирају како је њихов маневарски простор узак и како се своди на званично извршавање закона,[42] ново кривично право захтеваће самосвесне, креативне и надасве правнике способне за вршење фине друштвене вредносне валоризације.

Да ли ће овакво кривично право бити мање предвидиво? Да ли ће пружати мање гаранција појединцу да га власт неће тортурисати измишљеним кривичним делима и санкцијама?

Сматрамо да то неће бити случај. Наиме, већ је истакнуто како је предвидивост континенталног кривичног права пренаглашена имајући у виду стварне услове. Константна и све бржа еволутивна прогресија и самим тим све теже законодавно прилагођавање новим условима, утицали су на то да су основни принципи начела легалитета у појединим случајевима само формално опстали, иако су у стварности уступали место другачијим механизмима регулисања нормативно-културног еволутивног сукоба. Наиме, како је показано и на Континенту, насупрот почетној идеји о судији као „мртвим устима која изговарају закон“, судије су све више биле принуђене да право у извесном смислу и стварају. Међутим, за разлику од система прецедентног права где је то и дозвољено и пожељно, на Континенту судије и када то чине, за такве поступке немају законско одобрење. На Континенту судије закон стварају „кришом“, правдајући своје поступке тумачењем права, при чему образложење својих ставова подупиру тврдњом о томе да је њихов став најближи вољи законодавца! Овакво „незаконито“ стварање закона за последицу има неправилно вредновање судске праксе, па и њен недостатак, али и далеко већи

[41] *Ibid.,* 70

[42] *Ibid.*

број хетерогених одлука, па самим тим и мању предвидивост кривичног права.

Поред тога, промену овакве врсте потребно је посматрати у склопу промењених услова. Начело легалитета и његова гарантивна функција немају исти значај данас као и у доба настанка. У доба просветитеља, када је настало, начело легалитета имало је прогресивну, гарантивну функцију заштите појединца од свемоћи државе. Након искустава са средњовековном тортуром и партикуларизмом, свирепим казнама и непостојањем механизама заштите, овакав приступ био је нужан и вероватно једини расположиви корак. Данас је ситуација у том погледу значајно другачија. Иако никако не би било упутно тврдити да су савремене демократије апсолутно несклоне узурпирању права грађана, ипак се у развијеним демократским друштвима не срећемо с опасностима по индивидуалне слободе присутним у средњем веку (или не у тој мери). Чак би се пре могло рећи да се, уместо опасности по појединца од државе, савремена друштва све више суочавају са опасношћу која колективитету (држави) прети од стране моћних појединаца или група (организовани криминал, тероризам и сл.).[43] Заштита појединаца од незаконитог кажњавања у новим условима више није обезбеђена само крутим законским нормама, већ често и превасходно другим социјалним механизмама, као што су јавна деловања, медији, активности невладиних организација, међународних институција и слично. Чак и када би у савременим условима дошло до произвољног кажњавања, остали успостављени механизми котроле поштовања индивидуалних права и слобода, најчешће би били довољни да ово жигошу и спрече. Слободно се може рећи да у савременим друштвима, управо ови, нелегислативни механизми играју вероватно и значајнију улогу заштите од самог закона, који је у претходним временима био једино адекватно средство. Зато, поред свега наведеног, и ову чињеницу треба имати у виду када се буде вршила оцена будућег значаја начела законитости, али и евентуалних стварних последица до којих могу довести одређени облици одступања од његовог класичног поимања.

6. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Начело легалитета дуго је сматрано довољним гарантом права и слобода појединца *vis a vis* кривичноправних норми, због чега основна обележја овог механизма углавном озбиљније нису ни довођена у сумњу. И данас је сваки покушај оспоравања апсолутизације традици-

[43] М. Мајић, „Традиционална кривичноправна начела и изазови новог доба“, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања,* II део, Београд 2008, 216–230.

оналног поимања принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* скопчан са опасношћу означавања покушајем деструкције најзначајнијих кривичноправних тековина. Међутим, у раду је истакнута потреба преиспитивања начела легалитета, не ради његовог напуштања, већ с циљем одређивања реалних домашаја и стварног значаја у новим условима, а самим тим и покушај изналажења алтернатива.

Током векова примене начело легалитета, иако задржавајући и истичући основне формалне прерогативе, постепено је, под утицајем снажних културно-еволутивних промена, губило значајан број полазних карактеристика. Приказано је како је готово сваки од четири сегмента начела модификован у појединим случајевима у тој мери да се поставља питање да ли је од полазне претпоставке било шта стварно и остало. Ово је нарочито случај са *lex certa*, али се значајна одступања могу уочити и код преостала три кварта. Убрзавање културно еволутивних промена, које је нарочито у савременим условима досегло неслућене размере, постепено је „нагризало“ затворени систем *nullum crimen*, прилагођавајући га захтевима времена.

Зато би начело законитости у будућим разматрањима и при његовој стварној валоризацији требало посматрати не на начин којим се замагљује његова суштина, што је то досада неретко био случај, већ на начин којим се најјасније открива права природа института и самим тим омогућава његово реално постављање у конкретни вредносни тренутак. Уместо некритичког величања и уздизања на ниво архетипског надначела које није подложно еволутивној валоризацији, начело легалитета потребно је сагледавати у оквирима онога што оно стварно јесте. Сагледавати га као један од културно еволутивних рефлекса, односно као само један од цивилизацијских одговора врсте на конкретне еволутивне прилике одређеног доба. Овакво посматрање оставило би простора за проверу стварног значаја еволутивног домашаја једне епохе у новим условима и евентуално, прилагођавање његових полазних карактеристика новим приликама.

У раду се истиче потреба очувања закона и у наредном еволутивном периоду, првенствено услед гарантивне функције коју писани језик још увек обавља у савременим условима. Међутим, сматрамо да сам закон, више не може бити довољан чак ни у сегменту стварања права који до сада на Континенту био резервисан искључиво за легислативу. И најсавременија норма, она која најадекватније изражава актуелни културно-еволутивни тренутак, од момента објављивања долази у тензију са даљим, континуираним културно-еволутивним кретањима. Нови услови изразито брзих еволутивних промена захтеваће механизме способне на изразито брзо вредносно прилагођавање. Дуг и често неефикасан законодавни процес у великом броју случајева показује се као процес који више кочи развој, него што

доприноси развоју права. Зато је у времену које следи неопходно пронаћи и алтернативне моделе који ће адекватније разрешавати тензију до које долази између статичне норме и динамичног културног развоја.

У том смислу, могло био се очекивати да ће будући развој кривичног права и на Континенту обележити знатно израженија улога суда, не само у тумачењу, већ у извесном смислу и у креирању права.[44] Иако ће овакав приступ још дуго изазивати подозрење, имајући у виду класичан концепт *trias politica,* чини се да је све мање стварних разлога за отпоре. Наиме, савремено кривично право захтеваће све чешће усаглашавање како са културним токовима на националном, тако и са онима на међународном нивоу. Од усаглашености са одређеним интерним и екстерним вредносним стандардима, зависиће у многоме и признавање и вредновање одређеног кривичног права. При таквом концепту, кривични закон ће имати и суштински другачију улогу него до сада. Уместо полазне и завршне детерминанте кажњавања, закон ће представљати само полазну културну детерминанту која ће суду указивати одређени културни смер, док ће судови овај, кроз одлуке, суштински надограђивати и развијати. У таквом моделу закон би представљао само нормативни „полупроизвод“, који би тек суд претварао у употребљиву нормативну „робу“. Успешност једног закона, насупрот ономе што данас имамо, мериће се количином простора који ће закон судовима оставити за прилагођавања културним вредностима актуелног тренутка.

Све ово, у даљем развоју, нужно ће довести и до преиспитивања појмова попут општег појма кривичног дела које смо до сада познавали. Уместо дела искључиво предвиђених законом, биће нужно размотрити и признавање кривичних дела искључиво предвиђених међународним правом. Такође, верујемо да ће будуће дефинисање кривичног дела, како оних националног тако и оних наднационалног карактера, нужно подразумевати и укључивање елемента одређености бића кривичног дела ставовима судске праксе.

Да ли се заиста треба одупирати оваквим тенденцијама. Као разлог за отпоре, најчешће се истичу две бојазни – прва, бојазан од нарушавања демократског процеса у стварању кривичног права и друга, бојазан да ће овакво право бити мање предвидиво и подложно индивидуалној узурпацији. Обе су чини се недовољно основане.

Најпре, чини се да отпори који се још увек изражавају у односу на активнију улогу суда у процесу креирања права, потичу од прецењивања демократских основа на којима почивају савремена законодавна тела, и са друге стране, потцењивању демократског процеса у избору судија. Наиме, у савременим друштвима, имајући у

[44] B. M. Scheltema, *The Law of the Future,* The Hague 2005, 14–15.

виду начине на које се воде предизборне кампање, утицај медија те деформисану слику која се тим путем ствара у јавности, нужно је озбиљно посумњати у стварне демократске капацитете народних представништава. Може се оправдано поставити питање да ли је и у савременим условима, кривично право оправдано и даље у потпуности поверавати, углавном формалним народним представницима који су уз то најчешће потпуни лаици за ову област.

С друге стране, као што је назначено, рекло би се да је и гарантивна функција начела легалитета у савременим условима пренаглашена. Наиме, у модерним демократским друштвима улогу гаранта људских права и слобода често у далеко значајнијој мери преузимају други механизми попут јавности, невладиних организација, медија и међународних организација. Заштита појединца од државне самовоље више није ослоњена, чак ни превасходно само на закон. Она се остварује кроз различите, разуђене механизме који сви заједно творе систем одбране очувања и даљег развоја културних вредности одређеног тренутка. Заштита се диверзификује. Уместо само представничком телу, она се поверава већем броју социјалних фактора, што доприноси интензитету и вишедимензионалности контроле. Неретко се дешава да закон у овом систему пре игра улогу кочничара правилног вредносног валоризовања, него улогу заштитника досегнутих културних вредности.

Због тога је, да не би у потпуности био еволутивно одбачен, у новим условима неопходно извршити његово прилагођавање, које би за основу имало нову културну стварност. Само тако ће начело легалитета избећи судбину једног броја изузетно значајних културних достигнућа, која су услед неприлагођавања остала еволутивно превазиђена, задржавајући искључиво традиционални значај.

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-

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. The situation is completely different nowadays. 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.*

УДК 343.2.01:179.7 ; 342.721

Др Велинка Грозданић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Ријеци

КРИВИЧНОПРАВНИ ПОГЛЕД НА САМОУБИСТВО

У савременим друштвима аутономија воље појединца добија све већу улогу. Прихватањем тзв. права на самоодређење, према коме је човек господар не само свог тела, него и свог живота, питање права на самоубиство постаје све актуелније. Аутономно одлучивање појединаца о свом животу обухвата, поред права на живот, и право на смрт. Другим речима, ако човек има право на живот, а то је данас изван сваке сумње, онда из тог његовог права произлази и његово право да сам себи одузме живот односно одлучи о тренутку престанка свог живота. Међутим, док је право на живот већ одавно препознато као најважније људско право, признато без резерве у савременим друштвима и загарантовано бројним међународним и националним документима, право на смрт тек постепено заузима правни простор. У овом раду се настоје понудити одговори на неке правне дилеме у вези са самоубиством, покушајем самоубиства и лекарски потпомогнутим самоубиством, кроз анализу кривичноправних норми позитивног права, али и правних извора из дубље прошлости.

Кључне речи: *Самоубиство. – Право на смрт. – Еутаназија.*

1. ПРАВНА ЗАШТИТА ЖИВОТА ЧОВЈЕКА

Правним нормама уређују се друштвени односи како би се осигурао ред и стабилност у друштвеној заједници. Поред правних постоје и друге друштвена правила, као обичајне норме (понашања људи створена дуготрајним, непрекидним понављањем) или моралне норме (норме створене у свијести људи на основи оног што сматрају да је добро или зло). Међутим, за разлику од свих осталих норми, једино иза правних норми стоји држава с апаратом физичке присиле, с предвиђеним санкцијама за оне који се не понашају у складу с њима, било да чине оно што норме забрањују или не чине оно што норме налажу. Тако правне норме путем забрана или налога, с једне

стране, и казни с друге, утичу на понашања људи, усмјеравајући их према јединственом присилном реду који одговара интересима, циљевима и вриједносном суставу у некој друштвеној заједници. Стога се може рећи да су правна правила, у савременим друштвима углавном обликована кроз устав, законе и подзаконске акте, јасна порука о вриједностима која се у неком друштву штите и промичу.

Правна правила, као и право уопште, нису статична, непромјенљива категорија. Како се циљеви, интереси и вриједносни сустави неке друштвене заједнице мијењају, мијењају се и правна правила. Ипак, неке вриједности су непромјењиве и остају као трајни и стални пратиоци људског рода. Једна таква вриједност јесте живот човјека. Шта више, то је највиша вриједност, јер је то једино стање у којем се може остварити свака друга вриједност, претпоставка свих других вриједности, будући да су само у животу могући слобода, мир, пријатељство, сигурност, љубав, праведност, благостање и остала добра.[1] Стога се право на живот сматра темељним људским правом које заслужује посебну правну заштиту.

Живот човјека данас се штити и у међународном и у националном праву. Тако сви важнији међународни документи који се баве људским правима наводе право на живот као темељно људско право.[2] Исто тако, готово сви устави савремених држава прокламирају право на живот као темељно и универзално људско право које припада свим људима.[3] Стога је сасвим јасно да казнени закони савремених држава, одређујући врло различите садржаје усмрћења друге особе као казнена дјела и прописујући за починитеље таквих дјела строге казне, пружају кривичноправну заштиту животу човјека. Другим ријечима, правна присила путем кривичноправних санкција штити људски живот забрањујући убијање. Од ове готово свеобухватне заштите живота путем многобројних инкриминација предвиђених у кривичном законодавству (убиство, тешко убиство, убиство на мах, чедоморство, убиство на захтјев, нехатно проузроковање смрти и читав низ различитих кривичних дјела са смртном посљедицом) постоје и неки изузеци који се, унаточ томе што се ради о лишењу живота, не сматрају кривичним дјелима. Тако се усмрћење нападача у нужној обрани или усмрћење особе приликом отклањања опасности у крајњој нужди, наравно уз задовољење увјета прописаних за-

[1] Н. Висковић, *Теорија државе и права*, Загреб 2006, 133.

[2] Примјерице Општа декларација о људским правима ОУН (1948) у чл. 3 прокламира право на живот као опће људско право; Европска конвенција за заштиту људских права и темељних слобода (1950) у чл. 2 истиче право сваког на живот заштићен законом, итд.

[3] Устав Републике Хрватске у чл. 21, ст. 1 прописује: „Свако људско биће има право на живот“, Устав РХ, *Народне новине* бр. 41/2001, прочишћени текст 55/2001 (исправак).

коном, неће сматрати кривичним дјелом. Исто тако, а с обзиром на то да убиство чини онај „тко усмрти другога“, јасно је да одузимање властитог живота – самоубиство, у савременом кривичном праву више није кривично дјело. Међутим, кроз дугу повијест људског друштва према самоубицама се различито поступало и неријетко се самоубиство сматрало врло тешким кривичним дјелом које је за собом повлачило и строго кажњавање.

2. КАЖЊАВАЊЕ САМОУБИЦА КРОЗ ИСТОРИЈУ

Урањати у кривичноправне садржаје појединих правних извора један је од начина приближавања спознајама о кажњавању самоубица кроз повијест. Спознаја би била цјеловита када би била праћена изучавањем праксе поступања у појединачним случајевима и особито политике кажњавања у одговарајућим временским раздобљима. Међутим, већ и анализа нормативних садржаја има своје значење, јер се кроз правна правила вјерно исказује вриједносни сустав одређене заједнице, али и односи моћи кроз репресивне механизме. У кривичноправним одредбама увијек се рефлектује слика кривичног права одређене заједнице, а кроз њу и слика друштвених, економских, политичких и културних прилика времена којем припадају правни извори.

Изворно, самоубиство се није сматрало деликтом убиства, већ као повреда посебних дужности према друштву.[4] Посебне дужности према држави имали су на пример, војници, али се њихов покушај самоубиства кажњавао као дезертерство. Стога не изненађује да најстарији и најзначајнији писани правни извори старог века (на пример, Хамурабијев закон, тек нешто млађи од 2000. године пре Хр. или Законик XII плоча из 450. године пре Хр.) не спомињу никакву забрану самоубиства.

Истовремено, плуралитет мишљења античког друштва доноси врло различите ставове о самоубиству. Тако, примјерице, кирењани, киници, епикурејци и стоици признају врховну вриједност појединца, чија слобода почива у моћи да сам одлучује о властитом животу или смрти. У њиховим очима живот заслужује да се сачува само ако је добар, што ће рећи ако је у складу с разумом, људским достојанством и ако доноси више задовољства него боли. У супротном случају, лудост је чувати га.[5] С друге стране, потпуно супротне ставове налазимо код двојице великана грчке мисли, Платона и Аристотела. Тако

[4] R. Maurach, *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1964, 16–19.

[5] G. Minois, *Historija samoubistva*, Novi Sad 2008, 49, 59, 325.

Платон, постављајући питање што треба да снађе човјека (...) који је убио сам себе, насилно се лишио оног дјела живота који му је био досуђен, иако га држава није осудила на такав поступак, а није га ни невоља натјерала на то, изазивајући тешке болове, а он није у стању да је избјегне; нити је на њега пала срамота које се не може ослободити и која му живот чини несносним, него је сам без икаквог оправдања сам себи пресудио гоњен слабим карактером и одвратним кукавичлуком (...), одговор види у слиједећем: гробови самоубица који на тај начин завршавају живот морају бити смјештени на усамљеним мјестима, и тамо не смије нитко други бити сахрањен. Такве људе треба сахрањивати без икакве почасти, на неком неплодном и непознатом мјесту (...). Гроб не смије обиљежавати никакав споменик или наслов.[6] Дакле, према Платону, безразложна самоубиства, а то је свако самоубиство изван три наведена случаја (пресуде, тешке болести, тешке срамоте) треба бити „кажњено" мјестом и начином покапања тијела самоубице. Осуду самоубиства и кажњавање самоубица ускраћивањем грађанских права заговара и Аристотел, сматрајући самоубиство кукавичким чином којим се избјегава одговорност и наноси неправда и себи и држави.[7]

У средњем вијеку, под утицајем цркве, самоубиство се изједначава с убиством и врло тешко постмортално кажњава. Леш самоубице се скрнави, не дозвољава се сахрана у посвећену земљу и конфискује се имовина самоубице. Унаточ неких разлика у већини европских средњовјековних држава, самоубиство је гријех, а самоубице особе опсједнуте демонима. Тако се у средњовјековној Енглеској за самоубиство вјеровало да је дјело противно Богу, краљу и природи. Самоубицама се, стога, постхумно судило пред поротом и истражним судијом. Уколико би се прогласили кривима, сва њихова добра прелазила су у власништво круне. Овакво правно правило чланове обитељи самоубице доводило је до потпуног сиромаштва. Уз одузимање имовине, самоубицама се ускраћивао хришћански покоп. Често су се сахрањивали на раскршћима путева, голи, а кроз тијело им се забијао колац. Колац би знао стршити изван хумке, како би се пролазници опоменули на тако стравичан чин.[8] У средњовјековној Француској су се примјењивали локални обичаји и статути, те су се самоубицама изрицале различите санкције у различитим дијеловима државе. Одмазда над тијелом самоубица проводила се овисно о њиховом полу. Мушкарце се вјешало, док се жене спаљивало. Наиме, самоубице је

[6] Платон, *Закони*, књ. IX, 873д, Београд 1971, 385–386.

[7] Aristotel, *Nikomahova etika*, Zagreb 1988, 54 и 113.

[8] J. M. G. Williams, *Suicide and Attempted Suicide*, Penguin Books Ltd., London 2002, 2–4.

сустизала иста она казна која се изрицала убицама. Жене убице се или закопавало или спаљивало, но како се закопавањем не би могла постићи генерална превенција самоубистава, жене које би си одузеле живот су се спаљивале.[9] У поступању према лешевима самоубица уочљива су древна празновјерја, чији је циљ спријечити самоубице да се врате и узнемиравају живе. Тако се, на пример, у Мецу леш износи из куће кроз рупу ископану испод прага, затвара се у буре које се баца у ријеку, а на бурету стоји објава: „Пустити низ воду, не дирати, тако је пресуђено“. У Швајцарској, посебице у Женеви и Цириху, предвиђале су се ригорозне казне за самоубице и биле су прилагођене начину почињења самоубиства: дрвени клин се забија у лобању ако се самоубица пробо ножем; закопава се у пијесак на пет стопа од воде ако се радило о утапању; сахрањује се под планином, са три велика камена на глави, стомаку и стопалима ако је смрт посљедица пада. У неким дијеловима Немачке леш се вуче на решетки, вјеша се окован и оставља да иструне на лицу мјеста. Тијело се најчешће налази у обрнутом положају, вуче се и вјеша са главом надоље.[10]

Најзначајнији правни извори средњег вијека, велики кривични законици, свједоче о суровости казни за одузимање властитог живота, али и о уважавању неких мотива самоубица. Тако познати законик немачког цара Карла V, тзв. *Constitutio Criminalis Carolina* из 1532. године, конфискацију свих добара у корист владара предвиђа само у случају да окривљеник против којег је започео кривични поступак, или осуђеник одузме себи живот из страха од заслуженог кажњавања. Но, уколико је особа себи одузела живот због тјелесне болести, меланхолије, слабости душе или неке друге сличне болести, њезине насљеднике неће стићи конфискација добара.[11] Уважавање различитих мотивација за одузимање властитог живота налазимо и у Казненом законику аустријског цара Јосипа II (*Constitutio Criminalis Josephina*) из 1787. године. У овом законику предвиђа се и строго кажњавање покушаја самоубиства – бацање у тамницу за неодређено вријеме.[12] У још једном значајном законику XVIII стољећа *Constitutio Criminalis Theresiana* (1786), аустријском Казненом законику царице Марије Терезије, самоубиство је било кривично дјело, што је у складу с теолошким и морализирајућим духом закона. Покушај самоубиства кажњавао се према дискреционој оцјени суда, а самоубице које

[9] A. Murray, *Suicide in the Middle Ages*, Vol. II: *The Curse on Self-Murder*, Oxford University Press, Oxford 2000, 33.

[10] G. Minois, 59.

[11] Чл. 135. *Constututio Criminalis Carolina.*

[12] Чл. 123, 124 і 125 *Constitutio Criminalis Josephina* из 1787. године.

су успјеле у свом науму сустизало је уништавање тијела као да се радило о звијерима.[13] Према кривичноправним одредбама *Theresiana*-е самоубице су починиле двоструки гријех, па им се стога ускратио достојан покоп (*honesta sepultus*), те их се осуђивало на псећи покоп (*canina sepultus*) или на раскршћима са штапом прободеним кроз тијело. Обитељ самоубице проглашавала се нечасном, те је се настојало осиромашити конфискацијом имовине.[14]

> „Како је то у пракси изгледало може се видјети из процеса проведеног 1775. године на балзамираном лешу Кристофа Коа, сељака старог четрдесет пет година који се убио објесивши се у својој кући. Двије године и четири мјесеца након извршеног самоубиства, уз присуство леша којег свједоци не могу препознати, јер је већ почео трулити изречена је коначна пресуда: 'Пресуда заснована на закључцима краљевих људи изјављује да је по свим прописима утврђено да се покојни Кристоф Коа уништио и убио краватом коју је везао себи око врата, а затим за љестве које воде до пећи за крух смјештеним подно његове куће, те се стога ради надокнаде штете и очувања јавног интереса, налаже да се успомена на њега угаси и потисне за сва времена, да његов леш буде причвршћен за решетку да би био вучен по прометним улицама и раскрсницама и, затим, до трга да би ту био објешен за ноге на веома висока вјешала, да ту остане три сата, а да се затим баци на сметлиште, да се његова покретна имовина конфисцира у корист његова властелина, да се трошкови процеса наплате од тога властелина, а осуђује се и на додатну казну од три ливре у корист Његова величанства, које треба узети из његових осталих добара, будући је пресуђено на његову штету'".[15]

Унаточ строгости и ригидности правних норми из кривичних законика средњег вијека, кроз цијелу повијест људског друштва, а особито у XVIII веку јавља се све више мислилаца који имају толерантнији став према добровољној смрт. Питање о смислу, односно бесмислу кажњавања леша постаје све чешће. Тако познати италијански правник и мислилац *Cesare Beccaria* у свом дјелу *О злочинима и казнама* из 1764. наводи: „Самоубиство је злочин за који изгледа да учиниоца не може стићи казна у правом смислу ријечи јер би она погодила једино невине људе или пак његово мртво тијело које ништа не осјећа. У овом другом случају казна неће направити већи утисак на живе од онога што би га направило бичевање кипа. У првом пак случају она је неправедна и произвољна јер политичка

[13] L. Von Barr – T. S. Bell, *History of Continental Criminal Law*, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersy 1999, 250.

[14] A. W. Barber, „The European Law of Torture", *The Popular Science Monthly* 44/1894, 658.

[15] G. Minois, 325.

слобода људи захтијева да казне буду искључиво особне (...). Зато, премда је самоубиство гријех што га кажњава Бог који једини може некога казнити након смрти, то није злочин пред људима јер би казна, умјесто да погоди самог кривца, погодила његову обитељ“.[16]

Многи други аутори – филозофи, правници, теолози, лијечници истражују етиологију суицидалних понашања налазећи оправдања за самоубиства због тешких психичких или физичких болести. Ова идеја о медицинским разлозима самоубилачких радњи ишла је у правцу ослобођења од одговорности оних који су се убили. И тако, у периоду строгих кривичних закона, драстичних казни за самоубице, пријетњи вјечним проклетством, постепено сазријевају ставови о немоћи репресивног сустава и бесмислици кажњавања самоубица. Ови ставови ублажавају друштвену осуду самоубица и полако тупе оштрицу кривичноправне реакције. Крајем XVIII века започиње декриминализација самоубиства, која ће у неким државама наступити тек у двадесетом стољећу.[17]

3. СУДЈЕЛОВАЊЕ У САМОУБИСТВУ

У савременом кривичном праву самоубиство, па ни његов покушај, нису кажњиви. Међутим, ако је самоубиство неке особе резултат дјеловања и доприноса неких других особа, поставља се питање њихове кривичне одговорности. Савремено кривично право, па тако и хрватско, ова понашања прописују као кривична дјела. Тако је, према Казненом закону РХ кажњиво судјеловање у самоубиству и то као навођење или помагање другој особи да почини самоубиство (чл. 96. КЗ).[18] Другим ријечима, ко наведе другога на самоубиство или му помогне у самоубиству, па оно буде почињено, чини кривично дјело за које је предвиђена затворска казна од шест мјесеци до три године. Наводити другога на самоубиство значи потицати на различите начине (наговором, молбом, захтјевом) другу особу да се убије, односно с намјером утицати на вољу друге особе да донесе одлуку и сама себи одузме живот. Помагање је пружање помоћи, фи-

[16] C. Beccaria, *O zločinima i kaznama* (prijevod A. Cvitanić), Split 1984, 115, 117.

[17] Тако је у Енглеској тек 1961, а у Ирској још и касније 1993. године, донесен *Suicide Act* који укида казнено дјело самоубиства.

[18] Казнени закон Републике Хрватске, *Народне новине* бр. 110/97, 27/98 (испр.), 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03 Одлука УСРХ, 105/04, 84/05 (испр.), 71/06, 110/07 и 152/08. Ово је кривично дјело посебно прописано јер се радње потицања и помагања не би могле рјешавати у оквиру опћих одредби о судиоништву, будући је кажњавање потицатеља и помагача овисно о кривичном дјелу главног починитеља којег код самоубиства нема јер самоубиство није кривично дјело.

зичке (на пример, стављање на располагање средстава за извршење суицида) или психичке (на пример, давање савјета или упута), особи која је већ донијела одлуку о самоубиству. Починитељ овог кривичног дјела, било потицатељ или помагач, одговараће само ако је самоубиство и почињено.

Међутим, ако се наводи на самоубиство или се помаже у самоубиству малољетној особи (од 14 до 18 година старости) или особи чија је способност схваћања свог поступања и владања својом вољом у значајној мјери смањена, за кажњавање судионика није нужно да самоубиство буде почињено, већ је довољно да буде само покушано. Ово је тежи облик кривичног дјела судјеловања у самоубиству па је закон предвидио и тежу затворску казну од шест мјесеци до пет година.

Најтежи облик овог кривичног дјела постоји ако се судјелује у самоубиству дјетета (особе до 14 година старости) или особе која није у могућности схватити значење својег поступања или не може владати својом вољом. Овдје је очигледно да починитељ искориштава незрелост или немогућност особе да расуђује и одлучује, па је у таквим случајевима судјеловање у самоубиству изједначено с кривичним дјелом убојства (казна затвора од пет до петнаест година). Исто као у претходном случају, довољан је и сам покушај самоубиства.

Посебан облик кривичног дјела судјеловања у самоубиству предвиђен је у ситуацијама нехајног проузроковања самоубиства особе која се према починитељу налази у односу какве подређености или зависности, а услијед окрутног и нечовјечног поступања према њој од стране починитеља. Овдје је ријеч о различитим облицима физичког или психичког злостављања, безобзирног и нечовјечног поступања услијед чега је зависна особа доведена у за њу безизлазну ситуацију па се одлучује на самоубиство. С обзиром на блажи, нехатни облик кривње у односу на посљедицу (самоубиство особе), за ово је понашање прописана и блажа казна – новчана казна или казна затвора до три године.

У судској пракси кривично дјело судјеловања у самоубиству врло је ријетко. Ова изузетност односи се на све облике овог кривичног дјела. Због недостатка новије релевантне судске праксе наводе се два старија случаја: у првом случају (Кж. 595/54) мађеха сурово и нечовјечно поступа са својом пасторком па је ова услијед таквог поступка извршила самоубиство, а у другом случају (Кж. 75/57) оптужени по занимању професор, злостављао је тешко у више наврата своју жену, предбацивао јој да је неписмена, некултурна и ускраћивао јој је средства за живот, што је на њу оставило тежак утисак у толикој мјери,

да је једног дана извршила самоубиство вјешањем.[19] Нешто новији примјер из судске праксе је слиједећи случај: „Суровo је и нечовјечно поступила с особом која је њој у односу подређености и зависности и тиме из нехаја изазвала самоубиство у покушају те починила кривично дјело из чл. 96, ст. 4 КЗ оптуженица која је свог пасторка, старог 16 година, вријеђала и понижавала, ускраћујући му његу и нужну помоћ због властитог алкохолизма, због чега је пасторак заједно с оптуженичином кћерком у више наврата бјежао из куће, а онда једног дана у четири сата ујутро одлучио да си одузме живот те написавши опроштајно писмо узео припремљени отров за пољске штеточине и принио га устима, али је у том тренутку наишао његов отац који му је избио чашу с отровом из руке“ (VSRH, I Кж. 157/89 од 13. српња 1989).[20]

4. ПОМАГАЊЕ У САМОУБИСТВУ И УСМРЋЕЊЕ НА ЗАХТЈЕВ

Казнено дјело судјеловања у самоубиству обрађено у претходном поглављу није лако разграничити од кривичног дјела усмрћења на захтјев (чл. 94 КЗ). Ради се о намјерном убојству друге особе до којег је дошло на иницијативу жртве и то кроз њезин „изричит и озбиљан захтјев“. Овакав захтјев подразумијева да је жртва способна за постављање таквог захтјева и да је потпуно свјесна посљедице свога захтјева. Одлука жртве изречена кроз захтјев писменим или усменим путем, па чак и самим конклудентним радњама, мора бити јасна, недвојбена, неупитна. Ако таквог захтијева нема или се ради о захтјеву који је дат под присилом, пријетњом, у заблуди или је на било који други начин изнуђен, неће се радити о овом кривичном дјелу, већ о убиству. Усмрћење на захтјев садржајно није ништа друго до самоубиство преко друге особе.

Међутим, формална разлика између једног и другог кривичног дјела је јасна. Наиме, ако неко предузима радњу усмрћења друге особе, он је увијек починитељ и то кривичног дјела убиства. Ако радњу усмрћења друге особе преузима умјесто жртве, на њезин изричит и озбиљан захтјев, радит ће се о кривичном дјелу усмрћења на захтјев. Међутим, ако има улогу потицатеља или помагача, а радњу усмрћења

[19] B. Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, II, Posebni dio*, Zagreb 1958, 97.

[20] Овдје треба напоменути да по садашњем Казненом закону Хрватске овај случај не би нити био казнено дјело јер је самоубиство остало у покушају, а за нехајни облик казненог дјела судјеловања у самоубиству Казнени закон захтијева почињено самоубиство. По ранијој одредби која се примијенила на овај случај, било је довољно да самоубиство буде само покушано.

чини сама жртва, радит ће се о судјеловању у самоубиству. Сасвим једноставно речено, ако особа набавља отров за жртву да се она сама усмрти, она само судјелује у самоубиству те особе. Међутим, ако је усмрћује дајући јој отров и то на захтјев жртве како би јој скратила муке, ријеч је о усмрћењу на захтјев. У првом случају одлука о усмрћењу у рукама је жртве (она може починити самоубиство или од њега одустати), а у другом у рукама починитеља (он може починити усмрћење друге особе или од тога одустати).[21]

Кривично дјело усмрћења на захтјев правни је одговор на проблематику еутаназије (убиства из самилости), која је и у данашње вријеме још увијек предмет бројних контроверзи.[22] Једни је сматрају злочином, а други, пак, хуманим чином. Док противници еутаназије тврде да се напретком знаности и медицине живот може само продужити, али не и скратити, поборницима допуштености „лаке смрти" важан је аргумент по којему се умјетним путем продужава умирање, а не живот.[23]

> Данас постоји обимна литература, бројна истраживања и многи случајеви којима се настоји сензибилизирати јавност било за или против еутаназије. Пажњу свјетске јавности изазвао је 1976. године случај *Karen Ane Quinlan*, дјевојке која је пала у кому након погубне конзумације дроге и алкохола, па је дисала уз помоћ респиратора. Након неколико мјесеци, када је постало очито да се Карен налази у неповратно вегетирајућем стању, њезини су родитељи затражили искључење респиратора. Болница се успротивила том захтјеву и тада започиње правосудна битка која је трајала годину дана. Првоступањски суд је одлучио да лијечници морају учинити све да дјевојка остане у животу, а искључење респиратора би било убиство. Поводом жалбе родитеља Врховни суд државе *New Jersey* је утврдио да постоји правна основа за доношење одлуке о искључењу апарата и закључио да право избора смрти има предност над државним интересима очувања живота грађана. Након искључивања апарата дјевојка је почела дисати сама и умрла је шест година послије од упале плућа. [24]

---

[21] У кривичном праву разграничење између судјеловања у самоубиству и усмрћења на захтјев, односно између судиоништва (потицања и помагања) и починитељства рјешава се теоријом власти над дјелом која је усвојена у Казненом закону.

[22] Појам еутаназије (лака смрт, олакшање смртне муке, усмрћење неизљечиво болесних и сл.) шири је од појма усмрћења на захтјев, јер обухваћа и усмрћење тешких болесника без њиховог захтјева, па чак и без њиховог изричитог пристанка.

[23] A. Kurtović, I. Petrić, „Kazneno djelo usmrćenja na zahtjev i eutanazija", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 21, 2/200, 656.

[24] T. J. Gardner, *Criminal Law, Principles and Cases*, West Publishing Company, St. Paul Minn. 1989, 328.

За кривично право свако усмрћење друге особе је кривично дјело. Чињеница да је до усмрћења дошло на изричит и озбиљан захтјев жртве одражава се на врсту убиства, па Казнени закон РХ такво убиство сматра лакшим, привилегираним убиством и за њега прописује блажу казну затвора (од једне до осам година), него за убиство. Стога се може закључити да инкриминирањем усмрћења на захтјев Казнени закон РХ забрањује тзв. активну еутаназију, односно усмрћење другог чињењем и када постоји не само пристанак, већ и изричит и озбиљан захтјев жртве. Међутим, друкчије ствар стоји с пасивном еутаназијом, која се састоји у усмрћењу пропуштањем или прекидањем лијечења (нечињење) и која је према владајућем мишљењу допуштена. Полази се од тога да право на самоодређење, додуше, не иде тако далеко да оправдава захтјев умирућег да га други убије, али оправдава његово одбијање лијечења.[25] Штавише, у Казненом закону РХ лијечење без пристанка особе предвиђено је као кривично дјело самовољног лијечења (чл. 241).[26] Сасвим једноставно речено, према Казненом закону РХ активна еутаназија је забрањена и кажњива, а пасивна не само да је допуштена, већ је и понашање супротно изричитој забрани или уз изостанак пристанка особе која је способна дати пристанак, забрањено и кажњиво.

5. ПРАВО НА ЖИВОТ – ПРАВО НА СМРТ

Право на смрт може се дефинирати као право појединца на окончање властитог живота. Иако се може на први поглед чинити апсурдним, право на смрт произлази из права на живот. Наиме, ако човјек има право на живот, а то је изван сваке сумње, онда из тог његовог права произлази и његово право да сам себи одузме живот, односно одлучи о тренутку престанка свог живота. Другим ријечима, аутономно одлучивање појединца о свом животу обухваћа поред права на живот и право на смрт. Међутим, док је право на живот већ одавно препознато као најважније људско право, признато без резерве у савременим друштвима и загарантирано бројним међународним и националним документима, право на смрт тек постепено заузима правни простор.

[25] P. Novoselec *et al*, *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2007, 30.

[26] Треба напоменути да казненог дјела самовољног лијечења неће бити у случајевима када је законом прописано присилно лијечење или је лијечење, кируршки или други медицински захват подузет према особи која није при свијести или је неспособна за расуђивање, а није доступан члан уже обитељи или законски заступник, а одгодом лијечења или захвата био би угрожен њезин живот или би дошло до знатног погоршања њеног здравља (чл. 241, ст. 4 КЗ).

Први корак у том правцу може се сматрати чињеница да се самоубиство данас не сматра правно забрањеним дјелом. Дакле, човјеку је признато право на проузрочење властите смрти и у случају да у томе не успије, за покушај самоубиства неће бити кажњен. Ипак, поставља се питање да ли некажњивост самоубиства доиста значи признање права на смрт? Наиме, самоубиство се и даље сматра прије свега социјално патолошком појавом коју друштво не само да има право, већ има и обавезу спријечавати. То значи да друштво мора имати правне механизме у функцији превенције суицида. Један такав правни механизам је и Закон о заштити особа с душевним сметњама.[27] Њиме се, између осталог, регулише и присилна хоспитализација особа с душевним сметњама. Тако се особа с тежим душевним сметњама, која услијед своје душевне сметње озбиљно и изравно угрожава властити живот или здравље или сигурност односно живот или здравље или сигурност других особа, може смјестити у психијатријску установу без свог пристанка (чл. 22). Нема никакве сумње да сваки потенцијални самоубица озбиљно и изравно угрожава свој живот, што значи да ће у сваком таквом случају правна основа за присилни смјештај и присилно лијечење бити задовољена. Чињеница да се можда не ради о особи с тежим душевним сметњама сасвим сигурно неће утјецати на одлуку о присилној хоспитализацији из једноставног разлога што је свако самоубиство најлакше интерпретирати на нивоу психичког поремећаја.[28] Зар човјек не мора бити луд да би се убио? И зар није управо покушај самоубиства доказ нечијег лудила? Оваква питања стољећима су се постављала у филозофским расправама о самоубиству, а позитивни одговори на њих ублажавали су друштвену, моралну и кривичноправну осуду доводећи до декриминализације самоубиства. До истог закључка долази се и ако се крене од неке од бројних дефиниција менталног здравља које поштивање живота укључују у свој садржај. Тако примјерице: ментално здрава особа је она која живи на основу принципа љубави, разума и вјере, која поштује живот, свој властити, као и живот других људи.[29]

---

[27] Закон о заштити особа с душевним сметњама, *Народне новине* бр. 111/97, 27/98, 128/99 и 79/02.

[28] Закон о заштити особа с душевним сметњама, особу с тежим душевним сметњама дефинира као душевно болесну особу, особу с душевним поремећајем, недовољно душевно развијену особу, овисника о алкохолу или дрогама или особу с другим душевним сметњама која није у могућности схватити значење својег поступања или не може владати својом вољом или су те могућности смањене у толикој мјери да јој је неопходна психијатријска помоћ (чл. 3, т. 1 и 2).

[29] Е. Фром, *Здраво друштво*, Београд 1980, 202. Мора се примијетити да је ово прилично строга дефиниција ментално здраве особе јер су по њој све самоубице, али и све убојице априори душевно болесне особе или барем особе које нису ментално здраве.

Тако долазимо до закључка да човјек данас има право на смрт све док не донесе одлуку којом бира смрт. Наиме, у тренутку када то право настоји реализирати својим избором окончања живота, не признаје му се способност слободног избора. Тако реализација права на смрт доводи у питање примарну људску вриједност – слободу човјека, односно његову слободну вољу да у двојби бира живот или смрт. Унаточ врло различитим ставовима по питању слободне воље човјека, од апсолутног индетерминизма, по којем је воља потпуно слободна и неовисна од било каквих утјецаја, до апсолутног детерминизма, који у потпуности негира слободу воље, полази се од претпоставке да је сваки одрастао човјек који има способност схваћања значења својих радњи и могућност владања својом вољом, биће слободе, које у различитим друштвеним увјетима и особним околностима својим разумом и вољом бира своје понашање и због те могућности избора за њега је и одговоран. Цјелокупно друштвено нормирање, укључујући и правне норме, темељи се на овој претпоставци о слободи воље одраслих особа. У противном, ако те слободе воље нема због недораслости или стога што је искључена свијест или воља, на пример, због душевне болести, привремене душевне поремећености, недовољног душевног развитка или неке теже душевне сметње, онда се свака норма чини бесмисленом, јер је особа не разумије, па се нити може понашати с њом у складу.

Да ли ускраћивање могућности слободе воље самоубицама значи да свјесног и вољног самоуништења нема нити може бити? Односно, ако су свијест или воља самоубица увијек под утицајем одређеног стања патологије (суманутих идеја, чулних обмана, депресије, итд.), онда заправо добровољне смрти не постоје. Међутим, ако све то није тачно, ако међу самоубицама постоји тек одређени постотак душевно поремећених, није ли онда према свима другима изван тог постотка непоштовање њиховог избора смрти с образложењем о искљученој слободи воље, својеврсно понижење, па чак и насиље над њима? Другим ријечима, нису ли присилним лијечењима потенцијалних, али „убројивих“ самоубица, пријеђене границе власти коју друштво може легитимно имати над појединцем? Ако су заштита друштва и спријечавање повреде других једина сврха ради које се сила може праведно примијенити над било којим чланом цивилизиране заједнице против његове воље, онда једино понашање појединца због којег је он одговоран друштву јесте оно које се тиче других. Његово властито добро, физичко или морално, није довољно оправдање. Он не може бити праведно присиљен да што чини или да се суздржи, јер ће за њега бити боље да тако ради, јер ће га то учинити сретнијим, или зато што би по мишљењу других то било мудро или правилно.

Да би то било оправдано понашање од којег га желимо одвратити морало би бити срачунато да учини зло неком другом.[30]

Поред тога треба имати на уму да се питања везана уз право на смрт, било кроз свјесну одлуку о самоубиству или помоћи при самоубиству, односе на најособније и најинтимније изборе које особа може учинити током живота. Да ли их је зато тако тешко разумјети? Исто тако, не може се игнорирати чињеница да је бирање смрти од стране неке особе „ударац“ свима осталима, па и друштву у цјелини, које се није побринуло да се дилема живот или смрт никад не појави. Да ли га је зато тако тешко прихватити?

Оваква, али и бројна друга питања везана уз право на смрт, постављаће се све док знаност не понуди егзактне одговоре и то прије свега на питање о слободи човјекове воље. Наиме, сасвим је јасно да је управо слобода воље црта разграничења допуштеног од недопуштеног понашања, односно критериј за признавање или непризнавање права човјеку да сâм изабере тренутак окончања свог живота. До тада право ће врло опрезно и полако прилагођавати своје норме захтјевима друштва и то само у мјери у којој неће рескирати могуће злоупотребе нових рјешења.

Velinka Grozdanić, PhD

Full Professor
University of Rijeka Faculty of Law, Croatia

A CRIMINAL LAW APPROACH TO SUICIDE

Summary

The idea of the authonomy of will re-gains its relevance in the modern societies. The same goes for the concept of the right to self-determination, according to which every individual is the master not only of their body, but also of their life. The right of individual to make autonomous decisions regarding their living includes not only the right to life, but also the right to death. Human right to life is recognized in present times beyond any doubt, and from the right to life derives the right of each individual to take their own life, that is to decide on ending it.

However, while the right to life has been recognized as the most important human right, acknowledged without any reserve in the modern societies, and guaranteed by numerous international and national docu-

[30] J. S. Mill, „O slobodi“, *Izabrani politički spisi*, Informator, Zagreb 1988, 118.

ments, the right to death is entering the legal space very slowly. The main purpose of this article is to offer legal analysis of this controversial issue. The author scrutinizes provisions of the Penal Code of the Republic of Croatia, as well as some historical legal sources, in respect of suicide, attempted suicide and physician-assisted suicide.

Key words: *Suicide. – The right to die. – Euthanasia.*

УДК 340.134:339.137.2(497.11)

Борис Беговић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Владимир Павић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЈАСНА И НЕПОСРЕДНА ОПАСНОСТ: ПРИКАЗ НОВОГ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ*

Рад представља анализу Закона о заштити конкуренције донетог јула 2009. године. Анализа је усредсређена на промене законског текста у односу на претходни закон. Хармонизација домаћег с европским правом била је идеја водиља при изради овог закона, а законодавац је покушао да Законом што вернije опонаша модел који функционише на нивоу Заједнице. Размотрена су законска решења у погледу рестриктивних споразума, доминантног положаја и његове злоупотребе, одређивања релевантног тржишта, као и контроле концентрација, временски домашај закона, казне, као и основна процесна решења, а нарочито она која се односе на правна средства против решења Комисије. Закључак је да овај закон представља корак уназад са становишта пословног окружења, односно регулаторног ризика којем су изложени предузетници, као и да се њиме фактички укида ефикасна правна заштита у области заштите конкуренције. Констатује се да овај разматрани закон представља „јасну и непосредну опасност“ за обављање привредних делатности у Србији, за њен привредни раст и просперитет.

Кључне речи: *Конкуренција. – Концентрације. – Рестриктивни споразуми. – Злоупотреба доминантног положаја. – Релевантно тржиште. – Управни спор.*

Законодавна историја домаћих прописа о заштити конкуренције својим богатством изазива одређену врсту нелагоде. Наиме, док је у

* Аутори се захваљују Танасију Маринковићу, Растку Петаковићу, Драгору Хиберу и Вуку Цуцићу на коментарима и сугестијама. Наравно, нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке и вредносне судове изнете у овом тексту.

природи неких прописа (нарочито подзаконских) да трпе честе измене, у нашој земљи закони којима се покушава заштита конкуренције доносе се практично сваки час. Пред нама је, прегалаштвом тренутног сазива Скупштине, изгласан и трећи законски текст у последњих тринаест година. Који су разлози за овако живу активност на пољу заштите конкуренције? Је ли реч о томе да се на власти смењују поборници различитих теоријских концепција заштите конкуренције или је реч о нешто прозаичнијим покушајима да се исправе пропусти који промакну претходном законописцу? Пре би се рекло да је у питању ово друго. Наиме, тешко је да се у Србији пронађе закон око кога се сви слажу. Ипак, сви су се слагали да претходни Закон о заштити конкуренције[1] (надаље: стари закон) није био добар. Нико њиме није био задовољан: ни они који су га примењивали (Комисија), ни они на које се примењивао (привредна друштва), ни они који су радили на његовој примени (адвокатске канцеларије), ни они који су га објашњавали другима (академска заједница). Због тога су се дежурни оптимисти обрадовали када је Влада најавила нови закон. Јесте да је мало чудно да се нови Закон о заштити конкуренције[2] (надаље: Закон) доноси свега четири године после новог-старог, али бар ће, сматрали су оптимисти, да се исправе велики пропусти старог. Да ли се то заиста догодило, да ли можемо да одахнемо, будући да смо добили задовољавајући закон којим се штити конкуренција, или су оптимисти опет погрешили?

Нови Закон о заштити конкуренције има са претходним много више заједничког но што је претходник имао са (још старијим) савезним законом из 1996. године.[3] Нови закон, као и онај из 2005. године, писани су под мотом хармонизације са европским прописима, а све у циљу припреме Србије за њено ипак крајње неизвесно чланство у ЕУ. Хармонизација домаћих прописа с европским – установљена као пожељан и разуман циљ – имала је и бројне нежељене нусефекте.[4] Прво, сâм прокламовани циљ законодавца ставља у незавидан положај: испратити темпо бриселске фабрике закона је изузетно тешко и могуће је да свеже хармонизовани прописи за пар година већ буду прилично застарели. Друго, за разлику од канона законописања који су уобичајени, хармонизација отвара пут пречицама, које се најчешће своде на преписивање. Истини за

[1] Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС* 79/05.

[2] Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС* 51/09.

[3] Антимонополски закон, *Службени. лист СРЈ* 29/96.

[4] У овом осврту се полази од претпоставке о томе да је хармонизација домаћих прописа у области заштите конкуренције с европским пожељна као таква. Другим речима, у тексту се не разматра успешност европских прописа у овом погледу, односно не анализира се у којој мери су европски прописи и њихова примена успелу у заштити и унапређењу конкуренције на подручју Европске заједнице.

вољу, компаративна анализа и подражавање туђих решења која су процењена као добра сасвим је легитимна техника. Међутим, у процесу хармонизације са прописима Европске заједнице то је практично сведено на пуко превођење, без узимања у обзир већ постојећих околности и прописа у Републици Србији.

Резултат ових „напора" је видљив и у новом закону: по својој концепцији, он је несумњиво кројен по мери Европе, направљен да га спроводи велика и моћна администрација која ће нужно познавати софистициране глосе које је на европско право конкуренције већ дописао Европски суд правде (*ECJ*). По својој изведби и квалитету редакције, Закон тешко да прати европске узоре, барем не оне постављене у законодавствима држава-чланица. Штавише, уместо да своје узоре тражи у законодавствима држава-чланица, Законом се покушало што верније опонашање модела који функционише на нивоу Заједнице. Како је простор за анализу ограничен, размотриће се само оне новине Закона које завређују нарочиту пажњу и које у пракси могу створити највише недоумица.

1. КОНЦЕПЦИЈЕ И ОПСЕСИЈЕ

Иако законодавац већ у самом називу и првом члану Закона јасно ставља до знања да је циљ Закона заштита конкуренције, поставља се велико питање да ли оваквим законом то може да се постигне. За почетак, савремена економска теорија конкуренцију посматра као ривалитет, односно надметање конкурената, оно које ствара притисак на сваког од конкурената.[5] Управо је тај притисак кључни подстицај сваком играчу, учеснику тржишне утакмице, да буде економски ефикасан, па су управо због тога капиталистичке, тржишне привреде супериорне у односу на све остале, а конкуренција схваћена као динамичко надметање „учесника на тржишту" представља основни предуслов економске ефикасности. Већ читање првих чланова Закона, нарочито оних којима се дефинише доминантни положај (на пример чл. 15), показује да законодавац, нажалост, конкуренцију посматра као статичку концепцију тржишне структуре, у којој су број конкурената и њихово тржишно учешће почетак и крај сваког разматрања. Стога је потпуно јасно због чега је контроли концентрација дато веома важно место у Закону – концентрацијама се, по правилу, макар на кратак рок, умањује број конкурената и увећава њихово тржишно

[5] G. J. Stigler, „Competition", *The New Palgrave Dictionary of Economics* (eds. J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman), Palgrave, London 1987; J. Vickers, „Concepts of Competition", *Oxford Economic Papers*, 47, 1/1995, 1–3; M. Boeheim, „Competition, Competition Policy and Economic Growth", *Austrian Economic Quarterly* 4/2004, 154–155

учешће, што за законодавца неминовно представља „ограничавање, нарушавање или спречавање“ конкуренције.

Поред опсесије конкуренцијом као статичком концепцијом тржишне структуре, законодавац је опседнут и правом конкуренције Европске заједнице, односно оним правом који примењује Европска комисија, тако да се као чланови Закона могу пронаћи дословно преписани чланови Уговора о Европској заједници (попут чл. 81)[6] или процесна правила садржана у Уредби 1/2003 Савета.[7] Нико тако нешто од нас није тражио, али понекад домаћи законодавци сматрају да није на одмет бити већи Европљанин од самих Европљана. Све то се може разумети (далеко од тога да се може оправдати), али проблем лежи у томе што се дословно преписивање европског законодавства назива „поштовање европских стандарда“, а то „поштовање“ се користи као одговор на критику конкретних законских решења.[8]

2. РЕСТРИКТИВНИ СПОРАЗУМИ

Но, кренимо редом. У чл. 10 Закона којим се дефинишу рестриктивни споразуми, како је већ поменуто, дословце је преписан чл. 81 Уговора који је, сам по себи, веома неселективан. У Европској заједници тај проблем се решава великим бројем колективних изузећа, вишедеценијском праксом тела које спроводи Споразум (закон), богатом и јако добро обрађеном судском праксом, смерницама установљеним подзаконским актима, попут смерница за самовредновање рестриктивних споразума, и томе слично. У Србији, међутим, ништа од тога практично не постоји, тако да нико не зна како ће Комисија реаговати на неки споразум: да ли ће се за њега заинтересовати и да ли ће га прогласити рестриктивним?[9]

Тиме се ствара нешто што је највећа опасност за обављање сваке привредне делатности – неизвесност у погледу потеза државних власти. Наиме, пословни људи, предузетници, односно власници производних фактора, суочавају се при доношењу пословних одлука са неизвесношћу која произлази из саме тржишне утакмице, потеза њихових конкурената или понашања њихових клијената. Та неизвес-

[6] *OJ 321E/1* od 29. 12. 2006.

[7] *OJ L 1/1* od 4. 1. 2003.

[8] Детаљ са јавне расправе о нацрту Закона, одржане 8. децембра 2008. године у Сава центру у Београду.

[9] При томе, регулатива и пракса европских органа примењивала се често селективно: на пример, у једном свом мишљењу Комисија установљава додатна правила која не постоје у нашем праву, али постоје у Уредби 1/2003, док у другом експлицитно искључује примену европских узуса, конкретно Уредбе 139/2004, OJ L 24 од 29. јануара 2004. године у погледу ћутања управе у случају контроле концентрација.

ност ствара тзв. комерцијални ризик, а тај ризик је веома значајан за опстанак конкурентског притиска, односно подстицаја за економску ефикасност, тако да држава не треба никога да штити (осигурава) од комерцијалног ризика. Држава, међутим, треба да се уздржи од било чега што ствара или увећава регулаторни ризик – онај ризик који је заснован на неизвесности у погледу прописа, неизвесности њихове промене или, најчешће, неизвесности у погледу њихове примене и конкретних одлука државних тела. А управо непрецизне законске одредбе и нејасни правни стандарди пружају широке интерпретативне могућности. На тај се начин ствара, односно увећава, регулаторни ризик. Иако овај члан Закона личи на европску регулативу, изглед вара. Будући да не постоји све оно што постоји у Европи, овај члан закона, у поређењу са европским, генерише потпуно друге подстицаје привредним субјектима – он генерише неизвесност, па тиме и регулаторни ризик. Последица неизвесности, односно регулаторног ризика, јесте да привредни субјекти одустају од пословних пројеката и инвестиција, односно премештају их на неко друго место – у другу јурисдикцију у којој је *ceteris paribus* регулаторни ризик мањи.

Новина у Закону је увођење *de minimis* клаузуле (чл. 14), којом се поједини споразуми дефинишу као дозвољени, осим уколико се ради о најтежим облицима рестриктивних споразума. Свакако да се дâ расправљати о конкретним износима тржишног удела,[10] али је значајније то што се отвара питање дефинисања релевантног тржишта (будући да се нечији удео исказује искључиво на релевантном тржишту), контроверзно питање, тако да свакако процена релевантног тржишта Комисије може да се разликује од процене самих споразумних страна, што свакако може да доведе до, најблаже речено, неспоразума.

3. ДОМИНАНТАН ПОЛОЖАЈ

Закон омогућава да доминантан положај на тржишту може да има готово свако. Довољно је да има „значајно бољи положај у односу на конкуренте“ (чл. 15), с тим што је „претпоставка да учесник на тржишту има доминантан положај, ако је његов тржишни удео на релевантном тржишту 40% или више“. Ово личи на „презумпцију виности“, јер је на страни учесника на тржишту (са учешћем од 40% или више) да докаже да нема доминантан положај. Другим речима, мора да докаже своју невиност.

[10] Очигледно је да се ради о веома малим уделима, тим пре што је домаће тржиште веома мало, ограничено величином земље (бројем становника) и ограниченом куповном моћи (релативно ниски БДП). А величина предузећа, учесника на тржишту, одређена је неким другим факторима који делују универзално, независно од величине домаћег тржишта, попут структуре трошкова, па тиме и економијом обима, односно карактером приноса.

Но, неко може да скрене пажњу на чињеницу да само постојање доминантног положаја не представља кршење Закона, већ да његово кршење представља искључиво злоупотреба доминантног положаја. Другим речима, постојање доминантног положаја представља потребан, али не и довољан услов његове злоупотребе. Сходно томе, овај Закон, као и други закони који су засновани на европској филозофији закона о заштити конкуренције, који познају категорију доминантног положаја, засновани су на следу: одређивање релевантног тржишта – утврђивање доминантног положаја – утврђивање злоупотребе тог положаја. Нажалост, у пракси, како европској,[11] тако и нашој, дешава се да надлежно тело обично полази од претпоставке да постоји злоупотреба, па онда одреди постојање доминантног положаја, а то се најчешће ради одговарајућом манипулацијом у погледу дефинисања релевантног тржишта. Према томе, след има обрнути смер, па је оправдано говорити о претпоставци виности у нашем новом/старом закону – онај коме је пронађен доминантан положај свакако га злоупотребљава. Сасвим је разборито да нико не истражује да ли неко има доминантан положај тек тако, уколико не постоји никаква сумња да постоји нека злоупотреба тог положаја. Као што, по драматуршким правилима, пушка која се појавила у другом чину мора да опали до краја комада, иначе је писац не би ни стављао у комад.

Спецификација злоупотреба доминантног положаја (чл. 16 Закона) заснована је на преводу чл. 82 Уговора. Вероватно да је највећи напредак у односу на прошли закон то што је придев *fair* преведен као „неправичне“, уместо (као у старом закону) „неправедне“ (цене), будући да је у Србији веома распрострањено веровање да су неправедне све оне цене које неко себи не може да приушти.[12] Наравно, и чл. 82 Уговора је (попут чл. 81) неселективан, па се и у овом случају јављају сви већ наведени проблеми. Тим пре што је листа злоупотреба у њему *exempli causa*.

4. ОДРЕЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА

Дефинисање релевантног тржишта представља вероватно најслабију тачку домаћег система заштите конкуренције. Ова материја подробније је дефинисана уредбом, а не законом. Најновија уредба[13]

[11] Више о томе у случају европске праксе може се видети у M. Cini, L. McGowan, *Competition Policy in the European Union*, MacMillan Press, London 1998.

[12] Занимљиво је да Европска комисија у својим документима све више користи израз претерано високе (*excessive*) цене, како би начинила дистинкцију у односу на исувише ниске, предаторне цене, које се такође сврставају у „неправичне“.

[13] Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта, *Службени гласник РС,* бр. 89/09.

ове врсте представља значајан корак назад у односу на претходну, а претходна[14] је и иначе била далеко од савршене. Наиме, претходна уредба је предвиђала да Комисија релевантно тржиште мора да одреди спровођењем теста претпостављеног монополског повећања цене (тест малог, али значајног и трајног повећања цене претпостављеног монополисте) као основног и у свету широко прихваћеног теста за дефинисање релевантног тржишта. Нова уредба не познаје овај тест, па стога не обавезује Комисију да га примени, тако да се овим отварају врата да Комисија релевантно тржиште, уместо овим квантитативним тестом, одреди на основу слободне и ничим спутане импресије о процени могућности супституције тражње и понуде. Заиста, корак уназад, веома битан, како за спровођење одредаба Закона о доминантном положају и његовој злоупотреби, тако и одредаба о контроли концентрације.

И даље се у Уредби задржава контрапродуктивна и бесмислена подела на уже и шире релевантно тржиште, која једино ствара забуну, будући да Закон познаје само појам релевантног тржишта, односно доминантног положаја на релевантном тржишту, па остаје мистерија због чега се подзаконским актом уноси подела на уже и шире тржиште (тржиште производа и географско тржиште) уз прилично неразумљиве дефиниције ових појмова.[15]

5. КОНТРОЛА КОНЦЕНТРАЦИЈА

Коначно, трећи сегмент политике заштите конкуренције какву предвиђа Закон је контрола концентрација. Досадашње активности Комисије биле су усмерене пре свега на примену овог дела закона, али је велико питање у којој мери контрола концентрација треба да буде приоритет политике заштите конкуренције у Србији. Сазнања економске науке показују да концентрације, услед деловања економије обима (трошкови по јединици производа опадају са повећањем обима производње) и економије опсега (производе се различити производи чија производња има заједничке трошкове), увећавају производну ефикасност. Друго, услед економије обима, већа предузећа могу да се упусте у истраживање и развој у најширем смислу те речи, па могу да

[14] *Службени гласник РС*, бр. 94/05.

[15] Узгред, законодавац упорно употребљава синтагму „роба и услуге“. Овим се наставља традиција погрешне употребе основних економских појмова у српским законским текстовима, будући да роба представља сваки производ који је изнесен на тржиште или произведен у том циљу. Поред тога, производи се деле на добра и услуге, а законодавац и даље погрешно поистовећује добра и робу. Корак напред у односу на претходни Закон је спознаја да је роба збирна именица, па се више не употребљава граматички погрешна множина „робе“.

осмисле и примене иновације које даље увећавају економску ефикасност. Треће, страх од (непријатељског) преузимања представља један од најснажнијих подстицаја менаџерима компанија да боље раде, чиме се значајно утиче на побољшање корпоративног управљања и повећање економске ефикасности.[16] Коначно, концентрације представљају веома значајан механизам реструктурирања привреде, будући да онај који стиче контролу има снажне подстицаје да реструктурира привредно друштво над којим је стекао контролу и на тај начин максимизују приносе сопствене инвестиције.

За Србију је све ово од велике важности из најмање два разлога. Прво, још увек је велики део домаће привреде, пре свега њеног реалног сектора, наслеђен из периода социјализма,[17] тако да су концентрације (спајања, припајања и преузимања), не само у процесу приватизације, од кључне важности за њено реструктурирање и последично подизање економске ефикасности. Друго, баријере уласку нових предузећа у Србији су још увек значајне, почев од питања статуса градског грађевинског земљишта, који се још увек решава,[18] преко баријера услед различитих грађевинских и урбанистичких дозвола, па све до ватрогасних и санитарних инспектора.[19] Отуда су инвеститори, у многим случајевима, нарочито индустријских погона, упућени, уместо улагања у нове погоне (*greenfield*), на преузимање постојећих.

Нико не спори да концентрације могу да доведу до умањења конкуренције – због тога сва модерна законодавства у домену заштите конкуренције познају контролу концентрација. Међутим, решење према којем нису дозвољене концентрације за које Комисија процени да „ограничавају, нарушавају или спречавају конкуренцију“ (чл. 19), а да при томе стицање или јачање доминантног положаја није потребан услов за забрану концентрације, драстично увећава вероватноћу да ће

[16] Више о детаљима механизама којима концентрације утичу на економску ефикасност видети у D. W. Carlton, J. M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, New York 2000.

[17] Нешто више се о домаћем реалном сектору и његовом реструктурирању вид. Б. Беговић, М. Пауновић, „Реструктурирање реалног сектора“, *Четири године транзиције у Србији*, (ур. Б. Беговић, Б. Мијатовић), Центар за либерално-демократске студије, Београд 2005.

[18] Нови Закон о планирању и изградњи (*Службени гласник РС*, бр. 72/09) и његова основна решења представљају основ за решавање наведених проблема статуса градског грађевинског земљишта. Ипак, Законом предвиђена решења не могу да се примене преко ноћи. Потребно је неко време да се делотворном применом Закона приватизује градско земљиште.

[19] Према рангирању Светске банке, Србија се налази на веома ниском 88. месту у погледу трошкова обављања пословних делатности, а велики сегмент тих трошкова чине различити трошкови везани за започињање посла, односно за реализацију нове инвестиције. Више о томе видети на *www.doingbuisness.org*.

одређена концентрација бити забрањена. На то треба додати да пракса Комисије у последњих неколико година јасно говори о томе да су за Комисију контроле концентрација приоритет и да је Комисија стриктна у примени ових одредаба Закона, тако да заинтересовани привредни субјекти стичу прилично веродостојну слику шта их чека. Сваки закон, уколико се примењује, има одређено превентивно дејство. У овом случају ради се о генералној превенцији: привредни субјекти, они који доносе пословне одлуке одвраћају се од одређеног понашања. Наведене формулације закона, уз вишегодишњу праксу Комисије, једноставно одвраћају привредне субјекте од концентрација, чак и оних које су сасвим легитимне и које би увећале економску ефикасност. Дакле, Закон одвраћа привредне субјекте од понашања које је друштвено пожељно, а то је нешто над чим свако друштво треба да се замисли.[20]

Истини за вољу, треба истаћи да су концентрације постале приоритет Комисије вољом (или омашком) законодавца. Наиме, стари закон поставио је не само ниске, већ и алтернативне прагове за нотификацију.[21] Резултат је била права лавина пријава. И иначе оскудни административни капацитети Комисије са таквом гомилом пријава нису могли да се изборе, тим пре што Комисија није имала никакво искуство на том плану, будући да претходни закон није познавао контролу концентрација. Једину корист из овога извукао је буџет, јер су се за сваку пријаву уплаћивале значајне суме. На тај начин контрола концентрација постала је не само административна баријера уласку, већ и својеврсни скривени порез на аквизиције.[22]

Оптимисти су очекивали да ће се, ако ништа друго, барем прагови нотификације у новом Закону одредити како ваља и тиме

[20] У овом случају се показује да је законодавац далеко више усредсређен да избегне ситуацију лажног негативног налаза (нечињење у случају нарушавања конкуренције), а да га претерано не интересује ситуација лажног позитивног налаза (чињење у случају у коме нема нарушавања конкуренције). Овај налаз се односи и на друга два сегмента политике заштите конкуренције – рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја.

[21] Члан 23. старог закона предвиђао је обавезу нотификације у два алтернативна случаја. Први, да учесници имају заједнички годишњи укупан приход на територији Србије од свега 10 милиона евра. Ово је било изузетно лако испунити, па је обавеза нотификације постојала када год би неко веће предузеће које послује у Србији кренуло „у шопинг“, макар и незнатних размера. Друга ситуација коју је закон покривао јесте она у којој укупан годишњи приход учесника на светском тржишту прелази 50 милиона евра, при чему је један од учесника регистрован на територији Србије. И ово је било изузетно лако испунити, па је практично свака прекогранична аквизиција (без обзира на то колико мали били приходи предузећа у Србији које је куповано) потпадала под контролу Комисије.

[22] Практично се за скраћени поступак испитивања концентрације наплаћује два милиона динара, а за продужено испитивање четири. Видети Тарифник о висини накнада за послове из надлежности Комисије за заштиту конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 58/2006.

Комисија поштедети великог административног терета, а учесници на тржишту прикривене глобе. Та су се очекивања изјаловила: од два понуђена прага, други обесмишљава први. У првој ситуацији концентрација сада мора да се (претходно) пријави и да се *ex ante* тражи њено одобрење уколико је укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији на домаћем тржишту већи од 20 милиона евра, с тиме што најмање два учесника имају у Србији приход већи од по милион евра.[23] Ово је побољшање у односу на претходни Закон који је ту границу поставио на 10 милиона, мада остаје неизвесно да ли је законодавац направио тест колико би могућих концентрација потпадало под овако дефинисане услове. У сваком случају, исправно је уочено да увођењем услова од „по милион евра" прихода у Србији за барем два учесника избегава ситуација у којој огроман учесник сам доводи концентрацију на ниво преко 20 милиона, али – без обзира на то што купује компанију која прихода готово да и нема – концентрацију мора да пријави.

Међутим, све што је добро донео горе изложени праг поништено је другом калкулацијом коју је законодавац сматрао смисленом.[24] Наиме, ако је укупан годишњи промет свих учесника на светском тржишту преко 100 милиона евра, довољно је да само један од њих има на територији Србије приход већи од 10 милиона, па да концентрација опет мора да буде пријављена.[25] Већ се, по угледу на претходни закон, назиру два сценарија убирања прихода од нотификације за концентрације које засигурно не би требало испитивати. Прво, овако постављен праг значи да под обавезу пријаве потпада преузимање домаћег учесника на тржишту од стране компаније која не послује на домаћем тржишту. У том случају се чак ни структура тржишта (којом је законодавац без сумње опседнут) не мења. Тако је прва последица овако постављеног прага да створи непотребне препреке страним директним инвестицијама. Таква преузимања, начелно посматрано, само јачају, а не слабе конкуренцију на домаћем тржишту. Друга последица оваквог прага је да моћно домаће предузеће (које остварује приход преко 100 милиона евра) мора да пријави сваку од својих аквизиција, с обзиром на то да се може очекивати да на српском тржишту оно остварује барем једну десетину својих укупних прихода. Дакле, осим страних директних инвестиција, стварају се препреке и за домаће инвестиције мањег обима.

Може се закључити да је у односу на претходни овај Закон садржи само мале измене у супстанцијалном делу, а оне измене коју

[23] Чл. 61, ст. 1, тач. 2.

[24] Између две тачке не постоји везник „или", но ипак је из формулација и структуре јасно да се ради о алтернативно постављеним праговима.

[25] Чл. 61, ст. 1, тач. 1.

су начињене не могу се оценити као повољне, нарочито оне уређене пратећим подзаконским актима. Стога је вероватно да је основни мотив за доношење новог закона био у његовом процесном делу.[26]

6. ВРЕМЕНСКИ ДОМАШАЈ ЗАКОНА

Понекад се неке од најважнијих одредаба закона налазе на самом његовом крају: међу прелазним и завршним одредбама. Нови закон донет је 8. јула 2009. године, „ступио је на снагу“ осам дана од објављивања у Службеном гласнику, али је његова „примена одложена“ до 1. новембра 2009. Само по себи, ово није необична техника – законодавац често оставља примерено време поступајућим органима и судовима за упознавање са новом легислативом. Необично је, међутим, то што су раздвојени моменат „ступања на снагу“ и моменат „почетка примене“, а истовремено предвиђено да стари закон престаје да важи тек када нови почне да се примењује. Одређен је, заправо, прелазни период у коме су „на снази“ истовремено два закона, али се „примењује“ само један (стари). Након 1. новембра могу се „примењивати“ само одредбе новог закона, чак и ако је у међупериоду дошло до повреде неких од одредаба старог закона (који је још увек био „на снази“).

На ово се надовезују контроверзе у погледу домашаја процесних и материјалних норми закона. Тако чл. 74 новог закона (слично чл. 76 старог), предвиђа да се „*на поступке који су започети до дана почетка примене зако*на“ примењују „прописи по којима су започети“. На први поглед, могло би се помислити како се одредба бави само временским домашајем процесних одредби, тј. прописима који се примењују „на поступке“, а не „у поступцима“. Међутим, тумачити ову норму уско и прихватити да се за временски домашај материјалних норми (*a contrario* тумачењем) примењује управо супротно од онога што је предвиђено за процесне норме, значило би (супротно чл. 197 Устава) увођење ретроактивности на мала врата.

Ипак, излаз није у томе да се дејство чл. 74 тумачењем аутоматски прошири на све норме – како процесне тако и материјалне, јер би то створило нове проблеме: везивање и материјалних и процесних норми које треба применити за моменат отпочињања поступка носи у себи додатне опасности. На пример, ако донето решење буде поништено у управном спору, те тако – након 1. новембра – отпочне нови

[26] Треба напоменути да се у последње време примећује својеврсна законодавна „мода“ која се састоји у доношењу нових закона, уместо некадашњих „измена и допуна“. Овај осврт није место за анализу политичких мотива који су довели до овакве „моде“. Више о томе се може наћи у Б. Мијатовић, „Преглед Месеца“, *Фокус*, 1, 3/2009.

поступак, широко тумачење чл. 74 довело би до тога да се на нови поступак примене и нове процесне, али и нове материјалне норме. Како нове норме могу бити и строже, али и блаже, једино је логично да се на нови поступак који након поништаја буде отпочет након 1. новембра примене нове процесне норме, а да се старе материјалне норме примене, осим ако су нове повољније за учесника у поступку. Иако се формално ради о новом поступку пред Комисијом, суштински је то заправо наставак старог поступка за чију је неделотворност био одговоран поступајући орган.

Узети заједно, чл. 74 и 81 новог закона представљају још једну пропуштену прилику да се временско поље примене прописа о заштити конкуренције одреди на начин који у пракси неће стварати проблеме. Остаје да се надамо како у наредном периоду неће доћи до ситуација које би оголиле техничке мањкавости прелазних и завршних одредаба Закона.

7. КАЗНЕ

Прописи о заштити конкуренције су хибридног карактера и имају разноврсне ефекте: у основи су утемељени у управном праву, имају снажну казненоправну компоненту (високе новчане казне, а понегде и затворске), а прописују и грађанскоправну последицу – (ништавост) појединих споразума. Помирити административни карактер поступка, чињеницу да поступа управни орган и потенцијално астрономске казне, представља озбиљан концептуални проблем.

У претходној „итерацији“ закона постављена је класична спрега: под насловом *Казнене одредбе* побројани су прекршаји и запрећене казне.[27] Након што коначним решењем утврди повреду конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције је могла да против учиниоца поднесе прекршајну пријаву. Казну би, дакле, изрицао прекршајни суд. У пракси до тога није долазило зато што су судови застајали са кажњавањем док се не окончају управни спорови против решења Комисије, а ти су се спорови у апсолутно свим случајевима завршавали поништењем решења. Поред обимног набрајања прекршаја и казни, један члан казнених одредаба бавио се „заштитним мерама“ не одвећ сувислог карактера: одузимањем предмета и забраном вршења делатности за оне који повреде конкуренцију. Како је стари закон већ прошлост, нема смисла бавити се упитном уставношћу и неупитном бесмисленошћу мере којом би се правном лицу забранило да врши одређену делатност.

[27] Чл. 70–73. старог закона.

Нови закон доноси нове концепције и нове идеје. Прва од њих је да се казнене одредбе више не зову тако: иако једнако оштре (до 10% укупног годишњег прихода учесника на тржишту), оне су сада преименоване у „мере заштите конкуренције“. Зашто се законописац одлучио на ову промену? Није ли јасно да се ради о казнама и да *falsa nominatio non nocet*?

Одговор лежи у другој новини – промени начина кажњавања. Уместо старог механизма по коме Комисија подноси прекршајну пријаву, а казну изриче прекршајни суд, решење новог Закона је да кажњава сама Комисија. Прецизније, Комисија не кажњава, већ изриче „меру заштите конкуренције“ у астрономском износу. Очигледно је да нови назив за глобу има везе са новим органом који ту глобу може да изрекне. Но, ако је овакво решење компатибилно са основним постулатима нашег правног система, онда није било потребно маскирати казне у „мере“. Сумња да су одређена решења неуставна и/или незаконита преименовањем неће бити отклоњена.

На ове замерке може се одговорити нечим што личи на емпирију: сигурно да механизам кажњавања који је усвојен ваља, с обзиром на то да и Европска комисија – а она није суд – изриче казне. То јесте истина. Сама концепција по коме управни орган изриче казну није споран, но између одлуке Европске комисије и њене примене стоји могућност да се она озбиљно претресе пред судом.[28] Према новом закону (о чему ће касније бити још речи), таква могућност постоји заправо само на папиру. Стога је разумно претпоставити да су казне постале „мере заштите“ управо да би се измештање из делотворне контроле судства учинило мање очигледним.

Осим „мера“ које служе за кажњавање, нови закон уводи и „мере процесног пенала“ које имају за сврху побољшање процесне дисциплине лица против којих се поступак води.[29] Тако онај ко не поступи по налогу да достави одређене податке или саопшти непотпуне или нетачне податке, може бити „пенализован мером“ (српски: кажњен) у износу од 500 до 5.000 евра дневно. Интересантно је и да Закон предвиђа процесни пенал као средство против „понашања супротно налогу Комисије датом у поступку“, а истовремено прописује да се пенал може изрећи против онога ко не поднесе пријаву концентрације у законом предвиђеном року. Будући да поменута обавеза пријаве проистиче из самог Закона, а не из налога Комисије, као и да Закон не предвиђа да Комисија издаје „налог за пријаву концентрације“, већ само да испитује концентрације (како

[28] Од 1989. године решења Комисије разматра Првостепени суд (*CFI*), а на ту се одлуку може уложити жалба по правном питању Европском суду правде (*ECJ*).

[29] Чл. 70 новог Закона. Укупан износ ових пенала ограничава се на 10% укупних годишњих прихода.

пријављене, тако и оне које нису пријављене), очигледно је да законодавац није до краја осмислио механизме којима покушава да повећа степен пријављених концентрација.

Коначно, ту су и праве „мере“, у смислу у коме смо навикли да их срећемо у домаћем законодавству. У односу на прошли закон њихова је листа проширена, а следе концепцију коју је Драгор Хибер назвао „закон као самопослуга“:[30] на „рафовима“ овог закона нашло се буквално све што је законописцу могло пасти на памет. Најпре, ту је „мера деконцентрације“: ако је спроведена концентрација која није одобрена или је спроведена без поштовања услова под којима је одобрена, Комисија може наложити „поделу привредног друштва“, „отуђење акција или удела“ или друге мере „у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације“.[31] Наравно, све уз прописивање рокова и посебних услова. (Не)практични аспекти спровођења ове амбициозне мере нису завредели више пажње: на пример, шта се дешава ако нико не жели да купи понуђени удео или акције? Како се тачно врши „подела“ и има ли Комисија потпуну дискрецију у одлучивању по којим се то „шавовима“ ради? Мера деконцентрације се, наравно, не може принудно спровести, већ се њена примена осигурава запрећеном „мером заштите конкуренције“ (тј. глобом). Остаје нејасно зашто је као основно средство контроле предвиђена деконцентрација – непрактична и компаративно непопуларна – уместо да се остало на „мерама“ глобе.

На суседном „рафу“ ове законске самопослуге су и „мере отклањања повреде“ конкуренције (чл. 59). Наиме, када Комисија решењем утврди повреду конкуренције, истим решењем може да наложи субјектима одређено понашање (мере понашања) како би отклонила утврђену повреду и спречила њено понављање. Међутим, у истом члану предвиђају се и „структурне мере“. Изгледа да је реч о својеврсном трансплaнту Ломброзовог учења[32] у право конкуренције: ако су нека предузећа одвећ велика, сама таква структура чини вероватним да ће та предузећа у будућности кршити закон. Онда ће се тако великом предузећу наложити развргавање „настале структуре“, „нарочито путем продаје појединих његових делова или имовине другим лицима која нису повезана“. Другим речима, на одређеном ступњу квантитета непобитно настаје негативни квалитет: ко прекрши закон (а велик је), кршиће га и у будућности. Стога је боље распарчати га одмах и тиме спречити да се у буџет слије превише новца од глобе, тј. од онога што Закон назива „мерама заштите“.

[30] Приватна комуникација са ауторима.

[31] Чл. 67. новог Закона.

[32] Чезаре Ломброзо (*Cesare Lombroso*), зачетник италијанске школе позитивистичке криминологије, формулисао је теорију антрополошке криминологије: криминалци се „рађају“ и могу се препознати по својим физичким карактеристикама

8. ПРАВНА СРЕДСТВА ПРОТИВ РЕШЕЊА КОМИСИЈЕ

Претходни закон предвидео је да су решења Комисије коначна и да се против њих може водити управни спор (надлежан је био Врховни суд Србије). Исход тих управних спорова био је у сваком појединачном случају исти: решења су без разлике поништавана. Како је само кажњавање било поверено прекршајним судовима, до наплаћивања новчаних казни није долазило. Потхрањивано опаскама лаичке јавности, ово је створило одређену врсту фрустрације. Уместо да се размотри зашто решења Комисије стално бивају поништена пред Врховним судом, размишљало се у правцу што брже наплате казни.

Премештање кажњавања са прекршајних судија на саму Комисију концептуално има својих предности, јер је заштита конкуренције далеко од типичних предмета којима се прекршајни судови баве. Ипак, при том померању требало је имати у виду да Комисија може да казни драстично, да је казнена функција по правилу везана за судове, као и да мора да постоји ефикасна заштита од евентуално незаконитог поступања управе.

Природа Комисије и њен специфичан положај искључују жалбу другом управном органу. Управни спор стога остаје једино средство. Но, код управних спорова који се воде против решења којима се не одобрава одређена концентрација, много би се бољи ефекат могао постићи прописивањем да поступајући суд у управном спору по правилу поступа у спору пуне јурисдикције, уместо да се претпостави уобичајена касациона улога. За сваки пословни подухват постоји ограничен период повољне конјунктуре. Спровођење спајања и припајања изискује велике трошкове и не трпи пролонгирање неизвесности. Ако решење буде само поништено, па се предмет врати Комисији на поновно одлучивање, брижљиво припремана концентрација може постати обесмишљена, будући да се пословно окружење непрестано мења – повољни моменат за концентрацију отишао је у неповрат. Чак и да се покаже да учесници концентрације били у праву, тј. да је њихова концентрација била у складу са Законом, та њихова победа се на крају може испоставити као Пирова.

Ови проблеми нису специфични само за наше правно окружење. Уплив казненог права у управно већ одавно представља тему којом се бави и Европски суд за људска права у Стразбуру.[33] Слична питања

[33] Пресуде у случајевима *Özturk v. Germany* (1984) 6 E.H.R.R. 409; *Lutz v. Germany* (1988) 10 E.H.R.R. 182; [1987] E.C.H.R.9912/82; *Bendenoun v. France* (1994) 18 E.H.R.R. 54, као и најновија у случају *Dubus S.A. v. France* од 11. јуна 2009. У случају *Dubus*, Суд је такође приметио да су потенцијално високе казне које администрација може да изрекне пеналног карактера.

су отворена и у жалби која је пред Првостепеним судом уложена у случају *Saint Gobain Glass France and Others v. Commission.*[34]

9. ПРЕКИ СУД ЗА УЧЕСНИКЕ НА ТРЖИШТУ

Све напред побројане мане (како оне у концепцији, тако и у изведби), стичу се у ономе што је, чини се, представљало главну преокупацију законодавца: кажњавање се претворило у преки суд без права на ефикасну правну заштиту. Наиме, првостепена решења против којих жалба није дозвољена, одмах постају извршна.[35] Имајући у виду све посебности поступка, сложеност материје и висину запрећених казни, разумно је било очекивати да законодавац извршност одгоди до окончања управног спора у случају да он буде покренут. Разумно је било очекивати и да се опште одредбе о року за подношење тужбе суду дерогирају и продуже, будући да је због сложености материје 30 дана ретко када довољно. Ништа од тих разумних очекивања није испуњено.

Против коначног решења Комисије се у року од 30 дана може поднети тужба Управном суду, а подношење тужбе не одлаже извршење.[36] Дакле, милионска казна („мера заштите конкуренције“) извршиће се и пре него што је о законитости њеног изрицања имао прилике да се изјасни суд. Законодавац покушава да маскира овај својеврсни преки суд на следећи начин: прво, када се изрекне „мера-казна“, странки ће се оставити парициони рок од најмање три месеца, а највише годину дана да „меру“ плати.[37] Дакле, ако до истека париционог рока буде одлучено у управном спору, неће бити преког суда, а да Управни суд брзо одлучи побринуо се законодавац ни мање ни више него инструктивним роковима. Наиме, након рока од месец дана за подношење тужбе, Комисији тужба има да се достави на одговор у року од осам дана, а затим Комисија има да одговори на тужбу у року од 15 дана. Поврх свега, Управном суду се налаже да одлуку о тужби донесе у року не дужем од два месеца,[38] дакле нешто више од месец дана од момента када ће приспети одговор на тужбу. О вредности инструктивних рокова не треба трошити речи,[39]

[34] Т. 56/09.

[35] Чл. 261 Закона о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ,* бр. 33/97, 31/01.

[36] Чл. 71 новог Закона.

[37] Чл. 68, ст. 2 новог Закона.

[38] Чл. 72. новог Закона.

[39] За илустрацију колико они вреде у праву конкуренције може да послужи податак да је у случају *Cement Cartel* одлука Првостепеног суда донета након

но индикативно је да је укупни рок од три месеца (месец дана за улагање тужбе, и још два за одлучивање) једнак најкраћем парицио-ном року. Ово готово извесно није случајност, већ се чини да се пуком инструкцијом покушало прикрити укидање права на ефикасну правну заштиту.[40]

Тога је вероватно свестан био и законодавац, али се од концепције преког суда није одустало, већ је привидно ублажен још једним дискреционим овлашћењем Комисије. Оглобљени субјект који је поднео тужбу може да од Комисије захтева одлагање извршења решења до правоснажности судске одлуке. Милост неће бити ускраћена „ако би извршење тог решења нанело ненадокнадиву штету за тужиоца, а нарочито ако би вероватно довело до стечаја или престанка обављања пословне делатности тужиоца, под условом да одлагање није противно јавном интересу“.[41] Овим је, заправо, дорађено – уместо да барем за ову ситуацију буде дерогирано – опште решење садржано у Закону о управним споровима.[42] Комисија тако постаје експертска институција не само за питања права конкуренције, већ и за стечај. Комбиновањем ножа и погаче у рукама Комисије се постављају нови стандарди у извршењу санкција казненоправног карактера, а одмеравањем испуњености критеријума за одлагање извршења несумњиво ће се бавити и шира јавност која у експедитивној ликвидацији учесника на тржишту уме да препозна „јавни интерес“. Слика се комплетира тиме што се одлука о одлагању решења има донети „најкасније до истека рока за плаћање“, дакле и у последњи час, чак и онда када је захтев промптно поднесен.[43] Укупни резултат оваквих решења је привидна двостепеност у казненим стварима. Иако постоји управносудска заштита, она није адекватна. Логични изостанак жалбе није праћен одговарајућом адаптацијом механизма управног спора, тако да једино правно средство које кажњенику стоји на располагању нема суспензивно дејство.[44]

шест, а Европског суда правде тек након десет година од одлуке Комисије; C 204/00, *Aalborg Portland, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA and Cementir – Cementerie del Tirreno SpA*.

[40] Можда искрено убеђен у то да ће Комисија брзо истраживати, да ће суд поштовати наложене рокове, а да решења неће бити поништавана, законодавац храбро прописује и да се „мера заштите“ не може наплатити протеком три године од дана извршења радње или пропуштања обавезе, чл. 68, ст. 3 новог Закона.

[41] Чл. 71, ст. 3 новог Закона.

[42] Чл. 16 Закона о управним споровима, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

[43] Интересантно је приметити да је према чл. 16, ст. 2 Закона о управним споровима тај рок потенцијално краћи и износи три дана од дана подношења захтева за одлагање.

[44] Сценарио у коме кажњени субјект одлази у стечај и пре извојеване победе пред судом није једини проблематичан: замисливо је да услед наплате улагачи на тржишту изгубе поверење и да дође до нпр. пада вредности акција кажњеног

Није јасно ни да ли Комисија о ништавости споразума којима је повређена конкуренција треба да одлучује као о главном или као о претходном питању. Ако одлучује као о главном, то значи да би се нарушио принцип по коме само суд може да одлучује о субјективним правима. Ако би се, пак, дозволило да се о томе одлучује као о претходном питању, отвара се могућност да у неком каснијем поступку суд о томе реши другачије (било као о главном, било као о претходном питању).

Када се подвуче црта, Комисија тужи, Комисија (*de facto*) суди, Комисија кажњава и Комисија може (ако је баш убеде) да одложи извршење. Судови морају да одлуче експресно (а подразумева се и веома квалитетно) и једино им је наложено да о жалби на висину „мере“ одлуче у пуној јурисдикцији.[45] Концентрације могу да сачекају и да буду враћене на поновно разматрање, али прилив новца у буџет не може да чека. То је, отприлике, дух процесних норми новог закона.

10. ЗАКЉУЧАК

Доношењем новог Закона и његовим спровођењем повећава се државна интервенција на тржишту и то она арбитрарна, па се стога повећава неизвесност са којом се суочавају привредни субјекти – „учесници на тржишту“. Исходи у погледу политике заштите конкуренције ће веома зависити од персоналног састава Комисије, односно њеног Савета. Само по себи то показује колико нас овај закон удаљава од владавине права. Нико не тврди да смо пре њега били близу том идеалу, али смо сада свакако даље.

Оливер Вендел Холмс (*Oliver Wendel Holmes*), судија Врховног суда САД, износећи своје мишљење у случају *Schenck v. United States* у погледу тога што је влада САД створила правну основу за ограничавање слободног говора против регрутације у току Првог светског рата, указао је на то да тај потез власти представља „јасну и непосредну опасност“ (*clear and present danger*). Будући да аутори овог текста немају илузију да могу да буду језгровитији и концизнији од судије Холмса, остаје им само да позајме његове речи. Закон о заштити конкуренције представља „јасну и непосредну опасност“ за обављање привредних делатности у Србији, за њен привредни раст и просперитет.

предузећа. Све и да се испостави да је казна противзаконито одмерена, тешко ће се касније ствари вратити на стање пре доношења решења: у међувремену ће неки добити, а други изгубити услед промене цена акција.

[45] Чл. 72, ст. 3 новог Закона.

Boris Begović, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Vladimir Pavić, PhD

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

CLEAR AND PRESENT DANGER: REVIEW OF THE NEW LAW ON PROTECTION OF COMPETITION

Summary

The main objective of this article is to analyze the Law on Protection of Competition enacted by the Serbian legislator in July 2009; and especially to scrutinize the changes introduced into Serbian law by this new piece of legislation. Harmonization of domestic provisions with those of the European Community has been a guiding principle in the drafting process and the legislator has attempted to mimic the legislative model of the Community as closely as possible. Among the provisions analyzed are those dealing with restrictive practices, dominant position and abuse of dominance, determination of the relevant market, merger control, temporal scope of the law, penalties, as well as the basic procedural mechanisms, particularly those dealing with legal recourse against decisions of the Competition Commission. The authors conclude that the new law represents a step back when it comes to business environment, i.e. regulatory risk to which the entrepreneurs are exposed, and that it *de facto* abolishes effective legal recourse against the rulings of the Commission. Therefore, this law represents a 'clear and present danger' for doing business in Serbia, for its economic growth and prosperity.

Key words: *Competition.– Concentrations.– Restrictive agreements.– Abuse of the dominant position.– Relevant market.– Judicial review.*

УДК 342.565.2

Др Оливера Вучић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду
судија Уставног суда Републике Србије

Др Драган Стојановић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
судија Уставног суда Републике Србије

УСТАВНО СУДСТВО НА ПРЕСЕКУ ПРАВА И ПОЛИТИКЕ

Од успостављања првог уставног суда отворено је питање односа новообразоване државне делатности и традиционалних власти – законодавне, извршне и судске, при чему је тежиште различитих, супротстављених аргумената било на односу уставног суда и законодавца, као творца аката чије се оспоравање пред уставним судом сматра суштином уставносудског деловања. Данас је уставно судство најмоћнији елемент институционализације функције заштите устава у надмоћном броју земаља, али још увек постоји, како у теорији, тако и у струци, запитаност у погледу границе или „мере простирања“ уставносудске власти. Ово питање, у теорији неретко сматрано „судбинским“ (Schicksalsfrage), основ је расправа које се воде, како у вези са односом уставног суда и начела поделе власти, тако и односом уставног суда и политике. Ширење надлежности уставног суда, која данас, поред контроле уставности или законитости општих правних аката, обухвата и пружање заштите уставу од повреда учињених појединачним правним актима или материјалним радњама, неминовно успоставља нов однос овог органа према начелу поделе власти. Будући да је мерило деловања уставног суда устав, акт највише правне снаге и снажних политичких својстава и неспорног политичког значаја, а предмет спорова које решава уставни суд јесу уставноправна питања која нужно у себи садрже елемент политичког, функцијом уставног судовања институционализована је правна контрола политике. Штитећи право ујемчено важећим уставом, уставно судство снагом политички неутралног судског ауторитета политици поставља садржајне границе и чувајући ауто-

ритет устава, чува истовремено и функционалну поделу власти успостављену уставом и ауторитет органа којима је њено вршење поверено.

Кључне речи: *Појам, садржина и функције устава. – Уставносудска функција. – Независност и политизација уставног суда.*

1. УСТАВ КАО ПРЕДМЕТ И МЕРИЛО УСТАВНОСУДСКЕ ЗАШТИТЕ

За разлику од класичног, редовног суда, који суди на основу закона, „служи“ закону, како пише Фаворе (*Favoreu*), уставни суд је упућен на устав као предмет своје заштите и мерило за доношење својих одлука. „Служећи“ уставу, да останемо доследни Фавореовом изразу, уставни суд својим деловањем, одлукама које доноси и значајем који тиме у друштву остварује, потврђује природу устава, његова својства и улогу коју има. У мери у којој је устав као правни акт и највиши закон једне земље истовремено идеолошко-политички акт и уставни суд, као његов чувар и гарант те највеће правне снаге, јесте и нужно мора бити политички орган. Мера политичког која се налази у уставном суду, од његовог успостављања доношењем једног устава, начина на који се бирају судије које га чине, ширине надлежности које му се поверавају, уз моћ коју носе његове одлуке, управо је сразмерна снази политичког која је била основ за уставно. Да би се одредили према питању уставног судства у вези са преламањем права и политике претходно се морамо осврнути на сам устав, његова својства, садржину и функције, као и на промене које се у вези с тим одвијају у савременим државама.

Сагласно традиционалном научном погледу, садржина устава (*materia constitutionis*) требало би да буде исход суверене правне одлуке актуелног уставотворца. Но, без обзира на чињеницу да се и у садашњости признаје начелна слобода уставотворног обликовања, данашњи устави европских држава досегли су до извесних неспорних садржајних стандарда, тако да је уставна материја у не малом делу постала типична. Односно, стандарди уставног инжињеринга се, у већој или мањој мери, могу наћи у свим модерним уставима. Познато је да је либерална уставност уставну материју ограничила на два основна проблемска круга: државну власт и права грађана. Већ из одређења појма устава код многих аутора назире се таква оријентација. Тако, примера ради, дефинишући устав у најширем смислу као „скуп правила који регулише систем власти у једној држави“, Парпворт (*Parpworth*) образлаже да устав установљава тела и установе које чине део тог система, даје им овлашћења која имају да врше, одређује начин њиховог међусобног деловања и начин на

који они коегзистирају, истичући да се „можда најважније од свега“ устав бави управо „односом власти и појединца“.[1] Поред норми о државној власти и правима грађана, модерни устави регулишу на посредан и делимичан начин области друштвеног живота, нарочито политичких, економских и социјалних животних односа, покушавајући да у њима успоставе одговарајући друштвени поредак. Устав данашњице је очигледно изменио свој лик у односу на класичан образац устава деветнаестог столећа, било изменама у погледу опсега уставне материје, па и самог одабира питања који се сматра, од стране уставотвораца појединих земаља, делом *materia*-е *constitutionis*, било изменама у разумевању одговора на питање шта су функције устава.

Разнородност устава на данашњој мапи светске уставности, условљена различитим друштвеним разлозима – историјским, политичким, националним, економским, географским и традиционалним, наводи неке ауторе на легитимно раздвајање типова устава, при чему се сви тако дефинисани уставни „модели“ равноправно могу сматрати уставом у одговарајућем и правно и политички достатном смислу.[2] Ова тенденција „иноваторског“ приступа у уставотворству је посебно упадљива код устава постсоцијалистичких или транзиционих држава, који настоје да изнова конституишу правно-политички и привредни поредак грађанског друштва.

Из самог појма устава, али и из његове садржине, произлази функција устава и задатак који својим доношењем и применом устав

[1] N. Parpworth, *Constitutional & Administrative Law*, Oxford 2006, 3. Парпворт се у даљем тексту позива на Фајнера (*Finer*) и његов рад *Five Constitutions*, у коме овај аутор дефинише уставе као „кодове правила који теже да регулишу распоред функција моћи и дужности међу различитим агенцијама и канцеларијама владе, и дефинише везе међу њима и јавности“, као и на Кинга (*King*) и његову дефеницију устава, коју нуди у свом „Хамлинском предавању“ (*Hamlyn Lecture*), као „сета најважнијих правила која регулишу односе међу различитим деловима владе дате земље и односе међу различитим деловима владе и народа те земље“. По Кингу, устав у знатно ужем смислу јесте писани исказ државних уставних правила у документарној или кодификованој форми, што Кинг назива „уставима са великим У“, за разлику од горе поменутих устава, „устава са малим у“, који се, како он сматра, „никада не записују“. Овакав приступ дефинисању устава омогућава Кингу, како то наглашава Парпворт, да „нагласи важну поенту – да државе редовно имају обе врсте устава и да иако се ове врсте донекле преклапају никада то не чине у потпуности“. Вид. даље N. Parpworth, 4.

[2] Вејд (*E.C.S. Wade*) и Бредли (*A.W. Bradley*), разликују устав у ужем смислу речи, који представља „документ специјалне правне снаге који излаже оквир и основне функције органа власти у држави и проглашава принципе којима се ти органи морају руководити“ и устав у ширем и модернијем смислу, који се односи на „цео систем владе једне земље, скуп правила који установљава и регулише или управља владом“. E. C. S. Wade, A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, New York 1993, 5.

треба да оствари.[3] Функција устава је комплексна, одређена је општим разлогом настанка устава, његовим доношењем и садржајем и карактером норми које су у уставу садржане, тако да се појављује у више јасно препознатљивих димензија. Све оне, међутим, нису на једнак начин, или нису у потпуности, изражене у свим уставима.[4] С друге стране, већ помињани устави држава у транзицији добијају и додатне функционалне аспекте. У постсоцијалистичким државама функцији стабилизације, која је сада на делу, претходила је функција скоро потпуног, у сваком случају веома замашног, преобликовања државно-правног поретка. За ове државе та изузетна уставна динамичност, дубока уставна реформа, добила је, по свом значају, карактер праве уставне револуције.[5] Може се закључити да цели-

[3] Тако, на пример, Ј. Ђорђевић сматра да под уставом „подразумевамо јавни акт или документ који представља основни и највиши закон у једној земљи који утврђује или правно регулише основне друштвенополитичке односе те земље, нарочито питање формирања, функционисања и овлашћења политичке власти, постављајући истовремено и границе акције и власти у односу на друштво, а нарочито на извесну сферу која гарантује интегритет личности човека и елементарна људска права која су уједно и средства ограничења власти“, Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1972, 21 и даље; Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције,* Београд 2009, 87 и даље; Д. Стојановић, *Уставно право*, I, Ниш 2007, 70. Такође S. Sokol, B. Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb 2009, 47 и даље; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschlands,* Heidelberg 1982, 11; T. Öhlinger, *Verfassungsrecht,* Wien 1999, 26.

[4] Међу функцијама које би сваки устав требало да испуни могу се разликовати правне и политичке.Посматрано са правног становишта, функција устава може бити трострука. На првом месту, устав је *правна основа*, темељна правна и политичка одлука, која је *conditio sine qua non* ваљаности целовитог правног поретка. Ову функцију устав може да оствари једино ако се појављује као креација суверене воље, ако је дело суверене власти. На другом месту, устав одређује носиоце власти, оне који владају, и њих снабдева надлежностима. У овоме се може видети интеграциона улога којом се долази до конституисања државне јединице и њеног организма, што се може означити и *функцијом конституисања* државне власти. Најзад, устав симболизује, учвршћује и стабилизује постојећи државни и правни поредак. Као акт најјаче правне снаге, устав предвиђа не само водеће принципе конституисања државне власти, као што су, на пример, сувереност, репрезентација, подела власти и др., него и принципе који се морају поштовати у процесу вршења и трансфера власти, као што су принципи правне државе, уставне контроле и уставне ревизије. *Функцијом стабилизације* устав омогућава надперсонални континуитет власти и захтева од ње да се потврди као рационална, а то значи да се врши на предвидљив, разумљив и разборит начин.

[5] Добар пример је Устав Републике Србије од 1990. године, донет још у време важења савезне социјалистичке уставности, који је својим решењима искорачио из начела демократског јединства власти успостављеног у лику скупштинског система, у парламентарно уређење засновано на начелу поделе власти, увео равноправност свих својинских облика уместо дотадашње доминације друштвене својине као темеља особеног, самоуправног социјализма, успоставио политички плурализам и тиме укинуо дотадашњу владавину једне неприкосновене политичке странке, успоставио уставно судство на темељима европске традиције уставног судовања, итд.

ном својих функција устав доприноси конституисању, интеграцији и одржавању стабилности државне заједнице, а њено вођство снабдева неопходним демократским легитимитетом. С политичког становишта посматрано, од устава се захтева да тако организује власт како би се очувала слобода појединца. Уставни инжињеринг се у исто време показује као техника добијања, вршења и трансфера власти, али и као техника остваривања и очувања слободе. Устав и уставно право имају задатак да правно обликују политичке феномене на начин који би суштински имао за циљ помирење власти и слободе у оквиру државе – нације.[6] Већ из овога се може извести главни политички задатак и политичка функција устава: *ограничење и контрола политичке власти*. Подела власти и репрезентација иманентно воде ограничењу државне власти и њеном подвргавању демократској контроли. Али, режим уставне владавине се на томе не зауставља; од њега се тражи да, гарантујући слободу, обезбеди владавину права. Тиме се долази до коначног задатка устава: *ограничење власти и спречавање злоупотреба*, без обзира од кога оне потичу.

Имајући у виду својства, садржину и функције устава, могуће је разликовање више уставних типова. Поред класичних и општепознатих разврставања устава с обзиром на различите критеријуме деобе, занимљиву типологију устава даје Франкенберг (*Frankenberg*) који, полазећи од устава као *симбола* и *инструмента*, издваја из уставне историје четири архетипа устава: манифест, план-програм, уговор и закон.[7] Устав у улози закона, по Франкенбергу, представља,

[6] На овој функцији уставног права посебно инсистира француска правнополитичка доктрина. Вид. на пример, A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques,* Paris 1968, 7.

