



# 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

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Мирко Васиљевић, Друштвена одговорност компанија (Од политике, преко морала, до права) -----	5
Драган М. Митровић, Идеалистички и реалистички појам права -----	29
Борис Беговић, Европске интеграције и привредни раст Србије: економска интеграција као алтернатива чланству у ЕУ -----	53
Вук Радовић, Побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку -----	73
Игор Вуковић, О ситуацијама посредног извршилаштва у српском кривичном праву -----	96
Наташа Петровић Томић, Осигурање живота везано за инвестиционе фондове -----	122
Славко Ђорђевић, Транспозиција страних стварних права на покретним стварима према Нацрту Закона о међународном приватном праву -----	149
Сања Радовановић, Обим дозвољеног умножавања рачунарског програма код уговора о лиценци -----	169
Вања Бајовић, Објективни идентитет пресуде и оптужбе --	198
Маја Лукић, Ауторитет суда ЕУ испред правне сигурности – пресуда <i>МОХ</i> -----	223
Далибор Ђукић, Савремени изазови државно-црквеног права -----	249

Ксенија Влашковић, Заштита познатих жигова по директиви број 89/104/ЕЕЗ -----	266
Самир Аличић, Процена штете по аквилијанској тужби у случају уништења предмета облигационог односа –	281
Ахмедин Лекпек, Исламски банкарски уговори -----	299
<b>ПРИКАЗИ</b>	
Christopher Clark, <i>The Sleepwalkers: How Europe Went to War 1914</i> , Allen Lane, Penguin Books, London 2012, 736. (Чедомир Антић)-----	314
Dani Rodrik, <i>The Globalization Paradox: Why Global Markets, States and Democracy Can't Coexist</i> , Oxford University Press, Oxford 2011, 346. (Борис Беговић) -----	320
Norman Doe, <i>Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction</i> , Oxford University Press, London 2011, 334. (Александра Пиштало) -----	326
Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, <i>Коментар Законика о кривичном поступку</i> , Службени гласник, Београд 2012, 1128. (Миодраг Н. Симовић ) -----	332
<b>ПОВОДИ</b>	
Зоран С. Мирковић, Капетан Миша и његово здање -----	336
Лука Бренеселовић, Једно писмо Карла Шмита из Цавтата (1925) -----	342
<b>СТУДЕНТСКИ РАДОВИ</b>	
Стефан Душанић, Однос извршне и законодавне власти у Трећој француској републици-----	346
<b>НЕКРОЛОЗИ</b>	
Милош Здравковић, <i>Роналд Дворкин (1931–2013)</i> -----	369
<b>Упутство за ауторе</b> -----	372



Др Мирко Васиљевић\*

## ДРУШТВЕНА ОДГОВОРНОСТ КОМПАНИЈА (Од политике, преко морала, до права)<sup>1</sup>

*Друштвена одговорност компанија је одговор „капитализма са људским ликом“ на системске недостатке филозофије либералног капитализма и економије. Уместо интереса власника компаније као јединог легитимног интереса, овај систем промовише мултиинтересни легитимитет: запослени, управа, повериоци, потрошачи, држава, локална заједница. Друштвена одговорност компаније настала је као политичка декларација, да би се све више промови сала као морална категорија, и, најзад, попримила значајне обриси правне обавезности и принудне извршивости. Пут од добровољности ка правној обавезности не значи монополизацију принципа обавезности, већ задржавање стандарда добровољности у свим сегментима где је потребна већа флексибилност и економски интерес, односно његово „сељење“ у воде правне обавезности у сегментима где је потребна већа заштита „корисника услуга“ компаније и већа гаранција извршивости прописаних права корпуса друштвене одговорности компаније. Овим друштвена одговорност компаније мења и саму природу компаније, која од институције приватног права (мотив: профит за власнике) постаје све више и институција јавног права (мотив: заштита и других приватних интереса и одређених јавних интереса), чиме и овај систем постаје све више економски, а све мање политички (друштвени у најширем смислу).*

Кључне речи: *Друштвена одговорност компанија. Правна обавезност. Добровољност. Друштвена одговорност као политика. Друштвена одговорност и морал. Компанија као уговор. Компанија као правно лице.*

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [vasko@ius.bg.ac.rs](mailto:vasko@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Рад је написан у оквиру трогодишњег пројекта Министарства за науку и технолошки развој (Министарство просвете и науке) *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*.

## 1. О ПОЈМУ ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ КОМПАНИЈА

О друштвеној одговорности компанија, појмовно и институционално, у озбиљнијој форми почело се расправљати<sup>2</sup> у ширим оквирима са кризом берзе и појавом великих берзанских скандала, као једним од сегмената корпоративног управљања.<sup>3</sup> Економска и берзанска криза наметнуле су потребу тражења одговора на питање места компаније у савременим условима глобализације, социјалног раслојавања, оскудице економских ресурса, демографских промена, климатских промена, развоја технологије, кризе рада, универзализације концепта људских права, пораста значаја еколошке заштите, појачане потребе заштите потрошача, пораста значаја информисања и јавности рада и слично.<sup>4</sup> Све је, наиме, потребнији одговор на питање да ли је позиција компаније данас у оваквим, без сумње, измењеним условима истоветна позицији чак и двадесетог века?

Да ли је компанија *per se* установа само *приватног права* (која има само приватноправну функцију остваривања интереса својих власника) или је све више поред тога и својеврсна установа *јавног права* (која поред приватноправне функције има и својеврсне јавноправне функције задовољавања и других интереса, од којих су неки и други приватни интереси, а неки и јавни интереси)?<sup>5</sup> Тражење одговора

<sup>2</sup> „Велика је конфузија око значења друштвене одговорности корпорација. Многи овај појам изједначавају са филантропијом. Такође, термини „друштвени“ и „одговорност“ су криво интерпретирани. „Друштвено“ не значи оно што је домен владе, већ корпорације у вези са друштвом, укључујући и животну средину. „Одговорност“ је за једне полагање рачуна за радње корпорације, за друге смисао дужности према друштву, а за треће добро просуђивање“. Вид. Antonio Vives, „Corporate Social Responsibility: The Role of Law and Markets and the Case of Developing Countries“, *Chicago Kent Law Review*, 83: 1/2008. Неки сматрају да је овај појам сам по себи *contradictio in adjecto*. Вид. Светислав Табороши, „Друштвена одговорност компанија“, *Правни живот* 11/2005, 41.

<sup>3</sup> Jos Hamers, Kid Schwarz, Bas Steins Bisschop, „Corporate Social Responsibility Trends in the Netherlands and Europe“, *Stellenbosh Law Review* 16/2005, 299; Amiram Gill, „Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda“, *Berkeley Journal of International Law* 26/2008, 461 465 и 473 474.

<sup>4</sup> „Друштвена одговорност компанија је свеобухватан појам који узима у обзир и економске, друштвене и аспекте заштите животне средине и у исто време заштићује интересе свих стејкхолдера захтевајући већу транспарентност... То захтева и стални дијалог компаније и стејкхолдера“. Вид. Kristina K. Herrmann, „Corporate Social Responsibility and Sustainable Development: The European Union Initiative as a Case Study“, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 11/2004, 218. Вид. Faith Stelman, „Globalization and Corporate Social Responsibility: Challenges for the