[7] *Устави – манифести*, попут славне француске декларације, вели Франкенберг, „читају се углавном као необавезна политичка проза, а не као правни текстови“. Они остају „садржајно рудиментирани,... као једнострана прокламација упућена публици..., ограничавају се на мањи број фундаменталних тврдњи (темељна права),... утеловљавајући устав једино као симбол.“ *Програмски* или *плански устави*, такође устави симболи, обележавали су некадашња социјалистичка друштва. Уставотворство и овде „следи узор једностраних прокламација, које потискују стварног суверена у улогу акламатера.... Крајње неодређеним појмовима... плански устави прописују развојне циљеве које су већ на другим местима пропагирали (партијски програм – прим. аутора) и остваривали високи политички кадрови“. За разлику од претходних, код *устава-уговора pouvoir constituant* „интерно је структуиран више као правни однос...“. Франкенберг разликује два типа уставних уговора: конституционални уговори о савезима или организацијама и друштвени уговори. „Први се одиста склапају,... баве се претежно питањима организације *governmenta* и поделом суверенитета“, док друштвени уговори имају „виртуелан, односно хипотетички карактер и не напуштају простор политичке филозофије и уставне теорије“. G. Frankenberg, „Ustav u prijelazno doba“, *Politička misao* (Zagreb), 38/2001, 106 и 107. Мада у знатној мери оригинална, ова типологија устава опомиње на класификацију устава Карла Левенштајна (*Karl Löwenstein*), који, полазећи од онтолошког мерила – однос

као и устав-уговор, не само симбол, него и инструмент. Осим квалификоване процедуре, њега „одликује одређена архитектура: он прописује темељна права и обавезе грађанства, уређује организацију политике и технику владања... истиче вредности које се држе темељнима, те метаправилима утврђује уставне услове важења и измена... може обухватити елементе манифеста и програмске одредбе“.[8]

Посматрано са аспекта уставне теорије, транзиција држава Источне и Средње Европе може се означити „као прелаз од социјалистичко пропагандног устава на законски устав тржишног друштва“.[9] Као што је поменуто, уставној функцији стабилизације претходила је *функција преобликовања*, условљена главним политичким циљем ових држава – приступањем кругу држава Европске уније. Овај циљ је одредио уставни модел који је требало не само да превлада некадашњу монопартијску диктатуру, него и да буде валидна правна улазница за улазак у круг демократских уставних држава. У ствари, овај уставни тип је био изнуђен и подвргнут надзору „западних супервизора“ (Европска унија, Савет Европе-Венецијанска комисија, ОЕБС). Од програмских устава са елементима манифеста и законским декором, транзицијска друштва су у последњој деценији XX столећа дошла до уставне и правне државе, „чији политичко-правни лик одсад обележавају законски устави“.[10] Уставна симболика, односно елементи манифеста садржани у преамбулама устава и задржавање опсежног каталога социјалних права нису потпуно нестали, посебно у новоконституисаним државама које својим идеолошко-политичким исказима очигледно претерују у покушајима да докажу да је њихов национални и друштвено-историјски контекст одувек био део европског цивилизацијског простора. У сваком случају, уставна компилација и копирање уставних модела држава западне демократије, који је посебно обележавао и још увек карактерише нове демократије држава Средње и Источне Европе у транзиционом периоду, уставноправни и законодавни процеси еуфемистички названи *хармонизација права* – добрим делом јесу последица наметнутих политичких захтева које је требало испунити у процесу њихове европске интеграције.[11] Нема сумње да материјални уставни дисконтинуитет, независно од тога да ли се до њега дошло

устава и друштвене стварности – разликује *нормативне, номиналне и семантичке уставе*.

[8] *Ibid*., 109–110.

[9] *Ibid.,* 108.

[10] *Ibid.*

[11] Овакав модел се сасвим добро уклапа у најчешће разлоге помоћу којих Вотсон објашњава правне трансплантe, као што су ауторитет (А. Вотсон, *Правни трансплантi*, Београд 2000, 133) или наметање права (А. Вотсон, „Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 16).

методом парцијалне трансплантације иностраних решења или доношењем потпуно нових устава у бити ослоњених на стране узоре, захтева ново саморазумевање, нову уставну дефиницију постсоцијалистичких држава. У њој се сада обавезно налази ознака „демократска“ или „демократска правна држава“, уз набрајање мањег или већег броја основних елемената новог државно-правног поретка заснованог на слободним изборима и подели власти.

2. ЗНАЧЕЊЕ И ФУНКЦИЈЕ УСТАВНОГ СУДСТВА КАО ОБЛИКА ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ ЗАШТИТЕ УСТАВА

Посебан значај у свим транзиционим државама имала је експлицитна потврда начела владавине права или правне државе коју је обавезно пратила институционализација уставног судства.[12] Само увођење уставног судства показало се потпуно оправданим, имајући у виду да су у процесу преобликовања ка политичкој форми „слободно-демократске уставне државе“, транзиционе државе биле суочене са бројним изазовима, који су се не ретко манифестовали као сукоб структуралних елемената идеје правне државе, правне сигурности, као формалне стране правне државности, и правичности, као њене материјалне стране. Питањима рехабилитације „непријатеља народа“, реституције, денационализације, приватизације, или лустрације, бавиле су се, на један или други начин, односно у мањој или већој мери, све државе транзиције. Због тога је њихово законодавство имало деликатан задатак да у конкретним ситуацијама отклања латентне супротности, некада давањем предности правној сигурности, некада начелу правичности. Опсежно законодавство, које је имало карактер праве инфлације прописа, истовремено је водило јачању значаја и ширењу акционих могућности уставносудске функције у транзиционим државама. Посматрано у целини, уз све потешкоће и отворена питања на

[12] Својеврсно „понављање историје“ појавом уставног судства у земљама које напуштају социјалистичко друштвено уређење и тиме социјалистички тип уставности, јавља се у односу на земље као што су Италија и Немачка, које су из вртлога Другог светског рата изашле као поражене виновнице страдања огромног броја земаља и милиона њихових грађана, у којима је борба против фашизма оставила пустош у погледу претрпљених људских жртава, материјалних разарања и најдрастичнијих и најмасовнијих кршења људских права. Наиме, као што је познато, ове две данас моћне, демократски уређене државе, одмах након завршетка рата, уставима које доносе успостављају уставно судство, исказујући тиме своју решеност да својим грађанима, али и целом свету, покажу да будућност која долази представља период најпоузданије заштите устава и уставом успостављених друштвених вредности, људских права, пре свих. Ниво заштите коју Уставни суд Италије и, посебно, Уставни суд Немачке пружају својим вишедеценијским деловањем сопственим уставима и својим грађанима, јесте узор несмањеног утицаја за све друге државе које настоје да изграде делотворно и тиме респектабилно уставно судство.

која се одговор још тражи, уставно судство је имало стабилизујуће дејство у новим демократијама првог и другог таласа транзиције.

Судбину других држава у транзицији дели и Република Србија, док се у нешто другачијој позицији налази уставно судство Републике Србије. Ово из разлога што је Уставни суд у Србији прошле године обележио четрдесет и пет година свога постојања, од чега је последњих деветнаест година, од доношења Устава Републике Србије од 1990. године, функционисао као битно реформисани и достигнућима европске традиције уставног судства прилагођени заштитник устава. Наиме, уставно преобликовање у смислу прихватања плуралистичког политичког и економског поретка, које је најављено већ Уставом од 1990. године, из основа је променило положај, смисао и циљ уставног судовања у Републици Србији. Устав од 2006. године наставља у овом либерално-демократском смеру, сада и са јасним окретањем ка европским интеграцијама Србије.[13] У светлости начела поделе власти и масивне хармонизације права и овде се, на измењеној уставноправној основи, актуелизују задаци уставносудске функције и однос „четврте“ уставне власти – функције уставне контроле – према класичним државним функцијама, пре свега, законодавству.

Јудикатура о уставу уопште и институционално самостално уставно судство посебно претпостављају да је устав непосредно обавезујуће право највишег ранга.[14] То је акт који има статус „врховног закона“ (*lex superior*) и, у Марчићевом (*Marcic*) смислу, акт „првенства“ и „старешинства“ (*Verfassung als Vorrang*),[15] и окружен је посебним препрекама, тежим него у случају обичних закона, које је потребно пребродити како би се најпре приступило његовој промени, а потом та промена и извршила.[16] Зато је потребно уставу обезбедити одговарајућу и делотворну заштиту, и тиме заштитити „правну егзистенцију устава, као нормативног темељног поретка земље“.[17] Уставносудска заштита устава не може да иде даље од

[13] О Уставном суду у новом Уставу Републике Србије вид. Р. Марковић, „Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 19–46.

[14] Концепција чврстог устава подразумева под уставом акт који је Келзен сматрао актом који суштином свога појма значи „врховно“, „одређујуће“, у смислу целокупног правног и државног уређења, и „одлучујуће“ за биће тим уређењем конституисаног друштва, H. Kelsen, „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“, *Veröfentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Heft 5, Berlin – Leipzig 1929, 36.

[15] R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien 1963, 16–17.

[16] М. Јовичић, *О уставу*, Београд 1977, 26 и даље.

[17] K. Korinek, „Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen“, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 39, Würzburg

правног квалитета устава и његовог ранга. Она подручја устава која немају „јустицијални квалитет“ изузета су из судског испитивања. Али, о питањима да ли се доиста ради о тим подручјима устава, као и где су њихове границе, одлучују уставни судови у поступку нормативне контроле, а не политичари. Апстрактна контрола уставности отворила је проблем принципијелног односа уставног суда, коме је намењена улога „чувара устава“, и законодавца, који је снагом принципа народне суверености, генерално позван на постављање права, а то значи извршење устава.[18] Ово питање, постављено одмах након остварења Келзенове идеје о специјалном органу, уставном суду, као чувару и заштитнику устава, па чак и пре у теоријским расправама које су претходиле уставним решењима из 1920. године, са скоро несмањеним жаром у теоријским, чини се још више у стручним круговима, отвара аргументоване расправе.

Има мишљења да уставносудска нормативна контрола има смисла једино ако се врши као тзв. накнадна контрола, јер „претпоставка нормативне контроле је постојање норме коју треба испитати“ [*BverfGE* 1, 396 (410)]. Својеврстан изузетак је нормативна контрола међународних уговора, чије се превентивно вршење, дакле, пре окончања уставноправне парламентарне ратификације, оправдава специфичностима и природом акта који је предмет ове контроле, тј. закљученог међународног уговора који још није произвео правно дејство ни у унутрашњем ни у међународном праву. Расправљајући о Уставном суду Хрватске и пракси овога Суда по питањима сагласности међународних уговора са Уставом, Смердел и Сокол напомињу да се „уставним судовима никада не даје право накнадне контроле уставности међународних уговора“,[19] иако многи устави (добрим примером сматрају Устав Шпаније), прописују претходну контролу међународних уговора пре ратификације.[20] Предмет превентив-

1981, 11; E. Friesenhahn, „Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“, *Zeitschrift fur Schweizerisches Recht,* Vol. 73, Neue Folge 1954, 129.

[18] О односу уставног суда и законодавца, питању које се и данас сматра несмањеном снагом актуелним и „неразрешеним“ вид. више у радовима старим скоро цело једно столеће, али сасвим „свежим“ са аспекта савременог разумевања и законодавца и уставног суда, Ч. Марковић, „Суд има да цени уставност закона“, *Архив за правне и друштвене науке* 5/1907, 412 и Ђ. Тасић, „Када се има узети да судови цене одн. не цене уставност закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, 9, 6/1925, 402.

[19] B. Smerdel, S. Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb 2009, 185.

[20] Објашњавајући свој став у овој ствари Смердел и Сокол истичу да, без сумње, Уставни суд (односи се на Уставни суд Хрватске) „може испитивати формалну уставност закона о потврди, односно ратификацији међународног уговора“. У даљем тексту ови аутори тај свој став образлажу на следећи начин: „Кад је ријеч о испитивању материјалне уставности закона о потврди међународног уговора она би увијек била уједно и испитивање материјалне уставности међународног уговора чији се текст тим законом потврђује и уноси у унутарњи правни поредак

не нормативне контроле је недовршени акт, што имплицира донекле проблематичну улогу уставног суда у поступку оцене његове уставности.[21] Чини се да је тешко могуће избећи утиску да се, у овом случају, уставни суд пре јавља као трећи дом парламента, који располаже правом особеног вета, него као „чиста“ судска институција.

Када је реч о тумачењу устава, начелно је прихватљиво полазиште владајуће уставне теорије у Аустрији да су традиционалне интерпретационе методе принципијелно примењиве и за тумачење устава. То су интерпретација језичког значења – вербална, граматичка и систематска – историјска и циљна интерпретација.[22] Нешто другачије се посматра тумачење устава у немачкој уставноправној доктрини која разликује следеће методе интерпретације устава: вербалну или граматичку интерпретацију; систематску; телеолошку или циљну; историјску и упоредну интерпретацију.[23] Наравно, код тумачења устава, тумачу се, због веома уопштеног и лапидарног језика формалног уставног права, постављају посебни захтеви. По

Републике Хрватске. Због тога сматрамо да Уставни суд не би имао право да се кроз испитивање материјалне уставности закона о потврди међународног уговора посредно, иако то није у његовој надлежности, упусти у испитивање уставности међународног уговора. Осим наведеног, томе у прилог говоре и изричите одредбе чланка 14. Устава према којима се одредбе међународних уговора „могу мијењати или укидати само уз увјете и на начин који су у њима утврђени, или сугласно опћим правилима међународног права“, *ibid.*

[21] Превентивну нормативну контролу установљава и нови Устав републике Србије. Тако је чланом 169. утврђено да је Уставни суд дужан да, на захтев најмање једне трећине народних посланика, у року од седам дана, оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен. Марковић, оцењујући позитивно ову новину унету Уставом од 2006. године и истичући да је још у време општих расправа о потреби промене Устава од 1990. године било озбиљних и аргументованих залагања у овом правцу, сматра да је „оваква претходна оцена уставности закона јак инструмент у рукама парламентарне опозиције, јер ова, и кад је надгласа парламентарна већина (којој може бити политички интерес и доношење неуставног закона) има средство за спречавање ступања на снагу неуставног закона“, вид. Р. Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 5–46. Уколико закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности, Уставни суд ће наставити да поступа према захтеву, у складу са редовним поступком за оцену уставности закона. Уколико, пак, Уставни суд донесе одлуку о неуставности пре проглашења закона, ова одлука ће ступити на снагу даном проглашења закона. На крају, Уставом је уређено да „поступак за оцену уставности не може бити покренут против закона чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу“ (чл. 169, ст. 4 Устава Републике Србије од 2006. године).

[22] Вид. T. Öhlinger, *Verfassungsrecht,* Wien 1999[4], 29 и даље; такође и K. Korinek, „Zur Interpretation von Verfassungsrecht“*, FS Walter*, Wien 1991.

[23] Тако E. W. Böckenförde, „Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik“*, Neue Juristische Wochenschrift*, München 1976, 2089 и даље; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht des Bundesrepublik Deutschlannds*, Heidelberg 1982[13], 19 и даље.

свом начелном карактеру и степену апстракције, уставни стил се јасно разликује од стила законских норми.[24] Због тога се ни уобичајеним методама интерпретације подуставног права, тј. закона, не може одредити прецизни садржај не само начелних и програмских, него и многих других одредаба устава. Уставносудска интерпретација захтева „подршку теорије која истражује смисао и функције устава, његових темељних начела и централних институција“.[25] Од постојећих метода интерпретације устава ниједна узета понаособ не може се сматрати ексклузивно тачном. Напротив, начелно треба изабрати интерпретацију која ће водити рачуна о комбинацији свих интерпретационих метода, због изразито политичког карактера уставног права. Но, принципијелно, за право уставног ранга објективне интерпретационе методе, граматичка, систематска и циљна интерпретација, морају имати предност у односу на субјективне методе тумачења устава. Када се пође од тога, онда се за интерпретацију устава више интерпретационих принципа показују меродавним. Међу њима посебну важност имају принцип објективне интерпретације воље уставотворца, уставна интерпретација као конкретизација и принцип „уставно конформне интерпретације закона“.[26]

За тумачење устава уставносудска интерпретација је од посебног значаја. У питању је ауторитативна интерпретација која повлачи за собом далекосежне правне последице. Судска интерпретација се ослања и требало би да се ослања на доктринарну интерпретацију устава, али својом праксом она може да је превазиђе или преобликује, и тако створи властиту доктринарну интерпретацију. Добар пример је доктрина „окамењивања“ аустријског Уставног суда, најстаријег европског уставног суда, која се сматра старим стилом интерпретације устава. Према овој доктрини, која представља „комбинацију интерпретације стриктно дословног језичког значења и објективне варијанте историјске интерпретације“, у случају сумње, уставне појмове треба разумети у оном смислу који им припада према стању и систематици правног поретка у тренутку ступања на снагу уставне норме.[27] Стриктна интерпретација дословног текста са историјским

[24] За стил устава и стил интерпретације устава, вид. T. Öhlinger, „Stil des Verfassungsgesetzgebung – Stil der Verfassungsinterpretation“, *FS Adamovich*, Wien – New York 1992.

[25] T. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, Wien 1999[4], 34.

[26] Поред наведених, немачка догматика наводи следеће принципе уставне интерпретације: принцип јединства устава; принцип оптималног склада и хармонизације противуречних уставних норми; принцип државне интеграције, принцип функционалне непроменљивости и др. Упор. K. Hesse, 24 и даље.

[27] Вид. T. Öhlinger, 34. Ближа анализа „теорије окамењивања“ показује да се овде примарно не ради о историјској, него о „вербалној интерпретацији са систематским аспектом“. Тако, на пример, R. Walter, H. Mayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht*, Wien 2000[9], 63.

акцентовањем и занемаривањем телеолошких промишљања дуго је обележавала стил уставне интерпретације у Аустрији. Сматра се да је она била и израз доктрине *judicial self restraint* према законодавцу. Њено теоријско образложење ослоњено на формални карактер уставног права у смислу „устава правила игре“ имало је границе тамо где устав више и другачије уређује животне односе од правила игре политичког процеса, посебно када је реч о основним правима и одредбама којима се одређују програмски циљеви државе. Правна критика овог „формално-редукованог“ стила интерпретације била је мотивисана њеном недовољношћу, нарочито према основним правима, која нису задобила релеванцу и према законодавцу. У правној теорији се стога тражило напуштање „примитивног позитивизма голе речи“[28] ка вредносно оријентисаном или материјалном тумачењу устава, у смислу првенства телеолошке интерпретације. Ову оријентацију постепено је следила јудикатура Уставног суда Аустрије о основним правима и водећим уставним принципима. С новим стилом интерпретације Уставни суд Аустрије налази узор у пракси Европског суда за људска права и немачког Савезног уставног суда. Међутим, у овом екстензивном стилу тумачења, које је далеко удаљено од дословног текста уставног права, Е. В. Бекенферде (*Ernst Wolfgang Böckenförde*) види опасност „преласка од законодавне правне државе ка уставноправној јурисдикцијској држави“.[29]

У односу уставног судства и законодавца поставља се питање ко је у првом реду позван на конкретизацију устава. Када се ради о „уставно конформном“ тумачењу, којим се одржава важење закона што је више могуће, онда се функционално-правно начело показује као принцип приоритета законодавца при конкретизацији устава. Како наводи Хесе (*Hesse*), демократски законодавац претпоставља уставност свог хтења и делања; њему је у првом реду поверено правно обликовање животних односа.[30] Уставном суду је забрањено да оспорава овај примат законодавца и тиме проузрокује померање уставноправно додељених функција.

3. УСТАВНИ СУД И ПОЛИТИКА

Уставно судство је настало како би снагом судског ауторитета, као независног арбитра, било у стању да испита акте политике, законодавне акте парламента и одлуке владе, и да их евентуално анулира, за случај њихове несагласности са уставом. Функцијом уставног

[28] L. Adamovich, B. C. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* Wien 1987, 82.

[29] E. W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40. Jahren Grundgesetz,* München 1989, 61.

[30] K. Hesse, 31.

судовања институционализована је правна контрола политике. На овај начин се, у особеном смислу, раскида са правном традицијом начелног очувања судске неутралности према питањима политичке целисходности. Установљавање уставног судства је израз промењеног разумевања односа политике, односно демократије, и правне државе, имајући у виду свагда напети однос између два опречна захтева – захтева за „приматом политике над правом“ и захтева за „приматом права над политиком“. Са идејом чврстог устава и појавом уставног судства сада се овај однос разрешава у корист (политичког) права, тачније уставног права. За сваки уставни суд може се прихватити давно изречена констатација Г. Лајбхолца (*Gerhard Leibholz*) да се место немачког Савезног уставног суда налази „у пресеку права и политике“.[31] Да и међу самим члановима уставних судова јасно постоји свест о преплитању и напетом односу права и политике, потврђују речи некадашње председнице Савезног уставног суда Јуте Лимбах (*Jutta Limbach*) да овај Суд „представља истакнути фактор у политичком процесу“. Док је Ернст Бенда (*Ernst Benda*), бивши председник Савезног уставног суда, говорећи о односу права и политике, употребио метафору да се овде ради о „агрегатним стањима исте ствари“,[32] дотле Ерхард Мок (*Erchard Mock*) с правом констатује „различиту густину нормативног прожимања и различиту меру обавезности“ која припада праву с једне, и политици, с друге стране; право, као „очврснули део прошле политике, поставља садашњој (политици) садржајне границе“.[33] Ако се прихвати ова оријентација, онда је очигледна далекосежна еволуција политике према праву: право данас је, како каже Петер Хеберле (*Peter Häberle*), политика од јуче, а политика данас је право сутра.[34] Али, из ове чисто дескриптивне слике не могу се добити никакви искази о различитим задацима политике и правосуђа или конкретна упућивања на начин и обим деловања уставног суда. Због тога њена изворна интенција више лежи у наглашавању узајамности и немогућности потпуног садржајног диференцирања, него у апсолутном разграничењу домена политике и права. Између ових домена нужно постоје извесне „сиве зоне“ чију природу није увек лако утврдити .

Колико је уставно судство нужно политизовано, односно да ли је могуће да се власт, као институционализована политика, уздржи од утицаја на уставни суд или, да ли је и у којој мери, па и којим средствима, могуће да се само уставно судство одупре политизацији?

---

[31] G. Leibholz, „Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht“, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln 1974.

[32] P. Häberle, „Das Bundesverfassungsgericht in der Krise*?“, Öffentlich – rechtliches, europarechtliches und rechtsphilosophisches Seminar* „Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik“, Berlin 1996, 8.

[33] E. Mock, *Richter machen Politik*, 174, нав. према P. Häberle.

[34] P. Häberle, 15.

Ово питање није од своје актуелности изгубило ништа, од давних дана настанка уставног судства, пре скоро једног столећа, до данас, када се овај облик заштите устава доказао као незаобилазан и незаменљив пут чувања устава и заштите људских права.[35] Тако су приговори који се упућују уставном суду са најбогатијом праксом, Савезном уставном суду Немачке, ишли на то да је Суд „померио тежиште између парламента и правде (*Justiz*)", тако „што се понаша као врховни законодавац", односно ставља се на место законодавца. Суду је приговарано да се размахао „од чувара до господара устава", постао је „супер ревизиона инстанца", „продужена рука опозиције", итд. У критици се ишло толико далеко да се, када је реч о Уставном суду Немачке, говорило чак о „алијанси црвених тога у Карлсруеу са црним политичарима у Бону".[36] Постојали су и предлози, онда када се сматрало да се, због изразите политизације, Савезни уставни суд нашао у озбиљној кризи, да се овај суд суштински реформише, како би се вратио на „прави", демократски пут уставне контроле. Неки предлози су заговарали чак и укидање нормативне контроле или постављање строжих формалних услова за њено примењивање.

Да би доиста вршио функцију неутралне власти, Уставни суд, свакако, не би смео не само да уђе у политички процес, него ни да прилази превише близу процесу политичког одлучивања који је резервисан за парламент и владу. Због тога се може прихватити на-

[35] Тако је Трипел (*Triepel*), један од најзнаменитијих опонената уставног судства, доказивао да је уставносудска власт неспорно политичког карактера, а уставноправни спорови увек спорови политичког карактера, у чему лежи „основ и извор свег проблематичног у односу на успостављање уставног судства". Управо политичка природа спорова који су основ деловања уставног судства, налаже да начин њиховог разрешавања буде политичка борба, савладавање воље противне стране, или договорно, споразумно изналажење решења, као компромиса прихватљивог за обе стране, што је у супротности са природом судске делатности. H. Triepel, „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928, Berlin – Leipzig 5/1929, 2–29. За Шпанера (*Spanner*) је граница у оквиру које ће се простирати могућност уставносудског одлучивања у уставноправним споровима „одлучујуће питање за прихватање или одбацивање уставносудске власти", што, у суштини, такође представља бављење питањем мере политичког у природи уставносудске власти, док Хекел (*Heckel*), изјашњавајући се, као и Шпанер, у прилог одређивања граница уставносудске власти, што сматра судбинским питањем *Schicksalsfrage*, сматра да би судској контроли требало поверити само „уставне спорове првог реда", дакле спорове којима се одлучује о судбинским питањима народа, питањима државног удара, револуције, сецесије, питањима „уставних ломова који за своје решавање траже мобилизацију отпора целог народа", чиме открива колико је за њега у ствари уставносудска функција управо политичка функција. H. Spanner, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien 1951, 40–41.

[36] Упор. R. Lamprech, W. Melanowsky, *Richter machen Politik,* 10–13, цит. према P. Häberle, 8.

челни став Хесеа (*Hesse*) да је задатак политике и уставног права успостављање „практичне сагласности између различитих правних подручја која су доспела у напети однос“. У сваком случају, уставно судство је неизбежно у ближој или даљој вези са политиком и политичким, у смислу конкретног одлучивања, поступања или, супротно, нечињења, законодавне или извршне власти у мери у којој је сам устав и деловање у правцу његове примене, акт политичке природе и политичке снаге и значаја. Уставни суд је институција која, по својој природи, надлежности која јој је поверена и снази којом располажу њене одлуке, није чисто правни, већ је и политички орган, што не значи да је стога он мање правни од других уставом успостављених органа, али може значити да је, чак и једнако као ти други органи, политички.[37] И није свака веза уставног судства и политике веза која нарушава интегритет уставног судства и деформише исправност његове друштвене и, уже посматрано, правне мисије.[38] Те везе, или линије спајања, јесу многобројне и разноврсне. Неке од њих су трајне и сталне, неке су повремене и променљиве. Без обзира на разнородност, везе између уставног судства и политике јесу константа која постоји и траје од настанка уставног судовања и која ће постојати док постоји уставни суд.

Прва таква веза настаје већ самим чином успостављања уставног суда. Креативност уставотворца у смислу позитивне акције у циљу обликовања уставносудског органа јесте израз владајуће политике која управо кроз остварено уставно обличје уставног суда јавности презентује своје разумевање природе, уставне позиције и снаге овог органа, домета његове надлежности, процедура по којима делује и дејства одлука које доноси. Односна уставна решења јесу први и у многоме опредељујући израз политике према уставносудској

[37] Вид. више B. H. L. Stadler Richter, „Wie politisch ist der Verfassungsgerichtshof?“, *Österreichische Juristen Zeitung*, Heft XIV–XV, 26. Juli 1991, 491–493. Упор. W. Barfus, „Wie politisch ist der Verfassungsgerichtshof? Eine Replik“, *Österreichische Juristen Zeitung*, Heft XXIV, 13. December 1991, 833–835.

[38] Има мишљења, попут оног које изражавају Сокол и Смердел, да „уставни судови могу корисно и успјешно утјецати на политички процес“. Ови аутори виде пет облика таквог утицаја: „прво, уставни судови штите права опорбе, односно прецизније парламентарне мањине, и олакшавају јој да владајућу већину задржава у границама уставних овласти; друго, уставни судови штите права мањина, етничких, вјерских, социјалних и политичких, и тиме надокнађују њихову слабу заступљеност у политички одлучујућим тијелима; треће, надзирући дјелотворност и квалитет закона, уставни судови придоносе рационализацији процеса одлучивања, те могу знаковито смањити деструктивни потенцијал политичких сукоба и у становитој мјери исправљати одступања којима су склоне велике странке или моћне коалиције; четврто, уставни суд дјелује као заштитник уставних начела о одговорности извршне власти која данас доминира свим модерним политичким суставима без обзира на устројство државне власти; пето, дјеловање уставних судова придоноси јачању правне свијести грађана и опћенито примјени уставних начела у законодавству и животу“, B. Smerdel, S. Sokol, 201.

власти, њеном значају и граници која се поставља у односу на њено деловање, али истовремено и пројектовани израз односа датог уставног суда према политици, узвратно, јер се уставним решењима може створити моћна институција која чува устав као највиши закон дате земље, уставност као кључно начело функционисања модерне државе и људска права, језгро друштвених вредности, или, пак, институција којој ће управо дати уставни оквир бити препрека да развије потенцијале којима располаже. Тако се уставним решењима може рестриктивно уредити круг субјеката који су овлашћени покретачи уставног спора, или сузити надлежност уставног суда, или, пак, ослабити дејство одлука које суд доноси. Оваквим поступањем уставотворац може маргинализовати значај уставносудске функције, обезвредити саму идеју уставног судовања и потиснути уставни суд у правнополитичког чиниоца другог, па и безначајнијег реда. Све говори у прилог закључка да уставотворац може много у односу на уставни суд, и да је управо уставно решење о овом делу уставне материје први, почетни, али и битно одређујући елемент политичког у бићу сваког уставног суда. Разумљиво да сваки орган, па и уставни суд, може начином свога деловања остваривати мањи или већи утицај на односе у друштву и тиме живот грађана који га чине, али ниједан орган, па ни уставни суд, не може кршити устав и „преливати се“ својим деловањем у домен уставне надлежности других органа, или обезбеђивати снагу својим одлукама која уставом није предвиђена.

У оквиру уставног оквира којим је успостављен и уређен уставни суд посебно осетљива тачка политизације јесте начин избора судија уставног суда. Утицај „власти“ надлежне за избор судија јесте претпостављени извор политизације суда, и поред чињенице да уставни суд нема успостављени систем одговорности сагласно обрасцу да је одговорност окренута према извору свога избора или именовања. Чињеница да законодавац, или орган који врши извршну власт, шеф државе, предлажу или врше одабир личности које се предлажу за судије уставног суда, по себи указује на опредељење предлагача узроковано проценом да је управо та личност у односу на друге истих квалитета, зарад неких својстава која не морају бити објективна, по суду ових органа заслужила предност која јој се учињеним предлогом даје. Ако се има у виду да је и законодавни орган, као и шеф државе, чинилац у власти са одређеним политичким профилом и одређеним политичким капацитетом, који јесте основ његовог избора и умногоме правац и мера његовог деловања, онда се ни утицај тог елемента политичког не сме занемарити при оцени политизације уставног судства уопште.

У погледу надлежности уставног суда, треба тежити да се она у целини и искључиво утврди уставом.[39] Ово стога што је остављање питања ширине надлежности уставног суда „отвореним“, незакљученим од стране уставотворца, увек претпоставка у корист надлежности, али и моћи законодавца и пружена му прилика да сопственом одлуком преточеном у закон уређује домет поступања органу који треба да врши контролу законодавног рада. Уставни суд и делатност коју врши могу бити политизовани и мање формалноправним начином. То се остварује игнорисањем уставносудских „налога“ другим органима, попут тражења мишљења парламента о неком закону који је пред судом оспорен, када се „ћутањем“ и неодговарањем законодавац у суштини изјашњава о сопственом односу према уставном суду, о уважавању или изостанку истог према овој институцији и њеном доприносу складном функционисању власти. Једнако, уставни суд може бити посредно, без свога удела, политизован и простирањем других власти, односно њихових вршилаца, на начин који ће онемогућити уставом предвиђену надлежност уставног суда, чиме ће бити умањена уставом предвиђена улога уставног судовања и онемогућена његова претпостављена и по суду уставотворца друштвено оправдана и корисна делатност у датом случају.[40]

Постоје и други облици када се уставни суд нађе у позицији да „трпи“ политизацију услед чињења других – у извесном смислу самог уставотворца, затим законодавца, или извршне власти. То

[39] Љ. Славнић оправдано истиче да питање надлежности уставног суда мора бити искључиво уставна материја, „да се све надлежности уставног суда морају утврдити методом позитивне енумерације у самом уставу, без увођења тзв. клаузуле о резервној надлежности, по којој уставни суд има и друге надлежности, односно може одлучивати и о другим питањима утврђеним законом“, и да се „тиме обезбеђује стабилан положај уставног суда у односу на друге органе државне власти, а пре свега у односу на законодавца“... чиме се „потврђује значај функције заштите уставности која је поверена само уставном суду“, Љ. Славнић, „Надлежност уставног суда – *materia constitutionis*“, *Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу*, Београд 2004, 166 и даље.

[40] Сагласно новоуведеној превентивној (претходној) контроли уставности закона Уставни суд Србије је дужан да на захтев најмање једне трећине народних посланика у року од седам дана оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен. Уколико се догоди да се између ове две радње, једне за коју су надлежни посланици Народне скупштине и друге коју врши председник Републике и које се морају предузети на путу до ступања закона „у живот“, не очува потребни простор за предузимање радњи којима би се остварило право на превентивну контролу уставности закона који се доноси, Уставном суду ће бити прикраћена могућност да, сагласно Уставу, али и намерама најмање једне трећине народних посланика, оствари своју уставом предвиђену надлежност. Закључак би био, у светлости питања које се овде разматра, да сви органи морају вршити своје уставне надлежности на начин који не омета друге органе да то чине и у маниру да цео систем власти у који су укључени и законодавни и извршни и уставносудски органи служи првенствено интересима грађана, због чега сва своја овлашћења носиоци различитих функција власти „конзумирају“ примеривши их том обједињујућем циљу.

су у суштини директни и груби притисци на суд који представљају осмишљене покушаје да се исходује одређена одлука, било путем „најава“ у јавности очекиваног расплета пред уставним судом, било „предочавањем правог решења“ које друштво очекује као став који ће суд заузети, било упућивања уставном суду предлога којим се недозвољено, у смислу уставне мере, шири надлежност уставног суда, чиме се опет пред суд стављају очекивања других, превасходно извршне власти, као „неспорни задатак“ самог суда. Што је друштво више узнапредовало на путу сопствене демократизације и снажења институција које поштују права грађана и устав и законе који су на снази, и што су грађани спремнији да препознају сврху и значај постојања и деловања уставног суда, то ће и оваква поступања, или бар покушаји таквог поступања, бити ређи. Заштити уставног суда помоћи ће и одговорна и квалитетно образована средства јавног информисања, која ће објективним извештавањем о раду суда ширити представу о значају овог органа, његовој одговорности и потреби очувања његовог самосталног положаја.

За разлику од напред изнетих елемената нужне или могуће политизације уставног суда које изазива поступање, или уздржавање од поступања, различитих чинилаца у власти или друштвеном животу уопште, политизација уставног судства могућа је и као последица понашања самога суда. Дакле, не као „трпљење“ политизације која долази споља и атакује на независност уставног суда, већ као провокација политизације од стране самог суда, као резултат начина на који сам уставни суд разуме и остварује свој уставни положај, своју уставом уређену надлежност и, генерално, своју „мисију“ у друштву.

Први такав случај јесте у суштини везан за опредељивање и прихватање једне од две добро познате доктрине у поступању уставних судова – доктрине судског самоограничења (*judicial self-restraint*, односно *judicial auto-limitation*) и доктрине или начела „судског активизма“ (*judicial activism*), односно примене *judge-made-law* система.[41] Прво начело полази од својства које је иманентно једино судској власти, а то је њена пасивност, њена нужна уздржаност, што је после-

[41] Рош сматра да су у теорији судије ограничене уставом и надлежношћу која им је уставом дата, али да у пракси „само неспретни судија заиста не би могао да помоћу мало веште егзегезе прилагоди устав потребном циљу“. Ову своју изјаву Рош не сматра осудом, већ напротив, он у поновним тумачењима устава види његово стално оснаживање и заслугом законодавства, извршне власти, па и судова омогућавање уставу „снаге преживљавања“. Сликовито Рош наводи да судови, примењујући устав који у кључним тачкама „звучи двосмислено“, „сипају ново вино у стару флашу“ и тако „своје погледе стављају на место оних из претходних генерација или, још контроверзније, замењују погледе савременог Конгреса и председника“, J. P. Roche, „Judicial Review and Judicial Self Restraint“, *The American Political Science Review*, 1955, нав. према *http://www.unet.brandeis.edu/~woll/ p115aread.htm*.

дица основног задатка који јој је поверен, а то је да непристрасно одлучи и пресуди без призива у датој спорној уставноправној ствари. Одатле потреба да се судско делање покрене и активира импулсом који долази споља, и који изазива реакцију суда, те се од стране неких теоретичара уставни суд сматра не активним, већ „реактивним“ органом. Професор Џејмс Бредли Тејер (*James Bradley Thayer*) изрекао је још давне 1901. године свој чувени став противљења судском активизму и подршке доктрини самоограничења суда речима: „Рано прибегавање судској ревизији и њено често упражњавање доводи до умањења политичког капацитета народа и умртвљавања осећаја моралне одговорности“.[42]

Друго начело налази своје оправдање, али не и широку подршку, у чињеници да је уставни суд најеминентнија правна институција у држави, да га, по дефиницији и очекивањима, чине угледни и независни стручњаци, коме је поверен задатак чувања устава и заштите људских права, те је оправдано очекивати да ће својом активном улогом успешније и у већој мери остварити разлог свога успостављања. Остаје као неспорно да се сопственим активним односом уставни суд у већој, и питање је колико оправданој, мери „меша“ у рад законодавне власти и тиме отвара вечно питање граница уставносудске власти. С питањем мере судског активизма најтешње је повезана и могућност поступања уставног суда по службеној дужности, *ex officio*, када се суд, вођен сопственом проценом оправданости покретања поступка у суштини унапред, макар само исказаном сумњом, одређује према датој спорној ствари, чиме се, бар у извесном степену нарушава природа уставносудске функције у мери у којој је то „судска функција“. Уколико таква могућност, као у случају Уставног суда Републике Србије, постоји, на самом уставном суду је да обазриво мери и цени прилику достојну таквог излагања и да са брижљивом уздржаношћу предузима остварење овог веома осетљивог средства. Надаље, уставни суд ће сопственим учинком довести до јачања „политичког“ везано за свој положај у систему или своје деловање и уколико јавност тешко може да сагледа систем којим се приступа раду на предметима, затим, ако се ритам поступања суда може везати за ритам политичких догађања, ако се ставови суда мењају и често и лако – што

[42] Вид. A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics,* Bobbs-Merrill 1962, нав. према *http://www.answers.com/topic/judicial-self-restraint*. Бикел ће рећи да се најдиректнија употреба судског ограничења идентификује са приклањањем државном ауторитету. Сагласно овој доктрини, објашњава Бикел, „конгресмени и председници заветовани су на свом положају да стварају само оне законе за које верују да су у складу с уставом“. Даље, „највећи број уставних клаузула дозвољава велики број значења око којих разумни људи могу да се споре“ и, на крају, „судије треба да учине закон ништавим само када законодавство прави очигледну грешку“.

може бити последица тихе сарадње са осталим гранама власти, ако се устав тумачи уз препознатљиву тенденцију која варира сагласно догађањима која се могу довести у везу са радом суда.

Како се уставни суд може одупрети оваквим појавама? Чини се да је једини пут ка постизању тог циља успостављање односа стварне оданости суда једино према уставу као мерилу свога поступања и приврженост универзалним и надуставним вредностима које чине дух сваког савременог устава. За остварење таквог односа потребно је најпре пуно и на прави начин и у свакој прилици исказано разумевање и уважавање значаја функције која је поверена уставном суду, као и последица које пружање или изостанак заштите уставности и законитости и људских и мањинских права и слобода оставља на друштво и на вредности које су уставом ујемчене. Такво разумевање и уважавање морају исказати сви чиниоци система власти, али ништа мање и сам уставни суд. На крају, судије уставног суда, одабране с вером да су својом професионалном спремношћу достојне за обављање тако сложених и важних задатака, морају и личном, како професионалном, тако и људском храброшћу, доказати да се грађани могу поуздати у уставни суд који ће чувајући устав очувати и њихова уставом ујемчена права.

Olivera Vučić, PhD

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law
Judge of the Constitutional Court of Serbia

Dragan Stojanović, PhD

Professor
University of Niš Faculty of Law
Judge of the Constitutional Court of Serbia

CONSTITUTIONAL JUDICIARY AT THE INTERSECTION OF LAW AND POLITICS

Summary

The matter of relationship between the traditional branches of government – executive, judicial and legislative – on one side, and the constitutional court on the other, never loses its relevance. Interaction between

the legislator and the constitutional court remains the focal point of this relationship. In the vast majority of modern states, constitutional courts represent the most powerful instrument of institutionalization of the constitutional protection function.

However, the question of scope of the constitutional judiciary power is unresolved, both in theory and in practice. Namely, there is an ongoing discussion on the rapport between the constitutional court and the idea of the separation of powers, and between the constitutional court and politics. The question of the connection between constitutional courts and politics becomes more relevant as the jurisdiction of constitutional courts extends, and as the range of the acts falling under constitutional judicial review broadens.

One of the functions of constitutional judiciary is to exercise legal control over politics. Decisive factor of the activities of constitutional court is constitution, as a legal act of the highest level, with strong political attributes and undisputable political importance. Furthermore, in the hart of these activities are constitutional legal questions, which include certain political elements. By protecting the law guaranteed by the constitution, the constitutional judiciary draws material frontiers of politics, using the authority of the politically neutral judicial institution. It also guards the authority of constitution, protecting functional separation of the powers, and the political bodies as title holders of this authority.

Key words: *Notion, content and functions of the constitution. – Constitutional judiciary function. – Independence and politicization of Constitutional court.*

УДК 340.134:339.137.2(497.11)

Др Маја Станивуковић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ПРИМЕНА ДОМАЋИХ ПРАВИЛА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ НА ПРАВНЕ ОДНОСЕ СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ ПО УЗОРУ НА ПРАВО ЕВРОПСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ*

Норме новог Закона о заштити конкуренције моделоване су по праву Заједнице. Поље примене материјалноправних одредаба закона одређено је критеријумом стварног или могућег утицаја на тржиште Републике Србије. Под претпоставком да се утврди да таквог утицаја нема или га нема у значајној мери, антиконкуренцијски споразуми и пракса били би изван поља примене закона. Тумачењем овог критеријума у светлу праксе Суда европских заједница о интепретацији чл. 81 и 82 Уговора о оснивању Европске заједнице, стиче се јаснији увид у могућност екстериторијалне примене закона на предузећа у иностранству и радње извршене у иностранству.

Кључне речи: *Заштита конкуренције.– Екстериторијална примена права.– Закон о заштити конкуренције Републике Србије.*

1. УВОД

Норме о заштити конкуренције уређују државну интервенцију у области слободе уговарања и деловања субјеката на тржишту.[1] Повреда забрана које су предвиђене тим нормама може довести до одговорности учесника на тржишту према држави која се санкционише плаћањем новчане казне (према терминологији Закона: мерама заште-

* Рад је настао у оквиру пројекта „Право Србије у европској перспективи“, бр. 149042 који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

7 Вид. у нашој старијој литератури А. Голдштајн, „Правни режим конкуренције, монопола и олигопола“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 1/1961, 15–32.

те конкуренције и процесним пеналима).[2] Истовремено, таква повреда се третира и као грађанскоправни деликт који може довести до накнаде штете оштећеним учесницима на тржишту.[3] Мада би по многим одликама припадале трговинском праву, у доктрини се ове норме заједно са нормама о заштити потрошача понекад сврставају по секторској класификацији, у потпуно нову грану права – право тржишта (*droit de marche*). Границе права заштите конкуренције биле би у том смислу одређене циљем доброг функционисања тржишта.[4]

Специфична природа законодавства о заштити конкуренције огледа се и у начину на који се уређује његова примена на ситуације са прекограничним елементом. У законе којима регулише материју грађанског и трговинског права, законодавац обично не уноси одредбе којима би ограничавао њихово поље примене. Полази се од претпоставке да постоје двостране колизионе норме које одређују када ће се применити домаћи, а када страни закон и да, стога, није неопходно у сваком закону одређивати на које се случајеве примењује. Норме закона у грађанскоправној и трговинској материји конципиране су универзалистички, као да се примењују на све ситуације које су икад настале или могу настати и које се могу појавити пред домаћим органима. Тек ће колизиона норма из другог закона сузити њихов универзални домашај и свести га на одговарајућу меру, односно на ситуације које су довољно повезане са домаћом државом. Када се постави питање који се пропис примењује на одређену чињеничну ситуацију са прекограничним елементом, суд ће извршити квалификацију помоћу које ће подвести чињенично стање под одговарајућу двострану колизиону норму и одредити да ли се примењује домаће право или право стране државе.

Насупрот томе, у законе који посебно уређују важне општедруштвене интересе у области приватноправних односа законодавац често уноси унилатералне одредбе о пољу примене. Тим одредбама одређују се критеријуми за примену норми садржаних у закону, укључујући и критеријуме за примену у односу на ситуације са прекограничним елементом. Слично двостраним колизионим нормама које меродавно право бирају уз помоћ одређене тачке везивања и норме о одређивању поља примене закона заснивају се на територијалним и персоналним везама. Међутим, за разлику од двостраних колизионих норми, ове норме не могу да доведу до примене страног права пред домаћим органима. Оне само одређују на које се ситуације примењује домаћи пропис. Уколико се важење домаћег закона проширује и на одређене чињеничне ситуације које су везане за територију дру-

[2] Закон о заштити конкуренције – ЗЗК, *Службени. гласник РС,* бр. 51/09, чл. 68 и чл. 70.

[3] ЗЗК, чл.73.

[4] C. L. de Leysacc, G. Parleani, *Droit de marché,* Paris 2002, 85.

ге државе говоримо о екстериторијалној примени домаћег закона. Критеријуми за екстериторијалну примену домаћег закона могу бити различити: веза са субјектима правног односа који су деловали у иностранству, извршење радње на домаћој територији (када она производи последице на страној територији), наступање последице на домаћој територији (када је радња извршена на страној територији) итд.

У описану категорију можемо сврстати и Закон о конкуренцији Републике Србије јер одредбе овог закона одређују његово поље примене и на ситуације са прекограничним елементом. Под насловом „Територијална примена", у чл. 2 предвиђено је: „Одредбе овог закона примењују се на акте и радње учињене на територији Републике Србије, односно на акте и радње учињене ван њене територије који утичу или би могли утицати на конкуренцију на територији Републике Србије." Даље, под насловом „Персонална примена", у чл. 3 предвиђено је између осталог да се тај закон примењује на сва физичка и правна лица која су учесници на тржишту независно од њихове државне припадности.

Предмет овог рада је разматрање примене Закона о заштити конкуренције Републике Србије на ситуације са прекограничним елементом у светлу правила о пољу примене права Европске заједнице, које су и послужиле као модел за њихово доношење. Посебно ћемо размотрити питања: какав утицај на конкуренцију на територији Републике Србије је потребан да би се Закон применио на радње учињене ван територије Србије од стране субјеката стране државне припадности и да ли се Закон примењује на радње учињене на територији Србије од стране субјеката домаће државне припадности ако оне утичу или би могле утицати само на конкуренцију на тржишту неке друге државе.

2. КРИТЕРИЈУМИ ЗА ПРИМЕНУ ОДРЕДАБА ЗАКОНА О ПОВРЕДАМА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Народна скупштина Србије је у јулу 2009. године донела нови Закон о заштити конкуренције (у даљем тексту ЗЗК).[5] На основу чл. 81 Закон ступа на снагу осмог дана по објављивању, а почиње да се примењује од 1. новембра исте године. Српски закон следи модел заштите конкуренције постављен у уредбама ЕЗ које спроводе основна начела заштите конкуренције прокламована у Уговору о оснивању ЕЗ (у даљем тексту УЕЗ).

Треба напоменути да се норме о заштити конкуренције могу наћи и у међународним уговорима Србије, пре свега у чл. 38 Прелаз-

[5] Вид. фн. 2.

ног споразума[6] и чл. 73 Споразума о придруживању[7] који су закључени са Европским заједницама и у чл. 20 Споразума о слободној трговини у централној Европи – ЦЕФТА,[8] а затим и у чл. 18 и 19. Уговора о оснивању Енергетске заједнице.[9] Прва два споразума додуше нису ступила на снагу, али су у Србији донети поједини подзаконски акти о привременој једностраној примени Прелазног споразума.

Садржина Закона подељена је на седам поглавља: Основне одредбе, Повреде конкуренције, Концентрација учесника на тржишту, Комисија за заштиту конкуренције, Поступак пред Комисијом, Судска контрола и Прелазне и завршне одредбе. Материјалноправне одредбе у којима су садржане забране одређених поступака и понашања учесника на тржишту налазе се у другом и трећем поглављу (чл. 9–19), док су одредбе четвртог и петог поглавља процесноправне и организационе природе.[10] Комисија одлучује о повредама конкуренције у управном поступку, а њене одлуке могу бити предмет испитивању у управном спору који се покреће тужбом пред Управним судом, односно пред Вишим трговинским судом до почетка рада Управног суда.[11] Накнада штете проузроковане поступцима који представљају повреду конкуренције остварује се у парничном поступку.

Комисија је аутоматски надлежна за поступање и поступа по правилима предвиђеним у чл. 33–70 уколико се на дату чињеничну ситуацију примењују материјалноправне одредбе закона. Из тога следи да су чл. 2 и 3 који уређују територијално и персонално поље примене Закона пре свега усмерени на одређивање поља примене његових материјалноправних одредаба (чл. 9–19).

Појам повреде конкуренције одређен је чланом 9. Повредом се могу сматрати акти и радње који испуњавају одређене услове. Под

---

[6] Закон о потврђивању прелазног споразума о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/08.

[7] Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/08.

[8] Закон о потврђивању споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи – ЦЕФТА 2006, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 88/07.

[9] Закон о ратификацији уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше југословенске републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 62/06.

[10] ЗЗК, чл. 20–70.

[11] ЗЗК, чл. 71, ст. 1; чл. 72, ст. 2 и чл. 77, ст. 1.

актима треба подразумевати правне акте као што су уговори које закључују предузећа. Закон даље дефинише две врсте повреда: рестриктивне споразуме[12] и злоупотребу доминантног положаја.[13] У појам рестриктивних споразума унета је и територијална одредница – реч је о споразумима између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије. За разлику од тога, појам злоупотребе доминантог положаја на релевантном тржишту, као ни појам релевантног тржишта дефисан у чл. 6. нису просторно везани за територију Републике Србије. Међутим, одредбе чл. 2 и у овом случају сужавају домашај забране само на оне злоупотребе које „утичу или би могле утицати на конкуренцију на територији Републике Србије“.

Појам недозвољене концентрације, противне правилима о конкуренцији описан је у чл. 19 Закона о заштити конкуренције. Недозвољена концентрација постоји ако би значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу. Концентрација настаје спајањем привредних друштава, стицањем контроле једног привредног друштва над другим и заједничким улагањем у циљу стварања новог учесника на тржишту или стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту, који послује на дугорочној основи и има све функције независног учесника на тржишту.[14]

Посебне одредбе о поступку испитивања концентрација садржане су у чл. 61–67. Учесници у концентрацији дужни су да поднесу Комисији за заштиту конкуренције пријаву ако су испуњене претпоставке о укупном годишњем приходу који учесници концентрације остварују на светском тржишту и/или на тржишту Републике Србије.[15] Поред тога, свака концентрација која се спроводи понудом за преузимање акционарског друштва мора бити пријављена без

[12] ЗЗК, чл.10.

[13] ЗЗК, чл.16.

[14] ЗЗК, чл. 17. Одређени видови концентрације изузети су из тог појма чл. 18.

[15] ЗЗК, чл. 61 (Обавеза пријаве концентрације): Концентрација мора бити пријављена Комисији у случају да је: 1) укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на светском тржишту у претходној обрачунској години већи од 100 милиона евра, с тим што најмање један учесник у концентрацији на тржишту Републике Србије има приход већи од десет милиона евра; 2) укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије већи од 20 милиона евра у претходној обрачунској години, с тим што најмање два учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије имају приход већи од по милион евра у истом периоду. При рачунању годишњег укупног прихода из става 1. овог члана неће се рачунати приход који ти учесници на тржишту остваре у међусобној размени.

обзира на укупан годишњи приход преузимаоца и друштва које се преузима.[16] Изостанак пријаве може довести до тога да се већ спроведена концентрација поништи, јер је Комисија овлашћена да изрекне мере деконцентрације, односно да нареди учесницима да изврше поделу привредног друштва, отуђе акције или уделе, раскину уговор или изврше друге радње у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације.[17] Комисија може испитивати концентрацију и по службеној дужности ако утврди да заједнички тржишни удео учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије износи најмање 40%, односно ако основано претпостави да та концентрација не испуњава услове дозвољености из чл. 19 овог закона.[18] Учесници у концентрацији дужни су да прекину са њенин спровођењем док Комисија не реши да ли је концентрација дозвољена.[19] Комисија може одобрити концентрацију која је дозвољена, односно забранити недозвољену концентрацију.[20] У случају да не делује у прописаним роковима, сматра се да је концентрација одобрена.[21] Одобрење се може дати без додатних услова, или под одређеним условима, чије испуњење контролише Комисија.[22] Ако услови касније не буду испуњени, она може изрећи мере деконцентрације.[23]

Основни критеријум за примену законских одредаба о повреди конкуренције је стварни или могући утицај аката и радњи на конкуренцију на тржишту Републике Србије. С друге стране, државна припадност субјеката који закључују акт или који предузимају радњу противну конкуренцији није релевантна. Чињеница да је реч о домаћем правном или физичком лицу не може сама по себи довести до примене законских одредаба на тог субјекта. Једино остаје сумња у погледу важности места радње или акта. Да ли је чињеница да је акт закључен или радња предузета на територији Републике Србије довољна за примену одредаба или је и у том случају неопходно да такав акт или радња остварују утицај или могу имати утицај на конкуренцију на тржишту Републике Србије? Одредба није јасно формулисана и оставља могућност за оба тумачења. Дефинитиван одговор на ово питање можемо дати тек након осврта на право Европске заједнице.

Законом дефинисани критеријум отвара могућност за ектериторијалну примену Закона о заштити конкуренције на субјекте у ино-

[16] ЗЗК, чл. 61, ст. 3.

[17] ЗЗК, чл. 67, ст. 1.

[18] ЗЗК, чл. 62, ст. 1.

[19] ЗЗК, чл. 64, ст. 1.

[20] ЗЗК, чл. 65, ст. 3.

[21] ЗЗК, чл. 65, ст. 2.

[22] ЗЗК, чл. 66.

[23] ЗЗК, чл. 67, ст. 1.

странству и радње извршене у иностранству. Питање је, међутим, да ли постоје инструменти за њено остваривање. У недостатку међународних уговора о правној помоћи и сарадњи у области спровођења законодавства о заштити конкуренције, учесници у забрањеним споразумима и починиоци недозвољених радњи често ће остати изван домашаја Комисије за заштиту конкуренције, а тиме и домаћег закона.

3. ПОЉЕ ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА ЕЗ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Према чл. 3, ст. 1 е УЕЗ, у надлежност Заједнице улази успостављање система који обезбеђује да се не нарушавају правила конкуренције на унутрашњем тржишту (*system ensuring that competition in the internal market is not distorted*).[24] Политика Заједнице се према чл. 4, ст. 1. води у складу са начелима отворене тржишне привреде и слободне конкуренције (*in accordance with the principle of an open market economy with free competition*). Основна правила о заштити конкуренције садржана су у чл. 81–89 УЕЗ (наслов VI, одсек 1). Посебно су важни чл. 81 и 82 који садрже правила о забрани картела и о забрани злоупотребе доминантног положаја.[25]

Правила ЕЗ о заштити конкуренције су императивног и прохибитивног карактера. Њима се забрањују одређене врсте уговора или уговорних клаузула и одређене врсте понашања предузећа, као учесника на тржишту Заједнице. Како на том тржишту учествују и уговоре склапају предузећа из целог света, која своје антиконкуренцијско деловање могу остварити на територији својих матичних држава, било је нужно одредити случајеве када се правила о заштити конкуренције могу применити на страна предузећа и на радње обављене у иностранству. Надлежност Европске комисије за вођење поступка за

[24] Вид. Р. Д. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Крагујевац 2006, 441–524; Р. Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право, Општи део*, Крагујевац 2005, 353–385; К. Лазаревић, „Право конкуренције у Европској економској заједници и југословенском законодавству“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1992, 428–442; В. Бесаровић, „Примена комунитарног права конкуренције на права интелектуалне својине, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 77– 97.

[25] Чл. 83 предвиђа надлежност Савета да уз консултовање Европског парламента доноси законодавство у циљу спровођења правила из чл. 81 и 82. Чл. 84 и 85 говоре о надлежностима држава чланица за спровођење ових чланова и о надлежности Комисије. Чл. 86 се односи на посебан режим примене правила о конкуренцији на јавна предузећа и предузећа којима државе чланице дају посебна или искључива права, те на предузећа којима је поверено вршење услуга од општег економског интереса или која имају карактер финансијског монопола. Коначно чл. 87–89 посвећени су материји државне помоћи као виду ограничавања конкуренције који није обухваћен одредбама српског Закона о заштити конкуренције.

заштиту конкуренције постоји увек када постоје услови за примену права ЕЗ о заштити конкуренције на предмете са иностраним елементом. Њена међународна надлежност се изводи из меродавности правила која је задужена да штити.

3.1. Поље примене одредаба о забрани картела

Чл. 81 и 82 УЕЗ који садрже основна правила о забрани картела и о забрани злоупотребе доминантног положаја немају прецизно одређено поље примене, али садрже довољно елемената на основу којих Комисија може да процени да ли у конкретном случају има основа за примену правила ЕЗ и за покретање поступка за заштиту конкуренције иако су поједини битни елементи односа били везани за земље ван Заједнице. Чл. 81 се примењује на хоризонталне и вертикалне споразуме и усаглашену праксу предузећа „који би могли утицати на трговини између држава чланица и који имају за циљ или последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта“. Према чл. 82. „[н]ије у складу са заједничким тржиштем и забрањена је свака злоупотреба у коришћењу доминантног положаја на заједничком тржишту, или на његовом битном делу, од стране једног или више предузећа, уколико би то могло штетно утицати на трговину између држава чланица.“ Основни критеријум којим се одређује њихово поље примене је, сходно томе, утицај на трговину између држава чланица (енг. *which may affect trade between Member States*; фр. *qui sont susceptibles d'affecter*).[26] Према речима Суда ЕЗ, треба испитати „да ли је ... споразум у стању да представља, непосредну или посредну, стварну или потенцијалну претњу слободи трговине између држава чланица на начин да би могао да угрози реализацију циљева једног јединственог тржишта између држава.“[27] Када су у питању споразуми и усаглашена пракса предузећа додаје се и помоћни критеријум – да имају за циљ или последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта (енг. *which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market*; фр. *qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun*).

У једном од првих случајева у којем је преиспитано поље примене европских прописа о заштити конкуренције, у предмету

[26] О појму утицаја на трговину између држава чланица у нашој литератури вид. П. Ђундић, у: Р. Етински, *et al*., *Основи права Европске уније*, Нови Сад 2009, поглавље 5.2.3.

[27] Вид. Пресуду Суда од 13. јула 1966. у спојеним предметима 56 и 58–64 Констен и Грундиг против Комисије, пасус 28. Превод на српски: *Paragraf.lex.*

Dyestuffs,[28] Комисија је истраживала картел девет произвођача анилинских боја од којих су четири припадали државама нечланицама. Један од учесника у картелу било је и предузеће *ICI* основано по праву Уједињеног Краљевства са седиштем у тој земљи. Уједињено Краљевство тада (1969. године) још није било држава чланица Европске економске заједнице, те је у односу на Заједницу представљало страну земљу, а *ICI* страно предузеће.[29] Оно је оптужено да је, дајући одређене инструкције свом белгијском друштву-кћери, учествовало у усаглашеној пракси супротној чл. 81 ст. 1 УЕЗ. Утврдивши да је предузеће заиста починило ове радње, Комисија га је казнила новчаном казном од тадашњих 50.000 обрачунских јединица. У образложењу је навела да нема потребе да се испитује да ли предузеће које је поступало супротно чл. 81 ст. 1 УЕЗ има седиште у Заједници, јер је довољно да су ограничења конкуренције у која је предузеће умешано произвела на заједничком тржишту последице које су предвиђене у чл. 81 ст. 1 Уговора.

Комисија је у овом предмету одредила домашај права Заједнице и сопствену надлежност применом доктрине ефеката (енг. *the effects doctrine*). Према овој доктрини, основ за проширење примене домаћег права налази се у последицама (ефектима) које радње неког лица извршене у иностранству производе на домаћој територији. Доктрину је развила судска пракса у САД у примени Шермановог закона, а први пут ју је применила у предмету *ALCOA* из 1945. године.[30] У почетку је до примене америчког права и до надлежности америчког правосуђа долазило само под условом да су ефекти у САД били намерно изазвани. Међутим, у каснијим предметима *Hartford Fire*[31] и *Nippon Paper Industries*[32] овај услов је напуштен, тако да се данас антимонополско закондавство САД примењује у сваком случају када правни посао (без обзира на то где је закључен и ко га је закључио) може да изазове последицу (ефекат) на америчком тржишту. Додуше, уз овако широк критеријум надлежности додаје се услов да ефекат на америчком тржишту мора бити предвидив, непосредан и значајан. Доктрина је такође донекле ублажена применом начела „међународне учтивости“ (енг. *international comity*) које упућује амерички суд да приликом разматрања да ли да прихвати надлежност води рачуна и о интересима других држава. Најважнији предмети у којима су

[28] У преводу: *Предмет Индустријских боја.*

[29] Преостала три „страна“ предузећа била су из Швајцарске: *Ciba*, *Geig* и *Sandoz*.

[30] *United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945.*

[31] *Hartford Fire Insurance, 509 US 764, 113 S.Ct. 2891* (*1993).*

[32] *United States v. Nippon Paper Industries Co.,* 109 F.3d (1st Cir. 1997).

амерички судови дефинисали примену начела међународне учтивости су *Timberlane*[33] и *Mannington Mills*.[34] Треба посебно напоменути да у САД антимонополско законодавство има кривичноправни карактер, те да и физичка и правна лица, а не само државни органи, могу да приватном тужбом гоне починиоце због повреде антимонополског законодавства и да од њих траже троструку накнаду штете (енг. *treble damages*). Право САД о заштити конкуренције, као најстарије и најразвијеније, има велики утицај на развој права у другим земљама, па и у Европској заједници.

Одлуке Европске комисије донете у поступку заштите конкуренције подлежу контроли законитости пред Судом европских заједница у поступку по тужби за поништај на основу чл. 230 УЕЗ коју може да поднесе предузеће против кога је одлука донета, без обзира на држављанство. Функционална надлежност припадала је у почетку Суду европских заједница, а касније је пренета на Првостепени суд.[35] У предмету *Dyestuffs*,[36] трговачко друштво *ICI* је поднело такву тужбу Суду европских заједница, тврдећи, између осталог да Комисија није била надлежна да примењује правила о заштити конкуренције на предузеће које има седиште изван Европске економске заједнице (у Уједињеном Краљевству) и да је тиме повредила међународно право. Комисија је своју одлуку бранила по два основа – позивала се на доктрину ефеката (последица), али такође и на доктрину по којој друштво-кћи основано у Белгији, иако има посебну правну личност, стварно представља само продужену руку друштва *ICI* те их треба третирати као једно предузеће за потребе примене права ЕЕЗ о заштити конкуренције. Стога се радње друштва-кћери обављене на територији Заједнице могу приписати друштву-мајци. Општи правобранилац је у свом мишљењу дао за право Комисији и заложио се за то да Суд прихвати теорију ефеката као критеријум за одређивање надлежности Комисије. Услови за прихватање екстериторијалне надлежности били би, према Правобраниоцу следећи: споразум односно усаглашена пракса непосредно доводе до ограничавања конкуренције, таква последица понашања предузећа је у разумној мери предвидива и на територији Заједнице је таква последица значајна, односно битна (*substantial*). Надлежност Комисије се може посматрати као законодавна и извршна. Примена прописа о конкуренцији и разрезивање казне на основу тих прописа спада у вршење законодавне надлежно-

[33] *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 549 F.2d 597* (*9th Cir. 1976*).

[34] *Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corp. 595 F.2D 1287* (*3rd Cir. 1979*).

[35] Вид. о томе Коментар одлуке Континентал Кен: *Paragraf.lex.*

[36] Предмет 48/69 *ICI v the Commission*. Сличне поступке покренули су и *Geigy* и *Sandoz*, Предмет 52/69 *J. R. Geigy A.G. v. Commission,* Предмет *53/69 Sandoz A.G. v. Commission.*

сти, док се тек њена наплата може сматрати извршном надлежношћу. Вршење законодавне надлежности Општи правобранилац сматра оправданим чак и по цену да одлуке које Комисија буде донела касније не могу да се изврше против страног предузећа: „Комисија би свакако била разоружана ако би, суочена са усаглашеном праксом за коју је иницијатива потекла од предузећа која се налазе изван заједничког тржишта и за коју одговорност сносе искључиво таква предузећа, била лишена надлежности да доноси одлуке против њих. То би такође значило испуштање једног начина за одбрану заједничког тржишта, и то начина који је неопходан да би се остварили главни циљеви Европске економске заједнице.“ Суд ЕЗ је у овом предмету прихватио други разлог Комисије и њену одлуку против предузећа *ICI* је одржао на снази полазећи од доктрине о јединственом привредном субјекту који чине страно друштво и његово домаће друштво-кћи (*Single Economic Unit Theory*).[37] За потребе примене прописа о заштити конкуренције ови субјекти се, иако правно одвојени, могу посматрати као целина. Сходно томе, они потпадају под надлежност Комисије, јер се понашање друштва-кћери има приписати друштву-мајци: „формална раздвојеност између ових друштава, која проистиче из њихове посебне правне личности, не може надвладати јединство њиховог понашања на тржишту за потребе примене права о заштити конкуренције.“[38] Суд се у одлуци *Dyestuffs,* међутим, није изјаснио о прихватљивости доктрине ефеката.

Две деценије касније, Комисија је поново засновала своју одлуку на доктрини ефеката. Било је то у предмету познатом под називом *Wood pulp case*.[39] Испитујући да ли је дошло до споразумног утврђивања цена у области индустрије дрвене пулпе која се користи за производњу целулозе, Комисија је дошла до закључка да постоји картел и да су четрдесет један произвођач и два удружења учествовали у усаглашеној пракси супротној чл. 81 ст. 1 Уговора. Одлучила је да казни тридесет шест предузећа. Нека од њих (укупно 28) су покренула спор пред Судом ЕЗ за поништај њене одлуке, прво због недостатка надлежности Комисије, и друго, због тога што нису учествовала у усаглашеној пракси. Сви кажњени произвођачи и удружења

[37] У домаћој литератури сличан институт се под утицајем америчке доктрине назива „пробијањем правне личности“ (*piercing of the corporate veil, lifting of the corporate veil*). Међутим, под утицајем доктрине Уједињеног Краљевства, Суд ЕЗ за овај институт користи термин јединствени привредни субјект (*Single Economic Unit)* који је први употреби Лорд Денинг у предмету *ДХН.*

[38] Сличну аргументацију Суд је изнео и у одлуци Континентал Кен, у погледу приговора ненадлежности Комисије и Суда који је ставило америчко предузеће, као тужилац. Вид. одлуку Континентал Кен, у преводу на српски: *Paragraf.lex*, пасуси 14–17.

[39] У преводу: *Предмет дрвене пулпе.*

имали су седиште ван Европске заједнице. Суд је раздвојио питања и прво одлучио о надлежности Комисије,[40] а тек касније о томе да ли је одлука Комисије да су предузећа учествовала у усаглашеној пракси законита.[41]

Општи правобранилац је у свом мишљењу у првом делу поступка дао екстензиван преглед међународног права и права САД по питању простирања законодавне надлежности државе. По њему, два неоспорна основа на којима се може засновати надлежност државе у складу са правилима међународног права су начело територијалности и начело држављанства. Прво начело даје надлежност држави на чијој територији се налазе лица или ствари у питању или на чијој територији се одиграо догађај о коме је реч. Друго начело даје надлежност држави о чијим се држављанима ради.[42] Начело територијалности представља основу за два посебна начела надлежности: (1) начело субјективне територијалности, на основу којег држава може да заснује надлежност за радње које су потекле са њене територије, иако су завршене у иностранству, и (2) начело објективне територијалности, на основу којег држава може да заснује надлежност за акте који су потекли из иностранства, ако су бар делом завршени на њеној територији.[43] Начело објективне територијалности игра важну улогу у проширењу надлежности држава у области заштите конкуренције. Из овог начела се изводи доктрина ефеката, која држави даје надлежност за одређено понашање које је произвело последицу (ефекат) на њеној територији мада се само то понашање није одиграло на њеној територији.[44] Мишљење правобраниоца је било да је Заједница путем Комисије овлашћена да прихвати надлежност у овом предмету на основу доктрине квалификованих последица и да треба да је прихвати. Под квалификованим последицама он подразумева последице које су непосредне, значајне и предвидљиве (енг. *the criterion of the direct, substantial and foreseeable effect*).[45]

Суд ЕЗ се ни у одлуци *Wood pulp I* није изјаснио да ли се теорија ефеката примењује и у Заједници. Мада је потврдио надлежност Комисије, образложио је то нешто друкчијим разлозима. У

[40] Пресуда Суда ЕЗ од 27. септембра 1988. године у спојеним предметима 89, 104, 114, 116, 117 і 125– 129/85 А. Алструм Осакихтиу и други против Комисије – *Woodpulp I.* Превод на српски: *Paragraf.lex.*

[41] Пресуда Суда ЕЗ (петог већа) од 31. марта 1993. године у спојеним предметима 89, 104, 114, 116, 117 і125– 129/85 А. Алструм Осакихтиу и други против Комисије – *Woodpulp II.*

[42] *Woodpulp I,* Мишљење општег правобраниоца, пасус 19.

[43] *Ibid.*, пасус 20.

[44] *Ibid.*, пасус 21.

[45] *Ibid.*, пасус 57.

образложењу пресуде прво је испитао да ли је Комисија погрешно применила чл. 81 УЕЗ када га је применила на предузећа која имају седишта изван Заједнице.[46] Закључак Суда је да је Комисија исправно одредила поље примене овог прописа, јер су договарањем о ценама које ће наплаћивати својим купцима у Заједници и продајом робе по договореним ценама, та предузећа учествовала у договору чији су циљ и последица били да се ограничи конкуренција на заједничком тржишту у смислу тога члана. Затим је испитао да ли је Комисија оваквим поступањем повредила међународно право и дошао до закључка да није.[47] Образложење за свој став Суд је нашао у примени начела територијалности, које је по његовим речима „универзално признато у међународном јавном праву". Повреда чл. 81 састоји се у закључењу споразума који има за последицу да ограничава конкуренцију на заједничком тржишту и сачињена је од два елемента: закључења уговора, доношења неке одлуке или усвајања усаглашене праксе, с једне стране и спровођења (енг. *implementation*; фр. *le lieu ou l' entente est mise en oeuvre*) таквог уговора, одлуке или праксе, с друге стране.[48] Уколико би се примена забрана које предвиђа право о заштити конкуренције учинила зависним од места где је уговор закључен, односно где је донета одлука или усвојена усаглашена пракса, предузећа би очигледно имала на располагању веома лак начин да изиграју те забране. Одлучујући фактор, стога, по мишљењу Суда мора бити место где су такви забрањени споразуми спроведени. Произвођачи су у овом случају спровели у дејство (енг. *implemented*) своје споразуме о ценама на територији Заједнице. При томе је небитно да ли су уговоре са купцима на територији Заједнице закључивали непосредно или преко својих друштава-кћери, заступника или огранака. Сходно томе, у овом случају на делу је само примена територијалног начела – дакле примена домаћих закона на понашање које се одиграло на домаћој територији. На крају, Суд одбацује аргументе тужилаца да је дошло до повреде начела немешања у послове других држава (у овом случају САД).[49] Чињеница да Веб-Померинов закон из 1918. године изузима извозне картеле од примене антимонополског права САД, не води закључку да су САД доношењем овог закона наложиле тужиоцима да закључују такве картеле.

На основу одлуке у предмету *Wood pulp*, неки коментатори износе мишљење да је за примену права Заједнице о заштити

[46] Пресуда Суда ЕЗ у предмету *Wood pulp I*, превод на српски *Paragraf.lex*, пасуси 11–14.

[47] *Ibid.*, пасуси 15–18.

[48] *Ibid.*, пасус 16.

[49] *Ibid.*, пасуси 19–22.

конкуренције и за надлежност Комисије која проистиче из меродавности ових правила, довољно да је антиконкуренцијски споразум било закључен било да се спроводи на територији Заједнице.[50] Спровођење споразума обухвата како директну продају робе и услуга тако и продају преко посредника. Остаје нејасно само да ли би се под спровођењем могло подразумевати и нечињење, на пример ситуација да се предузећа договоре да не купују робу од продаваца у Заједници или да не продају своју робу на територији Заједнице и затим доследно спроведу тај договор.[51]

Пракса Комисије у примени чл. 81 УЕЗ и интепретативни акт који је донела о овом питању оповргавају мишљење да је довољно да је споразум закључен на територији Заједнице да би био забрањен на основу тога члана. Чини се напротив, да критеријум примене чл. 81 – утицај на конкуренцију у Заједници – важи и у супротном смеру, тј. да се тај члан не примењује на споразуме који немају такав утицај макар да су и закључени на њеној територији. Реч је о томе да се антиконкуренцијски споразуми могу закључивати ако имају за циљ искључиво утицај на конкуренцију у државама које нису чланице Заједнице. Штетан утицај на трговину између Заједнице и трећих земаља се не рачуна.[52] Такво тумачење је протекционистичко, али није карактеристично само за Европску заједницу, него је присутно и у другим државама.[53]

Судови Заједнице су у досадашњој пракси појаснили садржину појма „утицај на трговину између држава чланица“. На основу тога, Европска комисија је 2004. године донела Упуство за примену појма утицаја на трговину садржаног у чл. 81 и 82 Уговора[54] у коме износи своје схватање овог појма.[55] Према Упутству утицај на трговину између држава чланица је аутономан појам права Заједнице чије

[50] Вид. на пример, V. Korah, *Cases and Materials on EC Competition Law*, Oxford 1997, 225.

[51] Вид. V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competiton Law and Practice*, Oxford – Portland Oregon 2004[8], 32; A. Jones, B. Suffrin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford 2004, 1255

[52] L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European Competition Law: A Practioner's Guide*, Kluwer 2000, 72.

[53] На пример, у САД правило је изричито формулисано у Веб-Помериновом закону.

[54] *Commission Notice — Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance) Official Journal* C 101, 27/04/2004 P. 0081 – 0096 – Упутство Комисије.

[55] *Ibid.*, пасус 3. Упутство је административни акт који нема снагу закона и не обавезује судове, али обавезује саму Европску комисију јер се на основу њега креирају легитимна очекивања предузећа. Вид. L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, 59.

се постојање мора посебно утврђивати у сваком појединачном случају. Он има улогу критеријума којим се одређује поље примене права Заједнице о заштити конкуренције. Треба уочити двоструку природу овог критеријума, јер он разграничава поље примене права Заједнице како унутар њене територије, као савезног права, у односу на национална права о заштити конкуренције држава чланица, тако и ка спољашњем свету, према државама нечланицама.[56] Појам је створен да би се у антикартелском праву дефинисала граница између поља примене права Заједнице и националног права,[57] а тек касније је употребљен и за одређивање екстериторијалне примене права Заједнице. Право Заједнице се не примењује на споразуме и праксу који не могу да значајно утичу на трговину између држава чланица.[58]

У одељку 3.3. Упутства који носи наслов: „Споразуми и злоупотребе који се тичу увоза и извоза са предузећима која се налазе у трећим земљама и споразуми и злоупотребе који се тичу предузећа која се налазе у трећим земљама,“[59] разматра се могућност примене права Заједнице на ситуације са прекограничним елементом. Када се критеријум „утицаја на трговину“ примењује на уговоре и праксу који се тичу „трећих земаља“[60] или на предузећа која се налазе у трећој земљи, мора се узети у обзир и циљ споразума, односно праксе. Ако је њихов циљ ограничавање конкуренције у Заједници, онда је већа вероватноћа да ће се доћи до закључка да постоји утицај на трговину између држава чланица него у случају да им је циљ ограничавање конкуренције изван Заједнице. Споразуми чији је циљ ограничавање конкуренције у Заједници обично по самој својој природи имају такав утицај. Они могу да се тичу и извоза и увоза.[61]

Када је у питању увоз, у ову категорију спадају споразуми који доводе до изолације унутрашњег тржишта. На пример, такав споразум постоји када конкуренти у Заједници и у државама нечланицама поделе тржиште, тако што се договоре да неће продавати своју робу на домаћем тржишту друге стране, или тако што закључе узајамне уговоре о ексклузивној дистрибуцији.[62] Ограничења конкуренције која се

---

[56] Вид. A. F. Bavasso, *„Gencor: A Judicial Review of the Commission's Policy and Practice“*, *World Competition* 4/1999, 3.

[57] Вид. Пресуду Суда од 13. јула 1966. у спојеним предметима 56 и 58–64 *Consten and Grundig v. the Commission*, пасус 27. Превод на српски *Paragraf.lex.*

[58] *Ibid.*, пасус 12.

[59] *Ibid.*, пасуси 100–109.

[60] Под „трећим земљама“ подразумевају се земље нечланице Европске заједнице.

[61] *Ibid.*, пасус 103.

[62] *Ibid.*, пасус 104.

односе на извоз у земље изван Заједнице (земље нечланце) најчешће не утичу негативно на конкуренцију на тржишту Заједнице.[63] Комисија је у низу својих одлука потврдила да не намерава да примењује забрану из чл. 85 на рестриктивне споразуме који се тичу извоза на тржишта ван Европске заједнице.[64] Другим речима, извозни картели нису *per se* забрањени. Само ако се извозним картелом уједно значајно утиче и на конкуренцију на територији Заједнице, односно на трговину између држава чланица, долази до активирања забране из чл. 81.[65] Као пример споразума ове врсте који могу да утичу на конкуренцију у Заједници Комисија наводи уговоре између предузећа из две или више држава чланица да се извезу одређени вишкови у трећу земљу, ако је циљ тих уговора да се усклади тржишно понашање тих субјеката у Заједници. Такви извозни споразуми умањују ценовну конкуренцију јер ограничавају понуду на тржишту Заједнице.[66]

По мишљењу Комисије, споразуми који немају за циљ ограничавање конкуренције у Заједници морају се детаљније анализирати да би се утврдило да ли евентуално могу да имају утицаја на прекограничну економску активност у Заједници.[67] Тада се узима у обзир дејство споразума на потрошаче и друге учеснике на тржишту Заједнице који користе производе предузећа која су учесници у споразуму или пракси. У предмету *Compagnie maritime belge*,[68] Првостепени суд је оценио да споразуми између бродарских превозника који врше превоз између лука у Заједници у лука у Јужној Африци могу индиректно да утичу на трговину између држава чланица јер мењају географско тржиште (*catchment areas*) лука Заједнице обухваћених споразумима и утичу на активности других предузећа у тим областима.[69]

Утицај на трговину може постојати такође ако споразум забрањује поновни извоз робе у Заједницу. На пример, у предмету *Javico*,[70] била су спорна два уговора између испоручиоца из Француске (компаније Ив Сен Лорен) и дистрибутера из Немачке о искључивој

---

[63] Пресуда Суда ЕЗ у предмету C-174/84 *Bulk Oil (Zug) AG v. Sun International Ltd.*

[64] Вид. J. F. Bellis, International Trade and the Competition Law of the European Economic Community", *Common Market Law Review* 1979, 684. Аутор наводи низ одлука Комисије у којима је заузет такав став.

[65] Вид. L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, 57.

[66] Упутство Комисије, пасус 105.

[67] *Ibid.*, пасус 106.

[68] Спојени предмети T-24-26 i 28/93*, Compagnie maritime belge transports SA and Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. and Nedlloyd Lijnen BV v. ommission of the European Communities*.

[69] *Ibid.*, пасус 107.

[70] Предмет C-306/96 *Javico International et Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums*.

дистрибуцији робе у Русију и Украјину, односно у Словенију (која тада још није била држава уговорница). Споразуми су забрањивали дистрибутеру препродају робе изван додељене територије, укључујући и забрану препродаје у Заједници. Француски суд пред којим је оспорена пуноважност ових уговора обратио се Суду ЕЗ са питањем да ли су они забрањени чланом 81 УЕЗ пошто се тичу дистрибуције робе на територији треће земље. Суд ЕЗ је одлучио да је такав споразум забрањен уколико има за последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар Заједнице и ако је вероватно да ће утицати на трговину између држава чланица.[71]Ако би у одсуству рестриктивног споразума препродаја у Заједници била могућа и вероватна, сматра се да такав споразум може да утиче на трговину у Заједници.[72] Међутим, да би такав утицај био вероватан, мора постојати значајна разлика у ценама истог производа у Заједници и изван Заједнице. Такође, ова разлика у ценама не сме да буде битно умањена трошковима царине и транспорта. Коначно, количина извезених производа у поређењу са укупним тржиштем ових производа у Заједници такође мора бити значајна. При том се узима у обзир кумулативно дејство свих сличних уговора које закључују исти испоручиоци и међусобно конкурентни испоручиоци, јер ови уговори као целина могу утицати на трговину између држава чланица.[73] Уколико ове претпоставке нису испуњене, сматра се да не постоји значајан утицај на трговину између држава чланица и право Заједнице (чл. 81) се не примењује на такав споразум. Суд ЕЗ је у предмету *Javico* оставио националном суду који је упутио претходно питање да процени, да ли су наведене претпоставке које се морају испунити да би се уговори сматрали супротним правилима ЕЗ о конкуренцији, у конкретном случају испуњене.

3.2. Поље примене одредаба о забрани злоупотребе доминантног положаја

Чл. 82 се односи на злоупотребе доминантног положаја на тржишту Заједнице или на његовом битном делу које би могле штетно утицати на трговину између држава чланица. То не значи, међутим, да је поље примене овог члана ограничено на трговину између држава чланица – он се може применити и на трговину са трећим земљама. Ако неко предузеће из иностранства има доминантан положај на тржишту Заједнице у испоруци неког производа или пружању услуге свака злоупотреба таквог положаја може представљати злоупотребу

[71] Предмет *Javico*, пасус 28.

[72] Упутство Комисије, пасус 108.

[73] *Ibid.*, пасус 109. Предмет *Javico*, пасуси 25–26.

доминантног положаја у смислу чл. 82 УЕЗ. Предмети *Commercial Solvents* и *Chiquita* су примери за такву квалификацију праксе страних увозника робе који су били у доминантом положају. У првом предмету, *CSC*, америчко друштво које је имало монопол на светском тржишту једне врсте сировина за производњу лека против туберкулозе, престало је да је испоручује италијанском друштву Зоја као једном од својих главних купаца у Заједници. Комисија је одлучила да је *CSC* тиме извршио злоупотребу свог доминантог положаја. У другом предмету, Комисија је оценила да је америчко друштво *UBC* злоупотребило свој доминантан положај на тржишту банана приликом велепродаје свежих банана увезених из Централне Америке на тржишту Заједнице (забраном велетрговцима да врше препродаје, наплаћивањем превисоких цена, раскидањем уговора са једним непослушним велетрговцем итд.). Суд ЕЗ је у битном делу потврдио обе одлуке Комисије.[74]

Комисија у Упутству не разматра посебно да ли се и под којим условима одредбе чл. 86 примењују на злоупотребљиву праксу друштава из Заједнице која имају доминантан положај на неком страном тржишту. Међутим, из његових одредаба проистиче да као и код рестриктивних споразума, таква пракса може бити под ударом овог чл. само уколико се њоме уједно остварује значајан утицај на трговину између држава чланица.[75] Такав утицај се може остварити нпр. ако се злоупотребом утиче на структуру тржишта у Заједници.[76]

Уколико би антиконкуренцијски споразуми или пракса правних субјеката на територији Заједнице били усмерени на тржиште земаља Европског привредног простора или земаља са којима Заједница има међународне споразуме који садрже одредбе о заштити конкуренције сличне чл. 81 и 82, забрана би ипак деловала, јер се Заједница међународно обавезала према овим државама да ће примењивати правила конкуренције на споразуме и праксу који би могли да утичу на њихову међусобну трговину.[77] На пример, одредбе чл. 53 и 54 Споразума о Европском привредном простору које се тичу рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја тумаче се на исти начин у погледу поља примене као и чл. 81 и 82.[78]

---

[74] Спојени предмети 6 і 7/73 *Instituto Chimioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v. Commission* и Предмет бр. 27/76 *United Brands v. Commission*. Превод на српски *Paragraf.lex*.

[75] Упутство Комисије, пасус 12 и пасуси 100–108.

[76] Вид. Предмет 22/79 *Greenwitch v. SACEM.*

[77] Вид. A. M van den Bossche, „Competition Provisions in the Europe Agreements“, *Enlarging the European Union. Relation between the EU and Central and Eastern Europe*, (M. Maresceau, ed.), London 1997.

[78] Вид. L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, 53 и 66.

3.3. Поље примене одредаба права Заједнице о контроли концентрација

У право Заједнице о заштити конкуренције улазе и норме о контроли спајања предузећа, мада Уговор о оснивању ЕЗ не садржи изричите одредбе о томе. Једно време Комисија је користила члан 82, а после и члан 81 како би спречила поједина преузимања и стицања удела у предузећима (на пример, у предмету Континентал Кен).[79] Тек након дугогодишњег настојања успела је да издејствује доношење обавезујућег прописа: Уредбе Савета бр. 4064/89 о контроли концентрација предузећа, која је касније замењена Уредбом Савета бр. 139/2004 о контроли концентрација предузећа.[80] Поље примене Уредбе о спајањима одређено је у њеном првом члану. Првим ставом предвиђено је да се она примењује на све концентрације које имају „елемент Заједнице“ (енг. *a Community dimension*). Концентрација има елемент Заједнице уколико предузећа која се спајају достижу одређене прагове промета дефинисане у другом ставу, на светском тржишту и на тржишту Заједнице. Ако сва предузећа која се спајају имају комбиновани укупни светски промет већи од 5.000 милиона евра и бар два од тих предузећа имају појединачно укупан промет на тржишту Заједнице већи од 250 милиона, праг се сматра достигнутим и Уредба се примењује на такву концентрацију. Предвиђен је изузетак уколико предузећа о којима је реч постижу више од две трећине свог промета у Заједници у оквиру само једне државе чланице. У трећем ставу одређени су алтернативни прагови промета који се односе на концентрације које не испуњавају прагове из другог става, али имају везу са бар три државе чланице Заједнице. У таквим случајевима такође може доћи до примене Уредбе. Промет обухвата приходе од продаје производа или услуга и израчунава се на начин одређен у чл. 5 Уредбе. У Смерницама комисије о израчунавању промета објашњено је да се и за производе и услуге промет приписује у месту где се налази купац је је то место у коме се у већини случајева закључује уговор, где се ствара промет за продавца и где се одвија конкуренција са другим продавцима.[81] За питање да ли концентрација има елемент Заједнице у смислу чл. 1, небитно је да ли предузећа која спроводе концентрацију имају седиште и главно место пословања у Заједници, уколико имају значајно пословање у Заједници (преамбула, став 10). Слично као и код рестриктивних споразума, описани критеријум служи за одређивање поља примене Уредбе у односу

[79] Предмет 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, превод на српски: *Параграф.нет*.

[80] *Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation),*Official Journal L 024, 29/01/2004*,* 1–22.

[81] *Notice on Calculation of Turnover OJ* (1998) C 66/25, пасус 46.

према државама чланицама с једне стране и у односу према спољном свету, с друге стране.

Многа страна предузећа која намеравају да спроведу концентрацију било где у свету обраћају се Комисији да би била сигурна да не потпадају под забрану коју Уредба ЕЗ о спајању прописује. Члан 4. Уредбе предвиђа обавезу предузећа да најаве концентрацију Комисији, а чл. 6 обавезује Комисију да у случају да оцени да се Уредба не примењује на дату концентрацију или се примењује, али концентрација не изазива озбиљне сумње у погледу усклађености са заједничким тржиштем, у кратком року донесе одговарајућу одлуку о томе. Таквом одлуком се практично дозвољава концентрација са становишта Европске заједнице. С друге стране, уколико Комисија оцени да се Уредба примењује и да постоје разлози за озбиљну сумњу у погледу усклађености концентрације са заједничким тржиштем, покреће се поступак који може да се заврши забраном концентрације или постављањем одређених услова које предузећа претходно морају да испуне. Сличне одредбе садржала је и претходна Уредба о спајањима.

Пред Судом ЕЗ се појавило питање примене претходне Уредбе бр. 4064/89, на случај када сва предузећа која учествују у концентрацији имају центар пословања у иностранству. Предузећа *Gencor Limited*, привредно друштво основано по праву Јужноафричке Републике, и *Lonro*, акционарско друштво основано по праву Уједињеног Краљевства), споразумела су се да спроведу концентрацију у сектору производње метала који спадају у групу платине. Оба друштва су седиште свог пословања у том сектору имала у Јужноафричкој Републици, где се обављало ископавање руде и рафинисање платине и сродних метала. Делатност *Gencora* у сектору платине обављало је друштво *Implats*, основано по јужноафричком праву, а делатност *Lonroa* у истом сектору обављала су друштва-кћери *Istplats* и *Vestplats* основана по јужноафричком праву као одељење *Lonroa* за платину – *LPD*. *LPD* је продавао своје производе на светском тржишту преко друштва-кћери које је *Lonro* основао у Белгији. На основу планиране концентрације, *Gencor* и *Lonro* би путем двостепене операције замене удела у капиталу стекли заједничку контролу *Implatsa*, а преко тог предузећа, и контролу *Istplatsa* и *Vestplatsa*. Странке су најавиле намеравано спајање јужноафричком органу за заштиту конкуренције и Европској комисији. Надлежни орган Јужноафричке Републике је одобрио спајање, али га је Комисија забранила. Комисија је сматрала да би се спајањем ова два друштва створио дуопол који би чинили новоформирано друштво настало концентрацијом (*Implats*/*LPD*) и јужноафричко привредно друштво *AAC* (*Anglo American Corporation of South Africa LTD*) које је путем свог повезаног друштва, *Amplats*,

било њихов главни конкурент на тржишту. Антиконкуренцијско дејство таквог дуопола осетило би се на релевантним тржиштима унутар ЕУ и Европског привредног простора. Иначе, у одлуци Комисије је констатовано да се метали из групе платине продају у целом свету, а највише у Јапану (око 50% светске потражње), Северној Америци (око 20% светске потражње) и Западној Европи (такође око 20% светске потражње). Око 75% производње платине и сродних метала обавља се у Јужноафричкој Републици, а преосталих 25% у Русији. Јужноафричка Република поседује 90% резерви платине у свету, док су руске резерве на измаку. У писму упућеном Комисији поводом овог случаја, јужноафричка влада је изјавила да не оспорава политику Комисије, али да сматра да предложена концентрација вероватно не би ометала конкуренцију, с обзиром на економску моћ Амплатса и постојање других извора снабдевања металима из групе платине, као и на могућности за друге произвођача да уђу на јужноафричко тржиште одобравањем нових рударских концесија. Истакла је да би постојање два конкурента једнаке снаге можда било повољније за конкуренцију од ситуације у којој једно предузеће (*AAC/Amplats*) ужива доминантан положај.

Мада је забраном Комисије планирана концентрација аутоматски пропала, јер је уговором о концентрацији као одложни услов било предвиђено да Комисија до одређеног рока одобри спајање, *Gencor* је поднео тужбу за поништај одлуке Комисије пред Судом ЕЗ. Позвао се на четири разлога, с тим да је први разлог била ненадлежност Комисије за дати концентрацију. *Gencor* је у тужби тврдио да се Уредба о спајањима примењује само ако се делатности које представљају предмет концентрације обављају на територији Заједнице. Место делатности у овом случају је у Јужноафричкој Републици. Такође, ако се примени тест из предмета *Wood pulp* треба сматрати да се концентрација спроводи на територији Јужноафричке Републике која је одобрила концентрацију. Уколико би се применио други тест, односно тест ефеката, ни онда не би били испуњени услови за примену Уредбе, јер не постоје непосредни и значајни ефекти предложеног спајања на конкуренцију у Заједници. При том се *Gencor* позвао на то да је европско тржиште платине и сродних метала по обиму мање значајно од тржишта које имају друге земље као што су Јапан и САД. Поред тога, *Gencor* је сматрао да Комисија не може да заснује своју надлежност на основу будућег и хипотетичког понашања предузећа о којима је реч. Коначно, последице које би спајање имало на територији Јужноафричке Републике су много значајније него последице које би оно имало на територији Европске заједнице, те надлежност за ову концентрацију треба препустити тој земљи следећи начело немешања односно да не би дошло до

сукоба надлежности. Прихватање надлежности у таквим околностима представља мешање у унутрашње ствари те земље. Комисија се бранила позивањем на два основа за вршење надлежности: начело држављанства и територијално начело. Пошто је *Lonro* правно лице основано у Уједињеном Краљевству, оно је држављанин државе чланице Европске заједнице. Одлука Комисије је у складу са пресудом у предмету *Wood pulp* јер за заснивање надлежности није битно место налажења или место обављања делатности предузећа која се спајају, већ место где се манифестују антиконкуренцијски ефекти. У овом случају ради се о измени структуре конкуренције на заједничком тржишту која се не тиче ископавања и рафинисања производа о којима је реч, него тржишта за продају платине у Заједници. Концентрација би имала минималне последице на конкуренцију у Јужноафричкој Републици јер је у тој земљи ниска потражња за платином. Из тог разлога не постоји наводни сукоб надлежности. Комисија је такође напоменула да су се странке добровољно подвргле њеној надлежности, самим тим што су јој поднеле пријаву о концентрацији и условиле ступање уговора на снагу прибављањем одобрења Комисије. Немачка се, као умешач на страни Комисије, заложила за примену начела објективне територијалности, односно за примену доктрине ефеката и за екстериторијалну примену Уредбе која проистиче из примене те доктрине. Првостепени суд је прво одбацио аргумент Комисије о добровољном подвргавању тужиоца надлежности,[82] а затим размотрио територијално поље примене Уредбе[83] и сагласност оспорене одлуке са међународним правом.[84] По мишљењу Суда, одлучујући критеријум за примену Уредбе је последица концентрације на заједничком тржишту. У њено поље примене спадају концентрације које, мада се односе на рударску и производну делатност изван Заједнице, имају последицу да стварају или јачају доминантни положај на основу кога се стварна конкуренција на заједничком тржишту значајно омета.[85] Општим позивањем на појам значајне делатности, Уредба не придаје већи значај производној од продајне делатности за потребе одређивања свога поља примене. Напротив, постављањем квантитативних прагова који се заснивају на промету она придаје већи значај продајној делатности на заједничком тржишту као фактору који концентрацију повезује са Заједницом.[86] Тужилац такође не може да се ослони на критеријум који се тиче спровођења

[82] Пресуда Првостепеног суда ЕЗ од 25. марта 1999. године у предмету T–102/96 *Gencor Limited v. the Commission*, превод на српски *Параграф.нет*, пасус 76.

[83] *Ibid.*, пасуси 78–88.

[84] *Ibid.*, пасуси 89–111.

[85] *Ibid.*, пасус 82.

[86] *Ibid.*, пасус 84.

уговора, с позивом на пресуду у предмету *Wood pulp.* Наиме, према одлуци у предмету *Wood pulp*, критеријум у погледу споровођења споразума је задовољен обичном продајом у Заједници, без обзира на место налажења извора снабдевања и производног погона.[87] Суд је такође закључио да је прихватање надлежности у овом случају у складу са правилима међународног права. Примена Уредбе је оправдана на основу међународног права уколико је предвидљиво да ће предложена концентрација имати непосредну и значајну последицу у Заједници.[88] Непосредна последица састоји се у стварању дуопола између *Amplatsa* и *Implatsa*/*LPD*-а на светском тржишту платине и сродних метала, које ће наступити у блиској будућности, када руске залихе буду исцрпљене, а тржиште Заједнице је битан део светског тржишта.[89] Дејство концентрације обухвата не само продају производа предузећа које би настало концентрацијом, него и продају производа *Amplatsa* у Заједници што би представљало више него значајан део продаје платине и родијума у западној Европи.[90] У даљем тексту образложења, Суд без много расправе прихвата да је испуњен и критеријум предвидљивости.[91] Суд је такође оценио да Комисија није повредила начело немешања у послове других држава, јер није било сукоба између поступања које је прописала Влада Јужноафричке Републике и поступања које је прописала Заједница. Јужноафрички органи су потврдили да уговор о концентрацији не изазива њихову забринутост у погледу политике конкуренције, али нису захтевали да се такав уговор закључи.

Чини се да је Првостепени суд много ближи прихватању доктрине ефеката у одлуци *Gencor*, него што је то био Суд ЕЗ у одлуци *Wood pulp*. То посебно потврђују два услова које је испитивао да би установио да ли последица концентрације између друштава *Gencor* и *Lonro* на тржишту Заједнице представља довољан основ за надлежност: предвидљивост, тренутно и значајно дејство (енг. *immediate, substantial, and foreseeable effect*). Реч је у ствари о условима које је Општи правобранилац Дармон, полазећи од упоредноправних узора, предложио као део појма квалификованих ефеката који Заједница треба да усвоји да би одредила поље примене својих прописа о конкуренцији. Важности ове одлуке доприноси и то што је Суд ЕЗ у њој показао да се критеријуми за одређивање поља примене Уредбе о спајањима могу преиспитивати у светлу захтева међународног права.[92]

---

87 *Ibid.*, пасус 87.

88 *Ibid.*, пасус 90.

89 *Ibid.*, пасус 93.

90 *Ibid.*, пасус 97.

91 *Ibid.*, пасус 100.

92 Вид. A. F. Bavasso, 50.

Екстериторијална примена права Заједнице о заштити конкуренције на страна лица даје често повода за конфликте са другим суверенитетима.[93] Ови конфликти се ипак брзо решавају политичком и дипломатском акцијом представника заинтересованих држава. За спровођење права Заједнице на располагању стоје и инструменти правне помоћи – билатерални споразуми о узајамном обавештавању о предметима који су под истрагом пред националним органима за заштиту конкуренције, који имају утицаја и на тржиште друге уговорне стране и о узајамној помоћи у спровођењу извршних радњи за заштиту конкуренције. Такве споразуме Заједница има са САД, Канадом и Јапаном.[94]

4. ЗАКЉУЧАК

На почетку смо поставили питање да ли чл. 2 Закона о заштити конкуренције треба тумачити тако да обухвати све акте и радње учињене на територији Републике Србије или само оне који утичу или би могли утицати на конкуренцију на територији Републике Србије. Ако се следи право ЕЗ о заштити конкуренције, мора се закључити да ограничења конкуренције усмерена на страна тржишта не потпадају под забране прописане Законом, осим ако истовремено немају утицаја и на домаће тржиште. Изузетак су ограничења конкуренције усмерена на тржишта која су обухваћена међународним споразумима: тржиште Европске заједнице заштићено одредбама Споразума о придруживању (од момента када споразум о придруживању, односно привремени споразум, буду ступили на снагу), тржишта држава ЦЕФТА и тржиште мрежне трговине држава чланица Енергетске заједнице.

Када је у питању екстериторијална примена домаћих прописа, основни критеријум је стварни или могући утицај или последица аката или радњи на конкуренцију на тржишту Србије. Као допунски критеријум би се могао прихватити и утицај на тржишту неке друге државе са којом Србија има међународни уговор којим се штити конкуренција. Утицај на конкуренцију у Србији који доводи до примене домаћих норми треба да буде значајан, а постојаће, по правилу, ако акт или радња има за циљ ограничавање конкуренције на српском тржишту и ако се спроводи на територији Србије. Међутим,

[93] Вид. на пример, предмете спајања америчких компанија *Boeinga i McDonnel Douglas-a*, као и забрану спајања америчких компанија *GE* и *Honeywell*. Опширније код A. Jones, B. Suffrin, 1263–65.

[94] *Ibid.*, 1266–1270.

стварне могућности Србије да спроведе екстериторијалну примену сопственог законодавства о заштити конкуренције су знатно мање од оних којима располаже Заједница по чијем су моделу усвојени критеријуми за одређивање његовог поља примене.

Maja Stanivuković, PhD

Full Professor
University of Novi Sad Faculty of Law

SCOPE OF APPLICATION OF NEW COMPETITION RULES OF THE REPUBLIC OF SERBIA: RECEPTION OF THE EC COMPETITION RULES

Summary

The new Competition Act of the Republic of Serbia which entered into force November 1, 2009, promotes principles of the market economy. The Competition Act is closely modelled after the EC competition rules. It applies to acts and actions performed on the territory of the Republic of Serbia, as well as to the acts and actions performed outside its territory, if they affect or could affect the competition in the territory of the Republic of Serbia. Furthermore, it applies to all undertakings that trade in goods and services, regardless of their legal status or the state of origin. Serbia has also accepted international treaty obligations towards EC and CEFTA countries to enforce similar competition rules in cases when undertakings enter into agreements or practices that could affect competition in trade between member states. Articles 81 and 82 of the EC Treaty are quoted in those treaties as a yardstick for proper intepretation of the rules on competition contained therein. The article presents the scope of application of Articles 81 and 82 in light of the practice of the EC Courts and the Commission's Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82, and draws conclusions that may be relevant for the application of the Serbian competition rules.

Key words: *Competition Law.– Extraterritorial application of law. – Competition Act of the Republic of Serbia*

УДК 340.12

Др Саша Б. Бован

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

КЕЛЗЕНОВ ПАРАДОКС

Антиномичан карактер Келзенове Чисте теорије права можда је најбоље означити синтагмом доследни идеалистички еклектизам. Иза ове квалификације крије се богато филозофско и научно залеђе Келзеновог нормативизма, али и дубоке противречности Келзеновог опуса које заслужују да се именују као парадоксалне. У раду се дубље истражују те противречности, односно страсно лутање и интелектуална располућеност Келзена између науке и филозофије кроз комплекснији увид у друштвено-историјски миље и идејну климу која је утицала на његово стваралаштво. Основна идеја рада је да иначе спорни међаши Келзенове Чисте теорије права (основна норма, методски дуализам) нису највреднији, чак ни оригинални делови Келзеновог опуса, већ да је то његова антиметафизичка платформа (критика природног права и правде) где на најбољи начин спаја кључне вредности модерне – рационалност, напредак и етику научног погледа на свет.

Кључне речи: *Правни позитивизам – Нормативизам – Филозофија објективног идеализма.*

Научни опус Ханса Келзена садржи једну велику противречност, толико велику да заслужује да се означи као парадокс. Разјашњење ове противречности један је од задатака овог чланка. Наравно, Келзенова доктрина правног позитивизма одавно је прешла зенит свога утицаја, а својим полемичким набојем и ригидношћу изазвала је жустре критике, тако да практично нема теорије која је у тој мери била преиспитивана и оспоравана. Стога се стиче утисак да нема много простора за њену накнадну проблематизацију, што је углавном тачно.[1] Ипак, чини нам се да противречност о којој ће бити речи није довољно и на прави начин обрађена у литератури. Осим тога, потпуно се може прихватити констатација Д. Басте, који сматра да је Келзен и дан -данас велики изазов, јер узета у целини или, пак, у појединостима,

[1] Потпунију литературу о Келзеновој теорији вид. код Р. Валтер, *Теорија права Х. Келзена*, Београд 1999а, 7–9.

чиста теорија права непрестано позива на полемику, на неслагање и супротстављање, на непрекидно и незаустављиво преиспитивање.[2] У том правцу, намера нам је да апорије Келзеновог стваралаштва посматрамо не само из перспективе теорије права, него и социологије науке. Овај угао гледања омогућава дубљи, специфичан увид у интелектуалну и социјалну климу тога времена и адекватно сагледавање и разјашњење теоријске противречности коју смо означили синтагмом *Келзенов парадокс*.

Најзад, у чему је суштина „Келзеновог парадокса", те збуњујуће противречности која изазива велику пажњу стручне јавности и оставља трага у развоју правне теорије, рачунајући и наше просторе.[3] Она се састоји у некој врсти епистемолошке амбивалентности и недоследности, односно у дубокој и разарајућој интелектуалној располућености аутора између две духовне сфере, у лутању између науке и филозофије. Оно што даје посебан печат Келзеновој епистемологији није дилема и покушај да евентуално помири ове светове, као што је то након Другог светског рата покушао Густав Радбрух у додатку своје филозофије права на тему односа позитивног и природног права. Напротив, у Келзеновом случају постоји јасан отклон према филозофији и филозофији права у чије је рашље на крају упао, готово страсно, до последњег атома свог интелектуалног бића, што је збуњујуће и у правом смислу те речи парадоксално.

Иначе, кључне аргументне за изложене тврдње нећемо тражити на супстантивном плану – у Келзеновој теорији права и идеји пранорме (основне норме) – што је преовлађујући приступ у проблематизовању и оспоравању његовог научног опредељења, већ на парадигматско-методолошкој равни, односно у методском дуализму који је преузео од Зимла и Канта.[4]

---

[2] Х. Келзен, *Шта је правда*, Београд 1998а, поговор Д. Басте, 167.

[3] Р. Лукић је нарочито био окупиран Келзеновим опусом, покушавајући да споји научни приступ и Келзенов нормативизам у теорији права. Иако изричито тврди да се свет бивства не може одвојити од света требања, јер фактичка обавезност рађа нормативну (идеалну) обавезност, чини нам се да Р. Лукић ипак подржава Келзеново решење проблема важења норме која право сврстава у свет требања, вид. Р. Лукић, „Келзенов нормативизам", *Анали ПФБ* 1–4/1983, 496 – 502. Библиографија важнијих радова о Келзену у нашој литератури до његове смрти 1973. године вид. код В. Миличић, „*In memoriam* Ханса Келзена", *Правник* (Загреб) 6–7/1973, 101–103. Прегледно о значају Келзеновог дела од наших аутора у С. Врачар, „Темељ Келзеновог нормативизма", поговор књизи Х. Келзен, *Главни проблеми теорије државног права, развијени из учења о правном пропису*, Београд – Подгорица 2001, 563–585; Б. Кошутић, „Келзенове животне противречности", *Гледишта* 9/1973, 885–892; Ж. Анзуловић, „Значење дјела Ханса Келзена", *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 11/1974, 23–35; М. Поповић, „Ханс Келзен (*in memoriam*)", *Гласник адвокатске коморе Војводине* 1/1974, 23–26, итд.

[4] Ван домашаја ове дискусије остају неки други, такође спорни аспекти Келзенове теорије права, пре свега покушај да се заснује „чиста" теорија права, односно

1. ЗАЛАГАЊЕ ЗА НАУКУ

Но, да кренемо од самог почетка. Већ на првој страни *Чисте теорије права* из 1934. године, дела које је Келзена увело на велика врата теорије права, аутор излаже своје интелектуално опредељење и амбиције.[5] У том правцу Келзен се истиче као бескомпромисни заговорник научног погледа на свет. Своје позиције брани пре свега критиком сазнајног амалгама у који се неопрезно уплела јуриспруденција, тј. правна наука. Он каже: „Један поглед на традиционалну правну науку, онако како се развила током 19. и 20. века, јасно показује колико је она далеко да одговори захтеву чистоте. Јуриспруденција се, на потпуно некритички начин, помешала са психологијом и биологијом, са етиком и теологијом“,[6] и даље: „Чиста теорија права настоји да објект свог сазнања јасно разграничи у оба правца у којима је његова самосталност угрожена владајућим методским синкретизмом“.[7]

Године 1945. излази на енглеском језику *Општа теорија права и државе*, где су изнова формулисане, прецизиране и разрађене основне идеје чисте теорије права. У погледу основног интелектуалног става Х. Келзена, овде је залагање за науку добило изглед једног недвосмисленог, бескомпромисног и оштрог научног манифеста. Његова доследност и модерност изражена је пре свега у залагању за критеријуме правности на којима се темељи данашња наука о праву – социологија права. Келзен каже: „Оно што се не може наћи у садржини позитивноправних норми не може ни ући у неки правни појам“.[8] У нешто прагматичнијој и прецизнијој варијанти социологија права елаборора овај епистемолошки став формулом „право је оно што правници раде“.[9] Келзен даље истиче како је наука о праву индикативна, а не нормативна дисциплина, односно да је њен циљ да сазна право, а не да га ствара, да би закључио како наука треба да опише

да се право очисти од психолошких и социјалних елемената и сведе на норму и да се успостави паралелизам између правне науке и социологије права.

[5] Заправо, Х. Келзен је постао значајно име у теорији права још својим хабилитационим радом из 1911. године (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*). Међутим, како и сам Келзен каже у предговору другом издању овог дела из 1923. године, ово је његов списатељски првенац и на неки начин камен-темељац потоње чисте теорије који обухвата широку лепезу проблема који се обрађују, а потом детаљније разрађују у другим радовима. У односу на теме које се анализирају у овом чланку зато су коришћени махом Келзенови каснији радови, попут *Чисте теорије права*.

[6] Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Београд 1998б, 11.

[7] *Ibid.*

[8] Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951, 12.

[9] Детаљније код Н. Висковић, *Појам права*, Сплит 1981, 48; вид. и С. Бован, *Основи социологије и социологија права*, Београд 2008, 175.

свој предмет онакав какав је он стварно, а не да пропише какав треба или не треба да буде са становишта неког суда вредности.[10]

Овакви и слични ставови прожимају све делове чисте теорије права и њен су најдубљи епистемолошки темељ. Овде је потребно нагласити да Келзенову борбу за науку и научни метод у исто време одликује оштро супротстављање, чак непријатељство према филозофији права. У том правцу, Келзенов однос према природном праву и идеји правде најбоље потврђују његово залагање за науку, и отклон, чак презир који је осећао према филозофији и јуснатурализму.[11] То се види још у предговору *Опште теорије државе и права* када каже: „Чиста теорија права не посматра свој предмет као више или мање несавршену копију једне трансценденталне идеје. Она се не труди да право схвати као одраз правде, као људско чедо божанског порекла. Чиста теорија права настоји да јасно разликује емпиричко право и трансценденталну правду, која не спада у њен специфичан предмет. Она у праву види не манифестацију једне натчовечанске власти, него специфичну друштвену технику, засновану на људском искуству; чиста теорија права одбија да буде правна метафизика“.[12]

У погледу природног права, посматрано из научне оптике, Келзен излаже његову одлучну и бриљантну критику, којој се не може скоро ништа додати нити одузети. Идеју о природноправном поретку који је саздан од универзалних, вечних и непромењљивих норми и који је надређен позитивном праву, Келзен одбацује стандардним аргументом да „ниједна од многобројних природноправних теорија није досад успела да одреди садржину тог праведног поретка на начин који би био макар и приближан по тачности и објективности оном начину којим природне науке могу да одређују садржину природних закона или правна наука садржину позитивног правног поретка“.[13]

Међутим, Ханс Келзен толико ниско вреднује теорију природног права да јој одузима статус филозофске доктрине, па је назива идеологијом, и то идеологијом која у суштини представља један облик самообмане.[14] Зрелост и чврстина његове аргументације долази нарочито до изражаја када, полазећи од тога да се принципи природног права употребљавају како би се потврдио или негирао неки позитивноправни поредак, он истиче да његово важење почива на судовима

[10] Х. Келзен (1951), 13.

[11] О односу Келзена према античкој правној мисли код: R. Walter, C. Jabloner, K. Zeleny, *Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens*, Wien 2005.

[12] Х. Келзен (1951), 13 – 14.

[13] *Ibid.*, 23.

[14] *Ibid.*, 22.

вредности који немају никакву објективност и који су ништа друго до израз извесних групних или класних интереса.[15] И даље: „револуционарна доктрина природног права, слично конзервативној, не бави се сазнањем позитивног права, правне стварности, него одбраном њеном, или нападом на њу, политичким, а не научним задатком“.[16]

Најзад, говорећи о односу природног и позитивног права, Келзен не само да разобличава теорију природног права, него је и исмејава. Он најпре понавља да дуализам стварности и идеје, несавршеног света наших чула и једног другог, савршеног света, дуализам између природног и натприродног, емпиријског и трансценденталног, представља типичан пример метафизичког тумачења света чији циљ није, као у случају науке, да рационално објасни стварност, него пре да је емоционално прими или одбаци. Након тога, проницљиво и иронично, он истиче да када би постојао апсолутно праведни поредак, како тврди јуснатурализам, позитивно право би било сувишно и бесмислено. И на крају подсмех, у речима: „Стављена пред постојање једног праведног поретка за друштво, који се може сазнати из природе, разума или божје воље, активност стваралаца позитивног права би одговарала лудачком напору да пушта вештачко осветљење у пуном сунчевом сјају“.[17]

Међутим, Келзенов коначни обрачун са метафизиком, јуснатурализмом и филозофијом уопште, уследиће десетак година касније у његовим разматрањима о правди. На овај корак он се дуго спремао, а обрачун се одвијао у две фазе. У првој, рани Келзен настоји да правду истисне из сазнајног видокруга правне науке. У другој фази, он покушава не да реши проблем правде, већ да разори правду као идеју, као принцип, односно вредност по себи. Његову накану сликовито представља Д. Баста следећим речима: „Оно против чега је Келзен без зазора устао, оно на шта се силовито обрушио, није била ова или она теорија правде, није била ова или она слаба тачка у појединим схватањима о правди. Својој беспоштедној критици он је, ни мање ни више, изложио целокупну западњачку традицију мишљења о правди, од античког времена до новог доба, од Платона и Аристотела до Лока и Канта. У ствари, Келзен је довео у питање правду као такву“. И даље: „код њега је реч о разобличавању и разарању правде, а не само о раскидању било какве повезаности правде и правног поретка или пак о изгону правде са тла права и из оквира правног света“.[18]

---

15 *Ibid.*, 25.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, 26.

18 Д. Баста, 168–169.

Видећемо на крају овог одељка да ли тумачење Келзеновог схватања правде које излаже Д. Баста погађа суштину и намере аутора. Но, позабавимо се прво Келзеновим схватањем правде.[19]

У суштини, Келзенов обрачун са правдом одиграва се по идентичном сценарију као у случају природног права. Иста логика поступања и аргументације видљива је још у *Општој теорији права и државе*. Он сматра да идентификација права са правдом има за циљ морално оправдање неког друштвеног поретка, што је политичка, тј. идеолошка, а не научна тенденција.[20] То значи да, као када се ради о природном праву, правда представља тек обичан субјективан суд вредности. Кратка и сажета анализа овог питања завршава се закључком у коме се истиче субјективан и релативан карактер правде: „Пошто је човечанство подељено на мноштво нација, класа, религија, професија, итд., које се често разликују једна од друге, то постоји мноштво веома различитих идеја правде, сувише много да би човек могао да говори просто о 'правди'„.[21]

Међутим, у поменутом делу Келзен није тако радикалан у погледу третмана идеала правде. У овој, почетној фази свог интересовања за правду, Келзен се задовољава тиме да правду измести са терена правне науке. У том правцу он истиче да се чиста теорија права не противи захтеву за праведним правом, али да она није надлежна да одговори на питање да ли је дато право праведно или није и у чему је садржина правде, и то стога што се на то питање не може научно одговорити.[22]

Када се ради о суштини правде, односно о томе шта је њен основни елемент, Келзен је означава, доста необично, синтагмом „друштвена срећа“. Он каже: „Шта у ствари значи кад се каже да је правни поредак праведан? То значи да тај поредак регулише понашање људи тако да тим регулисањем буду задовољни сви људи, што ће рећи – тако да сви људи налазе своју срећу у њему. Људи не могу наћи срећу као изоловани појединци и зато је траже у друштву. Правда је друштвена срећа“.[23]

Сва је прилика да из овог, необичног и рогобатног одређења основног елемента и суштине правде – правда као друштвена срећа, произилази читава дискусија о правди у полемичком, интригантном и пилатовски насловљеном спису из 1953. године под називом *Шта је правда*. Уједно, у овом раду Келзен иде корак даље с циљем да

[19] О Келзеновом схватању правде вид. у нашој литератури и код М. Јовановић, „Цртица о Келзеновом виђењу правде“, *Правни живот* 3–4/1996, 155–165.

[20] Х. Келзен (1951), 19.

[21] *Ibid.*, 22.

[22] *Ibid.*, 19–20.

[23] *Ibid.*, 20.

правду здроби и разобличи, да је истисне не само из права и правне науке, него и са духовног хоризонта сваке озбиљне интелектуалне (теоријске) анализе.

На први поглед делује наивно Келзеново изједначавање правде са друштвеном срећом. Међутим, то је само мамац за који ће се прво ухватити једна површна критика. Његово поистовећивање правде и друштвене среће није покушај да он сам одреди суштину, тј. основну садржину правде. Код њега је такво одређење правде само транзитна категорија којом жели да постигне сасвим други циљ. Пре него кажемо који је то циљ, истакнимо да је поменути кратак спис о правди заснован на истој интелектуалној матрици као и разматрања о правди малопре цитирана из Келзеновог кључног дела, *Општа теорија права и државе*. Шта је онда новина која даје тежину и значај овом другом тексту? Прво, продубљена анализа заснована на релевантним и добро одабраним примерима. Друго, коначан закључак и кључни аргумент којим Келзен изгони правду из духовне сфере.

Келзеново дефинисање правде као друштвене среће може се окарактерисати као наивно ако се задржимо на малопре цитираном закључку на ту тему из *Опште теорије права и државе*. Међутим, он истиче једно од могућих одређења правде, и то оно које је могуће инплементирати у правни поредак. Прагматично одређење правде као друштвене среће тада више није брзоплето и неуверљиво, већ напротив, врло убедљиво. Таква формулација правде, оперативна са становишта функција права и правног поретка, онда постаје и теоријски релевантна и легитимна, у најмању руку исто као и нека друга, општеприхваћена схватања правде (*suum cuique tribuere* – правда као дати сваком своје, *honeste vivere* – правда као једнакост, *neminem leadere* – правда као златно правило).

Али, понављамо и наглашавамо, Келзен није имао амбиције да одреди садржину правде и кандидује своје схватање као боље од других или једно од могућих схватања правде. *Његов циљ је да покаже да је правда, како год је схватили, релетивна и субјективна категорија.*

Сходно томе, он прво истиче да, уколико је правда срећа, онда је немогућ праведни друштвени поредак, ако под правдом подразумевамо индивидуалну срећу. Међутим, истиче Келзен, праведни друштвени поредак је немогућ чак и када срећу схватамо као друштвену срећу, као највећу могућу срећу највећег могућег броја људи, тј. када срећу третирамо као објективно-колективистичку, а не субјективно -индивидуалистичку категорију.[24] Келзен кроз убедљиве примере одговора зашто је то тако.

[24] Х. Келзен (1998а), 11.

Превођење правде и среће у социјалну категорију прво значи да под њом имамо подразумевати одређене друштвено признате потребе, тј. интересе, оне које већина грађана у оквирима једног правног и друштвеног поретка сматра вредним заштите. Међутим, и тада се поставља питање које се потребе, односно интереси могу сматрати општеприхваћеним, с обзиром на то да у друштвеној пракси често долазе у колизију вредности које су подједнако признате. На пример, људски живот, као највиша вредност, долази у колизију са моралним уверењем о части нације, које дозвољава одузимање живота непријатељу.[25] На овом и сличним примерима Х. Келзен доказује да свака одлука у једном или другом правцу има карактер субјективног, а то значи релативног вредносног суда, иако се ради о општеприхваћеним вредностима у једној друштвеној заједници. До истог закључка се долази када проблем посматра из историјске оптике, на пример, у случају где једне универзално признате вредности цивилизацијским развојем потискују неки други вредносни стандарди. Тако се у примитивном друштву примењивао принцип колективне одговорности, који је затим потиснут принципом индивидуалне одговорности.[26]

Из свега овог Келзен извлачи закључак да је сваки вредносни принцип друштвеног поретка субјективног и релативног карактера. Међутим, ментални и емоционални склоп човека је такав да он има снажну потребу за рационалним оправдањем својих поступака, која је јача од потребе за њиховим рационалним објашњењем. Зато се човек окреће религији и метафизици и правду као релативну категорију премешта у један други, трансцендентални свет, те она постаје апсолутна вредност.[27] Исти је случај када они који не могу да прихвате метафизичко решење проблема правде, а ипак правду посматрају као апсолутну вредност, покушавају да у људском уму открију основне принципе праведног делања и праведног поретка. На основу тога, све теорије правде Келзен исправно дели на два типа: метафизичко-религијске и псеудо-рационалистичке теорије правде.[28]

Најзад, долазимо до кључног аргумента за побијање правде. Тај аргумент за оспоравање правде пружају управо они који су је створили – филозофи. Стварајући апсолутне категорије и фантазмагоричне светове, и упорно одбијајући да прихвате релативизам и рационално објашњење стварности, филозофи су сами себе довели у неприлику из које нема излаза. Анализом принципа правде Келзен је само још једном констатовао ту чињеницу, а да није ни први ни

[25] *Ibid.*, 13.

[26] *Ibid.*, 16–17.

[27] *Ibid.*, 19.

[28] *Ibid.*, 20.

последњи који је то учинио. Он је само на примерима бриљантно и доследно показао да је сваки систем вредности релативног карактера и да релативност као онтолошки принцип руши идеју правде. Другим речима, да би опстала као принцип, као идеја, као темељ друштвеног поретка, као руководно начело моралног поступања, правда мора да буде по свом онтолошком статусу апсолутна и објективна категорија, јер су је тако поставили филозофи. Келзен примерима доказује да је правда увек субјективна и релативна категорија, а схваћена у апсолутном смислу она постаје празна формула.[29]

Остаје на филозофији да бира између ништавила и бола, као Фокнеров јунак из романа *Дивље палме*. Остајући при традиционалном схватању правде као апсолутне вредности (независно од тога како одређују њену садржину), филозофи сами бирају ништавило. Ако погледају истини у очи, остаје им бол због два миленијума узалудних напора да формулишу апсолутне категорије, али и могућност да трансформишу филозофију, макар у неку врсту уметности ума, како је третира наш познати филозоф између два рата Б. Кнежевић.

Но, вратимо се Келзену. Његова анализа и критика природног права и правде недвосмислено указује на интелектуално опредељење аутора и представља неку врсту бисера научне аргументације, која је чврсто уграђена у најдубље темеље научног дискурса. Међутим, Келзенов категоријални апарат садржи два појма који су међаши његове теорије права, а чији нејасан онтолошки статус не само да збуњује и ствара парадоксалну ситуацију, не само да је показатељ његовог лутања између науке и филозофије, него га чини у пуном смислу речи подељеном личношћу и подељеним интелектом.

---

[29] Полазећи од изложеног потребно је осврнути се на критику Келзеновог схватања правде коју је изложио Д. Баста. Све што је речено показује да је одбрана правде као апсолутне категорије донкихотовски подухват. То се види по неуспелом покушају да се позивањем на *actio iustitiae* Т. Аквинског правда посматра с некаквог динамичког становишта (праведно поступање које треба да покаже шта је правда – што није аргумент, већ пука логичка грешка), као и у покушају да се по свом онтолошком статусу Келзенова основна норма прогласи једним обликом правде, вид. Д. Баста, 175–176, 170. Када се ради о овом последњем, треба истаћи да јесте тачно да правда и основна норма имају исти смисао и функцију, односно да код Келзена основна норма треба да одреди апсолутно мерило вредности за позитивно право, тј. да емпиријски правни материјал конституише као поредак. Међутим, правда и основна норма имају другачији онтолошки статус. То значи да је покушај заснивања позитивног права преко правде осуђен на пропаст јер завршава у идеологији, док је пранорма логичка конструкција која је вредносно неутрална. Питање је да ли на овај начин Келзен успева да реши проблем чистоте своје теорије, али се сигурно основна норма не може свести на облик правде, као што сматра Д. Баста. Ако на неки начин треба садржински одредити основну норму, онда би право решење било оно које даје Р. Валтер – основна норма као заповест да се поштује устав и позитивни прописи.

2. КОПЕРНИКАНСКИ ОБРТ

Појмови који по својој теоријској природи не припадају научном хоризонту, који руше основно епистемолошко становиште Х. Келзена, су категорије пранорме и методски дуализам. Прво ће, само укратко, бити речи о пранорми. Сажето, јер је Келзенова основна норма захвална за критику и била је предмет жестоких оспоравања, што је и логично с обзиром на њену садржину и функцију коју има у теоријском систему чисте теорије права.

Према Келзену, основна норма (пранорма) је она норма која се не може извести из неке више норме.[30] Најважније питање везано за основну норму је њена природа, тј. онтолошки статус. Келзен истиче да је по својој природи пранорма „претпостављено крајње правило према коме се норме тог поретка односе и укидају, добијају и губе своје важење“.[31] Основна норма не важи као позитивноправна норма зато што је донета по одређеној процедури од стране надлежног органа. Она важи зато што се претпоставља да важи, а претпоставља се да важи „зато што без те претпоставке ниједан људски акт не може да се схвати као правни акт, а посебице – као акт којим се ствара право“.[32]

Одмах треба истаћи да, према Келзену, изложена садржина основне норме, као и њена функција и начин промене, отклањају могућност да се она схвати као трансцендентална категорија. По својој садржини пранорма није метаправни принцип очигледан сам по себи, тј. апсолутна категорија из које се изводи читав правни поредак, као што је случај са природноправним поретком или правдом. Основна норма је претпоставка којом се први устав, као физички акт и изјава воље неког узурпатора или некакве скупштине, промовише у обавезну норму. Она само известан догађај квалификује као почетни догађај у стварању правног поретка.[33] Емпиријску природу основне норме потврђује и њена функција која се, према Келзену, састоји у томе да „дâ власт стварања права акту првог законодавца и свим другим актима који се заснивају на првом акту“.[34] Најзад, и могућност промене основне норме такође указује да се она не може схватити као метафизички принцип.[35]

Но, да ли ствари са основном нормом стоје тако једноставно као што се на први поглед чини, као што сматрају и неки аутори-

[30] Х. Келзен (1951), 117.

[31] *Ibid.*, 119.

[32] *Ibid.*, 122.

[33] *Ibid.*, 119–120.

[34] *Ibid.*, 121.

[35] *Ibid.*, 123.

тети за тумачење Келзена, попут Роберта Валтера.[36] Склонији смо тумачењу да је Келзен један етички идеал (природни поредак, правда) само заменио једним логичким идеалом – основном нормом као уставом у правнологичком смислу, који претходи првом уставу као уставу у позитивноправном смислу.[37] Међутим, тај логички идеал је идеал, а то значи апсолутна и, у крајњој линији, трансценденталнa категорија. То проистиче из чињенице да се помоћу тог идеала (основне норме) изграђује читав правни поредак (основна норма као нормативни основ важења првог устава), али и апсолутизује позитивно право – у смислу његовог чишћења од свих фактичких, етичких или психолошких садржаја. Како дискретно, али убојито истиче Слободан Јовановић, у дугим низовима својих апстрактних резоновања, Келзен је сметнуо с ума да ипак иза сваке норме стоји власт.[38] Овај превид проистиче из једне друге околности о којој ће управо бити речи – да је основна норма логичка конструкција изведена из неокантовског методског дуализма, што је у крајњој линији такође трансцендетална епистемологија попут метафизике.

Према томе, намера нам је да укажемо како је Келзен, желећи да сачува чистоту (формализам) своје правне теорије, морао да изађе из поља науке, а није хтео да уђе у поље филозофије вођен својом одбојношћу према метафизици. Међутим, нашао се у празном простору који логика није могла да испуни, већ напротив, постаје и сама једна врста метафизике. Да је Келзен био у дилеми којем се царству приволети види се најбоље из терминологије којом категорише основну норму. На једном месту он је означава као трансцендентално-логички услов правног поретка, а на другом, без позивања на трансценденталну филозофију и Канта, као претпоставку правног поретка.[39]

Сама идеја да се правни поредак заснује као јединствен систем који почива на строгој ступњевитости (хијерархији) норми је бизарна. Проста дедуктивна логика коју користи натерала је Келзена да прибегне конструкцији основне норме која је нормативно-логички основ

[36] Р. Валтер, (1999а), 12. Слично код G. Hughes, „Validity and the Basic Norm“, *Essays in Honor of Hans Kelsen* (ed. A. Ehrenzweig), South Hackensack 1971, 695–714.

[37] Терминологија коју користи Р. Валтер када говори о односу првог устава и основне норме, Р. Валтер, *Три прилога чистој теорији права*, Београд, 1999б, 19.

[38] Вид. Д. Баста, „Слободан Јовановић и Ханс Келзен“, *Анали ПФБ* 1–4/2001, 36.

[39] Р. Валтер (1999б), 26 – 31. Не слажемо се са Р. Валтером, који сматра да се Келзен видно трудио да своју теорију филозофски фундира (*ibid*., 34). Као што смо истакли, и на шта указује различито означавање основне норме, Келзен је био разапет између научног погледа на свет и свести да му његова сопствена теорија „бежи“ на терен филозофије, што он нипошто није желео, па се пре може рећи да је био приморан да чисту теорију права филозофски утемељи.

важења правног поретка. Келзену је сасвим било јасно да тиме упада у велику противречност која се не може отклонити конструкцијама типа „фактичко је услов, али не и основ важења првог устава“. Прети опасност да читава теорија заснована на простом дедуктивном извођењу падне у воду, још горе, да буде неозбиљно схваћена, а Келзен је последњи који би себи то дозволио.[40] Зато је био „приморан“ да склопи уговор са ђаволом како би читава теорија добила на тежини. У његовом случају то је био методски дуализам.

Методски дуализам је епистемолошко-методолошка позиција која оштро супротставља свет битка и требања и шире, изражава антиномију идеје и реалности, објекта и субјекта, садржаја и форме, нужности и слободе.[41] Полазећи од Канта, Келзенов методски дуализам почива на Кантовом априоризму и формализму, на теоријско – спекулативној, а не на практичној филозофији, односно на оним деловима Кантовог опуса који су више методолошког карактера.[42] У сваком случају, имајући у виду и друге идејне изворе Келзенове теорије, о чему ће бити више речи у последњем одељку рада, може се без имало двоумљења закључити да је његов методски дуализам истовремено и онтолошки дуализам.[43] То је једна врста објективног идеализма пренетог на подручје права, где *требање* (преко основне норме као претпоставке) врши функцију објективног суда вредности који се односи на неког субјекта (будућег законодавца), а не субјективног суда вредности који се односи на неки објекат (функција коју врши *требање* посредством појма правде у класичној метафизици). Крајња последица овог објективног идеализма у односу на право ја да се *требање*, преко појма основне норме схваћене као претпоставке, лишава било које садржине (воља као реалност и психолошка катагорија претвара се у апстрактну и формалну јуристичку вољу), и своди на своју логичку функцију, где се емпиријски правни материјал конституише као поредак, и то само и чисто као формални поредак.

---

[40] С обзиром на метод настанка (просто дедуктивно извођење) и чињеницу да идеја основне норме гравитира и код других аутора (Франтишек Веир, Алфред Фердрос, Валтер Јелинек) не слажемо се са ставом Р. Валтера да је настанак идеје о основној норми у систему чисте теорије права фасцинантан научно-историјски процес. Вид. Р. Валтер (1999б), 16.

[41] Љ. Тадић, *Филозофске основе правне теорије Ханса Келзена*, Сарајево 1959, 69.

[42] *Ibid.*, 38.

[43] О битку и требању код Келзена детаљније у G. Winkler, *Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre, Theoretische und geistesgeschichtliche Uberlegungen zum Dilemma von Sein und Sollen in Hans Kelsens Rechtstheorie*, Saarbrucken 1988. Један од интересантнијих новијих покушаја одбране методског дуализма у САД, вид. код M. Green, „Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems“, *Alabama Law Review* 54, 2/2003, 365–409.

Одлучно залагање за ову епистемолошку позицију и филозофско наслеђе које стоји у њеној позадини је оно што противречи Келзеновом настојању да изгради једну научну теорију права. У суштини, он у теорији права филозофију није заменио науком, већ је једну филозофију (метафизику) заменио другом (трансценденталном логиком). Оно што збуњује и што је парадоксално у правом смислу те речи, јесте његово страсно и бескомпромисно обрачунавање са филозофијом када се ради о јуснатурализму, и још страсније и преданије прихватање једне друге филозофије а све то под изговором изградње једне чисте и научне теорије права. У том правцу, оштри ставови и прецизан појмовни апарат (антиметафизичка терминологија) којим се напада филозофија, а затим на исти начин заговара наука и то са позивом на једну другу филозофију, указују на интелектуалну подвојеност, тј. чудновату и необјашњиву теоријску и идејну располућеност аутора.

Полазећи од Хермана Коена, Келзен изражава дуализам битка и требања као супротстављеност између природе и духа која је основ за поделу и разликовање наука о природи и наука о духу. Своје методолошке ставове наговештене у свом хабилитационом раду он разрађује на односу социологије и правне науке.[44] По Келзену, социологија је експликативна наука која настоји да протумачи стварна збивања и утврђује природне законе.[45] Насупрот њима, нормативним наукама је циљ да спознају шта треба да буде, а не шта се уистину догађа.[46] У нормативне науке Келзен убраја етику, граматику и логику, а од правних наука само правну догматику, а не и правну историју, која је попут социологије експликативна, тј. индикативна наука.[47] Подела између експликативних и нормативних наука за Келзена је последица једне дубље, у суштини света усађене противности између онога што јесте и онога што треба да буде. Позивајући се на Зимла, према чијем је мишљењу разлика између бивства и требања исконска, он каже да су постојање и требање одређени облици мисли под којим могу да се обухвате све ствари и закључује: „Принципијелна разлика ових облика мисли узроком је, да се бивство и требање показују као два одељена света“.[48]

Водећи се методским дуализмом Келзен каже да право посматрано као норма и изведено из основне норме као логичке претпо-

[44] Х. Келзен (2001), 31–35.

[45] Х. Келзен, *О границама између правничке и социолошке методе*, Београд 1927, 12.

[46] *Ibid.*, 11.

[47] Треба истаћи да Келзен оштро разграничава правну науку и у односу на неке нормативне дисциплине, пре свега на етику, из које и потиче *требање* као појам (као морално требање). Детаљније о томе код Љ. Тадић, 72–73.

[48] Х. Келзен (1927), 8.

ставке има строго логичко-језичку природу и припада свету *требања*. У исто време, правна наука која изучава правне норме (правна догматика) је нормативна дисциплина у пуном значењу те речи. Отуд и дефиниција права као специфичне друштвене технике принудног поретка.[49]

На крају крајева, методолошка конструкција дуализма између битка и требања испада прилично једноставна.[50] Келзенов допринос овој методологији јесте у њеној доследној логизацији како би се требање одвојило и од моралног требања, и у исто тако доследној примени тог логичког и објективног идеализма у анализи права.[51] Али, као што смо већ истакли, тиме је Келзен једну филозофију (метафизику) само заменио једном другом (рационализмом, трансценденталном логиком). То значи да је Келзен – научник устукнуо пред Келзеном – филозофом, а коперникански преврат, као синтагму коју користи Карло Косио да истакне значај Келзенове теорије, пре можемо да искористимо – мало и иронично – како би истакли његову дубоку и необјашњиву идејну располућеност. Необјашњиву, имајући у виду време када је настала Келзенова теорија, а то је тренутак када се већ угасила звезда рационалистичке филозофије и филозофије уопште.[52]

На крају овог одељка може се рећи да је велика вредност Келзеновог дела у томе што истиче нормативност као једну или кључну димензију права на начин и на нивоу који превазилази све покушаје у оквиру нормативне теорије права.[53] Ипак, поставља се питање да ли је била потребна толико компликована и противуречна теоријско-методолошка конструкција да би се урадило тако нешто. Тим пре што осим екстремног социологизма код неких представника америчког правног реализма, нико у правној теорији не оспорава нормативну димензију права. Поставља се и питање да ли је Келзен, вођен великим амбицијама, схватио да са концептом основне норме не може да их оствари, па је свесно прибегао методском дуализму,

[49] Х. Келзен (1951), 33.

[50] Г. Радбрух је, такође, пример како се право објашњава полазећи од методског дуализма. Једино што он право посматра као културолошку појаву, као понашање које се повезује са вредношћу, што значи да се методски дуализам изражава као супротност битка и вредности: Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1980, 18.

[51] На ширем филозофском плану може се истаћи да је Келзен показао да је рационализам могућ само у његовој варијанти, јер је рационализам иначе недоследан с обзиром да покушава да помири трансцендентализам и емпиризам.

[52] Детаљније о антитези битак – требање и у нашем раду С. Бован, „Битак и требање у праву“, *Правни живот* 12/2000, 591–607.

[53] С. Савић, „Келзенова нормативна доктрина и појам права као нормативног поретка“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1995, 537–547.

како би појачао своју основну идеју која је у суштини интелектуално прилично скромна.

У крајњој линији постоје решења којима би се избегле противречности и отклонио парадокс у чистој теорији права. На пример, наш угледни аутор и велики познавалац Келзеновог опуса, Р. Лукић, истиче да се у праву свет бивања спаја са светом важења (требања) тако што практичко рађа идеално, односно фактичка обавезност рађа нормативну, идеалну обавезност.[54] У истом правцу, сличан закључак изводи и С. Јовановић, када каже да није могуће правно схватити неку норму пре организоване државне власти која тој норми даје правну важност.[55] Међутим, Р. Лукић и С. Јовановић говоре о онтолошком прожимању и нераскидивом јединству битка и требања, што је решење које не одговара Келзену. Тако ствари стоје и код Харта, који уводи у правни поредак правило признања изведено на основу емпиријских критеријума.[56] Заправо, Келзен је могао да бира: да одбаци методски дуализам, чиме његова теорија заснована на основној норми престаје да буде оригинална и релевантна, или да, као велики противник метафизике, ипак пригрли један њен облик (методски дуализам), чиме је теорија постала оригинална, али противуречна. Испада сурово, али изгледа истинито: између тога да изгуби оригиналност или да изгуби душу (свој научни легитимитет), Келзен се определио за ово друго решење. Зато је, независно од тога што је у тренутку стварања Чисте теорије права и сам методски дуализам већ превазиђено становиште (и у филозофији), Келзеново посезање за методским дуализмом – Фаустов избор.

3. ДРУШТВЕНО-ИСТОРИЈСКИ И ИДЕЈНИ ОКВИР ЧИСТЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВА

Дубока противречност Келзеновог опуса, његово лутање између науке и филозофије, могу се сагледати потпуно тек када се стекне комплекснији увид у социјалну климу тог времена и у идејна превирања којих је на крају XIX и почетком XX века било толико да их можемо означити као неку врсту „мини-ренесансе“.

Посматрано са становишта друштвено-историјског хоризонта тадашње Европе и Хабсбуршке монархије, може се рећи да Келзенова доктринарна антиидеолошка позиција садржи у себи једну препознатљиву друштвену идеологију. Очишћена од свих ванправних,

[54] Р. Лукић, „Келзенов нормативизам“, *Анали ПФБ*, 1–4/1983, 502.

[55] Д. Баста, „Слободан Јовановић и Ханс Келзен“, *Анали ПФБ*, 1–4/2001, 37–38.

[56] Х. Харт, *Појам права*, Подгорица, Цетиње 1994, 126–131.

тј. од вредносних и фактичких елемената, логично је да се правна наука оштро супротставља свакој идеологији, без обзира да ли она долази из моралне филозофије односно политике, или из природног права. Келзен наглашава да Чиста теорија права приказује право „онаквим какво јесте, не легитимирајући га праведно или дисквалификујући га као неправедно; она пита о стварном и могућном, а не о исправном праву. Она је у том смислу радикално реалистичка теорија права. Она одбија да вреднује позитивно право“, и даље „она нарочито одбија да служи било којим политичким интересима на тај начин што ће им испоручивати идеологије посредством којих се постојећи друштвени поредак легитимира или дисквалификује. Тиме ступа у најоштрију супротност према традиционалној правној науци која – свесно или несвесно, час више, час мање – има идеолошки карактер“.[57]

Међутим, и сам Келзен признаје идеологичност своје теорије када је посматра у оквиру историјског тренутка њеног настанка. Наиме, универзалистички карактер Чисте теорије права, која право посматра као поредак и све проблеме права као проблеме поретка кореспондира са покушајима да се истакне универзалистички карактер Аустроугарске монархије. Следеће реченице из Келзенове необјављене аутобиографије то јасно потврђују: „С обзиром на аустријску државу, која је била састављена од многих група различитих по раси, језику, религији и историји, теорије које су покушале да јединство државе заснују на некој социјално-психолошкој или социјално-биолошкој повезаности људи који правно припадају држави показале су се, савим очигледно, као фикције. Уколико је та теорија државе суштински саставни део Чисте теорије права, може Чиста теорија права важити као специфично аустријска теорија“.[58]

Сва је прилика да Келзен допушта легитимизацију универзалистичких тежњи аустријске државе посредством своје теорије права и државе, јер му је, као аустријском конституционалисти, било више него очигледно да у условима вишенационалне државе право не може бити еманација јединственог народног духа – како истиче Р. Валтер, већ да различите народе многољудне подунавске монархије на окупу држи у првом реду јединствени правни поредак.[59] Сентимент према монархији види се и у његовим разматрањима о правди, када, на крају овог дела, говорећи о толеранцији као суштини демократије са поносом истиче и хвали *Патент о толеранцији* Јосифа II, као једну од најлепших славних страница у историји Аустрије.[60]

---

[57] Х. Келзен (1998б), 19–20.

[58] Р. Валтер (1999а), 21.

[59] *Ibid.*, 20–21.

[60] Х. Келзен (1998а), 36.

На крају, и у изложеном контексту, може се сложити и са Љ. Тадићем да Келзенова теорија државе као правног поретка објективно има конзервативни карактер, јер апстрактна мисао о држави заправо прикрива праву суштину и улогу државе у друштву.[61] Ипак, чини се да његови ставови о демократији, као и умереност и уљудност у споровима око Чисте теорије права, указују да је на личном плану Келзен био искрени хуманиста и надахнути демократа.

Посматрано на чисто идејном плану поставља се питање да ли је научно и филозофско залеђе тога времена, као и велики број аутора, отиснуло најснажнији печат на Келзена – као што на пример тврди Љ. Тадић, или се ти утицаји могу свести на спорадично и прагматично коришћење извора у функцији формулисања теорије у њеном коначном облику – што је мишљење Р. Валтера.

Када се ради о научном залеђу Келзенове теорије права неспорно је да она припада духовном хоризонту класичног правног позитивизма (легализма, државноправног позитивизма). То истиче и сам Келзен када говори о позитивизму као реакцији против метафизике и учења о природном праву.[62] То се види и кроз његов однос према легалистичкој концепцији Ц. Остина. Он каже: „Оријентација Чисте теорије права је у начелу иста с оријентацијом тзв. аналитичке јуриспруденције. Слично Џону Остину у његовим чувеним *Предавањима о јуриспруденцији*, Чиста теорија права покушава да дође до резултата искључиво анализом позитивног права“.[63]

Но, управо кроз однос према Остину и аналитичкој јуриспруденцији откривамо где се ове теорије разликују. Келзен истиче: „Онде где се оне разликују, до разлике долази због тога што Чиста теорија права покушава да метод аналитичке јуриспруденције примени доследније него Остин и његови следбеници“.[64] Из ове доследности настаје Чиста теорија права као прелаз из државноправног у критички правни позитивизам, из легализма у нормативизам, са свим теоријским последицама о којима је до сада било речи и које дају Келзеновом опусу антиномичан карактер.

Другачије ствари стоје са филозофским коренима Чисте теорије права. Р. Валтер сматра да је преширoко захватање филозофског залеђа Келзенове теорије једна врста адумбрационизма, и у сваком случају јалов посао и странпутица. На примеру Канта и Хусерла он показује како Келзен врло прагматично и селективно користи одређене филозофске изворе: од Канта је преузео само антитезу

[61] Љ. Тадић, 121.

[62] Х. Келзен, (1998б), 21, 31–32.

[63] Х. Келзен (1951), 14.

[64] *Ibid.*, 14.

битак – требање, али не и практичну филозофију, од Хусерла његов антипсихологизам, али не и остале консеквенце феноменологије.[65]

Насупрот њему, Љ. Тадић покушава да докаже како су различита филозофска струјања идеалистичке филозофије остварила много дубљи утицај на Келзена. На том подугачком списку почиње се од баденске (јужнонемачке) неокантовске школе на челу са В. Винделбандом. Келзенова даља еволуција у неокантовском правцу приписује се затим Г. Зимлу и Х. Коену. Узоре Келзенове теорије Љ. Тадић проналази и у прагматистичкој филозофији фикција Х. Ваихингера, и најзад у феноменологији Е. Хусерла и Фојербаховом атеизму.[66]

Склонији смо тумачењу филозофских оквира Келзенове теорије које даје Р. Валтер. Чињеница је да Келзен различитим поводима помиње многе од наведених аутора, нарочито Коена и Зимла, и наравно Канта. Такође је неспорно да Келзенов критички правни позитивизам представља типичан пример, додуше закаснели, идеалистичке филозофије, и то филозофије објективног идеализма. Али, управо када се ради о Канту, али и о осталим ауторима, начин на који их Келзен преузима указује на његов методолошки *modus operandi*, односно да Келзен то ради селективно и прагматично, без већег удубљивања, строго у функцији изградње своје теорије.[67] То је, уосталом, у складу са нашим ставом да је Келзен невољно прибегао филозофији, како би теоријски појачао идеју основне норме, која је у суштини прилично скромна, чак и не потпуно оригинална. Зато смо мишљења да је Келзенову теорију права најбоље означити као *доследни идеалистички еклектизам,* бар у оном делу када се говори о њеним филозофским основама.

На крају, важно је истаћи однос Х. Келзена према *Бечком кругу* неопозитивизма (логичког позитивизма).[68] Позивајући се на самог Келзена који се више пута изричито изјаснио на ту тему, Р. Валтер одлучно тврди да практично нема додирних тачака између Келзеновог критичког правног позитивизма и логичког позитивизма (емпиризма).[69] Ипак, да ли је тако? И сам Келзен потврђује да постоји наглашена сличност ових теорија у њиховој антиметафизичкој оријентацији. До-

[65] Р. Валтер (1999а), 17–18.

[66] Љ. Тадић, 38–68.

[67] На пример, Келзен врши рецепцију антитезе битак – требање како би формулисао основну норму која право сврстава у свет требања тако што само у једној реченици истиче да је то аналогна примена Кантове теорије сазнања – нав. према Р. Валтер (1999а), 18.

[68] На ову тему одржан је посебан симозијум у Бечу 1999. године, са кога је проистекао зборник радова *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre* (Hrsg. K. Jabloner, R. Stadler), Wien 2001.

[69] Р. Валтер (1999а), 16.

душе, он истиче да је та сличност случајна, и да учења *Бечког круга* нису на њега непосредно утицала.[70] Међутим, уверљивије је гледиште К. Јаблонера који тврди да се ове две теорије могу довести у однос.[71] Као прво, њих спаја наглашено антиметафизичка оријентација, што су Келзен и припадници *Круга* потврдили у међусобној комуникацији. Друго, независно од теоријских определења, Келзен је неговао личне контакте са представницима *Круга*, пре свега са његовим оснивачем М. Шликом, као и са О. Нојратом, Ф. Франком и В. Крафтом.[72] Треће, теорија *Бечког круга* је у то време била најутицајнија интелектуална оријентација у филозофији. Додатну тежину *Кругу* давала је синергија аутора који су му припадали и њихов углед у матичним наукама, пре свега у математици и физици.

Изложене околности наводе на закључак да је Келзен био инспирисан логичким емпиризмом када је изграђивао свој однос према филозофији. У неким својим наступима О. Нојрат говори о томе да Келзен подржава логички емпиризам.[73] Даље, Келзену је било битно да свој антиметафизички манифест (у свом раду о правди) изложи на скуповима припадника *Круга* и позитивиста.[74] Најзад, његов прилично радикалан наступ у обрачуну са правдом (метафизиком) одудара од његовог уобичајеног стила, односно по полемичком набоју и оштрини „личи“ на приступ припадника *Круга* (нарочито на Р. Карнапа).

Наше је мишљење да је лични однос – извесна равнодушност и дефинитивно велика скепса припадника *Бечког круга* према његовој теорији због методског дуализма[75] – подсвесно изазвао „синдром малих разлика“ код Келзена, због чега он није желео да призна (ни себи) јак утицај логичког позитивизма на његове ставове о филозофији.

У сваком случају, неспорна је Келзенова интелектуална располућеност и теоријска противречност његове теорије права. Основна норма и методски дуализам нису највреднији сегменти Келзеновог опуса. По нашем мишљењу, Келзенов манифест против метафизике (критика природног права и правде), који спаја кључне вредности „модерне“ (рационалност, напредак и етика научног погледа на свет) – најлепше су и највредније странице Келзеновог дела. Зато сматрамо да је велика штета што је Келзен – филозоф однео превагу над Келзеном – научником.

---

70 *Ibid.*, 17.

71 К. Јаблонер, *Чланци о чистој теорији права*, Београд 2001, 20.

72 *Ibid.*, 29.

73 *Ibid.*, 21.

74 *Ibid.*, 30.

75 *Ibid.*, 20, 28.

Остаје питање да ли се Келзен икада помирио са апоријама своје теорије којих је дубоко био свестан, иако је увек страсно бранио „чистоту“ критичког правног позитивизма. Наиме, неки његови постхумно објављени радови, пре свега *Општа теорија норми* (1979) указују да је можда дубоко у себи успео да се суочи са контроверзама Чисте теорије права и да смири своје немире. Мислимо овде на крајње необичан приступ, где Келзен каже како нема императива без императора.[76] Можда је ово покушај да се избегну метафизичке консеквенце основне норме која припада свету требања. Можда је Келзен кренуо у правцу Харта и замислио неку своју теорију емпиријског образложења основне норме.[77] Због прилично оштрих ставова према међашима Келзенове теорије (основна норма, методски дуализам) остаје обавеза да се и ова тема подробније обради.[78]

Saša B. Bovan, PhD

Associate Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

KELSEN' S PARADOX

Summary

Antinomical character of Kelsen's Pure theory of law is best described with a syntagm – consistent idealistic eclectism. This qualification encompasses a rich philosophical and scientific background of Kelsen's normativism, but also the controversy of Kelsen's work which deserves to be regarded as paradoxical. This paper researches deeper into these controversies, *i.e.* Kelsen's wondering and intellectual split between science and philosophy, through a more complex insight into the socio-historical context and the ideological climate that influenced his creative work.

Key words: *Legal positivism. – Normativism. – Philosophy of the objective idealism.*

[76] H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien 1979, 23.

[77] Келзенова недовршена дискусија са Ерлихом око принуде у праву можда нуди неке назнаке у ком правцу би се кретала та аргументација. О томе код B. van Klink, „Facts and Norms. The Unfinished Debate between Eugen Erlich and Hans Kelsen“, *Tilburg University Legal Studies Working Paper* 4/2006, 4–8.

[78] Сличан критички набој, нарочито према методолошким основама Чисте теорије права код: E. Engle, *Kelsen: A Purely Empty Theory of Law*, Harward, Bremen 2008, 3–28.

УДК 341.018 ; 340.142:341.645(4-672EU)

Др Бранко М. Ракић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ЕВРОПСКИ СУД ПРАВДЕ ИЗМЕЂУ ЉУДСКИХ ПРАВА И БОРБЕ ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА – ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ И ЕВРОПСКОГ ПРАВА

У поступцима у случајевима Кади и Ал Баракат, вођеним 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 путем комунитарних аката, Првостепени суд и Суд правде Европских заједница, у поступку по жалби, заузели су супротне ставове. Суд правде Европских заједница је у пресуди донетој у поступку по жалби, 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. Стога је он поништио оспорену уредбу Савета ЕУ усвојену ради примене одговарајућих резолуција Савета безбедности. Међутим, до истог резултата, одстрањења из оквира комунитарног секундарног права акта којим се крше наведена права, могло се доћи и без супротстављања, од стране Суда, комунитарног права и права Уједињених нација. Јер ова два правна система почивају на истим вредностима и практично иста људска права су загарантована у оба система. И органи како УН (укључујући и Савет безбедности, чак и када поступа по Глави VII Повеље) тако и ЕЗ (ЕУ), дужни су да поштују та основна права. Разлика је само у механизмима заштите.

Кључне речи: *Повеља УН. – Комунитарно право. – Суд правде Европских заједница. – Jus cogens. – Случај Кади.*

У претходном броју овог часописа било је речи о фрагментацији међународног права и у том контексту се однос међународног права и правног поретка ЕЗ (ЕУ) посматрао како из европске, тако и из међународноправне перспективе. Истакнуто је и да значајно место на плану одређивања тог односа има пресуда Суда правде Европских заједница (Велико веће) донета 3. септембра 2008. године у пред-

мету *Кади* и *Ал Баракат* (спојени предмети).[1] У тој пресуди Суд је преиначио пресуду Првостепеног суда и усвојио захтев тужилаца за поништај, у делу који се тиче самих тужилаца, Уредбе Савета (ЕЗ) бр. 881/2002, од 27. маја 2002. године, која је усвојена 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.[2]

Наведена пресуда Суда правде Европских заједница изазвала је бурне реакције у стручној јавности, чији ју је значајан део окарактерисао као револуционарну у погледу одређивања односа правног система европских заједница и Европске уније према међународном праву.[3]

---

[1] Cour de justice des Communautés européennes, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation / Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés 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. Вид. Б. Ракић, „Фрагментација међународног права и европско право – на Западу нешто ново", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 122–147.

[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] Набројаћемо само неке од радова који придају велики значај овој пресуди: 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", *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. Chardonnens, „Commentaire des conclusions dans l'affaire Kadi, C-402/05 P", *Euroinstitut, Informations de l'Institut de droit européen,* Numéro 1/08, *http://www.unifr.ch/euroinstitut/pdfs/newsletter/kadiconclusions.pdf*, на дан 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, 896–907. У нашој новијој литератури вид. M. Lukić, „The Security Council`s Targeted Sanctions in the Light of Recent Developments Occurring in the EU Context", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2009, 239–250.

Има и аутора који сматрају да ова пресуда не доноси ништа посебно ново и револуционарно, већ потврђује раније ставове Суда, али из њихових чланака произлази да и они сматрају да она има значајно место у развоју комунитарног права и одређивању његовог положаја и природе. Вид. на пример, P. J. Cardwell, D. French, N. White, 229–240; P. Eeckhout, „Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or

1. ПОДАЦИ О ПОСТУПЦИМА

У оквиру својих активности у борби против тероризма, поступајући према глави VII Повеље Уједињених нација, Савет безбедности Уједињених нација је 15. октобра 1999. године усвојио Резолуцију бр. 1267 (1999), којом је осудио помоћ коју талибански режим у Авганистану пружа терористима, поставио захтев Талибанима да одмах изруче Осаму бин Ладена ради спровођења кривичног поступка против њега, наложио државама забрану летова и замрзавање финансијских средства под директном или индиректном контролом Талибана и формирао Комитет за санкције као свој помоћни орган, чији је задатак да се стара да уведене санкције буду поштоване, као и да одобрава, од случаја до случаја, изузетке оправдане хуманитарним разлозима. Савет безбедности је 19. децембра 2000. године усвојио Резолуцију 1333 (2000) којом је поново позвао Талибане да испуне захтеве из Резолуције 1267, пооштрио мере забране летова и замрзавања фондова и предвидео замрзавање фондова и финансијских средстава Осаме бин Ладена и лица и ентитета повезаних са њим (укључујући и организацију Ал Каида) која би именовао Комитет за санкције стављањем на одговарајућу листу, с тим што би та листа повремено била по потреби ажурирана. Режим санкција је даље продужаван, модификован и појачаван серијом резолуција.[4] Имена појединаца и ентитета за које се сматра да су повезани са Ал Каидом, бин Ладеном и/или Талибанима садржана су на листама које прате ове резолуције, а које је сачињавао Комитет за санкције.[5] Мере против ових лица укључују, поред замрзавања финансијских средстава, и забрану њиховог уласка на територију држава чланица УН и транзита преко ње, као и забрану трговине или других начина њиховог снабдевања оружјем и сродним материјалом.

Ради спровођења у дело резолуције Савета безбедности 1267 (1999), Савет Европске уније је, у оквиру Заједничке спољне и безбедносне политике ЕУ, усвојио 15. новембра 1999. године Заједнички став (*Common Position, Position Commune*) 1999/727/*CFSP* о рестриктивним мерама према Талибанима. На основу тог заједничког става Савет Европске уније је 14. фебруара 2000. године, у складу са чл. 60

Washington DC“, *EJIL: Talk!,* блог ревије *European Journal of International Law*: *www.ejiltalk.org*, 25. фебруар 2009. године.

[4] Након резолуција 1267 (1999) и 1333 (2000), Савет безбедности је усвојио резолуцију 1390 (2002), од 16. јануара 2002. године, а затим и резолуције 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006) и 1822 (2008).

[5] На овој листи се у време писања овог текста налазе 142 особе повезане са Талибанима, 255 особа повезаних са Ал Каидом и 111 ентитета, група и предузећа повезаних са Ал Каидом (у рубрици предвиђеној за ентитете, групе и предузећа повезане са Талибанима не налази се ниједно име).

и 301 Уговора о оснивању Европске заједнице, усвојио Уредбу (ЕЗ) бр. 337/2000, као акт директно примењив на простору држава чланица ЕУ. Даље је Савет Европске уније, како је Савет безбедности УН кроз наведене резолуције доносио модификације режима санкција, и сам извршио серију сукцесивних измена својих аката којима се примењују резолуције Савета безбедности у које спадају и акти релевантни за овај рад.[6]

Полазећи од одговарајуће листе успостављене од стране Комитета за санкције Савета безбедности УН, у Анексу I Уредбе (ЕЗ) 467/2001 Савета Европске уније садржана је листа лица и ентитета којима се замрзавају финансијска средства, а том уредбом је даље овлашћена Европска комисија да својим уредбама мења и допуњава поменути Анекс I у складу са оним што одреде Савет безбедности или његов Комитет за санкције. Како је Комитет за санкције УН, почев од 8. марта 2001. године, у више наврата модификовао и допуњавао своје листе лица погођених санкцијама, и Комисија је те промене пратила.

У изменама листе Комитета за санкције УН од 17. октобра и 9. новембра 2001. године, на њима су се по први пут нашли и *Al-Qadi, Yasin (A.K.A. Kadi, Shaykh Yassin Abdullah; A.K.A. Kahdi, Yasin), Jeddah, Saudi Arabia*, и *Barakaat International Foundation, Box 4036, Spånga, Stockholm, Sweden; Rinkebytorget 1, 04, Spånga, Sweden*. Име Јасина ал Кадија је Уредбом (ЕЗ) 2062/2001 Европске комисије од 19. октобра 2001. године унето на листу из Анекса I, док је Међународна фондација Ал Баракат на листу из Анекса I унета Уредбом (ЕЗ) 2199/2001 Европске комисије од 12. новембра 2001. године. Наведена имена су задржана у Анексу I и након доношења Уредбе (ЕЗ) 881/2002.

Јасин Абдулах Кади је тим поводом 18. децембра 2001. године пред Првостепеним судом покренуо поступак за поништај Уредбе (ЕЗ) број 467/2001 Савета ЕУ и Уредбе (ЕЗ) број 2062/2001 Европске комисије, а затим и поништај Уредбе (ЕЗ) број 881/2002 Савета ЕУ. Међународна фондација Ал Баракат је (заједно са три физичка лица, од којих су два током поступка одустала од тужбе, тако да је уз Ал Баракат као тужилац остао само *Ahmed Ali Yusuf*), 10. децембра 2001.

[6] Заједнички став 2001/154/*CFSP* од 26. фебруара 2001. године, праћен уредбом (ЕЗ) бр. 467/2001 од 6. марта 2001. године (усвојеном на основу чл. 60 и 301 Уговора о оснивању Европске заједнице), затим заједнички став 2002/402/*CFSP* од 27. маја 2002. године, праћен уредбом (ЕЗ) 881/2002 од 27. маја 2002. године (усвојеном, овог пута, на основу чланова 60, 301 и 308 Уговора о оснивању Европске заједнице), а затим и заједнички став 2003/140/*CFSP* од 27. фебруара 2003. године, праћен уредбом (ЕЗ) 561/2003, од 27. марта 2003. године (овим актима из 2003. предвиђени су могући изузеци од примене мера замрзавања фондова и средстава из раније наведених аката).

године пред Првостепеним судом покренула поступак за поништај Уредбе (ЕЗ) број 467/2001 Савета ЕУ и Уредбе (ЕЗ) број 2199/2001 Европске комисије, а затим и поништај Уредбе (ЕЗ) број 881/2002 Савета ЕУ. Тужиоци су тражили поништај наведених аката у делу у коме се они односе на њих и то у складу са чл. 230 Уговора о оснивању Европске заједнице. Тужени у оба предмета били су Савет и Комисија, на чијој страни се у поступак као умешач укључило Уједињено Краљевство, а оба поступка су окончана пресудама од 21. септембра 2005. године. Пресуде су у оба предмета садржински истоветне и у њима су захтеви тужилаца одбијени.

Јасин Абдулах Кади и Међународна фондација Ал Баракат су, у складу са чл. 56 Статута Суда правде Европских заједница, поднели жалбе на наведене пресуде Првостепеног суда.[7] Као умешачи Савету су се придружиле Шпанија, Француска и Холандија, а Комисији Француска и Уједињено Краљевство. Правобранилац Пуареш Мадуро (*Advocate General Luís Miguel Poiares Pessoa Maduro*) је у оба предмета дао готово идентичне закључке, супротне ставовима Првостепеног суда. Суд (Велико веће) је спојио поступке и донео 3. септембра 2008. године другостепену пресуду, којом је преиначио наведене пресуде Првостепеног суда од 21. септембра 2005. године и поништио Уредбу (ЕЗ) 881/2002 Савета Европске уније од 27. маја 2002. године у делу у коме се односи на тужиоце, с тим што је задржао њено дејство у трајању од још три месеца од изрицања ове пресуде.[8]

Тужиоци су у овом предмету оспорили ваљаност оспореног акта по више основа: а) оспоравајући правни основ за доношење акта у питању, тј. тврдећи да он није могао бити заснован на чл. 60, 301 и 308 Уговора о оснивању ЕЗ, будући да се казнене мере не односе на треће државе већ на појединце, при том неке из самих држава чланица ЕУ; б) оспоравајући да акт у питању по својој садржини представља уредбу, дакле акт општег карактера према чл. 249 Уговора о оснивању ЕЗ, већ групу појединачних одлука, које се односе на појединачна лица; в) истичући да су актом у питању, тј. прили-

[7] Први 17, а друга 21. новембра 2005. године (Ахмед Али Јусуф се повукао из поступка, пошто је његово име скинуто са „црне листе“).

[8] У даљем тексту овог рада ће се, прегледности ради, говорити на упрошћен начин, користећи код означавања тужилаца само реч тужиоци или, евентуално, само име Кади, и то како за оба тужиоца, тако и за цео случај, у свом његовим фазама (дакле, то означавање ће се односити и на Ал Баракат). О оба предмета у свим фазама ће се говорити као да се ради о једном предмету. Ово због тога што су, бар у погледу онога што је од значаја за овај рад, два предмета у основи истоветна, а мање разлике које постоје у захтевима и аргументацији нису од битног утицаја на предмет овог рада. Такође говориће се о оспореном акту, тј. Уредби 881/2002, у једнини, без обзира на то што су изворно оспорена и још три ранија акта, једна уредба Савета и две уредбе Комисије.

ком његовог доношења, повређена основна права тужилаца која чине саставни део правног поретка Заједнице, и то: прво, право да буду саслушани, тј. да у правичном поступку изнесу своју аргументацију у погледу чињеничног и правног основа за увођење казнених мера према њима (право на одбрану), друго, право на поштовање имовине и начело пропорционалности код успостављања казнених мера и, треће, право на делотворно правно средство којим би могле да буду оспорене мере у питању.

Иако су питање ваљаности правног основа за доношење оспораваног акта и питање ваљаности одређивања оспораваног акта као уредбе правно веома занимљива питања, овде се њима нећемо бавити.

Пажња се овде фокусира на трећи наведени основ за оспоравање предметне уредбе – питање поштовања основних права која чине саставни део правног поретка Заједнице. С једне стране стоји проблем да ли се, будући да је оспоравана уредба Савета Европске уније усвојена с циљем имплементације одговарајуће резолуције Савета безбедности УН и с обзиром на однос општег међународног права, и пре свега аката Уједињених нација, и комунитарног правног поретка, ваљаност комунитарног акта донетог у оквиру имплементације акта Савета безбедности може ценити у светлу његове усклађености са основним правима која чине саставни део комунитарног правног поретка, тј. да ли се може захтевати да акт донет у складу са резолуцијом Савета безбедности и ради њене примене мора да буде у складу са правилима комунитарног права. С друге стране, важно питање је да ли је Суд правде Европских заједница овлашћен да оценом правне ваљаности наведеног комунитарног акта индиректно оцењује ваљаност и акта Савета безбедности. Одговор на ова питања је наиме био неопходан да би се Суд определио да ли уопште да улази у оцену тога да ли су оспораваном уредбом нарушена наведена права тужилаца. И управо је на овом плану тужена страна у овом поступку (поступцима) изнела битну аргументацију, и то како у суштинском смислу – у облику тврдње да су акти Уједињених нација хијерархијски надређени комунитарном праву, те да стога и комунитарни акти којима се резолуције Савета безбедности спроводе у дело нису подређени основним правима која су саставни део комунитарног правног система, тако и у формалном, институционалном смислу – у облику тврдње да Суд правде Европских заједница, надлежан да се стара о поштовању комунитарног права и хијерархије која постоји у том правном систему, није надлежан да, чак ни индиректно, цени ваљаност аката Уједињених нација.

2. СТАВОВИ ПРВОСТЕПЕНОГ СУДА

Првостепени суд је у својим пресудама од 21. септембра 2005. године најпре прихватио приговоре тужених у погледу надређености међународног правног поретка успостављеног према Повељи УН комунитарном правном поретку. Суд је, наиме констатовао да „са тачке гледишта међународног права, обавезе држава чланица Уједињених нација по основу Повеље Уједињених нација имају јасну превагу над националним правом или правом по основу међународног уговора, укључујући, за оне међу њима које су чланице Савета Европе, њихове обавезе по основу Европске конвенције о људским правима, а за оне које су такође чланице Заједнице, њихове обавезе по основу Уговора о оснивању ЕЗ“.[9] Суд је даље изнео образложење наведеног става, базирајући га на одредбма Повеље УН, Уговора о Европској унији, Уговора о оснивању ЕЕЗ и Бечке конвенције о уговорном праву као и ставовима судске праксе Међународног суда правде и Суда правде ЕЗ.[10]

Имајући све наведено у виду Првостепени суд је најпре на општем плану изнео следећи закључак:

„204. Следећи наведено резоновање, мора се закључити, прво, да Заједница не сме да крши обавезе које Повеља Уједињених нација намеће државама чланицама или да омете њихово извршење и, друго, да у је вршењу својих овлашћења она обавезана, самим Уговором којим је успостављена, да усваја све мере неопходне да би се омогућило да државе чланице испуне те обавезе.“ У наредним параграфима је конкретизовао и детаљније образложио овај општи закључак.

Међутим, изневши аргументацију и након ње напред цитирани закључак из параграфа 225 своје пресуде о томе да Суд правде ЕЗ нема, у начелу, овлашћење да контролише правну ваљаност предметних резолуција Савета безбедности, те да он нема право да цени, чак ни индиректно, законитост тих резолуција у светлу комунитарног права, већ да је напротив Суд дужан да тумачи и примењује комунитарно право на начин који је у складу са обавезама држава чланица које проистичу из Повеље УН, Првостепени суд је, како то примећују неки аутори, направио „изненађујући одскок у односу на оно што је претходило“.[11] Наиме, иако се чини да је у параграфу 225 предметне пресуде пре свега, али и у претходним параграфима, заузео став да одлуке Савета безбедности не могу, генерално посматрано, тј. „у на-

[9] Првостепени суд, пресуда Кади, para. 181.

[10] Првостепени суд, пресуда Кади, para. 182–208. О овим одредбама и ставовима судске праксе вид. више Б. Ракић, 128–139.

[11] G. de Búrca, 25.

челу“, да буду предмет контроле законитости од стране Суда правде Европски заједница („...резолуције Савета безбедности у питању не потпадају, у начелу, у оквире судске контроле коју спроводи Суд...“), и иако је јасно да се ту мисли на индиректну контролу (пошто према чл. 230 Уговора о оснивању ЕЗ, Суд има право да контролише законитост и да поништава акте органа Заједнице), Првостепени суд је већ у наредном параграфу констатовао следеће:

„226. Ипак, суд је овлашћен да проверава, индиректно, легалност резолуција Савеза безбедности у питању у светлу *ius cogens*-а, схваћеног као корпуса виших правила међународног јавног права обавезних за све субјекте међународног права, укључујући и органе Уједињених нација, и у односу на која нису могућа одступања.“

У образложењу овог свог става, Првостепени суд се позвао (para. 226–227) на бечку Конвенцију о уговорном праву из 1969. године, која се, према свом чл. 5 односи и на оснивачке уговоре међународних организација или на уговоре усвојене у оквиру међународних организација (а чије су уговорне стране државе), и чији чл. 53 предвиђа ништавост уговора који је у супротности са перемпторним нормама општег међународног права (*ius cogens*), док чл. 64 ове конвенције предвиђа ништавост и престанак постојања и већ постојећих уговора у случају да се појави нова норма *ius cogens*–а са којом би тај уговор био у сукобу.

Међутим, иако би се из претходних, већ описаних параграфа могло закључити да Првостепени суд проширује свој закључак о кругу основа за сопствену оцену легалности резолуција Савета безбедности, сходно чл. 24, ст. 2 Повеље, на целину циљева и начела УН (наравно, уз неопходно измирење потребе остварења мира и безбедности, као једног од циљева УН, са другим циљевима и начелима, укључујући и поштовање људских права), он се убрзо поново враћа на круг норми *ius cogens*-а:

„230. Међународно право, дакле, допушта закључак да постоји једно ограничење начела да резолуције Савета безбедности имају обавезујуће дејство: наиме, да оне морају да поштују основне перемпторне одредбе *ius cogens*-а. Ако их не би поштовале, колико год то било мало вероватно, оне не би биле обавезујуће ни за државе чланице Уједињених нација нити, према томе, за Заједницу.“

Стога је, по мишљењу Првостепеног суда, у поступку за поништај комунитарног акта који је усвојен без и најмање мере дискреционе власти органа Заједнице који га је усвајао ради примене резолуције Савета безбедности, могућа, крајње изузетно, индиректна судска контрола која би се ограничила на оцену да ли је та резолуција

Савета безбедности у складу са нормама *ius cogens*-а, а посебно онима које се тичу универзалне заштите људских права.[12]

Првостепени суд је потом прешао на оцену да ли су оправдани наводи тужиоца да му је повређено право на имовину, право да изнесе своје аргументе у поступку у коме се одлучује о његовим правима (дакле на контрадикторност поступка) и право на делотворно правно средство. Без улажења у детаље, ваља само поменути да је суд закључио да оспораваном уредбом и, индиректно, предметним резолуцијама Савета безбедности није дошло до повреда правила *ius cogens*-а.[13] Наиме, Првостепени суд сматра да у предметном случају није било арбитрарног лишавања права на имовину, а арбитрарно лишавање права на имовину представља, према његовом мишљењу, повреду правила *ius cogens*.[14] Такође, Првостепени суд је закључио да није било ни повреде начела пропорционалности у погледу мера у питању. У погледу права тужиоца на изношење аргументације (одбране) поводом стављања његовог имена на листу санкционисаних, Првостепени суд је закључио да нема повреда правила *ius cogens*-а. Овај закључак је Првостепени суд засновао на чињеници да, иако не постоји могућност да само лице чије је име стављено на листу изнесе своје аргументе, резолуцијом Савета безбедности у питању је предвиђена могућност да се такво лице обрати својој држави и да држава на његов захтев тражи од Комитета за санкције било његово скидање са листе било прављење изузетка од мере замрзавања средстава. То што се у случају Јасина Кадија Саудијска Арабија оглушила о његов захтев у наведеном правцу ништа не мења на ствари, јер наведени механизам постоји, а Суд правде ЕЗ није надлежан да контролише поступке Саудијске Арабије. Коначно, констатујући да

[12] Кади, para. 231. Овде се Првостепени суд позвао на став Међународног суда правде о правилима међународног хуманитарног права као нормама које се морају у сваком случају поштовати, изнет у саветодавном мишљењу из 1996. године о легалности претње нуклеарним оружјем или његове употребе, преносећи став МСП о недодиривости правила међународног хуманитарног права и на правила која се тичу универзалне заштите људских права (Advisory Opinion of the International Court of Justice of 8 July 1996, The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Reports 1996, 226, para. 79), као и на став правобраниоца пред Судом правде Европских заједница у предмету Босфор (Advocate General Jacobs's Opinion in *Bosphorus*, para. 65)

[13] Првостепени суд, пресуда Кади, para. 234–291.

[14] Ова оцена да право на имовину потпада под норме *ius cogens*-а, тј. да арбитрарно лишавање права на имовину представља повреду норме *ius cogens*-а изазвало је бурне реакције међу стручњацима. О томе вид. у G. de Búrca, 26, уз позивање и на Ch. Tomuschat, „Note on Kadi", *Common Market Law Review* 43/2005, 537–551; P. Eeckhout „Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit", *European Constitutional Law Review* 3/2007, 183–206.

заиста не постоји могућност подношења делотворног правног лека у датом случају, будући да у систему УН не постоји судска инстанца којој би појединци могли да упуте такво средство у случају повреде њихових основних права од стране Савета безбедности и његовог Комитета за санкције, а с друге стране, пред Судом правде Европских заједница није могућа, из већ наведених разлога, ни директна ни индиректна контрола усклађености резолуција Савета безбедности (и одлука његовог Комитета за санкције) са основним правима предвиђеним у комунитарном правном поретку, Првостепени суд је ипак констатовао да право на делотворни правни лек није апсолутно, да су у односу на њега могуће дерогације у изузетним ситуацијама, у које спада и борба против тероризма, и да стога овај недостатак не представља повреду правила *ius cogens*-а.

3. ЖАЛБА И ОДЛУКА ПО ЖАЛБИ

Незадовољни пресудом Првостепеног суда, тужиоци у предметима о којима је реч су поднели жалбу. Фондација Ал Баракат је, када је у питању онај сегмент предмета који фокусира овај рад, истакла да је Првостепени суд код оцене ваљаности оспореног акта у погледу поштовања основних права (права на изношење властите аргументације у фер поступку, права на имовину и принцип пропорционалности и права на делотворан правни лек) применио погрешан стандард по коме је вршио оцену, будући да је ценио усклађеност оспореног акта, и индиректно одговарајућих резолуција Савета безбедности, са правилима *ius cogens*-а, а не са стандардима заштите људских права садржаним у општим начелима из оквира самог комунитарног права. Према ставу Фондације Ал Баракат, наведени пропуст Првостепеног суда је резултат погрешне оцене домета, односно ограничења његових властитих овлашћења судске контроле (конкретно, у погледу мере у којој је овлашћен да цени, индиректно, ваљаност одлука Савет безбедности у оквиру чије примене је усвојен оспорени комунитарни акт), што опет проистиче из погрешне процене односа комунитарног и међународног правног поретка.

Јасин Абдулах Кади је у својој жалби и током апелационог поступка указао на мањкавости аргументације Првостепеног суда са тачке гледишта међународног права, указујући да ни чл. 103 Повеље нити резолуције Савета безбедности у питању не укидају право судова (па и Суда правде ЕЗ, у предметном случају) да процењују да ли су мере које су на националном (па и комунитарном, у предметном случају) нивоу предузете ради примене тих резолуција у складу са основним правима. Он је даље, позивајући се на одлуку Суда правде

Европски заједница у случају *Босфор*,[15] додао да судови Европске заједнице имају право и обавезу, у случају покретања поступка пред њима, да цене усклађеност аката органа Заједнице усвојених ради примене одлука Савета безбедности и његовог Комитета за санкције са основним правима гарантованим у оквиру комунитарног правног поретка, све док саме Уједињене нације нису обезбедиле независну судску контролу компатибилности тих аката својих органа са основним правима.

Правобранилац Пуареш Мадуро је у својим мишљењима од 16. јануара 2008. године (Јасин Абдулах Кади) и 23. јануара 2008. године (Међународна фондација Ал Баракат), са готово идентичним текстовима, заузео потпуно супротну позицију у односу на изнете ставове Првостепеног суда, заложивши се за третирање комунитарног правног поретка као аутономног у односу на опште међународно право, па и на правни поредак УН.[16] Пуареш Мадуро је, наиме, предложио да пресуде Првостепеног суда о којима је реч буду укинуте и да буде поништена оспорена резолуција Савета Европске уније у делу у коме се односи на тужиоце. Један од кључних ставова изнетих у овом мишљењу је онај из параграфа 24, у коме је Пуареш Мадуро, позвавши се претходно на старију судску праксу Суда правде Европских заједница,[17] изнео другачије виђење односа међународног и комунитарног правног поретка.[18] Суд правде Европских заједница у другостепеној пресуди од

[15] *Bosphorus*, Case C-84/95 [1996] ECR I-3953.

[16] A. Chardonnens, „Commentaire des conclusions dans l'affaire Kadi, C-402/05 P", *Euroinstitut, Informations de l'Institut de droit européen*, Numéro 1/08 (printemps 2008), са интернет адресе: *http://www.unifr.ch/euroinstitut/pdfs/newsletter/kadiconclusions.pdf*, на дан 25. април 2009. године.

[17] Joined Cases C-317/04 and C-318/04, *Parliament* v *Council and Commission*, [2006] ECR I-4721; Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759; Case C-327/91 *France* v *Commission* [1994] ECR-3641; Ruling 1/78 of 14 November 1978 [1978] ECR 2151; Opinion 2/91 [1993] ECR I-1061; Case C-25/94 *Commission* v *Council* [1996] ECR I-1469; Case C-122/95, *Germany* v *Council*, [1998] ECR I-973.

[18] „24. Свим овим случајевима је заједничко то што Суд, мада се веома стара о поштовању обавеза које Заједница има према међународном праву, настоји пре свега да сачува уставни оквир успостављен Уговором. Стога би било погрешно закључити да, пошто је Заједница везана неким правилом међународног права, судови Заједнице морају да се уз потпуну покорност повинују том правилу и да га безусловно примењују у комунитарном правном поретку. Односом између међународног права и комунитарног правног поретка управља сам комунитарни правни поредак и међународно право може да продре у тај правни поредак једино под условима које су поставили уставни принципи Заједнице." Не улазећи у суштинску разлику између међународноправних аката о којима се ради у судској пракси на коју се позвао Пуареш Мадуро (попут Оквирног споразума о бананама), с једне стране, и резолуција Савета безбедности и, уопште, правног поретка успостављеног на основу Повеље УН, с друге стране, не можемо да не приметимо да у овом тврдо дуалистичком ставу правобраниоца постоји значајна мера контрадикторности. Јер након констатовања дужности Заједнице да „поштује обавезе које има према међународном праву" и

3. септембра 2008. године у здруженим предметима Кади и Ал Баракат прихватио је приступ правобраниоца.

Суд је најпре,[19] позивајући се на једну од пресуда из своје судске праксе,[20] подсетио да је Европска заједница заснована на владавини права и да су у таквој заједници сви акти држава чланица и органа Заједнице подвргнути контроли легалности, тј. усклађености са Уговором којим је Заједница основана, коју спроводи Суд правде у поступцима предвиђеним истим тим уговором. Таква контрола легалности представља део самих темеља Заједнице[21] и она укључује, такође у складу са судском праксом Суда,[22] и контролу поштовања основних начела и у оквиру њих и основних људских права, чија садржина проистиче из уставних традиција држава чланица и међународних докумената којима су државе чланице потписнице, међу којима Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода има посебно значајно место. То поштовање је нужан предуслов за прихваљивост и опстанак било ког акта или радње у комунитарном правном систему. Према мишљењу Суда, из већ наведеног, као и из чињенице да „међународни споразум не може да утиче на расподелу овлашћења утврђену у Уговору или, следствено томе, аутономију правног система Заједнице, о чијем се поштовању стара Суд“,[23] проистиче следећи закључак:

„285. Из свих тих разматрања проистиче да обавезе које намеће међународни уговор не могу имати за дејство да доводе у питање конституционална начела Уговора о оснивању ЕЗ, међу која спада и начело да сви акти Заједнице морају да поштују основна права и да то поштовање представља услов њихове законитости, коју Суд контролише у оквиру комплетног систама правних средстава успостављеног Уговором.“

Суд је даље (para. 286–289) указао да када се ради о комунитарним актима усвојеним у циљу извршења обавеза које проистичу из

њене „везаности“ правилима међународног права, просто неприродно делује констатација да је према претходним констатацијама подређени правни поредак тај који одређује начин, меру и услове своје подређености. Односи хијерархије између два система су могући једино у ситуацији када онај виши, тј. надређени од та два система одређује и уређује те односе (или, евентуално, ако то чини неки још виши систем), а никако обрнуто.

[19] Кади и Ал Баракат, Пресуда по жалби, para. 281–285.

[20] Case 294/83 *Les Verts v. Parliament* [1986] ECR 1339

[21] Овде Суд подсећа на своју ранију праксу, укључујући: Opinion 1/91 [1991] ECR I’6079, као и Case C-459/03 *Commission v. Ireland* [2006] ECR I’4635.

[22] Case C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others* [2007] ECR I-5305; затим Opinion 2/94; као и Case C’112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659

[23] Кади и Ал Баракат, Пресуда по жалби, para. 282.

међународних уговора, предмет контроле коју врши Суд правде Европских заједница су ти комунитарни акти, а не сами ти међународни уговори „као такви“,[24] те да се овом контролом не доводи у питање примат међународног права. Ово, наравно важи и за комунитарне акте усвојене ради извршења резолуција Савета безбедности УН усвојених на основу Главе VII Повеље УН, где предмет контроле од стране Суда правде ЕЗ могу бити само комунитарни акти, а не резолуције Савета безбедности, чак ни у погледу односа тих резолуција према перемпторним нормама међународног права (*ius cogens*), како је то учинио Првостепени суд.

Чињеница да код претходне констатације о томе да предмет контроле нису међународни уговори ради чије примене се доносе комунитарни акти, већ сами ти комунитарни акти, уз речи „међународни уговор“ стоје и речи „као такав“, једну групу аутора је навела на закључак да таква формулација ипак оставља простор за индиректну контролу и међународних уговора. „Овде је индикативна формулација из параграфа 286: ‘контрола законитости коју дакле треба да обезбеди комунитарно судство примењује се на комунитарни акт којим треба да се примени међународни споразум у питању, а не на овај други као такав’“. Иако уношење речи „као такав“ може да буде узгредно и безначајно, с друге стране оно оставља отвореном могућност – доктринарну, ако не стварну – да Европски суд правде изврши *de facto* контролу резолуције УН која лежи у основи.[25] Чини нам се да чињеница да се кроз контролу комунитарног акта којим се врши примена међународног споразума *de facto* врши и контрола тог споразума који се примењује не би требало да буде спорна. И то не само ако се прихвати поменути став Првостепеног суда да код доношења акта којим се примењује резолуција Савета безбедности донета на основу Главе VII Повеље УН органи Заједнице немају никакву суштинску слободу утицаја на садржину тог акта, већ је њихова легислативна активност заправо само средство трансмисије обавеза које је успоставио Савет безбедности. Јер, чак и ако се пође од тога да код доношења акта којим се врши примена међународног споразума комунитарни органи имају, како је то истакао Суд у пресуди по жалби, „слободан избор између различитих могућих модела транспоновања“[26] (о чему ће бити речи мало касније), судска одлука о легалности таквог комунитарног акта односиће се, по природи ствари, на целину тог акта. А та целина садржи како елементе који се транспонују из резолуције Савета безбедности, тако и оне елементе

[24] Суд је подсетио на своју ранију пресуду (Case C 122/95 *Germany v. Council* [1998] ECR 1973) којом је поништио одлуку Савета којом се потврђује међународни уговор, јер је нашао да је том одлуком повређено начело недискриминације.

[25] P. J. Cardwell, D. French, N. White, 234.

[26] Кади и Ал Баракат, Пресуда по жалби, para. 298.

који су проистекли из слободе избора коју су уживали комунитарни органи при доношењу акта у питању.

Суд је такође указао на своју ранију праксу.[27] Суд је даље, поред указивања на у ранијој пракси констатовану обавезу органа Заједнице да у вршењу својих надлежности у сфери сарадње и развоја[28] поштују обавезе преузете у оквиру УН и других међународних организација, истакао да таква обавеза постоји и када се комунитарним актима, усвојеним применом чл. 60 и 301 Уговора о оснивању ЕЗ, а на основу претходно донетих одговарајућих одлука (заједничких ставова и заједничких акција) из оквира Заједничке спољне и безбедносне политике Европске уније, примењују резолуције Савета безбедности УН које је тај орган Светске организације усвојио (у оквиру своје примарне обавезе старања о међународном миру и безбедности, у складу са чл. 24 Повеље) на основу Главе VII Повеље УН. То му даје овлашћење да утврђује када је дошло до претње миру, повреде мира или агресије и да одлучује о мерама које треба тим поводом предузети ради очувања или васпостављања мира. Код утврђивања и примене комунитарних мера за имплементацију ових резолуција, органи Заједнице су дужни да воде рачуна и придржавају се циљева и садржаја тих резолуција и других релевантних обавеза на основу Повеље УН, што је већ констатовано и у ранијој пракси Суда која се управо тиче аката о којима се ради и у случају.[29]

У коментару предметне пресуде поменути аутори су указали на недоследност Суда и контрадикторност тих констатација (а посебно наведених констатација из пресуда *Poulsen and Diva Navigation* и *Racke*, на које се Суд позвао и у параграфу 291 ове пресуде) у односу на његове закључке о аутономији комунитарног правног система на који „међународни споразум не може да утиче“, из параграфа 282 и 286, као и касније из параграфа 316 пресуде о којој је реч.[30]

---

[27] Кади и Ал Баракат, Пресуда по жалби, para. 290–297. У параграфу 291 Пресуде по жалби стоји: „...треба најпре имати у виду да Европска заједница мора да поштује међународно право у вршењу својих овлашћења (*Poulsen and Diva Navigation*, para. 9, и *Racke*, para. 45), при чему је Суд у истом параграфу прве од ових пресуда констатовао да мера донета у вршењу тих овлашћења мора да буде тумачена, а њен обухват ограничен у светлу релевантних правила међународног права.“

[28] Чл. 177–181 Уговора о оснивању ЕЗ. Обавеза потврђена у пресуди C 91/05 *Commission v. Council* [2008].

[29] Суд је, наиме, у предмету *Möllendorf and Möllendorf-Niehuus,* констатовао да је код тумачења оспорене уредбе Савета ЕУ неопходно водити рачуна о циљевима и садржају Резолуције 1390 (2002) Савета безбедности УН.

[30] P. J. Cardwell, D. French, N. White, 234: „Суд правде Европских заједница (Европски суд правде, даље: ЕСП) је нагласио у својој пресуди да ‘међународни споразум не може да утиче на ... аутономију комунитарног правног система’ и на уставну гаранцију ‘која проистиче из Уговора о Европској заједници као аутономног правног система који не сме бити доведен у питање неким међународним спора-

И након наведених констатација о примату општег међународног права, и посебно обавеза које проистичу из Повеље УН, у односу на комунитарно право, Суд је изнео закључак који је личио на најаву заузимања става драстично различитог од дуалистичког приступа у погледу односа међународног и комунитарног права, који ће коначно заузети:

„298. Мора се међутим приметити да Повеља Уједињених нација не намеће избор посебног модела за имплементацију резолуција које Савет безбедности усвоји по Глави VII Повеље, пошто њихова примена треба да се оствари у складу са процедуром примењивом у том погледу у домаћем правном поретку сваке чланице Уједињених нација. Повеља Уједињених нација оставља чланицама Уједињених нација слободан избор између различитих могућих модела транспоновања тих резолуција у њихов правни поредак.“

Овај став је, као што се може видети, у потпуној супротности са ставом Првостепеног суда по коме Савет министара нема никакву аутономну позицију и слободу код доношења аката којима се примењују резолуције Савета безбедности, те да је његова легислативна активност заправо само средство трансмисије обавеза које је успоставио Савет безбедности. И из овог става параграфа 298 проистиче закључак, опет супротан ставу Првостепеног суда, да комунитарни акти који су усвојени у циљу примене резолуција Савета безбедности могу да подлежу унутрашњој, комунитарној судској контроли усклађености са хијерархијски више постављеним правилима комунитарног права, тј. да међународно право не успоставља имунитет ове врсте комунитарних аката од унутрашње судске контроле законитости, што Суд констатује већ у наредном параграфу своје пресуде.[31]

Цитирани став из параграфа 298 пресуде би, да је Суд из њега доследно извео консеквенце поводом питања кршења људских права због којих су му се тужиоци обратили, по нашем утиску водио ка закључку по коме би правна ваљаност резолуција Савета безбедности, како уопште тако и посебно у светлу њиховог склада са општим начелима комунитарног права, остала изван домета судске контро-

зумом’. ЕСП није навео да ли Повељу УН сматра међународним споразумом у овом смислу, што је проблематично с обзиром на захтев, који је такође Суд признао, да ЕЗ ‘поштује међународно право у вршењу својих овлашћења’ и да ‘мера донета у вршењу тих овлашћења мора да буде тумачена, а њен обухват ограничен у светлу релевантних правила међународног права’. Читањем овог другог у светлу овог првог може се закључити да се сам ЕСП није држао властитих ставова“.

[31] „299. Из свих ових разматрања следи да из начела међународног правног поретка Уједињених нација не проистиче да је било каква судска контрола законитости оспорене уредбе у светлу основних слобода искључена услед чињенице да је циљ те мере примена резолуције Савета безбедности усвојене на основу Главе VII Повеље Уједињених нација“.

ле Суда правде Европских заједница, док би предмет те контроле били комунитарни акти усвојени ради примене резолуција Савета безбедности УН, који су проистекли из слободног избора модела за имплементацију који је остављен државама чланицама (а које су то овлашћење пренеле на Заједницу).

Међутим, има аутора који су, такође истакавши посебан значај овог параграфа и чињеницу да је он отварао друкчије могућности и наговештавао друкчији след закључака и ставова од оних које је у даљем тексту пресуде изнео и зеузео Суд, те могућности и те очекиване ставове видели нешто друкчије од онога што смо изнели.[32]

Прихватљива је констатација професорке Де Бурка о потреби и могућности да се Суд не „фокусира само на унутрашње гаранције

[32] G. de Búrca, 57–58: „Друге судске стратегије су биле јасно доступне Суду. Посебно је сам ЕСП указао на оно што ја називам 'меким конституционалистичким' путем, али ипак се определио да не крене тим путем. У параграфу 298. пресуде у случају *Кади*, ЕСП је приметио да Повеља УН оставља државама чланицама да одлуче како ће да транспонују резолуције Савета безбедности Уједињених нација (даље: СБУН) у свој правни поредак. То би отворило доктринарни пут којим би Суд могао да постигне исти суштински резултат (оцену и поништај имплементације од стране ЕЗ налога за замрзавање који је поставио СБУН) чак и усвајањем међународно ангажованог приступа који црпе директно из начела међународног права уместо наглашавања партикуларизма европских основних права. Другим речима, ЕСП је могао да инсистира на поштовању основних начела правичног поступка (*due process*) и заштите људских права из оквира међународног права, чак и када су та начела занемарена у постојећим поступцима стављања на листу и скидања са листе које је прописао СБУН. Пропустивши да тако поступи, Суд је изгубио значајну прилику да допринесе дијалогу о правичном поступку као делу обичајног међународног права, што би било од значаја за међународну заједницу као целину, а не само за Европску унију. Могли су бити изнети аргументи не само о обичајном међународном праву, као основу за заштиту правичности поступка, већ такође и о позивању на заштиту људских права из саме Повеље, као и на општа начела међународног права и начела *ius cogens*, на која се позвао Првостепени суд. У доктринарном смислу, ЕСП је могао да закључи да резолуције нису могле да буду примењене онакве какве јесу, без уметања од стране ЕУ, у оквиру њене слободе транспоновања, слоја таквог правичног поступка који би заштитио интересе погођених појединаца. Ово би довело до тога да бављење имплементацијом резолуције СБ од стране ЕУ буде прилика и за бављење тим недостатком. Фокусирањем само на унутрашње гаранције основних права које пружа ЕУ и игнорисањем међународног права, ЕСП је не само пропустио да утиче на значајну међународну расправу о питању које погађа сваку чланицу УН, већ је пропустио и да отвори прилику за развој канала за међусобни утицај правних поредака Европске уније и Уједињених нација. Чињеница да је ЕСП изабрао плуралистички језик и његово резоновање послали су јасну поруку другим актерима у међународном систему о аутономији европског правног поретка и примата који он даје својим на унутрашњем плану утврђеним вредностима. Ако су судови ван Европске уније склони правосудном позајмљивању, онда пресуда ЕСП у случају *Кади* изгледа да им нуди охрабрење за тврдњу да су њихово локално разумевање људских права и њихови посебни конституционалних приоритети изнад међународних норми, и посебно изнад резолуција Савета безбедности усвојених на основу Главе VII".

основних права које пружа ЕУ“, већ да се бави оценом ваљаности комунитарних аката, а индиректно и аката УН, и у светлу међународног права, и то не само *ius cogens*, како је то учинио Првостепени суд, већ и других обичајних правила и „позивања на заштиту људских права из саме Повеље“. Међутим, чини се да основ за то лежи у самој Повељи, прецизније у чл. 24, ст. 2 и 25 (уз тумачење које је дао Међународни суд правде), о чему ће касније бити речи, али да у цитираном параграфу 298 предметне пресуде Суд није отворио могућност и наговестио такво своје даље поступање, већ је тај параграф само одступио од тврдње Првостепеног суда да комунитарни акти о примени резолуција Савета безбедности уживају имунитет од оцене усклађености са вишим комунитарним нормама јер су донети као пука трансмисија онога што је наложио Савет безбедности, без икакве могућности избора од стране органа ЕЗ (ово одступање је даље потврдио параграф 299). С друге стране, чини се, такође, да оно што је садржано у цитираном параграфу 298 одудара и од става који ће Суд коначно заузети и у самој овој пресуди – става да је комунитарни правни поредак аутономан у односу на међународноправни, укључујући и онај успостављен на основу Повеље Уједињених нација, те да, упркос обавези органа Заједнице да поштују међународно право, оцена правне ваљаности комунитарних аката мора да се врши у светлу уставних гаранција из комунитарног поретка садржаних у самом Уговору о оснивању ЕЗ и у основним начелима комунитарног правног поретка, које међународноправни уговорни аранжмани не могу доводити у питање, чак ни када се ради о Повељи УН.

У наставку пресуде (para. 300–304) Суд је закључио да имунитет оспорене уредбе од судске контроле по основу примата на међународноправном плану обавеза које проистичу из Повеље УН (а посебно Главе VII Повеље) нема упориште ни у Уговору о оснивању Европске заједнице. Указавши на чињеницу да чл. 307 тог уговора отвара могућност за одступања чак и од примарног права[33] и да чл. 297 „имлицитно допушта“ да функционисање заједничког (унутрашњег) тржишта буде ометено, између осталог, ради испуњења ангажмана које је нека држава чланица уговорила ради очувања међународног мира и безбедности, Суд је констатовао да чак ни те одредбе не допуштају одступања од „слободе, демократије и поштовања људских права и основних слобода уграђених у чл. 6(1) Уговора о Европској унији као темеља Уније“, нити доводе у питање комунитарну судску контролу законитости комунитарних мера у светлу тих основних права. И овде не можемо да се не сложимо са једним ироничним коментаром:

[33] Укључујући и правила из Уговора о заједничкој трговинској (спољнотрговинској, Б.Р.) политици. Суд овде упућује на своју ранију праксу у случају *Centro-Com*.

„Крупне су то речи, али и оне доприносе видљивој тензији између инсистирања Суда на поштовању међународног права и 'посебном значају' придатом улози Савета безбедности Уједињених нација на основу Главе VII Повеље, са једне стране, и његовог властитог права да контролише мере у светлу основних права, са друге стране".[34]

Ради потврде своје тврдње да примат резолуција Савета безбедности (за који користи израз „наводни примат") не пружа комунитарним актима усвојеним ради примене тих резолуција, попут оспорене уредбе, основ за имунитет од судске оцене компатибилности са основним правима које штити комунитарно право, тј. ради негирања таквог става Првостепеног суда, Суд је изнео виђење хијерархије извора права које је, благо речено, натегнуто (para. 305–309). Наиме, тражећи место обавеза које проистичу из Повеље Уједињених нација у „хијерархији норми у оквиру комунитарног правног поретка", Суд се позвао на ст. 6 и 7 чл. 300 Уговора о оснивању Европске економске заједнице, који регулише поступак закључења уговора Европске заједнице са једном или више држава или међународних организација. Став 7 овог члана, који предвиђа да „споразуми закључени у складу са условима предвиђеним у овом члану везују органе Заједнице и државе чланице", послужио је Суду као основ за закључак о примату Повеље Уједињених нација у односу на секундарно комунитарно право.[35] И мада је Суд, изводећи речени закључак из чл. 300, ст. 7, направио ограду речима „под претпоставком његове примењивости на Повељу Уједињених нација", мора се приметити да је Суд извео тачан закључак из погрешне одредбе.[36]

---

[34] P. J. Cardwell, D. French, N. White, 235.

[35] Суд се овде позвао на своју ранију праксу: Case C-308/06 *Intertanko and Others* [2008].

[36] Наиме, Повеља УН и обавезе које из ње проистичу (укључујући оне садржане у на Повељи заснованим резолуцијама Савета безбедности) заиста су хијерархијски надређене нормама секундарног комунитарног права, али не на основу чл. 300, ст. 7. Уговора о оснивању ЕЗ. Он се односи на међународне уговоре код којих је једна страна ЕЗ и који су закључени након ступања на снагу Уговора о оснивању ЕЕЗ (јер како би друкчије били закључени по процедури из тог уговора), а Повеља УН не испуњава ниједан од та два услова, већ се тај хијерархијски примат заснива на чл. 103 Повеље (а кад су у питању одлуке Савета безбедности и на чл. 25 и, ако су те одлуке донете на основу Главе VII Повеље, чл. 48 Повеље), као и на чл. 307, алинеја 1 Уговора о оснивању ЕЗ. Али Суд у пресуди о којој је реч даље констатује да примат Повеље не постоји у односу на примарно комунитарно право, укључујући и општа начела чији су део основна права, позивајући се у прилог тог закључка на чл. 300, ст. 6. Уговора о оснивању ЕЗ, који иначе предвиђа да органи Заједнице или било која држава чланица могу да траже од Суда мишљење о компатибилности са Уговором о оснивању ЕЗ било ког уговора чије је закључење планирано а код кога би једна уговорна страна била Заједница, те да у случају негативног мишљења тај уговор не може да ступи на снагу сем под условима предвиђеним у чл. 48 Уговора о Европској унији, који регулише поступак измене неког од оснивачких

Суд је, најзад (пара. 310–315), осврћући се на неке примедбе изнете током поступка, констатовао да се ситуација у предметном случају суштински разликује од оне ситуације у којој се Европски суд за људска права у предметима *Behrami and Behrami* v. *France* и *Saramati* v. *France, Germany and Norway* одлуком од 2. маја 2007. године огласио ненадлежним да цени компатибилност мера усвојених при имплементацији резолуција Савета безбедности Уједињених нација усвојених на основу Главе VII Повеље УН. Наиме, у тим случајевима радило се о недостатку надлежности *ratione personae* Европског суда за људска права, јер су оспоравани поступци самих Уједињених нација (тј. поступци помоћног органа Уједињених нација формираног на основу Главе VII Повеље УН или поступци из оквира вршења легално делегираних овлашћења од стране Савета безбедности у складу са том главом Повеље) а не поступци који би се могли приписати туженим државама. Осим тога, ти поступци су се одиграли ван територије тужених држава и не проистичу из одлука власти тих држава. У предметном случају ситуација је суштински другачија, јер је у Уговором предвиђеном поступку за поништај аката органа Заједнице оспорена уредба Савета министара којом се извршава резолуција Савета безбедности УН. Осим тога, у пракси Европског суда за људска права постојала је и ситуација у којој је, у пресуди у предмету *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* v. *Ireland*[37], тај суд прихватио надлежност када је оспоравана мера коју су извршиле власти тужене државе на територији те државе а на основу властите одлуке, упркос чињеници да су оне ту одлуку

уговора. И овде важи иста примедба: и овај став се односи на уговоре код којих је Заједница једна уговорна страна и који се закључују након ступања на снагу Уговора о оснивању ЕЕЗ, а Повеља УН не испуњава ниједан од ова два услова. Али, за разлику од констатације о примату Повеље у односу на секундарно комунитарно право, констатација о томе да такав примат не постоји у односу на примарно комунитарно право нема своје упориште ни у чл. 103 Повеље УН, ни чл. 307, алинеја 1. Уговора о оснивању ЕЗ, као ни у једној другој одредби нити Повеље нити Уговора о оснивању ЕЗ или Уговора о Европској унији. Напротив, и из чл. 103 Повеље УН, који предвиђа примат обавеза из Повеље у односу на обавезе из свих других уговорних аранжмана држава чланица УН, и из чл. 307, алинеја 1. Уговора о оснивању ЕЗ, који прописује да ранији уговорни аранжмани нису доведени у питање одредбама тог уговора, јасно произилази да је Повеља (а уз њу и резолуције Савета безбедности) хијерархијски надређена и примарном комунитарном праву, исто као и секундарном. Исто тако, P. J. Cardwell, D. French, N. White, 234 примећују овај промашај Суда код позивања на чланове Уговора, констатујући га на следећи начин: „... да ли је ЕСП био у праву када је Повељу УН изједначавао са међународним споразумима усвојеним у складу са чланом 300 (7) Уговора о оснивању ЕЗ, који стога нису хијерархијски надређени примарном праву ЕУ, укључујући и основна права? Могуће је тврдити да је ЕСП јасно погрешио у овом погледу, будући да Повеља УН не потпада под чл. 300 (7) Уговора о оснивању ЕЗ, већ под чл. 307 Уговора о оснивању ЕЗ“.

[37] The European Court of Human Rights, judgment of 30 June 2005, case *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*.

донеле и ту меру предузеле извршавајући уредбе Европске заједнице усвојене на основу резолуције Савета безбедности УН.

Коначно, имајући у виду сва претходно изнета разматрања и закључке, Суд је закључио:

„316. Као што је примећено горе у параграфима 281 до 284, 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.

...

326. Из претходно наведеног проистиче да судски органи Заједнице морају, у складу са надлежностима које су им додељене по основу Уговора о оснивању ЕЗ, да обезбеде контролу, у начелу потпуну, легалности свих комунитарних аката у односу на основна права која чине саставни део општих начела комунитарног права, уључујући и комунитарне акте који, попут спорне уредбе, имају за циљ спровођење резолуција које је усвојио Савет безбедности на основу Главе VII Повеље Уједињених нација.“

Дакле, у питању су ставови дијаметрално супротни ставовима Првостепеног суда и у значајној мери револуционарни у погледу односа комунитарног правног поретка и међународног правног поретка успостављеног на основу Повеље Уједињених нација.

Полазећи од овако заузетих ставова, Суд је у конкретној оцени нашао да се предметном уредбом Савета Европске уније 881/2002 од 27. маја 2002. године крше основна права тужилаца која чине саставни део основних начела комунитарног права, и то право на изношење аргументације у правичном поступку (право на одбрану), право на имовину, начело пропорционалности, као и право на делотворно правно средство, те је укинуо пресуде Првостепеног суда и поништио уредбу Савета о којој је реч у делу у коме се она односи на Јасина Абдулаха Кадија и Међународну фондацију Ал Баракат. Уз то, наложио је да поништена уредба настави да производи дејство и у односу на тужиоце у периоду не дужем од три месеца након објављивања ове пресуде.[38]

[38] Смисао овог продужења дејства пресуде је био у томе да се Савету Европске уније остави простор да новим легислативним захватом отклони несагласности мера за примену санкција Савета безбедности са захтевима из сфере људских

Полазећи од примедби Суда из пресуде о којој је реч, Европска комисија је усвојила 28. новембра 2008. године Уредбу 1190/2008, којом је модификовала том пресудом делимично поништену Уредбу Савета Европске уније број 881/2002. Уредба Комисије 1190/2008 ступила је на снагу 3. децембра 2008. године, дакле тачно у моменту истицања периода од три месеца у коме је пресудом о којој је реч задржано важење поништеног дела Уредбе Савета број 881/2002. Пре доношења Уредбе 1190/2008, Комисија је доставила Јасину Кадију и Међународној фондацији Ал Баракат образложење разлога за њихово стављање на листу санкционисаних који јој је доставио Комитет за санкције Савета безбедности УН, на који су они затим, 9. новембра (Ал Баракат) и 10. новембра (Кади) доставили своје примедбе. Проучивши све добијене материјале, Комисија је одлучила да резолуцијом 1190/2008 поново стави Јасина Кадија и Међународну фондацију Ал Баракат на листу санкционисаних, која се налази у Анексу I Уредбе Савета број 881/2002. Јасин Абдулах Кади је 26. фебруара 2009. године покренуо пред Судом нови поступак (*Case T*–85/09), овог пута за поништај Уредбе Европске комисије бр. 1190/2008 у делу који се односи на њега.

4. ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋЕ И ТРЕЋЕ РЕШЕЊЕ?

Да ли је између два наведена, супротстављена и у приличној мери екстремна става које су заузели Првостепени суд и Суд правде Европских заједница, постојало и неко треће, умереније решење. Рекло би се да је одговор на ово питање потврдан. И мислимо да је то треће решење, заправо, исправно.

4.1. Између тврдог конституционализма и тврдог плурализма

Коментаришући ставове Првостепеног суда, Правобраниоца и Суда правде Европских заједница у случајевима који су предмет овог рада, као и Европског суда за људска права у случајевима *Behrami and Behrami* v. *France* и *Saramati* v. *France, Germany and Norway*, Грење де Бурка је сврстала те ставове у две дивергентне групе, али је изнела и своје залагање за могуће треће решење, односно став који би на неки начин измирио супротстављене тенденције из пресуда о којима је реч.[39] Међутим, Де Бурка, која је правилно указа-

права, а да при том не буде доведен у питање смисао тих санкција, кроз евентуално коришћење средстава која су поништеним актом била замрзнута у циљу подршке тероризму.

[39] G. de Búrca, 55: „Првостепени суд у *Kadi*, као и Европски суд за људска права у *Behrami* усвојили су снажан конституционалистички приступ базиран на системском јединству међународног правног поретка и регионалног европског

ла да би било исправније и корисније да се Суд „позвао на норме међународног права, а не само на унутрашње европске стандарде“, у даљем тексту чланка није на јасан и довољно прецизан начин, или бар не на начин који сматрамо задовољавајућим, развила ту своју идеју. Сложивши се, дакле, са њеним ставом, овде бисмо покушали да покажемо како би могао да изгледа тај трећи пут.

Најпре, у хијерархијском односу правног поретка заснованог на Повељи УН и комунитарног правног поретка, овај први је надређен овом другом, и то како у односу на секундарно, тако и у односу на примарно комунитарно право, супротно ставу који је Суд изнео у пресуди по жалби, а у складу са ставом Првостепеног суда. Овај став има јасно упориште у чл. 103 Повеље,[40] комбинованом са

поретка и на хијерархији правне снаге у оквиру тог интегрисаног система. Закључци Правобраниоца и ЕСП, са друге стране, одбацили су снажни конституционалистички приступ, определивши се уместо тога за снажан плуралистички приступ, који је Европску заједницу представио као одвојен и независан систем који одређује свој однос са међународним поретком у складу са својим сопственим вредностима и приоритетима, а не у складу са било каквим заједничким начелима или нормама међународног права. А ја тврдим ... да би меки конституционалистички приступ међународном правном поретку пружио ЕСП-у бољи оквир за решавање дилеме која се појавила у случају *Kadi* него снажни конституционалистички приступ Првостепеног суда или плуралистички приступ Правобраниоца и Суда. Меки конституционалистички приступ би се боље уклопио у аспирације ЕУ као међународног актера и њено настојање да се представи као добар међународни грађанин, а ипак не би значио одустајање од бриге за међународну одговорност и заштиту права, која је можда представљала надахнуће за Правобраниочево мишљења и одлуку ЕСП. Да је се ЕСП, као правосудна грана ове значајне регионалне организације, одбијајући да имплементира резолуције СБ без даљих гаранција правичног поступка, позвао на норме међународног права а не само на унутрашње европске стандарде, не само да би пружио бољи пример другим државама и организацијама које разматрају имплементацију режима санкција УН, већ би и додао мало садржаја реторици о ‘Европи као нормативној сили’“.

[40] Тешко је прихватљив став Пита Екхоута (*Piet Eeckhout*), Директора Центра за европско право на *King's College*, Лондон, који иде корак даље од Суда правде Европских заједница у пресуди по жалби и истиче да се чл. 103 Повеље односи на обавезе држава чланица УН, а не на Европску унију, односно европске заједнице, упркос чињеници да је свих 27 држава чланица ЕУ у чланству УН. Овај аутор, који је био члан адвокатског тима Јасина Кадија, предвођеног Јаном Браунлијем (*Ian Brownlie*), тврди наиме следеће:

„Већина међународних правника несумњиво има критички став према томе што Суд не помиње чл. 103 Једино позивање Суда на ту одредбу је прећутно: ‘Било која пресуда комунитарног суда којом би било одлучено да је мера Заједнице којом се примењује ... резолуција у супротности са вишим правним правилом комунитарног правног поретка не би подразумевала никакво довођење у питање примата те резолуције у међународном праву’. Нема никакве даље анализе тог правила о примату. Нема је ни у мишљењу правобраниоца Мадура. Није ли ово сувише збрзан и површан приступ, којим се, изгледа, чл. 103 гура под тепих? Па, према важећем праву, одговор је: не није. Као што сам већ истакао, тешко је видети релевантност чл. 103 у поступку попут онога у случају Кади. Чл. 103 се односи на обавезе држава

њеним чл. 25 и 48, и ови чланови су у савршеном складу са чл. 307, ст. 1 Уговора о оснивању Европске заједнице, из кога проистиче исти закључак.

При постојању оваквог хијерархијског односа, немогуће је третирати комунитарни правни поредак као „аутономан правни систем који не сме бити доведен у питање неким међународним споразумом“. Али из перспективе заштите основних људских права то није ни потребно, чак и ако се та заштита жели остварити по стандардима достигнутим на европском нивоу. Повеља Уједињених нација отвара простор за такву заштиту, тј. налаже је. У претходно цитираном тексту Де Бурка је кренула у добром правцу, али своју тезу није извела до краја на начин који се чини ваљаним. Три аутора, чији је рад такође поменут (Пол Кардвел, Данкан Френч и Најџел Вајт), су указали на пут који се чини прихватљивијим, а за који је просто изненађујуће да су га и Првостепени суд и Правобранилац и Суд правде заобишли.

Основ за средњи пут, између два екстремна за који су се определили Првостепени суд, с једне, и Правобранилац и Суд правде ЕЗ, с друге стране, пружа чл. 24, ст. 2 Повеље УН, у комбинацији са чл. 25.

4.2. Ограничења којима је подвргнут Савет безбедности[41]

Члан 24 Повеље УН, чијим је ставом 1 Савету безбедности поверена „првенствена одговорност за одржање међународног мира и безбедности“, у ст. 2 већ у првој реченици прописује: „Вршећи ове

чланица Уједињених нација по основу Повеље (а ЕУ или ЕЗ наравно нису такве чланице) и прописује да, у случају сукоба са обавезама проистеклим из било ког другог међународног споразума, Повеља односи превагу. Чл. 103 дакле говори о обавезама држава чланица ..., а не о обавезама ЕЗ. Ако озбиљно схватамо аутономну природу међународних организација као међународноправних субјеката – а ја тврдим да је само међународно право веома озбиљно у том погледу, у вези са чим треба на пример погледати рад Комисије за међународно право о одговорности међународних организација – онда је са тачке гледишта позитивног права тешко видети какво би то дејство чл. 103 могао да има на ЕЗ“, вид. P. Eeckhout, „Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC“, објављено 25. фебруара 2009. године на *EJIL: Talk!,* блогу ревије *European Journal of International Law*: *www.ejiltalk.org*.

Како је овај став Пита Екхоута у директној супротности са смислом чл. 103 Повеље УН и представља неку врсту рецепта за његово изигравање, те како је такав став у супротности и са чл. 307, алинеја 1 Уговора о оснивању ЕЗ, као, коначно, и са судском праксом Суда правде Европских заједница и Међународног суда правде, овде се неће полемисати с њим. Уместо тога, упућујемо на Б. Ракић, 128–139.

[41] У овом делу рада коришћени су краћи сегменти из монографије Б. М. Ракић, *Србија пред Светским судом, поводом захтева за давање саветодавног мишљења Међународног суда правде о легалности проглашења независности Косова*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009.

дужности, Савет безбедности делује у сагласности с циљевима и начелима Уједињених нација.“ А циљеви и начела Уједињених нација садржани су у Глави I Повеље УН, која садржи чл. 1 и 2.

С друге стране, чл. 25 Повеље прописује: „Чланови Уједињених нација сагласни су да прихвате и извршавају одлуке Савета безбедности у сагласности с овом Повељом“. У погледу значења израза „у сагласности са овом Повељом“, који је двосмислен,[42] Међународни суд правде је у саветодавном мишљењу у случају Намибија, упркос Резолуцији Савета безбедности бр. 276 (1970), заузео став да су одлуке Савета безбедности обавезујуће само ако су усвојене у складу са Повељом, односно да у супротном нису обавезујуће,[43] што је, иначе, „нешто што се само по себи подразумева“.[44] Али, исто важи и за друго значење наведеног израза, па се може закључити да су оба могућа значења наведеног израза ваљана и важећа.[45]

Када је реч о ограничењима овлашћења Савета безбедности која предвиђа претходно цитирана прва реченица чл. 24, ст. 2 Повеље, у теорији и пракси се веома рано, тек коју годину након усвајања Повеље, појавила дилема и покренуте су расправе у погледу тога да ли се та ограничења тичу искључиво одредби Главе I Повеље (чл. 1 и 2, у којима су побројани циљеви и начела УН) или их треба проширити на све одговарајуће одредбе Повеље.[46] Не улазећи дубље у ову расправу, констатоваћемо само да постоје лимити у оквиру којих мора да поступа Савет безбедности. Ти лимити су, у најмању руку, поштовање циљева и начела Уједињених нација садржаних у чл. 1 и 2 Повеље, мада би с правом могло да се тврди да је Савет безбедности дужан да поштује целину Повеље и да су државе дужне да примењују његове одлуке само ако су оне „усвојене у сагласности са Повељом“,[47] јер то је „нешто што се само по себи подразумева“.[48]

---

[42] Јер, може да значи, најпре, то да су обавезујуће само оне одлуке Савета безбедности које су донете, како у процедуралном тако и у материјалном смислу, у складу са Повељом, али, затим, може да значи и то да су државе дужне да приликом прихватања и извршавања одлука Савета безбедности поступају на начин који је у складу са Повељом.

[43] *Legal Consequences for States of the Contitiued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Adrisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 53, para. 110, 113 and 115.

[44] E. Suy, „Commentaire de l'article 25 de la Charte des Nations unies“, *La Charte des Nations unies, Commentaire article par article* (sous la direction de J.-P. Cot, A. Pellet), Economica, Paris 1991, 477.

[45] *Ibid.*

[46] О овоме вид. R. Degni-Ségui, „Commentaire de l'article 24 paragraphes 1 et 2 de la Charte des Nations unies“, *La Charte des Nations unies, Commentaire article par article* (sous la direction de J.-P. Cot, A. Pellet), Economica, Paris 1991, 462–463.

[47] *Namibia* Adrisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 53, para. 113.

[48] E. Suy, 477.

Међутим, са тачке гледишта овог случаја, небитно је да ли је и у којој мери је Савет безбедности обавезан да поштује и одговарајуће одредбе Повеље ван оних из Главе I, тј. чл. 1 и 2, који садрже циљеве и начела Уједињених нација. Јер, као што је и Првостепени суд указао, након што се Преамбула Повеље позива на решеност народа УН да „потврде веру у основна људска права“, у чл. 1 Повеље (који се налази у Глави I Повеље, насловљеној „Циљеви и начела“), као један од циљева Повеље наведено је „унапређивање и подстицање поштовања људских права и основних слобода“.

Неки аутори истичу подређеност свих других циљева циљу одржања мира (а борба против тероризма потпада под остваривање тог циља), што је примарни задатак Савета безбедности. При том указују на тенденцију која је присутна у поступању Савету безбедности да, када поступа у циљу очувања и васпостављања мира, цени које ће циљеве и начела Уједињених нација да жртвује ради остварења тог примарног циља.[49] Међутим, сам текст чл. 24 Повеље указује на супротно. Став 1 тог члана, као што смо рекли, поверава Савету безбедности „првенствену одговорност за одржање међународног мира и безбедности“, а у првој реченици ст. 2 управо су прописана ограничења којима је подвргнут Савет безбедности приликом одржавања међународног мира и безбедности: „Вршећи ове дужности (дужности из ст. 1, дакле одржавање мира и безбедности, прим. Б. Р.), Савет безбедности делује у сагласности са циљевима и начелима Уједињених нација“. Према томе, може Савет безбедности да има тенденцију да се не држи наведених ограничења правдајући то потребом очувања мира, али он на то, према слову Повеље, нема право. На то указује и Међународни суд правде у напред поменутом саветодавном мишљењу (случај Намибије).[50]

Дакле, и сама Повеља Уједињених нација предвиђа поштовање људских права као предуслов за ваљаност одлука Савета безбедности. И то је чак изричито речено у чл. 24, ст. 2, наравно када се он чита повезано са одредбама прва два члана Повеље, на које се позива.

Проблем с применом овог ограничења, односно услова за валидност одлука Савета безбедности, лежи наизглед у томе што сама Повеља не садржи никакву разраду садржине људских права и основних слобода на чије поштовање позива, прокламујући га као један од основних циљева Светске организације. Међутим, у систему Уједињених нација, како у низу аката усвојених од стране органа Светске организације или под њеним покровитељством, тако и у пракси њених органа или уговорних тела, изграђен је, ради

[49] R. Degni-Ségui, 463.

[50] *Namibia* Adrisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 53, paragraphs 110 and 113.

остварења наведеног циља из чл. 1 Повеље, веома развијен систем заштите људских права. Тако Кардвел, Френч и Вајт, говорећи о поменутом циљу из чл. 1 Повеље, констатују: „У испуњавању овог циља, Генерална скупштина је усвојила инструменте попут Универзалне декларације о људским правима из 1948. године, којом су људска права уграђена у систем Уједињених нација и која је била извор обичајног права и инспирација за уговоре, како међународне тако и регионалне“.[51] Ако је наведени систем заштите људских права створен у оквиру и под окриљем Уједињених нација можда нешто сиромашнији од онога успостављеног у Савету Европе, пре свега када се има у виду богата судска пракса Европског суда за људска права, сасвим је извесно да су оба та система, као и онај из Европске уније и њених држава чланица, засновани на истим схватањима и на истој вредносној основи, да су им основна начела и основна листа права идентични (а у тај круг права спадају права на чије повреде се позивају тужиоци у случајевима којима се бавимо у овом раду) и да је, како је у горњем цитату правилно примећено, изградња свих модерних система заштите људских права, како на универзалном, тако и на регионалним нивоима, па и на националном плану, имала за извор инспирације управо централни и почетни акт који је успостављен у Уједињеним нацијама у циљу конкретизације и остварења циља „унапређивања и подстицања поштовања људских права и основних слобода“ прокламованог у чл. 1 Повеље Уједињених нација, а то је Универзална декларација.

4.3. Какво решење је пропуштено и зашто?

Дакле, и на нивоу Уједињених нација и на нивоу Европске уније и Европске заједнице (а и Савета Европе), те коначно и у државама чланицама тих организација, изграђени су системи заштите људских права засновани на истим темељима и у битним елементима исте материјалне садржине, са разликом једино у степену разраде и механизмима заштите. Када су у питању права о којима се ради у предметима Кади и Ал Баракат, та суштинска једнакост између њиховог признавања и гарантовања на нивоу УН и на комунитарном нивоу је сасвим извесна. Стога, уколико су оспорена уредба Европске заједнице у предметима Кади и Ал Баракат и резолуције Савета безбедности УН у супротности са основним начелима из домена људских права загарантованим у комунитарном систему, они су такође и у супротности са гаранцијама људских права са нивоа система Уједињених нација, дакле са оног нивоа на коме се врши конкретизација садржине наведеног циља из чл. 1 Повеље.

Како је Савет безбедности по чл. 24, ст. 2 Повеље дужан да поштује циљеве УН и у оквиру њих и људска права и основне

[51] P. J. Cardwell, D. French, N. White, 237.

слободе и пошто су, по чл. 25 Повеље онако како га је протумачио Међународни суд правде у саветодавном мишљењу у случају Намибија, државе обавезне да прихватају и извршавају одлуке Савета безбедности уколико су оне у складу са Повељом, то значи да би државе чланице УН, а и Европска унија као организација која окупља групу држава чланица УН, имале право да одбију примену резолуција Савета безбедности којима би се кршила људска права.

Дакле, Суд правде Европских заједница би, у поступку оцене законитости оспорене уредбе Савета Европске уније, чију правну ваљаност, као комунитарног акта, има право да цени према чл. 230. Уговора о оснивању ЕЗ, имао право, па чак и обавезу, да се стави у позицију тела које је доносило ту уредбу, чији је циљ примена резолуције Савета безбедности. А то тело, конкретно Савет Европске уније, имало је, по самој Повељи УН, право и дужност да оцени усклађеност те резолуције са циљевима и начелима из Повеље, укључујући и циљ „унапређивања и подстицања поштовања људских права и основних слобода“ из њеног чл. 1, те да се на основу те оцене определи да ли ће извршавати резолуцију у питању или не. Оваква обавеза органа Заједнице део је обавезе Заједнице и њених органа да поштују међународно право, што је сам Суд правде Европских заједница констатовао у својој ранијој, напред наведеној судској пракси.

Суд је дакле имао могућност и обавезу не само да цени склад оспорене уредбе са правилима о заштити људских права из комунитарног правног поретка, већ и са правилима о заштити људских права која постоје на нивоу Уједињених нација, не ограничавајући се само на норме *ius cogens*-а, као и да цени склад самих резолуција Савета безбедности ради чије примене је донета оспорена резолуција са тим правилима о заштити људских права која важе у оквиру правног система УН (да би оценио да ли је Савет Европске уније био дужан да донесе акт о примени тих резолуције или је могао и морао да одбије да их примени због несагласности са Повељом, тј, њеним циљевима и начелима, у конкретном случају са циљем поштовања људских права). И ако би констатовао поменута кршења људских права, Суд је могао и морао да поништи уредбу о којој је реч, применом чл. 230 Уговора о оснивању ЕЕЗ.

Међутим, како се оствареност гаранција за заштиту људских права мора ценити кроз целовито сагледавање механизама за борбу против тероризма о којима је реч, дакле од самих аката Савета безбедности до регионалних или националних аката о њиховој примени, те како је овде присутна потреба и обавеза да си измири остварење мира и безбедности, као основни циљ Уједињених нација, и поштовање људских права, као такође један од циљева Светске

организације, онда је неопходно да се евентуална кршења људских права отклањају и лече на начин који најмање омета остварење заштите мира и безбедности, тј. конкретно, у овом случају, који најмање доводи у питање ефикасност борбе против међународног тероризма. И овде се враћамо на већ поменуту, пропуштену шансу коју је отворио параграф 298 пресуде по жалби у предметном случају. Ту је Суд истакао: „Повеља Уједињених нација не намеће избор посебног модела за имплементацију резолуција које Савет безбедности усвоји по Глави VII Повеље, пошто њихова примена треба да се оствари у складу са процедуром примењивом у том погледу у домаћем правном поретку сваке чланице Уједињених нација“, као и да „Повеља Уједињених нација оставља чланицама Уједињених нација слободан избор између различитих могућих модела транспоновања тих резолуција у њихов правни поредак“. Овде је Суд био отворио себи, свесно или несвесно, могућност да инсистирајући на комплементарности правног поретка УН и комунитарног правног поретка и не спорећи хијерархијску надређеност првога другоме, обезбеди поштовање основних људских права тужилаца кроз поништај комунитарног акта због кршења тих права (а само њега може да поништи према чл. 230 Уговора о оснивању ЕЗ и то у делу који се тиче тужилаца) и усвајање новог акта о примени истих резолуција Савета безбедности (или модификованог постојећег акта), који ће сада на нивоу имплементације надоместити оно што је пропуштено у самим тим резолуцијама и учинити да целина антитерористичког скупа мера, тј. механизма санкција, буде тако постављена да обезбеђује ефикасност антитерористичке борбе уз поштовање гаранција људских права које постоје како на нивоу Уједињених нација, тако и на комунитарном нивоу. С таквим приступом, Суд би избегао констатације о аутономности комунитарног правног поретка у односу на међународни правни поредак, укључујући и правни поредак УН, којима је, рекло би се, извршио удар на положај и ауторитет Светске организације, и то у сфери борбе за очување мира и безбедности, где је најнепожељније нарушавати њену позицију, а до којих је могао да дође једино преко немогуће правне акробатике, ставова и закључака за које је веома очигледно да су нетачни.

Међутим, чини се да је Суд управо хтео да истицањем аутономности комунитарног правног поретка и његове тобожње значајне садржинске супериорности у односу на правни поредак Уједињених нација када је у питању заштита људских права, уздигне Европску унију, а потисне надоле Уједињене нације, ради остварења политичког циља промовисања Уније као супериорне и привилеговане целине, која захваљујући тој супериорности треба да има издвојену и значајну позицију на међународном плану. Такво постављање у односу на ОУН вероватно је за ЕУ и начин позиционирања у односу

на САД, као предводника антитерористичке борбе, али и у односу на друге државе или регионалне групације које немају тако развијен систем заштите људских права и тако високе стандарде на том плану као што их имају ЕУ и њене државе чланице.

С друге стране, Првостепени суд је при доношењу свог става о супрематији правног система УН у односу на комунитарни, пре свега оног по Глави VII Повеље, и недодирљивости резолуција Савета безбедности када се ради о питању оцене легалности, сем, изузетно, у светлу норми *ius cogens*-а, такође био вођен политичким мотивом да Унију прикаже као конструктивног учесника у политички веома престижној активности на међународном плану, а то је борба против тероризма. Дакле, чини се да су у оба случаја политички мотиви стајали иза опредељења две комунитарне судске инстанце за два радикално супротстављена приступа истој проблематици, при чему су, рекли бисмо, та оба приступа погрешна. Средњи приступ, који би имао потпуно правно утемељење, једноставно је мимоиђен, колико год се наметао и колико год се стицао утисак да су му се у неким закључцима и једна и друга инстанца веома приближиле (да би се брзо поново удаљиле од њега). Мада, треба приметити да је задржавањем дејства поништене уредбе током још три месеца, чиме је остављен простор органима Европске уније (Савету или Комисији) да исправе недостатке и донесу нови акт којим ће бити обезбеђене ваљане гаранције поштовања људских права у примени резолуција Савета безбедности о којима је реч, Суд, уз гласно истицање аутономности комунитарног правног система и инсистирање на његовој супериорности у односу на правни систем УН када су људска права у питању, ипак *de facto* прибегао реализацији онога што је најавио у параграфу 298 пресуде и од чега је вербално одустао у њеном наставку.

Дакле, може се рећи да је у избору решења за проблеме које су пред комунитарно правосуђе поставили тужиоци у предметима Кади и Ал Баракат, између две више политички, него правно мотивисане концепције које су нашле место у првостепеној и другостепеној пресуди, превагу однела, захваљујући хијерархијској супериорности инстанце која се за њу определила, концепција код које је Суд правде Европских заједница казао гласно и чини се и помало театрално „не“ Савету безбедности Уједињених нација. А важећи правни системи и Уједињених нација и Европске уније тако су конципирани да, уколико не дође до њиховог кршења и искривљене интерпретације, у основи комуникације између њих, и на правном и на вредносном нивоу, нема места за било какво „не“, већ искључиво за стално и непромењиво „да“.

Branko Rakić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN BETWEEN HUMAN RIGHTS AND TERRORISM – RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Summary

The antiterrorist campaign undertaken by the United Nations Security Council at the end of the last century, and the obligation of transposition of punitive measures against individuals and entities related to the Al-Qaeda network into the European Communities legal system, put once again the issue of relations between the international legal system (in particular the one under Chapter VII of the United Nations Charter) and the European Communities legal system on the European Court of Justice agenda. In its judgments in the cases Kadi and Al Barakaat, the Court of First Instance confirmed, in 2005, the primacy of the United Nations law, refusing to carry out any, even indirect review of the United Nations Security Council resolutions in the light of fundamental rights guaranteed by the EC law and seeing, exceptionally, *jus cogens* norms as the only standard of review to which it would allow itself recourse in this situation. Following in principle the remarks and suggestion given by the Advocate General Poiares Maduro in January 2008, the European Court of Justice, deciding on appeal in September 2008, gave primacy to the European „constitutional tradition“ including fundamental rights.

The two judicial bodies adopted thus two opposite approaches. The Court of First Instance, had adopted an approach that some scholars (e.g. G. de Búrca) qualified as „a strong constitutionalist approach which was premised on the systemic unity of the international legal order and the regional European order, and on a hierarchy of legal authority within this integrated system“, while the ECJ opted „for a strong pluralist approach which presented the European Community as a separate and self-contained system which determines its relationship to the international order in accordance with its own internal values and priorities rather than in accordance with any common principles or norms of international law“. But, the third way was possible; a way beyond the polarized alternatives the two judicial instances opted for. And that third way should have been based on the unity of values of the UN and the EC legal orders reflected in the conceptual unity of their norms concerning fundamental rights. Surprisingly, both the Court of First Instance and the European Court of Justice

omitted to refer to Art. 24 para. 2, which stipulates that in discharging its duties for the maintenance of international peace and security, the UNSC shall act in accordance with the Purposes and Principles of the UN. And the respect of fundamental rights constitutes a part of those objectives. Thus, the EC Judiciary missed the opportunity to conciliate the need to fight terrorism by strong punitive measures established on universal level and to respect human rights, the concept of which is based on the same values both on the UN and the EC levels.

Key words: *UN Charter. – EC Law. – European Court of Justice. – Jus cogens. – Kadi Case.*

УДК 347.68

Др Дејан Ђурђевић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

УВОЂЕЊЕ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ У СРПСКО ПРАВО*

Српско право забрањује уговор о наслеђивању. Та забрана се правда његовом непотребношћу, нееластичношћу, шпекулативним карактером, као и тврдњом да овај уговор претерано компликује оставинске расправе. Владина Комисија за израду Грађанског законика предлаже отварање шире расправе о томе да ли треба увести уговор о наслеђивању у српско право. У раду је указано на карактеристике уговора о наслеђивању кроз анализу решења у немачком праву, где је овај институт најшире заступљен. Аутор износи аргументе pro et contra уговора о наслеђивању. Анализиране су ситуације у којима постоји оправдање да завештилац буде везан својим располагањима за случај смрти и негирано је становиште о непотребности уговора о наслеђивању. Предности неопозивих наследноправних располагања прећутно су признате и приликом доношења СЗОН-а из 1955. године, који је покушао да надомести забрану уговора о наслеђивању афирмисањем уговора о доживотном издржавању. Аутор сматра да уговор о наслеђивању има бројне предности у односу на уговор о доживотном издржавању и да ништа мање не компликује оставинске расправе од института које познаје српско право. Највећи недостатак уговора о наслеђивању је што не ограничава завештаочеву слободу да предузима правне послове inter vivos. Због ограничене правне заштите која се пружа уговорним наследницима, завештилац може, кроз уговоре о поклону, да изигра њихов наследноправни положај. Овај недостатак уговорног наслеђивања не испољава се у ситуацијама где се као уговорне стране појављују супружници, односно чланови породичне заједнице, уколико уговор обухвата добра која представљају њихову заједничку имовину. Због тога, аутор предлаже да се у српском праву дозволи склапање уговора о наслеђивању између супружника и чланова породичне заједнице у погледу добара која се налазе у режиму заједничке имовине.

Кључне речи: *Уговор о наслеђивању.– Наследноправни уговори.– Уговорни наследник.*

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

1. УВОД

Српско право забрањује уговор о наслеђивању. Ова забрана проистиче из чл. 2 Закона о наслеђивању,[1] који предвиђа да се може наследити на основу закона и завештања (тестамента), као и из чл. 179 ЗОН којим је прописана апсолутна ништавост уговора којим један уговорник своју имовину или њен део оставља у наслеђе свом сауговорнику или неком трећем. Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије предлаже преиспитивање овог решења.[2] У свом Извештају из 2007. године, Владина Комисија каже: „Отворено је питање да ли у наше право унети и уговор о наслеђивању између супружника, о чему ће бити одлучено после шире расправе. У случају прихватања уговора о наслеђивању између супружника, уследиле би одређене измене уговора о доживотном издржавању у смислу забране закључења уговора о доживотном издржавању између супружника“.[3]

У упоредном праву нису на исти начин одмерене добре и лоше стране уговора о наслеђивању, тако да не постоји јединствен став о томе да ли и у којој мери треба дозволити овај институт. Док је у немачком праву закључење уговора о наслеђивању могуће између било којих лица,[4] аустријско[5] и француско[6] право дозвољавају склапање овог уговора само између супружника и вереника.[7] Неки правни системи, на пример италијанско и грчко право, забрањују уговор о наслеђивању.[8] Различит приступ уговору о наслеђивању проистиче одатле што овај правни посао, с једне стране пружа широке

[1] Закон о наслеђивању – ЗОН, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95.

[2] Комисија Владе Републике Србије за израду Грађанског законика, *Рад на изради грађанског законика – извештај Комисије са отвореним питањима*, Београд 2007, 147.

[3] *Ibid.*

[4] Вид. уместо свих: R. Frank, *Erbrecht*, München 2003, 180 и даље.

[5] Вид. W. Zankl, *Erbrecht*, Wien 2008, 65 и даље. У аустријском праву спорна су правна дејства уговора о наслеђивању којим супружници за наследника именују треће лице. Према једном схватању, такво наследноправно располагање нема уговорну природу и може се једнострано опозвати. Присталице другог схватања сматрају да је дозвољен уговор о наслеђивању у корист трећег. У том случају, одредба о именовању трећег лица за наследника везује уговорног завештаоца и не може се једнострано опозвати. Ближе о томе G. Graf, *Erbrecht*, Wien 2009, 58.

[6] Вид. уместо свих: M. Ferid, *Das Französische Zivilrecht*, Frankfurt am Main – Berlin, 1971, Band II, 1436 и даље.

[7] Уговор о наслеђивању, који између себе склапају вереници, има правну природу уговора закљученог под одложним условом. Правна дејства таквог уговора не могу настати ако се до смрти завештаоца уговорници не венчају. Вид. H. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Wien 2007, Bd. II, 522.

[8] За упоредноправни приказ уговора о наслеђивању у европским државама, вид. C. T. Ebenroth, *Erbrecht*, München 1992, 183 и даље.

могућности уређивања имовинскоправних последица оставиочеве смрти, али зато, с друге стране ограничава слободу тестирања уговорног завештаоца.

Циљ овог рада је да укаже на најважније аргументе *pro et contra* увођења уговора о наслеђивању у правни поредак Републике Србије и да дâ одговор на питање да ли је овај институт користан за српско наследно право. Остваривање постављеног циља подразумева претходну анализу уговора о наслеђивању, онако како је постављен у правним системима који га дозвољавају, превасходно у немачком праву, где постоји најшира могућност склапања оваквих уговора. Такође, неопходно је анализирати предности и недостатке наследноправних института које познаје српско наследно право, а помоћу којих се могу постићи правно-политички циљеви који се у страним правним порецима остварују кроз уговорно наслеђивање.

2. ПРАВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

2.1. Појам и правна природа

Немачки аутори дефинишу уговор о наслеђивању (нем. *Erbvertrag*) као уговорно располагање за случај смрти.[9] Оваква дефиниција истиче најзначајнију особеност уговора о наслеђивању, која се огледа у његовој двострукој правној природи: он је истовремено и уговор, али и располагање за случај смрти.[10]

У немачкој литератури, термин располагање за случај смрти (нем. *Verfügung von Todes wegen*) користи се као генерички појам за означавање правних послова којима једно лице именује наследнике, легатаре и на други начин уређује грађанскоправне последице своје смрти.[11] У оквиру ове категорије прави се разлика између: једностраних располагања за случај смрти (тестамент) и двостраних располагања за случај смрти (уговор о наслеђивању).[12] Уговор о наслеђивању омогућује завештаоцу да на различите начине уреди наследноправне последице своје смрти. У пракси је чест случај да завешталац за наследника одреди другу уговорну страну,[13] на пример, супружници закључе уговор којим муж именује жену за наследника. Дозвољен је и уговор којим завешталац за наследника именује треће лице,[14] на пример супружници закључе уговор којим муж за

[9] Вид. уместо свих H. Brox, *Erbrecht*, Köln – Berlin 2003, 91.

[10] D. Olzen, *Erbrecht*, Berlin – New York 2001, 162.

[11] Вид. уместо свих U. v. Lübtow, *Erbrecht. Eine systematische Darstellung*, I, Berlin 1971, 97.

[12] Вид. H. Lange, K. Kuchinke, *Erbrecht – ein Lehrbuch*, München 2001, 327.

[13] D. Leipold, *Erbrecht*, Tübingen 2002, 178.

[14] *Ibid.*

наследника именује пасторка. Посебан модалитет представља тзв. реципрочни уговор о наслеђивању (нем. *gegenseitigen Erbvertrag*), којим се уговорници узајамно именују за наследнике, тако да онај који надживи постаје наследник онога који умре први.[15]

По томе што представља располагање за случај смрти, уговор о наслеђивању се разликује од стварноправних (нем. *dingliche Verträge*) и облигационих уговора (нем. *schuldrechtliche Verträge*), тако да га неки аутори сматрају уговором *sui generis*.[16] Он је другачији од стварноправних уговора јер нема за последицу непосредан пренос права својине или другу промену субјективних стварних права.[17] Уговорни завешталац се не обавезује да располаже за случај смрти у корист свог сауговорника или трећег лица, што разликује уговор о наслеђивању од облигационоправних уговора (правних послова обвезивања).[18] Располагање за случај смрти садржано је у самом уговору и његова правна дејства наступају *ex lege* у тренутку смрти уговорног завештаоца.[19] Сем тога, уговор о наслеђивању није облигациони уговор и због тога што за завештаоца не ствара обавезу нечињења, тј. обавезу да не отуђује права која поседује.[20]

Како је уговор о наслеђивању располагање за случај смрти, он има извесних сличности да тестаментом. Уговор о наслеђивању је правни посао *mortis causa* и строго лични правни посао. Дејства уговора о наслеђивању наступају када умре завешталац. До тог момента, уговорни наследник нема никакво субјективно право. Њему не припада ни право чекања (нем. *Anwartschaftsrecht*), које би могао да обезбеди уписом у јавне књиге или предузимањем других радњи које су усмерене на очување будућег права.[21] Уговорном наследнику

---

[15] C. T. Ebenroth, 164.

[16] У том смислу W. Schlüter, *Erbrecht*, München 2000, 109.

[17] Стварноправним уговорима се непосредно отуђују, гасе, оптерећују или мењају субјективна грађанска права. Вид. уместо свих H. Brox, *Allgemeiner Teil des BGB,* Köln – Berlin 2001, 60; B. Rüthers, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 1991, 180.

[18] Облигационоправни уговор којим се једно лице обавезује да ће саставити или опозвати тестамент, односно да ће на одређен начин располагати својом имовином за случај смрти, назива се уговором о садржини тестамента. Такав уговор је забрањен у немачком праву. Вид. § 2302. Немачког грађанског законика (*BGB*). Уговор о садржини тестамента је апсолутно ништав и у правном поретку Републике Србије. Вид. чл. 181 ЗОН.

[19] W. Schlüter, 109.

[20] H. Lange, K. Kuchinke, 478.

[21] H. Brox (2003), 91. Као пример у коме се појављује наследноправно право чекања, можемо навести правну позицију коју има потоњи наследник (фидеикомисар, нем. *Nacherbe*) у периоду неизвесности да ли ће одложни, односно раскидни услов бити остварен (период *pendente conditione*). Ближе о томе H. Brox (2003), 208 и даље. У литератури се правна позиција претходног наследника означава још и терминима

преостаје само тзв. наследна нада – изглед да ће у тренутку завештаочеве смрти постати његов наследник, који може али не мора да се оствари.[22] Да би наступила правна дејства уговора о наслеђивању, уговорни наследник мора да доживи тренутак завештаочеве смрти, мора бити способан и достојан за наслеђивање и не сме се одрећи наследства. Овде треба посебно истаћи да уговорни наследник задржава могућност да дâ негативну наследну изјаву, упркос томе што се сагласио са закључењем уговора о наслеђивању.[23]

Између уговора о наслеђивању и тестамента постоје извесне разлике. Тестамент је једностран и опозив правни посао, који не ограничава завештаочеву слободу располагања. Уговорни завештилац је везан уговором о наслеђивању. Он га, по правилу, не може једнострано опозвати, тако да уговор о наслеђивању представља један вид вољног ограничавања оставиочеве слободе тестирања.[24]

2.2. Модалитети уговора о наслеђивању

За правна дејства уговора о наслеђивању релевантне су две поделе. Прва је подела на једнострано именујуће и двострано именујуће уговоре о наслеђивању.[25] Поред ове, постоји и подела на теретне и доброчине уговоре о наслеђивању.

Код једнострано именујућих уговора о наслеђивању само једна уговорна страна именује наследника, док се други уговорник са тиме саглашава.[26] Другим речима, за појам једнострано именујућих уговора о наслеђивању карактеристично је постојање само једног уговорног завештаоца. Завештаочев сауговорник може (али не мора) бити обвезан на неку противчинидбу. Код двострано именујућих уговора о наслеђивању, оба уговорника фигурирају као уговорни заве-

„евентуално право“ и „право у зачетку“. Вид. О. Станковић, *Модификације правних послова (услов, рок, налог)*, у: О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић (ред.), *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, II, Београд 1978, 1078.

[22] О наследној нади вид. уместо свих C. T. Ebenroth, 9. Наследна нада не ужива правну заштиту, са њом се не може располагати и није наследива.

[23] T. Kipp, H. Coing, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, Tübingen 1990, 482.

[24] Упор. H. Brox (2003), 91.

[25] У немачкој литертури за ову поделу користе се термини: једнострани и вишестрани уговори о наслеђивању (нем. *einseitige und mehrseitige Erbvertäge*). Употреба овакве терминологије у српском праву могла би да збуни и да доведе до мешања са поделом уговора на једностране (једнострано обавезне) и двостране (двострано обавезне). Једнострано именујући уговори о наслеђивању могу бити закључени као једнострани уговори, на основу којих уговорни наследник не стиче никакву обавезу, или као двострани уговори, код којих завештаочев сауговорник не именује наследника, али се обавезује према завештаоцу да нешто дâ, чини, не чини или трпи.

[26] L. Michalski, *BGB – Erbrecht*, Heidelberg 2001, 114.

штаоци, који се узајамно именују за наследнике, или за заједничког наследника именују неко треће лице.[27] Правни значај разликовања једнострано и двострано именујућих уговора о наслеђивању огледа се у томе што за двострано именујуће уговоре о наслеђивању важи претпоставка кореспективности – узајамне условљености наследноправних располагања.[28] У случају да располагање једног уговорног завештаоца буде поништено, располагање другог уговорника неће произвести правна дејства. Осим тога, ако један уговорни завешталац задржи право да опозове своје располагање за случај смрти, опозивањем једног уговорног располагања, ставља се ван снаге цео уговор о наслеђивању. Правило о кореспективности има диспозитивну природу, јер уговорници могу предвидети да ништавост или опозивање једног наследноправног располагања неће имати за последицу стављање ван снаге целог уговора.[29]

За теретне уговоре о наслеђивању карактеристично је постојање обавезе завештаочевог сауговорника да плати накнаду. Између именовања за наследника и плаћања накнаде постоји узрочна повезаност, која се огледа у томе што завешталац именује свог сауговорника, односно треће лице за наследника зато што му сауговорник учинио или обећао одређену противчинидбу.[30] Пример таквог уговора је уговор о наслеђивању да обавезом доживотног издржавања (нем. *Verpfründungsvertrag*) – завешталац именује за наследника свог сауговорника или треће лице, а сауговорник се као накнаду за то обавезује да га доживотно издржава.[31] Код доброчиних уговора о наслеђивању, завештаочев сауговорник не дугује никакву противчинидбу.[32] Правни значај поделе уговора о наслеђивању на теретне и доброчине састоји се у томе што се код теретних уговора поставља питање утицаја неиспуњења противчинидбе на судбину уговорног именовања за наследника. Узмимо, на пример, да су супружници закључили уговор о наслеђивању са обавезом доживотног издржавања (муж је именовао жену за наследника, а жена се обавезала да га доживотно издржава) и да жена после неког времена напусти мужа и одбије да врши своју уговорну обавезу. Да ли муж има право на раскид уговора због неизвршења? У немачком праву, на уговор о наслеђивању не примењују се правила облигационог права о раски-

[27] *Ibid*, 114–115.

[28] Уговори о наслеђивању код којих су наследноправна располагања узајамно условљена називају се кореспективним уговорима о наслеђивању (нем. *korrespektive Erbvertäge*). Вид. H. Lange, K. Kuchinke, 338.

[29] Вид. § 2298 *BGB*.

[30] D. Olzen, 164–165.

[31] Вид. W. Edenhofer, у: O. Palandt (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar)*, München 1995, 2095.

[32] H. Brox (2003), 97.

ду због неизвршења.[33] У овом случају, завешталац може тражити да се уговор о наслеђивању поништи са позивом на §§ 2281 и 2078 BGB (ништавост располагања за случај смрти због мана воље).[34]

2.3. Закључење уговора о наслеђивању

Уговор о наслеђивању је строго личан правни посао, јер га у име завештаоца не може закључити његов пуномоћник, односно законски заступник.[35] Правило о искључењу заступања односи се само на завештаоца. Једнострано именујуће уговоре о наслеђивању завешталац може закључити са заступником свог сауговорника. [36]

Да би закључио уговор о наслеђивању завешталац мора бити потпуно пословно способан.[37] Тестаментарна способност није довољна.[38] Потпуна пословна способност се захтева само за завештаоца. Код једнострано именујућих уговора о наслеђивању, на завештаочевог сауговорника примењују се општа правила грађанског права.[39] Он не мора имати потпуну пословну способност, а уговор може у његово име закључити и његов законски заступник. Немачка теорија[40] сматра да ограничено пословно способном завештаочевом сауговорнику није потребна сагласност законског заступника за склапање једнострано именујућег уговора о наслеђивању, јер је овај уговор за њега правно неутралан посао.[41] Међутим, уговор о наслеђивању неће

---

[33] Ближе о томе T. Stürzebecher, „Zur Anwendbarkeit der §§ 320 ff. *BGB* auf den entgeltlichen Erbvertrag“, *Neue juristische Wochenschrift* (NJW) 43/1988, 2717 и даље; M. Vollmar, „Der Entgeltliche Erbvertrag. Behandlung von Leistungsstörungen“, *Zeitschrift für Steuer– und Erbrecht* (ZErb) 9/2003, 274 и даље.

[34] У том смислу R. Stürner, у: O. Jauernig (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, München 2003, 1835; J. Kropholler, *BGB – Studienkommentar*, München 2003, 1059.

[35] F. Hense, у: W. Erman (Hrsg..), *Handkommentar zum Bürgelichen Gesetzbuch*, Münster 1967, Bd. II, 1555.

[36] W. Edenfofer, у: O. Palandt (Hrsg.), 2079.

[37] Вид. § 2275, ст. 1 *BGB*.

[38] Уколико је уговорни завешталац приликом закључења уговора о наслеђивању имао тестаментарну способност, али није био потпуно пословно способан, уговор о наслеђивању биће ништав. У таквим ситуацијама може доћи до конверзије на основу § 140 *BGB*: ако ништав уговор о наслеђивању испуњава услове који се траже за пуноважност тестамента, важиће тестамент ако се може сматрати да би уговорни завешталац сачинио тестамент да је знао за ништавост уговора о наслеђивању. У том смислу: W. Schlüter, 110.

[39] W. Schlüter, 110.

[40] Вид. уместо свих H. Lange, K. Kuchinke, 472.

[41] Неутралан, односно индиферентан правни посао јесте правни посао који предузима ограничено пословно способно лице, а који се не одражава на његов имовинскоправни положај. Неутрални правни посао не може довести ни до правног до-

бити неутралан посао за завештаочевог сауговорника уколико се обавеже на извршење неке противчинидбе. У том случају, њему је за закључење уговора о наслеђивању потребна дозвола или одобрење његовог законског заступника.[42]

Од општих правила за закључење уговора о наслеђивању предвиђен је изузетак када се као уговорници појављују супружници или вереници.[43] Редактори BGB-а пошли су од тога да се у пракси уговор о наслеђивању често закључује приликом склапања веридбе или брака. Због тога су желели да супружницима, односно вереницима омогуће да истовремено са брачним уговором закључе и уговор о наслеђивању.[44] У том случају, завешталац може бити и ограничено пословно способно лице. За закључење уговора потребна му је сагласност законског заступника (нем. *Zustimmung*), која може бити претходна (дозвола; нем. *Einwilligung*) или накнадна (одобрење; нем. *Genehmigung*). Сагласност законског заступника не мора бити дата у форми која се тражи за закључење уговора о наслеђивању.[45] Уколико је завешталац стављен под старатељство, за закључење уговора о наслеђивању није довољна само сагласност његовог старатеља, већ је неопходна и сагласност надлежног старатељског суда (нем. *Vormundschaftsgericht*). Одобрење уговора о наслеђивању, независно

битка, нити до правног губитка за лице које га предузима. Као пример за такав правни посао, поред доброчиног једнострано именујућег уговора о наслеђивању у коме је ограничено пословно способно лице именовано за наследника, у литератури се наводи и отуђење туђе ствари. Ако ограничено пословно способно лице, без сагласности свог законског заступника, склопи уговор којим отуђује туђу ствар, уговор ће бити пуноважан. За склапање оваквог уговора, ограничено пословно способном лицу није потребна сагласност законског заступника, јер отуђењем ствари која му не припада, за њега не настаје никакав правни губитак. Конструкцијом о неутралном правном послу стварају се услови да уговор буде пуноважан и да се примени институт стицања од невласника. Вид. D. Giesen, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin – New York 1995, 240; H. Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin – New York 1996, 316–317. Категорију неутралних правних послова познаје и српски Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС*, 19/05, који у чл. 64 предвиђа да малолетник може самостално предузимати: „правне послове којима не стиче ни права ни обавезе.“ Када би српско право познавало уговор о наслеђивању, на њега би могао да се примени чл. 64 ПЗ. Следствено томе, малолетник би могао као уговорни наследник да закључи доброчини једнострано именујући уговор о наслеђивању и за то му не би била потребна сагласност законског заступника. Али, ако би завешталац умро пре него што уговорни наследник стекне потпуну пословну способност, давање позитивне наследне изјаве било би условљено сагласношћу законског заступника. У том смислу: T. Kipp, H. Coing, 486.

[42] Вид. T. Kipp, H. Coing, 121.

[43] Вид. § 2275, ст. 2 и 3 *BGB*.

[44] Вид. *Protokole der Komission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB*, нав. према C. T. Ebenroth, 162.

[45] Аргумент из § 182, ст. 2 *BGB*. У том смислу D. Olzen, 166; W. Schlüter, 110. За критику вид. Edenhofer, у: O. Palandt (Hrsg.), 2080.

од тога да ли потиче од законског заступника или од старатељског суда, не производи правна дејства уколико је дато након завештаочеве смрти, јер су за прелазак заоставштине на наследнике релевантне чињенице које су постојале у моменту смрти завештаоца.[46]

Уговор о наслеђивању је формалан правни посао. Закључује се у форми јавнобележничке (нотарске) исправе, при чему је неопходно истовремено присуство оба уговорника.[47] Приликом склапања једнострано именујућих уговора о наслеђивању, дозвољено је да јавном бележнику приступе уговорни завешталац и заступник његовог сауговорника.[48] На форму уговора о наслеђивању сходно се примењују правила за састављање јавнобележничког тестамента, која су садржана у § 2231, ст. 1. и §§ 2232, и 2233 BGB. Правило је да уговорници могу изјавити вољу на два начина. Први је да пред јавним бележником усмено саопште садржину уговора. Други начин је да јавном бележнику предају отворено или затворено писмено на којем је написан текст уговора и да том приликом изјаве да то писмено представља њихов уговор о наслеђивању.[49] Постоје две ситуације где BGB ограничава начин на који уговорници изјављују своју вољу пред јавним бележником: 1) када завештаочев сауговорник код једнострано именујућег уговора о наслеђивању нема потпуну пословну способност, уговор се не може закључити предајом писмена у затвореном омоту;[50] 2) када уговорник, према сопственом тврђењу или према уверењу јавног бележника, није у стању да прочита исправу, није дозвољено закључење уговора о наслеђивању предајом писмена, већ уговорници морају усмено да изјаве своју вољу пред јавним бележником.[51] Сва ова формална правила важе искључиво за уговор о наслеђивању. Њима нису обухваћени остали пратећи споразуми које уговорници склапају заједно са уговором о наслеђивању (на пример, обавеза завештаочевог сауговорника да изврши неку противчинидбу као накнаду за то што је именован за наследника).[52]

Од општих формалних правила за закључење уговора о наслеђивању предвиђена су два изузетка. Први изузетак постоји када до

---

46 Одлука немачког Савезног суда (*BGH*), IV ZR 20/76, од 7. XII 1977, NJW, 23/1978, 1159.

47 Вид. § 2276, ст. 1 *BGB*.

48 У том смислу: R. Stürner, у: O. Jauernig (Hrsg.), 1832.

49 Аргумент из сходне примене § 2232 *BGB*, на основу § 2276, ст. 1 *BGB*.

50 Аргумент из сходне примене § 2233, ст. 1 *BGB*, на основу § 2276, ст. 1 *BGB*.

51 Аргумент из сходне примене § 2233, ст. 2 *BGB*, на основу § 2276, ст. 1 *BGB*.

52 Ближе о томе R. Kanzleiter, „Bedürfen Rechtsgeschäfte 'im Zusammenhang' mit Ehe– und Erbverträgen der notariellen Beurkundung?", NJW 4/1997, 217 и даље.

закључења уговора о наслеђивању долази путем судског поравнања. У том случају, нотарски акт је супституисан примањем сагласних изјава уговорника (странака у спору) од стране судије, у складу са нормама процесног права.[53] С обзиром на то да је уговор о наслеђивању строго личан правни посао, приликом закључења судског поравнања инсистира се на томе да уговорни завешталац своју сагласност лично изјави пред судом (поравнање не може у његово име закључити његов пуномоћник).[54] Други изузетак предвиђен је у случају када уговор о наслеђивању склапају супружници, односно вереници. Уколико они закључују уговор о наслеђивању заједно са брачним уговором, а оба уговора су садржана у истој исправи, за пуноважност уговора о наслеђивању довољно је да буде испоштована форма која се тражи за пуноважност брачног уговора.[55] С обзиром да је и код склапања брачног уговора предвиђена форма нотаријалног акта уз захтев да оба уговорника буду истовремено присутна,[56] због сличности формалних правила, овај изузетак нема велики практични значај.[57] Приликом везаног закључења уговора о наслеђивању и брачног уговора, отвара се проблем утицаја неделотворности једног уговора на правна дејства другог. Правило је да неделотворност једног обухвата и други уговор.[58] Тако, уколико неделотворност брачног уговора наступи као последица раскида веридбе, уговор о наслеђивању неће производити правна дејства, осим ако приликом склапања ових уговора, странке нису предвиделе другачије.[59] Међутим, раскид уговора о наслеђивању нема за последицу стављање ван снаге брачног имовинског режима који је предвиђен брачним уговором.[60]

2.4. Садржина уговора о наслеђивању

Уговор о наслеђивању може да садржи сва наследноправна располагања која се срећу код тестамента: именовање наследника, остављање легата, остављање налога, разбаштињење итд. Међутим, за разлику од тестамента, код уговора о наслеђивању се прави разлика између уговорних (нем. *vertragmäßigen Verfügungen*) и једностраних располагања (нем. *einseitigen Verfügungen*).[61]

---

[53] Вид. § 127 а. *BGB*.

[54] У том смислу H. Brox (2003), 92.

[55] Вид. § 2276, ст. 2 *BGB*.

[56] Вид. § 1410 *BGB*.

[57] У том смислу R. Stürner, у: O. Jauernig (Hrsg.), 1832.

[58] Овакав став се заснива на § 139 *BGB*, који уређује делимичну ништавост правног посла. Вид. R. Stürner, у: O. Jauernig (Hrsg.), 1832.

[59] Вид. W. Edenhofer, у: O. Palandt (Hrsg.), 2081.

[60] Вид. R. Stürner, у: O. Jauernig (Hrsg.), 1832.

[61] Вид. уместо свих: D. Leipold, 181 и даље.

За уговорна располагања карактеристично је то што је завешталац њима везан, тако да их не може једнострано опозвати. Насупрот томе, завешталац није везан једностраним располагањима и може их опозвати по правилима за опозивање тестамента.[62] Својство уговорног располагања могу имати само: именовање наследника, остављање легата и налог. Остала наследноправна располагања у уговору о наслеђивању (на пример, искључење из права на нужни део, именовање извршиоца тестамента итд.), не могу имати карактер уговорних, већ искључиво једностраних располагања.[63] Разликовање између уговорних и једностраних располагања можемо показати на конкретном примеру. Узмимо да су супружници закључили уговор о наслеђивању којим је муж именовао жену за наследника и искључио свог ванбрачног сина из права на нужни део. Именовање супруге за наследника је уговорно располагање, за које важи принцип *pacta sunt servanda*. Искључење сина из права на нужни део, иако је обухваћено сагласношћу воља уговорних страна, према изричитом законском наређењу не представља уговорно, већ једнострано располагање. Уговорни завешталац може сачинити тестамент и опозвати искључење из права на нужни део.

Именовање наследника, легат и налог не представљају *per se* уговорна располагања. Да ли ће ова располагања везивати уговорне стране, то у првом реду зависи од њихове воље. Уколико странке нису изричитио предвиделе да ли ће неко располагање бити уговорно или једнострано, карактер располагања садржаног у уговору о наслеђивању утврђује се његовим тумачењем.[64] У случају сумње узима се да располагања учињена у корист друге уговорне стране имају карактер уговорних располагања,[65] на пример, када супружници закључе уговор о наслеђивању којим се узајамно именују за наследнике.[66] Што се тиче располагања која су учињена у корист трећег лица, у случају сумње узима се да она имају уговорни карактер ако завештаочев сауговорник, због сродства са трећим лицем или неког другог разлога, има посебан интерес за такво располагање,[67] на пример, ако супружници склопе уговор о наслеђивању којим муж за наследника именује пасторка.[68] Судска пракса сматра да уговор-

[62] *Ibid.*

[63] Вид. § 2278 *BGB*.

[64] Вид. уместо свих H. Brox (2003), 94 и даље.

[65] Ближе о томе H. Coing, „Wie ist die bindende Wirkung von Erbverträgen zu ermitteln?“, NJW, 19/1958, 689 и даље.

[66] Одлука Врховног земаљског суда у Хаму, OLG Hamm, 5 W 180/73, од 27. II 1974, NJW, 39/1974, 1774.

[67] Вид. M. Harder, I. Kroppenberg, *Grundzüge des Erbrechts*, Neuwied – Kriftel 2002, 57.

[68] Упор. H. Brox (2003), 94.

ну природу имају и располагања у корист породичне задужбине уколико је завешталац закључио уговор о наслеђивању са чланом породице.[69]

2.5. Везаност завештаоца уговором о наслеђивању

Уговорни наследник, било да је и сам уговорна страна, било да је уговор о наслеђивању закључен у корист трећег, за живота завештаоца нема никаква права на његовој имовини. Тек у тренутку завештаочеве смрти, уговорни наследник стиче заоставштину, односно аликвотни део заоставштине који му је остављен уговором. Слично важи и за уговорног легатара, који у тренутку завештаочеве смрти стиче облигациони захтев да од универзалних сукцесора тражи пренос легираног права. У том погледу, положај уговорног наследника, односно уговорног легатара не разликује се од положаја који имају тестаментарни наследник, односно легатар коме је легат остављен тестаментом.[70] Специфичност правног положаја уговорног наследника, уговорног легатара и уговорног корисника налога састоји се у томе што је уговорни завешталац везан својим располагањима. Везаност завештаоца уговором о наслеђивању различито се манифестује у сфери правних послова *mortis causa* и правних послова *inter vivos*.

Уговор о наслеђивању непосредно ограничава завештаочеву слободу тестирања.[71] Закључење уговора о наслеђивању има за последицу стављање ван снаге свих ранијих[72] завештаочевих располагања за случај смрти, чија је садржина супротна садржини уговора.[73] На пример, завешталац је сачинио тестамент којим је за наследника именовао своју сестру, а након тога закључи уговор о наслеђивању којим супругу именује за јединог наследника. Неће производити правно

[69] *BGH*, III ZR 59/76, од 09. II 1978, NJW, 19/1978, 943–944.

[70] Вид. § 2279, ст. 1 *BGB*, који прописује да се на уговорна располагања и налоге у уговору о наслеђивању, сходно примењују правила којима су уређена тестаментарна располагања и налози у тестаменту.

[71] Вид. § 2289 *BGB*.

[72] Ранијим се сматрају сва располагања за случај смрти која су настала пре закључења уговора о наслеђивању. То могу бити и раније закључен уговор о наслеђивању или раније састављен заједнички тестамент, уколико постоји идентитет странака. На пример, муж и жена сачине заједнички тестамент, а након тога закључе уговор о наслеђивању другачије садржине. Вид. W. Edenhofer, у: O. Palandt (Hrsg.), 2091.

[73] Спорна је условљеност стављања ван снаге ранијег тестамента делотворношћу уговора о наслеђивању. Поставља се питање: да ли ће раније састављен тестамент, који противуречи уговору о наслеђивању, бити пуноважан уколико је уговорни наследник умро пре завештаоца или је недостојан за наслеђивање? Преовлађује схватање да за стављање тестамента ван снаге није довољно да уговор о наслеђивању буде пуноважно закључен, већ се тражи да тај уговор произведе правна дејства на која је усмерен. Ближе о томе D. Olzen, 175.

дејство ни тестаменти које завешталац сачини по закључењу уговора о наслеђивању, уколико је садржина тих тестамената у супротности са садржином уговора. Супротност постоји онда када се доцнијим тестаментом умањује, ограничава или оптерећује правни положај уговорног наследника,[74] на пример, завешталац доцнијим тестаментом умањи наследни део уговорног наследника, или га оптерети легатом, односно налогом, или му постави извршиоца тестамента.[75]

Од правила да уговор о наслеђивању ограничава слободу тестирања уговорног завештаоца предвиђени су и одређени изузеци. Пуноважни су доцнији тестаменти којима завешталац поправља правни положај уговорног наследника.[76] Овај изузетак проистиче из циљног тумачења § 2289. BGB. Полази се од тога да ограничење завештаочеве слободе тестирања служи заштити интереса уговорног наследника. Уколико се доцнијим тестаментом положај уговорног наследника побољшава, нема разлога да се не призна пуноважност таквог тестамента, јер *in concreto* не долази до изражаја заштитна функција ограничења завештаочеве слободе тестирања.[77] Тако, ако је уговором о наслеђивању предвиђено да ће уговорни наследник добити 1/2 заоставштине, биће пуноважан тестамент којим се уговорном наследнику оставља цела заоставштина.

Споран је утицај уговора о наслеђивању на завештаочеву слободу уговарања. Овде се поставља питање: да ли завешталац након закључења уговора о наслеђивању може да предузима правне послове *inter vivos* којима отуђује или оптерећује ствари и права из своје имовине? Код уговора о наслеђивању постоји сукоб интереса између уговорног наследника и завештаочевих правних следбеника из правних послова *inter vivos*. Располагање правним пословима *inter vivos* има за последицу смањење вредности завештаочеве имовине. Самим тим, долази и до смањења вредности његове заоставштине, што у крајњем случају може водити изигравању уговорног наследника.[78] У немачком праву је правило да уговор о наслеђивању не ограничава завештаочеву слободу предузимања правних послова *inter vivos*.[79] Међутим, BGB води рачуна и о интересима уговорног наследника, тако што предвиђа одређена правила којима му пружа ограничену правну заштиту. Након завештаочеве смрти може се захтевати повраћај поклона који је завешталац учинио трећем лицу у

[74] Вид. W. Edenhofer, у: O. Palandt (Hrsg.), 2092.

[75] *BGH*, V ZR 92/60, од 14. II 1962, NJW, 20/1962, 912.

[76] У том смислу: H. Brox (2003), 98.

[77] *Ibid.*

[78] D. Leipold, 186 и даље; D. Olzen, 177 и даље.

[79] Вид. § 2286 *BGB*, који предвиђа да се уговором о наслеђивању не ограничава завештаочево право да располаже својом имовином правним пословима *inter vivos*.

намери да нашкоди уговорном наследнику. Рок за повраћај поклона износи три године од преласка заоставштине на наследника.[80] Намера шкођења (нем. *Benachtteiligungsabsicht*) постоји онда када није сазнатљив никакав сопствени завештаочев интерес да трећем лицу учини поклон, на пример не може се доказати да је поклон учињен у намери вршења неке моралне дужности, издржавања сродника и сл.[81] Када завешталац у намери да нашкоди уговорном легатару, уништи, сакрије или оштети предмет уговорног легата, уговорни легатар има право да од завештаочевих наследника захтева исплату одговарајуће накнаде.[82] Такође, уколико је завешталац, у намери да нашкоди уговорном легатару, отуђио или оптеретио предмет легата, завештаочев наследник је дужан да прибави отуђени предмет и да га преда легатару, односно да уклони терет.[83]

3. ЗАШТО ЈЕ УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ ЗАБРАЊЕН У СРПСКОМ ПРАВУ?

Пре Другог светског рата уговор о наслеђивању није био забрањен. На просторима где је важио Аустријски грађански законик (Срем и банатски срезови Панчево, Алибунар и Бела Црква),[84] уговор о наслеђивању могли су међусобно склапати само супружници.[85] Српски грађански законик (у даљем тексту: СГЗ) у § 394 предвиђа: „После смрти житеља српског добра његова, и права и обавезе, осим чисто личних, прелазе као наследство на другога, кога по реду закон опредељује, ако он уговором или завештањем није другојачије уредио.“ У §§ 780–783 СГЗ експлицитно уређује уговор о наслеђивању између супружника. Како у СГЗ-у није било одредбе која би прописала да је закључење уговора о наслеђивању дозвољено искључиво између супружника, међу ауторима је било спорно да ли га могу међусобно склопити и лица која нису у браку.[86] Према правилима мађарског грађанског права, која су важила у Бачкој и већем делу Баната, могућност склапања уговора о наслеђивању није била ограниче-

[80] Вид. § 2287 *BGB*.

[81] Ближе о томе вид. R. Stürner, у: O. Jauernig (Hrsg.), 1838.

[82] Вид. § 2288, ст. 1 *BGB*.

[83] Вид. § 2288, ст. 2 *BGB*.

[84] О грађанскоправним подручјима у Краљевини Југославији, вид. О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, 30.

[85] Вид. § 602 Аустријског грађанског законика.

[86] Л. Марковић, *Наследно право*, Београд 1930, 306, сматрао је да уговор о наслеђивању могу између себе закључити било која лица. Д. Аранђеловић, М. Беговић, *Наследно право по Грађанском законику Краљевине Србије*, Београд 1940, 93, заступали су схватање да је уговор о наслеђивању дозвољен само између супружника.

на на супружнике.[87] И Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију из 1934. године, познавала је уговор о наслеђивању као један од основа позивања на наследство.[88]

До укидања уговора о наслеђивању дошло је 1955. године, када је донет Савезни закон о наслеђивању.[89] Чл. 6 СЗОН предвиђао је да се може наследити на основу закона и тестамента, док је у чл. 108 било експлицитно прописано: „Ништав је уговор којим неко оставља своју заоставштину или њен део своме сауговорнику или трећем лицу.“ Овакав приступ следила су и законодавства бивших југословенских република када је регулисање наследног права прешло у њихову надлежност.[90] Став о недозвољености уговора о наслеђивању није се променио ни након распада СФРЈ.[91]

Разлоге за забрану уговора о наслеђивању, неки аутори покушавају да пронађу на терену идеологије: „Забрањеност уговора о наслеђивању била је правило у свим тзв. социјалистичким државама и чини се да је то решење било мање у сфери аргументације, а више у сфери идеологије“.[92] Овај необразложени утисак не може се прихватити из два разлога. Прво, социјалистичка идеологија била је противник наследног права као таквог.[93] Наслеђивање почива на породици и приватној својини.[94] Социјализам, због „принципијелног непријатељства према својини и свакој породичноправној вези“, не може благонаклоно гледати на наследно право.[95] Не постоји посебан разлог због којег би социјалистичке државе имале веће подозрење

---

[87] Ближе о томе вид. Г. Богданфи, Н. Николић, *Опште приватно право које важи у Војводини*, Панчево 1925, књ. II, 260 и даље.

[88] Вид. Министарство правде Краљевине Југославије, *Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију*, Београд 1934, 119, §§ 573 и 574.

[89] Савезни закон о наслеђивању – СЗОН, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 20/1955.

[90] Упор. чл. 103 ЗОН Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 52/74; чл. 103 ЗОН Црне Горе, *Сл. лист СРЦГ*, бр. 4/76, чл. 106 ЗОН Босне и Херцеговине, *Службени лист СР БиХ*, бр. 7/80.

[91] Упор. чл. 121 ЗОН Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, бр. 74/08; чл. 102 ЗОН Хрватске из 2003, *Naroodne novine*, бр. 48/03.

[92] О. Антић, *Наследно право*, Београд 2008, 39.

[93] У Комунистичком манифесту Маркс и Енглес су поред укидања приватне својине захтевали и укидање наслеђивања. О марксистичким схватањима наследног права и њиховој критици, вид. уместо свих: A. Ehrenzweig, W. Kralik, *System des österreichischen allgemeinen Privatsrechts*, 4. Buch – *Das Erbrecht*, Wien 1983, 3 и даље.

[94] Вид. уместо свих М. Константиновић, „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982, 358.

[95] Вид. G. Boehmer, „Anregungen zur Änderung der gesetzlichen Erbfolgeordnung“, у: K. Kreuzer (Hrsg.), *Zur Entwicklung und Reform des deutschen Familien und – Erbrechts*, Tübingen 1970, 259.

према уговору од наслеђивања у односу на тестамент и друге наследноправне установе. С друге стране, видели смо да је уговор о наслеђивању забрањен и у неким тзв. „капиталистичким државама“, као што су Италија и Грчка.

Забрана уговора о наслеђивању приликом доношења СЗОН-а образлагана је конкретним правничким разлозима. У Општим напоменама уз Тезе за предпројект Закона о наслеђивању, које су биле полазиште у раду на доношењу СЗОН-а,[96] проф. Михаило Константиновић је забрану уговора о наслеђивању правдао његовом неопозивошћу: „Тезе не познају наслеђивање на основу уговора. [...] Уговор о наслеђивању не одговара данас никаквој потреби. Све су потребе задовољене установом законског реда наслеђивања и установом тестамента. У Тезама су постављена правила за наслеђивање за све случајеве, али је свакоме остављена слобода да тестаментом уреди наслеђивање оног дела имовине којим може да располаже. Закључење уговора о наслеђивању значило би одрицање од могућности прављења тестамента. Тестаменат је несумљиво еластичнији инструмент од уговора, јер је једностран правни посао. Његове одредбе завешталац може опозвати и мењати кад и како хоће, и према промењеним приликама правити нове, док уговор о наслеђивању везује дефинитивно и може бити измењен само са пристанком друге стране“.[97] Гледиште проф. Константиновића прихватила је и Комисија која је уобличила коначни текст СЗОН-а. Један од твораца СЗОН-а, проф. Божидар С. Марковић, укидање уговора о наслеђивању објашњава на следећи начин: „По својој суштини уговор о наслеђивању има за предмет шпекулисање смрћу једног лица па је као такав противан начелима социјалистичког морала. Најзад, овај уговор доводи у пракси до многобројних спорова, изигравања обавеза примљених уговором и до врло компликованих случајева расправљања наследноправних односа. Наслеђивање на основу уговора, и у оним земљама где је дозвољено, у највећем броју се ограничава на уговоре између брачних другова да би се донекле поправио имовински положај супруга. У нашем правном поретку у коме је жена потпуно изједначена са човеком, уговор о наслеђивању појављује се и са тог становишта као излишан.“[98] На основу изложених схватања, као најзначајнији правнички аргументи против уговора о наслеђивању могу се издвојити: његова непотребност, неопозивост и компликовање оставинских расправа.

---

[96] О доношењу СЗОН-а, вид. Б. Марковић, *Закон о наслеђивању са објашњењима и напоменама*, Београд 1955, 85 и даље.

[97] М. Константиновић, „Опште напомене уз Тезе за предпројект Закона о наслеђивању“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1947, 335.

[98] Б. Марковић, 94.

4. ДА ЛИ ЈЕ УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ (НЕ)ПОТРЕБАН?

Разлика између тестамента и уговора о наслеђивању састоји се у томе што уговор везује уговорног завештаоца. Уговорни завешталац не може једнострано опозвати своје уговорно наследноправно располагање. Због тога се расправа о евентуалној непотребности уговора о наслеђивању своди на разматрање о томе да ли у пракси постоји потреба за тим да завешталац буде везан својим располагањем за случај смрти.

Потреба за неопозивим наследноправним располагањима постоји како између супружника, тако и између лица која нису у браку. Што се тиче брака, он се заснива, између осталог и на узајамном помагању супружника.[99] У складној брачној заједници, кроз вођење заједничког домаћинства, супружници спонтано подмирују своје заједничке потребе. Међутим, када један од њих умре, позиција надживелог супружника може постати незавидна услед тога што он мора да дели имовину коју је заједно са оставиоцем користио у току трајања њихове брачне заједнице. Положај надживелог супружника посебно је отежан када наслеђује у другом наследном реду, јер између њега и његових санаследника не може настати законска обавеза издржавања. ЗОН има у виду такве ситуације и покушава да обезбеди надживелог супружника кроз институт повећања законског наследног дела.[100] Међутим, ова установа у последње време нема велику примену у пракси.[101] Недостатак установе повећања законског наследног дела огледа се и у неизвесности њених ефеката. Ова установа не омогућава супружницима да још за живота постигну извесност у погледу имовинскоправног положаја у коме ће се један од њих наћи након смрти другог. Ту извесност им може пружити уговор о наслеђивању.

Потреба за закључењем уговора о наслеђивању постоји и између лица која не живе у брачној заједници. Х. Ролфинг наводи пример предузетниковог сина, који одбија одличну пословну понуду, јер отац очекује од њега да се ангажује у породичном предузећу.[102]

[99] Вид. чл. 25 ПЗ.

[100] Вид. чл. 23 – 25 ЗОН.

[101] Ближе о томе вид. Д. Ђурђевић, *Одређивање и промена законског наследног дела*, магистарски рад, Правни факултет у Београду 2001, 303 и даље. Након реформе наследног права у Хрватској 2003. године, укинут је институт повећања наследног дела супружника у другом наследном реду. Ближе о томе T. Josipović, *Nasljeđivanje na temelju zakona*, у: M. Dika (red.), *Novo nasljednopravno uređenje*, Zagreb 2003, 48.

[102] H. Rohlfing, *Erbrecht in der anwaltlichen Praxis*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn 1999, 187.

Предузетников син има васпитањем усађену дужност да настави породични посао, што у великој мери обликује његов живот и нагони га да пропусти бројне прилике за развој самосталне каријере. Из тог разлога, предузетниковом сину мора бити осигурано да ће наследити породично предузеће, а такво осигурање не може да му пружи опозиви тестамент, већ само уговор о наслеђивању.

У страним државама, уговор о наслеђивању често се закључује као теретан уговор код којег завештаочев сауговорник има обавезу доживотног издржавања.[103] Такав уговор завештаоцу обезбеђује негу у старости и болести, а како је завештаочево располагање неопозиво, даваоцу издржавања ће бити загарантовано стицање наследничког својства. Због тога Ланге и Кухинке називају уговор о наслеђивању: „уговором неповерења и потребе за осигурањем.“[104]

Потребу за везаним располагањима, којима би оставилац обезбедио имовинскоправну позицију одређених лица након своје смрти, пређутно признају и редактори СЗОН-а, који су покушали да укидање уговора о наслеђивању надоместе кроз афирмацију уговора о доживотном издржавању.[105] Разлика између уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању огледа се у томе што је уговор о доживотном издржавању облигациони уговор, који не представља основ позивања на наслеђе.[106] Код уговора о доживотном издржавању једна страна (давалац издржавања) се обавезује да издржава другу страну (примаоца издржавања) све до њене смрти, а као накнаду за то давалац издржавања ће у моменту смрти примаоца издржавања стећи својину на некој примаочевој непокретности или неко друго примаочево право.[107] У теорији и пракси је преовладало становиште да уговорне стране код уговора о доживотном издржавању могу бити и супружници.[108] Уколико муж жели да осигура имовинскоправну позицију жене након своје смрти, он може са њом закључити уговор о доживотном издржавању који би обухватио све његове непокретности и вредније покретне ствари. Када муж умре, из његове зао-

[103] R. Frank, 175.

[104] H. Lange, K. Kuchinke, 339.

[105] Вид. Б. Марковић, 95. У том смислу: Н. Стојановић, „Зашто је уговор о наслеђивању забрањен у нашем праву?“, *Правни живот* 10/2003, 175 и даље.

[106] Ближе о томе Н. Суботић – Константиновић, *Уговор о доживотном издржавању*, Београд 1968, 163 и даље.

[107] Вид. чл. 194, ст. 1 ЗОН.

[108] У том смислу О. Антић, 335; Одлука Врховног суда Југославије, Гж 62/1967, објављено код М. Кукољац, Т. Ралчић, *Приручник судске праксе, позитивних прописа и правних института из области грађанског права*, Београд 1969, 341–342; Пресуда Окружног суда у Зрењанину, Гж 975/98, од 30. IV 1999, објављено код О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд 2009, 280–281.

ставштине издвајају се сва права обухваћена уговором о доживотном издржавању и додељују се жени, као даваоцу издржавања.[109]

Уговор о доживотном издржавању има једну предност у односу на уговор о наслеђивању, која се састоји у томе што давалац издржавања још за примаочевог живота стиче одређену грађанскоправну позицију коју може обезбедити уписом у јавне регистре.[110] Уговор о доживотном издржавању ограничава примаочеву слободу уговарања, јер он не сме отуђити ствар, или друго право, које је предмет његове уговорне обавезе. Своје право на ствари, давалац издржавања може супротставити примаочевим правним следбеницима уколико су несавесни.[111] Код уговора о наслеђивању, уговорни наследник нема никаква права за живота уговорног завштаоца и не може га спречити да отуђује своју имовину правним пословима *inter vivos*.

Уговор о доживотном издржавању има и одређене недостатке у односу на уговор о наслеђивању. Пре свега, не постоји могућност закључења тзв. „реципрочних“ уговора о доживотном издржавању, на пример, да муж и жена предвиде да ће се међусобно издржавати, с тим да онај који надживи постане искључиви власник њиховог стана који се налазио у режиму заједничке имовине.[112] Осим тога, судска пракса не прихвата да се код уговора о доживотном издржавању примене правила о реалној суброгацији.[113] Иако прималац издржавања не сме да отуђи ствар, која ће у тренутку његове смрти прећи у својину даваоца издржавања, постоји могућност да држава екпроприше ту ствар, или да она пропадне услед више силе или радње трећег лица. Накнада коју прималац издржавања добије за експроприсану, односно оштећену непокретност неће припасти даваоцу издржавања по правилима о реалној суброгацији. Овакав проблем не појављује се

[109] Када је уговором о доживотном издржавању обухваћена кућа, односно стан примаоца издржавања, правно гледано, давалац издржавања у моменту примаочеве смрти стиче само једно субјективно грађанско право – својину на кући, односно стану. Међутим, економски посматрано, то једно право често вреди много више од остатка примаочеве имовине, тако да је давалац издржавања егзистенцијално обезбеђен готово исто као и да је постао примаочев наследник.

[110] Вид. чл. 199 ЗОН.

[111] З. Гичић, „Правно дејство једностраног отуђења имовине која је обухваћена уговором о доживотном издржавању“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 10/1966, 20–21; Одлука Врховног суда Србије (ВСС), Рев 2139/94, од 29. VI 2005, *Судска пракса* (СП), 10/07, 26–27; Одлука ВСС, Рев 1359/05, од 10. III 2006, *Правни информатор*, 11/06, 37; Одлука ВСС, Рев. 2285/07, од 13. XI 2007, СП, 5/08, 25.

[112] Одлука Врховног суда Македоније, Рев. 719/83, објављено код С. Вуковић, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1997, 204.

[113] Пресуда ВСС, Гзз 407/01, од 4. VII 2001, објављено код О. Антић, Д. Ђурђевић (2009), 255–256.

код уговора о наслеђивању, јер уговорни наследник у тренутку завештаочеве смрти стиче његову заоставштину или њен аликвотни део.

Један од недостатака уговора о доживотном издржавању састоји се у томе што предмет примаочеве обавезе може бити само она ствар која се налази у његовој имовини у моменту склапања уговора.[114] Позивајући се на ово правило, ВСС је поништио уговор о доживотном издржавању који је обухватао стан на коме је прималац издржавања имао станарско право, иако је у моменту склапања уговора поступак за откуп стана био у току, а стан је откупљен осам месеци од дана када је уговор закључен.[115] У другом случају, где је предмет уговора била непокретност која је примаоцу издржавања била одузета и у погледу које је у време склапања уговора вођен поступак пред Комисијом за повраћај одузетог земљишта, ВСС је поништио уговор са образложењем да је предмет примаочеве обавезе „непокретна имовина која у тренутку закључења уговора није била у својини примаоца издржавања“.[116] Другачије је код уговора о наслеђивању. Услед тога што уговорни наследник стиче заоставштину, односно њен аликвотни део, њему могу припасти и она права која завешталац стекне након закључења уговора.

Велика мана уговора о доживотном издржавању јесте и то што он не подлеже правилима о заштити нужног дела и нарушава тзв. „равнотежу у наследном праву“.[117] Имовина обухваћена уговором о доживотном издржавању не улази у обрачунску вредност заоставштине и из ње се не могу намирити нужни наследници примаоца издржавања.[118] Због ове његове особине, у пракси често настају

[114] Вид. чл. 194, ст. 2 ЗОН.

[115] Решење ВСС, Рев 4522/97, од 15. X 1997, објављено код О. Антић, Д. Ђурђевић (2009), 253–254.

[116] Пресуда ВСС, Рев 1814/98, од 24. IX 1998, објављено код О. Антић, Д. Ђурђевић (2009), 256–258.

[117] Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1998, 160 (превод Д. Гутеша), истиче да је наследно право изграђено „на идеји престабилисане хармоније“ између слободе тестирања и породичног (законског) наслеђивања. Кроз слободу тестирања штити се слобода својине, док законско наслеђивање изражава идеју заштите породице. Ова два принципа често долазе у колизију. Компромис између слободе тестирања и породичног наслеђивања омогућује установа нужног дела. Упор. T. Kipp, H. Coing, 7; M. Harder, I. Kroppenberg, 6. Нужни део обезбеђује поштовање завештаочеве „социјално-етичке дужности“ да приликом састављања тестамента или уговора о наслеђивању буде обзиран према својој најближој породици. Вид. U. v. Lübtow, I, 19). Уговор о доживотном издржавању, управо због тога што је имун на установу нужног дела, нарушава равнотежу у наследном праву на штету породичноправног наслеђивања и даје могућност примаоцу издржавања да најгрубље погази сваки социјално-етички обзир према члановима своје породице.

[118] Аргумент из чл. 195. ЗОН.

симуловани уговори о доживотном издржавању ради изигравања примаочевих нужних наследника.[119] Насупрот томе, код уговора о наслеђивању завештаочеви нужни наследници могу своје право на нужни део супротставити уговорном наследнику.[120]

5. ДА ЛИ УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ ПРЕТЕРАНО КОМПЛИКУЈЕ ПРАВНЕ ОДНОСЕ?

Противници уговора о наслеђивању указивали су на његову нееластичност[121] и шпекулативан карактер.[122] Тестамент је заиста еластичнији правни посао од уговора о наслеђивању. Томе доприноси његов једностран карактер и његова опозивост. Тестамент лако настаје и лако се ставља ван снаге. Еластичност тестамента омогућује завештаоцу да располаже својом имовином за случај смрти на начин који ће бити најпримеренији животним приликама и односима у којима се налази, чиме се најефикасније остварује основни правно-политички циљ наследног права: успостављање правичног поретка сукцесије.[123] Насупрот томе, уговор о наслеђивању ограничава завештаочеву слободу „наследноправног обликовања“, јер завешталац мора своје располагање да прилагоди и интересима свог сауговорника да би овај пристао на закључење уговора. Такође, завешталац не може једнострано да опозове уговор о наслеђивању и да своје располагање за случај смрти усклади са промењеним околностима. Међутим, еластичност, као предност тестамента, двоструко је релативизована. Прво, у одређеним ситуацијама завешталац може једнострано раскинути уговор о наслеђивању. BGB даје право завештаоцу да једнострано раскине уговор о наслеђивању уколико је таква могућност уговорена или ако се уговорни наследник огреши о њега (на пример, нанесе му телесну повреду или води нечастан и

[119] Упор. Б. Лоза, „Уговор о доживотном издржавању и нужни насљедници“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 1972, 76 и даље; Ф. Ћосић, „Побијање уговора о доживотном издржавању због повреде нужног дела“, *Правни живот* 8–9/1957, 20 и даље.

[120] Вид. уместо свих D. Leipold, 306.

[121] М. Константиновић (1947), 335.

[122] Вид. Б. Марковић, 94, који не образлаже своју тврдњу о шпекулативном карактеру уговора о наслеђивању. У француском праву, забрана уговора о наслеђивању објашњава се: „одбојношћу према правним пословима код којих једна страна жели смрт друге.“ Вид. M. Ferid, II, 1436. Међутим, овај аргумент се не може прихватити. Пошто је смрт оставиоца претпоставка за наслеђивање, за сваког наследника (законског и тестаментарног) могло би се рећи да прижељкује оставиочеву смрт. И тестаментарни наследник има корист од завештаочеве смрти, па то није створило одбојност према тестаменту.

[123] Упор. D. Leipold, 19 и даље.

неморалан живот).[124] Друго, не треба изгубити из вида да еластичност тестамента има и својих недостатака, због којих се у литератури говори о „тамној страни“ слободе тестирања.[125] Еластичност тестамента доводи завештаоца у позицију да управља личном слободом својих тестаментарних наследника, тако што им ставља у изглед опозивање тестамента уколико се не буду понашали у складу са његовим жељама (на пример, завешталац саопшти тестаментарном наследнику да ће опозвати тестамент уколико ожени девојку друге вере).

Тврдња да уговор о наслеђивању компликује правне односе и да доводи до многобројних спорова, мора се такође узети са резервом. Спорови из уговора о наслеђивању могу настати уколико уговорни завешталац одлучи да га једнострано раскине због тога што се уговорни наследник теже огрешио о њега. Таквих спорова нема код тестамента, јер је он једнострано опозив. На овоме не може да се утемељи закључак о томе да уговор о наслеђивању даје више повода за спорове. То што тестамент може бити стављен ван снаге без упуштања у парничење, не искључује могућност да тестаментарни наследник, након смрти завештаоца, захтева поништење опозивања тестамента,[126] са позивом на мане воље или недозвољене завештаочеве мотиве.[127]

Ништа мање од уговора о наслеђивању, правне односе не усложњава ни уговор о доживотном издржавању, који у српском праву покушава да супституише одсуство класичних наследноправних уговора.[128] Бројни су узрочници спорова код уговора о доживотном издржавању. Закључење уговора о доживотном издржавању између супружника или блиских сродника, који имају обавезу међусобног законског издржавања, може навести примаочеве нужне наследнике да посумњају на симулацију и изигравање њиховог нужног дела. Такође, због алеаторности уговора о доживотном издржавању, ствар коју стиче давалац издржавања често вреди много више од онога што је он потрошио на примаочево издржавање. То мотивише примаочеве законске наследнике да истичу захтев из чл. 203 ЗОН, који предвиђа да суд може поништити уговор о доживотном издржавању ако он

[124] Вид. §§ 2293 и 2294 *BGB*. Ближе о томе F. Hense, у: W. Erman (Hrsg.), Bd II, 1572–1573.

[125] H. Lange, K. Kuchinke, 1.

[126] Опозивање тестамента, чак и онда када се врши на неформалан начин (на пример, цепањем или прецртавањем исправе), представља правни посао који се може поништавати према општим правилима грађанског права (на пример, мане воље, одсуство активне тестаментарне способности или *animus revocandi*-а). Ближе о томе D. Olzen, 217–218.

[127] Ближе о томе Д. Ђурђевић, „Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестамента“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/2004, 448 и даље.

[128] Упор. Н. Стојановић, 177.

због болести или старости примаоца издржавања није представљао никакву неизвесност за даваоца издржавања. Чињеница да давалац издржавања није примаочев наследник, не убрзава оставински поступак. Уколико између учесника у оставинском поступку дође до спора о пуноважности уговора о доживотном издржавању, оставински суд ће морати да прекине поступак и да учеснике упути на парницу, јер је у питању спор о саставу заоставштине.[129]

Највећи недостатак уговора о наслеђивању лежи у његовом специфичном утицају на завештаочеву слободу предузимања правних послова *inter vivos*. Иако завешталац не може тестаментом да опозове уговор о наслеђивању, он има могућност да изигра уговорног наследника тако што ће поклонима умањити своју имовину. Уговорни наследник има ограничену заштиту, јер је могућност побијања поклона условљена доказивањем намере шкођења, што у пракси није једноставно.[130] Ова правна особина уговора о наслеђивању баца сенку на све његове добре стране. Али у неким ситуацијама, овај недостатак неће моћи да дође до изражаја.

Уговор о наслеђивању не испољава своје недостатке када га склапају супружници у погледу добара која се налазе у режиму заједничке имовине. Реципрочни уговор о наслеђивању, уз правила о заједничкој имовини, може бити ефикасан правни инструмент који обезбеђује да све оно што су супружници поседовали као заједничку имовину, након смрти једног од њих пређе у искључиву својину оног који је надживео, уз поштовање правила о нужном делу. Уговор о наслеђивању спречава да се имовином, која је њиме обухваћена, располаже правним пословима *mortis causa*, док породичноправна правила о заједничкој својини[131] забрањују да један супружник, без сагласности другог, отуђује та добра правним пословима *inter vivos*.[132] Стога постоји оправдање да се склапање уговора о наслеђивању дозволи супружницима, али само у погледу добара која се налазе у режиму заједничке имовине.

Постоји потреба за закључењем уговора о наслеђивању између завештаоца и чланова његове породице који са њим заједнички живе и привређују, и то у погледу имовине која се налази у режиму заједничке својине чланова породичне заједнице. Таква лица често одустају од своје самосталне каријере, јер се укључују у породични посао (на пример, вођење породичног предузећа, радње, или рад на

[129] Вид. чл. 121 Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82.

[130] Ближе вид. H. Bartsch, *Handbuch Erbrecht*, Regensburg – Berlin, 2001, 95.

[131] Вид. чл. 174 ПЗ.

[132] Упор. F. Gschnitzer, *Erbrecht*, Wien 1964, 38.

породичном имању). Због тога, законодавац мора да заштити њихову позицију и да спречи могућност номиналног имаоца имовине, која је стечена у породичној заједници, да са њом самостално располаже како правним пословима *inter vivos*, тако и правним пословима *mortis causa*. Норме породичног права штите интересе чланова породичне заједнице када је реч о правним пословима *inter vivos*.[133] Заштита би била употпуњена увођењем уговора о наслеђивању који би се односио на добра у режиму заједничке имовине чланова породичне заједнице, јер би то спречило завештаоца да тестаментарно располаже тим добрима.

6. ЗАКЉУЧАК

Уговор о наслеђивању одликује се тиме што везује наследноправна располагања уговорног завештаоца и ограничава његову слободу тестирања. Након Другог светског рата, уговор о наслеђивању је забрањен у праву бивше СФРЈ, јер се стало на становиште да је тај институт непотребан и да претерано компликује правне односе. Ту забрану преузело је и важеће српско право. У току рада на доношењу Грађанског законика, забрана уговора о наслеђивању постала је предмет преиспитивања.

Бројне су ситуације у којима постоји потреба да завешталац буде везан својим наследноправним располагањем, тако да се не може прихватити тврдња да је уговор о наслеђивању некористан. Располагање за случај смрти често се не може посматрати изоловано од осталих друштвених и правних односа у које оставилац ступа за живота. Нека лица имају снажно социјално утемељена очекивања да им након оставиочеве смрти буде осигурано наследничко својство. Та очекивања се некад заснивају на спремности оставиочевог супружника да свој живот подреди брачној заједници. Закључењем уговора о наслеђивању између супружника, обезбеђује се наследноправна позиција оног супружника који је именован за уговорног наследника. Потребу за осигурањем наследничког својства имају и чланови оставиочеве породице, који су удовољили својој васпитањем усађеној дужности да сопствену каријеру подреде ангажовању у породичном предузетништву. Ефикасан инструмент за заштиту њиховог поуздања да ће наследити породично предузеће, у коме су се ангажовали, може бити и уговор о наслеђивању.

Уговор о наслеђивању не може дати више повода за спорове него што то чине тестамент или уговор о доживотном издржавању, којим се у српском праву надомешћује одсуство уговорног наслеђивања.

[133] Аргумент из сходне примене чл. 174 ПЗ, на основу чл. 195, ст. 3 ПЗ.

Највећи недостатак уговора о наслеђивању састоји се у томе што он не ограничава слободу уговорног завештаоца да предузима правне послове *inter vivos*. На тај начин, уговорни завешталац има могућност да изигра очекивања уговорног наследника, тако што ће прекомерним поклонима умањити своју заоставштину. Овај недостатак не долази до изражаја када се уговор о наслеђивању склапа између супружника, односно чланова породичне заједнице и када обухвата добра која се налазе у режиму заједничке имовине. Због тога, постоји оправдање да се у српском праву дозволи могућност супружницима и члановима породичне заједнице да између себе закључују уговоре о наслеђивању, али само у погледу добара која представљају њихову заједничку имовину.

Dejan Đurđević, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

INTRODUCING INHERITANCE CONTRACTS INTO SERBIAN LAW

Summary

Inheritance contracts are prohibited under Serbian law, due to their alleged uselessness, rigidity, devious nature and propensity to make the probate proceedings overly complicated. However, it has been recently proposed by the Serbian *Civil Code Drafting Commission* to reconsider such prohibition. The main objective of this article is to examine the arguments for and against introduction of the inheritance contracts into Serbian law.

The author starts off with the comparative analysis of German rules on inheritance contracts (*Erbvertrag*), seeing that German law sets out the most delicate provisions on this type of agreement as to future succession. The author examines situations in which it is justified to hold the testator obliged by his contractual dispositions in prospect of death (*mortis causa*), and disagrees with the claim that inheritance contracts are useless. Utility of the inheritance contracts was tacitly recognized by the legislator as early as 1955, with the legislative attempt to make up for the ban on inheritance contracts by fostering the rules on contracts for lifelong maintenance.

The author shows advantages of the inheritance contract over the contract for lifelong maintenance, and asserts that the inheritance contract would not set hurdles for probate proceedings more than other institutions known to Serbian law. The main shortcoming of the inheritance contract is that it does not prevent the testator from further contractual dispositions between the living (*inter vivos*). The testator may circumvent the provisions of inheritance contract by subsequent gifts to third parties. Yet, the inheritance contract does not suffer from such shortcoming in cases when it is concluded between the spouses, or between family members, in relation to their community property, *i.e.* the property which is owned jointly, in equal undivided shares. This is exactly what the author recommends: to allow the spouses and family members to conclude inheritance contracts in respect of the items of their community property.

Key words: *Inheritance contracts. – Agreements as to future succession. – Contractual inheritors.*

УДК 172.4(38)”-04” ; 341:141.7(38)”-04”

Др Иван Јордовић

доцент Филозофског факултета Универзитета у Новом Саду

ИСТОРИЈСКИ КОРЕНИ УЧЕЊА О ПРАВУ ЈАЧЕГ

У тексту се разматра настанак изразито деструктивне теорије о праву јачег у античкој Грчкој. При томе се прави разлика између традиционалног јачег права и учења о праву јачег које је теоријски утемељено у номос-фисис антитези. У циљу спознавања чинилаца који су утицали на појаву учења о праву јачег у средишту истраживања налази се питање његовог датирања, тј. да ли је ова теорија створена пре Пелопонеског рата или тек током њега. Будући да се у савременој науци више беседа код Тукидида и личности код Платона доводе у везу са учењем о праву јачег, рад се концентрише на доказивање у којим случајевима се заиста може говорити о теоријски заснованом праву јачег, пошто их је мање него што се то обично претпоставља. Анализа извора, наиме, показује да су код Тукидида само Атињани у Мелијском дијалогу, а код Платона само Каликле, истински заступници овог учења. Овај налаз показује да је учење о праву јачег настало током Пелопонеског рата и да су на његов настанак пресудан утицај имали софистика и сам рат.

Кључне речи: *Учење о праву јачег. – Софистика. – Пелопонески рат. – Платон. – Тукидид.*

Вероватно свако друштво и свако време у неком облику познаје право јачег. Античка Грчка у том погледу није изузетак. Међутим, Хелени се разликују од многих других народа утолико што су развили теоријски засновано учење о праву јачег, које се суштински разликује од „обичног“ права јачег. Због тога се у овом тексту, ради боље прегледности проблематике која се испитује, за теоријски засновано право јачег користи појам „учење о праву јачег“, док ће се за традиционално право јачег употребљавати појам „право јачег“. Овом поделом не треба да буде унапред дефинисано порекло учења о праву јачег.

Као што је већ речено, између учења о праву јачег и права јачег постоји разлика која је суштинске природе. Традиционално, тј.

предсофстичко право јачег нити је апстрактно, нити је оно теоријски утемељено. Њега не одликује никакав нови морални квалитет и њиме се не покушава засновати нека нова етика.[1] На неки начин „недозрело“, традиционално право јачег, остаје само једно од многих могућих начина деловања и понашања и оно се уз то, по правилу, негативно оцењује. Хесиод и Хомер показују да су Хелени од најранијих времена били добро упознати са овим обликом права јачег.[2] Тако у *Пословима и данима* јастреб који је у своје канџе ухватио славуја на његово цвилење одговара следећим речима:[3]

„Јадниче, чему ли цвилиш? Много од тебе јачи држи те сад;
Ићи ћеш камо те водим, премда си пјевач;
Појест’ те могу, ако ли хоћу, или те пустит’.
Луд је тко жели с јачим борит’,
Побједе он ће се лишити и јад поред срамоте трпит.“

Веома сличан поглед на свет сусрећемо у *Илијади*. Након што је Патрокло погинуо, Ахилеј је одлучио да погуби Ликаона, младог Пријамовог сина, којег је претходно заробио. Ахилеј се при том оглушава на све молбе за милост, исказујући уверење не само да су јаки надмоћни у односу на слабије, него да је природно да и од живота имају више:[4]

„Зато, мој драги умри и ти! Шта ридаш толико?
Та и Патрокло умре, а од тебе много је бољи!
Не видиш мене колико и леп сам и велик још јунак?
Ваљан је отац мој, а богиња роди ме мати,
али и мене смрт и судба неминовна чека,
доћи ће зора ил’ вече ил’ оно подне ће доћи
те ће и мени неко у борби узети живот
пошто ме згоди ил’ копљем ил’ стрелицом брзом с тетиве!“

Суровост ових стихова донекле релативизује чињеница да је овај начин размишљања и понашања још у то време био предмет оштре критике. Тако Хесиод у *Пословима и данима*, у наставку овде цитираних стихова, опширно и оштро одбацује логику права јачег.[5] Такође, треба имати у виду да наведени примери потичу из доба

[1] Хесиод, на пример, критикује право јачег с утилитаристичке тачке гледишта вид. Хесиод, *Послови и дани* 213 и даље (Хесиод, *Послови и дани*, прев. М. Вишић, Нови Сад 1994). При том, овај утилитаризам и са њим повезана правда *(dike, dikaion)* нису теоријски утемељени; вид. P. Spahn, „Das Aufkommen eines politischen Utilitarismus bei den Griechen“, *Saeculum* 37/1986, 11–12.

[2] Вид. и Martin, „Zur Entstehung der Sophistik“, *Saeculum* 27/1976, 160–161.

[3] Хесиод, *Послови и дани* 203–212; вид. G. Crane, *Thucydides and the Ancient Simplicity*, Berkeley – Los Angeles 1998, 74–75.

[4] Хомер, *Илијада* 21,106–113 (Хомер, *Илијада*, прев. М. Н. Ђурић, Суботица 1965); вид. G. Crane, 72 и даље.

[5] Хесиод, *Послови и дани* 213–250; G. Crane, 75.

у коме још увек нису били развијени механизми који су служили ублаживању бруталности сукоба.[6]

Примери традиционалног права јачег наилазе се и у V веку пре Хр. и то само неколико деценија пре појаве учења о праву јачег. Када говори о томе како су Атињани после победе над Ксерксом тражили од Андрана новац као одштету за њихово учешће у рату на страни Персије, Херодот тврди да је наводно дошло до следећег „дијалога“:[7]

> „Андрани су, наиме, били први који Темистоклу нису дали новаца кад је од њих затражио. Кад им је пак Темистокле поручио да би Атињани могли доћи са два моћна божанства, Наговором (*Peitho*) и Принудом (*Anankaien*), па ће онда сигурно морати да даду новац, они му на ту поруку овако одговоре: „Сигурно да је Атина могла да буде велика и богата уз помоћ та два божанства среће, али Андар је јако сиромашна земља и два божанства несреће, Оскудица (*Penien*) и Нужда (*Amechanien*), никако неће да оду са нашег острва, него се увек ту задржавају. Та два божанства, управо, и не дозвољавају да вам пошаљемо новац, јер можда ни атинска снага није нимало јача од наше немоћи“.

Мада овај „дијалог“ поседује елементе који снажно подсећају на славни Мелијски дијалог, он се ипак битно разликује од учења о праву јачег. Наиме, иза овог далеко сложенијег учења, иако се у првом тренутку може учинити другачије, крије се један сасвим другачији поглед на свет. Сходно њему, деловање у складу са правом јачег није само једино могуће, већ је, што је још важније, једино праведно. Све постојеће друштвене вредности се као лажни окови одбацују, при чему се истовремено тежи да се наместо њих успостави нова етика која заговара дијаметрално супротни вредносни систем. Све ове одлике учења о праву јачег могу се препознати у Платоновом *Горгији*, у следећој изјави Каликла, његовог најпознатијег заступника:[8]

> „Ево због тога закон сматра неправедним и ружним сваки покушај да се тражи нешто више него што има већина, и то се зове „чинити неправду“. А, по мом схватању, већ сама природа открива да је праведно ако бољи има више од горег,

[6] Вид. J. Ober, „Classical Greek Times“, *The Laws of War. Constraints on Warfare in the Western World* (eds. M. Howard, G. J. Andreopoulos, M. R. Shulman), New Haven 1994, 12–26; F. Kiechle, „Zur Humanität in der Kriegführung der griechischen Staaten“, *Zur griechischen Staatskunde*, (Hrsg. F. Gschnitzer), Darmstadt 1969, 528 и даље; I. Jordović, *Anfänge der Jüngeren Tyrannis. Vorläufer und erste Repräsentanten von Gewaltherrschaft im späten 5. Jahrhundert v. Chr.*, Frankfurt am Main 2005, 24–26.

[7] Херодот, *Историје* 8.111, 2–3 (*Херодотова Историја*, прев. Милан Арсенић, Нови Сад 1988).

[8] Платон, *Горгија* 483c–484b (Платон. *Протагора. Горгија*, прев. М. Драшковић, А. Вилхар, Београд 1968).

> а јачи више од слабијег. Природа сама потврђује да је заиста тако, у разним приликама, не само у животињском свету него и код човека, свуда, у градовима и породицама: да важи принцип да је праведно ако јачи влада над слабим и ако има више ... . Него, ја мислим да сви ови људи раде тако на основу природног права, и, тако ми Зевса, по природном закону, а не по законима које ми људи сами стварамо и по којима ми најбоље и најјаче међу нама, узимајући их већ од малих ногу, држимо у страху па их као лавове котимо опчињавањем и претварањем, говорећи им да не ваља да неко има више од другога и да се у томе састоји праведно и лепо. А кад би се једнога дана појавио неки човек који би имао довољно природне снаге да се свега тога ослободи, да раскида окове, да одбаци све, да погази све наше паргафе, наше мађије и чаролије и све наше противприродне законе, и кад би се испрсио пред нама као наш господар, који је раније био наш роб, онда би право природе засијало у пуном сјају!“

Да би се спознали чиниоци који су подстакли настанак овог теоријски утемељеног учења о праву јачег, у овом раду се у средиште пажње ставља генеза овог учења, односно покушај да се оно што тачније датира. Будући да се учење о праву јачег појавило у другој половини V века пре Хр., централно питање је да ли се оно у потпуности развило пре Пелопонеског рата или тек током њега. Решење ове дилеме пружило би одговор на питање да ли је једино софистика одговорна за стварање ове изузетно опасне тезе или се њен настанак може приписати и изразито деструктивном ефекту Пелопонеског рата.

Као најбоља полазна тачка за датирање учења о праву јачег нуди се Платонов дијалог *Горгија*, с обзиром на то да се у њему ово учење јавља у најчистијој форми. Међутим, дати прецизан временски оквир у којем се одиграва драмска радња *Горгије* веома тежак је подухват. Разлог је тај што повремене Платонове назнаке о тренутку у који је драмска радња дијалога смештена обухватају период од чак двадесет година – од прве Горгијине посете Атини 427. године, преко Сократове пританије 406. године, све до Алкибијадове смрти 404/403. године пре Хр.[9] Ако је због ових очевидних хронолошких противречности веома дискутибилно датирање читавог дијалога,[10] ипак није потпуно немогуће дати временски оквир за то када је Каликле могао изнети своју тезу.

[9] У дијалогу се могу пронаћи бројне хронолошке противречности (Платон, *Горгија* 470d; 472a; 473d; 525d); вид. E. R. Dodds, *Plato, Gorgias, a Revised Text with Introduction and Commentary*, Oxford 1959, 17–18; O. Apelt, „Platons Dialog Gorgias“, *Platon, Sämtliche Werke*, Bd. 1 (Hrsg. O. Apelt), Hamburg 1920–1922 (репринт 1998), 9–10.

[10] E. R. Dodds, 17–18; J. K. Davies, *Athenian Propertied Families 600 – 300 B.C.*, Oxford 1971, 330.

Софист Горгија је у Атину први пут дошао 427. године пре Хр., али тада само у улози члана званичне делегација свог родног полиса Леонтине са Сицилије.[11] Из тог разлога се чини мало вероватним да је славни софиста тада боравио код Каликла, утолико пре што нема вести о томе да је он био проксен било Горгије, било неког другог Леонтинћана.[12] Диодор са Сицилије такође извештава да је Горгија тада још увек био непознат у Атини и да се одмах после обављеног задатка упутио натраг на Сицилију.[13] У самом *Горгији* нигде нема назнака да славни софиста у Атини борави због државних послова, као што би се могло очекивати, јер је једна од главних тема дијалога питање шта је права политичка вештина.[14] Осим тога, тешко је поверовати да Платон у *Горгији* описује први боравак чувеног софисте у Атини зато што је Горгија свим учесницима расправе добро позната личност.[15] Платон, такође, ни у једном тренутку не наговештава еуфорију коју је наводно Горгијина беседничка вештина изазвала код Атињана приликом његовог првог боравка.[16]

Да Платон у *Горгији* мисли на неку другу, каснију Горгијину посету Атини, а за коју се иначе поуздано зна да се догодила,[17] види се по коментару Платоновог Сократа да Каликле воли Дема, Пириламповог сина.[18] Дем је, наиме, рођен око 440. године пре Хр., због чега је 427. године био сувише млад да био Каликлов љубавник.[19] Овакав закључак потврђују Аристофан и Еупол, који Дема спомињу

---

[11] Платон, *Хипија већи* 282b (Platon. *Ion. Hippias II. Protagoras. Laches. Charmides. Euthyphron. Lysis. Hippias I. Alkibiades I.*, Griechisch und Deutsch, Übers. F. Schleiermacher; griech. Text aus der Sammlung Budé, Darmstadt 2005[5]); Диодор, *Библиотека* 12.53 (Diodorus of Sicily. *The Library of History, Books XII.41-XIII*, with an English Translation by C. H. Oldfather, Cambridge Ma. 1950).

[12] Платон, *Горгија* 447b. Проксенија је од давнина била нека врста званичног „гостопримства“ између појединих аристократа из различитих полиса. У класичном периоду проксен је у свом родном полису за потребе друге грчке државе вршио улогу слично оној коју у модерно доба има конзул.

[13] Диодор, *Библиотека* 12.53,3–5.

[14] Упор. J. Dalfen, „Gorgias, Übersetzung und Kommentar“, in: E. Heitsch und W. Müller (Hrsg.), *Platon Werke: Übersetzung und Kommentar*, Bd. VI 3, Göttingen 2004, 110.

[15] Платон, *Горгија* 447a–448a.

[16] Платон, *Хипија већи* 282b; Платон, *Горгија* 447a-c; Диодор, *Библиотека* 12.53.

[17] Поред прве Горгијине посете Атине из 427. године пре Хр. Платон изричито спомиње још један каснији боравак (Платон, *Хипија већи* 282b-c); вид. W. Nestle, „Kritias. Eine Studie“, *Griechische Studien. Untersuchungen zur Religion, Dichtung und Philosophie der Griechen*, (Hrsg. W. Nestle), Stuttgart 1948, 309.

[18] Платон, *Горгија* 481d-e; 513b.

[19] J. K. Davies, 329–330.

тек у другој половини двадесетих година V века пре Хр.[20] Из тих разлога је очигледно да се дијалог мора односити на неки каснији боравак Горгије у Атини. Ова посета се уопште није морала догодити непосредно после прве, нарочито ако се има у виду да је у то доба посланствима, услед лоших комуникација, требало релативно много времена да обаве свој задатак. Против претпоставке да Каликле већ 427. године пре Хр. износи учење о праву јачег говори и то да је он тада морао бити прилично млад, будући да је највероватније рођен око средине V века пре Хр. Каликле, наиме, није могао бити много старији од Дема, који је рођен око 440. године. Он је уз то у дијалогу представљен као неко ко је још увек Горгијин ученик и ко се тек спрема да уђе у политички живот, како би се озбиљно бавио државничким пословима.[21] Индикативно је и то да се Каликле у дијалогу доводи у непосредну везу са Андроном, Андротионовим сином, као и Алкибијадом, а обојица су рођени око 450. године пре Хр.[22]

Да Каликле своју тезу није могао изнети пре краја двадесетих година, показује и његово позивање на номос-фисис антитезу. Она чини теоријску основу учења о праву јачег, јер на апстрактни начин утемељује начелну супротност између природе (*physis*) и конвенција, тј. закона које су створили људи (*nomos*).[23] Према овој антитези узрок поменуте супротности јесте гледиште да људски закон није израз божанске воље или природног стања ствари, већ да се налази у контрадикцији са законитостима природе (*physis*), која одговара правом бићу ствари.[24] У случају Каликла то је право јачег. Појмовни пар номос-фисис појављује се први пут у Хипократовом спису *О врстама ваздуха, воде и места*, али он у њему још увек

[20] Да је Дем био у оваквим везама и да су се оне дешавале тек у другој половини двадесетих година, види се по томе што Аристофан тек 422. године пре Хр. за њега каже да је *kalos* (Аристофан, *Зоље* 98 – *Aristophanes. Clouds. Wasps. Peace*, Edited and Translated by J. Henderson, Cambridge Ma. 1998). Еупол опет за Дема два пута каже да је глуп (Еупол, *фрагмент* 227 – R. Kassel, C. Austin, *Poetae comici Graeci: (PCG)*, 7 vol., Berlin – New York 1983–2001).

[21] Платон, *Горгија* 515a.

[22] M. Ostwald, *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law. Law, Society, and Politics in Fifth-Century Athens*, Berkeley – Los Angeles 1986, 401–402, посебно 402 фн. 223; J. K. Davies, 34.

[23] То је непосредни логичан закључак који се може извести из номос-фисис антитезе и с њом блиско повезаним појмом „Природне нужности“, вид. Тукидид, *Пелопонески рат* 5.105,2 (Тукидид, *Пелопонески рат*, прев. Д. Обрадовић, Београд 1999). Централни значај номос-фисис антитезе за учење о праву јачег се може препознати у свим изворима, при чему је потпуно безначајно да ли се ради о философу (Платон), историчару (Тукидид) или софисти (Аноним Ијамблихов) или ученику софиста (Каликле).

[24] Вид. више F. Heinimann, *Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Basel 1945, 116–117.

нема функцију антитезе.[25] У науци се с правом сматра да су антитези њен коначни облик дали софисти и да је настала тек током двадесетих година V века пре Хр.[26] На њено најраније коришћење, у облику који служи за образлагање учења о праву јачег, наилази се у Аристофановим *Облацима*, који су изведени 423. год. пре Хр. Међутим, део где се такмиче праведни (слабији) и неправедни (јачи) говор, при чему се последњи позива на номос-фисис антитезу, дописан је тек неколико година касније.[27]

Досадашњи налази указују да се учење о праву јачег формирало тек у току Пелопонеског рата. Овај закључак, међутим, стоји у контрадикцији са гледиштем да се код Тукидида још пре избијања овог сукоба, који ће потрести читав хеленски свет, заступа ово учење. Као доказ томе узима се беседа коју Атињани држе у Спарти 432. године пре Хр., непосредно пре избијања Пелопонеског рата.[28] У овом говору Атињани, иначе склони бескрупулозном размишљању у категоријама моћи којем по правилу нагињу велике силе, износе ставове који веома личе на логику типичну за учење о праву јачег.[29] Стога се у литератури често верује да Атињани у овој беседи заступају исте тезе као у озлоглашеном Мелијском дијалогу.[30]

Управо због ових наводних паралела беседа Атињана у Спарти је веома корисна за сагледавање проблема, јер је идеална за предочавање вишеслојне и суштинске разлике између права јачег и учења о праву јачег. Оно што се код ње прво запажа јесте да Атињани улажу знатан напор да оправдају доминантну позицију свог родног полиса, и то упркос томе што се истовремено с њом изненађујуће отворено хвале.[31] За разлику од њих, Каликла и атин-

[25] Вид. F. Heinimann, 13–41; 97 и даље; 119 и даље; 127 и даље; 170–180; 206 и даље; M. Pohlenz, „Nomos und Physis“, *Max Pohlenz. Kleine Schriften*, Bd. 2, (Hrsg. H. Dörrie), Hildesheim 1965, 346–348; F. P. Hager, Natur/Antike, *Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh)* 6/1984, 424–425; W. K. C. Guthrie, *A History of Greek Philosophy*, Vol. III, Cambridge 1969, 114–115.

[26] F. Heinimann, 22; 105–106; 141–143; M. Ostwald, 260–273; K. F. Hoffmann, *Das Recht im Denken der Sophistik*, Stuttgart – Leipzig 1997, 267 и даље; 418; A. Lesky, *Geschichte der griechischen Literatur*, Bern – München 1971^3, 397.

[27] Аристофан, *Облаци* 1068 и даље (Aristophanes. *Clouds. Wasps. Peace*, Edited and Translated by J. Henderson, Cambridge Ma. 1998); вид. F. Heinimann, 131; 141.

[28] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.73–86.

[29] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.76,2: „А нисмо били ни први који су то почели, већ је одувек било тако уређено да јачи угњетава слабијег.“

[30] Вид. више H. Strasburger, Thukydides und die politische Selbstdarstellung der Athener, *Hermes* 86/1958, 29 и даље; F. Kiechle, Ursprung und Wirkung der machtpolitischen Theorien im Geschichtswerk des Thukydides, *Gymnasium* 70/1963, 302 и даље; G.E.M. de Ste. Croix, *The Origins of the Peloponnesian War*, London 1972, 14.

[31] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.73,1; 76,2–4; 78; вид. H. Strasburger, 17–41; de Ste. Croix, 7–13; I. Jordović (2005), 85–88.

ске посланике на Мелу одликује наглашено одсуство било каквог правдања помоћу етичких, историјских или друштвених аргумената. Једино чиме они „правдају“ своју бескрупулозну позицију јесте да она одговара стварном односу снага, а то се заиста не може тумачити као правдање у правом смислу те речи. Атињани у беседи у Спарти своју хегемонију правдају чак на неколико начина.[32] Једно је образложење да свој водећи положај у Хелади дугују изузетним жртвама које су током Грчко-персијских ратова поднели за добробит свих Хелена.[33] Атињани, осим тога, исказују потребу да истакну да *arche* нису приграбили силом, већ да им је вођство допало само зато што су Спартанци сами одбили да наставе да предводе борбу против Персијанаца. Атињани такође наводе да једном када су је стекли, своју хегемонију нису испустили, јер су се покоравали најснажнијим поривима: частољубљу, користољубљу, и, што је најважније, страху.[34] Атињани, као последњи аргумент износе да су према својим савезницима били умеренији и праведнији него што су према свом положају морали бити.[35] Сви ови аргумент директно противречe логици права јачег која тврди да је једино праведно да се моћ стекне захваљујући снази, тј. сили и да су било какви обзири одраз слабости.[36]

Поред наведених разлика ту су и суштинска појмовна одступања између атинске беседе у Спарти и аргументације коју Атињани користе на Мелу 416. године пре Хр. То посебно важи за онај део који се обично доводи у непосредну везу са логиком права јачег

[32] Упор. A. Rengakos, *Form und Wandel des Machtdenkens der Athener bei Thukydides*, Stuttgart 1984, 25 и даље.

[33] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.73,2–75,1.

[34] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.75,1–4.

[35] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.76,3–77,6. Ово је веома значајан аргумент, зато што је једна од одлика права јачег управо неумереност. Тако се Каликле залаже за то да се страстима пусти на вољу, док атински изасланици на Мелу свако умерено и праведно деловање и са тим повезано пријатељство Мељана одбацују као знак сопствене слабости (Платон, *Горгија* 491d–492c; Тукидид, *Пелопонески рат* 5.90–97). У *Облацима* јачи (неправедни) говор, управо у делу где се јавља номос-фисис антитеза, одбацује разумност и смерност, зато што спречава људе да иживе своје страсти (Аристофан, *Облаци* 1071 и даље); вид. F. Heinimann, 140; упор. и A. H. Sommerstein, „Aristophanes: Clouds“, *The Comedies of Aristophanes. Edited with Translation and Notes* (ed. A. H. Sommerstein), Oxford 1991[3], 209 и даље; K. –W. Welwei, Die Darstellung politischer Krisen im Geschichtswerk des Thukydides, *Krisen in der Antike – Bewußtsein und Bewältigung* (ed. G. Alföldy *et. al.*), Geschichte und Gesellschaft, Bochumer Historische Studien, Bd. 13, Düsseldorf 1975, 22.

[36] Атињани тако Мељанима кажу следеће (Тукидид, *Пелопонески рат* 5.89; 95): „Ни ми, наиме, са наше стране, нећемо се користити лепим речима: како с правом владамо зато што смо однели победу над Персијанцима, или да смо дошли да вас нападнемо зато што смо претрпели неку неправду ...“ ... „Ваше нам непријатељство не шкоди колико ваше пријатељство, јер би ово последње било знак слабости, док би ваша мржња у очима наших поданика служила као доказ наше моћи.“

и тзв. номос-фисис антитезом која је његова теоријска подлога.[37] Атињани у Спарти се, наиме, не позивају на *physis*, него на *tou anthropeiou tropou*.[38] Овај израз се из два разлога не може поистоветити са учењем о праву јачег које одговора „природи". Будући да се уопште не употребљава термин *physis*-а, ово место код Тукидида се не може превести као „људска природа", како је то често случај.[39] Уместо тога би било адекватније ово место превести као „људски начин" (понашања).[40] Дакле, појам *physis* који игра централну улогу у Мелијском дијалогу, као и код Каликла и Трасимаха, овде се уопште не користи. Други разлог је да, и када се касније у атинској беседи у Спарти употребљава појам *physis* уместо *tropos*, он се и даље искључиво односи само на понашање људи (*te anthropeia physei*), а не на понашање бића уопште. Поред тога, ни у једном тренутку се Атињани у Спарти не позивају на неки закон (*nomos*) или правду (*dikaion*) или нужност (*ananke*) „природе", што је и те како случај у Мелијском дијалогу и код Каликла у *Горгији*.[41] Уместо тога употребљава се термин *kathestotos*.[42] Чињеница да беседе Атињана у Спарти и атинске тезе на Мелу у аргументацији показују знатне подударности,[43] уз истовремено одступање у централним појмовима, не може се одбацити као случајност.[44]

---

[37] (Тукидид, Пелопонески рат 1.76,2–4): „Отуда и ми нисмо учинили ништа необично, несвакидашње или у нескладу са људском природом када смо прихватили врховну власт која нам се нудила, и што је нисмо пустили из руку покоравајући се најснажнијим поривима: частољубљу, страху и користољубљу. А нисмо били ни први који су то почели, већ је одувек било тако уређено да јачи угњетава слабијег. Сматрамо такође, да смо заслужили да владамо, а тако се и вама чинило док нисте почели да размишљате о својим интересима. И сада се позивате на право које нико ко је случајно силом што задобио – никада још није претпоставио сили и уздржао се да из тога извуче још већу корист. Треба, међутим, похвалити оне који су се, покоравајући се природном човековом нагону да влада другима, показали праведнијим него што би се могло закључити када се узме у обзир њихова моћ. Сматрамо, дакле, да би неко, тек када би имао нашу власт, најбоље могао показати да ли ми водимо умерену политику. Али, због овог нашег разумног става, савим неочекивано, произашло је и више покуде него похвале."

[38] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.76,2.

[39] Вид. *Thucydides,* with an English Translation by Charles Forster Smith, Cambridge Ma. 1969, *ad loc.*; *Thucydides: Geschichte des Peloponnesischen Krieges*, Hrsg. und übers. von G. P. Landmann, Düsseldorf – Zürich 2002, *ad loc.*; Д. Обрадовић, *ad loc.*

[40] S. Hornblower, *A Commentary on Thucydides*, Vol. I, Oxford 1991, 121–122.

[41] Тукидид, *Пелопонески рат* 5.105,2; Платон, *Горгија* 484a-b.

[42] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.76,2; вид. S. Hornblower, *Thucydides*, London 1987, 186 и фн. 99.

[43] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.76,1–2; 5.105,1–2; вид. W. R. Connor, *Thucydides*, Princeton 1984, 151 фн. 32.

[44] То утолико више важи када се узме у обзир да Тукидид појам „људска природа" чешће употребљава а да се при томе не ради о учењу о праву јачег, као

Значај поменуте разлике између појмова „природа“ и „људска природа“ тешко се може преценити.[45] Употреба појма *physis* узрокована је номос-фисис антитезом, која управо полази од непремостивог јаза између природе и поретка који је створио човек. Такође треба имати у виду да „природа“, као шири појам, нужно обухвата појам „људска природа“, али се обрнуто релација уопште не подразумева. Надаље, у свим поуздано утврђеним случајевима у којима се позива на учење о праву јачег или на номос-фисис антитезу, као што је, на пример, Мелијски дијалог код Тукидида, Каликле у *Горгији* или у Аристофановим *Облацима*, користи се једино термин *physis*, а не појам „људска природа“, што је снажан доказ да се не може радити о обичној коинциденцији. Атински посланици на Мелу, када говоре о праву јачег, експлицитно кажу да оно подједнако важи и за људе и за богове.[46] Они такође говоре о „нужности“ природе, а не о „нужности“ људске природе.[47] И у Каликловом случају *physis* се односи како на људе тако и на животиње, па чак и на државе.[48] У Аристофановим *Облацима*, који садрже најстарији сачуван пример употребе номос-фисис антитезе, такође је реч о нужности „природе“ којој ни сам Зевс не може да побегне.[49] У Антифонтовом разматрању номос--фисис антитезе и нужности „природе“ употребљава се само општији појам *physis*, иако се читава његова расправа недвосмислено односи

на пример у опису утицаја куге на Атину (Тукидид, *Пелопонески рат* 2.50,1), у Митиленској дебати (Тукидид, *Пелопонески рат* 3.39,5; 45,7) или у тзв. „Патологији рата“ (Тукидид, *Пелопонески рат* 3.82,2; 84,2). Појам *physis* се при томе користи и у другим контекстима. Тукидид говори о природи Темистокла (Тукидид, *Пелопонески рат* 1.138,3); док Перикле у својој надгробној беседи говори о природи слушалаца његовог говора и природи удовица (Тукидид, *Пелопонески рат* 2.35,2; 45,2). У Аристофановим *Облацима* Стрепсијад је упитан да ли је умешност у беседништву у његовој природи (Аристофан, *Облаци* 486). Херодот, који не спомиње номос-фисис антитезу, такође чешће говори о људској природи (Херодот, *Историје* 3,65.3; 8.38; 83,1).

[45] G. Rechenauer, *Thukydides und die hippokratische Medizin. Naturwissenschaftliche Methodik als Modell für Geschichtsdeutung*, Hildesheim – Zürich – New York 1991, 162 и даље, указује на то да Тукидидова употреба појма *anthropeia physis* одступа од оног како га схватају софисти.

[46] Тукидид, *Пелопонески рат* 5.105,1–3.

[47] Тукидид, *Пелопонески рат* 5.105,2.

[48] Платон, *Горгија* 483d. Да позивање на понашање животиња није случајно, види се и по томе што Хесиод управо понашање јастреба узима као пример. У *Облацима* Фејдипид чињеницу што је претукао оца брани тиме што каже и да петлови и остале животиње поступају на истоветан начин (Аристофан, *Облаци* 1427 и даље; вид. и исти, *Птице* 753 и даље – *Aristophanes, Birds. Lysistrata. Women at the Thesmophoria*, Edited and Translated by J. Henderson, Cambridge Ma. 2000). Образлагање номос-фисис антитезе помоћу указивања на понашање животиња јесте њен важан елемент, вид. Heinimann, 145 и даље.

[49] Аристофан, *Облаци* 1075–1084; упор. M. Ostwald, 260.

на људе.[50] Идентичан случај се може наћи код софисте Хипије и Анонима Ијамблиховог.[51]

На основу свега наведеног намеће се закључак да у погледу говора Атињана у Спарти не може бити речи о учењу о праву јачег, већ једино о праву јачег.[52] Ова беседа исказује засигурно неке елементе учења о праву јачег, али се они могу објаснити утицајем традиционалног схватања права јачег, као и утицајем које је на Атињане имала њихова *arche*. Из досадашњег истраживања још произлази да је Тукидид, иако је био добро упознат с њим, учење о праву јачег намерно изнео само у контексту разарања Мела. Да је атински историчар свесно избегао да ово учење о праву јачег помене на другом месту, осим у контексту уништења Мела 416. године пре Хр., може се видети и по томе што га не помиње у вези са било којим другим ексцесом Пелопонеског рата, мада се доста њих по свирепости и насилности може мерити са догађајима на Мелу.[53] Једна таква „прилика“ јесте тзв. Митиленска дебата из 427. године пре Хр.[54] У њој се озлоглашени демагог Клеон, кога је Тукидид окарактерисао као неког ко је веома насилан и агресиван и коме је свако средство право, тражи да се уништи Митилена, која је претходно капитулирала. У таквој ситуацији могло би се очекивати да се Клеон позове на учење о праву јачег како би Атињане убедио у исправност, а самим тим и нужност, изгласавања једне овако радикалне и безобзирне одлуке. Па ипак, мада атинску *arche* отворено означава као тираниду, и убиство свих становника једног града назива праведним, Клеон се не позива ни на један аргумент који би макар издалека подсећао на учење о праву јачег.[55] Ова околност утолико пре изненађује јер он наглашава да Атињани не смеју показати слабост и милосрђе према Митилењанима, с обзиром да је неопходно да на њиховом примеру покажу свим осталим савезницима каква их судбина очекује ако се усуде да се дигну против превласти Атине.

---

[50] H. Diels, W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Bd. 2, Berlin 1952[6], 87 B 44a.

[51] Платон, *Протагора* 337c-e; упор. F. Hoffmann, 151 и даље. Аноним Јамблихов користи номос-фисис антитезу како би доказао да су закон и правда утемељени у „природи“. При томе је само реч о „природи“ генерално, а не о „људској природи“. Идентичну ситуацију срећемо када Аноним Ијамблихов образлаже зашто моћна индивидуа, у смислу Каликлове тезе, никада не би успела да се наметне (Diels, 89, 6. p. 100,5.1 и даље).

[52] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.73–78; 4.59–64.

[53] Вид. више И. Јордовић, „Кршења правила ратовања за време Пелопонеског рата и савремено виђење утицаја војних сукоба на друштво“, *Зборник Матице српске за класичне студије* 9/2007, 91–109.

[54] *Ibid.*, 100–101.

[55] Тукидид, *Пелопонески рат* 3.37,2.

Налази досадашњег истраживања су да је номос-фисис антитеза свој пуни деструктивни потенцијал развила тек током двадесетих година V века пре Хр., да је Каликле изнео своју тезу после 427. године пре Хр., као и да Тукидид само у Мелијском дијалогу наводи учење о праву јачег. Ови резултати упућују на то да се учење о праву јачег, које је теоријски утемељено и које заснива нову етику, у потпуности развило тек у току Пелопонеског рата. То помера досадашње датирање за више од једне декаде, будући да се први пут учење о праву јачег код Тукидида јавља не 432. године, него тек 416. године пре Хр. То показује да није само софистика утицала на настанак ове изузетно деструктивне тезе, већ и Пелопонески рат, за који Тукидид каже да је страховит учитељ који људе лишава благостања и који код већине изазива страсти у складу са његовим страхотама.[56]

Да је Пелопонески рат утицао на настанак учења о праву јачег води ка закључку, без довођења у питање значаја софистике за његову појаву, да се ово учење не може убројати међу софистичке тезе. У прилог оваквог тумачења говори и то што софисти са номос- фисис антитезом нису намеравали да успоставе једну нову етику која би била у супротности са постојећом, мада је овој антитези од самог почетка био својствен један аморалан и деструктиван потенцијал.[57] Хипија, Алкидамант и Аноним Ијамблихов у довољној мери то доказују.[58] Чак и је Антифонт, који заступа номос-фисис антитезу у њеном „класичном облику“, употребљава искључиво у дескриптивном, а не у нормативном смислу.[59]

Често се среће мисао да је учење о праву јачег стајало у блиској вези са софистиком и да се појавило пре Пелопонеског рата, због тога што се таквим гледањем у везу доводи и Трасимах, софиста из Халкедона.[60] Међутим, ово гледиште већ дуже време наилази на

[56] Тукидид, *Пелопонески рат* 3.82,2; вид. J. J. Price, *Thucydides and Internal War*, Cambridge 2001, 27; S. Hornblower, 482; C. W. Macleod, „Thucydides on Faction“, *Proceedings of the Cambridge Philological Society* 205 (new series 25)/1979, 53 и даље.

[57] Вид. J. de Romilly, *The Great Sophists in Periclean Athens*, Oxford 1992, 132.

[58] Хипија (Платон, *Протагора* 337c-d); вид. J. de Romilly (1992), 114; M. Ostwald, 260–261; W. K. C. Guthrie, 1969, 280–285; A. Lesky, 397; C. Roßner, *Recht und Moral bei den griechischen Sophisten*, München 1998, 237–238; P. Spahn, 12 и даље; 17–21; Алкидамант (схолија Аристотел Реторика 1373 b18 – Аристотел, *Реторика*, прев. М. Вишић, Београд 2000), вид. М. Н. Ђурић, *Историја хеленске етике*, Београд 1990^2, 202–203; W. K. C. Guthrie, 311–313; 159 и даље; Аноним Ијамблихов (Diels, 89, p. 6.1–5; 9.12–16)

[59] Diels, 87 B 44a 1–7; вид. I. Jordović (2005), 79–80.

[60] Вид. F. Dümmler, *Akademika. Beiträge zur Literaturgeschichte der sokratischen Schulen*, Giessen 1889, 79; J. Burnet, *Greek Philosophy. Thales to Plato*, London 1914, 121; P. Friedländer, Platon, Bd. III. *Platonische Schriften der zweiten und dritten Periode*,

озбиљна оспоравања.[61] Разлози за то су вишеструки. Трасимах, за разлику од Каликла, одбацује људски закон, тј. праведност, не зато што служе да би *јаки* били бачени у окове од стране *слабих*, него управо зато што они служе онима који владају, тј. *јакима*.[62] Даље, Трасимах нити помиње неки закон природе по којем *јачи* имају праву да владају нити се позива на номос-фисис антитезу.[63] Он, уосталом, своје учење никада не изводи до њеног логичког краја, који би онда заиста био близак Каликловој тези, већ то у *Држави* раде Платонова полубраћа Глаукон и Адејмант.[64] То јасно указује да се Трасимах ограничио само на критику идеализованог поимања правде, као и на констатацију да она стоји у сукобу са постојећом праксом и реалношћу.[65] Међутим, констатација једне релације, чак ако и она имплицира релативизацију одређених вредности, није идентична са намерном релативизацијом

Berlin 1960[2], 57; O. Gigon, *Gegenwärtigkeit und Utopie. Eine Interpretation von Platons „Staat“*. Erster Band: Buch I-IV, Zürich – München 1976, 70–71; S. Hornblower (1987), 185–186; R. B. Rutherford, *The Art of Plato. Ten Essays in Platonic Interpretation*, London 1995, 207; 213; G. Crane, 259–260. Кратак, али веома инструктиван преглед различитих мишљења у науци о Трасимаху може се наћи код T. D. J. Chappell, „The Virtues of Thrasymachos“, *Phronesis* 33/1993, 1–2.

[61] G. B. Kerferd, „The Doctrine of Thrasymachos in Plato's *Republic*“, *Durham University Journal* 1947, 19–27; W. K. C. Guthrie, 88–89. Трасимахова констатација да различита државна уређења служе искључиво интересима оних који владају може се срести и у другим изворима тог периода (Лисија, *Одбрана о укидању демократије* 7–12; Стари олигарх, *Устав атински* 1,3–20; Xenophon, *Scripta Minora. Pseudo-Xenophon, Constitution of the Athenians*, Translated by G. W. Bowersock, Cambridge Ma. 2000); посебно 5–8; Херодот, *Историје* 3.80–82; 5.78); упор. K. I. Gelzer, *Die Schrift vom Staate der Athener*, Berlin 1937, 1; 3–7; 11; 50; 57; H. Leppin, *Thukydides und die Verfassung der Polis. Ein Beitrag zur politischen Ideengeschichte des 5. Jahrhunderts v. Chr.*, Berlin 1999, 142.

[62] Платон, *Држава* 338c–339a; 343b-c (Платон, *Држава*, прев. А. Вилхар, Б. Павловић, Београд 1993[4]); *Горгија* 483b-c; вид. H. Steinthal, *Geschichte der Sprachwissenschaft bei den Griechen und Römern mit besonderer Rücksicht auf die Logik*, Teil I., Berlin 1890[2], 69; S. Kriegsbaum, *Der Ursprung der von Kallikles in Platons Gorgias vertretenen Anschauungen*, Padeborn 1913, 19 и даље; A. E. Taylor, *The Man and his Work*, London 1926, 268; J. de Romilly (1992), 120.

[63] H. Steinthal, 68; E. Schütrumpf, „Konventionelle Vorstellungen über Gerechtigkeit. Die Perspektive des Thrasymachos und die Erwartungen an eine philosophische Entgegnung“, *Platon, Politeia*, Buch I, (Hrsg. O. Höffe), Berlin 1997, 43;

[64] Упор. R. E. Allen, „The Speech of Glaucon: On Contract and the Common Good“, *Justice, Law and Method in Plato and Aristotle*, (ed. Spiro Panagiotou), Edmonton 1987, 51 и даље. Да је то заиста случај, Платон не би сматрао потребним да допуни Трасимахову тезу и њега на тај начин посредно доведе у близину Каликловој тези. Платон је то остварио помоћу Глаукона и Адеиманта у другој књизи (Платон, *Држава* 358b–362c; 362d–367b). У том погледу нарочиту пажњу заслужује Глаукон. За разлику од Трасимаха он употребљава номос-фисис антитезу и тек његова „теза“ се може поистоветити са Каликловом (Платон, *Држава* 358e–359b). И Адеимант заступа ставове који би могли припадати Каликлу (Платон, *Држава* 366c-d).

[65] Вид. J. de Romilly (1992), 120; W. K. C. Guthrie, 96–97.

тих вредности.[66] Између та два чина постоји један битан корак, који Трасимах никада не чини.[67] За разлику од њега Каликле прелази ту границу тиме што не само констатује одређену несугласицу, већ је користи као полазну тачку за постулацију једног новог закона природе и једну нову правду. Дакле, иако је деструктивни потенцијал Трасимахове тезе неспоран, у исто време се не може оспорити да софист из Халкедона своју тезу износи у дескриптивном, а не прескриптивном смислу, и да стога не покушава да заснује нови морал који би требало да замени постојећи.[68]

Ако је учење о праву јачег заиста само још једна софистичка теорија, онда се оправдано може поставити и питање зашто Аристофанови *Облаци*, чија је једна од централних тема негативни утицај софистичког образовања на младе Атињане, уопште не спомињу ово учење. Могуће образложење да до тога није дошло зато што је то учење о праву јачег било сувише компликовано за широке народне масе није убедљиво, јер Аристофан користи номос-фисис антитезу која је далеко најсложенији део овог учења. У овој комедији, такође, постоје сцене које би биле више него погодне за тако нешто. Једна од њих је када Фејдипид туче Стрепсијада и уз то још образлаже како је оправдано да син туче оца.[69] Све ово указује не само на то да учење о праву јачег није софистичка теорија, него да корак од номос-фисис антитезе до овог учења није једноставан и самоподразумевајући, како се то обично претпоставља, већ да је то био процес који је захтевао сазревање у времену.

Дакле, из изложеног произлази да се настанак учења о праву јачег не може објаснити једино утицајем софистике, већ да је оно настало у спрези ње и искустава из политичке сфере. Стварање ове деструктивне тезе омогућила је тек интеракција Пелопонеског рата и релативизма софистике. Утицај Пелопонеског рата се при томе изра-

---

[66] Трасимах је вероватно своју тезу првобитно изнео као оштру критику постојећег стања, како би показао да се конвенционални морал и постојећа стварност налазе у контрадикцији; упор. J. de Romilly (1992), 120; W. K. C. Guthrie, 96–97; T. D. J. Chappell (1993), 12; K. F. Hoffmann, 92–93; 105–106; H. Leppin, 142; I. Jordović (2005), 110–114. Да оваква осуда не мора одмах да значи потпуно и суштинско одбацивање постојећег морала, показују Еурипид и Ксенофонт, вид. Еурипид, *фрагмент* 286 (Euripides. *Fragmente. Der Kyklop. Rhesos*, Übers. von G. A. Seeck); Ксенофонт, *Успомене о Сократу* 2.1,12–13 (Ксенофонт. *Успомене о Сократу*, прев. М. Н. Ђурић, Београд 1980).

[67] Вид. E. R. Dodds, 14–15; J. Annas, *An Introduction to Plato's Republic*, Oxford 1981, 48.

[68] Вид. R. Brandt, „Naturrecht (Antike)“, *HWPh* 6/1984, 563–565; посебно 565; T. D. J. Chappell, 3–17; W. Kersting, *Platons Staat*, Darmstadt 2006^2, 30; H. Leppin, 142; K. Raaflaub, „Politisches Denken und Krise der Polis. Athen im Verfassungskonflikt des späten 5. Jahrhunderts“, *Historische Zeitschrift* (*HZ*) 255/1992, 45.

[69] Аристофан, *Облаци* 1427 и даље.

жавао двојако. С једне стране, сукоби су, кроз игнорисање и кршење правила ратовања и друштвених норми, довели у питање схватање права и морала. У исто време су ови ексцеси показали изузетну важност моћи, тиме што су свим учесницима предочили поражавајућу стварност да јачи, тј. победник, може себе некажњено да стави изнад свих важећих норми.[70] С друге стране, рат је интензивирао потребу да се овим ексцесима и бескрупулозном размишљању у категоријама моћи ипак да неки легитимитет. Будући да је то често било веома тешко остварити помоћу постојећих етичких аргумената, стварани су нови „етички“ аргументи, који су опет узвратно деловали дестабилизирајуће, стварајући тако један зачарани круг. Парола *polis tyrannos*, која је настала још пре тог рата, одличан је пример оваквог процеса, јер је по свему судећи допринела развоју учења о праву јачег у поменутом историјском контексту.[71]

Ипак, без софистике, тешко да би учење о праву јачег тада уопште и настало, јер је њен утицај био вишеструк.[72] Први, и можда најочигледнији утицај се састојао у томе што је софистика, кроз релативизам који је заговарала и кроз нагласак на „успешности“, омогућила да многе моралне конвенције могу бити доведене у питање. Потом, софисти су створили неопходан теоријски „апарат“, нарочито у виду номос-фисис антитезе, уз чију помоћ су други били у стању да формулишу право јачег. Трећи утицај долази отуд што су софисти у својим учењима полазили од човека и за човека, јер се у средишту њихове пажње налазило деловање индивидуе у оквиру полиса, тј. однос појединца према заједници, односно закону и правди.[73] Кроз овај антропоцентризам, индивидуализам и концентрацију на политичку сферу, софисти су пажњу савременика усмерили на појаве из политичког живота, олакшавајући тиме преношење искустава из ове сфере на раван индивидуе.[74] Сви ови утицаји су се посредно манифестовали. У изворима се не спомиње ниједан софиста као заговорник учења о праву јачег. Штавише, једини именом познати протагониста ове теорије био је млади Каликле, који је био само ученик софиста.

---

[70] Вид. И. Јордовић (2007), 91–108.

[71] Тукидид, *Пелопонески рат* 2.63,2; 3.37,2; упор. K. A. Raaflaub, *The Discovery of Freedom in Ancient Greece*, Chicago 2004, исти, „Polis Tyrannos. Zur Entstehung einer politischen Metapher“, *Arktouros, Hellenic Studies Presented to B. M. W. Knox on the Occasion of His 65th Birthday*, (eds. G. Bowersock, W. Burckert, M. C. J. Putnam), Berlin – New York 245; P. Barceló, „Thukydides und die Tyrannis“, *Historia* 39/1990, 416; 419 и даље.

[72] Вид., на пример, C. W. Macleod, „Form and Meaning in the Melian dialogue“, *Historia* 23/1974, 385–400; Hudson-Wiliams, „Conventional Forms and the Melian Dialogue“, *American Journal of Philology* 71/1950, 156–169.

[73] Вид. М. Н. Ђурић, 177–180; J. Martin, 151. Израз тога је и околност да је Антифонт, који је своју номос-фисис антитезу конципирао првенствено у односу на појединца; упор. K. Raaflaub (1992), 27–28.

[74] Упор. J. Martin, 151.

На крају ваља уочити да учење о праву јачег поседује снажну атинску конотацију. Свакако да су противници Атине током Пелопонеског рата исто тако брутално кршили право и норме, као и да су у свом деловању били вођени бескрупулозним размишљањима у категоријама моћи, која су предност увек давала сили на моралом.[75] Зато није потпуно изненађење да се, поред беседе Атињана у Спарти и Мелијског дијалога, у везу с учењем о праву јачег доводи и говор сиракужанског државника Хермократа на скупу у Гели.[76] Међутим, скоро све примедбе које су наведене за говор Атињана у Спарти важе и за ову беседу, коју је Хермократ одржао 424. године пре Хр.[77] Стога, као једини познати протагонисти учења о праву јачег тог времена, остају атински посланици на Мелу и млади, али иначе непознати Атињанин, Каликле. Уосталом, главни извори су опет атински: Платон и Тукидид. Из тога јасно произлази да, ако Атињани и нису били једини који су руководили интересима и силом, они су томе ипак били најсклонији. Коначно, управо се у Атини формулишу тезе као што је, на пример, она да је „само тиранин слободан“, а које су размишљању у категоријама моћи и логици јачег дале неминовно нове импулсе,[78] и то не више само у антици.

Ivan Jordović, PhD

Assistant Professor
University of Novi Sad Faculty of Philosophy

HISTORICAL EMERGENCE OF THE RIGHT OF STRONGER DOCTRINE

Summary

This article looks into the origins of an extremely destructive theory – the ancient Greek theory of the right of the stronger. The author makes a difference between the traditional right of the stronger, and the right of the stronger doctrine which was theoretically established in the

[75] Тукидид, *Пелопонески рат* 1.80–86, посебно 1.82,1–3; 3.68,1–2, 4.59–64.

[76] A. W. Gomme, A. Andrewes, K. J. Dover, *A Historical Commentary on Thucydides*, Vol. I, Oxford 1956, 236; Vol. IV, 515–516; F. Kiechle, 1963, 302 и даље; J. de Romilly, *Thukydides and Athenian Imperialism*, London 1963, 254 и даље; W. K. C. Guthrie, 86; W. R. Connor, 122 и даље; A. Rengakos, 32 и даље; 84.

[77] Тукидид, *Пелопонески рат* 4.61,5.

[78] K. Raaflaub, „Athens ‘Ideologie der Macht’ und die Freiheit des Tyrannen“, *Studien zum attischen Seebund*, (Hrsg. J. M. Balcer, H.-J. Gehrke, K. Raaflaub, W. Schuller), Xenia 8, Konstanz 1984, 45–86; исти (2004), 166–193.

nomos-physis antithesis. The main objective of this article is to examine the time of occurrence of the right of the stronger doctrine, *i.e.* to determine whether this theory appeared before or during the Peloponnesian war

Scholars tend to link several Thucydides' speeches and Plato's characters with the right of the stronger doctrine. Thus, the author tries to establish the cases in which we can truly speak about theoretical foundations of the right of the stronger – as there are fewer such cases than commonly imagined. Namely, the analysis of the sources reveals that the sole representatives of this doctrine are Thucydides' Athenians in the Melian dialogue, and Calicles in Plato's *Gorgias*. This finding shows that the right of the stronger doctrine emerged during the Peloponnesian war, and that the Sophistic movement and the war had major influence on its origins.

Key words: *Right of the stronger. – Sophistic movement. – Peloponnesian war. – Plato. – Thucydides*.

УДК 347.626.2

Мр Ненад Тешић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

„ЉУБАВ НА ПРВИ ПОТПИС“ – О МОРАЛНОСТИ БРАЧНИХ УГОВОРА*

Породични закон (2005) враћа у српско право могућност да супружници изјавама воље уреде брачно-имовинске односе, на начин који одговара њиховим потребама. Норме о имовинским последицама брака постају тако диспозитивна правила, која се имају применити, само ако супружници нису уговорили другачије. Брачни уговор, дакле, доживљава своју ренесансу у српском праву, што отвара читав низ моралних, али и правних дилема: Зашто се парови уопште одлучују да своје имовинске односе уреде уговором? Води ли могућност закључења брачног уговора комерцијализацији брака? Уноси ли брачни уговор семе раздора у брак и да ли се таквим стипулисањем нарушава равноправност полова?

Аутор указује на два могућа приступа ваљаности брачних уговора. Према једној концепцији, брачни уговор је ништав по својој природи. Овај институт је као такав противан јавном поретку и моралу, јер води комерцијализацији брака, охрабрује развод и нарушава равноправност полова (општа ништавост).

Према другом становишту није сваки брачни уговор ништав; евентуална ништавост таквог уговора или неких његових одредби мора се ценити од случаја до случаја (конкретна ништавост). Дакле, брачно-имовинско уговарање је законом допуштено, али је могуће утврдити ништавост таквог уговора in concreto.

Аутор даље закључује да брачни уговор, нити охрабрује склапање брака, нити га руши. Без обзира на одређене недоумице моралне природе, брачни уговор је друштвено користан институт, јер иде у сусрет потенцијалном проблему; имовинске односе супружника измешта из суднице и ублажава утицај брачних несугласица на заједничку децу.

Кључне речи: *Брачни уговор. – Субјекти брачног уговора. – Ништавост. – Равноправност полова.*

---

* Овај рад је настао као плод истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду: „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

1. УОПШТЕ О УГОВОРИМА БРАЧНИМ

Брак се у савременом праву обично схвата као јавни статус, заснован на интимном односу. Они који примат дају статусној природи брака, тврде да држава прописује услове за улазак у брак и престанак брака, па јој, у складу с тим, следује и улога креатора правила о расподели имовине стечене у браку. С друге стране, они који истичу лични карактер брака у први план стављају приватну аутономију супружника.[1] Као последица овог другог становишта у породичном праву јављују се брачни (матримонијални)[2] уговори (*pacta nuptialia*). Све већа стварна равноправност супружника, индивидуалистички приступ животу и друге промене у друштву стварају повољан амбијент за брачно-имовинско уговарање. Док је Закон о браку и породичним односима (1980) допуштао само законски режим имовине стечене у браку,[3] Породични закон (2005)[4] враћа у српско право могућност да супружници изјавама воље уреде брачно-имовинске односе, на начин који одговара њиховим потребама.[5] Норме о имовинским последицама брака постају тако диспозитивна правила, која се имају применити, само ако супружници нису уговорили другачије. Брачни уговор,[6] дакле, доживљава своју ренесансу у српском праву, што отвара читав низ моралних, али и правних дилема.

---

[1] Вид. B. H. Bix, Premarital Agreements in the ALI Principles of Family Dissolution, *Duke Journal of Gender Law & Policy* 8/2001, 231.

[2] Овај назив за брачне уговоре употребљава А. Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права,* Београд 1996, 231.

[3] Брачни другови „не могу међусобно склапати само оне уговоре којима се мења имовински режим утврђен овим законом, као и уговоре којима се унапред одричу права која им по овом закону припадају (на пример на законско издржавање, на удео у заједничкој имовини и друго)“, вид. чл. 326, ст. 2 – ЗБПО (*Службени гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84 – др. закон и 11/88, *Службени гласник РС*, бр. 22/93, 25/93 – испр., 35/94, 46/95 – др. закон и 29/2001.)

[4] Вид. чл. 188 Породичног закона – ПЗ (*Службени гласник РС* бр. 18/2005).

[5] Српски грађански законик – СГЗ (1844) у глави XXVIII „О уговорима брачним“, даје дефиницију брачних уговора (чл. 759 СГЗ). Од ових уговора је свакако најважнији био уговор о миразу. О брачним уговорима према СГЗ, В. Станимировић, *Брак и брачна давања у историји,* Београд 2006, 208–225.

[6] Неки правни писци користе израз „брачни уговор“ за уговор о браку, који по њима треба разликовати од уговора којим се утврђује брачно-имовински режим. Вид. З. Поњавић, „Брачни уговор“, *Анали Правног факултета у Београду*, (*Анали ПФБ)* 5/1995, 519. По другим ауторима термин брачни уговор у ПЗ није најсрећније изабран, јер се овај уговор може закључити и пре брака, а изостављени су и ванбрачни партнери као потенцијални уговорници, тако М. Игњатовић, „Имовински уговор брачних другова у праву Републике Србије, Несклад теорије и праксе“, *Правни живот* 10/2008, 490–491. Међутим, ауторка не нуди другу, адекватнију законску формулацију или синтагму, која би удовољила потреби ширег одређења, нпр. „предбрачни и брачни уговор“ или „имовински уговори брачних и ванбрачних другова“. У праву САД, у Принципима о праву престанка брака (погл. 7) употребљени термин

Зашто се парови уопште одлучују да своје имовинске односе уреде уговором? Води ли могућност закључења брачног уговора комерцијализацији брака? Уноси ли брачни уговор семе раздора у брак и да ли се таквим стипулисањем нарушава равноправност полова? Особеност личних односа у којим се већ налазе уговорне стране, налаже да се приликом процене пуноважности брачних уговора нарочито води рачуна о равномерној заштити начела аутономије воље, с једне, те јавног поретка и морала, с друге стране. Овај рад представља покушај да се из угла правне науке помогне у изналажењу такве функционалне равнотеже.

1.1. О субјектима брачних уговора

Као уговорне стране у брачном уговору се могу појавити само парови: а) будући супружници, б) супружници и в) ванбрачни партнери. Међутим, није сваки уговор ових лица уједно и брачни уговор. Парови у правном промету склапају и друге уговоре, на пример, уговор о продаји, размени, зајму, поклону... Притом, брак утиче на сваки уговор супружника кроз алтерацију општих правила облигационог права (на пример, застој застарелости потраживања),[7] али се само за брачни уговор може казати да је утемељен на брачној вези.[8] То неке ауторе наводи на закључак да је брачни уговор акцесоран у односу на уговор о браку.[9]

Брачни уговор може бити закључен и пре брака (*ante nuptias*), али у том случају производи правна дејства само ако одложни услов наступи,[10] тј. ако заиста дође до брака између уговорних страна.[11] Ако уговорне стране нису искључиле такву могућност, овај услов је алтернативан. Правна дејства посла ће наступити и ако супружници заснују

уговор укључује предбрачни *(premarital agreements*), брачни (*marital agreements*), уговор између садашњих и будућих ванбрачних партнера (*agreements between current or prospective domestic partners*). Вид. § 7.01 (3) Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations, The American Law Institute, May 16, 2000. (даље: ALI Principles).

[7] О алтерацији која представља измену неке установе облигационог права узроковану брачним својством субјеката вид. С. Панов, „О заједничкој својини у браку“, *Анали ПФБ* 1–3/1998, 60.

[8] I. Majstorović, *Bračni ugovor – novina hrvatskog obiteljskog prava* – Zagreb 2005, 89.

[9] З. Поњавић, (1995), 519.

[10] По осталим својим особинама закључење брака је позитиван и мешовити услов, јер су дејства правног посла стављена у везу са наступањем неке неизвесне околности, која опет зависи од воље учесника посла и воље неког трећег лица. О подели услова вид. О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право,* Београд 1996, 185–187.

[11] „Супружници односно будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором (брачни уговор)“. Вид. чл. 188, ст. 1 ПЗ.

заједницу трајнијег карактера која се сходно Закону може сматрати ванбрачном.[12] Ово из разлога што истоветан уговор могу закључити и ванбрачни партнери.[13] Разлика између брачно-имовинског уговора будућих супружника и истог таквог уговора закљученог од лица која живе ванбрачној заједници је у томе, што у овом другом случају правни посао производи дејства и пре заснивања брака.[14]

Лица чији је брак окончан не могу закључити брачни уговор.[15] Чини се да је губитак овог правног потенцијала у непосредној вези са престанком заједнице живота супружника, без обзира да ли њихов брак формално још траје.[16]

Супружници ће органу надлежном за оверу брачног уговора релативно лако доказати своју подобност за његово закључење, одговарајућим изводом из књиге венчаних. Међутим, законодавац, а ни судска пракса, не нуде тумачење садржине појма „будући супружници“ који такође имају могућност да своје имовинске односе уреде уговором.[17] Ако су два лица на путу да ступе у брак, на ком делу тог пута две личности у емотивној вези треба да се нађу, да би их правни поредак сматрао подобним за закључење брачног уговора? Будући супружници су свакако лица која имају у виду брак и кују планове о венчању, али се од њих не тражи да буду верени,[18] тј. да су се једно другом обећали.[19]

---

[12] О ванбрачном партнерству у француском и немачком праву вид. О. Цвејић Јанчић, „Да ли је брак превазиђен? Нови облици заједничког живота у савременим правима“, *Правни живот* 9/2001, 448–456**.**

[13] Вид. чл. 191, ст. 2 ПЗ.

[14] У хрватском праву брачни уговор такође могу закључити и ванбрачни партнери, дакле неудата жена и неожењени мушкарац чија је заједница трајала најмање три године или краће, ако је у њој рођено заједничко дете. Вид. чл. 258 и чл. 3. Обитељског закона – ОЗ (2003).

[15] Чини се да би супружници чија је заједница живота престала могли закључити споразум о деоби заједничке имовине (чл. 178 ПЗ), али и споразуме о управљању и располагању заједничком имовином (чл. 189 ПЗ). За хрватско право упоредити: I. Majstorović, 174,

[16] О правно релевантним последицама престанка заједнице живота вид. М. Јањић Комар, Р. Кораћ, З. Пољавић, *Породично право,* Београд 1999, 344.

[17] С тим у вези, Панов сматра да је синтагма „будући супружници“ нејасна и да формулација по којој брачни уговор (поред супружника) могу закључити и вереници (женик и невеста) доприноси сужавању круга потенцијалних уговорника на оне субјекте који у тренутку закључења брачног уговора, по годинама живота, имају брачну способност. Вид. С. Панов, *Породично право,* Београд 2008, 662.

[18] СГЗ не помиње веридбу изричито, већ разговоре „његовог и њенога рода“ поводом брака у који су „ради ступити“ и дарове који значе да се овако даривани не могу с другим лицем у преговоре брачне упустити, док примљени дар не врате. Вид. §§ 61, 62 СГЗ.

[19] „Веридба наступа узајамним обећањем мушкарца и жене да ће склопити брак“. Веридба се затим сматра као период који „заузимље сво вријеме од дане ријечи до вјенчања“. В. Богишић такође предвиђа и термин заручење (прстеновање).

Како објективни критеријум није понуђен, изгледа да се, у овом случају, мора посегнути за субјективним мерилом; суд ће оверити брачни уговор оним лицима која непосредно или посредно искажу озбиљну намеру за закључење будућег брака.[20] Код будућих супружника ова намера може бити исказана, на пример, подношењем захтева за склапање брака матичару,[21] приступањем предбрачном испиту,[22] или веридбом у складу са обичајима средине.[23] На овом месту је могуће поставити питање да ли категорија будући супружници обухвата и ванбрачне партнере, ако ванбрачна заједница у савременим условима, по правилу, представља припрему за брак. Изгледа да су у погледу постојања брачне намере у овом случају могућа два правца резоновања: један приступ по коме се брачна намера не тражи од ванбрачних партнера, и друго становиште да је брачна намера и овде нужан услов пуноважности брачног уговора, али је ванбрачни пар исказује посредно (конклудентним радњама). Трајнија заједница живота је, дакле, чињеница која представља основ (*basis*) правне претпоставке да међу уговорницима постоји намера за закључења будућег брака.

Ипак, чини се да критеријум за препознавање будућих супружника не може бити искључиво намера уговорника. Поред ове субјективне околности, суд мора водити рачуна и о законом утврђеним ограничењима. Међу уговорницима не смеју постојати неотклоњиве брачне сметње: на пример, лица истог пола не могу закључити брачни уговор.[24]

1.2. О садржини брачних уговора

Супружници који не желе да се законодавац меша у њихове имовинске односе, уговором прилагођавају режим стицања имови-

Вид. Т. Никчевић, „Богишићеве припреме за Закон о браку у Црној Гори“, *Анали ПФБ* 4/1958, 472.

[20] ЗБПО користи формулацију „Лица која намеравају да ступе у брак...“, вид. чл. 51 ЗБПО.

[21] Захтев супружика може бити писмени и усмени, с тим да матичар о усменом захтеву сачињава записник. Вид. чл. 292 ПЗ.

[22] Опширније о предбрачном испиту као једној припреми за обред венчања у складу са црквеним правилима Д. Перић, *Црквено право,* Београд 1999, 280–281.

[23] У овом случају, значај веридбе се огледа у посредном исказивању брачне намере, иако веридба као таква није правно обавезујућа. О правном значају веридбе вид: Ж. Перић, *Породично право,* Београд 1928, 5.

[24] Наше право не придаје правни значај заједници лица истог пола, као што је то случај у неким другим правним системима. О правном статусу истополних заједница у упоредном праву вид. З. Мршевић, „Истополне породице у светлу динамике компаративно правних промена“, *Правни живот* 10/2008, 387–388 и О. П. Прокеш, „Ванбрачна заједница – права ванбрачних партнера“ *Ново породично законодавство, Зборник радова са саветовања*, Крагујевац 2006, (даље: *НПЗ 2006*), 204–209.

не у браку сопственим потребама. Садржина брачног уговора може бити веома разнолика. Ипак, *exeptmli causa* се обично наводе одредбе којим уговорници стипулишу:

– *шта од постојеће имовине чини заједичку, а шта посебну имовину супружника.* Уговарање искључивог права на одређеним покретним или непокретним стварима за једног супружника обично подразумева одрицање другог супружника од било каквог стварноправног или облигационоправног захтева у погледу ових ствари. Поред права својине, супружници могу уговорити и заснивање неког ужег права, нпр. плодоуживања или права пречe куповине једног супружника на непокретности из посебне имовине другог супружника.

– *на који начин супружници деле будућу имовину*. Супружници могу искључити законом установљени режим заједничког стицања, тако да сви приходи од индивидуалног рада улазе у посебну имовину. Поред тога, брачни другови могу и ограничити дејство законског режима; па да нека права која по закону доспевају у заједнички фонд, на основу уговора, заврше у посебној имовини супружника.[25]

– *удели супружника,* када је на садашњим или будућим добрима уговорен режим сусвојине.[26]

– *начин управљања заједничком имовином ако режим заједничког стицања није у потпуности искључен;* У том контексту, један супружник може дати на управљање оном другом своју посебну имовину у целини, или неке њене делове.

– *одговорност за преузете обавезе* и

– *друге имовинскоправне последице закључења и(или) престанка брака*.[27]

Брачним уговором се обично шири посебна имовина супружника на уштрб брачне тековине. Ипак, није забрањено да уговорници у односу на законом установљени режим стицања предвиде

[25] На пример, супружници могу уговорити да сви приходи које један уговорник оствари коришћењем ауторских права улазе у посебну имовину, док ће остали његови приходи које оствари као предузетник у трговачкој радњи ући у заједничку имовину.

[26] Супружници могу уговорити различите уделе у заједничкој имовини. Вид: чл. 1520. Француског грађанског законика – ФГЗ.

[27] Аустријски грађански законик – АГЗ (1811) дефинише брачне уговоре као уговоре који се закључују у намери да се склопи брак, углављују о имовини, и тичу се нарочито: мираза, узмирајза, јутарњег дара, заједнице добара, управљања и уживања властите имовине, реда наслеђивања или доживотног уживања имовине једног супружника за случај смрти другог и удовичког издржавања. Вид. § 1217 АГЗ.

сужавање посебне имовине. На пример, брачним уговором се може стипулисати да ствари и права која су супружнику дарована или их је наследио пре брака (и у току брака) чине брачну тековину, као и да сви приходи из посебне имовине брачних другова улазе у њихову заједничку имовину.

1.3. О предностима брачно-имовинског уговарања

Ако су имовински односи супружника у браку неминовност, онда неки аутори могућност супружника да уопште разговарају на ову тему виде као одраз стабилности везе и зрелости брачних другова.[28] Овај уговор омогућава прилагођавање материјалне основе брака жељама супружника, а самим тим и боље планирање будућности. Примена једног модела за све брачне заједнице не мотивише на примерен начин супружника са већим потенцијалом да уложи више напора и повећа своју зараду.[29] Предност брачно-имовинског уговарања за правичну расподелу брачне тековине је, у таквим ситуацијама, очигледна. Ако брачни уговор изостане, супружник који на суду захтева да се његов удео одреди сразмерно доприносу, обара законску претпоставку о једнаким уделима брачних другова у заједничкој имовини, што се у савременим друштвеним условима, мирна срца, може назвати „ђаволским доказивањем“ (*probatio diabolica*).[30]

Супружници чији је брак „на умору“ суочавају се с најмање две дилеме економске природе: једно је питање деобе заједничке имовине, а друго је питање издржавања супружника након развода. Брачни уговор омогућава супружницима да се венчају без страха, да ће се, ако љубав једног дана престане, „повлачити по судовима“ и тако изложити јавном понижавању.[31]

Брачне уговоре у већем проценту закључују они супружници који по други пут „стају на луди камен“. Непријатно искуство дељења по престанку првог брака свакако доприноси овој тенденцији, али

[28] I. Majstorović, 225.

[29] На закључењу брачног уговора, по правилу, инсистира онај супружник који очекује да ће његов имовински допринос брачној заједници бити знатно већи у односу на другог супружника. На пример, један од супружника је кошаркаш који вредно тренира и верује да ће му такво залагање на терену и ван њега, донети милионски уговор са чувеним кошаркашким клубом.

[30] Наравно отворена је и могућност споразума о деоби брачне тековине, који нема за последицу измену законског режима стицања имовине у браку. Споразум о деоби се искључиво тиче стечених добара и делује *ex tunc*. О разликама између брачног уговора и споразума о деоби заједничке имовине супружника вид. Б. Пајтић, „Брачни уговор у српском породичном праву“, *Правни живот* 10/2008, 343.

[31] A. L. Reiss, „The $20 Million Question“, *The New York Times (NYT),* February 3, 2006, A.

не треба занемерити ни околност да се у нови брак улази у нешто зрелијем добу.[32]

Поред непосредне предности коју доноси уговорним странама, брачни уговор је од користи и лицама која ступају у имовинске односе са супружницима. Заједничка имовина отежава јасне дужничко-поверилачке односе трећих лица наспрам брачних другова.[33] Састав имовине којом супружници заједно, односно сваки од њих појединачно, одговорају за преузете обавезе је извеснији и њена вредност се може лакше проценити, ако су имовински фондови супружника опредељени одговарајућим брачним уговором.

1.4. Аргументи против брачних уговора

Савремени човек улази у брачну заједницу у све каснијем животном добу.[34] Основни разлози одлагања брака су продужено школовање, давање приоритета каријери и окретање материјалним вредностима. Мушкарац и жена у породицу уносе мноштво амбиција инсистирајући на својим правима, али и обавезама партнера.[35] Стална медијска промоција индивидуализама полако претвара супружнике у немилосрдне и самољубиве јединке склоне разводу,[36] у истој мери, колико и очувању брака.[37] Стога, није без основа тврдња да се савремено право нарочито труди да „либерализује развод и права супружника“, а да истовремено не чини довољно да заштити породицу од распада.[38]

---

[32] J. G. Sherman, „Prenuptial Agreements: A New Reason to Revive an Old Rule“, *Cleveland State Law Review* 53–2005/2006, 373.

[33] Ј. Салма, „О уговорном режиму имовине супружника (системи у упоредном праву)“, *Право – теорија и пракса,* 9/1996, 95.

[34] М. Рашевић, „Зашто је идеја о рестрикцији абортуса погрешна“, *Правни живот* 10/2008, 361.

[35] „Док су раније породице биле и економске заједнице, данашње се заснивају само на љубави. Пошто је тиме прожетост чланова породице сведена само на један чинилац када љубав опадне брак се распада“, вид. Б. В. Марковић, „Ограниченост нормирања у брачно породичним односима“, *Правни живот* 9/1996, 579.

[36] Брак се све више посматра као серија моногамија, а не као посвећеност за читав живот. Вид. B. Bix, „Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think about Marriage“, *William and Mary Law Review* 40/1998, 161.

[37] „На пример, у САД се 50% закључених бракова оконча разводом. D. Hurley, Divorce Rate: It's Not as High as You Think*, NYT,* Apr. 19, 2005, D7. Слично је и у Немачкој, где су разводи постали тако учестали да многи парови уопше не размењују прстење. Истраживања показују да 51,9% Немаца не улази у брак пре тридесте, као и да половина венчања заврши разводом. Вид. „Све већи број развода“, *http://www.sarajevo-x.com/clanak/071213084*, 19. фебруар 2009.

[38] Б. В. Марковић, (1996), 580.

Ако је брак закључен „из рачуна“, супружници никада не могу истински рачунати једно на друго. Шта је сврха брака, ако не узајамно поштовање и пожртвованост.[39] Једнакост, а не субординација. Емоционална приврженост, а не максимизација користи. Заједничка својина подстиче ове вредности и доприноси породичној посвећености супружника. Заједница добара ублажава нагон за присвајањем који у „браку може бити узрок и увод у брачно несагласје“.[40] Брак није крајње разумно уговарање правних субјеката, већ (и) романтична заједница двоје људских бића. Поверење је неопходно да би брак остваривао своју основну функцију, а инсистирање на брачноимовинском уговору је јасан сигнал да супружници не верују једно другом. Брак је целина; дељење добра и зла, па се не може окачити цена на брак и бити у љубави са пола срца.

2. О НИШТАВОСТИ БРАЧНИХ УГОВОРА

Закон о облигационим односима се изричито изјашњава за двоврсну поделу неваљаних послова – на ништаве и рушљиве послове.[41] У савременој теорији чини се преовлађује схватање, по коме је појам непостојећи уговори апсорбован теоријом о ништавим уговорима, па сходно томе нема већи практичан значај.[42]

Ништавост правног посла је специфична санкција за повреду законских и моралних правила, чији је циљ заштита јавног интереса. Ништав посао се не поништава, већ судија само констатује његов недостатак који је неизлечив.[43] „Могуће је једино срушити илузију о уговору, ослободити се његовог привида, како би заинтересована лица могла своје односе да граде на сигурним правним темељима“.[44] Апстрахујући појединачне узроке ништавости брачних уговора који се истичу у правној књижевности и судској пракси може се извести закључак о постојању два приступа пуноважности брачних уговора. Према једној концепцији, брачни уговор је ништав по својој природи. Овај институт је као такав противан јавном поретку и моралу, јер

[39] И. Шугајев, *Једном за цео живот,* Београд 2007, 22.

[40] Вид. С. Панов, (1998), 57.

[41] О ништавости уговора због предмета (чл. 47 ЗОО); о ништавости уговора без основа (чл. 52 ЗОО), уопште о ништавости (чл. 103 ЗОО) и кад је уговор рушљив (чл. 111 ЗОО).

[42] Вид. Љ. Ђуровић, „Непостојећи и ништави уговори“, *Правни живот* 10/1996, 436–437. В. Круљ такође не прихвата категорију непостојећих уговора. Вид. В. Круљ, *Ништавост правних послова (Последице ништавости)*, (докторска дисертација), Београд 1954, 24.

[43] В. Круљ, 36.

[44] Ј. Радишић, *Облигационо право,* Београд 2004, 173.

води комерцијализацији брака, охрабрује развод и нарушава равноправност полова (општа ништавост).

Према другом становишту није сваки брачни уговор ништав; евентуална ништавост његових одредби мора се ценити од случаја до случаја (конкретна ништавост). Дакле, брачно-имовинско уговарање је законом допуштено али је могуће утврдити ништавост таквог уговора *in concreto*.

Предмет нашег истраживања у овом раду свели смо на проучавање оног приступа који држи да је брачно уговарање неморално. Обзиром да и друго по реду становише такође заслужују одговарајућу пажњу правне науке, овим најављујемо да ћемо се у нашем следећем раду позабавити неким конкретним случајевима ништавости брачних уговора.

2.1. Ништавост брачног уговора као таквог (општа ништавост)

2.1.1. Брачни уговор је ништав јер води комерцијализацији брака

До ступања на снагу Породичног закона 2005. године, сваки уговор којим би се мењао законом установљени режим стицања имовине у браку је био противан јавном поретку.[45] На брачну тековину се једноставно гледало као једну од законских последица брака.[46] Наша судска пракса је проглашавала ништавим и све уговоре којима се у извесном степену ограничава слобода у погледу одлуке да се ступи у брачну заједницу.[47] У образложењу донетих пресуда суд се углавном позива на повреду правила морала. Овде се „у суштини ради о купопродаји туженикове кћери тужиочевом сину, јер су новац и ствари дате туженику под условом да се тужиочев син ожени тужениковом кћерком, што представља *неморалан правни посао*. Према томе, с обзиром да се овде ради о потраживању које потиче из једног неморалног правног посла, то се тужиоцу не може пружити правна заштита, односно тужилац не може тражити повраћај новца и ствари које је дао туженику по основу таквог правног посла“.[48]

---

[45] Теорија о јавном поретку се нарочито разгранала у француској доктрини. Приказ различитих теоријских схватања о овом вечито актуелном правном питању вид. С. Перовић, *Забрањени уговори,* Београд 1975, 99–154.

[46] Вид. J. Салма (1996), 90.

[47] О личној слободи код акта закључења брака, вид. С. Перовић (1975), 67.

[48] Вид. Пресуду Врховног суда НР Србије, Гж. 2940/56, од 20. јануара 1957, Збирка судских одлука књ. II, св.1, бр. 76 . Наведено према А. Гамс, „Повраћај у пређашње стање код неморалних правних послова“, *Анали ПФБ* 2/1958, 206.

У једном другом случају суд такође испитује моралност уговора и каже:[49] „свој захтев за доживотно уживање туженикових некретнина тужилац заснива на уговору који је сколопио са туженим пре ступања с њим у брак, а којим је тужени примио на себе извесне обавезе према тужиоцу, између осталог и право које тужилац тражи тужбом, под условом да исти ступи у брак с њим, као и под условом да безразложно не напусти туженог након склапања брака; овакви уговори нису уопште допуштени и на њима се не могу заснивати никакава права ни обавезе уговорника; ово због тога што се према прописима Основног закона о браку ступање у брак врши слободном вољом брачних другова, а регулисање имовинских обавеза које је везано личним односима у браку одређено је искључивим и принудним прописима и не може уопште бити предмет уговорања између странака; из тих разлога овакав тужбени захтев треба одбити, јер се он заснива на *неморалном уговору*.“[50]

Са своје стране, наша правна наука се једногласно изјашњавала у прилог таквог становишта; према Перићу „брак је не само економска него и морална заједница, ако међу супрузима не би било љубави, онда би брак био само имовинска, рачунска, заједница: брак не би имао моралне подлоге нити би одговарао појму и бићу брака“.[51] Стојановић такође сматра да су ништави уговори који ограничавају слободу при закључењу брака, који закључење брака чине зависним од новчане чинидбе и противречe обавезама брачних другова.[52] По Ђурђевићу „до поништења правних послова којима се настоји утицати на неко друго лице да донесе одлуку о ступању у брак, не долази ради тога што се ти послови квалификују као атак на уставом и законима загарантовану слободу закључења брака, већ ради тога што је према владајућим моралним схватањима недопуштено везивање одлуке о ступању у брак са финансијским добитком“.[53]

Редовна санкција за повреду моралне норме је грижа савести уз евентуалну осуду средине.[54] Међутим, код оцене пуноважности

[49] „Морал је приватна ствар грађана, и право се у то начелно не меша, али ако повреда морала у једном одређеном случају врђа и јавне интересе, право је дужно да интервенише.“ Вид. Л. Марковић, *Облигационо право,* Београд 1997, 208.

[50] Пресуда Врховног суда БиХ 156/63 објављена у Билтену овога суда 1963 бр. 6, стр.7. нав. према С. Перовић, (1975), 67–68.

[51] Ж. Перић, *Лично брачно право, по Српском грађанском законику,* Београд 1934, 52.

[52] Д. Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр 3/1968, 387.

[53] Д. Ђурђевић, *Апсолутна ништавост завештања* (докторска дисертација), Београд 2004, 98.

[54] Спољашња обавезност морала се обезбеђује кроз морални презир и морално гађење (специфичне санкције) али и друге неспецифичне друштвене санкције у

правних аката, суд шири њену примену уносећи тако ванправне заповести у право. Судија искључује неморалан посао из правног промета и на тај начин спречава злоупотребу слободе уговарања.

Повреда добрих обичаја постоји и када саме странке нису свесне неморалности свог понашања:[55] „Врховни суд је прихватио закључак нижестепених судова уз образложење да се неосновано у ревизији тужиоца истиче да се у конкретном случају радило о традиционалним обичајима Рома који се не могу искоренити путем судске одлуке, јер обичаји не могу имати јачу правну снагу од Устава и закона, нити могу бити супротни њиховим изричитим одредбама, посебно ако су засновани на полној дискриминацији. Уколико то и јесу, они као такви не уживају правну заштиту“.[56]

Није сваки обичај средине у исти мах и добар обичај: „Давање новца у циљу закључења брака према обичајима средине у којој живе парничне странке представља правни посао који је ништав у смислу чл. 104, ст. 2 ЗОО јер је по свом циљу противан принудним прописима јавном поретку и добрим обичајима“.[57] Дакле, уговор није ништав самим тим што је противан било каквом устаљеном понашању чланова заједнице, већ само ако вређа обичајно правило које по вредносној оцени суда улази у круг добрих обичаја.[58] Судија

односу на прекршиоца. Вид. Р. Лукић, *Социологија морала,* Сабрана дела, Београд 1995, 124–127.

[55] Вид. Д. Стојановић, 392. Судија у неким случајевима може једну радњу, однос између два појединица огласити за неморалан, мада би ту радњу или однос, народ сматрао за моралан“. Вид. Ж. Перић, *Утицај судије на јавни морал, Приватно право – Скупљене расправе из грађанскога права,* Београд 1912, 272.

[56] „Према утврђеном чињеничном стању странке су закључиле уговор по коме се тужени обавезао да тужиоцу преда своју усвојену кћи Н. ради удаје за његовог сина, а тужилац као противвредност да му плати новчани износ и преда дукате из изреке ове пресуде. Тужени је своју обавезу испунио, Н. је постала супруга тужиочевог сина, а тужилац је туженом предао уговорену суму динара и златнике. Међутим, туженикова усвојена кћи се после извесног времена вратила кући, а новац и дукати су остали у поседу туженог. Стога је тужилац поднео тужбу са захтевом да му се врати исплаћени новчани износ и предају дукати, тј. њихова противвредност.“ Нижестепеним пресудама одбијен је тужбени захтев тужиоца којим је тражио да суд обавеже туженог да му врати 126.000,00 динара са законском каматом почев од 1.12.2000. године до исплате, као и да му преда осам великих златних дуката и 40 малих златних дуката, сви са ликом Фрање Јосипа, небрушених, произведених 1915. године или исплати њихову противвредност, као и да му плати трошкове парничног поступка, као неоснован и у изреци пресуде је наложено туженоме да ова новчана средства и дукате преда општини. Вид: Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3341/04 – *Правни информатор*, 4/2005, Београд, аутор сентенце: Љубица Милутиновић, судија ВСС.

[57] Решење Савезног суда Гзс. бр. 64/98, од 24. 12. 1998. године, *Анали ПФБ* 1–2/2002, 232–233.

[58] Ј. Салма, *Облигационо право,* Нови Сад 2007, 400.

је онај који одваја добро од рђавог; добре обичаје од оних који нису у складу са прихваћеним системом вредности.[59]

Наша судска пракса је идентично становиште заузела и поводом уговора којим се очување брака везује за неку имовинску корист. „Ништав је уговор о поклону учињен ради тога да би се супружник задржао у брачној заједници. Упркос учињеном поклону брачна заједница се ипак распала. Такав мотив је у супротноси са јавним поретком и добрим обичајима јер се брачна верност не може обезбеђивати материјалним добрима.“ [60]

Културна представа у нашој средини је таква да се благонаклоно гледа само на „брак из љубави“.[61] Брак заснован на економским мотивима – брак из „чистог интереса“, у коме нема личне привлачности супружника, је друштвено неприхватљив. „Ако се пође од тога какву узвишену улогу има установа брака, са становишта владајућег морала и добрих обичаја је неприхватљиво да се закључење брака или његов опстанак на било који начин комерцијализују“.[62]

2.1.2. Брачни уговор је ништав јер охрабрује развод

Други аргумент у прилог ништавости брачних уговора почива на тези да је брачно-имовинско уговорање ништа друго до припрема терена за развод.[63] Тако је, у једном случају, амерички суд сматрао да је предбрачни уговор ништав, ако стране нису очекивале да ће брак

[59] Код обичаја давања мираза или обрнуто куповања невесте постоји сукоб старих обичаја и новог морала, који разара обичаје. Тако да се стари обичаји под притиском новог морала повлаче и ишчезавају. Вид. Р. Лукић, 560.

[60] Пресуда Врховног суда Србије, Рев 393/99, од 24. марта 1999. године, Збирка судских одлука, књига 27, свеска 1/2001, стр. 118 – 119, одлука бр. 98; Суд остаје привржен овом ставу и у каснијим одлукама: „Побуда за закључење уговора о поклону улази у основ тог уговора. Тужиочева побуда за закључење уговора о поклону била је да му тужена пружи љубав, пажњу и негу и да се о њему стара јер је као слепо лице неспособан да то чини сам, што се према утврђеним чињеницама није остварило. Када се побуда због које је уговор о поклону закључен не оствари, отпада и основ тог уговора због чега је исти у смислу члана 52. ЗОО ништав. Како је према утврђеном чињеничном стању побуда због које је тужилац са туженом закључио уговор о поклону отпала јер тужена са тужиоцем није остала у браку нити се о њему старала и бринула, већ су то чинила друга лица, то је правилно усвојен тужбени захтев.“ Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1147/2005 од 1. 12. 2005. године, Параграф.нет.

[61] Вид. C. Weisbrod, „The Way We Live Now: A Discussion of Contracts and Domestic Arrangements“, *Utah Law Review* 1994, 798.

[62] Вид. Д. Ђурђевић, 101. Такав приступ је у складу и са Општом декларацијом о правима човека, по којој се брак може закључити само уз слободан и потпун пристанак лица која ступају у брак. Вид. чл.16, ст. 2 Опште декларација о правима човека.

[63] Вид. K. Servidea, „Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage“, *Virginia Law Review* 91/2005, 537.

трајати до смрти. „Ако је споразум сачињен само за случај развода, он подржава такав расплет и због тога вређа јавни поредак“ (*public policy*)[64]. У једном другом случају је закључено да пуноважан предбрачни уговор мора бити уговорен у доброј вери (*in good faith*). При том, суд дефинише „добру веру“ као намеру уговорних страна да од склапања брака живе заједно, док их смрт не растави.[65]

Ако се брак разуме као заветовање на „вековечиту љубав“,[66] „света тајна“ и „доживотна телесна и духовна веза“,[67] онда је закључење брачног уговора само по себи лицемерје, на који се надовезује заједнички живот у лажи и самообмани.[68]

„Уговор није само инструмент гарантовања слободе појединца, већ и акт који може рачунати на пуноважност само уколико је у складу са јавним добром“.[69] Традиционална породица са оба родитеља је, по правилу, најбоље окружење за подизање деце, па је сходно томе јавни интерес да се бракови не разводе.[70] Деца трпе значајан психолошки и економски губитак због развода родитеља, дакле одлуке на коју не могу утицати.[71] Ипак, ако су брачни односи поремећени у толикој мери да је живот у заједници неподношљив, развод може представљати бољи избор по заједничку децу од продужења „брачне агоније“. Стога је један од правнополитичких циљева модерног права и ефикасно окончање неуспешног брака. Супротно поступање је окретање леђа реалности и одбијање да се живот прихвати онаквим каквим јесте. Лица која улазе у брачну заједницу се често недовољно познају. Брак склопљен на пречац може бити грешка од самог почетка. Чак и ако је испрва све изгледало као бајка. Економски проблеми, сукоби у вези са децом, неверство, неспојиве каријере, па и засићеност (досада) подстичу удаљавање супружника.[72] Понекад се супружници током година толико промене да више не деле исте вредности и

---

[64] Вид. *Re Marriage of Higgason* (1973) 10 Cal 3d 476, 110 Cal Rptr 897, 516 P2d 289.

[65] Вид. *Oliphant* v. *Oliphant* (1928) 177 Ark 613, 7 SW2d 783.

[66] Вид. § 60. СГЗ.

[67] Вид. чл. 1 Брачних правила Српске православне цркве (1933), Београд 1934.

[68] Циљ праве заједнице је да буде вечна и непрекинута. „Ако си ушао у заједницу и хоћеш после да је прекинеш, то значи да си у почетку био неискрен. Искрено би било да си ушао у заједницу тако да ни по коју цену нећеш да се прекине“ Вид. Епископ захумско-херцеговачки и приморски Григорије, *Радост живота,* Бања Лука 2009, 82.

[69] Д. Стојановић, 388.

[70] Вид. B. Bix, (1998), 172.

[71] Вид. E. S. Scott, „Rational Decisionmaking about Marriage and Divorce“, *Virginia Law Review* 76/1990, 11.

[72] Вид. E. Scott, 39.

циљеве.[73] Брачни другови који нису у стању да преброде ове тешкоће, трагају за што безболнијим излазом.[74] Посматран из овог угла, брачни уговор чини развод мање компликованим.[75] Ако брак престане са мање тензија, последице по заједничку децу ће бити подношљивије. Сходно наведеном, не може се прихватити тврдња да је брачни уговор (адекватан) узрок развода.[76] Такво искључиво резоновање наводи и на сасвим супротан закључак, да брачни уговор охрабрује склапање брака који неки партнери избегавају, ако нису сигурни у очување својих имовинских интереса и интереса њихове деце.[77]

2.1.3. Брачни уговор је ништав, јер нарушава равноправност полова

Неки аутори сматрају да је основна сврха брачног уговора заштита имања једног супружника од деобе са економски слабијом страном[78]. „Пошто је у просеку приход који имају жене мањи од прихода мушкараца, ови уговори се морају посматрати као оно што они јесу, као начин да се изиграју друштвене норме о равноправности полова“.[79] Народно је веровање да муж брачним уговором штити своје имање од супруге, а да, с друге стране, она прихватањем овог уговора уверава мужа да је занима само љубав, а не „његов новчаник“. Чини се да ово становише наглашава само једну страну медаље. Чак и ако се прихвати теза да је сврха брачног уговара искључиво заштита супружника који ће у перспективи више зарађивати, није нужно да је имућнији уговорник мушког пола.[80] У судској пракси се постављало и питање пуноважности брачних уговора у којима су супруге биле

[73] Личност супружника се неповратно мења сазревањем, али и услед других фактора као што су: искуство из рата, породична трагедија, болест, алкохолизам, промена вере или пола. Вид. E. Scott, 61.

[74] Вид. E. Scott, 9.

[75] Вид. B. Bix, (1998), 150.

[76] То је исто тако погрешно, као и тврдити да уговарање животног осигурања доводи до тога да се уговорник разболи. Вид. A. G. Dubin, „In Praise of Prenups“, *The New York Times,* June 16, 2002, 3. И пре ступања на снагу новог Породичног закона, у Србији се према подацима Савезног завода за статистику годишње у просеку разводило око 9.000 бракова. Вид. „У Србији нико не плаћа алиментацију“, *Глас јавности, http://arhiva.glas– javnosti.co.yu/arhiva/2004/09/26/srpski/D04092501. shtml,* 12. фебруар 2009.

[77] Брачни уговор омогућава примерену заштиту деце из претходног брака, али и одговорност за нову породицу. Вид. „Developments In The Law: V. Marriage as Contract and Marriage as Partnership: The Future of Antenuptial Agreement Law“, *Harward Law Review* 116/2003, 2084.

[78] Вид. G. F. Brod, Premarital Agreements and Gender Justice, *Yale Journal of Law & Feminism* 6/1994, 279.

[79] Вид. G. F. Brod, 279.

[80] J. G. Sherman, 366.

богатија уговорна страна.[81] Сходно томе, могуће је извести закључак да се ништавост брачног уговора услед нарушавања равноправности полова може утврђивати искључиво од случаја до случаја: на пример, уговорена је обавеза верности само за једног супружника или је висина удела у заједничкој имовини различито одређена у зависности од тога да ли је неверство починила жена или мушкарац.[82] Равноправност полова би нарушавала и уговорна одредба по којој је нека имовинска корист условљена девичанством супруге, на пример, да муж дугује жени одговарајући дар након прве брачне ноћи, ако се увери да је он једини мушкарац у њеном животу.[83]

Ако прихватимо да се данас „принцип равноправности, као некада принцип доминације, интерпретира као главни гарант стабилности брака“,[84] онда није спорно да су апсолутно ништави они брачни уговори који овај принцип нарушавају; али се не може бранити становиште да је брачни уговор замишљен као инструмент којим се прокламована равноправност супружника заобилази.

* * *

Чини се да брачно-имовинско уговарање не лепи нужно цену на брак. Супружници који на време рашчисте с тим да је брак не само емоционална, него и економска заједница можда имају више шансе да „конац“ њихове везе буде, ако не бајковит, онда макар рационалан, као што је уосталом био и почетак. Брачни другови који улазе у брак трезне главе и чији је однос заснован више на реалности, а мање на илузији,[85] виде брачни уговор као кључ за решавање евентуалних спорова у будућности.[86] Кад развод „закуца на врата“ супружници често поступају *mala fide,* што продубљује њихов сукоб

[81] На пример, брачни уговор у којем је у тренутку венчања супруга (73 године) располагала значајном имовином, док је муж (48) радио као конобар са минималном зарадом – 2 долара по сату, плус напојница. Вид. *In re Marriage of Higgason,* 516 P.2d 289, 290 (Cal. 1973), као и случај брачног уговора између богате удовице и таксисте. Вид. *Gould v. Rafaeli,* 822 S.W.2d 494 (Mo. Ct. App. 1991).

[82] О апсолутној ништавости уговорних одредби које промовишу полну неравноправност, вид. С. Панов, (2008), 681.

[83] На пример АГЗ уређује институт јутарњег дара (лат. *donum primae noctis*, нем. *Morgengabe*), вид. §1232 АГЗ. СГЗ такође познаје дар који муж може први дан жени учинити (§770 СГЗ); У шеријатском праву је могуће уговорити да венчани дар (мехр) буде већи, ако се потврди да је девојка у брак ступила као невина. Вид. У. Новаковић, „Дејства брака на личне односе супружника у шеријатском праву“, *Правни живот* 10/2008, 511.

[84] С. Панов, „Брак – равноправност или слобода“, *Правни живот* 9/1997, 672.

[85] A. G. Dubin, 3.

[86] М. Игњатовић, 488.

и оставља несагледиве последице по заједничку децу. Можда је онда боље да се о имовинском аспекту брака супружници договоре док су у љубави, него када „шапутање на јастуку“ замене сузе и жучне расправе.

Породица није чисто приватна ствар. Друштво кроз норме породичног права исказује свој избор.[87] Промена климе у друштву, може довести до тога да нешто што је у једном друштвеном контексту недопуштено, већ у другом тренутку постане морално прихватљиво.[88] Брачни уговор нити охрабрује склапање брака, нити га руши. Доступност развода није изменила природу брака, па сходно томе ни могућност закључења брачног уговора не утиче пресудно на одлуку о разводу. Брачни уговор је друштвено користан институт, јер иде у сусрет потенцијалном проблему, што имовинске односе супружника измешта из суднице и ублажава утицај брачних несугласица на заједничку децу.

Nenad Tešić, LL.M.

Lecturer
Belgrade University Faculty of Law

LOVE AT THE FIRST SIGNATURE – ON MORALITY OF MARITAL AGREEMENTS

Summary

Under Serbian Civil Code (1844), prospective spouses and extra-marital partners were permitted to agree on their actual and future property relations according to their needs. Serbian legislator re-introduced this possibility in 2005.

The norms that regulate the proprietary consequences of marriage have thus become default rules that apply only if marital partners did not agree otherwise. This so-called renascence of marital (nuptial) agreements in Serbia raises the whole line of related legal and ethical issues: Why the

[87] З. Поњавић, 2006, 17.

[88] Времена се мењају и ми са њима *(Tempora mutantur et nos in illis).* Тако се кроз историју мењала и морална прихватљивост брачно-имовинског уговарања. На пример: према Хамурабијевом законику младожења је давао оцу младе предбрачни поклон – *тирхату*, у хомерско доба младожења је жени морао дати женидбени поклон – *hedna*, а у Византији посебно место у брачном праву добија установа брачног поклона – *hypobolon*. Вид. С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција,* Београд 2008, 74–75, 119, 176.

couples decide to govern their property relations by the agreement? Does the possibility of the marital agreement induce the commercialization of the marriage? Do the marital agreements implant the seeds of discord in marriage, or do they jeopardize the gender equality?

The author points out two possible approaches to the issue of validity of marital agreement. According to the first conception, marital agreement should be null and void by its sole nature. It is against public policy and moral, as it allegedly leads to commercialization of marriage, encourages divorce and destroys the equity of spouses (general nullity). According to the other opinion, not all marital agreements should be null and void (*per se*). Its potential nullity be judged from case to case. Consequently, the contractual distribution of marital property is generally permitted by the Law, but this fact does not preclude the court from finding that the contract at hand is null and void (nullity *in concreto*).

The author concludes that marital agreements neither encourage the conclusion of marriage, nor destroy its prospects. Regardless of some moral controversies concerning the marital agreements, it is without a doubt a socially useful phenomenon, since it regulates before hand the potential sources of problems between the spouses: it displaces court resolution of property issues between ex-spouses and mitigates the negative effects of divorce on mutual children.

Key words: *Marital (Nuptial) Agreements. – Parties to Marital Agreement. – Nullity of Contract. – Gender Equality.*

УДК 35.077.2(497.11)

Вук Цуцић

сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду

СТРАЗБУРШКИ СТАНДАРДИ У УПРАВНОМ СПОРУ

Овај чланак се временски поклапа са значајним организационим и законодавним променама у домаћем управно-судском поступку. Реформа правосуђа Републике Србије доводи до стварања Управног суда који ће убудуће пресуђивати управне спорове у првом степену. Ради се и на изради нацрта новог Закона о управним споровима. Намера је аутора да допринесе овим значајним променама које имају за циљ побољшање управно-судске заштите права и слобода грађана и организација у нашој земљи. С тим наумом, аутор анализира стразбуршке стандарде и усаглашеност домаћих законских решења и судске праксе у управном спору са њима. Под стразбуршким стандардима подразумевају се Европска конвенција о људским правима и слободама, и то чл. 6, који регулише право на правично суђење, као и препоруке Савета Европе у области управног права. Аутор у централном делу текста идентификује неусаглашености које постоје у области права на приступ суду (права на иницирање поступка пред судом и права на правну помоћ), привремених мера, утврђивања чињеница у управном спору и извршењу правоснажних судских пресуда. У закључку рада, аутор даје предлоге организационих и законодавних измена којима би се уочене неусаглашености могле отклонити.

Кључне речи: *Право на правично суђење – Управни спор – Европска конвенција о људским правима и слободама – Препоруке Савета Европе.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Време настанка овог рада се поклапа са значајним (у зависности од воље њихових протагониста, можда и „тектонским“) променама у домаћем управно-судском поступку. С једне стране, долази до реформе целокупног правосуђа Републике Србије, врши се општи (ре)избор судија (уз смањење њиховог укупног броја), формира се Високи савет судства који треба да утврди стандарде за његово

спровођење и ствара се нова, различито стварно и месно надлежна, мрежа судова. Конкретно, у погледу управно-судског поступка, долази до стварања Управног суда, који ће убудуће у првом (једином или не, видећемо) степену пресуђивати управне спорове. С друге стране, још важније, ради се на изради нацрта новог Закона о управним споровима[1] и његовом што скоријем усвајању у парламенту. Користећи наведени тренутак, овај чланак има за циљ да допринесе будућем бољем и правичнијем уређењу управно-судског поступка.

Поменути допринос би се огледао у анализи и поређењу тзв. стразбуршких стандарда, с једне, и законског уређења и праксе у домаћем управно-судском поступку, с друге стране. Под стразбуршким стандардима подразумевамо акте Савета Европе, на првом месту Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода[2] (у даљем тексту: „Конвенција“), прецизније, њен чл. 6, који регулише право на правично суђење. Конвенција у нашем праву има статус потврђеног међународног уговора, а самим тим и вишу правну снагу од домаћих закона и других општих аката (чл. 194 Устава Републике Србије[3]), као што је ЗУС. Произлази да било која несагласност ЗУС-а или управно-судске праксе са Конвенцијом није дозвољена. Такође, стразбуршки стандарди обухватају и препоруке Комитета министара Савета Европе у области управног права, од којих је овде најважнија Препорука Комитета министара државама чланицама о судској контроли управних аката, усвојена 15. децембра 2004. године[4] (у даљем тексту: „Препорука о судској контроли управних аката“).

---

[1] Закона о управним споровима – ЗУС, *Службени гласник СРЈ*, бр. 46/96.

[2] Државна заједница Србија и Црна Гора је примљена у чланство Савета Европе 3. априла 2003. године. Конвенција је ратификована 26. децембра 2003, а ступила је на снагу 3. марта 2004. године, Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први Проток уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Службени лист СЦГ-Међународни уговори,* бр. 9/2003 (у даљем тексту цитиран као „Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода“).

[3] Устав Републике Србије – УРС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

[4] *Recommendation Rec(2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts*, *http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/Conv_Rec_Res/Rec(2004)20%20E%20judicial%20review%20%20admin%20acts.pdf,* посећено 24. септембар 2009.

Ове препоруке нису правно обавезујуће, али представљају стандарде које Савет Европе сматра пожељним у одређеној области. Узимајући у обзир значај управно-судске заштите за владавину права, може се рећи да је степен усаглашености одређеног права са овим препорукама уједно и показатељ демократичности једног друштва и државе.[5] Циљ овог текста је да се у њему укаже на одступања домаћих прописа и управно-судске праксе од стразбуршких стандарда, док ће се у закључку понудити предлози за њихову измену, тј. усаглашавање са поменутим стандардима.

Најпре је неопходно у основним цртама скицирати садржину чл. 6, ст. 1 Конвенције.[6] Каталог посебних права садржаних у чл. 6, ст. 1 Конвенције, обухвата како она експлицитно наведена, тако и она која је Европски суд за људска права (у даљем тексту: „Суд“) у својој пракси признао као имплицитно садржана. Експлицитно наведена су права на правичну расправу, јавну расправу,[7] расправу пред независним, непристрасним и на основу закона образованим судом, на суђење у разумном року[8] и на јавно изрицање пресуде. Поред наведених, Суд

[5] Још једна ствар коју ваља имати у виду јесте Препорука о провери усаглашености предлога закона, постојећих закона и управне праксе са стандардима наведеним у Европској конвенцији о људским правима, коју је донео Комитет министара Савета Европе. Она, између осталог, предвиђа установљавање одговарајућих и делотворних механизама за проверу усаглашености постојећих закона, других прописа и управне праксе са Конвенцијом, као и механизама који ће осигурати њихово усаглашавање, тј. механизама ревизије постојећих прописа и праксе, *Препорука Рец(2004)5 Комитета министара земљама чланицама о провери усаглашености предлога закона, постојећих закона и управне праксе са стандардима наведеним у Европској Конвенцији о људским правима*, усвојена 12. маја 2004. године, *www.zastupnik.gov.rs/dokumenti/*, *29.* септембар *2009*. Овај рад има управо за циљ да провери усаглашеност постојећих закона и управно(-судске) праксе, не само са Конвенцијом, већ и шире, и са препорукама Савета Европе.

[6] Чл. 6, ст. 1 Конвенције гласи: „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштите приватног живота странака, или у мери која је по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде“. Ставови 2 и 3 се односе на правично суђење у кривичном поступку.

[7] Иако домаћа управно-судска пракса садржински није у сагласности са захтевима чл. 6, ст. 1 Конвенције у погледу одржавања јавне расправе у управном спору, нећемо ово питање анализирати, јер је Република Србија ставила резерву на Конвенцију у том погледу, чл. 3, ст. 1, тач. 1 Закона о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

[8] У више пресуда Суда у случајевима против Републике Србије утврђена је повреда права на суђење у разумном року, а у извештају Комитета за правна питања и људска права из 2007. године, који делује у оквиру Парламентарне скупштине Са-

је у пракси, тумачењем Конвенције, утврдио да чл. 6, ст. 1 садржи и следећа имплицитна права – на приступ суду (право на тужбу), на присуство у поступку, на контрадикторан поступак, једнакост средстава странака, на доказивање и образложену пресуду.[9] Важно је поменути и да сам чл. 6, ст. 1 Конвенције није био оригинално намењен примени у управном (јавном) праву, већ је та могућност проистекла из праксе Суда.[10] Наиме, чл. 6, ст. 1 Конвенције се примењује у поступцима у којима се одлучује о грађанским правима и обавезама или кривичној оптужби. Реч је о два аутономна појма, одређена кроз праксу Суда. Суд је накнадно заузео став да се о „грађанским правима и обавезама" може одлучивати и у управном поступку, те самим тим, касније, и у управно-судском поступку.[11]

2. ПРАВО НА ПРИСТУП СУДУ

Анализа и поређење стразбуршких стандарда и домаћег управног спора биће изложени по редоследу јављања проблема у управно-судском поступку. Тако се као прва тема јавља право на приступ

вета Европе, Србија је заједно са још неким државама чланицама сврстана у групу замаља које немају делотворно средство поводом дугог трајања поступка, вид. С. Царић, „Проблеми који су уочени у правном систему Републике Србије у вези са првим пресудама Европског суда за људска права у односу на Србију, са посебним освртом на проблем суђења у разумном року", *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* (ур. С. Андрејевић) 4/2007, 214 – 216. Питање је да ли ће се овај став изменити сада када се започело са одлучивањем по уставној жалби од стране Уставног суда Србије. У сваком случају, реч је о системском проблему домаћег правосуђа које није карактеристично за управни спор и стога у раду неће бити посебно разматрано, иако је реч о озбиљној неусклађености домаћег права са Конвенцијом.

[9] R. Clayton, H. Tomlinson, *Fair Trial Rights*, reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, Oxford 2001, 88–9, Н. Мол, К. Харби, *Право на правично суђење, Водич за примену члана 6 ЕКЉП*, Савет Европе, Београд 2007, 11–95, А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2006, 160, C. Ovey, R. White, *European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2002[3], 151–170. О тумачењу Конвенције у пракси Суда вид. више Д. Поповић, „Аутономни концепти европског права људских права", *Анали Правног факултета у Београду* 4/2009, 121.

[10] Ово истиче Комитет министара Савета Европе у коментарима принципа из Препоруке о судској контроли управних аката, *Recommendation Rec(2004)20, Comments on principles,* para. 27.

[11] Као први случај у којем је дошло до проширења појма грађанска права и обавезе тако да он обухвати и нека од права и обавеза о којима се одлучује у управном поступку и управном спору наводи се случај Рингајзен против Аустрије (*Ringeisen v. Austria*), *ibid.*; за детаљнији списак грађанских права и обавеза о којима се одлучује у управном и управно-судском поступку вид. А. Јакшић, 164–168; Н. Мол, К. Харби, 25–31; G. C. Ovey, R. White, 146–150.

суду, право да о одређеним грађанским правима и обавезама у управном спору одлучује независни, непристрасни и на основу закона образовани суд (трибунал).[12]

Право на приступ суду није експлицитно наведено у тексту чл. 6 Конвенције, али је Суд још 1975. године у случају Голдер против Уједињеног Краљевства (*Golder v. United Kingdom*), заузео став да је ово право имплицитно садржано у чл. 6. Став Суда је да „би било незамисливо да чл. 6, ст. 1 детаљно опише процесне гарантије које стоје на располагању странкама у поступку, а да прво не заштити оно што стварно омогућава корист од тих гарантија, тј. приступ суду. Правичност, јавност и експедитивност судског поступка немају никакву вредност ако самог судског поступка уопште нема“.[13]

Право на приступ суду, између осталог, обухвата два права која ће се посебно разматрати – право иницирања поступка пред судом и право на правну помоћ у случају кад је она неопходна странки ради вођења поступка.

2.1. Право иницирања поступка пред судом

Право на приступ суду најпре подразумева право да се покрене поступак пред судом у домену у којем се чл. 6 Конвенције примењује *ratione materiae*,[14] тј. да се о грађанским правима и обавезама одлучује пред судом. То конкретно у управном праву значи да се мора пружити могућност покретања управног спора против сваког управног акта којим се одлучује о грађанским правима и обавезама. Суд у поменутом случају Голдер говори о свом односу према одлучивању о грађанским правима и обавезама искључиво од стране управних органа, без судске контроле. Суд у релевантном делу истиче: „када би се чл. 6, ст. 1 схватио тако као да се односи искључиво на вођење поступка који је већ покренут пред судом, држава уговорница би могла, не кршећи тај став, да се реши својих судова или да им одузме надлежност у одређеној категорији грађанских тужби

[12] Судом у смислу чл. 6 Конвенције – независним, непристрасним и на основу закона образованим судом – може се сматрати и орган управе ако испуњава наведене захтеве. Вид. *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, *Le Compte, van Leuven and De Meyere v. Belgium*, пресуда донета 23. јуна 1981. године, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, 25. септембар 2009; *Sramek v. Austria*, пресуда донета 22. октобра 1984. године, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, 25. септембар 2009; *Lauko v. Slovakia*, пресуда донета 2. септембра 1998. године, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, 25. септембар 2009; *Belilos v. Switzerland*, G. Dutertre, *Key case-law extraxts – European Court of Human Rights,* Council of Europe Publishing, Strasbourg 2003, 192; *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, G. Dutertre, 193.

[13] Н. Мол, К. Харби, 74–75.

[14] А. Јакшић, 175.

и повери их органима који су зависни од владе. Таква претпоставка, нераздвојна од опасности од арбитрерности, би имала озбиљне последице које су у нескладу са поменутим принципима и које Суд не би могао занемарити".[15] Ипак, право на приступ суду није апсолутно. Суд је у случају Ашингдејн против Уједињеног Краљевства (*Ashingdane v. United Kingdom*) утврдио услове за ограничавање овог права (касније названа Ашингдејн начела).[16] Наиме, држава уговорница ужива одређени степен дискреције при уређењу сопственог правосудног система, али ограничења права на приступ суду, прво, не смеју бити таква да осујећују саму суштину овог права, и друго, морају следити легитимни циљ и мора постојати пропорционалност између коришћених средстава и циља којем се тежи.[17]

Препорука о судској контроли управних аката иде даље од Конвенције, те као свој први принцип предвиђа да сви управни акти (укључујући и оне којима се не одлучује о грађанским правима и обавезама) треба да буду подвргнути судској контроли.[18] Ово обухвата и судску контролу законитости правно везаних елемената дискреционих управних аката.[19]

ЗУС у чл. 9 одређује управне акте против којих се не може водити управни спор (негативна енумерација). Став 2 тог члана дозвољава да се законом искључи могућност вођења управног спора против одређених управних аката, чак и ако није обезбеђен други облик судске заштите. Овакво законско решење није у складу са Уставом,[20] а довело је и до одступања од права на приступ суду у

[15] G. Dutertre, 184; Уставни суд Аустрије је још раније поводом оваквог тумачења чл. 6 Конвенције од стране Суда истакао да ће овлашћења различитих управних органа у Аустрији да одлучују о одређеним грађанским правима и обавезама морати да буду пренета у надлежност судова у смислу чл. 6, вид. Више T. Ohlinger, „Austria and Article 6 of the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law* 1/1990, *http://www.oxfordjournals.org/our_journals/ejilaw/about.html*, 18. септембар 2009, 290.

[16] Н. Мол, К. Харби, 75; Као пример легитимних и пропорционалних ограничења наводи се ускраћивање права на тужбу у случају вексаторних парница или парница незнатне вредности, А. Јакшић, 177.

[17] *Ibid.*

[18] *Recommendation Rec(2004)20, Principle 1a*, штавише, дефиниција управног акта у Препоруци обухвата и опште правне акте управе и управне радње.

[19] *Recommendation Rec(2004)20, Comments on Principles,* para. 30; Питање судске контроле законитости дискреционих управних аката је детаљније регулисано у Препоруци Савета Европе о вршењу дискреционих овлашћења од стране управних органа, усвојеној 11. марта 1980. године, *Recommendation No. R (80) 2 Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities, http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/Conv_Rec_Res/Recommendation(80)2.asp,* 24. септембар 2009, Appendix, Principle IV.

[20] Тако и З. Р. Томић, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2009[5], 353; Уставни суд Србије је ут-

домаћем праву, и то одступања и од Конвенције и од Препоруке о судској контроли управних аката.

Законом о планирању и изградњи[21] искључује се право на покретање управног спора против другостепеног решења министарства надлежног за послове финансија и економије донетог по жалби на решење општинске, односно градске управе о престанку права коришћења грађевинског земљишта под условима предвиђеним тим законом (чл. 86). Овај поступак несумњиво има утицај на грађанска права и обавезе приватних лица, и то на стварна права на непокретностима, која су за њих од виталног значаја. Искључење права на судску заштиту у овој области је у супротности са Конвенцијом из два разлога. Прво, министарство се не може сматрати судом у смислу чл. 6 (независним, непристрасним и на основу закона образованим трибуналом). Друго, искључење права на вођење управног спора у овом случају би тешко могло да задовољи Ашингдејн начела, тј. тешко би се могло аргументовано бранити да је оно легитимно, сразмерно и такво да не осујећује саму суштину права на судску заштиту у овој области.[22, 23]

Постоје у домаћем праву и поступци који се окончавају доношењем управног акта којим се не одлучује о грађанским правима и обавезама, а против којих није дозвољена било каква судска заштита. У овим случајевима није реч о кршењу Конвенције, али таква решења

врдио да су одредбе Закона о полицији (*Службени гласник РС*, бр. 101/2005) којима се искључује могућност вођења управног спора против акта о распоређивању и стицању звања, ванредном унапређењу, превременом и ванредном стицању вишег звања неуставне, Одлука Уставног суда, ИУ број 68/2006 од 9. јула 2009. године, објављена у *Службеном гласнику РС*, бр. 63/2009 од 7. августа 2009. године.

[21] *Службени гласник РС*, бр. 47/2003 и 34/2006.

[22] Ово законско решење је критиковано и у домаћој управно-судској пракси, вид. Љ. Пљакић, „Значај управно-судске праксе за измену (усаглашавање) закона“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* (ур. С. Андрејевић) 2/2008, 400–401.

[23] У овој категорији се може навести и чл. 19 Закона о страним улагањима (*Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља) који предвиђа да је страном улагачу неопходна сагласност [савезног] органа надлежног за послове одбране како би могао да учествује у оснивању, односно да уложи у предузеће у области производње и промета оружја. Против решења којим је одбијен захтев за давање наведене сагласности дозвољена је жалба [савезној] влади, против чијег је коначног решења искључено право вођења управног спора. С обзиром на имовински карактер права, овај поступак би вероватно спадао у домен чл. 6 Конвенције. Иако се наведени органи не могу сматрати судом у смислу чл. 6, ипак се чини да је искључење управног спора у овом случају у складу са Конвенцијом. Наиме, чини се да је поменуто искључење у сагласности са Ашингдејн начелима, тј. да следи легитимни циљ (одбрана државе) и да постоји пропорционалност између коришћених средстава и циља којем се тежи. Остаје наразјашњено питање да ли би ово законско решење било у складу са Препоруком о судској контроли управних аката.

нису у складу са Препоруком о судској контроли управних аката која захтева судску контролу свих управних аката. Тако Закон о оружју и муницији[24] искључује управни спор у односу на другостепена решења министра унутрашњих послова донета по жалби на: решење о одбијању захтева за издавање одобрења за набављање оружја, односно муниције (чл. 8), решење о одбијању захтева за ношење оружја за личну безбедност (чл. 11а), решење о забрани ношења оружја и одузимању дозволе за ношење оружја (чл. 11б), решење о одузимању оружног листа, односно одобрења за држање оружја, оружја и муниције (чл. 24). Дејство ускраћивања судске заштите у овим стварима је појачано широким дискреционим овлашћењима органа управе и посебно тзв. квазидвостепеношћу,[25] тј. ситуацијом у којој по жалби на првостепено решење подручне јединице органа државне управе решава министар који се налази на челу истог тог органа државне управе.[26]

Право на судску заштиту у овим случајевима би се могло остварити коришћењем уставне жалбе. Уставом је предвиђено да се уставна жалба може изјавити Уставном суду Србије против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту (чл. 170 УРС). Чл. 82 Закона о Уставном суду[27] проширује могућност изјављивања уставне жалбе и на случајеве у којима је законом искључено право на судску заштиту ових права и слобода. Уставни суд Србије је заузео став да ће се сматрати да су правна средства у управном поступку исцрпљена доношењем одлуке по жалби у управном поступку ако је искључена могућност вођења управног спора.[28]

---

[24] *Службени гласник РС*, бр. 9/1992, 4/1998, 39/2003.

[25] З. Р. Томић, „Сукцесивност управне и управно-судске заштите“, *Правни живот* 10/2007, 541.

[26] Постојали су раније и други примери ове категорије поступака у којима је искључено право вођења управног спора: коначно решење о одбијању захтева за издавање одобрења за оснивање удружења странаца, односно решења којим се забрањује рад удружења странаца (Закон о друштвеним организацијама и удрућењима грађана, *Службени гласник СРС*, бр. 24/82, 39/83 – испр., 17/84, 50/84, 45/85 и 12/98 и *Службени гласник РС*, бр. 53/93, 67/93, 48/94 и 101/2005 – др. закон, чл. 70), али је такво решење накнадно измењено (тј. дозвољено је вођење управног спора против другостепеног решења министра) новим Законом о удржењима (*Службени гласник РС,*бр. 51/2009).

[27] *Службени гласник РС*, бр. 109/2007.

[28] Ставови Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби усвојени на редовним седницама од 30. октобра 2008. године и 2. априла 2009. године, *Ставови уставног суда* (збирка правних ставова Уставног суда о процесноправним и одређеним уставноправним питањима везаним за надлежност и рад Уставног суда, усвојених у периоду од 1991. до 2009. године), Уставни суд, приредила С. Стојковић, Београд 2009, 46.

Дакле, у раније поменутим случајевима право на приступ суду би се могло остварити подношењем уставне жалбе. Ипак, јављају се два проблема. Први, право о којем се одлучује у поступку у којем је искључена могућност вођења управног спора не мора нужно бити зајемчено Уставом (на пример, право на издавање одобрења за набављање оружја, односно муниције). Друго, питање је да ли би поступак одлучивања по уставној жалби могао да пружи све потребне гаранције правичног суђења предвиђене Конвенцијом и Препоруком о судској контроли управних аката, у погледу, на пример, утврђивања чињеница (вид. ниже).[29]

2.2. Право на правну помоћ

Право на приступ суду мора бити делотворно, а не илузорно, те оно обухвата и право тужиоца на правну помоћ у случају да нема средстава да покрене и води поступак. Овде треба указати на две врсте правне помоћи које треба да се пруже. Прва је ослобођење од трошкова покретања и вођења поступка, а друга је обезбеђење бесплатног професионалног правног заступања. Суд је у погледу потоње утврдио да се правна помоћ, у поступку одлучивања о грађанским правима и обавезама,[30] мора пружити у две врсте случајева – када то захтева сложеност предмета и када је правно заступање обавезно.[31]

Право на ослобађање од трошкова покретања поступка и право на правну помоћ предвиђа и Препорука о судској контроли управних аката.[32] Посебно значајна и детаљна у овој области је Резолуција Савета Европе о правној помоћи и правним саветима, усвојена 2. марта 1978. године.[33] Резолуција, поред осталих, изричито наводи и судске поступке у којима се одлучује о управним стварима, као поступке у којима треба пружити правну помоћ лицима којима је то неопходно.[34] Правна помоћ обухвата и пружање професионалног правног заступања (поред покривања других трошкова поступка) и

[29] Такође, Закон о Уставном суду не предвиђа могућност одржавања јавне расправе у поступку одлучивања по уставној жалби (чл. 37), које представља једну од гаранција правичног суђења која је предвиђена и у чл. 6, ст. 1 Конвенције и у Препоруци о судској контроли управних аката, *Recommendation Rec(2004)20, Principle 4f.*.

[30] Ово право је у поступцима који се тичу грађанских права и обавеза изведено из права делотворан на приступ суду тумачењем Конвенције од стране Суда, док у погледу одлучивања о кривичној оптужби, такво право је изричито предвиђено у чл. 6, ст. 3, тач. ц Конвенције.

[31] *Airey v. Ireland* и *Gnahove v. France*, К. Рид, 150.

[32] *Recommendation Rec(2004)20, Principle 2d.*

[33] *Resolution (78) 8 on Legal Aid and Advice, http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/Conv_Rec_Res/Resolution(78)8.asp,* 24. септембар 2009.

[34] *Principle 1, ibid.*

то не само где је такво заступање по закону обавезно, већ и где је то неопходно узимајући у обзир околности конкретног случаја.[35] Резолуција пружа и додатне погодности у погледу система правне помоћи, тако што проширује круг лица која имају право на правну помоћ на она која могу платити само део трошкова поступка и тако што предвиђа увођење ревизије одлуке којом се одбија пружање правне помоћи, од стране истог или вишег тела.[36, 37]

У погледу ослобађања од трошкова покретања и вођења управно-судског поступка, чл. 59 ЗУС-а предвиђа сходну примену Закона о парничном поступку[38] (чл. 164 – 169). У пракси домаћи судови у управном спору сходном применом ЗПП-а ослобађају странке од трошкова које оне имају према суду, тј. од такси за тужбу и пресуду, ако оне то затраже и испуњавају услове. Чак и кад то не би био случај, таксе у управном спору су мале вредности и тешко да би Суд утврдио повреду чл. 6 Конвенције када би се такав случај нашао пред њим. Проблем се јавља у погледу другог облика правне помоћи, тј. обезбеђења бесплатног професионалног правног заступања у управном спору. Наиме, чл. 60 ЗУС-а предвиђа да у управним споровима свака странка сноси своје трошкове. Овде не може доћи до сходне примене ЗПП-а.[39] У пракси се могу појавити случајеви у којима је странкама потребно професионално правно заступање због сложености предмета односно важности ангажованог интереса – на пример, у стварима одређивања старатеља или хранитеља, давања деце на усвајање, одређивања личног контакта деце с родитељем којем нису поверена, социјалног осигурања, социјалне помоћи, а да оне не могу из сопствених средстава да обезбеде такво заступање. Постојеће законско решење у таквим случајевима онемогућава пружање правне помоћи, а то би се могло сматрати повредом права на (делотворан) приступ суду у смислу чл. 6 Конвенције и не би било у складу са решењима из Препоруке о судској контроли управних аката и две наведене резолуције.

---

35 *Principle 5, Principle 3, ibid.*

36 *Principle 2, Principle 7, Commentary,* para. *21, ibid.*

37 Код питања правне помоћи важно је напоменути да је Комитет министара Савета Европе усвојио 18. фебруара 1976. године Резолуцију о правној помоћи у грађанским, трговинским и управним стварима, којом предлаже државама чланицама да све погодности система пружања правне помоћи које важе за њихове држављане треба да буду пружене и држављанима других држава чланица и свим другим физичким лицима која имају пребивалиште на територији државе у којој се води поступак, *Resolution (76) 5 on Legal Aid in Civil, Commercial and Administrative Matters, http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/Conv_Rec_Res/Resolution(76)5.asp,* 24. септембар 2009.

38 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2004.

39 Пресуда Врховног суда Србије у предмету У. 6057/2006(2), донета 30. маја 2007. године, преузета из електронске базе *ParagrafLex*.

3. ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ

Пошто приступи суду у смислу чл. 6 Конвенције, тужилац се може наћи у ситуацији да му је неопходна претходна привремена заштита суда у виду одлагања извршења оспореног управног акта.

Препорука о судској контроли управних аката предвиђа да би суд требало да буде овлашћен да изда привремене мере до окончања поступка који је пред њим покренут.[40] У коментарима принципа[41] Препорука о судској контроли управних аката упућује на Препоруку Комитета министара Савета Европе о привременој судској заштити у управним стварима.[42] Потоња препорука је главни извор стразбуршких стандарда у овој области.

Препорука о привременој судској заштити у управним стварима детаљније регулише надлежност, време издавања и врсте привремених мера издатих од стране суда, а у рудиментарном облику и услове за њихово издавање. Надлежан за издавање привремених мера треба да буде суд пред којим је оспорен управни акт или други суд.[43] Тужилац би могао да тражи, а суд би био овлашћен да изда привремене мере било у току судског поступка по тужби против оспореног акта, било пре покретања тог поступка у случају хитности или ако је поднета управна жалба која нема суспензивно дејство, а поступак по жалби још није окончан.[44] Препорука наводи да привремене мере могу бити потпуно или делимично одлагање извршења оспореног управног акта, потпуно или делимично враћање стања ствари које је постојало у тренутку када је управни акт донет или у неком каснијем тренутку, као и наметање других одговарајућих оба-

---

40 *Recommendation Rec(2004)20, Principle 5d.*

41 *Ibid, Comments on principles,* para. 95.

42 *Recommendation No. R (89) 8 of the Committee of Ministers to Member States on Provisional Court Protection in Administrative Matters*, усвојена 13.септембра 1989. године, *http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/Conv_Rec_Res/Recommendation(89)8.asp,* 24. септембар 2009.

43 *Principle I, ibid;* Треба поменути да у коментарима принципа Препорука о судској контроли управних аката, иако упућује на Препоруку о привременој судској заштити у управним стварима, не преузима дословно текст исте, те наводи да се тужилац, за привремену заштиту, може обратити суду или *другом надлежном телу*, *Recommendation Rec(2004)20, Comments on principles,* para. 95. То би се могло тумачити као могућност одређивања управних органа као надлежних за издавање привремених мера. Сматрамо да је овде реч о погрешном преношењу значења Препоруке о привременој судској заштити у управним стварима која изричито у свим принципима и у њиховим коментарима наводи искључиво *суд* као надлежан за привремену заштиту, *Recommendation No. R (89) 8.*

44 *Principle I, Recommendation No. R (89) 8.*

веза управи које су у складу са овлашћењима суда.[45] Код услова за пружање привремене судске заштите, Препорука уопштено наводи да суд при издавању привремених мера треба да узме у обзир све релевантне чиниоце и интересе.[46] У коментару овог принципа стоји да интереси који треба да буду узети у обзир јесу интереси друштва, адресата акта и евентуалних трећих заинтересованих лица.[47] Поред овог генералног критеријума, Препорука наводи и две конкреније околности које би требало да претегну у корист тужиочевог захтева за привременом заштитом. Прва, да извршење оспореног управног акта може изазвати озбиљну штету која би се тешко могла отклонити и друга, да постоје *prima facie* разлози (аргументи) против ваљаности оспореног управног акта.[48]

Док се првој околности (критеријуму) тешко шта може замерити, другој може. Други критеријум претпоставља, па макар и претходно и привремено, сагледавање суштине самог спора, тј. испитивање ваљаности оспореног управног акта. Навођење овог критеријума је у контрадикцији са каснијим принципом да привремене мере не смеју ни на који начин да прејудицирају коначну одлуку суда у погледу оспореног акта.[49] Чак и да није наведен овај принцип, сама провизорна природа овакве заштите не би дозвољавала коришћење оваквог критеријума за издавања привремених мера. Сматрамо да би услове за издавање привремених мера требало уредити законодавством држава чланица, а да би као евентуални путокази могли да послуже прва горе наведена околност (озбиљна, тешко отклоњива штета) и критеријум који се наводи у Препоруци, али у коментару другог члана,[50] а то је да тужба против управног акта није очигледно (*prima facie*) неоснована.

Домаћа судска пракса и законодавство у овој области нису у складу са стразбуршким стандардима. Што се праксе тиче, судови у управном спору не издају привремене мере.[51] Већ то, само по себи, представља несагласност са наведеним препорукама. Али, и поред

[45] *Principle III, ibid.*

[46] *Principle II, ibid.*

[47] *Explanatory Memorandum, para. 12, ibid.*

[48] *Principle II, Explanatory Memorandum, para. 13, ibid.*

[49] *Principle III, ibid.*

[50] *Explanatory Memorandum, para. 14, ibid.*

[51] Решење Окружног суда у Новом Саду, У. 577/2003 од 1. октобра 2004. године, преузето из електронске базе ParagrafLex, у сентенци стоји да ће суд одбацити захтев за одређивање привремене мере у управном спору јер ЗУС-ом одређивање привремене мере није предвиђено. У решењу се суд позива и на правно становиште Врховног суда Србије по коме у управном спору није дозвољено одређивање привремене мере; З. Поповић, „Сходна примена Закона о парничном поступку у

тога, неопходно је анализирати и законодавна решења, како би се утврдили разлози за такву праксу судова и уочила могућа решења овог проблема. За привремене мере у управном спору од важности су одредбе чл. 16 и 59 ЗУС-а, ЗПП-у и Закону о извршном поступку.[52]

Чл. 16 ЗУС-а предвиђа да тужба у управном спору нема суспензивно дејство, али да изузетно орган који је донео оспорени акт или орган који је надлежан за његово извршење (ако је у питању други орган) могу одложити извршење до правоснажности судске одлуке. Извршење се може одложити ако би оно нанело тужиоцу штету која би се тешко могла поправити, а одлагање није противно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа ненакнадива штета противној странци. Орган је овлашћен да одложи извршење и из других разлога, ако то није у супротности са јавним интересом. Сматрамо да су услови (разлози) предвиђени за одлагање извршења оспореног управног акта добро постављени. Они прате логику препорука Савета Европе у смислу да се као релевантни елементи разматрају могућност наступања тешко отклоњиве штете, јавни интерес (у Препоруци одређен као интерес друштва), као и интерес противне странке из управног поступка, тј. лица чији је интерес да се оспорени управни акт изврши без одлагања, уз остављање додатне могућности за одлагање извршења из других разлога. Ипак, оно што је есенцијално за ову врсту провизорне заштите – надлежност суда за њено пружање, је изостављено. Наиме, питање је колико је реално очекивати од органа који је донео оспорени управни акт или од органа који је надлежан за његово извршење, а који је, по правилу, на нижем ступњу управне хијерархијске лествице од органа чији коначни (најчешће другостепени) акт извршава, да ће одложити извршење оспореног управног акта.[53] Поред овога, треба нагласити да стандарди Савета Европе у овој области предвиђају могућност интервенције суда још док траје управни поступак ако управна жалба нема суспензивно дејство, а да наше законодавство иде у супротном смеру, на уштрб овлашћења суда, те предвиђа могућност органа управе да о овако важном питању одлучују уместо суда по окончању управног поступка.

Чл. 59 ЗУС-а упућује на сходну примену ЗПП-а на питања која нису регулисана ЗУС-ом. У домаћем парничном поступку постоји

управном спору“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* (ур. Д. Слијепчевић), Intermex, Београд бр. 2/2005 492.

[52] Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004.

[53] Закон о банкама (*Службени гласник РС*, бр. 107/2005) иде још даље, забрањујући да тужба под било којим условом одложи извршење решења Народне банке Србије донетог у поступку контроле бонитета и законитости пословања банака, или у поступку решавања о правима, обавезама и правним интересима лица (чл. 9).

и законска могућност и пракса издавања привремених мера. Привремене мере које се издају у парничном поступку своју законску подлогу налазе у чл. 449 ЗПП-а који регулише привремене мере у парницама због сметања државине и чл. 291 – 303 ЗИП-а, којима се обезбеђује извршење новчаних и неновчаних потраживања.[54] Чл. 291 ЗИП-а омогућава издавање привремених мера у судском и управном поступку, што значи и у управном спору. Ипак, сматрамо да домаћи судови не би могли да донесу привремену меру у управном спору с позивом на ЗПП или ЗИП из два разлога. Прво, зато што природи захтева у управном спору, а то је поништење управног акта, као привремене мере одговарају одлагање извршења или реизвршење (противизвршење) у случају да је оспорени управни акт већ извршен. То су, уосталом, мере које се наводе у препорукама Савета Европе. Привремене мере које су предвиђене ЗПП-ом и ЗИП-ом имају за циљ да спрече насиље или противправно оштећење код државинских спорова, односно да обезбеде накнадно извршење потраживања. Овакве мере по природи ствари не одговарају управном спору, посебно спору за поништење управног акта, а чак и када би судови чешће судили у пуној јурисдикцији, захтев који тужилац има према управи, а који би тада евентуално услишио суд, не односи се на потраживање, већ на признавање неког права, односно ослобађање од или умањење неке обавезе. Друго, питање одлагања извршења оспореног управног акта на основу тужбе суду је регулисано ЗУС-ом (непримерено, као што смо већ рекли), те би тешко могло доћи до сходне примене ЗПП-а или било какве примене ЗИП-а по том питању. Једина привремена мера предвиђена ЗИП-ом која би се могла, теоретски замисливо, применити, би била мера забране отуђења или оптерећења покретне ствари, односно њено одузимање и поверавање другом субјекту на чување (чл. 303, ст. 1, тач. 1 ЗИП-а) у ситуацији у којој би тужбени захтев био управљен и на повраћај ствари (чл. 25, ст. 2 ЗУС-а). Овај случај остаје у домену теорије, јер судови досад нису решавали у овој врсти спора пуне јурисдикције.[55]

Намеће се закључак да је пракса судова у погледу (не)издавања привремених мера у управном спору одраз законодавних решења која такву могућност не пружају. У коментарима принципа из Препоруке о привременој судској заштити наводи се и сврха такве за-

[54] Налазе основу и у чл. 198 Породичног закона, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, али реч је о закону који се не може применити на процесна питања у управном спору и о привременим мерама које очигледно нису примерене управном спору.

[55] Уколико би се по истом законском основу у управном спору тражила накнада штете, било би непримерено да се према органима управе предузимају привремене мере за обезбеђење новчаног потраживања.

штите. Стоји да њен циљ „није да онемогући ефикасно деловање јавних тела, већ да очува правичност која треба да претегне у односима појединаца и управе. *Гарантовање те правичности је посао суда*“ [56] (*подвукао* аутор).

4. УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У УПРАВНОМ СПОРУ

Суштину управно-судског поступка чини оцена законитости оспореног управног акта, тј. оцена навода тужбе. Тужилац може побијати управни акт по основу изостале или погрешне примене материјалног права, ненадлежности органа који је донео оспорени управни акт и/или повреде правила поступка, укључујући ту и неправилно утврђено чињенично стање, односно извођење неправилног закључка у погледу чињеничног стања (чл. 10 ЗУС-а). Под овим насловом размотрићемо и упоредити стразбуршке стандарде и законска решења и праксу домаћих судова у погледу оцене чињеничног стања утврђеног у управном поступку и питање утврђивања чињеничног стања од стране самог суда у управном спору.

У случају Ле Комт, Ван Лувен и Де Мејер против Белгије (*Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*),[57] Суд истиче да, у складу са чл. 6 Конвенције, у поступку одлучивања о грађанским правима и обавезама и правна и чињенична питања морају бити разматрана од стране суда у смислу чл. 6 Конвенције (независног, непристрасног и на основу закона образованог трибунала).[58] Наиме, у наведеном случају тужиоци, лекари по професији, су били дисциплински кажњени од стране надлежних органа националног медицинског удружења којем су припадали (*Ordre des medecins*). Поступак у којем је право тужилаца да пружају медицинске услуге суспендовано на одређени временски период је био двостепен. Одлука другостепеног органа удружења се могла побијати тужбом пред Касационим судом, али само у погледу права, не и у погледу чињеница.[59] Став тужене државе је био да су захтеви из чл. 6 Конвенције испуњени самим тим што су правна питања могла бити разматрана пред Касационим судом, који неспорно представља суд у смислу чл. 6, и да, стога, другостепени орган удружења није морао да испуњава ове услове.[60] Суд је

[56] *Recommendation No. R (89) 8, Explanatory Memorandum, para. 12.*

[57] *Le Compte, van Leuven and De Meyere v. Belgium*, пресуда донета 23. јуна 1981. године, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, 15. септембар 2009.

[58] *Ibid,* para. 51.

[59] *Ibid.* para. 8–19.

[60] *Ibid,* para. 51.

одбацио овај аргумент тужене државе и истакао да чињенице морају бити утврђене или бар накнадно проверене од стране суда у смислу чл. 6, и да у конкретном случају другостепени орган удружења мора испуњавати услове за суд у смислу чл. 6, да не би дошло до повреде овог члана.[61] Суд је у својим каснијим пресудама тумачио чл. 6 Конвенције на начин да су задовољени захтеви које он прописује, ако је управни суд био надлежан да испита све примедбе тужиоца и да утврди (или бар провери) све релевантне чињенице.[62] Тако је Суд у случају Тера Вонинген Б. В. против Холандије (*Terra Woningen B.V. v. The Netherlands*) утврдио да је повређен чл. 6 Конвенције, јер је окружни суд одбио да преиспита оспорено чињенично стање које утврдио управни орган, а одбио је и да сам утврди релевантне чињенице.[63] Суд је закључио да тужилац није имао приступ суду који је имао надлежност да одлучи о случају који се нашао пред њим.[64]

Да резимирамо: да не би био прекршен чл. 6, ст. 1 Конвенције, чињенично стање мора бити утврђено од стране органа који се може сматрати судом у смислу чл. 6 или чињенично стање које је утврдио орган који не испуњава ове услове мора бити подвргнуто контроли од стране суда који испуњава услове из чл. 6.

Препорука о судској контроли управних аката предвиђа да суд треба да буде у позицији да испита сва правна и чињенична питања која су од значаја за решавање случаја.[65] У коментару наведеног принципа упућује се на релевантну праксу Суда по којој суд мора бити надлежан да сам утврди релевантне чињенице или да барем исправи грешке у погледу утврђеног чињеничног стања.[66] Друга могућност, према Препоруци, обухвата и ситуацију у којој се суд мора ослањати на чињенично стање утврђено од стране управног органа, с тим да „поступак пред управним органом треба да пружи гаранције које се односе на поступак доношења одлуке“ и да суд има могућност да провери, прво, да је утврђено чињенично стање засновано на „довољно разумним доказима“ и, друго, да управни акт не представља резултат закључка који ниједан управни орган, поступајући правилно, не би

[61] *Ibid.* У наведеном случају је Суд нашао да другостепени орган удружења заиста јесте на основу закона образован, независан и непристрасан суд, тј. суд у смислу чл. 6.

[62] *Potocka and others v. Poland*, пресуда донета 4. октобра 2001. године, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, 15. септембар 2009, para. 57.

[63] *Terra Woningen B.V. v. The Netherlands*, пресуда донета 28. новембра 1996. године, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, 23. септембар 2009, para. 51–54.

[64] *Ibid.*

[65] *Recommendation Rec(2004)20, Principle 4e.*

[66] *Ibid, Comments on principles,* para. 70.

извукао из утврђених чињеница.[67] Остаје нејасно које су то гаранције које се захтевају у поступку пред управним органом. Узимајући у обзир чињеницу да се на овом месту у Препоруци упућује на случај из праксе Суда,[68] сматрамо да је у ствари реч о захтеву да сам управни орган који утврђује чињенично стање испуњава услове за суд у смислу чл. 6 Конвенције. Може се закључити да се Препорука у овој области у потпуности ослања на Конвенцију и праксу Суда, те да су у том смислу, њихови захтеви по овом питању истоветни.

Законодавна решења и пракса судова у домаћем управном спору су по овом питању, углавном, у складу са Конвенцијом и Препоруком о судској контроли управних аката. Као што је већ поменуто, чл. 10 ЗУС-а предвиђа могућност оспоравања управног акта због неправилно (непотпуно или погрешно) утврђеног чињенично стање, односно због извођења неправилног закључка у погледу чињеничног стања. Даље, чл. 38, ст. 1 ЗУС-а предвиђа да суд решава спор, по правилу на основу чињеница које су утврђене у управном поступку, с тим да чл. 38, ст. 2 ЗУС-а овлашћује суд да поништи оспорени управни акт и обавезује надлежни орган да поступи у складу са пресудом и донесе нови управни акт, уколико суд нађе да се спор не може расправити на основу чињеница утврђених у управном поступку. Суд може доћи до оваквог закључка ако у погледу утврђених чињеница постоје противречности у списима, ако су оне у битним тачкама непотпуно утврђене, ако је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања или ако нађе да су у управном поступку повређена правила поступка што је било од утицаја на решавање ствари. Чл. 38, ст. 3 и 4 ЗУС-а пружају могућност суду да сам утврди чињенично стање и да на основу њега донесе пресуду. Суд ће сам утврђивати чињенично стање ако би поништавање оспореног управног акта и поновно вођење поступка пред надлежним органом изазвало за тужиоца штету која би се тешко могла поправити, ако је на основу јавних исправа или других доказа у списима предмета очигледно да је чињенично стање друкчије од оног које је утврђено у управном поступку или ако је у истом спору већ поништен управни акт, а надлежни орган није у потпуности поступио по пресуди. Суд утврђује чињенично стање на усменој расправи, или преко једног члана већа или преко другог суда, или преко другог органа. Дакле, ЗУС је у овом погледу у складу са Конвенцијом и Препоруком, јер садржи одредбе по којима је суд заиста надлежан да расправи сва правна и чињенична питања. Одређене замерке би се могле упутити одредби чл. 38, ст. 3 која прописује услове за утврђивање чињеничног стања од стране самог суда у управном спору, јер ограничења у овом

[67] *Ibid.*

[68] *Ibid.* Упућује се на пресуду Суда у случају *Potocka and Others v. Poland.*

погледу нису у складу са Конвенцијом и Препоруком, које пружају суду безусловну могућност да сам, кад год то сматра потребним, утврди чињенично стање. Ипак, услови које ЗУС предвиђа су алтернативно и широко постављени, тако да би се тешко могло догодити у пракси да суд заиста жели да сам утврди чињенично стање, а да му ова одредба ту могућност ускраћује.

Несагласност домаћег законодавства и судске праксе са стразбуршким стандардима представља могућност суда да реши ствар и у случају када орган који је у управном поступку решавао ствар не достави списе предмета. Чл. 31, ст. 3 ЗУС-а прописује обавезу туженог органа да у року који му је остављен за достављање суду одговора на тужбу, достави и све списе који се односе на предмет, а ако тужени и после другог захтева не достави списе предмета или ако изјави да их не може доставити, да суд *може* решити ствар и без списа. Овде се јављају два проблема.

Први, Препорука о судској контроли управних аката, предвиђа да управни орган мора доставити суду документа и информације које су од значаја за решавање ствари, осим ако национално право предвиђа изузетке у важним случајевима (на пример, документа која се односе на националну безбедност).[69] Приступ странака списима предмета је одређен као један од предуслова правичног суђења.[70] Препоруком се државе чланице упућују на два могућа начина обезбеђивања дејства ове одредбе, било путем наметања обавезе управном органу да достави све релевантне документе суду, било давањем овлашћења суду да захтева достављање ових докумената.[71] ЗУС обавезује тужени орган да достави све списе предмета суду, али не предвиђа санкцију за пропуст органа да поступи у складу са овом обавезом, те овакво законско решење не остварује сврху садржану у Препоруци.

Други проблем се јавља у случају кад надлежни орган није доставио списе, а тужбом је оспорено утврђено чињенично стање. Уколико би суд у таквом случају сам утврдио чињенично стање на усменој расправи или на други начин предвиђен чл. 38, ст. 3 и 4 ЗУС-а и накнадно решио ствар, захтеви Конвенције и Препоруке би свакако били испуњени.[72] Треба приметити да решавање ствари

[69] *Recommendation Rec(2004)20, Principle 4c*.

[70] *Ibid, Comments on principles,* para. 61–62.

[71] *Ibid, Comments on principles,* para. 63.

[72] У судској пракси је и заузет став да у случају да суд *одлучи* да реши ствар без списа, а чињенично стање није неспорно, да он мора претходно сам утврдити чињенично стање сходно чл. 38, ст. 3 и 4 ЗУС-а, пресуда Савезног врховног суда, Уж-6963/56 од 18. јануара 1957. године и пресуда Врховни суд Србије, Уби. I. 381/86 од 21. октобра 1986. године, цит. према С. Вуковић, *Коментар Закона о општем*

без списа предмета није предвиђено као обавеза, већ као могућност коју суд може користити. Оно што се, пак, у пракси дешава, јесте да судови ту могућност не користе, тј. не утврђују чињенично стање, већ поништавају оспорени управни акт, применом ове одредбе, са образложењем да, на пример, за чињенично стање на којем се он заснива нема подлоге у списима којима суд располаже или се акт поништава због непотпуног образложења.[73] Оваквим поступањем се ускраћује право тужиоцу да, у складу са праксом Суда и одредбама Препоруке о судској контроли управних аката, приступи суду који има надлежност да одлучи о свим правним и чињеничним питањима случаја, тј. ускраћује му се право на правично суђење. Штавише, као резултат оваквог кршења Конвенције, тужилац у управном спору је (под претпоставком да је потребно донети нови управни акт) препуштен (само)вољи управног органа који није поступио ни по налогу суда да достави списе предмета, а од којег се очекује да ће поступити по налогу суда да донесе одговарајући управни акт.

5. ИЗВРШЕЊЕ ПРАВОСНАЖНИХ СУДСКИХ ПРЕСУДА

Након спровођења поступка и доношења правоснажне судске пресуде, остаје још „само“ да се она изврши. У овом одељку размотрићемо реакцију судова на неизвршење правоснажних судских пресуда од стране органа управе. Оно што ће бити предмет анализе овог дела рада јесу законска решења која представљају одговор на овакво незаконито непоступање органа управе, овлашћења домаћих судова у оваквој ситуацији, као и учесталост њиховог коришћења.

Према пракси Суда, извршење донете судске одлуке је саставни део суђења у смислу чл. 6, ст. 1 Конвенције.[74] Суд истиче да је право на извршење пресуде саставни део права на суд и да би оно било илузорно уколико коначна обавезујућа судска одлука не би била из-

управном поступку и Закона о управим споровима, Пословни биро, Београд 2006[2], 237.

[73] В. Бачић, З. Р. Томић, *Коментар Закона о управним споровима*, *Службени лист СФРЈ*, Београд 1985, 134–135; М. Баровић, *Управни спор – са коментаром Закона о управним споровима и судском праксом*, *Службени гласник РС*, Београд 2004, 75; Врховни суд Србије је у пресуди у предмету У. 5644/2005, донетој 13. јула 2006. године, преузетој из електронске базе *ParagrafLex*, заузео став да ако тужилац у управном спору оспорава чињенично стање утврђено у управном поступку, а тужени орган ни после две интервенције не достави суду списе, управни суд је овлашћен да због тога поништи оспорено решење.

[74] *Hornsby v. Greece*, пресуда од 25. фебруара 1997. године, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, 15. септембар 2009, para. 40; *Jasiuniene v. Lithuania*, пресуда од 6. марта 2003. године, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, 15. септембар 2009, para. 27.

вршена на штету једне од страна, тј. „било би незамисливо да чл. 6, ст. 1 детаљно опише процедуралне гаранције које пружа учесницима у поступку – поступак који је правичан, јаван и брз – а да не штити имплементацију судских одлука“.[75] Дакле, неизвршење правоснажне судске пресуде представља кршење чл. 6, ст. 1 Конвенције.

Неизвршење судских пресуда је у супротности и са стандардима Савета Европе. Тако, Препорука о судској контроли управних аката предвиђа да морају постојати овлашћења неопходна да се осигура ефективно извршење судских одлука,[76] и у том смислу упућује на Препоруку Комитета министара државама чланицама о извршењу управних и судских одлука у области управног права.[77] У наведеној препоруци стоји да државе чланице морају осигурати извршење судских пресуда од стране органа управе у разумном року. За случај неизвршења, државе чланице би требало да установе посебну процедуру којом се остварује то извршење, на пример, путем наредби суда (*injunction*) или новчаних казни. Од држава чланица се захтева и да осигурају да ће орган управе који није извршио пресуду, као и лице које је у оквиру органа управе било надлежно, одговарати за то. [78]

Пре него што се сагледају домаћа законска решења и пракса, ваља споменути да су у области извршења судских одлука у домаћем правном систему већ регистровани одређени проблеми. Наиме, Република Србија је већ у одређеним случајевима пред Судом осуђена због неизвршења правоснажних судских пресуда,[79] а и у Извештају Комесара за људска права Савета Европе о посети Србији из 2008. године стоји да је неизвршење судских одлука један од проблема правосудног система Србије.[80]

ЗУС предвиђа да су пресуде донесене у управним споровима обавезне (чл. 4 ЗУС). Кад суд поништи оспорени акт, а према природи ствари је потребно донети нови управни акт уместо поништеног, надлежни орган је дужан да га донесе без одлагања, а најдоцније у

[75] *Ibid.*

[76] *Recommendation Rec(2004)20, Principle 5c*.

[77] *Recommendation Rec(2003)16 of the Committee of Ministers to member states on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law*, усвојена 9. септембра 2003. године *http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/operation_of_justice/enforcement_of_judgments/Rec_2003_16e.pdf,* 24. септембар 2009.

[78] *Ibid., Execution of judicial decisions regarding administrative authorities, General provisions.*

[79] На пример случајеви ЕВТ против Србије, пресуда од 21. јуна 2007. године и Томић против Србије, пресуда од 26. јуна 2007. године, С. Царић, 223–224.

[80] *Report by the Commissioner for Human Rights, Thomas Hammarberg, on his visit to Serbia (13–17 October 2008), http://www.unhcr.org/refworld/country,,COECHR,, SRB,,49b7981b0,0.html* 31. 9. 2009, *para*. 53.

року од 30 дана од дана достављања пресуде (чл. 61, ст. 1 ЗУС). Надлежни орган је при том везан правним схватањем суда, као и примедбама суда у погледу поступка (чл. 61, ст. 2 ЗУС). Иако је ЗУС-ом регулисана обавеза надлежног органа да изврши судску пресуду, њиме није прописана санкција за непоступање по овој одредби. У овом, као и у случају недостављања списа предмета, орган који је прекршио закон не може бити санкционисан, те остаје неостварена сврха чл. 6, ст. 1 Конвенције и помињаних препорука.

Пошто не постоји могућност да се надлежни орган натера да изврши судску пресуду, тужиоцу у управном спору остаје само могућност да се поново обрати суду. Ако надлежни орган донесе нови управни акт противно правном схватању суда или противно примедбама суда у погледу поступка, ЗУС овлашћује суд да такав акт поништи и сам реши управну ствар пресудом која у свему замењује акт надлежног органа (чл. 62, ст. 1 ЗУС). Ако надлежни орган не донесе нови управни акт у предвиђеном року суд може донети решење које у свему замењује акт надлежног органа (чл. 63, ст. 2 ЗУС). Овде је реч о два облика спора пуне јурисдикције у којима суд, поред судске ствари, тј. оцене законитости управног акта, решава и саму управну ствар својом одлуком. Дакле, према ЗУС-у, суд има могућност да отклони повреду Конвенције коју је учинио орган управе неизвршењем правоснажне судске пресуде. Пошто Конвенција и препоруке захтевају извршење судских пресуда у разумном року, суд би, правовременим коришћењем ових овлашћења могао да спречи њихово кршење. Проблем који смо приметили у овој области (поред непостојања санкција за орган управе који не изврши судску пресуду) јесте управо некоришћење ових овлашћења од стране суда. Наиме, судске пресуде, односно решења донета на основу чл. 62 и чл. 63 ЗУС-а се у пракси скоро никада не доносе (у сваком случају ређе него што се дешава да органи управе не изврше правоснажне судске пресуде). Такође, и у ретким случајевима у којима то судови чине, они то не чине правовремено. Тако је Врховни суд Србије у једном случају донео пресуду којом је на основу чл. 62, ст. 1 ЗУС-а сам решио управну ствар, али тек пошто надлежни орган није поступио по две раније донете пресуде овог суда, којима је оспорени акт био поништен.[81]

Произлази да се Конвенција и стандарди Савета Европе крше неизвршењем судских пресуда од стране органа управе и немогућношћу санкционисања таквог понашања, као и накнадним пропуштањем судова да коришћењем сопствених овлашћења правовремено отклоне овакве повреде.

[81] Пресуда Врховног суда Србије у предмету У. 3582/97, донета 12. новембра 1997. године.

6. ЗАКЉУЧАК

Управно-судска заштита ће у скоријој будућности претрпети организационе и законодавне измене. Ове измене треба искористити тако да оне суштински допринесу јачању позиције управног судовања и повећању нивоа заштите људских права и слобода у овој осетљивој области.

Идентификоване неусаглашености домаћег права и праксе са стразбуршким стандардима могу се разврстати према критеријуму начина њиховог отклањања. Тако, разликујемо две групе неусаглашености, оне код којих је неопходна искључиво законодавна измена, али и оне код којих је, поред законодавне, потребна и организациона измена, прецизније речено, јачање домаћих управно-судских капацитета. У прву групу спадају неусаглашености у погледу права иницирања поступка пред судом, права на правну помоћ и извршења судских пресуда. У другу групу спадају неусаглашености у погледу привремених мера и утврђивања чињеница у управном спору.

Најпре да образложимо шта сматрамо под организационом изменом, тј. јачањем управно-судских капацитета. Република Србије има више од две хиљаде судија, од којих у управном спору на свим нивоима одлучује њих тридесетак.[82] У том погледу није се далеко одмакло ни тренутном реформом правосуђа, која предвиђа да ће Република Србија убудуће имати 2.453 судије, од којих ће у Управном суду бити њих 36.[83] Множина и значај области у којима се преиспитује законитост коначних управних аката само увећава диспропорцију између значаја управно-судске заштите људских права и слобода и броја судија који у њој учествује. Нејасно је да ли држава немарно или намерно умањује могућност заштите права приватних лица у стварима у којима се наспрам њих налази најјачи могући противник – извршна власт. С друге стране, јасно је да законске измене које предлажемо у оквиру друге групе неусаглашености, неће имати ефекта уколико се будућем управном судству не буде доделио довољан број судија и сарадника који ће бити у могућности да, кад је то потребно, изврше

[82] Према подацима из 2004. године који се, највероватније, нису изменили, у управним споровима је одлучивало осамнаест судија из управног одељења Врховног суда Србије, шест судија из управног одељења Окружног суда у Београду, троје судија из управног одељења Окружног суда у Новом Саду, док у осталим окружним судовима у Србији нису формирана управна одељења, већ по управним предметима поступају судије које су распоређене у грађанско-правној материји, М. Саватић, „Оснивање и организација управног судства у Србији“, *Оснивање, организација и функционисање управног судства – законодавство и пракса неких европских* земаља (ур. В. Карановић, Љ. Павловић), Врховни суд Србије, Београд 2007, 10.

[83] Конкурс за избор судија у судове опште и посебне надлежности, *Службени гласник РС*, бр. 43/2009.

задатак заштите људских права и слобода од „левијатана“ извршне власти. Тако, не можемо очекивати да овако непримерено мали број судија ефикасно и ефективно пружи адекватну привремену заштиту и утврђује чињенице у хиљадама предмета годишње.[84]

Законодавне измене које предлажемо су следеће:

1. *У погледу права иницирања поступка пред судом у смислу чл. 6* – изменити законе у којима је кумулативно искључено вођење управног спора против одређеног управног акта и други облик судске заштите, тако да бар један од облика судске заштите буде обезбеђен.
2. *У погледу права на правну помоћ* – изменити чл. 60 ЗУС-а тако да суд може, поред ослобађања странке од обавезе плаћања судских такси, у одговарајућим случајевима, признати јој и право на бесплатно заступање.[85]
3. *У погледу привремених мера* – задржати постојеће услове за суспензивно дејство тужбе из чл. 16 ЗУС-а, али изменити надлежност за одлучивање о одлагању извршења оспореног решења у корист суда којем је тужба поднета. Такође, алтернативно, омогућити странкама да се обрате суду за одлагање извршења првостепеног решења кад је против њега могуће изјавити жалбу која нема суспензивно дејство, или омогућити странкама да се, по изјављивању тужбе надлежном суду, обрате истом са захтевом да се ствар врати у стање које је постојало пре извршења оспореног решења против којег се могла изјавити жалба без суспензивног дејства.
4. *У погледу утврђивања чињеница у управном спору* – прво, кумулативно, или барем алтернативно, утврдити санкције за орган управе који не достави списе предмета суду, као и дисциплинску одговорност службеника који је у оквиру тог органа био надлежан да то учини, и утврдити обавезу суда да у случају недостављања списа предмета мора сам утврдити чињенично стање (ако је оно од стране странке оспорено или ако постоје други разлози због којих је то неопходно ради оцене законитости оспореног управног акта) и на основу њега решити судску (а можда и саму управну) ствар (чл.

[84] Једна од тема за будући рад Пројектне групе за управно право Савета Европе јесте питање примереног броја предмета који ће се додељивати у рад судијама, тј. питање примереног броја судија у управном судству, Ј. Тишма-Јовановић, „Активности и закључци Пројектне и Радне групе Савета Европе за управно право (2003–2006. године)“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* (ур. Д. Слијепчевић) 2/2006, 622.

[85] Овакво решење постоји у ЗПП-у. З. Поповић сматра да би се одредба ЗПП-а о признавању права странци на бесплатно заступање кад је то нужно ради заштите њених права могла аналогно применити и у управном спору, З. Поповић, 487.

31 и 38 ЗУС-а). Друго, из чл. 38 ЗУС, изоставити услове за утврђивање чињеница од стране самог суда у управном спору, тј. омогућити суду да безусловно, кад год сматра да је то неопходно, сам утврди чињенице.

5. *У погледу извршења правоснажних судских пресуда* – прво, треба, као и код недостављања списа, предвидети одговорност органа и службеника за случај неизвршења пресуде (чл. 61 ЗУС-а). Друго, треба алтернативно, изменити судску праксу у предметима у којима је тужилац поднео тужбу због неизвршења правоснажне судске пресуде из ранијег управног спора (било да је донет нови управни акт који није у складу са пресудом, било да уопште није донет управни акт у извршењу пресуде, а то је било неопходно) или прописати рестриктивније услове за одлучивање у спору ограничене јурисдикције у оваквим случајевима. Први предлог подразумева измену постојеће судске праксе без измене ЗУС-а. Измена судске праксе подразумева да суд не треба да захтева испуњење услова из чл. 41, ст. 3 ЗУС-а (да природа ствари дозвољава одлучивање у спору пуне јурисдикције и да утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то) да би одлучивао у спору пуне јурисдикције када су испуњени услови из чл. 62 или 63 ЗУС-а.[86] Чл. 62 и 63 ЗУС-а су далеко рестриктивнији од чл. 41, ст. 3 у погледу могућности суда да одлучује у спору ограничене јурисдикције. Наиме, у чл. 62 стоји да ће суд поништити нови управни акт који је противан правном схватању суда или примедбама суда у погледу поступка и да ће *по правилу* сам решити ствар пресудом. „По правилу“ значи да суд само изузетно сме да одлучује у спору ограничене јурисдикције и да такво одлуку мора ваљано образложити. Чл. 63 ЗУС-а иде још даље, па за случај недоношења новог управног акта којим се извршава пресуда прописује *да ће суд донети решење које у свему замењује акт надлежног органа*. Произлази да чл. 63 не прописује никакве додатне услове за одлучивање у пуној јурисдикцији, нити се из текста овог члана може наслутити да суд има дискрециоино право да не донесе решење. Дакле, ослањањем на постојећи текст чл. 62 и 63 ЗУС-а и њиховом чешћом (и правилном) применом суд може решити проблем неизвршења судских пресуда. Алтернативно, поготово ако дође до увећања управно-судских капаците-

[86] Вид. пресуде Врховног суда Србије у предметима Уж. 133/92 донете 8. децембра 1992. године, У. 3582/97 донете 12. новембра 1997. године и Уж. 11/08, донету 19. јануара 2008. године, у којима се суд, поред чл. 62, позива и на чл. 41, ст. 3 ЗУС-а као основ за решавање у спору пуне јурисдикције.

> та без измене постојеће судске праксе, треба приступити законодавној измени. ЗУС треба изменити тако да постоји *обавеза* одлучивања у пуној јурисдикцији кад су испуњени услови из чл 62 или 63, осим у таксативно наведеним стварима (које апсолутно нису подобне за решавање од стране суда), уз остављање могућности да се посебним прописима у још неким стварима искључи могућност одлучивања у спору пуне јурисдикције.[87]

Завршавамо овај текст с напоменом да анализирани стразбуршки стандарди представљају само прихватљив заједнички минимум на нивоу држава чланица Савета Европе и да би домаћа управно -судска заштита требало да иде далеко преко тог нивоа у циљу заштите људских права и слобода. Све то с циљем јачања позиције судске наспрам извршне власти, и коначно, ради повратног благотворног дејства управно-судске заштите на квалитет рада органа управе.

Vuk Cucić, LLM

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

STRASBOURG STANDARDS IN ADMINISTRATIVE DISPUTE

Summary

This article follows current important organizational and legislative changes in the domestic administrative-court proceedings (administrative dispute). The ongoing judicial reform in Serbia includes creation of the Administrative Court, which should adjudicate administrative disputes in

[87] За сада, добра вест је да управо израђени Нацрт Закона о управним споровима (доступан на сајту Министарства за државну управу и локалну самоуправу, *http://www.drzavnauprava.gov.rs/pages/documents.php?id=16,* 29. октобар 2009) садржи решења којима се домаће право усаглашава са стразбуршким стандардима у погледу већине указаних несагласности. Тако, Нацрт не садржи одредбу по којој је могуће кумулативно искључење управног спора и другог облика судске заштите против одређеног управног акта (чл. 15). Нацрт уводи могућност суда да одлучује о трошковима поступка (чл. 59), што комбиновано са одредбом о сходној примени закона који регулише парнични поступак (чл. 65), омогућава ослобађање странке од свих трошкова поступка и пружање бесплатне професионалне правне помоћи, кад је то потребно. У чл. 21, ст. 2 Нацрта утврђена је надлежност суда који одлучује о управном спору, да одлучи и о захтеву за суспензивним дејством тужбе. Пооштрене су одредбе о одлучивању суда у спору ограничене јурисдикције у накнадном управном спору (чл. 61 и 62).

the first instance. A draft of the prospective Administrative Dispute Act is under development.

It is the intention of the author to contribute to the changes aimed at improvement of the administrative-court protection of the rights and freedoms of citizens and organizations in the Republic of Serbia. The author analyzes Strasbourg standards, and the level of harmonization of Serbian legislative solutions and case-law with these standards. Strasbourg standards encompass European Convention on Human Rights – namely, Article 6 of the Convention, regulating the right to fair trial, as well as the recommendations of the Council of Europe in the field of administrative law.

The author identifies inner inconsistencies in respect of the right to access the court (right to initiate proceedings before a court and right to legal aid), provisional measures, determining facts in the administrative dispute, and execution of final court judgments. In the end, the author proposes organizational and legislative changes, which could be used to eliminate identified inconsistencies.

Key words: *Right to a fair trial – Administrative dispute – European Convention on Human Rights – Recommendations of the Council of Europe.*

УДК 340.141:347.65(497.11)”18” ; 342.739-055.2(497.11)”18”

Нина Кршљанин

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

НАСЛЕЂИВАЊЕ ЗЕМЉИШТА У НОВОВЕКОВНОЈ СРБИЈИ ПРЕ СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА: ЖЕНСКО ПРАВО НАСЛЕЂИВАЊА?

Од тренутка увођења домаћег правосуђа у нововековној Србији до доношења Српског грађанског законика (СГЗ) 1844. године новонастали српски судови суде претежно по обичајном праву. Ипак, у области наследног права – конкретно, у питању могућности наслеђивања земљишта од стране жена – се примећује знатан раскорак између обичајног права и судске праксе. Један део пресуда се доследно држи обичајноправних схватања, док други део од њих делимично или у потпуности одступа. Зашто долази до оваквог раскорака и којим то правним схватањима неке судије дају предност, питање је којим се бави овај рад.

Кључне речи: *Правна историја. – Наследно право. – Српски грађански законик. – Обичајно право. – Режим права на земљишту.*

1. УВОД

Од тренутка коначног настанка нове српске јавне власти после Другог српског устанка, а нарочито од доношења Хатишерифа из 1830. и 1833. године, правни живот на територији Србије доживљава, као што је познато, веома озбиљне и опсежне промене. Помак на јавноправном терену – осамостаљивање српске управе и судства, односно престанак директне подређености Порти у тим областима – је произвео, наравно, и бројне приватноправне последице. Једна од правно најзначајнијих[1] је свакако укидање спахилука, то јест заме-

[1] Са тачке гледишта *приватног* права вероватно је у питању најзначајнији догађај у историји нововековне српске државе до доношења Српског грађанског законика.

на „непотпуне“ миријске својине домаћег становништва апсолутним правом својине.[2]

Као и свака промена у правном систему, и ова је отворила многа потпуно нова правна питања, од којих нису сва била ни сасвим прихваћена у пракси, а камоли регулисана позитивним правом. И у потпуно уређеној и стабилној држави оваква ситуација би захтевала нарочиту пажњу и опрезност органа – пре свега судова – који у дотичној новој материји поступају. А када се томе дода и чињеница да је у то време и сама српска држава, а са њом и њен правосудни систем, била тек у ништа мање компликованом процесу стварања и утврђивања институција, постаје јасно колико се тежак и комплексан задатак налазио пред судијама из Милошевог и раног уставобранитељског времена, од којих већина једва да је имала икакво основно образовање, а тек неколицина правничко.[3] С обзиром на одсуство позитивноправне регулативе, судије су своје одлуке доносиле „по памети и убеђењу“,[4] односно „по обичају, савести и здравом разуму“.[5] Како Ст. Максимовић наводи, управо због тога је важно сазнати садржину одлука магистрата (односно, касније, примирителних и окружних судова), „јер су њих доносили људи из народа, те према томе он[е] садрже наше обичајно право“.[6]

Међутим, чак и ако би се без икаквог знања о обичајном праву из тог периода прегледале сачуване судске одлуке, лако би се запа-

[2] Треба имати на уму да је *правни* значај овде већи од фактичког, јер је у свести народа – неупућеног у финесе османлијског права и још више незаинтересованог да се у њих упути – земља и даље била баштина, наследна својина, упркос свим дажбинама и ограничењима наметнутим од стране спахијског система.

[3] *Exempli causa*, могу се размотрити подаци које наводи Слободан Јовановић у свом делу *Уставобранитељи*: „Године 1844, кад је издат Грађански законик, овако стоји с председницима судова: тројица су неписмени; десеторица писмени су толико да се могу потписати; тројица су учили још нешто осем основне школе; само је један правник. Међу члановима судова, неписмених има двадесет један; слабо писмених четрнаест; оних који су учили нешто више од основне школе, петнаест; и међу члановима, као и међу председницима судова, само један правник.“ (С. Јовановић, *Сабрана дела, том III: Уставобранитељи и њихова влада / Друга влада Милоша и Михаила*, Београд 1990, 37.) Ако је таква ситуација 1844. године, под (компаративно) прилично бирократизованим уставобранитељским режимом, јасно је да је она десет или петнаест година раније, у Милошево време, могла бити само далеко гора.

[4] Вид. и Н. Петровић, *Грађа за историју Краљевине Србије: време прве владе кнеза Милоша Обреновића, књига друга – од 1821. до 1823. године*, Београд 1884, 368.

[5] Ст. Максимовић, *Суђења у Кнежевини Србији пре писаних законика: из архиве Пожаревачког магистрата*, Пожаревац 1898, XXXI. Наравно, ово не важи само за одлуке које се тичу права на непокретностима, већ и за све друге чији предмет није био позитивноправно регулисан – што ће рећи, за већину.

[6] *Ibid*. А како Богишић лепо каже, „знање права, које живи у обичају, неопходно је већ и стога, да бисмо могли објаснити оно, што је ушло у писане споменике.“ (В. Богишић, *Правни чланци и расправе*, *књига прва*, Београд 1927, 51.)

зило да постоји једна област у којој су доношене толико међусобно различите, па чак и потпуно супротне одлуке, да не може бити ни говора о томе да су све засноване на општеприхваћеном обичајном праву. У питању је област наследног права – прецизније, питање наслеђивања земљишта.[7] Наравно, општи наследни ред је био добро познат и неспоран: деца су наслеђивала очеву заоставштину на једнаке делове;[8] али, под децом су обично подразумевани синови. Дакле, питање које се поставља – и поводом којег се судске одлуке толико драстично разилазе – јесте: да ли су жене (са акцентом на женској деци покојника) могле наследити непокретности?

Овде ће се покушати да се на то питање да одговор кроз поређење судских одлука из Милошевог времена са (другим) изворима сазнања обичајног права – пре свега Богишићевим *Зборником* – али и међусобног поређења одлука донетих у истоврсним стварима (јер свако разилажење сведочи о томе да барем једна од одлука није утемељена на општеприхваћеном обичајном праву). Све то с циљем закључивања да ли је раскорак заиста толики коликим се на први поглед чини, а ако јесте, које су од тих одлука засноване на обичајном праву, а које и због чега од њега одступају, те којим се алтернативним извором права руководе. У те сврхе биће засебно размотрено право кћери и других женских сродника на наслеђивање земљишта, а засебно наследно право супруге оставиоца.

2. ПРАВО ЖЕНСКЕ ДЕЦЕ (И ДРУГИХ ЖЕНСКИХ СРОДНИКА) НА НАСЛЕЂИВАЊЕ ЗЕМЉИШТА

Један од најзначајнијих извора сазнања обичајног права по овом питању је свакако анкета коју је Милош спровео у току рада на доношењу Српског грађанског законика, када су Хаџић и Лазаревић

[7] Наравно, говорећи о овој теми неопходно је имати на уму да, уколико је земљишни посед у својини сеоске породице, била она задружна или инокосна, до правог наслеђивања и не долази, будући да је таква породица, правно гледано, јединствен ентитет, чији субјективитет не зависи од смене њених чланова, укључујући ту и старешину, односно главу породице. Међутим, у варошкој породици, где је сва имовина веће вредности и значаја (где у првом реду спадају непокретности) припадала оцу породице, се после његове смрти постављало питање деобе заоставштине. Исто је било и у оним, иако значајно ређим, случајевима где је у сеоској породица својина „спала“ на појединца, тј. где је старешина породице истовремено њен једини пунолетни мушки члан. (Не сме се заборавити, наравно, да би у оваквој ситуацији могло природним током ствари – проширењем породице – поново доћи до породичне својине на читавом стожеру.)

[8] Вид. В. и Н. Петровић, *Грађа за историју Краљевине Србије: време прве владе кнеза Милоша Обреновића, књига прва – од 1815. до 1821. године*, Београд 1882, 354–55.

у лето 1837. године предложили да у њега уђе одредба о равноправности наследника оба пола.[9] Резултат те анкете је у науци већ одавно добро познат: она је показала да у народу преовлађује схватање да кћери не могу наслеђивати уколико има синова.[10] Треба напоменути једно: иако је Милош у указу којим је наложио спровођење анкете напоменуо да све анкетиране треба питати, по свакој ставци, прво какав је до тада био обичај, а затим „како би народу најмилије и најпријатније било", у сачуваним резултатима (који не представљају списак појединачних одговора, већ су пре налик на резиме) нема овог разликовања. Ипак, не треба сумњати да ти резултати заиста садрже тадашње обичајно право. Прво, структура анкетираних[11] је била таква да није изгледно да би они ставили своје лично схватање изнад обичајног. Надаље, још је мање изгледно да би команданти који су спроводили упитник пропустили да у свему поступе по упутству у указу (тј. да поставе обе варијанте питања), а тек је крајње нелогично да би поставили сва питања, али пренели Милошу само једне (а поготово друге, а не и прве) одговоре. Највероватније се радило о томе да је анкетиранима унапред речено да се од њих захтева и знање обичаја и лично мишљење, а да међу њима није било знатних разилажења, или барем да се упитани нису усудили да ово друго претпоставе првом.

Осим поменуте анкете, вредан извор за питање које третира овај рад представља и Богишићев *Зборник*. Ипак, пре покушаја да се на основу њега да било какав одговор, неопходно је поставити једну ограду. Пре свега, Богишићево истраживање је спроведено двадесетак година *после* доношења СГЗ-а, те је утицај позитивног права на оно што он наводи као садржину обичајног свакако могућ; надаље, баш на неколико од оних питања из његовог *Напутка*, која би била

[9] Указ № 4346 од 25. октобра 1837. године (Архив Србије, фонд Књажевска Канцеларија, бр. XXV/284). Под овим архивским бројем се, осим самог указа, који садржи и текст анкете, односно питања која треба народу поставити, воде и достављени одговори на дотична питања, који нису оригинално формално заведени као било какав документ. Како би се избегла евентуална забуна, у даљем тексту ће одговори бити цитирани за следећи начин: Архив Србије, КК бр. XXV/284 – одговори.

[10] Како се у самој анкети наводи, њен циљ је био да се утврди „како ће се наследије у отечеству нашем једанпут за свагда определити". Од пет питања у њој која се односе на наследно право, само једно не дотиче материју женског права наслеђивања, а то је питање да ли рођена браћа наслеђују на једнаке делове, што је материја у којој нема разилажења ни у обичајном праву, ни у судској пракси, *ibid.*

[11] Анкета је требало да обухвати из сваког окружја „по неколико разумни, честни и стари кметова, по ког разумног и старог свјаштеника и по једног зрелијег члена магистрата", из чега се види да је вођено рачуна о томе да се међу упитанима нађу људи који су заиста могли поседовати знање о садржини обичајног права, *ibid.*

кључна за решавање ове дилеме, нема одговора из оних крајева који су спадали у територију Србије у Милошево време.[12] Међутим, треба узети у обзир и неколико других чињеница: а) спорост у променама обичајног права; б) околност да се из одговора на друга питања у вези с организацијом породице, деобом задруге и наслеђивањем (међу којима је било и оних с територија које су овде од интереса), види велика сличност у устројству ових установа на територији тадашње Србије[13] и оним територијама које су јој (и географски, и етнички) блиске, као и да је велики број досељеника у Милошево време стигао у Србију управо из тих суседних области (тада под османлијском или аустријском влашћу); в) оскудност извора сазнања обичајног права XIX века. Због свега тога, постојећа Богишићева грађа ће ипак бити употребљена, мада уз потребан опрез и без апсолутног ослањања на њу.

По одговору на Милошеву анкету, кћери не наслеђују поред живе браће, већ им уместо тога припада право „да ij кућа уда, и то пристојно спрам именија“.[14] И у одговорима у Богишићевом *Зборнику* постоји општа сагласност – подударна са резултатима Милошеве анкете – да у инокоштини после смрти оца земљу деле међу собом само синови.[15] Супротно томе, Вукашин и Никола Петровић у својој *Грађи* наводе како су непокретности по очевој смрти наслеђивала сва његова деца, „без разлике пола“.[16] Аутори, међутим, не наводе ниједан податак којим би поткрепили ову тврдњу, а доказа за њу нема ни међу документима које у својем делу објављују као грађу. Само у једном од њих, објави о поступању са имовином *de cuiusa* иза кога су остали жена и троје малолетне деце, од 22. јула 1819. године, се браћи покојника полно неутралном фразом налаже „при возрасту деце да имаду дати сва недвижима добра опет деци као њиова оче-

[12] Тачније, само на једно од питања постоји одговор из једне од тада српских области, и то прилично кратак и не потпуно прецизан.

[13] Где спадају, од територијалних области које су заступљене у одговорима у Богишићевом зборнику, Гургусовачки или Књажевски округ, Љубовијски и Азбуковачки срез, Рођевци и Азбуковачки срез и Шабачко окружје.

[14] Архив Србије, КК бр. XXV/284 – одговори.

[15] Док се кћери могу надати само да ће им браћа нешто од вреднијих покретних ствари дати као мираз када се буду удавале. Познато је како су се и у оним српским областима под турском или аустријском влашћу, где су по писаним законима имале право на наслеђе (у износу од половине дела који добијају мушкарци, или чак једнако – по Аустријском грађанском законику), кћери најчешће (било под притиском породице или из личног убеђења изазваног поштовањем старих обичаја) пред судовима, односно другим државним органима, одрицале свог наследног дела у корист браће. Штавише, оваква пракса није била ретка у Србији (у сеоским крајевима) и у XX веку, а понегде се овакви случајеви још увек дешавају, иако сада ипак представљају раритет и изузетак.

[16] Вид. и Н. Петровић, (1882), 240.

вина што је".[17] Ово се никако не може узети за довољан доказ полне једнакости при наслеђивању, поготово у светлу горе поменутих доказа супротног. Сходно томе, овај пример се може тумачити само тако да би под „децом" требало подразумевати синове, односно да би кћер(и) остала/е у кући са братом, односно браћом, до удаје, али без претензија на део непокретности после ступања у брак.

Ако, пак, у породици нема мушке деце, па „кућа падне на саму кћер", ситуација је нешто другачија. По одговору из Љубовијског и Азбуковачког среза у Богишићевом *Зборнику* се види, да она обично доводи „човјека у кућу".[18] То се, узимајући у обзир и остале одговоре (од којих су неки доста детаљнији), може тумачити тако да њен муж, независно од тога што је брак потенцијално склопљен већ после смрти невестиних родитеља, долази у положај најсличнији положају домазета, односно да кћер у овом случају заиста постаје наследница целокупне заоставштине свог оца, па да тако и непокретности остају у њеној својини, мада се муж може надаље сматрати домаћином куће.[19]

Ипак, како кључни одговор говори да таква кћер *обично* доводи мужа у кућу, немогуће је не запитати се шта је са тим осталим, не тако уобичајеним случајевима. Иако се и већина одговора из других области поклапа са овим, опрезном аналогијом се може претпоставити да је алтернатива – да се та девојка уда на уобичајен начин, „у туђу кућу", у којем случају све што је наследила чини њен мираз. Ђорђевић, чак, говори како се, када отац умре немајући синове, „наслеђе које пада на женску децу зове [...] мираз".[20] Премда се иначе није практиковало да се непокретности дају у мираз[21] (будући да се ретко давало ишта осим одеће, постељине и ситних дарова за тазбину, већину чега је израђивала сама невеста[22]), може се претпоставити да би и за такав, неуобичајено богат, мираз важио уобичајени режим за миразна добра – тј. да би муж, као домаћин, могао њима управљати како пожели, али не и отуђити их.[23]

[17] Вид. *ibid.*, 254–355.

[18] *Ibid.*, 356.

[19] Чак и када је брак склопљен за живота невестиног оца, што укључује и формалан улазак у кућу таста, прекидање везе са својом породицом и добијање целокупне имовине таста у наслеђе, домазет обично ипак не стиче потпуно право својине, већ може располагати наслеђеном имовином само уз пристанак своје жене. (Детаљније вид. Т. Ђорђевић, *Наш народни живот, књига четврта*, Београд 1931, 76–81.) У случају када кћер прво наследи свог оца, па тек онда ступи у брак, логично је претпоставити да она задржава пуно право својине.

[20] *Ibid.*, 43.

[21] В. Богишић, (1999), 249–250.

[22] *Ibid.*, 248.

[23] Вид. *ibid.*, 294–295 і 297–299.

У Милошевој анкети постоји један прилично опсежан одговор који објашњава оба мало пре поменута случаја. „Деца женска наслеђују отца, ако не има деце мужске, пак био отац одељен био за живота или не био одељен, и то наслеђују женска деца отца у свем именију и движимом и недвижимом. Браћа пак и синовци, макар рођени, не добивају ништа, баш ако би се трефило, да таково женско дете уда се, и код мужа умре, или зародивши се или не зародивши се, јербо по смерти жене наслеђује муж, као и жена мужа“, гласи одговор.[24] Први део је, иако помало необично срочен, сасвим јасан и потврђује да кћери у породицама без мушке деце нормално наслеђују земљиште; други, пак, који говори о ситуацији када се оне удају у туђу кућу, остаје помало двосмислен. Могао би се тумачити и тако да оставиочева браћа и синовци не наслеђују ништа *чак* ни ако се кћи уда (јер ће њену имовину после њене смрти наследити њен муж), али и тако да браћа и синовци не наслеђују, *осим* ако се девојка уда (у кућу свог мужа), како се не би допустило да је муж наследи и тако имовина оде из круга породице. Прво тумачење је, ипак, далеко логичније, јер се у одговору нарочито наглашава карактер наследноправних односа између супруга, а нема позивања на тежње да се барем земљиште задржи у власништву породице покојника. Дакле, извори обичајног права остају сагласни и по овом питању.

Потврда за овакве ставове према женама као наследницама се може наћи и у пракси судова и других органа из Милошевог времена. У спору поводом једне ливаде који је решаван пред Пожаревачким магистратом од 4. до 7. јуна 1839. године,[25] тужитељка се позива на то како је дотичну ливаду, заједно са још неким непокретностима, наследила од оца, тако што је „не имајући ни брата ни сестру нити ког другог од фамилије удавши се у кућу своју човека пустила“.[26] Као што се види, овај случај се савршено уклапа у горе поменути обичај довођења мужа у кућу од стране ћерке која је после очеве смрти остала једина наследница непокретности.

Још један карактеристичан пример представља налог Исправничества округа Ваљевског од 17. априла 1836. године,[27] којим се извесном Николи Ракићу, капетану Колубарског среза, налаже како да поступи у случају двојице *de cuiusa* из исте породице.[28] После њих су – будући да ниједан није имао синова – од живе родбине остале

[24] Архив Србије, КК бр. XXV/284 – одговори.

[25] Ст. Максимовић, 25. (Бр. 749/1839.)

[26] *Ibid.*

[27] О. Гавриловић, *Ваљевски окружни суд 1815–1865. године*, Београд 1973, 83–84. (Н-о 425, бр. 1910/1836. Д.А.В.)

[28] Премда се наслеђе разматра паралелно, ништа у тексту документа не наводи на закључак да је реч о коморијентима: напросто, наследнице су се обратиле Исправничеству тек када им је „сва родбина помрла“, тј. када више није остало

само кћери, које су се и обратиле Исправничеству са молбом да им се преда заоставштина њихових очева.[29] Мада су признате као једине наследнице покојника, одлука Исправничества је била да им се преда само покретна имовина, док је непокретности требало продати, а њима исплатити новац. Специфична је и формулација: Исправничество налаже да се Неранџи *допусти* да прода непокретности – иако она није то тражила, већ је желела да јој буду предате[30] – као да је у питању нешто на шта она иначе не би имала право, или за шта би јој била потребна некаква дозвола или одобрење. Овако срочена одлука очито сведочи о ставу према женама као неподесним за самосталне сопственике непокретности, којима начелно не могу располагати без овлашћења мушке главе.

Међутим, постоје и супротни примери. Рецимо, у случају пресуђеном од стране Пожаревачког магистрата 25. јула 1827. године,[31] водио се спор о томе коме ће припасти извесни шљивар после смрти његовог власника – да ли суседу који га је протеклих годину и по дана „придржавао у својој кући као самца... саранио га као оца и подушја давао му по узакоњеном обичају“,[32] или покојниковој удатој кћери. Магистрат је досудио шљивар кћери, позивајући се као на један од аргумената и на чињеницу да је она „још док је девојка била код оца са својом руком садила речено воће“.[33]

У случају расправљаном пред истим магистратом 8. августа исте године,[34] удата жена је потраживала непокретности (шљивар и део воденице) које су јој припадале по основу наслеђивања, али су остале у рукама једног њеног рођака[35] више од 19 година, на шта се

мушких сродника који би настављали да држе породичну имовину, те су њихови наследноправни захтеви постали могући.

[29] Једна од њих (Неранџа, кћи покојног Максима Чаворића), је већ била удата, док су преостале две (Даница и Ана, кћери покојног Дмитра Чаворића, а Максимове синовице) биле неудате, и за њих је наведено да се „при Неранџи наоде“, тј. да се она брине о њима. (*Ibid.*, 84.)

[30] За разлику од Данице и Ане, које су и желеле да продају наслеђено и задрже новац.

[31] Ст. Максимовић, 4. (Бр. 646/1827.)

[32] *Ibid.*

[33] *Ibid.* Ипак, и она је осуђена да исплати супарнику учињене трошкове подушја.

[34] *Ibid.*, 5. (Бр. 681/1827.)

[35] Степен и линија сродства у одлуци нису наведени, иако се, с обзиром на чињеницу да је оставилац био тужитељкин отац, а да се тужени својевремено *трошио* „на погреб Мијајлов и проче“, може претпоставити да се ради о сродству по очевој линији. На сличан начин би се, премда са знатно мање сигурности, могло управо из самог ненавођења степена сродства између ње и туженог претпоставити да се не ради о најближим сродницима, јер се у таквим случајевима у другим одлукама истог магистрата странке обично називају по родбинском односу. (Ово је оп-

он изговарао „ да је оно, као опусјтевше воће подигао и воденицу оправљао, које она Стеванија у состојанију не бивши придржавати.“[36] Одлука магистрата је била да тужени уступи тужитељки шљивар и исплати јој њен део воденице, док се корист коју је имао за све године коришћења сматрала компензацијом за његове раније настале трошкове и труд у вези са погребом тужитељкиног оца.

Дакле, за разлику од првог примера, у наведеним случајевима нема ни говора о томе да се тужитељкино наследно право ограничава због њеног пола. Мора се, међутим, приметити, да се у оба случаја ради о помоћној економској непокретности – воћњаку, а не о главном земљишту на којем се налази кућа.[37] Могуће је претпоставити да је обичајно право далеко блаже гледало на припадање оваквих непокретности жени, која напушта породицу, него када су у питању оне од примарног значаја.

Ипак, не може се стати на томе и закључити да су жене могле наслеђивати само одређене врсте непокретности, односно земљишта – јер, наиме, има и случајева у којима жене учествују у наслеђивању свих непокретности које остају иза *de cuiusa*. Тако је у извештају Великог суда у Крагујевцу од 10. октобра 1838. године[38] преиначена одлука Ваљевског окружног суда од 24. септембра исте године, којом је после заоставштина *de cuius*а који је умро без деце била подељена тако да је све непокретно имање припало покојниковом брату од стрица, док су његове две рођене сестре добиле само покретне ствари. Велики суд налаже да се одлука преиначи тако да *de cuius*ове сестре наследе његову целокупну имовину – како покретну, тако и непокретну – по пола.

С обзиром на разлику у степену сродства, мора се приметити да управо он у датом случају игра одлучујућу улогу: окружни суд га занемарује и даје предност обичају да жене не наслеђују непокретности, али Велики суд правилно истиче у први план начело блискости сродства (односно, може се чак рећи, узајамне искључивости наслед-

---

ште место за сродство у правој линији, али важи и за случајеве побочног сродства у блиским степенима: тако, нпр. „стричевићи“ у одлуци бр. 577 од 4. јула исте године и одлуци бр. 187. од 8. марта 1828, и сл.)

36 *Ibid.*

37 Мада нема никаквих доказа о постојању таквог обичаја у Србији, познато је да је у неким словенским земљама било уобичајено да жене наслеђују непокретности од секундарног економског значаја, али не и оне од примарног. Тако је било, рецимо, у Бугарској: у одговорима из Љесковца и трновске околице у Богишићевом *Зборнику* да после смрти оца наслеђују сва деца, али да кћерима припада половина оног дела који добијају синови. Међутим, „до пред неколико година у то женско по дијела нису улазиле њиве, ливаде и кућа, него само виногради, баште, дудњаци и воћњаци, а к тому дакако и покретно имање.“ [В. Богишић, (1999), 355.]

38 О. Гавриловић, 135. (Н-о 1396, бр. 1565/1838 Д.А.В.)

них редова – јер, мада у овој области још увек нема писаног права, па самим тим ни било каквог утврђеног законског реда наслеђивања, то нипошто не значи да у оквиру обичаја не постоји свест о томе да даљи сродници не могу наслеђивати уколико има ближих[39]) и у складу са тиме преиначује првостепену одлуку.

У Ваљевском округу, на јесен 1836. године, збио се можда најзанимљивији од сачуваних случајева, иницран у корист малолетне наследнице од стране њене бабе по мајци.[40] Наиме, кћи тужитељке се била удала у друго село, где је свом мужу још 1822. родила женско дете. Међутим, око годину дана по рођењу дотичне ћерке, обоје родитеља су умрли, тако да је баба узела дете на старање, одневши заједно са њиме у своје село и сву покретну имовину која је њеној унуци остала од родитеља. Непокретности су, пак, остале пусте, без (одраслих) мушкараца који би могли обрађивати земљу. Сеоски кметови су, видевши то, населили на дотично земљиште неког досељеника из Чачанског округа. За време од читавих тринаест година између тог догађаја и обраћања тужитељке Исправничеству Ваљевског округа, дотични досељеник је обрађивао и уживао ово земљиште као своје, поставши у међувремену и отац четворице синова.

Ова појава нипошто није неуобичајена: напротив, још за време османлијске управе спахија је био дужан да, уколико обрадиво земљиште наследи малолетник, преда дотично на обрађивање трећем лицу до пунолетства наследника. Разлог за ово је била, с једне стране, фискална потреба државе да наплаћује дажбине са сваке земље – што, због њиховог натуралног карактера, не би било могуће на поседима на којима нема одраслих работника – а, с друге стране, било је у интересу и самог наследника да му земља не пропада запуштена док он не одрасте довољно да је обрађује.[41] Када би наследник постао пунолетан, почињао је да тече рок од десет година у току којег је он могао тражити своју земљу натраг од лица коме је додељена да је обрађује, што овај не само да је морао да учини, већ је био дужан и да исплати накнаду за корист коју је лично имао од употребе земљишта.[42] Међутим,

[39] У одговору на Милошеву анкету експлицитно стоји како „који су ближи, они наслеђују, па били мужски, били женски“. (Архив Србије, КК бр. XXV/284 – одговори.) На исто упућују и неки од раније наведених одговора на анкету у Богишићевом *Зборнику*.

[40] Извештај Јеврема Ненадовића Књазу Милошу од 26. септембра 1836, *ibid.*, 90–91. (Н-о 1245, К.К. IX, 523. Нахија ваљевска. Д.А.Б.)

[41] Што је, опет, дугорочно у интересу државе, јер од такве земље неколико година не би било (или би барем било смањених) приноса, односно прихода, док она не буде поново доведена у ред.

[42] Вид. Ј. Петровић, *Окуђје, или заштита земљорадничког минимума*, Београд 1930, 47 и М. Нинчић, *Историја аграрно-правних односа српских тежака под турцима, I део: раније доба*, Београд 1920, 40–41. Нинчић право лица које је

све и да је на овим прописима засновани обичај опстао без икаквих измена од времена спахијског система (што није нарочито изгледно, јер већ сама чињеница да је то престало да буде позитивно, а постало обичајно право, упућује на могуће измене и варијације у његовој примени), опет се појављују два донекле спорна питања по којима се овај случај разликује од горе описане типичне ситуације. Прво, наследник у моменту тражења повраћаја земљишта још није био достигао пунолетство – те је спорно да ли би се повраћај уопште могао захтевати; и друго, у улози наследника се појављује женско дете, за које је на снази опште схватање да не може самостално (тј. без мушке главе у кући) поседовати и обрађивати земљу.

По спроведеној истрази, Исправничество је дошло до закључка да не може „никакве пресуде учинити, зато што иста Ружица [наследница] јошт није за удају, нити се зна оће ли се у Ратаре на баштину оца свога удати“.[43] Пре осврта на то какав је одговор на овај став Исправничества, изнет у извештају, стигао из Крагујевца, треба га прво размотрити.

Пре свега, мада је очигледно да ово ни објективно, ни по схватању самог Исправничества, не може бити коначна одлука, већ да се од Милоша тражи да помогне у одлучивању, из формулације произлази да оно заиста сматра да се ствар не може до краја решити док наследница не дорасте за удају. Управо фраза о удаји „на баштину оца свога“ подсећа на одговоре у Богишићевом *Зборнику* који су помињали „довођење мужа у кућу“. Дакле, ако би се Ружица када порасте удала за некога без сопственог имања, с којим би дошла да живи на очевој баштини, Исправничество би било склоно да јој дозволи да је задржи; али не и ако би се – што је, барем статистички, вероватније[44] – удала и отишла да живи код свога мужа, у којем случају би земљиште припало ономе коме су га кметови поверили на обраду и уживање.

Милош, ипак, 2. октобра исте године,[45] одговара да одобрава начин на који су сеоски кметови уредили спорно питање, и то „са препоруком, да тако та ствар и остане“,[46] тј. да се земљиште не да наследници, већ да се остави ономе ко га је обрађивао. Премда савремена схватања можда наводе на мишљење да је оваква одлука неправедна, с њоме је ипак из више разлога могуће сложити се.[47]

обрађивало земљу да дотичну задржи за себе уколико је наследник не захтева натраг у прописаном року назива „неком врстом прескрипције“.

[43] О. Гавриловић, 91.

[44] Из раније подробно наведених разлога.

[45] *Ibid.*, 91. (Н-о 3916, К.К. IX, 523/1836, Нахија ваљевска, Д.А.Б.)

[46] *Ibid.*

[47] Не залазећи, при том, наравно, у њену формално-правну валидност, јер би јој се са процесне тачке гледишта могле истаћи бројне замерке. Опште је по-

Прво, ситуација је очито таква да одлагање одлуке не би ишло у корист ниједној страни; друго, вероватније је да се наследница неће удати на своју баштину, и, коначно, угрожено је и право тренутног (дугогодишњег!) држаоца земље.[48] Међутим, последњи аргумент отвара ново питање: да ли је управо он био одлучујући односно да ли би одлука била другачија да поступак није покренут толико година пошто је непокретност дата досељенику на уживање? Иако је ово питање свакако занимљиво, оно овде неће бити разматрано, јер би оно од питања наследног права довело до теме одржаја на земљишту и одредаба Закона о повраћају земаља од 28. јула 1839. године, што није предмет овог излагања.

Узимајући у обзир све горе наведено, могуће је извући следећи закључак: основни обичајноправни принцип – да женски сродници не могу наследити непокретности уколико у истом степену има мушких – је у пресудама несумњиво потврђен. Што се тиче случајева када нема мушких сродника, ситуација није баш тако чиста – како због постојања различитих судских одлука, тако и због (компаративно) недовољне количине података о садржини обичајног права. Ипак, чини се да и у обичајном праву, али и у пресудама, постоји тенденција да се дозвољавање жени да сама, без мушке главе у кући, наследи земљиште примарног економског карактера (окућницу, њиву и сл.) избегава колико је год могуће, те да се њему прибегава само ако је то очито најлогичнија опција.

3. ПРАВО СУПРУГЕ НА НАСЛЕЂИВАЊЕ ЗЕМЉИШТА

Друго питање које се поставља када се говори о праву жена да наследе земљиште јесте какав је у том погледу положај супруге односно удовице. По већ навођеном одговору на Милошеву анкету, брачни другови се узајамно наслеђују, без обзира на то да ли је у браку било деце.[49] Из одговора у Богишићевом *Зборнику*[50] се такође види да је уобичајено да свако од супруга наслеђује имовину оног другог,

---

знато да је Милош и после увођења апелационог суда наставио да лично фигурише у својству касационе власти у свим споровима, не руководећи се при спровођењу тих овлашћења (готово) никаквим правним одредбама и принципима. (Вид. и Н. Петровић, (1884), 367–369.) Како Гавриловић наводи, „Милош је осећао неодољиву потребу да интервенише свуда и њему је изгледало сасвим природно да нема пресуде, коју он не може оборити или изменити“, вид. М. Гавриловић, *Милош Обреновић: књига друга (1821–1826)*, Београд 1909, 476.

[48] А није занемарива ни чињеница да дотични држалац има мушко потомство које ће моћи да је наследи и обрађује када томе дође време.

[49] Архив Србије, КК бр. XXV/284 – одговори.

[50] Имајући и даље на уму горе наведену напомену о непотпуној адекватности података с обзиром на области из којих потичу.

укључујући и непокретности, после његове смрти – али негде целокупну, а негде само одређени део – половину или четвртину. Ипак, у ситуацијама када су супружници имали деце, то се често назива само уживањем – сматра се да заоставштина одмах припада деци, док преживели родитељ има на њој право доживотног плодоуживања. Још једна специфичност управо у наслеђивању од стране удовице настаје у случају ако она одлучи да се после мужевљеве смрти поново уда: тада не наслеђује сву имовину свог супруга, већ само један део, обично четвртину.[51] Мада нико то експлицитно не наводи, крајње је логично претпоставити да у тај умањени наследни део код преудаје не улазе непокретности, будући да ће жена у том погледу највероватније бити опскрбљена од стране свог новог мужа. Непокретности би онда остајале деци (ако их има), односно крвним сродницима *de cuiusa*, ако је умро без деце.[52]

Наведена схватања потврђује и судска пракса. Рецимо, Управителни Совјет у Крагујевцу 11. марта 1836. године доставља Исправничеству Ваљевског округа своје решење о поступању са имовином *de cuius*-а који је иза себе оставио супругу, а делом имовине је располагао уз помоћ (усменог?) тестамента.[53] Одлука Совјета је „да се све друго, заједно с кућом његовом, што преко учињеног њиме на самрти аманета претече, жени његовој Јеши преда“, премда уз напомену да је Исправничество дужно да обавести Совјет „ако се Јеша на другу страну куд уда, а не ктене мужа у кућу довести“.[54] Овде се могу запазити две специфичности. Прво, нарочито се наглашава да удовици припада и кућа, мада би се она могла подразумевати у оквиру свега осталог што није обухваћено тестаментом. Могуће је – премда се то, с обзиром на недостатак раније документације која би се тицала дотичног случаја, не може знати – да је Совјету било нарочито постављено питање да ли, осим покретне, удовица треба да наследи и непокретну имовину преминулог супруга; могуће је, пак, да се то само наглашава због значаја и вредности непокретне имовине, или компаративне реткости њеног припадања жени, или из оба та разлога. Друго, приметно је да Совјет узима у обзир могућност преудаје, али да је сматра релевантном само ако она не доведе мужа у кућу, већ се уда „на другу страну“. Дакле, тек тада – ако би била удомљена код свог новог супруга – би се донета одлука могла преиспитивати у смислу одузимања удовици наслеђене непокретности.

[51] Вид. В. Богишић, (1990), 361–363.

[52] Наравно, и ту би, као и у случају ћерке-наследнице (премда у *Зборнику* овај пут нема непосредног помена такве ситуације), био могућ изузетак у случају да удовица свог новог мужа „доведе у кућу“, у којем случају није немогуће да би право на непокретности (било оно својинско или право уживања) улазило и у смањени наследни део.

[53] О. Гавриловић, 82. (Но-230 Б, бр. 285/1836. Д.А.В.)

[54] *Ibid.*

Нешто другачији пример – иако и даље у складу са већ наведеном садржином обичајног права – представља наредба истог Исправничества од 6. априла 1836, упућена кмету села Каменице.[55] Њоме се поручује да се извесној удовици од имовине њеног супруга да четвртина покретних ствари („кром земље од свега четврто исе“[56]). Ово, међутим, није сасвим једноставан случај, јер се наводи како удовица тражи тај део за своју кћер, и то од свог синовца. На први поглед би могло деловати да она уопште и није наследница, већ се само обраћа суду у име свог детета, па би стога било прилично чудно што Исправничество наређује да се поменута четвртина покретне имовине додели управо самој удовици. Ипак, подсетивши се обичајног права, није тешко решити ову дилему: кћер ће, заиста, добити поменути део заоставштине у својину; али њена мајка, која очито живи са својом неудатом[57] ћерком, ће на тим стварима имати право удовичког плодоуживања. У таквом случају је логично и што тражи наследни део у име ћерке – јер је она та која ће га добити у својину – али и што је она та која га тражи и којој га Исправничество непосредно додељује, јер она ипак после мужевљеве смрти, а у одсуству синова, има старешинство у кући, те ће и непосредно управљати имовином у ћеркиној својини све до њене удаје.

Као што се види, кад је наслеђивање од стране супруге у питању, ситуација је нешто другачија него код наслеђивања од стране женских сродника. Наиме, његова правила нису толико уско одређена обичајним правом, али се судска пракса (можда и баш због тога) у својим одлукама далеко боље уклапа у те широке обичајноправне оквире.

4. ЗАКЉУЧАК

Видевши какав је раскорак у броју судских одлука које се слажу са обичајним правом и оних које му противуречe – а он је толики да се, иако ове прве и даље претежу, не може говорити о овим другим само као о занемарљивим изузецима – немогуће је не запитати се: откуд оволико одступање, и зашто баш у овој правној области. Јер, опште правило је да се судије у оној материји у којој нема

[55] *Ibid.*, 82–83. (Но-371, бр. 371/1836. Д.А.В.)

[56] *Ibid.*, 83.

[57] Овај закључак се изводи из тога што се у самој наредби нигде не спомиње да је тужитељкина кћер удата, док се иначе свуда у сличним судским актима удате жене и удовице увек спомињу искључиво уз име свога мужа; тако је и у овом случају тужитељка наведена као „Аница жена покојног Станислава из Каменице“, док јој је кћер поменута само по имену.

писаног права, а постоји развијено обичајно,[58] заиста придржавају његових схватања. Понека судска одлука која би одступала од већине се и не може сматрати доказом супротног, већ напросто изузетком који потврђује правило – доказом да се ради о „живој“ судској пракси која прати не само најуобичајеније случајеве и догађаје, већ и оне који одступају од друштвених стандарда, поготово пошто се ради о периоду у којем преовлађује лаичко суђење. Међутим, очито је да се овде не ради о појединачним одступањима, већ о њиховом великом броју, о читавој засебној струји пресуда које у питањима женског наслеђивања земљишта одступају од општеважећег обичајног права. О чему се овде ради?

Одговор на ово питање сам по себи није једноставан, али није ни тако компликовано до њега доћи. У области наследног права, наиме, на територији Србије се судара већи број различитих утицаја. Ту је, пре свега (у свему, па и у судској пракси превалентно) домаће обичајно право, очувано у извесном погледу још из Средњег века, односно из периода пре османлијског освајања. Но, и оно само није потпуно једноставно: врста и опсег последица које наступају после нечије смрти, као што је познато, зависе од тога у каквој је врсти породице то лице живело – да ли у задружној или инокосној, сеоској или варошкој.[59] Осим нашег обичајног права, јак утицај је свакако остварило и наследно право Отоманске империје, по чијим се прописима потчињено становништво довољно дуго морало равнати, да је сасвим могуће да су неки његови елементи ушли у народну свест, ако не као идеја обавезности, а оно макар као идеја могућности другачијег решења од обичајноправног. Ако се уз то додају и правна схватања која су са собом могли донети досељеници из Аустроугарске – став Аустријског грађанског законика о равноправности наследника у истом степену сродства независно од пола[60] – добија се веома шаролика ситуација, не толико различита од оне која је постојала у Црној Гори у време када је Валтазар Богишић радио на свом Општем имовинском законику, и због које је одлучио да породично и наследно право не уђу у овај законик.

Сходно томе, за оне одлуке које су донете супротно општеприхваћеном обичајном праву се пре може рећи да су донете уз поштовање мање заступљеног принципа него да представљају изу-

[58] Што је, као што је речено, посреди у највећем броју случајева.

[59] Вид. детаљније В. Богишић, *О облику названом инокоштина у сеоској породици Срба и Хрвата*, Београд 1884, пос. 43–45.

[60] Аустријски грађански законик (прев. Д. Аранђеловић), Београд 1921, § 732. („Ако оставитељ има брачне деце првога степена, онда њима припада цело наследство, па била деца мушка или женска, била она рођена за живота оставитељњва или после његове смрти. Ако има више деце, она деле наследство по своме броју на једнаке делове.“)

зетак од јединог важећег принципа. Наравно, са правне тачке гледишта, све оне представљају одступање од обичајног права у корист личних (правних) схватања судије, но не сме се заборавити да су та различита схватања инспирисана, односно поткрепљена, ставовима суседних развијених и утицајних правних система.

Nina Kršljanin

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

INHERITING LAND PRIOR TO THE FIRST CIVIL CODIFICATION: WOMAN AS HEIR IN THE MODERN AGE SERBIA

Summary

Introduction of the domestic judiciary system was one of the marks of the Modern Age in Serbia. From the time they were set up, Serbian courts predominantly applied customary law. This was unchanged until enactment of the Serbian Civil Code (1844).

However, at the times prior to the first codification, some of the courts' decisions on the matter of whether it was possible for a woman to inherit land, differ immensely from the imperatives of customary law. The author examines potential reasons for such departure, and searches for the rules the courts applied instead of the rules of customary law.

Key words: *Legal history. – Inheritance law. – Serbian Civil Code. – Customary Law. – Land rights.*

др Ђорђе Игњатовић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

НЕДОЗВОЉЕНО ПОСЕЗАЊЕ ЗА ТУЂИМ У НАУЦИ – СТУДИЈА СЛУЧАЈА

1. УВОД

Пре неколико недеља у Београду је у просторијама Народне банке Србије одржана дискусија о стању у нашој науци. Поред уобичајених вајкања због недовољности средстава која се ову делатност одвајају, једна од главних тема о којој је говорила већина дискутаната била је раширена пракса плагирања у свим научним областима. Неки од њих износили су податке о размерама ове појаве и предлагали формирање републичког Етичког комитета. Када се пред Комитетом овакав поступак докаже, Министарство науке би плагијаторе скидало са списка истраживача на пројектима које оно финансира.

Некако у исто време у рукама писца овог текста, коначно се, после вишемесечних покушаја да до ње дође, нашла књига аутора др Велимира Ракочевића, *Криминологија* (I издање), БД Граф, Подгорица 2007, стр. 441, тираж 500 примерака, COBISS. CG 11895312.

Књига је, иначе, издата као уџбеник за потребе наставе на Правном факултету Универзитета Црне Горе у Подгорици, на коме је аутор доцент. Тако сам задовољио своју жељу да у библиотеци имам све уџбенике из науке којом се бавим (до којих је, наравно, могуће доћи). Када сам видео садржај наведене публикације, био сам у великој дилеми шта да радим: да ли да научну и стручну јавност обавестим о ономе шта сам утврдио или да са олимпијском мирноћом оставим да „поколења суде свијема“.

2. АНАЛИЗА КЊИГЕ

У нашим крајевима није обичај да они са већим искуством у науци пишу о књигама оних који се њоме почињу бавити. То се чини или због тога што се ради о изванредним делима чије објављивање ваља поздравити или због тога што су покрадени. Био бих срећан када би овај текст био мотивисан првим разлогом. На жалост, принуђен сам да се овим штивом позабавим због тога што у новијој историји друштвених наука на просторима Западног Балкана вероватно није забележен овако драстичан случај преузимања делова текста других писаца без навођења њихових имена.

Плагијат је, да подсетимо, „преписивање из туђих дела, недопуштено присвајање туђе духовне својине“,[1] а та појава се у науци манифестује пре свега у коришћењу туђе систематике рада, идеја или, чак, директном преписивању и преузимању туђег рада. Дело др Ракочевића у великом обиму задовољава све наведене критеријуме, јер је од *Предговора* до *Библиографије* на крају књиге, компилација више радова писца овог текста и још неколико аутора. Овде се првенствено ради о уџбенику Ђ. Игњатовић, *Криминологија*, седмо издање, Досије, Београд 2006 (у даљем тексту: КЛ) и књизи Ђ. Игњатовић, *Криминолошко наслеђе*, треће измењено издање, Службени гласник, Београд 2006 (у тексту: КН), али и другим радовима на које ћемо указати.

Почнимо са *Предговором* уџбеника. У најновијем уџбенику писца овог текста[2] напомиње се:

> „Осмо издање уџбеника *Криминологије* задржало је основну систематику досадашњих, али су у њему извршене бројне измене изазване двоструким разлозима. С једне стране, постојала је потреба да се његов обим прилагоди захтевима тзв. болоњског процеса о обиму уџбеника. ... из рада су изостављени и бројни графички прикази који су помагали да се на лак и једноставан начин разумеју многе сложене појаве и односе“.

Ракочевић у свом *Предговору* напомиње да се „као носилац наставе из области криминологије, криминалистике, пенологије и социјалне патологије на Правном факултету и Факултету политичких наука у Подгорици“ суочио са потребом да изда уџбеник криминологије и затим да:

> „У циљу прилагођавања уџбеника потребама болоњског процеса у погледу обима, изостављени су дјелови текста и бројни графички прикази, који би помогли да се боље разумију комплексне појаве из области науке о злочину“.

---

[1] М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1961, 727.

[2] У овом случају ради се о осмом измењеном и допуњеном издању, Ђ. Игњатовић, *Криминологија*, Досије, Београд 2007.

Толико о лењости да се исте идеје барем формулишу нешто оригиналније у односу на изворник. Али, да видимо, како је аутор приступио послу. Познато је да је један од најбитнијих елемената за процену оригиналности научних дела њихова систематика. Ево како у том погледу стоје ствари: у уџбенику КЛ материја је разврстана на следеће целине: *Увод*; Глава I. *Појам и предмет криминологије*; Глава II. *Методи криминологије*; Глава III. *Теорије у Криминологији*; Глава IV. *Три димензије криминалне појаве: 1. феноменолошка димензија; 2. етиолошка димензија; 3. виктимолошка димензија*; Глава V. *Социјална реакција на злочин и криминалитет.*

У тексту анализиране књиге систематика је следећа: *Увод у криминологију и општа криминолошка разматрања*; Гл. I. *Појам и предмет криминологије*; Гл. II. *Методи криминологије*; Гл. III *Основни токови криминолошке мисли*; Гл. IV. *Криминална феноменологија*; Гл. V. *Етиолошка димензија криминалне појаве*; Гл. VI. *Виктимолошка димензија криминалне појаве*. Дакле, систематика књиге КЛ преузета је потпуно, сем изостављања дела о социјалној реакцији на криминалитет, што није у складу са дефиницијом криминологије (коју је Ракочевић такође преузео), јер она обухвата „и механизме друштвене реакције на делинквентно понашање“. Где су и зашто нестали ти „механизми“ у књизи нигде није објашњено.

Први део Ракочевићевог рукописа под заједничким називом *Увод у криминологију и општа криминолошка разматрања*[3] такође је парафразиран *Увод* из уџбеника КЛ. Део о интересовању за злочин је препричан, тако што су наведени основни разлози, преузет је и модел да се на почетку дефинишу основни појмови и укаже на то шта садржи криминолошка литература.

Али, код основних појмова, Ракочевић је – ваљда да мало прошара оне од којих зајми – узео *Криминолошки лексикон* М. Бошковића, Матица српска, Нови Сад 1999. На скоро *девет страна* (13–21), Ракочевић је преузео велики број одредница из наведеног Лексикона,[4] а да није поменуо извор – књигу која, потом, није поменута ни у *Библиографији* на крају уџбеника! На овом примеру се лепо открива технологија „научног рада“ овог аутора. Наиме, он најчешће не преписује буквално, већ препричава туђ текст и ствара утисак да је његов. Али тако, наравно, преузима и туђе грешке. Навешћемо два примера. У наведеном *Криминолошком лексикону* одредница *Организовани криминалитет* гласи (стр. 233): „врста делинквенције и типологија криминалних појава везана за делатност криминалних

[3] Тај део има следеће целине: *1. Увод у криминологију; 2. Криминалитет; 3. Значај криминолошких истраживања за проучавање криминалног феномена; преглед основних појмова у криминологији; 5. Криминолошка литература.*

[4] Једни изузетак је последњи наведени појам – *Формална реакција.*

организација“, а Ракочевић даје „своју“ дефиницију „типологија криминалних појава везана за дјелатност криминалних организација“ (стр. 20), у којој преписује грешку из оригинала – организовани криминалитет није „типологија“, већ тип криминалних понашања.

Још један карактеристичан пример је одредница *Теорија етикеције*. У оригиналу, у *Криминолошком лексикону*, може се прочитати како је то: „теоријски приступ по коме је образац делинквентности онај индивидуални чин који санкционише државни или друштвени орган: делинквенција се објективизира на стварно понашање – евидентирањем криминалаца...“ (стр. 349), док Ракочевић наводи да је то „теоријски приступ по коме је образац делинквентности онај индивидуални чин који санкционише државни или друштвени орган, делинквенција се објективизира на стварно понашање – евидентирањем криминалаца“ (стр. 21).

Оставимо по страни то што као да ни самом аутору није јасно о чему се овде ради (зар није једноставније рећи да је девијантно понашање оно које таквим прогласе државни органи или средина у којој се оно одвија), као и да је демонстрирана несхватљива конфузија основних криминолошких појмова: *делинквенција* се „објективизује“ евидентирањем *криминалаца* (!). Но, овде је кључно то што Ракочевић у самом називу одреднице показује да није свестан да се не ради о теорији која се бави правилима о лепом понашању (*етикеција* = углађено опхођење, церемонијалност), већ *етикетирањем* (лепљење „етикете“ другоме). Због тога што користи различите ауторе, у „његовом“ уџбенику иста ствар се назива различито: на стр. 21 говори о „теорији етикеције“, а на стр. 134 (и даље) о теорији етикетирања.

Последњи део Уводних излагања (*Криминолошка литература*, стр. 21–22) препричан је истоимени део из уџбеника КЛ, 23–36. Преузети су подаци о криминолошким удружењима, конгресима, специјализованим библиотекама, базама података, часописима ...

Глава I (*Појам и предмет криминологије*) почиње у наведеном маниру: од неколико десетина дефиниција које је у оригиналаном раду пронашао (разврстаних по језичком принципу на немачку, француску, италијанску, англосаксонску, руску и литературу на јужнословенским језицима – КЛ, 40–43), Ракочевић преузима неколико оних које му се чине интересантним, не либећи се тога што наводи књиге које по свему судећи никада није видео.

Оно што се у оригиналу означава као *Подела дефиниција криминологије по обиму и значењу* (КЛ, 43–46), Ракочевић назива *Подјела дефиниција криминологије према конотацији и обиму* и наставља са већ описаним начином преузимања, стварајући привид да је прочитао дела бројних аутора о којима се говори у раду који је злоупотребио.

„Његова“ дефиниција криминологије такође је „позајмљена“, наравно без навођења одакле. Игњатовић још од првог издања свог уџбеника из 1992. године криминологију одређује као „самосталну науку која, користећи сазнања и истраживачке поступке наука о човеку и друштву, емпиријски проучава криминални феномен, тј. злочин, његовог извршиоца и жртву, криминалитет и начин на који друштво реагује на криминално понашање; њене битне црте као науке су: самосталност, јединственост, интер и мултидисциплинарност, теоријски и емпиријски карактер и свој предмет изучава из три угла: феноменолошког, етиолошког и виктимолошког“, а Ракочевић, пак, као „самосталну и јединствену науку, истовремено синтетичку и интердисциплинарну, која проучава етиолошку, феноменолошку и виктимолошку димензију криминалне појаве, као и механизме друштвене реакције на делинквентно понашање“.

Преузимање се не зауставља на овоме: под истоименим насловом *Значај криминологије* Ракочевић (стр. 31) преписује како ова наука има епистемиолошку прагматичну димензију (КЛ, 64) и „открива“ читаоцима да постоје пет типова понашања криминолога (КЛ, 65) и затим прелази на део *Подјела криминологије*.

Текст под наведеним насловом требало би убудуће умножавати и делити студентима свих нивоа студија као пример онога што не смеју никада ни помислити да ураде у својим стручним радовима. Ракочевић је на више од *шест страница* (стр. 32–38) скоро дословно преписао део књиге *Криминологија*, чије су ауторке В. Николић и С. Константиновић, која се као уџбеник користи на Правном факултету у Нишу, где га је издао Центар за публикације, као и на ФАСПЕР-у у Београду. Додуше, за разлику од *Криминолошког лексикона*, овај рад је наведен у Библиографији на крају књиге коју је потписао Ракочевић. Пошто ово није једини случај да је аутор „посегао“ за овим делом, убудуће ће у овом тексту оно бити наведено под ознаком НИШ, 2003.

Преписано је скоро све, почев од првог пасуса текста на стр. 32 Ракочевићеве књиге („Термин ‘феноменологија’ потиче од грчке речи („ријечи“)...“ (упор. НИШ, 33), и тако до краја поменутих шест страница. Изгледа да је аутора неко погрешно подучио да рад постаје оригиналан када се из туђег текста избаци додатак (што је случај у изворнику са уметнутим текстом о Питавал-у, НИШ, 33), када се уклоне напомене или за „писца“ сувишна имена криминолога које ауторке цитирају. Или када се реченица: „Изучавањем криминалне феноменологије бавили су се најпре и највише немачки теоретичари у складу са својим схватањима о предмету и концепту криминологије...“ (НИШ, 33), започне са: „Проучавањем криминалне

феноменологије бавили су се највише немачки теоретичари у складу са својим схватањима о предмету и концепту криминологије...“ (стр. 32).

Језикословцима треба оставити да ли је лепше рећи *изучавање* или *проучавање, најпре и највише* или само *највише*, јер је очигледно реч о лектури туђег рукописа. Колико је познато, лектори нису, бар до сада, никада били аутори научних текстова које исправљају.

Знајући шта ради, аутор подгоричког издања *Криминологије* послужио се (опет) лукавством: додао је на стр. 35 два пасуса о Виктимологији, а последње обрађено питање у овом делу – „Апликативна криминологија“, једноставно је преузео од Игњатовића (КЛ, 67). Део који гласи:

> „Примењена (апликативна) криминологија је правац у савременим кривичним наукама усмерен ка интегрисању криминологије и криминалне политике. Иако овај циљ није нов, канадски криминолози на челу са *Denis Szabo*-ом дали су му снажан подстицај стављајући га у центар свог интересовања. Ова оријентација настала је као реакција на „академску криминологију“ развијану углавном на универзитетима, којој се замера да нема слуха за потребе праксе“,

добио је у „новој“ верзији (стр. 37) следећи облик:

> Примјењена или апликативна криминологија је правац у кривично*правним* наукама фокусиран на синтезу криминологије и криминалне политике. Настао је као одговор на академску криминологију, за коју је сматрано да нема интересовања за потребе праксе. Највећи допринос развоју ове гране криминологије дали су канадски криминолози од којих се посебно истицао *D. Szabo.*

Да несрећа буде већа, у настојању да дâ своју верзију текста наш писац показује елементарно незнање области из које изводи наставу на универзитету. За њега су кривичне и кривичноправне (истакнути део цитата) науке исто, а за такве „бисере“ се на правним факултетима пада на испитима друге године студија.

Ракочевић је, дакле (са наведеним оградама), из двеју поменутих књига на српском језику највећим делом преузео делове „криминална феноменологија“ „криминална етиологија“, „општа и клиничка криминологија“, „универзитетска и апликативна криминологија“.

Да се не би изгубио континуитет у „коришћењу“ литературе, у последњем делу ове Главе (*7. Улога криминолога у друштву и етички кодекс криминолога*, стр. 44–46) доцент Ракочевић је опет посегао за туђим текстом: препричао је позамашан део из Игњатовићеве *Криминологије* (КЛ, 68–73). Све основне идеје, сви аутори (од *Sutherland*-а, преко *Pavarini*-а, *Platta, Kaisera*), све норме кодекса

етике криминолога – истраживача преузети су, али је изостављен за Ракочевића небитан детаљ: одакле му све то. Тако је он опет у тренутку присвојио и под својим именом објавио туђе ауторско дело.

Глава II бави се методима криминологије. Поштујући простор у часопису, само укратко ће се навести шта је све доцент Ракочевић пренео и од кога: на стр. 47. дефиницију метода – КЛ, 82; на стр. 50. појам чињеница – КЛ, 86; на чак *три стране* (51–53) преузима поделе криминолошких метода према природи података и према начину приступања предмету из КЛ, 90–95; метод проучавања појединачних случајева и клинички метод (стр. 53–56) преузео је из НИШ, 47–49; *анамнестички приступ (опсервација и опсервација са партиципацијом*) на стр. 56–57 „инспирисан“ је са КЛ, 101–103 („Анамнестички метод: посматрање са учествовањем“);[5] документациона, анализа садржаја и предности и недостаци назначених метода (стр. 57) препричано је из КЛ, 103–105, итд.

Целина које се у Ракочевићевом тексту назива 7. *Технике које се примјењују у проучавању криминалног понашања као индивидуалне појаве* такође је „позајмљена“. Уводне напомене и *Трансверзалне технике* (стр. 58) преузете су из НИШ, 50–51; у делу *Лонгитудиналне технике* (стр. 59–60) аутор је мало измешао туђе делове: прва два пасуса свидела су му се од ауторки НИШ, 50–51, за остатак му је лепше „пасовало“ излагање из КЛ, 107–110, о *Cambridge-Somerville* (или му чак ни преписивање не иде добро или му се у наслову чинило сувишним оно *Youth*) *Study*, све са цитирањем *Jackson*-а и брачног пара *Glueck* као да их је заиста прочитао.

Сличан начин писања Ракочевић користи и даље: у 8. делу ове Главе, наслов *Методи и технике сазнавања криминалитета као масовне друштвене појаве* у књизи НИШ, 52, он „стваралачки надограђује“ заменом речи *сазнавање* са *проучавање*, као и избацујући придев *друштвени* (стр. 60). Није, међутим, ствар само у наслову. Текст је скоро у целини преузет из нишког издања *Криминологије* (са знатним „побољшањима“, попут оног да „етапе криминолошког истраживања“, сада назива „фазе криминолошког истраживања“). Исти рукопис се види и при поређењу целина под насловима *Посматрање*, *Испитивање*, *Анкета* и *Интервју*.

„Да се Власи не сете“, он у текст убацује и скоро дословно преписане делове из Игњатовићевог уџбеника: *узорак* (на стр. 61–62) – упоредити са КЛ, 106–107; *експеримент* (на стр. 67–68), све са примером истраживања које су извршили *Haney, Banks* и *Zimbardo* у симулованој казниоици – потпуно је преузето из КЛ, 110–112. Такође, из уџбеника

[5] Дакле, „оригиналност“ Ракочевића огледа се у коришћењу израза *опсервација* и *партиципација* у наслову, док је све друго „позајмљено“, укључујући и *Mergen*-ов свеситуациони метод.

КЛ, 112–133, парафразирана је и целина под називом *Примена статистике у криминологији* (стр. 71–79, дакле *осам* страна великог формата, све са графиконима на стр. 78), али, уз изостављање делова које аутор подгоричког уџбеника изгледа није разумео. Мора се, такође, признати да је уложио известан напор да „завара траг“: уз наведено изостављање, променио је редослед тема у односу на изворну књигу, а три питања – „*технике евалуације цијене криминалитета*“ и страха од криминалитета (стр. 75), као и „*Научна интерпретација и објашњање резултата истраживања*“ (стр. 79) пренео је из уџбеника НИШ, 65–66 и 69. Дакле, сем ничим објашњеног, вештачки накалемљеног, безименог и необјашњеног графикона, осми део ове Главе доцента Ракочевића је преузет од других. Исто важи и за део 9. *Метод прогнозирања у криминологији* (стр. 79–81), који је такође рађен по систему „мало из једног“ (КЛ, 100–101) „мало из другог“ (НИШ, 69–72).

У делу 10. *Главе II* (*Феминизам и методологија криминолошког истраживања*), Ракочевић се не двоуми: читаво излагање (стр. 81–84) он копира из уџбеника НИШ 2003, стр. 72–77, све са именима писаца које ауторке цитирају и са њиховом терминологијом (*Standpoint feminism*). Да не буде „ни по бабу, ни по стричевима“, део 11. *Трангулација* (стр. 84–85), он захвата и од Игњатовића (КЛ, 135–137). Да закључимо: сем неколико општих и само аутору разумљивих фраза о науци и методологији, *Глава II*, која се бави методима криминологије, је са малим модификацијама у потпуности пренета из два уџбеника који се више од једне и по деценије користе у Републици Србији на низу високошколских установа, све то без иједног навођења одакле је текст преузет.

Глава III. (*Основни токови криминолошке мисли*) написана је у истом маниру. Део 5. *Подјела криминолошких теорија* (стр. 89) препричан је из Игњатовићевог уџбеника (КЛ, 148–149). Део 6. (*Класична оријентација у криминологији*) написан је комбиновањем делова из наведеног уџбеника (КЛ, 149–153) и поменуте књиге *Криминолошко наслеђе* овог аутора (КН) коју Ракочевић уопште не наводи ни на једном месту у тексту, нити у библиографији. Од прве реченице: „По општем мишљењу, прва криминолошка школа је класична, која је настала у XVIII веку ...“ (стр. 17), коју Ракочевић „стваралачки“ претвара у: „Класична школа је по општем мишљењу прва криминолошка школа настала у XVIII вијеку ... (стр. 89), па надаље, аутор комбинује пасусе из КН и КЛ. Делови *Савремени неокласицизам* и *Десни реализам* (стр. 92–94) су скоро дословно преписани из КЛ, 155–158. За писање делова 7. *Позитивизам у криминологији* (стр. 94) и 7.1. *Картографска школа* (стр. 95) било му је довољно само да пренесе одговарајући део уводне расправе у КН, 19–20, а онда је из превода *Qutételet*-овог текста у КН, 73–75, пренео закључке, као да је у оригиналу читао тог аутора!

Део о физиогномичарима и френолозима (стр. 96) репродуковао је из уџбеника (КЛ,159–160), текст о Ћезаре Ломброзу узео је из КН, 21 и КЛ, 160–161, Гарофала из КЛ, 161–162). „Ракочевићев“ текст (стр. 99–101) о човеку који се сматра истинским оснивачем криминологије заслужује посебан осврт. Чувеног аутора кога великаном сматрају не само у криминологији, него и у остале две основне кривичне науке (у кривичном праву и криминалној политици), он прекрштава у *Enrico Ferry* и то у скоро целом тексту. Тако је несретни *Ferri*, за кога знају као Италијана чак и студенти почетних година правних факултета, променио име и порекло из само Ракочевићу знаних разлога! Пишући о овом великану, на стр. 100 наш „иноватор“ комбинује делове из Игњатовићеве уводне студије (КН, 21–22), превода оригиналног текста аутора за кога и не зна како се тачно зове (ствара привид да га је читао у оригиналу), који се даје у КН, 102 и текста у КЛ, 162–165. *Теорије наслеђа* једним делом (стр. 101–102) пренете су из нишког уџбеника (НИШ, 216–217), а текст на стр. 103. из КН, 167–168.

„Своје“ излагање *Ендокринолошке и неоконституционалне теорије* (стр. 103–105) Ракочевић склапа из делова нишког (НИШ, 214–215) и београдског уџбеника (КЛ, 165–166); *Осврт на биолошка схватања* (стр. 106) преузима из ове друге (стр. 106), као и *Оцјену психолошких теорија* на стр. 113 (КЛ, 174), *Школу друштвене средине* (стр. 114–116) из КЛ, 175–178, а *Социолошку школу* (стр. 116–117) из КЛ, 178–180. Део *Историјски материјализам* такође је настао спајањем два рада једног аутора – КН, 23 и КЛ, 183. Исти метод комбиновања текстова из две књиге аутора ове анализе, Ракочевић примењује и у тексту о *Bonger*-у: КЛ, 183–184 и КН,142–145 (опет је у питању превод оригинала који се у анализираном раду нигде не помиње). Целине *Еколошка теорија* и *Малолетничка делинквенција и градска подручја* „преузете“ су из КН, 24–25, 147–148, 150, 152–153. *Теорија диференцијалне асоцијације* такође је узета из две Игњатовићеве књиге – КЛ, 186–187 и КН, 26–27 и 160–161 (при чему је ово друго превод оригиналног *Sutherland*-овог текста).

Текст на страницама 122–129 (дакле, *осам страна*) подгоричке *Криминологије* парафразира Игњатовића, и то: *Теорија друштвеног учења*, стр. 122–123 из КЛ, 187–189; *Теорија културног конфликта* на стр. 123 из КН, 25; *Сукоб култура и злочин* на стр. 123–124 из КН, 25–26, уз то стр. 154 и 158 (превод *Sellin*-овог текста); *Теорија поткултуре* на стр. 124–125 из КН, 29–31; *Субкултура насиља* је преузета (без навођења, наравно) из КН, 32–33 и 205–208 (ово друго је оригиналан текст преведен у овој књизи); *теорија аномије* на стр. 126 и *теорија различитог избора* на стр. 126–127 такође су отети делови из КН, 28–29 и 31–32, као и *Теорија жаришне преокупације* на

стр. 127 из КН, 32, па и *теорија суздржавања* на стр. 128 из КН, 44–45. Две теорије наведене су комбиновањем текстова из КН и КЛ по истом маниру: започиње се преписивањем из прве, пасуси на крају преузимају се из друге: *Технике неутрализације* на стр. 127–128 (КН, 44 и КЛ, 193); *Хирсхијева теорија социјалне контроле* на стр. 129 (КН, 45 и КЛ, 194).

Тек толико да се разбије досада, *Теорија опортунитета* на стр. 129–130 „ослања“ се, без навођења, прво на уџбеник двеју колегиница – НИШ, 257, а онда се посеже за, наравно, нецитираним КН, 46. *Теорија реинтегративног постивања* на стр. 131 преузима се из КН, 46–47 и КЛ, 196, као и *Комунитарна теорија друштвеног поретка* на стр. 131–132 из КН, 47–48; *Људска права и злочини официјелних структура* на стр. 132 из КН, 48–49; *Теорије друштвене реакције* на стр. 132 из КН, 33. *Покрет нове друштвене одбране* на стр. 132–134 црпе се из истог извора, комбинацијом текста из Увода и превода оригиналних текстова – КН, 33–34, 211 и 216; *Интеракционизам и теорија етикетирања* на стр. 134–136 су извучени из КН, 34–38, при чему се аутор послужио лукавством: испремештао је неке пасусе, да се на први поглед не види одакле је шта узео.

Целина под називом *Радикална – критичка кримнологија* на стр. 136–140 потпуно је пренета од Игњатовића из КН, 38–41 и КЛ, 206–210. Ипак, „аутор“ се труди да буде оригиналан: његова интервенција у туђем тексту, који потписује својим именом, огледа се у захватима као што су: оно што се у уџбенику *Криминологија* назива „леви реализам“ он означава са „лијеви реализам“, „постмодернизам“ – „пост модернизам“ или тако што раздваја *аболиционизам* и *анархизам*, које Игњатовић излаже заједно. *Феминизам у криминологији* и *Етиологија криминалитета жена* на стр. 141–142 преузима из КН, 42–43, док за део *Феминистички правци* на стр. 142 користи уџбеник истог аутора из КЛ, 213. *Феминистичке теорије о насиљу над женама* на стр. 142–143, тек толико „да се колегинице не наљуте“, поново узима из уџбеника НИШ, 269–272.

Као што се из наведеног може лако видети, *Глава III* књиге доцента Ракочевића је преузета без цитирања претежно из два уџбеника и књиге *Криминолошко наслеђе* коју аутор, будући да је из ње преписивао читаве странице, није нашао за сходно да помене ни у својој библиографији. Нечувено!

Глава IV, која обрађује далеко мање сложена питања, од којих нека – као приказ стања криминалитета у конкретној држави – могу да обраде и аналитичари у полицији и правосуђу, пружала је доценту Ракочевићу прилику да нешто коначно сам напише. Али, чак и у овом делу он није одустао од свог начина рада. Наведимо, само при-

мера ради, шта је на први поглед тако преузео: целину *Стање криминалитета у свету* на стр. 145 препичао је на основу уџбеника КЛ, 228–234; *Државе са високом стопом криминалитета* и *Објашњање високе стопе криминалитета* (све са страном литературом коју је, наводно, користио) на стр. 149–150 из КЛ, 234 и 238–240; *Државе са ниском стопом криминалитета* (са студијом Фреде Адлер), уз мање „корекције“ преписао је из КЛ, 240–243.

Део *Типологије криминалитета* на стр. 203–204 настао је из два извора – комбинацијом текстова из Игњатовићеве *Криминологије* (при том се позива на дело доајена италијанске криминологије *G. L. Poniti-a* које је „очигледно користио“) – КЛ, 259 и уџбеника колегиница – НИШ, 114–115 (овде је „консултовао“ француског великана *J. Pinatela*). Део *Крвни деликти* на стр. 208 узео је из истог извора – НИШ, 119; *Узроци крвних деликата* из КЛ, 263–264. *Етиологија насиља у браку* на стр. 219–220 из НИШ, 135–138; *Kaiser*-ову класификацију деце жртава на стр. 225 из НИШ, 140–141; *Појам и врсте имовинског криминалитета* – први пасус на стр. 247 од КЛ, 269–270; *Транснационалне криминалне организације* на стр. 208–281 из КЛ, 276–277; *Злочини мржње* на стр. 330 из КЛ, 261–263.

Истину говорећи, понегде доцент Ракочевић даје „стваралачкој имагинацији на вољу“, па се у књизи могу наћи и следеће дефиниције које изазивају недоумицу шта је писац, у ствари, хтео да каже? Ево како он дефинише важне категорије какве су убиство и корупција:

> „Убиство је најтежи злочин агресије усмјерен према другим члановима друштвене заједнице, нападом на њихов живот и тјелесни интегритет, на слободу и сексуални интегритет, на мир и достојанство, на спокојство и слободан живот“ (стр. 209).

Из наведене дефиниције могу се извести следећи закључци:

– лишење живота човека изван друштвене заједнице – пустињак, усамљена скитница, очајник на пустом острву – није убиство;
– убиство је уперено на напад на мир и достојанство (!), слободу и сексуални интегритет (!), спокојство и слободан живот (!). Још недостаје да се наведе „слобода кретања“ – мртви заиста не могу да својом вољом мењају место. Оваква конфузија одавно није забележена у литератури.

Да видимо сада како се дефинише корупција:

> „Етимолошки термин корупција (лат. *rompere* – рушити) сугерише да се нешто у основи прекида и представља више појавних облика кривичних дјела из каталога инкриминација кривичног закона“ (стр. 286)

Очигледно, самом аутору није баш јасно о чему се ради:

– замењује латински корен речи *corrumpo* са *rumpere*, као да у латинском језику не постоји изворна именица *corruptio,* која, са префиксом *co-*, добија значење „поквареност, подмићивање“.
– код корумпирања ништа се не прекида, напротив – учинилац дела и жртве најчешће настоје да остваре своје циљеве вишекратним вршењем дела.

Глава IV, међутим, има још један „посебна квалитет“: њен писац је без мере преузимао још једно дело из суседне државе, не наводећи га ни једном речју – ни у тексту, ни у библиографији! Ради се о књизи *Криминологија* коју је написали М. Сингер, И. Ковчо и И. Цејнер, Глобус, Загреб 2002 (у даљем тексту: ЗАГРЕБ). За тим делом посезано је толико да се може рећи како су читаве целине у овој *Глави* „Ракочевићеве књиге“ (уз мале изузетке, као што је навођење статистичких података за Црну Гору – и то на местима где су они у оригиналу наведени за Хрватску) пренете из загребачког уџбеника. То се види по следећим деловима: *Криминалитет с обзиром на године живота извршиоца* и *Делинквенција старијих особа* на стр. 156–170 преузето је из ЗАГРЕБ, 140–142 и 203–207. У излагању о криминалитету жена, Ракочевић је „позајмио“ све од 160. до 170. странице: *Партиципација жена у укупном криминалитету* (ЗАГРЕБ, 208–210); *Различита објашњења криминалитета жена* (ЗАГРЕБ, 211–218); *Истраживања криминалитета жена* (ЗАГРЕБ, 218–225). Препричао је без цитирања, дакле, читавих *осамнаест страна* из оригиналног дела, интервенишући у њему на судбоносним местима тако што: *Криминалитет с обзиром на доб* мења у *Криминалитет с обзиром на године живота извршиоца*, док *Удио у укупном криминалитету* преводи као *Партиципација жена у укупном криминалитету*. Ракочевић преноси бројне, у оригиналном делу цитиране ауторе, а да при том не познаје границе. На странама 166–167 елегантно, наглашавајући значај косим словима (*italic*), „позајмљује“ резиме истраживања о криминалитету жена из туђе књиге (ЗАГРЕБ, 220–221).

Нигде поменуту књигу Сингера и сарадница користи и у делу о малолетничкој делинквенцији: *Малољетничка делинквенција у свијету* на стр. 172–173 (из ЗАГРЕБ, 144–146). У делу *Главе IV* под насловом *Криминални поврат* „да заметне траг“, Ракочевић са копирањем загребачког уџбеника започиње од четвртог пасуса на стр. 190 и на следећих *тринаест страница* (до стр. 202) – са изузетком навођења статистике за Црну Гору – преузима све из ове књиге (ЗАГРЕБ, 240–243; 243–253; 255–284)! У делу књиге *Виолентни криминалитет*, Ракочевић такође „злораби“ наведено дело: *Опћа обиљежја* и *Обим и кретање* на стр. 204–208 преузима из ЗАГРЕБ, 406–418. Целину *Сексуални криминалитет* на стр. 228–232 (са изузетком података за своју државу) Ракочевић такође преноси, као и

део под насловом *Обим и кретање* и *Жртве сексуалних деликата* – из ЗАГРЕБ, 475–476 и 496–499.

Сем прве реченице, целокупно излагање *Саобраћајни криминалитет* на стр. 235–245 (*једанаест страна*) Ракочевић је пренео из дела књиге *Прометни криминалитет* Сингера и сарадница (ЗАГРЕБ, 509–539). Комбинујући их са текстовима из других већ навених књига, Ракочевић је загребачки уџбеник уз незнатне измене преписивао и код делова *Појам и врсте имовинског криминалитета* и *Кретање и обим*, од трећег пасуса на стр. 247 до 248. (ЗАГРЕБ, 545–547); У „стварању“ целине насловљене *Крађа* (какве симболике!) постигао је сопствени рекорд: „позајмио“ је од загребачких колега све од другог пасуса на стр. 248 до стр. 263! Све у свему, *шеснаест страница* – сем две табеле са подацима за Црну Гору (ЗАГРЕБ, 545–547; 563–566; 576–578; 579–590; 591–608).

Привредни криминалитет такође није баук ако користите технику писања доцента Ракочевића: у делу *Појам и значење* на стр. 265–266 крене се у посезање за туђим од другог пасуса из ЗАГРЕБ, 620–622; настави се са *Типологијом* на стр. 267–269 (ЗАГРЕБ, 622–627) и заврши са *Факторима* (стр. 270, опет од другог пасуса) из ЗАГРЕБ, 623.

Глава V – Етиолошка димензија криминалне појаве такође је највећим делом преузета, без навођења, од других аутора. Само, примера ради: *Криминогени факттори* на стр. 332–333 из НИШ, 274–276; *Појам узрока у криминологији* на стр. 333–334 из НИШ, 276–277; *Поводи криминалног понашања* и *Оклоности и ситуације инкриминисаног понашања* на стр. 335–336 из НИШ, 277. *Медији* на стр. 358–359 из КЛ (ово је, сем код дефинисања *Криминологије*, једини случај где Ракочевић помиње овог аутора) и НИШ, 308 (наравно, без цитирања ауторки из чијег уџбеника је преписао *Schneider*-ове ставове). Од ових других је (НИШ, 313) преузео и део под називом *Развој алкохолизма* на стр. 362–364; *Врсте алкохоличара* на стр. 364–365 (НИШ, 313); *Вагабундажа и криминалитет* на стр. 378–379 (НИШ, 330–331).

Да се криминолози из Хрватске не увреде, из уџбеника Сингера и сарадница, Ракочевић преузима у целини *Природно – физички чиниоци* следеће делове: *Географски положај и клима* на стр. 342–343; *Катастрофе* на стр. 343–344 (из ЗАГРЕБ, 75–76; 76–79). Код макросоцијалних фактора криминалитета: *Ратне и поратне прилике и криминалитет* и *Приведни систем и криминалитет* (стр. 345–348) преузима се из ЗАГРЕБ, 79–88, а *Убанизација, миграције и криминалитет* (стр. 349–352) из ЗАГРЕБ, 95–101.

Глава VI Виктимолошка димензија криминалне појаве преузета је углавном из нишког уџбеника *Криминологија*. Тако је *Настанак и развој виктимологије* на стр. 406 узет из НИШ, 365; *Појам и предмет виктимологије* на стр. 407–408 из НИШ, 368–370; *Циљ и задаци виктимологије* на стр. 410 из НИШ, 372; *Појам жртве* на стр. 411–416 (дакле *пет страница*) из НИШ, 374–378. Овде је доцент Ракочевић прибегао „лукавству". Будући да је ову *Главу* скоро у целини преузео од две коауторке нишког уџбеника, он на стр. 416 галантно цитира поделу жртава коју даје једна од њих.

Међутим, да ствар буде интересантнија, у делу о поделама жртава у литератури, Ракочевић посеже за још једним извором – на стр. 415–416 он наводи типологију *Roy Lamborn*-а коју зајми са стр. 19, али из једне нове књиге: ради се о делу *Виктимологија*, чији су аутори професори А. Рамљак и М. Симовић, а издата је у Бања Луци 2006 године (у даљем тексту: Б. ЛУКА). Наравно, у Ракочевићевом уџбенику ово дело се ни у библиографији уопште не помиње! Ипак, тако посезање доцента Ракочевића добија још израженији, „прекогранични" карактер – у игру су укључене, поред Црне Горе (где је „његово" дело објављено), Србија и Хрватска, и сада Босна и Херцеговина. Дакле, имамо основа да закључимо да је, захваљујући овом недозвољеном научном маниру ипак настало нешто корисно – створено је особено „криминолошко братство и јединство" на тлу раније Југославије.

У делу *Виктимизација и ризик виктимизације* на стр. 417 претпоследњи пасус је узет из КЛ, 307, да би на следећој страни у целини насловљеној *Појам и предмет виктимогених предиспозиција* поново биле преузете коауторке НИШ, 381–382. А онда долази део у коме је књига двојице аутора објављена у Бања Луци послужила у исте сврхе. Делови *Жртве масовног кршења људских права* на стр. 432, *Право на живот* на стр. 432–433, *Забрана тортуре* и *Жртве ауторитета* на стр. 433 „позајмљене" су из Б. ЛУКА, 157–159; 161; 162–163 и 181–186; такође и *Виктимолошки аспект екологије* на стр. 434 и *Жртве биотероризма* на стр. 435 – из Б. ЛУКА 193–194 и 325–329.

А на крају долази *coup de grâce* у виду *Библиографије*. Познато је да се у свим приручницима који се баве методиком израде научног рада без изузетка указује колики је значај поуздане библиографије, јер она читаоцима омогућава не само да стекну увид у коришћену литературу, него им служи као упутство које радове би требало да консултују уколико желе да продубе своја сазнања из одређене области. У досадашњем излагању показано је која је дела доцент Ракочевић користио (преписао или парафразирао, без навођења). Дакле, било је довољно да их преброји на прстима једне, или евентуал-

но, две руке. Али, како то не задовољава имиџ који треба створити у научној јавности, он опет прибегава истом „методу рада“.

Библиографија у „његовој књизи“, која се налази на стр. 439–441 (са изузетком једне књиге Д. Чукића, два рада В. Голубовића, два рада Д. и Ј. Радуловића, 24 рада самог Ракочевића и коауторског дела Шкулић-Стевановић) скоро је комплетно преузета из уџбеника *Криминологија* Ђ. Игњатовића – овај пут, као и код *Предговора*, користио се осмим издањем (изд. Досије, Београд 2007, 259–288). Наиме, од 175 библиографских јединица, пренео је 145, тврдећи на тај начин да је користио све наведене књиге на енглеском, италијанском, француском, руском, пољском, бугарском, чак и румунском језику!

Али, што се из цитиране литературе види, употреба скенера има одређене недостатке: ова машина, без одговарајућег софтвера, често може да „забрља“, а посебно када не препозна слова из других језика. Тако чувени француски социолог *Durkheim* мења име у *Dirkheim*, енглески криминолог *Downes* постаје *Dawnes,* немачки аутор *Göppinger* се представљен је као *Goppinger*, а град у коме је издао књигу *Munchen*, место у коме су *Glueck*-ови издали књигу *New Zork*, *Hagan* своју у граду *Chikago*, а *Bentham* је, стиче се утисак, писао на шпанском, а не на енглеском, јер му се у називу дела појављује реч *Morales.*

Од својих учитеља, чули смо у време када смо се почињали бавити науком како да најлакше докажемо плагијат свог текста: саветовали су нам да у њему намерно наведемо неки погрешан податак (годину издања, страницу на којој се налази идеја коју цитирамо) и тако ћемо лако утврдити интектуалну крађу. У тексту *Криминологије* из које је преписана библиографија, код рада коауторки Константиновић и Ристановић, грешком је на стр. 271 два пута наведена година издања. Иста грешка налази се и код Ракочевића на 440. страни.

Истина, коришћење скенера има и добрих страна. У *Библиографији* је оснивачу криминологије и, по многима највећем научнику у њеној историји, враћено презиме *Ferri.* Тек толико да се престане превртати у гробу због онога шта му се са именом догађа на брдовитом Балкану.

Свестан да је стручњацима лако да разликују рог од свеће, овај доцент прибегава последњем средству оних који би да заметну траг. Он делимично интервенише у попису радова преписаних од другога и тиме чини нову грешку: прави конфузију у којој чак и попис радова постаје неупотребљив.

Било би добро када би покушао да нађе рад на који се у „свом“ уџбенику позива. Први пример: дело Cox D., Roesch R., Zapf P. /2000/: „Psychological Perspectives on Crimnality“, in: *Criminology – A*

Canadian Perspective (Linden R. ed.), Toronto, из оригинала постаје код Ракочевића волшебно *Lenden R. (2000): Criminology, Toronto.*

Уредник (чије име је иначе погрешно написано) једне књиге постаје, захваљујући „иноватору", њен писац. Исти је случај и са радом чији је приређевач *Donziger*.

Славни шпански сликар Салвадор Дали као да је, према Ракочевићу, имао брата који се бавио криминологијом и писао на енглеском језику: *Dali K . i dr. (1999) Feminism and Criminology, Boston.* У ствари, ради се о делу: Daly K. and Chesney-Lind M. /1999/: „Feminism and Criminology" – in: *Contemporary Criminological Theory* (Cordella P. and Siegel L., eds.), Boston.

Тако је прилог у зборнику, захваљујући писцу подгоричке *Криминологије*, прерастао у књигу коју је „написао" аутор чије ни име не зна.

Још гори је случај са несретним *Stanley Cohen*-ом. Његова одредница „Криминологија" у енциклопедији: Cohen S. /1985/: „Criminology" – in: *The Social Science Encyclopedia* (Kuper and Kuper eds.), London, прерасла је у *Библиографији* на стр. 439 у књигу *Cohen S. (1985) Criminology, London.*

Могли бисмо се нашалити да се Ракочевић повео за принципом „учини му част", али је једна ствар очигледна – он не зна разлику између писца и приређивача књиге, што је заиста катастрофалан податак за некога ко претендује да се бави науком. То показује и следећи пример. Текст једног аутора цитиран у оригиналу као: Cordella P. /1996/: „A Comunitarian Theory of Social Order" – in: *Readings in Contemporary Criminological Theory* (Cordella P. and Seigel L., eds.), Boston, а у „новој верзији" је постао коауторска књига Cordella P. and Seigel L. *(1986) A Comunitarian Theory of Social Order,* Boston.

Слична је ситуација и са делима: Dodge R. /1984/; Osborne K. /1982/; Stanley E. /2007/ код којих је такође прилог у зборнику „прерастао" у самосталну књигу.

Поступајући по савету старијих колега, у свом уџбенику изоставио сам код рада Sellin T. and Wolfgang M. /1970/: „The legal basis of delinquency" – in: *The Sociology of Crime and Delinquency*, New York податак да су приређивачи зборника у коме је прилог објављен тројица познатих америчких криминолога *Marvin Wolfgang, Leonard Savitz* и *Norman Johnston*. Ракочевић, који ни прилог ни зборник очигледно није видео, овај рад у библиографији наводи као: Sellin T. and Wolfgang M. /1970/: „The legal basis of delinquency", New York – дакле, као књигу, наравно без имена тројице приређивача.

Још је гора ситуација са радом De Greff W. /1954/: „La double orientation de la criminologie" – in: *Travaux de la semaine internationale*, Strasbourg, који је сведен на De Greff W. /1954/: *La double orientation*

de la criminologie, Roma. Не само да је прилог у зборнику проглашен књигом, него је место издања померено у другу државу!

У настојању да „дâ свој допринос науци“ др Ракочевић самовољно скраћује називе радова чији аутори су Cortés J. and Gatti F. /1972/; Hagan F. /1990/; Rumore M. /2004/; Siegel L. and Welsh B. /2005/; Tierney J. /1996/; Walker N. /1987/ i Williams F. /1999/, што је наравно недопустиво, јер је и наслов дела заштићен одредбама ауторског права.

Под удар тих одредаба овај писац могао би још више да дође када својевољно избацује коаутора неког рада. При навођењу „њему знаног“ уџбеника *Криминологија* на румунском језику који је у оригиналу цитиран као: Nistoreanu G., Păun C. /1996/: *Criminologie*, Bucureşti, он избацује другог аутора *Costică Păun*-а, који је у време изласка књиге предавач на предмету Криминологија на Полицијској академији у Букурешту и научни сарадник института *HEUNI* у Хелсинкију.

Ипак, чини се да ће највећу конфузију код оних који буду видели библиографију овог од јавности пажљиво скриваног дела изазвати Ракочевићево „познавање“ италијанске криминолошке литературе. У његовом избору литературе из туђег уџбеника нашло се чак пет монографија (*Clifford W.; Cotta S. e Ventura P.; Drapkin I.; Nuvolone P.; Saponaro F.*) које је немогуће наћи било где у свету. Наш писац их наводи као књиге, а ради се о прилозима познатих аутора које је у својој знаменитој едицији од шеснаест томова под називом *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense* (објављене у раздобљу 1987–1988) окупио великан италијанске криминологије проф. *Franco Ferracuti*.

Најзад, да ствар учини још нелогичнијом, Ракочевић у *Библиографији* преписује из оригинала скраћенице као што су на пример *RKK, JRKK*, али не даје објашњење о којим публикацијама се ради (часопис *Federal Probation*, опет, прекрштава у само њему познату скраћеницу *Fed. Pr.)*

А, при свему томе, у тако богатој *Библиографији* се уопште не помињу неке књиге из којих су преузети велики делови рада!

3. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Шта рећи на крају ове тужне приче? „Аутор“ Ракочевић у *Предговору* указује како је опхрван силним предметима које предаје морао да се прихвати посла да, поред толико уџбеника из Криминологије, направи „сопствени“, како би изразио „своје оригиналне идеје“. На

његову несрећу, где год је покушао да нешто каже сам – то се претворило у конфузију. Или, прецизније речено, где год текст ове подгоричке *Криминологије* има смисла и позивања на (нарочито страну) литературу – обично је довољно само се потрудити и наћи одакле је то преузето.

Писац овог текста такође је послу приступио са резервом: провести сате и дане у „ловљењу“ од кога је овај доцент шта преписао није ни угодан ни посебно инспиративан посао (вероватно је потрошио више времена него онај који је књигу „писао“). Утолико пре што је (како је то, уосталом, у тексту већ показано) систем *copy – paste* био врло вешто примењен. Преузимани су радови различитих аутора (видели смо да су неки код небитних питања и цитирани, али код кључних криминолошких проблема нису; радови других аутора нису нигде ни поменути), измењени су први пасуси у појединим целинама или прве речи на почетку пасуса; уклапани у исти текст делови из различитих туђих радова. И најзад, десила се и чудна коинциденција, да су *Предговор* и *Библиографија* преузети из осмог издања *Криминологије* које се појавило исте године кад и Ракочевићев текст. Све ово говори о две ствари: 1) да није у питању неукост или случај; и 2) да би будуће генерације криминолога могле стећи утисак да су се преписани аутори, у ствари, послужили књигом овог доцента. А то би ипак било превише, јер се већ на први поглед види ко преузима туђе.

Морам признати да су ме добронамерне колеге које сам упознао са овим случајем саветовале да ћутим оно што је учињено. Помињали су ми народне изреке о птицама и инсектима, о артиљерији и птицама или предлагали да се послужим моделом који су у оваквим ситуацијама најчешће примењује: аутори који примете да су злоупотребљени, од других млађих колега траже да научну и стручну јавност обавесте о томе шта је урађено.

Овакви савети нису ми били прихватљиви: пре свега, сматрам да на овакве појаве треба безусловно реаговати, нарочито у тако драстичним случајевима. Ради се о понашању које негира основне принципе научног рада, туђа ауторска права, али и елементарно академско поштење. А сами оштећени аутори најбоље знају шта је од њих недозвољено преузето и у то не треба мешати друге.

Писац ових редова има и неке своје разлоге да се јавно огласи. Доцент Ракочевић је магистрирао и докторирао на Правном факултету у Београду, где је као магистрант био обавезан да прати његова предавања из Методологије истраживања криминалитета, на којима је полазницима указано шта се у научним и стручним радовима не сме чинити. Друго, само они који се баве Криминологијом знају колико је напора потребно уложити, колико литературе прочитати, ко-

лико времена провести да би се дошло до неке оригиналне идеје. Због тога, плагијати их не могу оставити равнодушним.

Када смо већ код доктората на Правном факултету Универзитета у Београду, после овог искуства погледао сам његову тезу под насловом *Откривање и сузбијање злоупотребе дрога* одбрањену 2003. године. Већ на први поглед, један део дисертације учинио ми се познатим. Ради се о почетку Главе II – *Међународна заједница и сузбијање злоупотребе опојних дрога*. Као приређивачу избора текстова Обрада Перића (*Зборник радова*, Досије и Криминолошка секција СУКРПРТП, Београд 2007) познат ми је чланак овог уваженог доајена наше Криминологије под насловом „Међународноправни аспекти сузбијања злоупотребе опојних дрога“, који је изворно објављен у часопису *Правни живот* 10/1981, стр. 71–91.

На моје изненађење, констатовао сам да је Ракочевић и овде, на *девет страница* великог формата (стр. 61–70 дисертације) скоро дословно преписао проф. Перића (стр. 71–86), заједно са свим фуснотама на француском, руском, енглеском и нашем језику. Наравно, нигде не помињући правог аутора текста! Чак се није много ни трудио да „завара траг“ осим понегде, нешто другачијим почетком реченице, убацивањем појединих делова текста, нешто другачијим избором речи, „стилским дотеривањем“, итд. И то од почетка:

> „Напори међународне заједнице да сузбије злоупотребе опојних дрога, иако су добили посебан значај у новије доба, нарочито са преношењем надлежности по том питању у домен УН...“ (Перић, стр. 71–72)

што у новој „обради“ изгледа овако:

> „Напори међународне заједнице да сузбије злоупотребе опојних дрога, иако су добили посебан значај у новије доба, посебно са преношењем надлежности у УН...“ (Ракочевић, стр. 61–62)

и тако све до краја:

> „Идентичне одредбе, могло се запазити, налазе се већ у Конвенцији о психотропним супстанцама, па би и ове требало посматрати заједно са претходним пошто сачињавају целину. Узете, међутим заједно, представљају солидан основ за нове тенденције у овој области које су нарочито дошле до изражаја у неким новијим законодавствима.“ (Перић, стр. 86)

у преузетој верзији гласи:

> „Сличне одредбе запажају се у Конвенцији о психотропним супстанцама, па би и њих требало посматрати цјеловито, дакле заједно са претходним, посебно због чињенице да у том случају представљају добру полазну основу за позитиван

развој законодавства у назначеној области.“ (Ракочевић, стр. 69–70)

Већ ово указује да постоје основи да се на Правном факултету у Београду формира компетентна комисија која би размотрила оригиналност наведене докторске дисертације.

Међутим, ни ту није крај. У *Зборнику Правног факултета у Подгорици* 35/2006 на стр. 102–121 налази се чланак „Црногорско кривично законодавство у области сузбијања злоупотребе опојних дрога и међународни стандарди“, чији трећи пасус почиње констатацијом: „Активности међународне заједнице да сузбије злоупотребе опојних дрога, иако су добили посебан значај у новије доба, посебно са преношењем надлежности у УН... „ (стр. 103), и даље следи *осам страница* Перићевог текста. Додуше, „аутор“ се овај пут више потрудио око туђег рукописа. Смањио је број напомена и „преузимање“ је завршио са Конвенцијом о психотропним супстанцама (на стр. 85 оригиналног текста у *Правном животу*).

Остаје, међутим, исти утисак. Доцент Ракочевић не само да се у докторату служи недозвољеним преузимањем туђих текстова, него своју недозвољену делатност наставља и после стицања титуле. Он примењује праксу да се делови докторске дисертације распарчавају у чланке, губећи још из вида да се не ради о сопственом, већ о туђем тексту. У жељи да повећа своју „научну продукцију“, додатно ризикује да буде откривен начин на који он „ствара своје радове“.

Оно што је доцент Ракочевић учинио, у научном свету одавно изазива једнодушну осуду, јер је „присвајање туђе духовне својине“ недопустиво. Да апсурд буде већи, у *Криминологији* коју је потписао Ракочевић, у импресуму је наведена уобичајена формулација о заштити ауторских права: „Сва права задржана. Ниједан дио ове књиге не може бити репродукован, преснимаван или преношен... без претходне сагласности аутора“

Делује заиста као крајњи цинизам да „своје ауторско дело“ штити неко ко је, како је у овом тексту показано – од *Предговора* до *Библиографије* – „неовлашћено репродуковао“ неколико туђих радова и то на језицима јужнословенских народа који не траже превођење.

На крају би требало указати на још једно питање: да ли би ситуација са овом књигом била другачија да је њен аутор поштено навео шта је и од кога преузео? Иако се у том случају не би радило о плагијату, тада би се појавио проблем самосталности и оригиналности, као битних особина без којих нема научног дела. Другим речима, најнормалније би било довести у питање потребу да се објављује рад састављен као колаж цитираних туђих текстова. Због тога је овај криминолог прибегао другом методу, стварајући привид како има

свој уџбеник, како ту књигу сам назива у *Предговору*. И то из једне специфичне науке за коју је у своје доба уважени кривичар професор др Драгољуб Димитријевић с правом рекао да спада међу најтеже науке, јер од човека који се њоме бави тражи да познаје и право и социологију и психологију и антропологију и медицину и статистику и економију и још низ дисциплина. Треба, како је то волео да каже, „много да прочита, да би мало тога написао“.

4. ЕПИЛОГ

Писац овог текста жели да упозна научну и стручну јавност са даљим корацима које ће предузети како би се санкционисало овакво недопуштено кршење туђих ауторских права. Пре свега, ректор Универзитета Црне Горе, декан Правног факултета у Подгорици и шеф Катедре за кривично право на том Факултету обавештени су о поступку др Ракочевића, како би се активирао Суд части на овим установама и формирале компетентне комисије које би провериле претходне наводе; како би се повукла евентуална одлука којом је наведеној публикацији дат статус универзитетског уџбеника; како би се преиспитале све евентуалне одлуке којима је у погледу напредовања и других статусних питања ово (не)дело послужило као основ за избор. Четврто, обавестићу остале оштећене колеге како бисмо договорили које правне кораке још да предузмемо због повреде наших ауторских права. Размотрићу и могућност да од Наставно-научног већа Правног факултета у Београду затражим да преиспита оригиналност и самосталност докторске дисертације Велимира Ракочевића. Обавестићу и удружења криминолога о томе чиме се баве они који себе сматрају њиховим чланом. За наук другима и као доказ да *Кодекс етике криминолога* нашег Удружења није само пуко слово на папиру.

Лука Бренеселовић

дипл. правник, Београд

СТО ГОДИНА ОД СМРТИ ВАЛТАЗАРА БОГИШИЋА

Двадесет и четвртог дана априла прошле 2008. године навршило се тачно сто година од смрти Валтазара Богишића. По свој прилици са старачком депресијом, он се из Париза упутио у родни Цавтат. Умро је на путу, у Ријеци, у седамдесет и четвртој години живота. Та велика годишњица, каква се за друге људе и у другим земљама радно ишчекује чак и деценијама, код нас за сада није обележена.

О значају Богишића за нашу културу и нашим дуговима које његово дело још потражује, не може се написати лепше него што су стари то учинили у нарочитом *Позиву за прикупљање прилога за Богишићев споменик* пре сто година. Тај *Позив* из 1909. године је за читаоце *Анала* преснимљен и овом приликом интегрално пренет. Налази се међу документима Министарства правде у Архиву Србије, у фасцикли XVII-90-1910, заједно са рукописним предлошком (индиго-отисак), писмом свим председницима судова и управницима казнених завода у којима их министар правде позива да прикупе прилоге за споменик и седам извештаја о прикупљеним прилозима из разних крајева. *Позив* је, према извештајима, пре Министарства правде већ био разаслао београдски Правни факултет. Споменик је израдио познаваоцима београдске предратне архитектуре добро познати вајар Петар Палавичини, који је својим делима украсио низ репрезентативних зграда, укључујући и здање амбасаде Француске у Београду. Његов споменик Богишићу подигнут је у Цавтату.

* * *

О Богишићу и Богишићевом делу и код нас и у иностранству писало се много. Посебно се истиче књига *Валтазар Богишић*

ДРЖАВНА БИБЛИОТЕКА

Ми Срби и Хрвати можемо с поносом да бројимо велик број народних синова, који су и себе и свој народ продичили на разним пољима, било научном, било књижевном или умјетничком, било патриотском.

Пред годину и пô дана отео нам је удес једног таког великог сина нашега народа, одличног научника, врсног правника и честитог родољуба; човјека пуна најискреније љубави према свом народу и читавом славенству, човјека, који је са својим сјајним знањем и плодним радом стекао врло видно мјесто и у нашему народу и у цијелом славенству. То је

ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ

Вас културни и научни свијет, и славенски и страни, исказао је БОГИШИЋУ достојну пошту и истакао његове непроцијењиве заслуге на пољу знаности и науке, те ударио свијетли печат бесмртности на његова дјела.

Наш народ, чији је Богишић велики син и који је он жарко љубио, ма да је искрено оплакао његову смрт, ипак није тој сјајној звијезди још показао видан, трајан и вјечан знак поштовања и признања, још није исказао своју благодарност своме великоме сину.

Слави и бесмртности, коју је БОГИШИЋ својим свијетлим знањем и племенитим радом стекао, треба да и народ у неколико допринесе.

На гробовима великана мјери се морална снага једнога народа; на гробовима великих отаца одскаче љубав њихових синова; ту се стјече, ту се добива, ту се учи и црпе снага, чили дух и јача нада у будућност.

Зато потписани одбор, знајући како наш народ зна и умије да поштује своје великане, и увјерен да схваћа и тумачи осјећаје његове, одлучио је, да у Цавтату, мјесту рођења ВАЛТАЗАРА БОГИШИЋА, подигне му споменик захвалности народне, достојан споменик, који ће бити симбол народне љубави и бити тумач народне благодарности.

У ту сврху Одбор почиње да сакупља прилоге, како би споменик био што достојнији и народа, који га дриже, и имена што поси.

Прилози нека се шаљу на руке г. **Ђура Бијелића у Цавтату** (Далмација), а биће објелодањени у листовима.

Цавтат-Дубровник на Никољдан 1909.

Вице Адамовић — Дон Влахо Барбић — Љубо Бианки — Ђуро Бијелић — Влахо пл. Богдан — Луко марк. Вона — Антун Братић — Влахо Буковац — Др. Перо Чингрија — Стијепо Дивизић — Јозо Фаћони — Рикард Франићевић — Др. Балдо пп. Гради — Иво Гуљелмовић — Луко Калачић — Др. Мило Катић — Др. Перо Клаић — Томо Костопеч — Др. Стијепо Кнежевић — Др. Франо Кулишић — Перо Кушељ — Дон Антун Лиепопили — Ђуро Лонза — Машан Магуд — Михо Малошевић — Антун Мартекини — Др. Влахо Матијевић — Др. Милорад Медини — Влахо Миљан — Иво Морети — Марко Морети — Илија Рачић — Иво М. Рачић — Стијепан Рачић — Влахо Рајчевић — Др. Мипан витез Решетар — Иво Станош — Матеј Шарић — Дон Нико Штук — Рикард Вернаца — Нико Висковић — Божо Враголов — Антоније Вучетић — Перо Зоре.

Вернера Цимермана, написана на немачком језику.[1] Цимерман је у најбољем маниру биографа тога доба и не штедећи папир приказао читав Богишићев живот и рад, док се као кратак преглед за заинтересованог читаоца препоручује прилог Јелене Даниловић *Живот и рад Валтазара Богишића*.[2] Иза наслова *Споменица Валтазара Богишића* из 1940. године, крије се Богишићева (непотпуна) библиографија, аутобиографија објављена са два концепта, а ту је и за данашње законописце врло поучан пропратни запис предавања Луја Бакотића.[3] Настанком Општег имовинског законика посебно се бави позната прва књига Ника Мартиновића из незавршеног низа *Валтазар Богишић*,[4] док је у најновије време Милош Луковић језички анализирао Законик.[5] Посебно бих издвојио и чланак *Подријетло Балда Богишића*.[6] Текст је, додуше, помало острашћен, али садржи вредне, генеалошки, чини се, уредно прикупљене податке о породичном стаблу Богишићевих. И у часопису који је пред читаоцем објављено је више прилога о Богишићевом делу, па и један којим је обележена педесетогодишњица Богишићеве смрти.[7]

Свакоме ко има у виду политички активног Богишића, Богишића као етнографа и пасионираног колекционара старине и, наравно, Богишића као правника, јасно је да у нашој култури, и поред

---

[1] W. Zimmermann, *Valtazar Bogišić 1834–1908 – Ein Beitrag zur südslavischen Geistes– und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Wiesbaden 1962; вид. приказ Б. Недељковића, *Историјски часопис* 1966–1967, 301.

[2] Ј. Даниловић, „Живот и рад Валтазара Богишића“, *Правни живот* 1/1985, 71.

[3] *Споменица Дра Валтазара Богишића о тридесетогодишњици његове смрти,* Дубровник 1940.

[4] Н. Мартиновић, *Валтазар Богишић I, Историја кодификације црногорског имовинског права,* Цетиње 1958; *Валтазар Богишић II, Упитник за описивање правних обичаја Црногораца*, Цетиње 1964.

[5] М. Луковић, *Богишићев законик – Припрема и језичко обликовање,* Београд 2009.

[6] N. Vekarić, N. Kapetanić, „Podrijetlo Balda Bogišića“*, Hereditas rervm Croaticarvm*, Zagreb 2003, 69.

[7] „Свечани састанак Социолошког друштва поводом педесетогодишњице смрти Валтазара Богишића“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 2/1958, 252. Избор радова објављених у *Аналима:* Д. Јанковић, „Богишићеви коментари Душановог законика“, *Анали ПФБ* 3–4/1953, 393; Б. Недељковић, „Канун Леке Дукађина. Арбанашко обичајно право. Из рукописне заоставштине Валтазара Богишића“, *Анали ПФБ* 4/1956, 429; Т. Никчевић, „Богишићеве припреме за Закон о браку у Црној Гори“, *Анали ПФБ* 4/1958, 470; С. Вукосављевић, „Корени Богишићевог Имовинског законика“, *Анали ПФБ* 2/1958, 142; В. Грујић, „О једном покушају да Валтазар Богишић постане професор Правног факултета Велике школе у Београду“, *Анали ПФБ* 3–4/1960, 365; М. Бабић, „Др Валтазар Богишић: Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори“, *Анали ПФБ* 2/1968, 299; М. Константиновић, „Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву“, *Анали ПФБ* 3–4/1982, 422.

побројаних књига и разних других публикација, недостаје свест о значају Богишића и његове баштине као целине. Дефицит је нарочито упадљив ако се на страну ставе студије и чланци посвећене црногорској епизоди, као само једној од епизода у Богишићевом животу. Нема нити једног оправдања да се на корице сваке књиге Богишићевих изабраних дела из 1999. године стави грб-печат Министарства правде Кнежевине Црне Горе.[8] Готово се и заборавило да се Богишић показао као виртуозан законописац, врсан стилиста упоредив са Фојербахом, још око 1875. године, када је припремио нацрт устава, односно „закона“ за Херцеговину и њене устанике.[9] За сваки заборав Богишић је делом и сам крив. Његове личне ствари, па и сви списи, већ ево читаво столеће налазе се у Цавтату. Ватрослав Јагић је тим поводом већ 1909. године приметио: „жељи покојника је удовољено... Друго је питање да ли је тиме учињена услуга науци, а ја бих пре рекао да није“.[10]

Видим ли добро, код нас су, без лепе књижевности, једино Вукова дела сабрана и објављена по строгим и смисленим текстолошким начелима и једино се она, са својих четрдесет књига, с правом зову сабрана дела, јер те́же да обухвате све што је писац икада написао – сваку књигу, сваки чланак, свако писмо, чак и запажене белешке. Тај задатак није ни требало да испуне већ поменута изабрана дела у осам књига из 1998. године, тако да он и даље стоји неурађен.[11] Перо Шоћ нас, након увида у цавтатски фонд, обавештава да је Богишић чак често чувао и „врло обична писма, која је примао, већином и брујоне [концепте] одговора које је давао“, као и белешке политичких разговора, на пример са Миланом и Александром Обреновићем.[12] Део вредне Богишићеве преписке објављен је у *Зборнику за историју, језик и књижевност српског народа*, а по

[8] Вид. фн. 11.

[9] Вид. А. Соловјев, *Богишићев нацрт закона за херцеговачке усташе,* Споменик XCI (1939), 138.

[10] V. Jagić, *Archiv für slavische Philologie* 30/1909, (315. За преглед инвентара Богишићеве архиве вид. *Валтазар Богишић, Изабрана дјела VI,* Подгорица – Београд 1999, 279.

[11] В. Богишић, *Изабрана дјела I–VIII,* Београд – Подгорица 1999. Ово, за сада најсвеобухватније издање Богишићевих дела, приредио је Милисав Чизмовић. До сада је било и неколико других покушаја да се проберу битни и интерсантни Богишићеви прилози и објаве на једном месту. Пре Рата Геца Кон објавио је *Правне чланке и расправе Валтазара Богишића I,* Београд 1926*;* друга књига никада није објављена. У познатој едицији *Класици југословенског права* објављена је књига *Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору*, Београд 1986. Подгорички ЦИД и Службени лист СЦГ из Београда објавили су 2004. године изабрана дела у четири књиге. За прегледе Богишићеве библиографије вид. додатак у С. Пуповци*, Валтазар Богишић – Живот и дјело,* Подгорица 2004.

[12] П. Шоћ, „Богишићева библиотека, архив и музеј“*, Мисао* 26/1928, 446.

које писмо и у другим периодичним публикацијама када се прилика указала.

Правницима време сада даје истински нову и лепу прилику да Богишића признају и овековече као једног међу оцима наше модерне националне мисли и културе. Тиме би му захвалили не само за његов јединствен допринос на пољу правне науке, већ и за све песме, ношње, старинске грбове, новац и књиге које је отео злом забораву, као и за нескривено родољубље. Како се, наиме, породично право са својим многобројним неимовинским моментима све више етаблира као попречна правна грана која сече тематске целине и приватног и јавног права, то би се остатак класичног грађанског права, дакле срж приватног права, смислено могла скупити и регулисати у форми закона који би се са пуним правом, могао назвати основни односно *општи имовински законик*.

ПРИКАЗИ

Ратко Марковић*

Војислав Коштуница, *Одбрана Косова,*
друго допуњено издање, СКЗ, Београд 2009, стр. 294.

Пред нама је друго издање *Одбране Косова*, штампано тек неки месец после првог. Од првог се разликује утолико што је у њему проширен ауторов предговор, што садржи ауторово обраћање на скупу посвећеном десетогодишњици НАТО агресије на Србију и што су обухваћена излагања Матије Бећковића, Милована Данојлића, Косте Чавошког, Слободана Самарџића, Синише Ковачевића и Славенка Терзића посвећена првом издању. Књига је зборник ауторових обраћања (укупно их је 33) домаћим (најчешће Народној скупштини) и међународним телима (најчешће Савету безбедности УН) поводом последњег круга преговора о будућем статусу Косова и поводом једностраног проглашења његове независности, дакле у времену од непуне три године (2005–2008). По свом карактеру, она је ауторско дело и историјски документ истовремено.

Питање статуса Косова или, језиком Резолуције 1244 Савета безбедности УН речено, садржине „суштинске аутономије“ за Косово, отворило се 1999. стављањем Косова под цивилну и војну управу УН. Тиме је једно унутрашње уставно питање постало међународно. Сви претходни покушаји да се оно реши у Србији пропали су, пошто је албанска већина на Косову одбијала да у њима учествује без посредовања међународне заједнице, стављајући тако до знања да Косово не сматра делом Србије.

Ток и исход тих преговора једно је непреболно разочарање у међународну заједницу и у међународно право. Ти преговори били су „привид преговора“, вајни преговори, јер они то нису били ни

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

стварно, ни суштински. Отпочети су, па потом и окончани, а да услови за њихов почетак и крај нису били испуњени. За почетак је недостајало претходно испуњење „стандарда“ који се тичу људских права и основних слобода, пре свега Срба и других неалбанаца на Косову, које је формулисала Контакт група крајем 2003, а после их одобрио Савет безбедности. Испуњење тих стандарда требало је да буде услов за отпочињање преговора о будућем статусу Косова, што је било изражено у геслу „стандарди пре статуса“. Пошто се испуњење „стандарда“ није ни назирало, учињен је заокрет, у том смислу што су преговори отпочети, без обзира на то што „стандарди“ нису били испуњени. С њиховим испуњењем, речено је, наставило би се, паралелно с преговорима, што је било изражено у геслу „стандарди и статус“, да би у току преговора испуњење „стандарда“ као захтев потпуно изостало, а основно питање постало „статус без испуњења и минималних стандарда“ (стр. 68). Штавише, током преговора којима је руководила Тројка предлог је био да се пређе на постстатусна питања, на питања добросуседских и партнерских односа Србије и Косова, као да је реч о две самосталне државе (поднео га је Волфганг Ишингер).

За крај овако отпочетих преговора недостајало је обострано прихваћено компромисно решење. Држећи се текста Резолуције 1244, то решење требало је да утврди модел „суштинске самоуправе за Косово“. Уместо тога, специјални изасланик за преговоре Генералног секретара УН наметнуо је свој план решења за Косово, заснован на преговарачком захтеву само једне стране у преговорима, оне албанске, који се сводио само на једну по себи одређену реч – независност. Тако је захтев једне преговарачке стране усвојен у целини, а друге одбачен, опет у целини.

Као и преговори, и посредници у њима били су вајни посредници. Изузев Русије, у оквиру Контакт групе и касније Тројке, они су били заступници једне стране, оне албанске, иза које су биле САД и НАТО. Ахтисари је, нескривено био заступник САД и НАТО, а не међународни посредник. Због тога ти вајни посредници нису ни тежили компромисном, него су прибегли наметнутом решењу, које је уз то још било и противправно. Кад је Србија и Црна Гора (назив тадашње државне заједнице) пристала на преговоре пре него што су за то сазрели услови, захтев је био да оквир и мандат за тражење решења буду „начела и норме међународног права и универзалне вредности демократског поретка“ (стр. 32). Реч је о нормама *ius cogens*, које обавезују све чланице међународне заједнице, на којима се она заснива и функционише. Конкретизован на питање Косова, тај став значи да се решење за његов положај мора тражити у оквиру међународно признате државе Србија и Црна Гора (од средине 2006. Србије), а да модел тог решења треба да буде суш-

тинска аутономија, „при чему легитимни интереси Албанаца у тој покрајини остају неприкосновени“ (стр. 34). Тај модел био је сугерисан још у Резолуцији Савета безбедности од 1998 (бр. 1160). Преговорима је, значи, требало да се демократски и споразумно утврди конкретна садржина суштинске аутономије. Уместо свега тога, преговори су вођени као да је реч о правно празном простору, јер су игнорисани Повеља УН, Хелсиншки завршни акт, Резолуција 1244, да не спомињемо унутрашње право државе о чијој се територији одлучивало, пре свега њен устав. Другим речима, прибегло се правном насиљу. Само тако је било могуће да се противно вољи Србије промене њене међународно признате границе, што је једнако отимању дела њене територије. Резултат тог правног насиља је предложена лажна држава Косово. Оваквом противправном предлогу дато је цинично оправдање – да је Косово јединствен случај, па да се зато на њега не може односити темељно начело међународноправног поретка о неповредивости територијалног интегритета и суверенитета држава. Бранећи се у својим јавним иступањима аргументима од оваквог омаловажавања права, аутор брани не само Косово, него и идеју владавине права. Он на примеру Косова показује шта бива кад огољени интереси добију снагу закона, кад се сила стави испред и изнад права, уместо да буде иза њега и под њим. У случају Косова дошло је, како је аутор у књизи о Косову која је претходила овој (*Између силе и права – косовски записи*, Београд – Ваљево – Србиње, 2000) рекао, до „свемоћи силе и немоћи права“, погажена су начела која је слободољубиви свет мукотрпно изграђивао после Другог светског рата не би ли читаво човечанство уживало благодети мира и слободе.

По већ испробаном маниру конференција о Косову, ни овога пута није било, сведочи аутор, сем безначајних изузетака, директних разговора између две делегације. У суштини то су били, наводи он, преговори између српске делегације и представника западних земаља, оличених у тиму посредника, који се постављао као неприкривени заштитник тобож косовских а, у ствари, интереса тих земаља. Јер, откад се косовско питање интернационализовало, нескривени циљ свих бројних преговора о Косову био је како да се САД и НАТО дочепају косовске територије, а не да се пронађе подношљив *modus vivendi* различитих националних заједница (Срба и националних мањина) које живе на Косову. Централна личност оваквих преговора мора зато бити јака, ауторитарна, која било неформално било формално њима управља. Обично је то робусна, енергична личност која држи све конце у својим рукама, а не држи при том много до демократске процедуре, него „сече“ ствари чим оне крену током који не води унапред одређеном исходу. У Рамбујеу је та личност била Мадлен Олбрајт, а у Бечу Марти Ахтисари. Неком чудном коинциденцијом

њих двоје су не само по преговарачком „стилу“, него и физички личили једно на друго.

Преговори под руководством Мартија Ахтисарија готово да су пресликали обележја преговора (разговора) у Рамбујеу под руководством Тројке (Хил-Мајорски-Петрич), фебруара 1999. То је још једна потврда закључка да се, кад је реч о Косову, међународна заједница, оличена у САД и ЕУ, према Србији поставља увек исто – и када је у њој, према њеној процени, „аутократски“ и „демократски“ режим.

Књига је драгоцени историјски извор не само због тога што је у њој аутентично приказана „методологија“ последњих преговора о Косову пред једнострано проглашење његове независности, него и због тога што је у њој аутентично и компетентно приказан и коментарисан предлог српске делегације о суштинској аутономији за Косово (Платформа државног преговарачког тима). Те странице у књизи најбоље су оповргавање тврдње да је „суштинска аутономија“ празна реч и флоскула, чему је нарочито допринело њено свођење од стране појединих српских политичара на политички ефектну, али садржински празну крилатицу „више од аутономије мање од независности“. Из Коштуничиног приказа види се да је реч о једном садржајном и целовитом плану који узима за основу посебности косовских прилика.

Суштинска (проширена) аутономија је средње решење између два крајња избора – уобичајене, стандардне територијалне аутономије по узору на европске државе с таквим обликом државног уређења и независности (пуне или надгледане, свеједно). То је аутономија с довољним бројем самосталних надлежности, снабдевена још институционалним механизмима за њихово делотворно обављање и заштићена ауторитетом међународне заједнице, оличене у међународном споразуму у којем би била утврђена и међународном присуству, којим би било надгледано њено спровођење. Кад је реч о надлежности, суштинска аутономија подразумева пуну надлежност Покрајине и ограничену надлежност државе. Србија би у Покрајини имала надлежност у међународним односима (она је носилац међународног суверенитета на читавој својој територији), првенствено у спољној политици и контроли граница. Држава би задржала и одређени број заштитних функција – у области основних права, верског и културног наслеђа, као и посебних царинско-инспекцијских послова. Покрајина би била демилитаризована, тако да отпадају функције Србије у области одбране на територији Покрајине. Но, сврха поделе надлежности између државе и Покрајине није да доведе до стварања два потпуно одвојена паралелна система власти и управљања. Да би се то избегло, уставом Србије би се утврдиле области сарадње ради отклањања препрека слободном кретању људи,

робе, капитала и услуга. Утврдили би се и посебни облици сарадње у појединим областима, као што су банкарство и платни промет, пореска политика, инфраструктурни систем и комуникације (стр. 80–82). Инструменти за остваривање надлежности Покрајине били би самостална законодавна, извршна и судска власт, чије би вршиоце слободно бирали грађани Покрајине.

Како се види, у основи суштинске аутономије је компромисно решење које истовремено и подједнако уважава како државне и националне интересе Србије, тако и виталне интересе косовских Албанаца. Компромисна формула требало би да изрази и садржи равнотежу обостраних интереса, а састојала би се у томе да Србија сачува државни суверенитет и територијални интегритет, а да косовски Албанци добију свој систем аутономне власти помоћу којег би управљали својим животима и својом будућности (стр. 198).

Суштинска аутономија има и један додатни елемент – она треба да обухвата и начине спровођења аутономије за српски народ. Српска делегација је ушла у политичке преговоре ради остварења два циља „који су до те мере међусобно прожети да заправо представљају један целовит циљ: то су опстанак Косова и Метохије у Србији и опстанак српског народа на Косову и Метохији“ (стр. 53). У циљу заштите Срба и припадника других неалбанских националних заједница, скупштина Покрајине имала би унапред одређен загарантован број посланика из редова припадника српског народа и других неалбанских националних заједница. Кад је реч о скупштинским одлукама које се тичу виталних интереса српске заједнице, укључив и доношење покрајинских закона, таква одлука би се могла донети тек ако за њу гласа већина посланика српског народа.

План суштинске аутономије предвиђа да Покрајина преко својих органа успоставља међународну сарадњу са државама, регионима и међународним организацијама, уколико за такве односе није неопходан међународни субјективитет, у области својих уставних надлежности. У плану се још истиче да је за Србију потпуно прихватљиво „да УН надгледају спровођење и испуњавање суштинске аутономије Косова и Метохије унутар Србије“ (стр. 131).

Аутор овде даје важну напомену. Србија је током преговора изразила спремност да, ако то буде било потребно, одмах допуни свој предлог о суштинској аутономији „све до непрелазне границе задирања у суверенитет и територијални интегритет Србије“ (стр. 168). „Једина граница суштинске аутономије за остваривање права косовских Албанаца постављена је тамо где би почело рушење Србије стварањем нове државе на њеној територији“ (стр. 172).

Посебност свих међународних скупова, конференција, разговора, преговора и сл. о Косову је у томе што се њихов завршетак уна-

пред зна, чак и пре њиховог почетка – он ће бити увек, зависно од стања у којем је косовско питање, у интересу косовских Албанаца. Тако је било и у овим преговорима, о којима сведочи аутор као њихов учесник. Ахтисари је предложио независну државу Косово под старатељством САД и ЕУ, пошто је претходно 1999. Косово стављано под привремену цивилну и војну управу УН. Такав предлог није произишао из преговора две стране, него је уважио и изразио интерес једне од две стране, оне албанске, на коју је стао Ахтисари. Предлог предвиђа да се једнострано прекроје међународно признате границе Србије тако што би на делу њене територије албанска национална мањина, у непосредном суседству већ постојеће албанске државе, створила још једну, нову албанску државу. Пошто део међународне заједнице стварање нове државе образлаже и правом народа на самоопредељење, логично се поставља питање који је народ на Косову носилац тог права. То може бити само албанска национална мањина која је бројчана већина на Косову, јер је флоскула о „народу Косова“ празна химера, пошто тако нешто као компактна и хомогена социјална категорија не постоји у стварности Косова. А то онда значи само једно – да албански народ ствара још једну националну државу. Читава та правна акробација у Ахтисаријевом плану треба да прикрије оно што се суштински дешава – отцепљење Косова од Србије и његово присаједињење Албанији. Тобожња мултиетничка и мултикултурална држава Косово има само један смисао – да опсени простоту. Доказ да је Ахтисари стао на једну страну је чињеница „да је Србија овај план без остатка одбацила, а албанска страна беспоговорно прихватила“ (стр. 129).

Ахтисаријев план је план за распарчавање Србије, за отимање њене територије. И то које? Оне са које је потекла српска нација, и њена држава, која је престоница вере и културе Србије. Косово је, вели аутор, „уграђено у најдубље темеље српске државе“, оно је „збирно име за наше национално биће, културу, веру, за нашу историју и нашу будућност“ (стр. 154). Иза Ахтисаријевог плана стоји аргумент силе и право јачег. Овакво наметање решења једној сувереној држави, чланици УН, исто је што и правно насиље. И баш због тога што је насиље, оно се никада не може претворити у право. Ово правно насиље правдало се и тиме што се независношћу Косова спречава сасвим извесно физичко насиље на Косову. Албанци би, истицао је Ахтисари, прибегли масовном насиљу уколико Косово не добије независност. „Оваква врста аргумената – вели аутор – не би заслуживала коментар да смо макар једном од међународне заједнице чули јасну поруку да ове претње не само што не могу бити награђене давањем државе, већ да ће бити најстроже санкционисане“ (стр. 180).

Постоји још један разлог због којег је Ахтисаријев план онакав какав је. Ни он нема везе с правом. О њему је аутор говорио у свом обраћању Савету безбедности УН на седници од 19. децембра 2007. на којој је разматран извештај Тројке: „Досадашњи преговори били су вођени у сенци изричитог обећања косовским Албанцима да ће добити независно Косово. То и ништа друго главни је разлог неуспеха досадашњих преговора. Тврдим да би, да таквог претходног обећања није било, исход био другачији, као што сам убеђен да ће, ако таквих обећања опет не буде, нови преговори уродити плодом и у релативно кратком року довести до компромисног решења“ (стр. 205).

Када Ахтисаријев план није прошао у Савету безбедности, привремени органи Косова су једнострано прогласили независност Косова. Тај чин био је резултат комбинације физичког и правног насиља. Опомињуће речи аутора, тада председника Владе Србије, председницима влада држава чланица Европске уније уочи тог чина остале су без одјека: „У овом тренутку може се учинити да је жртва најављеног нелегалног чина само једна земља, али права истина гласи да је најозбиљнија жртва сам међународни поредак“ (стр. 218). Оба ова насиља изведена су уз пресудну помоћ споља. С обзиром на то да је и долепотписани 1999. био, у својству шефа државне делегације Србије на преговорима с косовским Албанцима у Рамбујеу и Паризу, у прилици да господаре косовске кризе посматра изблиза, он може да потврди да је аутор у *Одбрани Косова* рекао целу истину о тренутном „расплету“ косовске кризе.

А та, потресна истина о независном Косову је следећа. Стварни творци независности Косова нису косовски Албанци него земље старе западне демократије предвођене Америком. Аутор који је завршни ток косовске кризе гледао својим очима и слушао учеснике у њој својим ушима наводи: „Идеју о једностраној независности Косова заступали су и бранили амерички и британски амбасадори, са аутентичном борбеношћу и жаром којим се бране само властити интереси“ (стр. 211). Косовски Албанци су били само инструментализовани ради остваривања војнобезбедносних интереса САД. Америка је свесно жртвовала „државне и националне интересе Србије и животне интересе косовских Албанаца, само да би направила квазидржавну творевину у којој би НАТО пакт био, како то пише у Анексу 11 Ахтисаријевог плана, ‘коначан орган’ власти у ‘независном Косову’ (стр. 211). И даље: „Једнострано проглашење лажне државе под старатељством САД и ЕУ, представља завршни чин политике силе која је започета агресијом и безумним бомбардовањем Србије, а потом настављена доласком НАТО трупа на Косово и Метохију. Никада се као данас 17. фебруара није јасније показала истина зашто је Србија дивљачки разарана под НАТО бомбама. Пра-

ви темељ лажне државе Косово чине бомбе којима је НАТО рушио Србију“ (стр. 227). А онда следе за актере о којима аутор говори најубитачнији, у књизи ударни пасажи: „Сурова агресија која је започела у вечерњим сатима 24. марта 1999. године показала је своје право лице 17. фебруара 2008. Тада је у присуству НАТО трупа на Косову проглашена независност једне лажне државе. – Србија памти и никада не сме да заборави праву истину да су 24. март и 17. фебруар један дан у календару српске историје. Србија памти и никада не сме да заборави да је НАТО право име за независност Косова, и да се на делу територије Србије прво физичким, а затим и правним насиљем, отимачином и крађом, покушава да успостави права НАТО држава“ (стр. 241). „Они који су пре десет година донели одлуку да насрну на Србију (мисли се на НАТО агресију на Србију од 1999, прим. Р.М.) и на међународноправни поредак били су уверени да ће бујицом свакодневно понављаних лажи успети да прикрију свој прави циљ, а то је да се геостратешки и војно усидре на Косову у свом походу на Исток. Памтимо да су говорили о хуманитарној, а не војној интервенцији, о рату који заправо то није, о рату који је заправо – мир“ (стр. 242–243).

Садржина читаве ове књиге може се свести на две речи које су њен наслов – она је, једноставно, *Одбрана Косова*. Она је сведочанство о политичкој и дипломатској битки Војислава Коштунице као председника српске владе за Косово. Косовску битку он води убојитим оружјем – казивањем истине о Косову и раскринкавањем лажи о Косову. Истина је да је НАТО бомбардовање Србије било из освајачких, а лаж је да је то учињено из хуманитарних разлога (заштита косовских Албанаца). Истина је да је српска државна делегација понудила заокружен модел „суштинске аутономије“ за Косово, а лаж је да је она током преговора знала само шта неће, а не и шта хоће. Истина је да се први пут после више од пола века једној држави, чланици УН насилно и противправно отима део њене територије, а лаж је да је Косово јединствен случај, па да се због тога на њега не може односити темељно начело међународног поретка о неповредивости територијалног интегритета и суверенитета држава. Истина је да је једнострано проглашење независности класичан акт сецесије једне националне мањине која као нација већ има своју матичну државу, а лаж је да је ту реч о самоопредељењу непостојећег косовског народа. Истина је да је независност Косова у интересу САД и НАТО, а не косовских Албанаца, поготово она никако није у интересу целог становништва Косова. Истина је да до преговора о Косову никада није дошло, да су преговори били само маска за унапред припремљено решење за Косово, а лаж је да је предложено решење исход преговора.

Да би се истина о Косову употпунила, потребно је рећи још неколико „допуњујућих“ истина, које аутор није могао да саопшти пошто његова књига није системска студија о Косову, него збирка његових говора и обраћања јавности у време кад је аутор био председник Владе Србије и непосредно после тога. Ево тих истина. Проблем независности Косова је отворен Уставом СФРЈ од 1974, који је био правни модел за растурање, а не за конституисање Југославије као федералне државе. Према том моделу, Југославија је, кад за то сазру међународни услови, требало да се распадне на осам независних држава, колико је у њој било „конститутивних елемената“ (њених конституенса). Политички, економски, међународни услови за то су се слагали деценију и по, а онда је „план“ био поремећен 1989, амандманима на Устав Србије, којима је омогућено да Србија као држава профункционише на целој својој територији која обухвата и две аутономне покрајине, које образују федерацију као и републике. Због тога је Бадентерова комисија 1991. морала да прогласи растурање Југославије само на шест независних држава, а не на осам како је првобитно било замишљено. А онда су косовски Албанци кренули у рушење уставног поретка Србије свим средствима, укључив и својом „ослободилачком војском“.

Да спречи крвопролиће, интервенисала је „међународна заједница“ организовањем 1999. конференције у Рамбујеу. Пошто је српска делегација прочитала замку одложене независности Косова у понуђеном споразуму у Рамбујеу и зато одбила да га потпише, уследила је бесомучна агресија НАТО на Србију. Њен циљ је био да се до независности Косова дође силом, и то обилазним путем – најпре потискивањем државе Србије са Косова, иако уз формално очување њеног територијалног интегритета, стављањем Косова под привремену цивилну и војну управу УН. Србију је најпре требало лишити државног суверенитета на Косову, па кад дође време за то одузети јој и територију на којој је њена покрајина Косово. Тај провизоријум није могао да траје бесконачно, а о покушајима изласка из њега сведочи књига Војислава Коштунице. Ахтисаријев план само је легализација разбојничког бомбардовања Србије 1999. и санкционисање стања њиме створеним – коначан је закључак те књиге.

Књига В. Коштунице је потврда колико његовог родољубља толико и његовог високог политичког и професионалног морала. Говорима и обраћањима јавности скупљеним у њој, Војислав Коштуница је пробудио многе савести и довео у питање интегритет и ауторитет многих важних појединаца, држава и међународних тела. Његови говори у Савету безбедности УН ставили су чланице тог тела пред јасне моралне дилеме кад им је предочено да је њихова одлука о положају Косова судбоносна колико за Србију толико и за

Уједињене нације. Та одлука ставља на пробу ауторитет Уједињених нација и може довести у питање смисао њиховог даљег постојања. *Одбрана Косова* Војислава Коштунице је подвиг достојан јунака прве косовске битке – Милоша Обилића. Милош је тада убио турског султана Мурата, али Косово тиме није спасао. Војислав Коштуница је убио серију лажи о Косову и смело и снажно казао истину о њему, а да тиме ни он није спасао Косово. Али ће зато он, као и Милош, у долазећем времену бити подстицај и надахнуће у биткама за Косово које, у овом или оном облику, предстоје будућим генерацијама српског народа.

Борис Беговић*

Diego Gambetta, *Codes of the Underworld: How Criminals Communicate,*
Princeton University Press, Princeton – Oxford 2009, стр. 336.

Јунаци подземља се разликују од осталих, оних који поштују закон, по много чему. Између осталог и по томе што за криминалце важе специфична правила међусобне комуникације. То је последица чињенице да грешке у комуникацији за њих имају далеко озбиљније последице него за остале. Прво, од кључне је важности да сигнале које криминалци емитују у међусобној комуникацији не приме они којима ти сигнали нису намењени: на пример, полиција која може да их искористи да, заједно са правосуђем, криминалце смести тамо где им је и место. Грешке у овом погледу значе „престанак обављања делатности". Друго, криминалци не располажу веродостојном и непристрасном трећом страном у међусобној комуникацији. Док је за оне који поштују закон та страна обично правосуђе, које ће натерати уговорну страну да испуни своје обавезе, криминалци из разумљивих разлога не могу, односно не желе да користе његове услуге. Грешке на овом плану значе „лоше резултате у обављању делатности". Треће, имајући у виду прве две ствари, за криминалце је од кључне важности да у комуникацији пронађу другу (криминалну) страну која је вољна и способна да се укључи у криминалну размену, односно у заједнички криминални подухват. Грешке на овом плану доводе до „умањења обима производње у делатности". Разумевањем проблема који у међусобној комуникацији има подземље, грађани који поштују закон лакше схватају какве им погодности нуди владавина права (уколико постоји).

Дијего Гамбета се прихватио задатка да анализира начине на који криминалци међусобно комуницирају, односно механизме које користе како би превазишли три поменута комуникациона проблема. Његова анализа је подељена у два дела: први сачињавају тзв. сигна-

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Центра за либерално-демократске студије.

ли са трошковима (сигнали специфични за подземље и сличне делатности), док су други уобичајени сигнали, они који не генеришу високе трошкове. Основна одлика сигнала са трошковима јесте да је тај сигнал веродостојан, будући да постоје високи трошкови које сноси онај који сигнал шаље, па је стога веома тешко тај сигнал кривотворити. Веома важна карактеристика, будући да се њоме врши селекција између стварних криминалаца и оних (попут полицијских агената) који желе да стекну њихово поверење ради спровођења закона. Први део књиге посвећен је управо овој врсти сигнала, оних који се заснивају на делима, нарочито неделима у свету криминала, а не на речима.

Прво поглавље књиге посвећено је верификацији нечијег статуса као криминалца. Да ли је неко заиста криминалац, а није убачени полицијски агент? Да ли је неко заиста „частан човек“? Да ли му се може веровати? Ова питања се своде на проблем селекције између потенцијалних партнера у криминалу. Сви поуздани одговори на ова питања везани су за трошкове којима се појединац излаже при слању сигнала. Уколико је неко „одлежао“ у затвору десет година, показао је да је криминалац, будући да су трошкови десетогодишње казне такви да је нико ко није криминалац такву казну не би прихватио само зато да би створио лажни утисак да то јесте. Најделотворнији селекциони сигнал је почињено кривично дело (затвор посредно сведочи о томе). Због тога се често при пријему у неке криминалне организације, попут Мафије, од кандидата очекује да се „легитимише“ убиством – нити један полицијски агент не би отишао тако далеко.

Друго поглавље представља својеврстан наставак првог, будући да се бави проблемом поверења између криминалаца – да ли ће га друга страна изиграти? Један од механизама за решавање овог проблема јесте насиље – онај ко је преварио криминалца који држи до себе и који се није држао договора, завршио је у јарку поред пута. То је порука свима онима са којима се праве или ће тек да се праве споразуми различите врсте. Међутим, репутација коју неко гради на насиљу може за њега да има и лоше ефекте. Друга страна узима у обзир да такав партнер може да прибегне насиљу и уколико он сам прекрши споразум, па га стога треба избегавати као партнера. Други механизам је онај који се заснива на „спаљеним мостовима“ – будући да појединац нема алтернативну стратегију, на пример, ангажовање у делатностима које су у складу са законом, то ће обзнанити на сва звона, а онда ће му остали криминалци веровати. Варијанта тог механизма је демонстрирање стварне или (ређе) фингиране некомпетентности. Порука је јасна: једино што преостаје таквом појединцу јесте да се бави криминалом, па је у његовом најбољем интересу да не изиграва криминалне пословне партнере.

Механизму уцене који се користи у подземљу посвећено је треће поглавље књиге. Додуше, не само у подземљу, будући да су изнети бројни примери из политичког живота и деловања тајних служби. Механизам је веома једноставан, криминалци располажу многим компромитујућим информацијама једини о другима. Страх од тога да један од њих те информације употреби на начин да другима нанесе штету доводи до „дисциплиновања“ осталих, односно сви се труде да буду једна срећна криминална породица. Штавише, уколико један криминалац повери другом неке компромитујуће информације о себи, то је веродостојни сигнал да му се може веровати – корак напред у успостављању криминалног поверења, попут резона типа „Веруј ономе ко ти верује!“

Зашто се затвореници (жестоко) туку између себе, питање је на које одговор нуди четврто поглавље – зато што тиме шаљу веродостојни сигнал да су управо они ти са којима се не треба качити. А уколико не успеју да пошаљу тај сигнал, онда су принуђени да у тучи заштите себе и своју затворску имовину. Показује се да се не туку они који имају већ створену репутацију у погледу капацитета за насиље, будући да су они том репутацијом већ послали одговарајући сигнал. Они који не могу да се (делотворно) туку, односно немају наведени капацитет, морају да примене алтернативну стратегију: слање сигнала путем намерног самоповређивања (пето поглавље). На први поглед, такво понашање је потпуно ирационално, али брижљива анализа изнета у књизи показује да се у великој већини случајева ради о рационалном понашању. Тиме што неко сам себи наноси зло шаље јасну и веродостојну поруку – ако ја сâм ово могу да истрпим, без проблема ћу истрпети зло које друга страна мисли да ми нанесе. Не ради се о застрашивању других, али се ради о њиховом одвраћању. Можда и најзначајнији налаз књиге који свакако завређује даље истраживање.

Шестом главом (којим започиње други део књиге) прелази се на терен уобичајених сигнала, углавном сигнала заснованих на конвенцији. Конвенција ове врсте подразумева да обе стране, како онај који шаље поруку, тако и онај који је прима, знају шта је садржај поруке. Седмо поглавље посвећено је оним сигналима криминалаца које је релативно лако кривотворити и начинима да који аутентични криминалци штите те сигнале, нарочито механизмима који увећавају трошкове кривотворења.

Осмо поглавље је посвећено занимљивом питању криминалних робних марки (брендова) и њиховом успостављању у специфичним условима у којима те робне марке не могу да се правно заштите. Показало се да успешне робне марке, на тржишту хероина у Њујорку, на пример, могу да се заштите драстичним насиљем, омиљеним сред-

ством комуницирања између криминалаца. Највише пажње ипак је посвећено најуспешнијој робној марки криминалног света – Мафији. Девето поглавље је сликовита прича о комуникационим потенцијалом надимцима криминалаца, па се у њему може сазнати зашто се неко поноси надимком попут „Ђура Мутави“. Коначно, десето поглавље разматра како живот (на дну) имитира уметност, тако да уметничка дела (*The Godfather* је, наравно, незаобилазан на том подручју) која криминалци конзумирају представљају извор нових конвенција које стоје иза одређених сигнала.

Књига обилује примерима из криминалног живота којима се поткрепљују изнете тезе. У првом делу књиге (закључно са шестим поглављем) теоријске хипотезе, односно модели понашања криминалаца, веома су добро поткрепљени примерима из живота, тако да су та поглавља изузетно уравнотежена. У другом делу књиге, међутим, теорија је нешто тања, што се, у квантитативном смислу, надокнађује бројим примерима. Нажалост, примери се понављају, што умањује читалачки ужитак. Што је више примера из стварног живота криминалаца, то књига постаје све мање занимљива – као што и животи криминалаца, у основи, нису занимљиви. И онда читаоцу постане јасно, независно од тога да ли је то била намера аутора, да се криминалом баве не баш превише способни људи. Нису они само дно друштва у моралном погледу – они су дно и у интелектуалном и у креативном погледу. И због тога криминал, ипак, није завладао светом.

Владан Петров*

Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation,
(ed. Jean du Bois de Gaudusson et al.), Bruylant, 2007, стр. 1148.

У Француској правној науци постоји лепа традиција да се у част великих професора и научних посленика приређују зборници радова (*Mélanges*) о питањима из области којима су се они бавили и у којима су оставили значајан траг. Нешто старија генерација наших професора јавног права с нарочитим поштовањем говори о сјајним зборницима те врсте који су објављени у част доајена правне науке као што су Каре де Малбер (*Carré de Malberg*), Морис Орију (*Maurice Hauriou*) и Жорж Бирдо (*Georges Burdeau*).

Године 2007. овакав зборник добио је и Слободан Милачић, професор Правног факултета у Бордоу. Рођен у Београду, Милачић је правничко образовање стекао на Правном факултету у Бордоу, где је 1968. године изабран за асистента. Од 1975. године Слободан Милачић је професор на тој утицајној високошколској установи. Милачић је аутор и коаутор више студија из уставног права и блиских области, као што су *L'intégration européenne et la révolution de l'Europe de l'Est* (1992)*, La démocratie représentative devant un défi historique* (2006), писац педесетак научних чланака и неколико предговора, учесник на бројним међународним конференцијама, предавач од угледа и члан Међународне академије за Уставно право.

Осврт на радове професора Милачић показује да су његова интересовања разноврсна. Он се није бавио чисто уставноправним темама, већ и оним које задиру у област политичке теорије и политичке филозофије. Поред класичних тема о уставу, изборима, подели власти, правној држави и владавини права, облицима демократије и препрекама на које наилази модерна демократија, Милачић је посветио велики број радова проблемима успостављања уставне демократије у тзв. посткомунистичким државама. Отуда је сасвим природан на-

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

слов зборника посвећеног професору Милачићу: *Слободан Милачић – Демократија и слобода: напетост, дијалог и сучељавање*.

Овај зборник оставља снажан утисак како по обиму (близу 1200 страна), тако и по садржини радова. Зборник чине три веће целине. Прва носи наслов „Конституционализам, демократска грађевина и слободе“ (*Le constitutionnalisme, la construction démocratique et les libertés*); друга „Простори демократије“ (*Les espaces de la démocratie*), а трећа „Демократија, време и политика“ (*La démocratie, le temps et le politique*).

Милачићу у част писали су професори чија имена и опус имају тежину у новијој уставноправној науци. Тако о слободи пише Франсис Делпере (*Francis Delpérée*), о фундаменталним правним вредностима Антал Адам (*Antal Adam*), о еволуцији модерног парламентаризма у Европи Филип Лово (*Phillip Lauvaux*) и близу четрдесет других аутора, колега, пријатеља и бивших студената професора Милачића. Међу њима налазе се и два српска аутора, професори Павле Николић и Драгољуб Поповић, сада судија Европског суда за људска права. Професор Павле Николић бави се судском контролом уставности закона у систему правне државе (*Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans le système de l'État de droit. Esquisse pour une approche globalisante*), а професор Драгољуб Поповић питањем јачања судске власти у новим демократијама (*La raison comparatiste et la liberté. Problème de renforcement du pouvoir judiciaire dans les nouvelles démocraties*).

У овом зборнику за сваког се може наћи по нешто. Он је права мешавина (*mélange*) уставног права, политичке теорије, политичке филозофије и политичке социологије. Има радова који се баве класичним питањима, као што су подела власти, парламентаризам, британски устав; оних који обрађују значајна питања нешто новијег датума, као што су заштита људских права и уставно судство (упоредно и на примерима појединих земаља) и оних који проучавају садашњу и будућу структуру Европске уније, промене у хијерархији правних норми, итд. Познаваоцима парламентарног права препоручујемо рад професора Костаса Мавриаса (*Kostas Mavrias*) о еволуцији демократског начела у грчком парламентарном праву, а онима који (не)знају да је добар устав много више од уставног текста рад професора Де Годусона (*Jean du Bois de Gaudusson*) о разлозима релативног неуспеха модерног конституционализма и значају уставне културе (*Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionalisme*). Разуме се, међу радовима има и оних којима је наслов занимљивији од садржине, што је, у извесном смислу, израз савремених кретања у правној науци. Као што марка продаје робу на тржишту, тако наслов рада и име аутора могу да заварају све, осим пажљивог читаоца.

Највећа вредност овог зборника огледа се у томе што он потврђује да постоје одређене универзалне теме које не губе на значају протоком времена. Демократија и слобода, као и однос између њих, то су вечна питања и вечни изазови, а одговори на њих су, ма колико бриљантни, привремени и несавршени, увек подложни критици и преиспитивању.

Поред ове, опште, вредности овај зборник има и две посебне. Прво, он би требало да нас опомене да и Правни факултет Универзитета у Београду има врхунске професоре чији вишедеценијски научни и јавни рад заслужује да буде крунисан сличним зборником. Друго, за уставне правнике у Србији овај зборник има посебан сјај. Слободан Милачић је родом из мале земље, али није мала ствар бити угледни професор, и то Уставног права, у Француској, земљи у којој су постављени темељи модерне уставне државе на европском континенту.

Стога с нарочитим задовољством препоручујемо, макар библиотекама правних факултета у Србији, да набаве овај зборник, како би се омогућило стручној јавности у нашој земљи да се упозна са најновијим доприносима франкофонске уставне и политичке теорије.

Мр Наташа Петровић Томић*

Max Haller, *Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung,*
Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2008, стр. 314.

Одговорност чланова корпоративних органа представља једно од најактуелнијих питања корпоративног управљања. Будући да се од одговорности очекују едукативни и дисциплински учинци, она се све чешће посматра као још један у низу механизама решавања првог агенцијског проблема. Међутим, државе са лидерском позицијом у одређивању најновијих трендова корпоративног управљања већ су искусиле и све негативне стране политике пооштравања одговорности чланова корпоративних органа. Зато се о одговорности не може говорити, а да се, при том, не отвори и питање обезбеђења осигурања те одговорности. Најновија монографија издата под окриљем уваженог професора *Forstmoser*-а, а коју потписује *Max Haller*, бави се одговорношћу и осигурањем од одговорности чланова управа привредних друштава (компанија). Монографија је подељена у два дела. Први део је уводног карактера и посвећен је питањима одговорности корпоративних органа у швајцарском праву и пракси. Други део, знатно већег обима, анализира осигурање од одговорности.

Први део монографије има два одељка. Док у првом одељку разматра одговорност према грађанском праву (*Haftung nach Zivilrecht*), аутор у другом одељку утврђује услове одговорности према јавном праву (*Haftung nach öffentlichem Recht*).

Први одељак првог дела започиње одређивањем појма корпоративног органа у швајцарском праву. Овим појмом, по мишљењу аутора, обухваћени су како формални органи управе (лица која имају мандат за вођење послова друштва), тако и органи управе у материјалном смислу (тзв. „сиве еминенције“ друштва, попут скривених директора, већинског акционара, друштва мајке, итд.). Они могу

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду.

бити обухваћени одговорношћу све време док могу утицати на одлуке друштва. Након одређења појма органа управе као претходног појма, аутор се бави претпоставкама њихове одговорности: штетом, узрочном везом и противправношћу. Дефинишући штету, аутор посебно издваја категорију „чисте имовинске штете“ (*reine Vermögensschaden*) која је битан елемент и тачка разграничења осигурања од одговорности чланова управе и других сродних осигурања (стр. 6). Осим тога, аутор помиње и разлику између директне (штета коју трпе акционари и повериоци) и индиректне штете (штета коју трпи само привредно друштво), које, такође, представљају једно од контроверзних питања осигурања од одговорности чланова управе. По мишљењу овог аутора, директне штете акционара и поверилаца нису у центру оптике осигурања од одговорности чланова управе (стр. 11). Из угла овог осигурања, много су значајније тзв. индиректне штете. Узрочна веза је обрађена давањем примата теорији адекватне узрочности. Приликом одређивања противправности (*Widerrechtlichkeit*), као елемента одговорности, полази се од тога да су законске одредбе о одговорности чланова управе принудне и да су статутарна или уговорна ограничења одговорности у швајцарском праву (за разлику од других права, америчког, на пример) ништава (стр. 40). Фидуцијарна дужност, правило пословне процене, одговорност за проспект (као и други случајеви одговорности управе) обрађени су као претпоставка одговорности. Најзад, последњи део је посвећен процесноправним специфичностима утврђивања одговорности чланова управе: надлежности, активној и пасивној легитимацији, приговорима, солидарној одговорности, трошковима поступка, терету доказивања и застарелости. С обзирома на све већу распрострањеност осигурања од одговорности чланова управе, аутор утврђује у ком степену оно повећава парнични менталитет и како се одржава на одбрану осигураних чланова управе (стр. 124).

Други одељак проучава одговорност према јавноправним прописима. Поставља се питање одговорности чланова управе друштава према радном, пореском и социјалном законодавству и износе аргументи за и против деловања осигурања и у погледу ових захтева. У оквиру анализе јавног права, аутор отвара питање регулативе одговорности чланова органа управе непрофитних организација (установа, задруга, итд) и оправданости увођења могућности осигурања те одговорности.

Други део, осигурање од одговорности (*Organhaftpflichtversicherung*), има седам одељака. Први одељак другог дела је посвећен општим питањима осигурања од одговорности чланова управе. Аутор најпре дефинише ову врсту осигурања пошавши од осигурања од одговорности као *genus proximum*-а и везујући *diffrerentia specifica*

обележје за врсте осигураних штета и осигурана лица. Осигурање од одговорности чланова управе друштава је *sui generis* осигурање, које – осим што је ограничено на покриће чисто имовинских штета – има низ особености, због којих га је немогуће у потпуности и без остатка укалупити у постојеће класификације осигурања (стр. 161)! Иако по називу и суштинским обележјима припада породици осигурања од одговорности, не сме се занемарити функција правне заштите коју оно неспорно врши (стр. 163). Мада аутор посвећује доста простора обради елемената који указују на заштитну функцију осигурања од одговорности чланова управе, швајцарски општи услови осигурања не предвиђају дужност одбране осигуравача (већ само обавезу плаћања трошкова одбране), што наводи на закључак да се у швајцарском праву у потпуности не остварује функција пасивног осигурања правне заштите. Када је реч о правној природи осигурања од одговорности чланова управе, она је одређена следећим обележјима: осигурање за туђ рачун (привредно друштво је уговарач осигурања, оно плаћа премије), квалитет осигураних лица (осигурана су лица на управљачким позицијама, што значи да морају испуњавати високе квалификационе критеријуме и располагати великим овлашћењима), однос одговорности и покрића (одговорност у унутрашњим односима је главни разлог зашто компаније купују ово осигурање). Аутор износи став у прилог допуштености овог осигурања, позивајући се на законске и обичајне норме као границе осигурљивости (стр. 180). Уколико постоји пермисивни законски оквир, привредно друштво има право, а не обавезу, да закључи ово осигурање. У вези са закључењем уговора од стране привредног друштва отвара се питање да ли и у којој мери трећа лица (на пример, акционари) имају право да знају за осигурање од одговорности, као и да ли је клаузула поверљивости пуноважна (стр. 175). Као једно од проблематичних аутор издваја питање самопридржаја (да ли треба да буде на терет друштва уговарача осигурања или осигураних чланова управе?). Најзад, аутор анализира норме Закона о уговору о осигурању, правећи разлику између принудних, полупринудних и диспозитивних. Будући да осигурање од одговорности чланова управа купују велике и компаније које се котирају на берзи и да, осим стручног знања, могу да користе и услуге брокера, аутор сматра да постоји економска једнакост уговорних страна, која би могла бити нарушена применом норми протекционистичког карактера (стр. 188). Аутор, надаље, анализира дужности уговорних страна (дужност пријављивања околности значајних за оцену ризика, пријављивања промене ризика, настанка осигураног случаја) са указивањем на одступања од општих правила диктирана карактером овог осигурања као колективног и закљученог за туђ рачун.

Други одељак другог дела носи наслов заједничка обележја осигурања чисто имовинских штета. Након негативне дефиниције појма чисто имовинске штете (као штета које нису имовинске, нити штете на лицима), који је од кључног значаја за практичну примену осигурања од одговорности чланова управе, аутор скреће пажњу на потребу њиховог разликовања од посредних имовинских (*Vermögensfolgeschaden*) и рефлексних (*Reflexschaden*) штета. Објашњавајући осигурани случај, аутор се највише задржава на принципу подизања захтева као осигураног случаја (*Anshpruchserhebungsprinzip*). Будући да представља особеност осигурања од одговорности чланова управе, истакнуте су добре и лоше (од којих је најупечатљивије непоклапање рока покрића са роком застарелости подизања захтева против чланова управе) стране његовог коришћења. Као главни аргумент против коришћења овог принципа у чистом облику истиче се да, захваљујући њему, осигурана лица не могу рачунати на потпуно покриће ни претходне, ни накнадне одговорности. Због тога се уговорним странама препоручује да, у циљу избегавања празнина у покрићу, одступају од његове дословне примене и усвајају елементе принципа настанка штете као осигураног случаја. То се постиже куповином ретроактивног покрића и уношењем у уговор клаузуле о накнадном року. Следећа особеност осигурања од одговорности чланова управе је уговарање агрегатног лимита. Он се одређује не само у погледу захтева, већ и у погледу уговореног периода осигурања, који обично износи годину дана. Имајући у виду тешкоће до којих доводи његова примена, аутор анализира клаузулу о серијским штетама (*Serienschadenklausel*), која омогућава да се сви захтеви између којих постоји привредна веза третирају као један и примени исти лимит. Да ли је то више у интересу осигураника или потенцијално оштећених лица је спорно, јер није довољно јасно објашњено. На овом месту се говори и о искључењима општег карактера, попут намере и износа казненог карактера које могу бити досуђени осигураним члановима управе, док су остале искључене штете изложене у трећем одељку.

Трећи одељак другог дела проучава осигурање од одговорности чланова управе у варијанти англоамеричког *D&O* осигурања. Након историјског развоја овог осигурања и извесних предвиђања у погледу будућих кретања на тржишту осигурања од одговорности чланова управе, аутор детаљно проучава његова најважнија обележја. Најпре се говори о томе да је реч о колективном и осигурању за туђ рачун, што се одражава на процес преузимања ризика у покриће, који се везује за уговарача осигурања, а само изузетно за поједине осигуранике. Централни део одељка посвећен је најбитнијим уговорним клаузулама. Аутор детаљно проучава осигурање од индиректне одговорности компанија (тзв. покриће типа Б), које је све заступљеније у потрфолиу корпоративних осигурања. Након изношења става раз-

личитих права по питању допуштености обештећења, аутор скреће пажњу на чињеницу да пуноважност покрића типа Б директно зависи од става меродавног материјалног права о овом питању. Уколико позитивно право не дозвољава обештећење, друштво које је обештетило своје чланове управе неће моћи да се за износ накнаде штете или трошкова одбране обрати осигуравачу. Када је реч о лицима која се могу наћи у улози оштећеног и подносиоца одштетног захтева, аутор се бави свеприсутном дилемом у европскоконтиненталним земљама да ли покриће треба да важи и у случају тзв. унутрашње одговорности (стр. 265–269). Пре него што изнесе своје опредељење у погледу швајцарског права, аутор подсећа на практични значај одговора на ово питање, чак и за државе у којима захтеви из унутрашње одговорности нису чести, због интернационалног пословања. Будући да спољни директори представљају значајни инструмент унапређења корпоративног управљања, прибављање прилагођеног покрића за њих је од круцијалног значаја за њихово подстицање на вршење поверене улоге. Иако *D&O* осигурање вишеструко користи и осигураним директорима и компанији која га купује, трошкови које изазива оправдавају разматрање алтернатива овом виду заштите од личне одговорности. У том смислу су проучена *captive* друштва и споразуми којима трећа лица (а не компанија) преузимају обавезу да обештете чланове управе (стр. 259–263). У завршном делу се разматрају искључења, за која се може рећи да су најфреквентнија у осигурању од одговорности директора. Пре набрајања конкретних врста искључених штета, аутор објашњава улогу клаузуле супсидијаритета, која је данас стандардно присутна у овој врсти осигурања. Деловањем ове клаузуле спречава се да *D&O* осигурање постане *all risks* осигурање и да се примењује и на случајеве који би се могли подвести под опсег неког другог осигурања. Захтеви у вези са статусним променама, захтеви у вези са загађењем животне средине, захтеви запослених, трошкови одбране у кривичном поступку анализирани су као врсте искључених штета.

Четврти одељак другог дела бави се само појединачним *D&O* осигурањем (*Einzelversicherung*), које се по правилу купује за неизвршне и независне директоре. Аутор указује на разлике појединачног у односу на колективно осигурање од одговорности директора, посебно наглашавајући значај клаузуле раздвајања.

Пети одељак је посвећен осигурању од одговорности чланова управе непрофитних организација, са посебним освртом на чланове управе задужбина. Иако се ово покриће не среће често у недовољно развијеној континенталној пракси корпоративних осигурања, аутор указује на све већи пораст ризика одговорности чланова управе непрофитних организација, што оправдава обогаћивање тржиш-

та осигурања од одговорности директора понудом посебне врсте покрића прилагођене управама непрофитних организација.

Шести одељак проучава друге врсте осигурања од професионалне одговорности, чије познавање може бити корисно за правилно разумевање смисла и функције осигурања од одговорности чланова управе. Осигурање од одговорности ревизора је посебно интересантно, јер се може десити да се осигуравач *D&O* осигурања за износ исплаћене накнаде регресира од саодговорног ревизора тј. његовог осигуравача. Интересантно је да, и поред релативне сличности положаја ревизора са положајем чланова управе, постоје суштинске разлике у њиховом осигурању од одговорности. Поред осигурања ревизора, поменути су и осигурање адвоката и банкара.

У седмом одељку су изложени закључци. Оно што између редова провејава – и што је основна порука аутора – јесте да се питањима одговорности и осигурања од одговорности чланова управе привредних друштава не може озбиљно приступати на други начин, осим мултидисциплинарно. *D&O* осигурање, као специјални производ привреде осигурања, трпи утицај интернационалних тенденција вођења пословања и може бити прилагођено потребама међународног промета ако се покрене акција у циљу његове постепене унификације. Међутим, свестан младости овог производа тржишта осигурања, аутор истиче да је у актуелном тренутку реално размишљати само о унификацији на националном нивоу.

Оно што посебно издваја ову монографију је чињеница да је једна од ретких која се на врло исцрпан и академски начин бави питањима осигурања од одговорности чланова управа. Заправо, највећи део монографије (цео други део, укупно 149 страна) посвећен је овој проблематици. Аутор се не задовољава само теоретским проучавањем осигурања од одговорности директора и чланова управа друштава, већ разматра низ практичних проблема и покушава да одговори на њих. То ову монографију чини драгоценом за европску праксу осигурања, која је недовољно развијена и која тек треба да се уобличи. Са циљем спречавања претераног и европским приликама неприлагођеног утицаја англосаксонске осигуравајуће праксе, монографију оваквог степена озбиљности, аналитичности и аргументованости сматрамо драгоценом.

Драшко Ђуровић

студент четврте године Правног факултета Универзитета у Београду

ОДНОС УНУТРАШЊЕГ И МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Однос међународног и унутрашњег права представља изузетно сложено теоријско питање са великим практичним последицама. Све је већи број области које су истовремено регулисане нормама међународног и унутрашњег права. Међународна правна правила у домену људских права и слобода непосредно се примењују, а држава се не може ослободити одговорности за неизвршавање међународних обавеза позивањем на унутрашње прописе. Судови, али и други државни органи, норме унутрашњег права морају тумачити на такав начин да буду у складу са међународним правом. Одредбе Закона о судијама према којима Република Србија, у случају да буде обавезана од стране надлежног међународног тела на накнаду штете услед кршења основних људских права и слобода у судском поступку, има право регреса од судије који је штету учинио намерно или грубом непажњом, чине ово питање још актуелнијим. У раду се разматрају основне теоријске поставке дуализма и монизма, одредбе Устава Србије од 2006. године које регулишу овај сложени однос, досадашња пракса Уставног суда Србије, Врховног суда Србије и некадашњег Савезног уставног суда, као и питање непосредне примене правила међународног права.

Кључне речи: *Дуализам и монизам. – Међународно право. – Устав Србије од 2006. – Судска пракса. – Непосредна примена међународноправних правила.*

1. ОСНОВНЕ ТЕОРИЈСКЕ ПОСТАВКЕ

Прве озбиљније расправе о односу унутрашњег и међународног права појављују се крајем XIX века а већ средином XX века дефинитивно се кристалишу два одвојена и у великој мери супротстављена становишта: дуализам и монизам.

1.1. Дуалистичка теорија

Према дуалистичком схватању, чији је родоначелник Хајнрих Трипел (*Heinrich Triepel),* међународно и унутрашње право су два одвојена, али равноправна и међусобно независна правна система између којих не постоје никакве међусобне везе. Елементи по којима се ова два система разликују су следећи:

1) различити формални извори: међународни уговори и обичаји су извор међународног права, док унутрашње право настаје законодавном активношћу држава;
2) односи које регулишу: међународно право регулише односе између држава (данас и међународних организација), док унутрашње право регулише односе између појединаца као и њихове односе са сопственом државом;
3) субјекти који их стварају: међународно право је систем норми створен заједничком вољом суверених држава који уређује односе између формално једнаких и равноправних субјеката, док су унутрашње норме створене вољом суверене власти којој су субординирани несуверени појединци на које се те норме односе.

Међутим, сам развој међународног права делимично је оборио једну од основних претпоставки дуализма, а то је да међународно право регулише искључиво односе између држава, док се унутрашње право односи на појединце. Према тој поставци не могу постојати односи које истовремено регулише и међународно и унутрашње право, већ један однос може бити регулисан или искључиво нормом унутрашањег права или нормом међународног права. Када би ова почетна поставка била тачна, тада би међународни и унутрашњи правни системи заиста били одвојени и питање њиховог међусобног односа се не би ни постављало Међутим, та поставка једноставно није тачна, јер постоји велики број области које су истовремено регулисане нормама и међународног и унутрашњег права.

Стриктно придржавање дуалитичке теорије не одговара реалности и представља бежање од ње. У пракси се извесни међународни уговори примењују чак и без објављивања, а домаћи судови непосредно тумаче и примењују правила међународног права. У међународној уговорној пракси, од краја XIX века, доносе се вишестрани уговори-закони чија је правна природа врло слична унутрашњим законима.[1]

[1] Вид. С. Ђорђевић,"Однос унутрашњег и међународног права", *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 4–6/1997, 354–395.

Коначно, дуалистичка концепција носи у себи скривено антихуманистичко усмерење зато што апсолутизује државу и запоставља појединца као адресата међународних правних норми.[2]

1.2. Монистичка теорија

С друге стране, монисти сматрају да су међународно и унутрашње право делови јединственог правног система. Основне претпоставке од којих полазе присталице монизма су следеће:

1) и унутрашње и међународно право у крајњој линији се односе на појединце и регулишу њихово понашање;
2) у обе сфере право је у суштини норма која веже њене адресате независно од њихове воље;
3) нема суштинских разлика између ова два права, чак напротив, она су сачињена од јединствене супстанце, делови су јединственог правног система који у себи садржи и начела којима се решавају евентуални сукоби између унутрашњих прописа и међународног права.

Родоначелник монистичке теорије је Ханс Келзен *(Hans Kelsen).* Право је, према његовом мишљењу, јединствен и хијерархијски уређен систем на чијем врху се налази међународно право, а у односу држава-право, централно место заузима право. Келзен сматра да држава ван права и не постоји, јер држава није ништа друго до њен унутрашњи правни систем. Разлике које постоје између међународних и унутрашњих норми нису релевантне пошто им је предмет регулисања исти. Узрок и циљ сваке норме увек је појединац.

Унутрашње и међународно право непрестано се преплићу и представљају неодвојиве делове једног јединственог правног система.

Теоретичари који заступају монистичко становиште могу се поделити у две групе, према томе да ли примат дају нормама унутрашњег или међународног права.

Присталице примата унутрашњег права своде међународно право на спољашње државно право износећи следеће аргументе:

а) наддржавна власт не постоји, тако да свака држава слободно одлучује о својим међународним обавезама и начину њиховог извршења;
б) надлежност за закључење међународних уговора лежи у њеном уставу, дакле у унутрашњем праву.[3]

---

[2] М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд 2008, 65.

[3] О. Рачић, „Међународно и унутрашње право“, *Међународни проблеми* 3–4/1999, 362.

Екстремне присталице овог става у прошлости су признавале држави право да се, када год нађе за потребно, једнострано ослободи свих преузетих међународних обавеза. Тиме се практично ишло до негације међународног права.[4]

Поборници идеје о примату међународног права полазе од става да обавезе државе по међународном праву имају првенство у односу на њене унутрашње прописе, те се ни једна држава не може једнострано разрешити својих обавеза, простом изменом сопственог законодавства.

Основни приговор који се упућује монистичкој теорији јесте да фаворизује супериорност међународног права више него што то чини сам међународни поредак. Јединство правних норми различитог порекла подразумева њихову усклађеност на апстрактном нивоу, а сама чињеница супериорности међународног права имала би за последицу аутоматско укидање или проглашавање ништавом одредбе која му је супротна, без обзира да ли се та норма примењује у конкретном случају. Међународно право не поставља ствари тако строго, не претендује да поништи или огласи ништавим супротне одредбе унутрашњег права због самог њиховог постојања, нити има механизме да то учини. Доследно изведена концепција монизма с приматом међународног права водила би одговорности државе у сваком случају, када норма унутрашњег права није у сагласности с нормама међународног права, без обзира да ли се спорна одредба примењује у пракси или не. Правило међунардног права и значајан изузетак од истог по овом питању, потврђује и Међународни кривични суд за бившу Југославију: „Основно је правило да постојање или доношење националних прописа супротних међународном праву узрокује одговорност државе и пружа основ за подношење одговарајућих захтева да се они обуставе, као и захтева за накнаду штете *само када се ти прописи конкретно и примене* (курзив ДЂ).[5] Другачије је у случајевима тортуре, када чињеница очувања или доношења прописа супротних међународној забрани тортуре јесте узрок међународне одговорности државе.“[6]

Обе доктрине и дуалистичка и монистичка имају низ унутрашњих, системских недостатака тако да пракса није у потпуности прихватила ни један од понуђених образаца, већ их је делимично кориговала и међусобно приближила.

---

[4] Вид. В. Деган, *Међународно право*, Ријека 2000, 15–20.

[5] Суд наводи низ примера из међународне судске праксе којима потврђује ово правило.

[6] Тужилац против Фурунџије, Пресуда судског већа Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, од 10.12.1998, 150, доступна на сајту: *http://icr.icty.org/bcs/frmResultSetb.aspx?e=4wfj0z55qem4i3552g54je45&StartPage=1&EndPage=10*, 30.10.2009.

Уколико бисмо, одбацивши монистичку теорију са приматом унутрашњег права која је данас потпуно превазиђена, покушали да применимо чисте теоријске моделе дошли би до, са становишта доктрине, врло интересантних резултата. Наиме, уколико би одлуку у неком спору доносило међународно судско или арбитражно тело, оно би без сумње дало предност међународним обавезама учесника у спору, односно нормама међународног права. Ово становиште деле и монисти и дуалисти и користе га као потврду својих учења.

У случају надлежности домаћег суда у решавању одређеног спора, према дуалистичком схватању суд се на међународно право не би морао уопште обазирати, оно за њега као право и не постоји. С друге стране, монисти истичу да је суд дужан да стално води рачуна о нормама међународног права и да не донесе одлуку која би им противречила.

Међутим, истинска тачка размимоилажења између монизма и дуализма односи се једино на санкционисање начела примата међународног права, а не на неку унутрашњу стварност. Монизам прихвата аутоматску аброгацију унутрашњих норми супротних међународном праву, док дуализам прихвата њихову правоваљаност, „али – и у томе се потврђује примат међународног права – уз резерву стављања у игру међународне одговорности државе.“[7]

2. РЕШЕЊА УСТАВА ОД 2006. ГОДИНЕ

Однос унутрашњег и међународног права и хијерархија правних прописа у државама европско-континенталне правне традиције, по правилу, представља материју која се нормира уставима. Тако и Устав Србије од 2006. године садржи низ одредби које су релевантне за регулисање овог сложеног односа, а чињеница да „општеприхваћена правила међународног права“ и потврђени међународни уговори чине саставни део правног поретка Републике Србије,[8] Устав Србије сврстава у ону групу устава који ослонац приликом решавања овог питања налазе на темељима монистичке доктрине.

Што се тиче саме терминологије, уставотворац користи термин „потврђени међународни уговори“ под којим подразумева оне међународне уговоре које је скупштина ратификовала у форми закона. Одабиром термина „општеприхваћена правила међународног права“ уставотворац нас не сврстава у оне малобројне земље чији устави прецизно разликују међународне обичаје из чл. 38 ст. 1 тачка б) и општа правна начела из наредне тачке истог става Статута

[7] Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris 1953, 48.

[8] Што се чак два пута истиче у чл. 16 и 194 Устава.

Међународног суда правде. Јасно је да оваква терминолошка непрецизност није пожељна и може имати далекосежне последице, али се тумачењем може доћи до закључка да је намера уставотворца била да се овим термином обухвате и међународни обичаји и општа правна начела.

Међународни инструменти се према чл. 16 непосредно примењују тако да се на њих могу позвати сва физичка и правна лица у поступцима пред судовима и другим државним органима. У чл. 18 додатно је прописано да се људска и мањинска права, како она зајемчена Уставом, тако и она гарантована општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима, непосредно примењују. Такође, одредбе којима се гарантују ова права тумаче се „у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.“ Самим тим, међународни стандарди и пракса институција као што је, на пример, Европски суд за људска права или ставови Комитета УН за људска права, као и Комитета УН против тортуре и других суровости, нехуманог и понижавајућег третмана или кажњавања, обавезујући су приликом тумачења уставних одредби којим се гарантују људска и мањинска права и слободе.[9] С тим у вези, важно је указати и на чл. 6 Закона о судијама који у ст. 3 предвиђа да „када је одлуком Европског суда за људска права или другог међународног суда, односно међународне организације чији је Република Србија члан, утврђено да су у току судског поступка кршена људска права и основне слободе и да је пресуда заснована на таквом кршењу или да је пресуда изостала због кршења права на суђење у разумном року, Република Србија може тражити од судије накнаду исплаћеног износа, ако је штета учињена намерно или крајњом непажњом“.

Међутим логично питање, које се услед наведених уставних одредби може поставити, јесте да ли се на међународни уговор који закључи Република Србија појединци могу непосредно позивати пред судовима и другим државним органима чак и у случају кад он није ратификован у Народној скупштини?[10] Члан 16, у вези са чл. 18, када је реч о људским и мањинским правима, јасно пружа такву могућност искључиво уколико је реч о међународном уговору који садржи „општеприхваћена правила међународног права“ која се непосредно примењују. С тим у вези, занимљиво је размотрити и

[9] Вид. М. Милановић, В. Хаџи-Видановић, „Међународно право и људска права у Предлогу Устава Србије“, *Српска правна ревија* 5/2006, 63.

[10] Наравно под условом да он има својство самоизвршивости, у смислу довољне прецизности његових одредби те изостанка неопходности да се оне прецизирају унутрашњим актом.

чл. 142 и 145 Устава који се односе на судство. Тако је у члану 142 који носи наслов: Начела судства, између осталог, предвиђено да судови суде „на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора.“ Само пар чланова потом, разматрајући акте на основу којих се доносе судске одлуке,[11] уставотворац у потпуности изоставља „општеприхваћена правила међународног права“. Рационално објашњење за такав потез, тешко се може наћи, тим пре што се на више места предвиђа њихова непосредна примена. Међутим, имајући у виду досадашњу судску праксу која је врло рестриктивно примењивала норме међународног права, тешко се може претпоставити да ће судови ову норму тумачити тако да се „општеприхваћена правила међународног права“ подразумевају као основ за доношење пресуда, већ ће она пре послужити као елегантан основ да се њихова примена избегне.

Када је реч о самој хијерархији правних норми, Устав не садржи општу формулацију о примату међународног права, већ се у чл. 194 прописује хијерархија извора права. Изричито је предвиђено да Устав представља највиши правни акт. Место општеприхваћених правила међународног права је нејасно и поставља се питање да ли је њихова правна снага изједначена са правном снагом самог Устава или се налазе непосредно испод устава у рангу са потврђеним међународним уговорима.[12] Потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом[13] док закони и други општи акт морају бити сагласни са Уставом и не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права. Међународни уговори на тај начин заузимају место непосредно испод Устава, а изнад обичних закона.

У случају несагласности међународног уговора са уставним одредбама јасно је да ће примат бити дат Уставу. Уколико је такав уговор већ ступио на снагу он ће обавезивати Републику Србију на међународном плану према чл. 27 Бечке конвенције о уговорном

[11] Члан 145 став 2

Судске одлуке заснивају се на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона.

[12] Из уставних формулација изузетно је тешко, ако не и немогуће дати одговор на ово питање. Р. Марковић у свом „Критичком прегледу Устава Републике Србије из 2006“, *Анали ПФБ* 2/2006, 37, заузима став да су општеприхваћена правила међународног права исте правне снаге као и Устав. С друге стране, Б. Ненадић, у свом раду: „Два питања од значаја за однос Уставног суда и судова“, *Правни информатор*1/ 2008, истиче да је Устав највиши правни акт, док су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори, изједначени по својој правној снази и да се налазе непосредно испод Устава.

[13] Формулација из чл. 16, док чл. 194 предвиђа да „не смеју бити у супротности са Уставом“.

праву[14] који предвиђа да се ни једна држава не може позвати на своје унутрашње право да би оправдала неизвршавање уговора. Самим тим Република Србија може бити међународноправно одговорна због неизвршавања уговора који је супротан њеним уставним одредбама. Уколико такав уговор није ступио на снагу, Народна скупштина може одбити његову ратификацију. Међутим, уколико Народна скупштина ипак усвоји закон о ратификацији, а пре него што председник изда указ о проглашењу закона и проследи ратификационе инструменте депозитару међународног уговора, може бити покренут поступак претходне оцене уставности из чл. 169 Устава.[15]

Уколико Уставни суд у поступку претходне или накнадне контроле уставности оцени да одређени међународни уговор није у складу са Уставом, биће проглашен неуставним и његова примена на територији Србије ће изостати све до његовог усклађивања са Уставом или евентуалне промене самог Устава. Када је реч о односу између потврђених међународних уговора и закона, у случају њихове међусобне неусклађености, Устав је, по том питању, јасан и предност се мора дати ратификованом међународном уговору. Међутим, питање је, да ли било који редовни суд, који сматра да неки закон није у сагласности са ратификованим међународним уговором, може да одбије примену закона и да конкретни случај реши непосредном применом потврђеног међународног уговора као акта више правне снаге или је пак дужан да застане са поступањем и да покрене поступак за оцену уставности и законитости спорног акта? Закон о Уствном суду у чл. 63 изричито предвиђа да „ако се у поступку пред судом опште или посебне надлежности постави питање сагласности закона или другог општег акта с Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, суд ће застати са поступком и покренути поступак за оцену уставности или законитости тог акта пред Уставним судом“. Дакле право судова на ексцепцију противуставности, али и на ексцепцију противзаконитости, изричито је искључено.

Европска комисија за демократију путем права (Венецијанска комисија) је дајући оцену Устава Србије подсетила на чињеницу

[14] Бечка конвенција о уговорном праву, потписана 23. маја 1969, ступила на снагу 27. јануара 1980. Ратификована и објављена у *Службеном листу СФРЈ*, бр. 30/1972.

[15] Овај институт је преузет из француског права али је из основа погрешно постављен. Устав оставља Уставном суду изузетно кратак рок од 7 дана (не наводећи од када почиње да тече тај рок) да оцени уставност закона, истовремено истичући да уколико се у међувремену спорни закон прогласи, поступак за његову оцену се наставља као редовни поступак. Овако формулисан институт претходне оцене уставности показује његово суштинско неразумевање, пошто је циљ оваквог института да спречи ступање на снагу неуставне одредбе. Опширније: Р. Марковић, 28.

да је Република Србија обавезана Бечком конвенцијом о уговорном праву, те да прописана хијерархија извора права може водити њеној евентуалној међународноправној одговорности у случају непримењивања закљученог међународног уговора због његове несагласности са Уставом. Истиче се, да би било много боље, када би се „*a priori* обезбедила потврда сагласности уговора са Уставом, пре потврђивања уговора“. У том контексту помиње се институт претходне оцене уставности предвиђен у чл. 169 Устава, међутим, имајући у виду начин на који је постављен, јасно је да се у томе не може успети.

Венецијанска комисија даље наводи да се Устав не може тумачити без обазирања на међународно право, напротив, уставне одредбе морају се тумачити тако да се избегне било какав сукоб са међународним правом, што је пракса и у упоредном праву.

Такође се истиче да је уставотворац одредбе из чл. 16 поновио у чл. 194, уз примену различитих формулација. Јасно је да оваквим понављањима нема места у уставима, поготову уколико коришћене формулације нису идентичне, јер се тиме отвара простор за различита тумачења.[16]

Доношењем Устава 2006. године је, између осталог, пропуштена могућност да се предвиди основ за преузимање обавеза које би проистекле из чланства Републике Србије у Европској унији. Исправљање номотехничких пропуста којим важећи Устав обилује, представљаће нову шансу да Република Србија добије достојанствен Устав какав заслужује.

3. ДОСАДАШЊА СУДСКА ПРАКСА

Што се тиче судске праксе, како је од доношења новог Устава Србије прошло тек нешто више од три године, остаје да се види како ће се наведене уставне одредбе примењивати, да ли ће редовни судови уважавати предвиђени примат међународних уговора над домаћим прописима и како ће бити решавани сукоби између закључених међународних уговора и касније донетих закона?

Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора која је усвојена 4. фебруара 2003. године је у чл. 16 јасно нормирала примат ратификованих међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права над унутрашњим правним нормама. Непосредно дејство је, чл. 10, било предвиђено за одредбе међународних

[16] *Мишљење о Уставу Србије*, Европска комисија за демократију путем права, усвојено на 70. пленарној седници Комисије (Венеција, 17–18. март 2007.), доступно на сајту: *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-srb.pdf*, 29.10.2009.

уговора које се тичу људских и мањинских права и грађанских слобода. Питање које се могло поставити јесте да ли је постојањем овакве одредбе и применом *argumentum a contrario* искључена непосредна примена свих осталих међународних уговора? Државна заједница Србија и Црна Гора престала је да постоји три године након конституисања, њене институције нису ефикасно функционисале, није дошло до усклађивања права држава чланица са правом заједнице, а самом Уставном повељом није било предвиђено ни који би орган и на који начин могао да контролише примат међународног права. Самим тим, судска пракса из овог периода не може дати смернице на који начин ће поступати судови у сличним ситуацијама, а у складу са данас важећим прописима у Републици Србији.

У поступку оцењивања уставности одређених одредби Закона о изменама и допунама Закона о судијама од 2002. године, Уставни суд Србије се позвао на Европску повељу о закону за судије од 1998. и на Основна начела УН о независности судства од 1985. године и оспорио уставност једног броја спорних одредби Закона. С друге стране, након усвајања Закона о пензијско-инвалидском осигурању Србије 2003. године, покренут је поступак да се утврди да ли су неке његове одредбе дискриминаторске и самим тим у супротности са више ратификованих конвенција, али и међународним обичајним правом. Том приликом Уставни суд Србије је истакао да „није надлежан да одлучује о сагласности закона са ратификованим међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.“[17]

Путоказ за будуће поступање судова могу представљати поједине одлуке Савезног уставног суда и Врховног суда Србије које су донете за време важења Устава Савезне Републике Југославије од 1992. године. Сам Устав није изричито нормирао однос између међународног и унутрашњег права, али је у чл. 16 истакнуто да су потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права саставни део унутрашњег правног поретка и да СРЈ у доброј вери испуњава обавезе које из њих произлазе. Такође су релевантни чл. 10 и 124, ст. 2 Устава. Првим је прописано да СРЈ признаје и јамчи слободе и права човека и грађанина које признаје међународно право, док се чл. 124 односи на надлежност Савезног уставног суда који, између осталог, одлучује о сагласности закона, других прописа и општих аката са Уставом СРЈ, али и са потврђеним међународним уговорима. Ове одредбе биле су основа ставу да међународни уговори Југославије имају приоритет у односу на законе, прописе и друге опште акте, што је више пута потврдио и Правни савет Савезне владе.

[17] Одлука: ИУ бр. 137/2003, *Сл. гласник РС*, 80/04, наведено према: В. Димитријевић et al., *Основи међународног јавног права,* Београд 2007*,* 68.

Питање на које није нађен коначан одговор за време важења овог Устава јесте однос самог Устава и међународних уговора, односно њихове евентуалне неусклађености. Овај проблем се отворио поводом изручења југословенских држављана Међународном кривичном суду за бившу Југославију, а у вези са чл. 17 Устава који је забрањивао екстрадицију домаћих држављана страној држави. Савезни уставни суд је у два наврата оспорио домаће акте о сарадњи са Хашким трибуналом позивајући се на Устав као акт највише правне снаге, истичући да је изручење домаћег држављанина било коме, па и Хашком трибуналу, у супротности са чл. 17 Устава.[18] На темељу оваквих одлука Савезног уставног суда као и простог језичког тумачења према коме се Устав наводи на првом месту, а међународни уговори тек на другом, развијено је становиште о примату Устава над међународним уговорима. Друго тумачење изједначавало је правну снагу Устава са правном снагом потврђених међународних уговора и базирало се на чињеници да Савезни уставни суд није био надлежан да оцењује уставност потврђеног и објављеног међународног уговора. Други аргумент лежао је у чињеници да сам Устав није правио разлику у погледу њиховог места у хијерархији правних норми. Треће тумачење ишло је у корист међународних уговора чак и када су они били у супротности са уставним одредбама и темељило се пре свега на чл. 27 Бечке конвенције о уговорном праву. У прилог овог становишта истицао се и чл. 10 Устава, према којем СРЈ признаје и јемчи слободе и права човека и грађанина које признаје међународно право без постављања било каквих додатних услова, на пример, њихове усклађености са Уставом или правним поретком СРЈ уопште. Међутим, овакво тумачење, које даје примат нормама међународног права чак и када су у супротности са уставним одредбама, тешко се може бранити са становишта правне логике.[19]

Примат потврђених и објављених међународних уговора у односу на домаће законе и друге прописе потврђивала је и конзистентна пракса Савезног уставног суда. На основу већ поменутог чл. 124 Устава СРЈ, Савезни уставни суд је оцењивао сагласност закона, прописа и других општих аката са Уставом СРЈ и потврђеним међународним уговорима. Његова пракса била је доследна и показала је способност праћења и сазнавања међународног права, што се потврђује једним бројем одлука којима су закони стављани ван снаге због њихове несагласности са одређеним међународноправним инструментима.[20]

---

[18] Остављајући по страни чињеницу да се институт изручења окривљеног страној држави разликује од института изручења окривљеног међународном суду.

[19] Вид. С. Ђорђевић, 383–385.

[20] Ђ. Ђурковић, „Међународни уговори и правни поредак СРЈ“, *Правни живот* 7–8/1996, 65–78.

Врховни суд Србије је низом својих пресуда такође признавао примат међународних уговора. Расправљајући о избору између примене међународног уговора који је закључен 1968. године и закона који је донет 1996. године Врховни суд Србије се позвао на тада важећи чл. 16 Устава СРЈ и експлицитно потврдио да касније измене домаћег законодавства не могу утицати на примат раније закључених међународних уговора. Овакво образложење било би јасно и у потпуности засновано на Уставу да Суд није додао и следеће: „На основу предњих чињеница правилно су привредни судови закључили да се на конкретан случај примењује међународни уговор закључен у области социјалног осигурања као *lex specialis*“.[21] Помињање правила *lex specialis derogat legi generali* у конкретном случају, може имати за последицу тумачење да су међународни уговори и закони акти исте правне снаге. У супротном, критеријум специјалности се не би ни постављао.

Истог дана Врховни суд Србије доноси још једну пресуду којом потврђује примат међународног уговора у односу на касније донет закон.[22] Овај пут је изостављено позивање на правило *lex specialis derogat legi generali*, али је Врховни суд осетио потребу да изнесе додатни аргумент истичући да се штетни догађај десио пре ступања на снагу одговарајућег закона о осигурању, те да се исти и не може применити због начела забране ретроактивности. Остаје нејасно зашто се у овом случају, након што је утврдио примат међународног уговора над домаћим законом, Суд уопште упустио у разматрање временског важења закона. У трећој сличној пресуди[23] донетој неколико месеци након претходне две, поново је потврђен примат међународног уговора над унутрашњим прописом, али Врховни суд Србије се поново, потпуно беспотребно, позвао на правило *lex specialis derogat legi generali* и разматрао временско важење закона.

Коначно, пресудом од 27. септембра 2000. године[24] Врховни суд Србије, јасно и доследно, потврђује примат међународних уговора, констатујући следеће: „СРЈ по чл. 16 Устава СРЈ у доброј вери испуњава обавезе које произлазе из међународних уговора у којима је она страна уговорница. Међународни уговори који су потврђени (ратификовани законом) и објављени у складу са Уставом и општеприхваћена правила међународног права саставни су део унутрашњег правног поретка и у односу на постојеће законе имају примат у примени.“ Ова пресуда изузетно је значајна зато што је коначно напуштено непотребно разматрање временског важења закона и примена правила *lex specialis*

[21] Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 98/98. од 16. септембра 1998. године.

[22] Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 801/97. од 16. септембра 1998. године.

[23] Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 743/98. од 30. децембра 1998. године.

[24] Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 272/99.

derogat legi generali. Први пут Суд се позвао и на уставну одредбу у којој се утврђује надлежност Савезног уставног суда да одлучује о сагласности закона, не само са одредбама Устава већ и са ратификованим међународним уговорима. На тај начин, Врховни суд је дао коначан одговор на питање места међународних уговора у хијерархији извора права и решио низ проблема које је, истина делимично и сам створио својим претходним пресудама.[25]

4. НЕПОСРЕДНА ПРИМЕНА НОРМИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Устав СРЈ од 1992. године није предвидео могућност непосредне примене међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права. Међутим, судови уопште нису разматрали ово питање, већ су њихово непосредно правно дејство претпостављали. Овакво поступање образлагано је чињеницом да потврђени и објављени међународни уговори, као и општеприхваћена правила међународног права, чине саставни део унутрашњег правног поретка као и извршавањем, у доброј вери, обавеза које из њих произлазе. Уставна повеља садржала је одредбу о непосредној примени међународних уговора који се односе на људска и мањинска права, као и грађанске слободе, док важећи Устав Србије садржи општу одредбу по којој се општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори непосредно примењују. Међутим, уколико је већ услов примене међународног уговора његово уношење у унутрашњи правни поредак у форми закона о ратификацији, те ако се истакне да међународни уговори чине саставни део унутрашњег правног поретка, тешко је уопште искључити њихову непосредну примену и поставља се питање домашаја оваквих уставних одредби. Строго формално посматрано, оне нису неопходне, али су несумњиво пожељне, због недовољно развијене правне културе и свести о неопходности њихове непосредне примене. С друге стране, свакако остаје потреба да се међународним обичајима, с обзиром на недостатак било каквог акта којим би они били уведени у унутрашњи правни поредак, обезбеди непосредно правно дејство.

Што се тиче југословенске праксе након Другог светског рата, а до доношења Устава СРЈ 1992. године, јасних и прецизних одредби о односу унутрашњег и међународног права у уставним текстовима није ни било. Уставни суд Југославије је до 1989. године укинуо само један унутрашњи акт због његове несагласности са

[25] Пресуде Врховног суда Србије донете између 16. септембра 1998. и 27. септембра 2000. године наведене су према: С. Ђајић, *Међународни и национални судови: од сукоба до сарадње*, Нови Сад 2003, 137–143.

нормама међународног права.[26] Полазило се од опште оцене да су југословенски прописи усклађени са међународним правом, а ретке потешкоће које су се тим поводом јављале, решаване су прагматично, по правилу давањем предности одредбама међународних уговора.[27]

Непосредна примена међународног права била је предвиђена у одлучивању Суда за поморски ратни плен у Сплиту који је формиран 1946. године. Закон којим је основан предвиђао је да ће се при доношењу пресуде „суд руководити постојећим међународним уговорима, општепризнатим начелима и обичајима међународног права“. Дакле, употребљена је крајње прецизна формулација која, у складу са чл. 38 Статута Међународног суда правде, разликује општа правна начела и међународне обичаје, чиме се не може похвалити највећи број каснијих прописа укључујући и важећи Устав Србије, који користе појам „општеприхваћена правила међународног права“.

Што се тиче праксе овог Суда, изузетно је значајна његова пресуда бр. 9 донета исте године када је и формиран, а у вези са запленом извесног рибарског брода *Artiglio* у којој се Суд изричито позива како на „међународно обичајно право“, тако и на „општа правна начела која признају просвећени народи“.[28] Штавише, не само да користи изузетно прецизну терминологију, него његово резоновање и данас може послужити за пример у некој од сличних ситуација. Наиме, у пресуди се, између осталог, истиче: „Југославија није пришла овој конвенцији[29] и њу конвенција као један међународни уговор, који она није потписала, не може правно везивати. Али, одредбе ове конвенције нису ништа друго до нека врста кодификације већ постојећих обичаја међународног поморског ратног права, и као усвојени међународни обичај Суд сматра да везује и оне државе које овој конвенцији нису пришле“.[30]

На исти начин резоноваће Европски суд правде, готово пола века касније, када је реч о примени Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у правном поретку Европске уније.[31]

---

[26] Реч је о Договору о коришћењу сливова Дрине и Мораче, који је Уставни суд Југославије укинуо због несагласности са Конвенцијом о заштити светске културне и природне баштине. Опширније: М. Милојевић, *Устав, правни поредак и међународне обавезе Југославије*, Београд 1989, 176–179.

[27] Вид. С. Ђорђевић, 377–383.

[28] Суд користи формулацију идентичну оној у чл. 38 ст. 1, тач. в) Статута Међународног суда правде.

[29] Мисли се на XI хашку конвенцију од 1907. године.

[30] Опширније: С. Новаковић, С. Ђорђевић, „Пракса Југословенског суда за поморски плен“, *Југословенска ревија за међународно право* 1/1970, 121–146.

[31] Вид. Пресуду *ERT v. DEP* од 18.06.1991, доступна на сајту: *http://www.ena.lu*, 29.10.2009.

5. ЗАКЉУЧАК

Потврђени међународни уговори, према Уставу Србије од 2006. године, имају примат над унутрашњим прописима, а судови и други државни органи тај примат морају поштовати. Рестриктивна примена норми међународног права несумњиво би водила међународноправној одговорности Републике Србије. Водећи рачуна о чињеници да Устав представља највиши правни акт у нашем правном поретку, потврђени међународни уговори морају бити сагласни са њим, али се сам Устав не сме тумачити произвољно, без обазирања на међународно право. Напротив, уставне одредбе морају се тумачити тако да буду у сагласности са нормама међународног права. Међународни стандарди људских и мањинских права и пракса међународних институција које надзиру њихово спровођење кључни су приликом тумачења одговарајућих уставних одредби.

Досадашња судска пракса, са мање или више доследности у својим образложењима, поштовала је примат међународног права и непосредно примењивала норме међународних уговора. Оваква пракса се мора наставити и даље унапређивати, не само зато што то налаже позитивно право, већ и због тога што би судбина међународних уговора била неизвесна, уколико би им свака држава каснијим законом могла одрећи важење, тако да би овај суштински извор међународног права био доведен у питање.

Дуализам и монизам, у својим чистим теоријским облицима, нису прихваћени ни у једном правном поретку, а судска пракса доводила је до њиховог приближавања и мирења наизглед непомирљивих принципа на којима почивају.

Примат међународног права уз поштовање начела суверености, представља формулу за решавање сложеног односа унутрашњег и међународног права, а на судским органима и правној теорији је да обезбеде услове за њену што успешнију примену.

Drasko Djurovic

Fourth year student
University of Belgrade Faculty of Law

RELATIONSHIP BETWEEN DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW IN SERBIAN LEGAL SYSTEM

Relationship between international and domestic law represents an extremely complex theoretical question which has great practical consequences. There is an ever-increasing number of areas which are simultaneously regulated both by international and domestic law norms, international legal rules in the field of human rights and liberties are being directly applied and the state cannot be exempted from liability for failing to fulfill international obligations referring to its internal regulations. Courts and other state authorities must interpret norms of national law so as to be in accordance with the international law. The provisions of the Law on Judge according to which the Republic of Serbia, in case of conviction by the competent international body to compensate the damage due to violation of basic human rights and freedoms in a court proceeding, is entitled to a regress from the judge who made the damage either intentionally or by gross negligence, make this question even more current. This paper discusses fundamental theoretical suppositions of dualism and monism, the provisions of the Constitution of Serbia of 2006 which regulate this complex question, the relevant case law of the Supreme Court of Serbia, as well as Constitutional Court of Serbia and of the former Federal Constitutional Court and also the question of the direct application of the rules of international law.

Key words: *Dualism and monism. – International law. – The Constitution of Serbia of 2006. – Case law. – The direct application of international law rules.*

Марија Шобат

студент последипломских студија Правног факултета
Универзитета у Београду

Ивана Стојшић

студент последипломских студија Правног факултета
Универзитета у Београду

ИЗВРШНИ ПОСТУПАК И ПОВРЕДА ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ – ЕВРОПСКИ КОНТЕКСТ И НОВО СРПСКО ЗАКОНОДАВСТВО

Извршење је акт претварања права у реалан животни ефекат. Без ваљаног извршног поступка не може се говорити ни о ваљаном парничном, ванпарничном или другом поступку. Грађани с правом очекују брзу и ефикасну заштиту њихових основних права и слобода као и заштиту њихове имовине. Међутим, велики број предмета у судовима, дужина трајања извршног поступка, број уставних жалби као и број поднетих представки Европском суду за људска права у Стразбуру, позивањем на чл. 6, ст. 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, због повреде права на правично суђење и свих права и начела који из тог правног принципа произилазе, показује да су учесници у поступку незадовољни, да дуго чекају на извршење судске одлуке, као и да велики број правноснажних и извршних одлука остаје неизвршен. Кроз судску праксу Суда у Стразбуру и анализом стања у извршним судовима у Србији, уочени су најчешћи проблеми који су уједно и узроци прекомерно дугих судских процеса. Овде се сугерише неколико предлога, чијом би се применом помогло помоћ домаћим судовима у ефикаснијем извршењу пресуда.

Кључне речи: *Извршни поступак. – Право на суђење у разумном року. – Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. – Суд у Стразбуру. – Нацрт Закона о извршном поступку.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Извршно право и извршни поступак су један од начина обезбеђивања уставности и законитости, а уједно и елемент успешног функционисања правног система у његовом најширем смислу речи. Све оно што грађани поднесу као захтев у парничном или неком другом поступку о чему се правоснажно одлучи, требало би да се ефикасно реализује у извршном поступку. „Извршење представља најчешће последњу и најзначајнију фазу у поступку реализације заштите одређеног права. Оно представља остварење одређеног циља који је постављен приликом подношења захтева за заштиту субјективних права као и реализацију одређене одлуке која је донета у том поступку“.[1]

У том смислу значај извршног поступка је изузетан, јер се он, с једне стране, надовезује на парнични (или неки други поступак), а с друге стране, због својих специфичности, представља засебну правну целину.

Извршни поступак у Републици Србији води се на основу Закона о извршном поступку.[2] Тренутно, у поступку доношења је и нови Закон о извршном поступку на основу већ сачињеног Нацрта, који би требало да има посебан значај за нови правни систем Републике Србије и остваривање права на правично суђење. У том контексту се овде износе неки предлози решења *de lege ferenda*, а у светлу искустава из праксе Европског суда за људска права.

2. НАЧЕЛА ИЗВРШНОГ ПОСТУПКА

Извршни поступак се углавном заснива на комбинацији начела парничног поступка са специфичним начелима извршног поступка, с обзиром да се у извршном поступку сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку.[3] Но, поред њих, и нека начела из других области директно или индиректно утичу на остваривање и заштиту права грађана у овој правној сфери. Тако, на пример, сет закона који регулише област правосуђа утврђује бројна питања која су везана за независност судства.[4] Независтан положај судија, сталност судијске

[1] Ј. Ђорђевић, *Извршење судских одлука*, Београд 1979, 15.

[2] Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС,* бр. 125/04*,* ступио на снагу 23. фебруара 2005. године.

[3] Чл. 27 ЗИП-а: „У поступку извршења и обезбеђења сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку ако овим или другим законом није другачије одређено“. То се односи и на одредбе о позивању и достављању, одредбе о извођењу доказа, одредбе о трошковима и сл.

[4] Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, а оба ће се примењивати од 1. јануара 2010. године.

функције, као и право на природног судију,[5] свакако снажно утичу на укупност ефикасног остваривања права грађана и у извршном поступку.[6]

У Закону о извршном поступку истичу се бројна, што општа, што специфична начела: начело уставности, начело законитости, начело формалног легалитета, начело правног интереса, начело универзалности примене правила извршног права, начело диспозиције, начело официјелности, начело утврђивања истине, расправно начело, начело ефикасности, начело економичности, начело усмености, начело писмености, начело јавности, начело тајности, начело двостепености, начело заштите извршног дужника, помоћ неукој странци, начело савесног коришћења процесног права, начело једнакости намирења те начело првенства намирења.[7] Од свих набројаних начела овде истичемо она која најдиректније утичу на остваривање права на правично суђење и ефикасност извршног поступка.

Начело формалног легалитета је у ЗИП-у добило централно место.[8] Поједностављено речено, начело формалног легалитета подразумева немогућност да се у извршном поступку на било који начин преиспитује, мења или прилагођава извршна исправа односно судска одлука донета у парничном или неком другом поступку. Оно подразумева потпуну гаранцију грађанима да ће након оствареног права добити његову заштиту и његову пуну реализацију.[9]

Од велике важности је и *начело хитности поступка*.[10] О предлогу за извршење суд је дужан да одлучи у року од три дана од дана подношења предлога, док тај рок износи 30 дана уколико се предлог за извршење заснива на страној извршној исправи, која није прет-

[5] Закон о судијама, чл. 24, као разрада начела права на природног судију

[6] Венецијанска Комисија је изразила забринутост да Устав Србије не подупире довољно судску независност, те да постоји ризик од политизације судства путем избора судија и Високог савета правосуђа од стране Народне скупштине. Сматра се да су нацрти закона, уопштено, у складу са европским стандардима, али да постоји један број одредби који слаби судску независност, вид. Мишљење Венецијанске комисије о нацрту критеријума и мерила за избор судија и председника судова у Србији 79. пленарна сесија (Венеција 2009), вид. *http://www.sudije.org.yu/Members/marko/venkomsrp,* 21. децембар 2009.

[7] О појединим начелима вид. више Н. Шаркић, Н. Николић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Београд 2006.

[8] Чл. 7: „Када су испуњени услови за доношење решења о извршењу и за спровођење извршења, суд је дужан да донесе решење о извршењу и предузима радње спровођења извршења.“

[9] Чл. 8 ЗИП-а предвиђа обим извршења и обезбеђења на тај начин што суд одређује извршење односно обезбеђење оним средством и на оним предметима који су наведени у извршном предлогу односно предлогу за обезбеђење.

[10] Чл. 5 ЗИП-а предвиђа да у поступку извршења и обезбеђења суд је дужан да поступа хитно

ходно призната од стране домаћег суда. Рокови које одређује суд за предузимање одређених радњи не могу бити дужи од три дана, осим ако самим законом није другачије предвиђено.

Једно од најзначајнијих општих начела, право на правично суђење, тесно је везано за *начело ефикасности.* Он подразумева брзу заштиту права грађана. Наиме, након дуготрајне и надасве мучне процедуре у парничном поступку, када је коначно исходовао извршну исправу и доказао да је у праву, извршни поверилац оправдано очекује да ће му суд омогућити брзо остварење права односно да ће на најбржи могући начин реализовати оно што је већ утврђено судском одлуком. Начело ефикасности најпре подразумева да се у најкраћем могућем року спроведе извршење. Ефикасно спровођење извршења подразумева добро организоване судове са добро опремљеним и надасве добро обученим судијама, али и запосленима који раде на спровођењу извршења (чиновници у писарници, судски извршитељи, дактилографи и сл). Посматрајући број и образложење одлука Европског суда за људска права у Стразбуру (у даљем тексту: Суд) против Републике Србије произилази закључак да су наши судови имали проблема управо приликом примене овог начела.

Саставни део начела ефикасности је *начело економичности*. Међутим, економичност поступка је овде знатно другачија од оне која се примењује и у другим грађанским процесним прописима. У самом извршном поступку економичност се огледа у томе да суд са најмање могућих трошкова, уз најмање одлагања и са најмањим последицама за учеснике у поступку спроведе извршење.

Иако је општа концепција ЗИП-а таква да се у први план ставља извршни поверилац, то ни у ком случају не значи да је извршни дужник омаловажен или обесправљен. За разлику од парничног поступка, у коме се почиње од нулте позиције, где је обавеза тужиоца да докаже основаност свог захтева, у извршном поступку извршни поверилац је јачи у праву, јер је већ доказао основаност свог потраживања. Сврха извршног поступка је да, на законом предвиђен начин, спроведе извршење. У том смислу *начело заштите извршног дужника* је глобално начело које подразумева да се према извршном дужнику суд мора односити на квалитетан начин у складу са законским обавезама, тј. на хуман начин. То се огледа у томе да се спровођење извршења мора обављати на начин који је предвиђен законом.[11]

[11] Тако се, на пример, извршење не може спроводити ноћу, у дане празника или нерадне дане, осим изузетно ако је то предвиђено привременом мером. Претрес лица и ствари мора се вршити на начин који ће заштити достојанство дужника и његову имовину, итд. Вид. такође чл. 224 ЗИП-а.

Сва набројна, али и друга начела извршног поступка, служе његовом лакшем, ефикаснијем и надасве правичнијем одвијању. Ипак, поштовање неких наведених начела (нарочито последњег) доводи и до попуно супротних ефеката, до одуговлачења поступка, резултирајући у повреди основног процесног права – права на судску заштиту. Стога би требало пронаћи равнотежу између неопходности поштовања основних начела, с једне стране, и остваривања циља која та иста начела и штите, с друге стране. Свему томе у великој мери све више доприноси међународни контекст, тј. притисак механизама међународне заштите права на правично суђење у разумном року, што наравно подразумева и благовремено извршење пресуде.[12]

3. МЕЂУНАРОДНА ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И МЕХАНИЗАМ СУДСКОГ ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА

Најзначајнији механизам међународне заштите људских права одвија се на основу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција),[13] која представља основни документ Савета Европе (даље: СЕ). Конвенција је дефинисала основне принципе и садржај људских права и слобода, уз чврст ослонац на Универзалну декларацију о људским правима,[14] што је јасно истакнуто у преамбули Конвенције. Данас она представља темељ за обезбеђивање највиших стандарда и јединствене заштите људских права и слобода у Европи, тако да је она уједно и „најефикаснији уговор о људским правима на свету“.[15] У време њеног усвајања обим признатих права био је ужи, али се временом проширивао, паралелно са усавршавањем процедуре за њихову заштиту. Док се Протоколима 1, 4, 6, 7, 12 и 13 повећавао број признатих права (као што су, примера ради, право на мирно уживање имовине, право на образовање, право на слободне изборе, слобода кретања, забрана протеривања сопствених држављана, забрана смртне казне, право на награду за

[12] Вид. више С. Царић, *Право на суђење у разумном року*, Београд 2008.

[13] Европска конвенција о људским правима (*European Convention on Human Rights*), потписана у Риму новембра 1950. године, изворно је састављена на енглеском и француском језику под називом *Конвенција за заштиту људских права и основних слобода*. Ступила је на снагу 3. септембра 1953. године, након ратификације од стране 15 држава чланица Савета Европе, а до сада је потписало преко 50 држава.

[14] Универзална Декларација о људским правима 1948, чл. 10: „Свако има једнако право на правично јавно суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега“.

[15] D. Gomien, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima* (prev. V. Dimitrijević, B. Anđelković), Beograd 2006. Вид. и Ć. Sadiković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Sarajevo 2001.

погрешну осуду, итд.), Протоколом 2, 3, 5, 8, 9, 10 и 11 регулисала су се процедурална питања везана за покретање међународних спорова и ток поступка пред Судом.

Примену и поштовање ове Конвенције обезбеђује Суд, који је основан 1959. године и чије је седиште у Стразбуру, с тим што он може да обавља своју делатност и на територији било које државе чланице СЕ, уколико су такве потребе поступка.[16] Суд је стални орган, независтан у раду, а државе чланице СЕ и потписнице Конвенције не могу одбити његову надлежност. Поступак могу покретати сва физичка и правна лица из земаља чланица СЕ, која сматрају да је коначном одлуком националног суда њихове земље повређено неко њихово право које гарантује Конвенција. Одлуке се доносе већином гласова присутних судија у Већу од седам судија, при чему сваки судија има право на издвојено мишљење. Новом организацијом рада Суда уведена је и нека врста двостепености. На захтев странке, Велико веће (17 судија) може да решава о предметима о којима је одлучено у неком од већа у року од три месеца. Пресуде Суда су правноснажне у складу са чл. 46. Конвенције и обавезују државе чланице да их изврше.

Обезбеђивање спровођења извршења одлука Суда се врши на два начина. Чланом 46. ст. 1 Конвенције предвиђено је да високе стране уговорнице преузимају обавезу да се повинују правноснажној пресуди суда у сваком предмету у коме су странке. Практично, то значи да одговорна држава има право да изабере мере на који ће начин извршити своју обавезу, али уз одговорност да је извршење те обавезе у складу са закључком суда. Став 2 истог члана предвиђа да се правоснажна пресуда доставља Комитету министара који надгледа њено извршење и позива државу да га извести о извршењу пресуде. Уколико држава не изврши пресуду, могуће је да се као вид притиска на њу запрети искључењем из чланства у СЕ, што се до сада још ни једном није десило, али ипак представља важан инструмент за обезбеђење извршења пресуда Суда.[17]

Србија је постала чланица СЕ 3. априла 2003. године, а марта 2004. године ратификовала је Конвенцију [18]. На овај начин коначно је омогућено и грађанима Србије да се обраћају суду за заштиту

[16] Пословник Суда, јул 2009 – Правило 19, *http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/*, посећено 1. новембар 2009.

[17] Најцеловитији новији рад на српском језику о овом Суду, његовој организацији, функционисању и делотворности, вид. Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд 2008. Вид. и М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права: основна начела и ток поступка*, Београд 2006.

[18] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори,* бр. 9/2003.

људских права у Стразбуру. На тај начин ће одлуке Суда посредно, али и непосредно, утицати да се и кроз српско правосуђе афирмишу и адекватније штите највише вредности, људска права и слободе које гарантује Конвенција, а нарочито право на правично суђење у разумном року, што ће се свакако рефлектовати и на настојање да се у унутрашњем праву обезбеди већа ефикасност извршног поступка.

4. ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ, ЧЛАН 6 (1) ЕКЉП

„Свако има право да се, правично и јавно у разумном року пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона, одлучи о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити из целог или дела поступка у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, у мери које је неопходна по мишљењу суда да би се спречило да јавност нашкоди интересима правде“.[19]

Поштовање права на правично суђење је од суштинске важности за функционисање једног демократског друштва и чини саму срж идеје о владавини права. Такође, право на правично суђење подразумева и осуду држава чланица чији судови неоправдано дуго и неприкладно обављају судску функцију. Члан 6. Конвенције признаје право на правично суђење у грађанским парницама и у кривичним поступцима, с тим што се нека права примењују искључиво на кривичне поступке (као што је то случај са чл. 6, ст. 2 и 3), који се само у одређеним околностима могу применити на грађанске поступке. Како је овде предмет анализе примена Конвенције у извршном поступку, она ће се односити само на чл. 6, ст. 1 Конвенције.

Да би се чл. 6 применио у односу на грађански поступак, мора постојати спор, оспоравање (*contestation*) око неког права или обавезе, које мора бити засновано на националном законодавству. Поред тога, спор у питању мора да произлази из права на директан и јасан начин. Коначно, такво право или обавеза морају бити грађанскоправне природе, на пример, из области облигационог права (из уговора или накнаде штете), наслеђивања, породичног права, итд. Међутим, није увек сасвим лако утврдити домен грађанскоправног спора,[20] иако би

[19] Чл. 6, ст. 1 ЕКЉП-а.

[20] Најранији случај утврђивања шта представља грађанска права и обавезе у смислу чл. 6 Конвенције је случај *Ringeisen v. Austria,* а супротно становиште у односу на оно које је заузето у тој пресуди, јавило се у случају *Pelegrin v. France,* вид. више Д. Поповић „Аутономни концепти Европског права људских права“*, Анали Правног факултета у Београду* 4/2009, 129.

то на први поглед могло деловати очигледно. Наиме чл. 6 Конвенције не дефинише појам грађанско правног односа, а у неким правним системима граница између грађанскоправног и јавноправног није јасно одређена. И поред различитих приступа, преовлађује мишљење да грађанско правни однос не зависи од класификације у унутрашњем праву једне државе, јер би у супротном државе уговорнице могле да прогласе одређене делове права за „јавна“, чиме би се могла избећи надлежност Суда и створити правна несигурност у заштити права на правично суђење.[21]

Основно право које произилази из чл. 6 јесте право на приступ суду. Истина, оно не проистиче директно из формулације тог члана, него је конституисано екстензивним тумачењем у предмету Голдер (*Golder*) против Уједињеног Краљевства из 1975. године.[22] Суд је у закључку навео да, иако право на приступ суду није неограничено, оно јесте инхерентно чл. 6, ст. 1, као и принцип међународног права да се право на правду не може ускраћивати. Ово право није апсолутно, у смислу да га се лице може одрећи (на пример, арбитражним споразумом, *pacta de non pretendo*), али ипак оно јесте апсолутно у смислу доступности свим лицима, без обзира на њихове материјалне могућности сношења трошкова остваривања овог права.

Један од важних аспеката права на приступ суду је и право на правну сигурност и спровођење судских одлука (које подразумева да, када суд једном правоснажно одлучи у грађанском спору и та одлука постане коначна, одлуке суда не могу бити преиначене), као и да судска одлука мора бити извршена. Суд истиче да се чл. 6, ст. 1 не односи само на право да се спор из грађанског права решава на суду, већ да и право на извршење пресуде или одлуке представља интегрални део овог члана.[23] Суд наглашава да, према судској пракси коју је установио, чл. 6, ст. 1 осигурава свакоме право да поведе по-

[21] Чл. 6 ЕКЉП, вид. ближе *Право на правично суђење, Приручник за адвокате,* Interrights, *www.helsinki.org.rs/hrlawyers/files/sem2_clan6.doc*, посећено 17. август 2009, 9.

[22] Голдер (*Golder*) против Уједињеног Краљевства, Appl. No. 4451/70, Judgment 21. 02. 1975, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=GOLDER%20|%20%22THE%20UNITED%20KINGDOM%22&sessionid=41286286&skin=hudoc-en*, посећено 17. децембар 2009. Вид. детаљније А. Јакшић, *Коментар ЕКЉП-а*, Београд 2006, 147. У конкретном предмету радило се о подносиоцу представке који је издржавао казну у Енглеској. У затвору су избили масовни немири и подносиоца представке је један од стражара оптужио за наношење телесних повреда. Подносилац представке је желео да стражара тужи за клевету, како се оптужба не би уписала у његов досије, али то према Затворским правилима није било могуће.

[23] Хорнсби (*Hornsby)* против Грчке, Appl. No. 18357/91, Judgment 01. 04. 1998, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=HORNSBY%20|%20GREECE&sessionid=41443114&skin=hudoc-en,* посећено 21. децембар 2009.

ступак пред судом у вези својих грађанских права и обавеза.[24] Ово би право, међутим, било илузорно ако би се допустило да коначне и обавезујуће судске одлуке остану неизвршене на штету једне стране, при чему недостатак средстава не може бити изговор.[25] Овај принцип је већ прихваћен и у другим предметима који се односе на дужину поступка.[26]

Плаћање судских такси као и такси за оверу докумената приликом покретања парничног поступка је у складу са чл. 6, ст. 1, осим ако се тиме не угрожава сама суштина приступа суду. Тако, у случају Креуз (*Kreuz*) против Пољске, Суд је установио повреду чл. 6. ст. 1, јер се радило о великом износу у судским таксама, чиме је подносилац представке био несразмерно оптерећен и што га је спречило да покрене грађанску парницу у којој се жалио на незаконитист одлуке надлежног органа.[27]

Када се ради о томе које је прихватљиво време одлагања извршења судске одлуке у смислу чл. 6, ст. 1, Суд те критеријуме није детаљно разрадио као код правног стандарда „у разумном року", који се односи на период разматрања представки до коначног одлучивања. Ипак, питање „одуговлачења извршења судске одлуке" се посматра као повреда права на приступ суду, као један од аспеката права на правично суђење из поменутог члана. Повреда овог члана констатована је у многим одлукама Суда,[28] а нарочито је инструктивна одлука

---

[24] Вид. Филис (*Philis)* против Грчке, Appl. No. 12750/87, 13780/88, 14003/88, Judgment 27. 08. 1991, став 59, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=PHILIS%20|%20GREECE&sessionid=41286729&skin=hudoc-en*, посећено 18. децембар 2009.

[25] Предмет Бурдов (*Burdov*) против Русије, Appl. No. 59498/00, Judgment 07. 05. 2002 (а недавно је исти тужилац добио још један спор против Русије, Appl. No. 33509/04, Judgment 15. 01. 2009). Подносилац је од службе за социјално осигурање добио решење о исплати одређене накнаде. Након истека 6 година од доделе тих средстава, подносилац представке је покренуо судски поступак против службе за социјално осигурање. Подносилац представке је затим обавештен да служба не може да му исплати додељену накнаду пошто нема довољно средства у буџету.

[26] Вид. Запиа (*Zappia)* против Италије, Appl. No. 24295/94, Judgment 1996. *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ZAPPIA%20|%20ITALY&sessionid=41444603&skin=hudoc-en*, посећено 26. јун 2009.

[27] Креуз против Пољске, Appl. No. 28249/95*,* Judgment 19. 06. 2001. *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=KREUZ%20|%20POLAND&sessionid=41443114&skin=hudoc-en*, посећено 24. октобар 2009.

[28] Short survey of cases examined by the Court in 2005, 16 *http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Case-law+information/Analyses+of+case+law/* посећено 15. октобра 2009. У великом броју случајева ови поступци су се водили против Русије и Украјине, а неколико одлука је донето против Грчке, Молдавије и Румуније.

у случају Јасиуниена (*Jasiuniene*) и други против Литваније из 2003. године.[29]

Наравно, један од најзначајнијих аспеката права на правично суђење у смислу чл. 6, ст. 1 је суђење „у разумном року". Овим начелом се наглашава значај чињенице да је неопходно „извршење правде без одлагања, које би могло наудити њеној делотворности и веродостојности", како је то формулисано у једној пресуди. То је стара идеја, коју је англосаксонска доктрина дефинисала као *justice delayed is justice denied*. У грађанским постуцима разуман рок који помиње чл. 6, ст. 1 у начелу почиње да тече од тренутка када је покренут поступак пред судом. Код управног поступка разумни рок почиње да тече било од тренутка када неки правни или чињенични поступак који је преузела држава, на било који начин оптерети неко лице или његову имовину, или од оног тренутка када неко лице од државе затражи надокнаду штете,[30] као у случају Кениг (*König)*.[31] У погледу завршетка рока, период чија се разумност разматра обухвата целокупан ток поступка, укључујући и жалбени поступак. У складу са тим, тај период траје све док се не донесе коначна одлука којом се решава спор. То би значило две могућности: да су исцрпљене могућности за подношење жалбе или да је рок за подношење прошао, а да није искоришћен.

Европски суд је навео следећи критеријуме на основу којих се утврђује разумност дужине поступка у сваком појединачном случају према специфичним околностима, а то су: сложеност чињеничних и правних питања везаних за одређени случај, понашање подносилаца представки и надлежних власти, као и природа захтева подносилаца представке.[32] Иако Суд оклева да успостави јасна правила, јер сматра

---

[29] *Jasiuniene v. Lithuania,* Appl. No. 41510/98, Judgment 06. 03. 2003. *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=JASIUNIENE%20|%20LITHUANIA&sessionid=41444603&skin=hudoc-en*. До поступка је дошло кад судска одлука, која је налагала да се подносилац представке обештети у натури, није извршена ни по протеку више од 8 година од извршности одлуке.

[30] Радна група 2 Европске Комисије за ефикасност правосуђа (CEPEJ-GT2), *Кашњење у спровођењу судских поступака*, Прелиминарни нацрт Марка Фабриа (*Marca Fabria*) и Филипа М. Лангброкека (*Philipa M. Langbroeka*), *http://www.google.com/search?hl=en&client=firefox-a&rls=org.mozilla%3Aen-US%3Aofficial&hs=TPI&q=+(CEPEJ-+GT2)%2Ckasnjenje&aq=f&oq=&aqi=,* 20. децембар 2009

[31] Предмет Kenig (*König*) против Немачке, HUDOC, Appl. No. 00006232/73, Judgment 28. 06. 1978, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=GERMANY&sessionid=41442872&skin=hudoc-en,* посећено 24. октобар 2009.

[32] Европска комисија за ефикасност правосуђа (CEPEJ), *Дужина судског поступка у Европи, Студија судске праксе Европског суда за људска права,* Стразбург 8. 12. 2006 *www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/delais/Calvez_en.pdf*, *посећено* 24. октобар 2009.

да се сваки случај мора разматрати посебно, анализа и употреба великог броја предмета може дати корисне назнаке о ставу Суда, из чега је произлазило да се, у начелу, разумним сматра укупно трајање до две године у једноставним предметима. Кад поступак траје више од две године, Суд га детаљно разматра да утврди да ли су домаће власти биле ревносне у поступку. У приоритетним предметима, Суд може одступити од оваквог приступа и закључити да је постојало кршење чак иако је поступак трајао мање од две године. Уколико се ради о сложеним предметима, суд може прихватити дуже трајање поступка, међутим тај дужи рок ретко прелази пет, а никако осам година.[33]

Иако се најчешће повреде чл. 6, ст. 1 у извршном поступку тичу повреде ова два начела, то ни на који начин не умањује значај и повезаност преосталих права из чл. 6 са извршним поступком, попут права на правични поступак,[34] права на јавну расправу[35] и јавно изрицање пресуде.[36] Наравно не треба занемарити ни право на независни[37] и непристрасни[38] суд, образован по закону.[39]

---

[33] *Ibid.*

[34] Ово пре свега подразумева право приступа релевантној документацији, могућност увида, изношења мишљења и коментарисање поднесака и доказа. Тако Руиз-Матеос (*Ruiz-Mateos*) против Шпаније, Application No. 12952/87, Judgment 23. 06. 1993, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=RUIZ-MATEOS%20|%20SPAIN&sessionid=41443114&skin=hudoc-en*; Мек Мајкл (*Mc Michael)* против Уједињеног Краљевства, Application No. 16424/90, Judgment 24. 02. 1995. *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=MCMICHAEL%20|%20%22THE%20UNITED%20KINGDOM%22&sessionid=41443114&skin=hudoc-en*, посећено 24. 10. 2009.

[35] *Транспарентност правде доприноси осигурању правичности суђења, што је и сврха члана 6." Аксен (Axen)* против Немачке, Application No. 8273/78, Judgment 8. 12. 1983. *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en*, посећено 25. октобар 2009.

[36] „Вид јавности приликом изрицања пресуде треба сагледати у светлу посебних одлика самог поступка о коме је реч и позивањем на циљ и сврху чл. 6, ст. 1". Тако Прето (*Pretto)* против Италије, Application No. 7984/77, Judgment 25.10. 1983, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=PRETTO%20|%20ITALY&sessionid=41443114&skin=hudoc-en* посећено 27. октобар 2009.

[37] Под „независним" се подразумева слобода од било каквих облика контроле државних органа или странака, судског тела и појединачних чланова. Тако Киприану (*Kyprianou)* против Кипра, Application No. 73797/01, Judgment 15. 12. 2005, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=CYPRUS&sessionid=41443106&skin=hudoc-en.* У том поступку судије које су судиле подносиоцу представке за непоштовање суда су давале изјаве да његово понашање сматрају личном увредом и на крају га осудиле за непоштовање суда.

[38] Када се говори о „непристрасности", Суд је утврдио критеријуме за оцену, како субјективне (дали лични став према странкама даје повода за основану сумњу), тако и објективне (дали његово понашање даје гаранције неопходне за искључење разумне сумње. Тако Де Куберт (*De Cubbert)* против Белгије, Application No. 9186/80,

5. ОДНОС ЧЛАНА 13 И ЧЛАНА 6, СТ. 1 ЕКЉП

„Свако коме су повређена права и слободе предвиђена у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству“.[40]

Ubi ius ibi remedium – тамо где има права требало би да има и правног лека. У новијој пракси Суда однос између чл. 13. и чл. 6, ст. 1 Конвенције се кристалише у смислу да се право на делотоворан правни лек односи и на повреду права из чл. 6 ЕКЉП-а, укључујући овде и повреду права на доношење одлуке у разумном року. Делотворан правни лек у вези са повредом овог права из чл. 6, ст. 1. Конвенције значи да унутрашње право мора да обезбеди странки правно средство којим ова захтева или убрзање поступка или се, пак, тим правним средством обезбеђује право на накнаду штете због тога што су судови одуговлачили поступак. Треба нагласити да ефективност домаћег правног лека у смислу чл. 13 не зависи од тога да ли ће исход бити повољан.[41] Није удовољено захтевима из чл. 13 Конвенције, када странка правним средством може да захтева да се поступак убрза (рецимо пред судом више инстанце), али не може да очекује одлуку суда и његов став о прекомерном трајању поступка. Члан 13. Конвенције се примењује и у случајевима потпуне неактивности суда којима се вређају права из чл. 6, ст. 1 Конвенције. До 2000. године Суд је само констатовао повреду чл. 6, ст. 1 Конвенције када је установио да о кривичној оптужби или, пак, о грађанским прави-

26. 10. 1984, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=BELGIUM&sessionid=41443106&skin=hudoc-en,* посећено 24. октобар 2009. Суд утврдио повреду чл. 6, ст. 1 у ситуацији када је поступајући судија који је одлучивао о меритуму у кривичном предмету на истом том предмету раније радио у својству истражног судије. Оџалан (Oçalan) против Турске, Application No. 46221/99, 12. 05. 2005, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=TURKEY&sessionid=41443106&skin=hudoc-en,* као и *Европски суд за људска права – одабране пресуде*, Београд, 2006, 7, где је за време једног дела поступка пред Судом државне безбедности у већу судио и војни судија, те ни замена војног судије пред крај поступка није могла да отклони разумну забринутост подносиоца представке у погледу независности и непристрасности суда.

[39] Појам „образован на закону“ подразумева тело чија је улога да, у оквиру својих надлежности прописаних законом и у оквиру прописаног поступка, одлучује о питањима из своје надлежности. Тако Белилос (*Belilos)* против Швајцарске, Application No. 23037/04*,* 29. 04. 1988. *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=BELILOS%20|%20SWITZERLAND&sessionid=41443106&skin=hudoc-en,* посећено 24. октобар 2009.

[40] Чл. 13 Конвенције (право на делотворан правни лек).

[41] *Preliminary draft report of national remedies in respect of excessive lenght of proceedings*, European Commission for democracy through law, Venice Commission 2005, *www.venice.coe.int/docs/2006/CDL(2006)026-e.pdf*, *посећено 20. новембар 2009.*

ма и обавезама није одлучено у разумном року. Од тада, међутим, Суд испитује да ли постоје и даље повреде супстанцијалних одредби Конвенције.[42] Овакав став Суда је изузетно важан јер се до тада сматрало да је, на пример, повреда чл. 13 увек апсоробована повредом чл. 6. Конвенције.[43] Нарочито се може позвати на кумулативну повреду чл. 6, ст. 1 и чл. 13 Конвенције у извршном поступку који се покреће на предлог повериоца, али чији даљи ток искључиво зависи од процесних радњи суда. У извршном поступку, наиме, у случају одуговлачења, повериоцу недостаје ефикасно правно средство чијим коришћењем би могао да утиче на даљи ток извршног поступка. У овом случају, комбинација чл. 6 и чл. 13 може представљати решење.

Нови Закон о Уставном суду Србије предвиђа увођење института уставне жалбе и њеног модалитета „уставне жалбе у случају повреде права на суђење у разумном року“[44] у правни систем Србије.[45] У компаративном праву ситуација је различита. На пример, у Италији, такозвани закон *Pinto*,[46] омогућава особама које су претрпеле штету као резултат претерано дугог поступка, да добију правично задовољење. Иако контроверзан,[47] Суд га од 2004. године сматра де-

[42] Кудла (*Kudla*) против Пољске, Application No. 30210/96, Judgment 26. 10. 2000, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=KUDLA%20|%20POLAND&sessionid=41443106&skin=hudoc-en* посећено 24 октобар 2009.

[43] Ајри (*Airey)* против Ирске, Application No. 6289/73, Judgmenet 09. 10. 1979, para. 15, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=AIREY%20|%20IRELAND&sessionid=41443106&skin=hudoc-en,* посећено 9. октобар 1979.

[44] Према статистичким подацима Уставног суда, од новембра 2006. поднето је 4000 уставних жалби, а само у делу 2009. години поднето је 2000. Само о 20 % уставних жалби је мериторно одлучено, док су преостале одбачене због процесних недостатака.

[45] С. Лилић, „Да ли је уставна жалба ефикасни правни лек за суђење у разумном року*“, Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 67–87. Као повод за увођење уставне жалбе (чл. 170 и чл. 82, ст. 2) може се навести став суда у касније обрађеном случају В.А.М против Србије, где у погледу примедбе државе да је тужиља требало да уложи жалбу суду Србије и Црне Горе, суд подсећа да је већ установљено да је овај правни лек недоступан од 15.7.2005. године и затим да је остао неделотворан све до распада ДЗСЦГ (вид. одлуку Матијашевић против Србије, параграф 34–37), те констатује: „Ако је правосудни систем мањкав у погледу захтева за разумни рок из чл. 6, ст. 1. Конвенције, најделотворније решење је правни лек чији је циљ убрзање поступка, како би се спречило да тај поступак постане прекомерно дуг. Такав правни лек има неспорну предност над правним леком који пружа само компензацију“.

[46] *Legge* 89, 24. март 2001.

[47] Комитет Министара Савета Европе забринут због великог броја представки италијанских држављана (од 1500–2000 годишње) захтевао је да се донесу одређене

лотворним правним леком, те га подносиоци морају претходно користити у смислу чл. 35, ст. 1 Конвенције. Финска нема посебни правни лек везан за „суђење у разумном року“, већ постоји могућност подношења жалбе Омбудсману или Министарству правде.[48]

6. ПРЕСУДЕ СУДА У СТРАЗБУРУ ПО ПРЕДСТАВКАМА ПРОТИВ НАШЕ ЗЕМЉЕ

6.1. Предузеће ЗИТ против Србије[49]

Предузеће ЗИТ је дана 05.10.2005 године поднело представку против Државне заједнице Србија и Црна Гора (даље: ДЗСЦГ), чији је правни следбеник Република Србија од 3. јуна 2006. године. У представци је наведено да је подносилац представке са једним од својих пословних партнера, пољопривредном задругом под називом *Задругар*, у Општинском суду у Бачкој Паланци, дана 15. јуна 2005. године закључио поравнање на основу кога се *Задругар* обавезао да исплати износ од 3.248.567 југословенских динара до 31. јула 2000. године. Поред тога, утврђена је и хипотека у корист подносиоца представке. Како дужник није извршио своју обавезу, то је Општински суд усвојио предлог повериоца од 21. марта 2002. године за извршење и 28. марта 2002. године донео решење о извршењу, наложио процену и продају хипотекованог земљишта као и исплату камате. У току извршног поступка постало је спорно да ли је ово земљиште својина дужника. Стога је Општински суд издао измењени налог за извршење, поступком процене и јавном продајом друге непокретности које су у то време биле уписане у земљишним књигама као својина дужника. Међутим, извршни суд је прекинуо извршни поступак док Републички геодетски завод званично не утврди да је та непокретност својина дужника. Републички геодетски завод је прекинуо поступак до окончања парнице која је већ била у току и у којој се утврђивало право својине на наведеној непокретности. Овај парнични поступак је окончан 29. септембра 2004. године доношењем

мере за убрзање поступака пред италијанским судовима. Као одговор на такав притисак донет је закон *Pinto*, али чл. 2, ст. 1. каже да „ко је претрпео материјалну или нематеријалну штету као последицу повреде ЕКЉП-а у смислу повреде права на суђење у разумном року има право на правичну надокнаду“. Треба приметити да он не предвиђа убрзање поступка, већ само правичну накнаду и с обзиром да се захтев за правичном надокнадом подноси Апелационом суду (чл. 3), постоји опасност да се поступак продужи због великог броја случајева.

[48] *Preliminary draft report of national remedies in respect of excessivelenght of proceedings,* European Commission for democracy through law, Venice Commission 2005.

[49] *Службени гласник РС*, бр. 114/07; ZIT Company v. Serbia, Application No. 37343/05, Judgment 27.11.2007.

пресуде којом је утврђено да је дужник сувласник на предметном земљишту. У међувремену донета је још једна пресуда у другом парничном поступку, којом је исти дужник обавезан да подносиоцу представке исплати износ од 2.336.720,80 динара са каматом и трошковима поступка. У поступку извршења по овој пресуди донето је решење о извршењу, а Општински суд у Бачкој Паланци је спојио два наведена извршења. Јавна продаја заказана за 2. фебруар 2005. је одложена, а одлагана је и у више наврата касније. Општински суд је дана 4. априла 2006. године наложио да се земљиште преда подносиоцу представке и да се новостечена својина упише у земљишне књиге као власништво подносиоца. Међутим, подносиоцу представке није омогућено да уђе у посед непокретности.

Европски суд је прогласио представку прихватљивом и утврдио је да је дошло до повреде чл. 6, ст. 1 Конвенције, чл. 1 Протокола бр. 1, чл. 13. Конвенције и утврдио да тужена држава треба да исплати подносиоцу представке 1.200 евра на име претрпљене нематеријалне штете, као и обичну камату (која је једнака најнижој каматној стопи Европске централне банке, уз додатак од 3 процентна поена), а одбио преостали део захтева. Суд је оценио да српски органи нису делотворно спровели спорни извршни поступак до 4. априла 2006. године, али да се не могу сматрати одговорним за било какво кашњење после тога. Суд је нашао да је тужена држава угрозила суштину права на приступ суду и спречила подносиоца представке да добије потпуну имовинску накнаду коју је легитимно очекивао. Суд је такође навео да се извршење правоснажне пресуде коју је Суд донео мора сматрати саставним делом „суђења“ у сврхе чл. 6. ЕКЉП-а, и да је на држави да предузме све неопходне мере да се правоснажна судска пресуда изврши, као и да обезбеди делотворно учешће њеног целог апарата.

6.2. В.А.М. против Србије[50]

Случај је покренут представком број 39177/05 против Државне заједнице Србија и Црна Гора (ДЗСЦГ), чији је наследник од 3. јуна 2006. године Република Србија, коју је по чл. 34. ЕКЉП-а Суду поднела г-ђа. В.А.М. 28. октобра 2005. године, у то време држављанка ДЗСГЦ. Председник већа је прихватио захтев тужиље да не открива њено име и дао је приоритет њеној представци у складу са правилима 47 пар. 3 и 41 Правилника суда.

Тужиља се 1994. године удала за Д. М. и 1995. године родила се њихова ћерка С. М. Након четири године почињу брачни проблеми

[50] В.А.М. против Србије, Application No. 39177/05, Judgment 13. 03. 2007, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=V.A.M.%20|%20Serbia&sessionid=41474527&skin=hudoc-en,* посећено 23. децембар 2009

тужиље, као резултат њене заразе вирусом ХИВ. Убрзо се њен брак распада и њен муж Д. М. одводи ћерку С. М. у стан својих родитеља и ускраћује јој сваки контакт са мајком, након чега наредних осам година тужиља није видела своју ћерку. Дана 11. фебруара 1999. године тужиља подноси захтев Четвртом општинском суду у Београду, тражећи развод брака, пуно старатељство над С. М. и издржавање детета. Тек 3. новембра 2005. године тужени је први пут пронађен. Општински суд је тужиљи доделио привремено старатељство над С. М. и наредио туженом да дете преда.[51]

Тужиља се жалила на дужину парничног поступка о коме је реч и пристрасност коју је показала председница судског већа током тог поступка. Држава је изнела да тужиља није исцрпила све постојеће делотворне лекове, а конкретно се није жалила на одлагање председнику Окружног суда, министру правде и Надзорном одбору Врховног суда, као и да није искористила право на жалбу пред Судом Србије и Црне Горе на основу Уставне повеље. Оцена суда је да би поменуте жалбе довеле до додатног одлагања и да представљају хијерархијске жалбе или, другим речима, ништа више од пуких информација достављених вишој инстанци, са пуним дискреционим правом да употреби своје надлежности како сматра да треба (вид. пара. 67–70). Уз то, да је неки од ових поступака икада покренут, водио би се искључиво на релацији поменути надзорни орган – судија – суд о коме је реч. Сама тужиља не би била странка у том поступку и, у најбољем случају, имала би право само на обавештење о његовом исходу.[52] Ниједан од ових правних лекова стога се не може сматрати делотворним у смислу чл. 35, ст. 1 ЕКЉП-а..

Што се тиче примедбе државе да је тужиља требало да уложи жалбу Суду Србије и Црне Горе, Суд подсећа да је већ установљено да је овај правни лек недоступан од 15. јула 2005. године и затим да је остао неделотворан све до распада ДЗСЦГ, те стога закључује да тужиља није била обавезна да искористи овај конкретни пут за накнадном. У складу са тим, приговор државе се одбацио и жалба се сматрала прихватљивом.

На наводе државе да је тужиља та која није испунила своју обавезу да прибави тачну адресу туженог и да Општински суд није могао да нареди да тужени буде насилно изведен пред суд нити је икако могао да именује привременог заступника, суд оцењује да је

[51] Вид. С. Лилић, „Да ли је уставна жалба ефикасни правни лек за суђење у разумном року?“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 67–87.

[52] *Mutatis mutandis*, Хорват против Хрватске, Application No. 1585/99, Judgment 26. 07. 2001, пара. 47, *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=HORVAT%20|%20CROATIA&sessionid=41443106&skin=hudoc-en*, посећено 30. октобар 2009.

очигледно да је тужени чинио све да избегне пријем позива и докумената који су му слати и да се то од тужиље није могло очекивати, јер на то није ни била законски обавезна, а да Општински суд није конкретно искористио бројна процедурална средстава. У погледу наводне пристрасности судије испољеној током парничног поступка, Суд је констатовао да је поступак још у току и да је ова жалба преурањена, те да као таква мора бити одбијена због неисрпљивања домаћих правних лекова у складу са чл. 35, ст. 1 и 4 ЕКЉП-а..

Суд је једногласно прогласио жалбу по чл. 6, ст. 1 у вези са дужином трајања парничног поступка, чл. 8 и чл. 13 ЕКЉП-а прихватљивом, а остатак претставке неприхватљив. Суд је на крају оценио да су прекршени чл. 6, ст. 1 и 8 ЕКЉП-а у погледу дужине трајња парничног поступка, да је дошло до кршења чл. 8 ЕКЉП-а у погледу неизвршења привремене мере о вођењу и, најзад, да је прекршен чл. 13 ЕКЉП-а у погледу недостатка делотворног правног лека којом би се ова парница убрзала, те суд сматра да тужена Држава треба да плати подноситељки представке 15.000 евра на име нематеријалне штете, као и 4.350 евра на име судких трошкова, у складу са чл. 44, ст. 2 ЕКЉП-а.

7. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Грађани с правом очекују брзу и ефикасну заштиту њихових основних слобода, као и заштиту њихове имовине. Међутим, велики број предмета у судовима, дужина трајања извршног поступка, број уставних жалби, као и број представки Суду у Стразбуру, показују да су учесници у поступку незадовољни, да дуго чекају на доношење и извршење судске одлуке, као и да велики број правноснажних и извршних одлука остане неизвршен.

Најчешћи проблеми на које наилазе судови у Србији који спроводе принудно остварење и обезбеђење потраживања који директно утичу на повреду права на правично суђење, су: велики број предмета у раду,[53] мали број сарадника и других запослених лица, мали број судских извршитеља, који нису довољно обучени за рад на терену, непостојање интерне рачунарске мреже у суду, као и неадекватно координиран рад између судија и судских извршитеља, неадекватан и неефикасан софтверски програм у суду, недостатак простора за запослене и смештај предмета и архиве, што све доводи до лоше организације процеса рада у суду, неефикасност до-

[53] Према статистичком извештају Четвртог општинског суда у Београду, само у 2009. години за 10 месеци примљено је око 243.400 предмета, а запослено је само 8 извршних судија.

ставне службе за коју није само одговоран суд, већ и грађани који не пријављују промену пребивалишта и злоупотребљавају процесна права која се односе на пријем писмена, немогућност приступа подацима, како о извршним дужницима, тако и о њиховој имовини, преварни пренос имовине на трећа лица, прикривање имовине дужника без одговарајућих санкција, пренос средстава на иностране рачуне, итд. Посебно су значајни проблеми у вези са применом Породичног закона и извршења одлука у породичним стварима, до којих делимично долази због недостатка координације и сарадње између судова и органа старатељства, недовољног учествовања полиције и јавног тужилаштва, као и непостајање довољне сарадње са другим државним органима.

Треба очекивати да ће нови Нацрти ЗИП-а и Закона о парничном поступку дати модернија и ефикаснија решења како би се неки од ових проблема превазишли (посебно кроз нове одредбе о достављању, радном времену, кроз увођење књиге о имовини извршних дужника, установе приватних извршитеља,[54] итд.). Новим сетом правосудних закона, свестраном контролом примене тих закона, сарадњом судова и државних органа, поштовањем прописа свих учесника у поступку, увођењем савременог софтвера и интерне рачунарске мреже, сталном обуком судија и судских извршитеља, контролом и надзором над радом приватних извршитеља, бољом систематизацијом радних места, модернијом организацијом процеса рада у суду, вероватно ће се утицати на дужину трајања поступка, што би требало да доведе до ефикаснијег рада судова и остварења права грађана у разумном року.

Али, уз све то, сматрамо да би следећа два предлога допринела даљем решавању овог проблема:

а) дозволити поступак медијације у извршном поступку, као алтернативног начина решавања спорова, и

б) донети одговарајући закон који би предвидео да јавна предузећа[55] (као што су Инфостан, ЕДБ, Телеком и сл.) могу да доносе решења о извршењу и да их спроводе у административном поступку сходном применом Закона о општем управном поступку, што би, по нашем мишљењу, допринело знатном смањењу броја предмета у судовима.

[54] Који су већ уведени у земљама у окружењу (Бугарској, Румунији, Мађарској, Словенији). *Програм за реформу стечајног и извршног поступка, Анализа извршних поступака у земљама у окружењу*, USAID, септембар 2007.

[55] Ова предузећа су за последњих 10 година Четвртом општинском суду у Београду поднела око 2.500.000 предлога за извршење на основу извода из својих пословних књига (податак из постојећег софтверског програма Четвртог општинског суда у Београду, октобар 2009).

Што се тиче извршења у породичним стварима сматрамо да би у оквиру Центра за социјални рад, МУП-а, и Тужилаштва требало образовати специјализоване тимове који би имали сертификате о посебним знањима из породичних односа, који би били овлашћени и одговорни да пружају помоћ судовима у предметима код извршења одлука у породичним стварима, а све то како би се обезбедило ефикасније и брже извршење одлука из породичног права и на тај начин у најбољој могућој мери заштитио пре свега интерес детета.

Домаће законодавство је очигледно решено да прати највише стандарде које поставља Европска Унија и Уједињене нације, као и да предузима мере како би реорганизовало свој правосудни систем. Све би то требало да буде у функцији заштите и остварења права грађана у разумном року, што ће у догледно време смањити број предмета у нашим судовима који одлучују о тим питањима, а тиме и број представки Европском суду за људска права. Један број њих би се могао избећи и тиме што би се и извршни поступак учинио ефикаснијим, чему ће свакако допринети нови Закон чије је доношење у току, али верујемо да би га могле учинити бржим и мере које смо овде предложили.

Marija Šobat

LL.M. student
University of Belgrade Faculty of Law

Ivana Stojšić

LL.M. student
University of Belgrade Faculty of Law

ENFORCEMENT PROCEDURE AND RIGHT TO A FAIR TRIAL – EUROPEAN CONTEXT AND NEW SERBIAN LEGISLATION

Summary

The main objective of this article is to analyze the enforcement proceedings before the courts of the Republic of Serbia, from the perspective of the requirements of Art. 6, para. 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The authors also call attention to the significant backlog the European Court

of Human Rights is facing. The authors attempt to identify the most significant problems in the matter of enforcement in Serbia, and offer several proposals on how to deal with these problems.

Key words: *Enforcement proceedings. – Right to a fair trial. – European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. – The European Court of Human Rights. – Draft of the new Law on Enforcement proceedings.*

Др Миленко Крећа

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

МИЛАН ПАУНОВИЋ
(1951–2009)

Тешко је, ако не и немогуће, говорити о професору Милану Пауновићу, а посебно не поменути његов јак и осебујан дух. Посебно онај његов сериозни, академски део, који му је и отворио врата науке и суштински обележио његов научни рад и живот.

Дух, немиран и сремачки пркосан по природи, креативан у исходу, определио је највећи део научног опуса Милана Пауновића. И то у областима међународног права – међународним правима човека и правног положаја животиња – сферама које хуманизују право које је од свог настанка било окренуто државама. Без тих области, Међународно право не би задовољавало оне високе стандарде који су очеви међународног права, а посебно Гроцијус, поставили одређујући га као *genus humanum* – право једне истински људске заједнице. За успешно бављење овим областима Међународно право захтева, поред интелектуалног, стручног капацитета који је Милан Пауновић исказао још као бриљантан студент основних и последипломских студија, и јак хуманистички набој.

Тај набој је понајбоље оваплоћен у његовим најволуминознијим радовима – докторској дисертацији *Утврђивање међународних стандарда људских права путем јуриспруденције Европског суда за људска права* одбрањеној 1993. године и у уџбеницима о међународним људским правима, те монографији *Права животиња – савремени међународни стандарди*, објављеној 2004. године.

Докторска дисертација професора Пауновића представља, како је Комисија за његов избор у звање доцента нагласила, „први обиман рад у нашој средини који се систематски бави праксом у европском систему за заштиту људских права“. Дисертација је резултат једног широког истраживачког захвата у коме је професор Пауновић проучио обимну јуриспруденцију и издвојио оне пресуде које су у највећој мери допринеле тумачењу одредаба Европске конвенције. Зналачки их је не само систематизовао и класификовао, ослањајући се на одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким пра-

вима, већ их је подвргавао критичкој анализи у светлости како опште правне логике, тако и националних правних решења.

У радовима о међународним људским правима залаже се, у најбољој међународно-правној традицији, за одређење људских права као израза фундаменталних вредности међународне заједнице као целине. Бавио се како индивидуалним и колективним људским правима, тако и мерама међународног надзора и контроле њихове примене, свестан да њихова стварна примена императивно тражи синергију индивидуалних и колективних напора.

Још деведесетих година снажно је пледирао за тзв. права солидарности, посебно истичући право на мир и међународну безбедност, право на здраву животну околину, право на развој и право на управљање националним ресурсима.

Био је дубоко свестан и болно повређен комерцијализацијом људских права. Против ње се једнако борио и као научни радник и као главни правни саветник Министарства иностраних послова, налазећи, с правом, да она сенчи, па и тривијализује, саму племениту идеју људских права.

Хуманистички резон, опробан и оформљен у материји људских права, Милан Пауновић демонстрира и у материји правног положаја животиња. У овој области његови радови, а посебно монографија о правима животиња, могу се без резерве назвати пионирским у нашој науци међународног права. Као такви јесу и биће незаобилазно штиво за сваког посленика науке који се упусти у разматрање овог атрактивног и, надасве, сложеног питања.

Основне премисе које је Милан Пауновић поставио у овој материји изгледају незаобилазне у својој утемељености и узвишеној хуманости. Залаже се за напуштање традиционалног антропоцентричног погледа на свет и природу и његову супституцију биоцентризмом, по коме сва жива бића, а не само људска, заслужују да живе боље. Биоцентристичка етика би подразумевала начело доброчинства и незлочинства, начело поштовања интегритета животиња, начело правичности и иверзибилности.

Професор Пауновић је био дубоко убеђен да једнако праведно морамо поступати према свим живим врстама у мери у којој је између њих могуће ставити знак једнакости. Налази да у том смислу животињама, наравно, нису потребна многа права које данас поседују људска бића, али да животиње треба да имају она права која им зајемчују биолошки опстанак и миран живот у заједници са људском врстом. Сматрао је да је уистину примарно природно право свих живих бића на једнакост у одржању живота, слободе и благостања према законима егзистенције сваке врсте. Професор Пауновић је сма-

трао да се већ данас може говорити о праву животиња на поштовање њихових живота. Поред тога, залагао се за право животиња да буду слободне у складу са врстом којој припадају. Треће право о коме постоји и позитивно правно покриће је право животиња на станиште примерено њиховој врсти. Том праву придодаје и право животиња, такође позитивно правно утемељено, да им човек не наноси бол, патњу и да их непотребно повређује. И на крају, затварајући листу основних права животиња, професор Пауновић апострофира право животиња на људско старање. Оно се, истина, превасходно односи на домаће животиње, али, по његовом схватању, ни дивље животиње не смеју остати без њиховог старања, бар што се тиче заштите од истребљења.

Пред Миланом Пауновићем је требало да буду још многе године научног и педагошког рада, али и личне и породичне среће. Окрутна и прерана смрт је, међутим, одузела породици Пауновић, супрузи Јелени и ћерки Мини, брижног и посвећеног супруга и оца, а српској науци међународног права ускратила нове доприносе који су се могли очекивати од научника у пуној стваралачкој снази.

Но, и опусом који је само у кратким цртама назначен, Милан Пауновић је себи обезбедио истакнуто место у галерији српских стручњака Међународног права, на понос своје породице и драгоцену корист и инспирацију српској науци Међународног права.

Нека је вечна слава професору Милану Пауновићу!

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ У 2009. ГОДИНИ

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 17. фебруара 2009. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 22. децембра 2008. године, донело је одлуку о избору:

др МАРИНКЕ ЦЕТИНИЋ, ванредног професора, поново у звање и на радно место ванредног професора за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право;

др ГОРАНА ИЛИЋА, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично процесно право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 23. фебруара 2009. године, донело је одлуку о избору:

мр МИЛОША ЗДРАВКОВИЋА, асистента-приправника, у звање и на радно место асистента за уже научне области Теорија права и државе и Филозофија права – предмете Увод у право и Филозофија права;

УГЉЕШЕ ГРУШИЋА, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за Међународноприватну ужу научну област – предмете Међународно приватно право и Арбитражно право;

МАРКА ЈОВАНОВИЋА, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за Пословноправну ужу научну област – предмете Међународно привредно право и Арбитражно право;

мр МАЈЕ ЛУКИЋ, магистра правних наука, у звање и на радно место асистента за Међународноправну ужу научну област – предмет Право европских интеграција;

НИКОЛЕ СЕЛАКОВИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за ужу научну област Правна историја – предмет Упоредна правна традиција;

АНДРЕЈЕ КАТАНЧЕВИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право;

НИНЕ КРШЉАНИН, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за ужу научну област Правна историја – предмет Национална историја државе и права;

ЈЕЛЕНЕ ЛЕПЕТИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за Пословноправну ужу научну област – предмете Компанијско право и Стечајно право;

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 7. априла 2009. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 23. фебруара 2009. године, донело је одлуку о избору:

др ИВАНЕ КРСТИЋ, асистента, у звање и на радно место доцента за Међународноправну ужу научну област – предмете Људска права и Међународно јавно право;

др БОЈАНА МИЛИСАВЉЕВИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за Међународноправну ужу научну област – предмет Међународно јавно право;

др МАРКА ДАВИНИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за Управноправну ужу научну област – предмет Управно право;

Сенат Универзитета у Београду на седници од 15. априла 2009. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 23. фебруара 2009. године, донео је одлуку о избору др МИЛАНА ШКУЛИЋА, ванредног професора, у звање и на радно место редовног професора за ужу научну област Кривично право – предмете Кривично процесно право и Криминалистика.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 19. маја 2009. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 13. априла 2009. године, донело је одлуку о избору:

др МАРИЈЕ КАРАНИКИЋ МИРИЋ, асистента у звање и на радно место доцента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Облигационо право;

др ТАТЈАНЕ ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ, доктора правних наука, у звање и на радно место доцента за Пословноправну ужу научну област – предмет Компанијско право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 29. јуна 2009. године, донело је одлуку о избору:

мр МИЛЕНЕ ЂОРЂЕВИЋ, асистента, поново у звање и на радно место асистента за Пословноправну ужу научну област – предмет Међународно привредно право;

ИВАНЕ МАРКОВИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право;

НАТАЛИЈЕ ЛУКИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за ужу научну област Кривично право – предмет Криминологија са правом извршења кривичних санкција;

МИРЈАНЕ ДРЕНОВАК, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за предмете Еколошко право и Правна информатика (вештина);

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 7. јула 2009. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 29. јуна 2009. године, донело је одлуку о избору:

др НАТАШЕ ДЕЛИЋ, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за ужу научну област Кривично право – предмете Кривично право и Судска психологија;

др ТАНАСИЈА МАРИНКОВИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за Уставноправну ужу научну област – предмет Уставно право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 5. октобра 2009. године, донело је одлуку о избору:

мр АЛЕКСАНДРА ГАЈИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за Међународноправну ужу научну област – предмете Право европских интеграција и Међународно јавно право;

мр НЕНАДА ТЕШИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право;

мр СВЕТИСЛАВЕ БУЛАЈИЋ, асистента, у звање и на радно место асистента за Уставноправну ужу научну област – предмет Политички систем;

мр ВАЊЕ БАЈОВИЋ, асистента-приправника, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично процесно право;

мр ЈЕЛЕНЕ ЈОВИЧИЋ, асистента-приправника, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право;

мр БОЈАНЕ ЧУЧКОВИЋ, асистента-приправника, у звање и на радно место асистента за Међународноправну ужу научну област – предмет Међународно јавно право;

мр СВЕТИСЛАВА КОСТИЋА, асистента-приправника, у звање и на радно место асистента за ужу научну Јавне финансије и финансијско право – предмете Пореско право и Јавне финансије и буџетско право;

МИЛИЦЕ КОЛАКОВИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично процесно право;

Веће научних области друштвено-хуманистичких наука Универзитета у Београду на седници од 27. октобра 2009. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 29. јуна 2009. године, донело је одлуку о избору:

СИЛВАНЕ ПОПОВИЋ, професора енглеског језика, у звање и на радно место наставника страног језика за ужу научну област Страни језик – Енглески;

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 27. октобра 2009. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 5. октобра 2009. године, донело је одлуку о избору:

др ВЛАДИМИРА ПАВИЋА, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за Међународноприватну ужу научну област – предмете Међународно приватно право и Арбитражно право;

др ГОРАНА ДАЈОВИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за ужу научну област Теорија права и државе – предмет Увод у право;

др ТАТЈАНЕ ЈОВАНИЋ, асистента, у звање и на радно место доцента за ужу научну област Економска анализа права – предмет Економско право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 21. децембра 2009. године, донело је одлуку о избору:

мр ДАНИЦЕ ТАСИЋ, асистента, поново у звање и на радно место асистента за ужу научну област Макроекономија – предмет Економска политика;

мр БОЈАНА СПАЈИЋА, магистра правних наука, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Теорија права и државе – предмете Увод у право и Филозофија права;

УРОША НОВАКОВИЋА, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Породично право;

ВУКА ЦУЦИЋА, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за Управноправну ужу научну област – предмет Управно право;

МИЛОША СТАНКОВИЋА, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Наследно право;

ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОДБРАЊЕНЕ 2009. ГОДИНЕ

1. Маринковић мр Танасије, „Устав као конвенција – еволуција Пете француске републике“ докторирао 13. фебруара 2009. године;

2. Шушњара мр Мирјана, „Право и положај странаца у праву Србије са освртом на компаративно правна решења“, докторирала 30. априла 2009. године;

3. Дајовић мр Горан, „Претпоставке за једну хартовско-разовску теорију о нормативности права“, докторирао 4. маја 2009. године;

4. Слијепчевић мр Драгиша, „Правни аспекти реорганизације стечајног дужника“, докторирао 8. маја 2009. године;

5. Јованић мр Татјана, „Циљеви и облици регулисања послова банака и упоредних привредних система“, докторирала16. јуна 2009. године;

6. Марковић мр Горан, „Федерализам у уставном систему Босне и Херцеговине“, докторирао 22. јуна 2009. године;

7. Бодирога мр Никола, „Међупресуда“, докторирао 21. септембра 2009. године;

8. Рисимовић мр Радосав, „Нужна одбрана у нашем кривичном законодавству“, докторирао 28. септембра 2009. године;

9. Франета мр Душка, „Људско достојанство као правна вредност“, докторирала 29. септембра 2009. године;

10. Бугарчић мр Бојан, „Допринос Међународног суда правде и арбитражних трибунала развоју правила делимитације у праву мора“, докторирао 6. октобра 2009. године;

11. Васић мр Душан, „Концепт превентивне дипломатије у систему Уједињених нација“, докторирао 9. децембра 2009. године;

12. Демировић мр Драган, „Порескоправни третман директних инвестиција“, докторирао 10. децембра 2009. године;

13. Вујовић мр Игор, „Превара у савременом уговорном праву“, докторирао 25. децембра 2009. године.

МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОДБРАЊЕНЕ 2009. ГОДИНЕ

1. Николић Гордана, „Дисциплинска одговорност државних службеника“, одбранила 2. фебруара 2009. године;

2. Тошић Надежда, „Правна регулатива јавних набавки“, одбранила 12. фебруара 2009. године;

3. Аничић Радоица, „Међународни тероризам“, одбранио 10. априла 2009. године;

4. Сандић Драгана, „Утицај пресуде Међународног војног суда у Нирнбергу на формирање међународног кривичног дела злочина против мира“, одбранила 16. априла 2009. године;

5. Мојашевић Александар, „Економска анализа накнаде штете“, одбранио 16. априла 2009. године;

6. Уљанов Сергеј, „Кривичнопроцесни и криминалистички значај истражних и оперативних радњи“, одбранио 21. априла 2009. године;

7. Плавшић Наташа, „Протокол 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода“, одбранила 28. априла 2009. године;

8. Костић Светислав, „Појам сталне пословне јединице у пореском праву држава југоисточне Европе“, одбранио 29. априла 2009. године;

9. Дреновак Мирјана, „Дискрециона оцена у управном праву Србије са освртом на упоредно право и европске стандарде“, одбранила 30. априла 2009. године;

10. Чучковић Бојана, „Пролиферација међународних судских органа са надлежношћу у кривичним стварима“, одбранила 5. маја 2009. године;

11. Спаић Бојан, „Интерпретација и критика основних поставки правне и политичке филозофије Џона Дјуија“, одбранио 22. маја 2009. године;

12. Домазет Синиша, „Злоупотреба доминантног положаја у праву конкуренције Републике Србије и праву конкуренције Европске уније“, одбранио 18. јуна 2009. године;

13. Марић Тања, „Уговори Светске банке са државама“, одбранила 6. јула 2009. године;

14. Баста Милица „Заштита потрошача у Европској унији са освртом на домаће право“, одбранила 11. септембра 2009. године;

15. Шошкић Коста, „Институционални основи за развој малих и средњих предузећа у Републици Србији“, одбранио 15. септембра 2009. године;

16. Кнежевић Ивана, „Уговор о поклону“, одбранила 24. септембра 2009. године;

17. Марковић Срђан, „Међународноправни положај илегалних миграната“ одбранио 1. октобра 2009. године;

18. Љутић Ивана, „Порески и пословни аспекти трансферних цена“, одбранила 3. новембра 2009. године;

19. Цветковић Валентина, „Развој романистике код Срба од средине 19. до средине 20. века“, одбранила 10. новембра 2009. године;

20. Кажанегра Блажо, „Тржишне институције и њихова економска ефикасност“, одбранио 11. новембра 2009. години;

21. Ђокић Иван, „Дело малог значаја“, одбранио 26. децембра 2009. године;

22. Стојановић Анђела, „Забрана ретроактивности кривичног закона у пракси Европског суда за људска права“, одбранила 26. децембра 2009. године.

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 италик 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., p., 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. 1994[3]).

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 цртом.

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 (1995a), 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 (1995a), 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 назнаком „ур.“ пре имена.

Пример: A. 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,* 24. мај 2007.

12. Иностранa 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.“

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LVII, No. 2, 2009, pp. 1–390

UDC 34/35 **ISSN 0003–2565**

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Mirko Vasiljević, Corporate Governance and Agency Problems (Part two) – 5

Miodrag Majić, Principle of Legality – Normative and Cultural Evolution (Part two) – 29

Velinka Grozdanić, A Criminal Law Aproach to Suicide – – – – 55

Boris Begović, Vladimir Pavić, Clear and Present Danger: Review of the New Law on Protection of Competition – 70

Olivera Vučić, Dragan Stojanović, Constitutional Judiciary at the Intersection of Law and Politics – – – – – – – – – – – – 89

Maja Stanivuković, Scope of Application of New Competition Rules of the Republic of Serbia: Reception of the EC Competition Rules– 110

Saša B. Bovan, Kelsen's Paradox – – – – – – – – – – – – – – – – – 135

Branko Rakić, European Court of Justice in Between Human Rights and Terrorism – Relationship Between International and European Law – – – – – – – – – – – – – – 155

Dejan Đurđević, Introducing Inheritance Contracts into Serbian Law – 186

Ivan Jordović, Historical Emergence of the Right of Stronger Doctrine – 212

Nenad Tešić, Love at the First Signature – on Morality of Marital Agreements – 229

Vuk Cucić, Strasbourg Standards in Administrative Dispute – – 247

Nina Kršljanin, Inheriting Land Prior to the First Civil Codification: Woman as Heir in the Modern Age Serbia – 273

OCCASSIONS

Đorđe Ignjatović, Unauthorised Overtaking in the Science – A Case Study – 289

Luka Breneselović, Оне Hundredth Anniversary of Valtazar Bogišić's Death – 310

BOOK REVIEWS

Vojislav Koštunica, *Defence of Kosovo*, second edition, SKZ, Belgrade 2009, p. 294. (Ratko Marković) – 315

Diego Gambetta, *Codes of the Underworld: How Criminals Communicate*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2009, p. 336. (Boris Begović) – 325

Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation, (ed. Jean du Bois de Gaudusson et al.), Bruylant 2007, p. 1148. (Vladan Petrov) – 329

Max Haller, *Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2008, p. 314. (Nataša Petrović Tomić) – – – – – – – – – – – – – – – – – – 332

STUDENT CONTRIBUTIONS

Draško Đurović, Relationship Between Domestic and International Law in Serbian Legal System– – – – – – – – 338

Marija Šobat, Ivana Stojšić, Enforcement Procedure and Right to a Fair Trial – European Context and New Serbian Legislation – 354

IN MEMORIAM

Milenko Kreća, *Milan Paunović* (1951–2009) – – – – – – – – – – 374

FACULTY CHRONICLE – 377

Instructions to Authors – 384

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Journal of Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник Сима Аврамовић. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Од No. 3 (2009) издање на енглеском језику излази као трећи број српског издања. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514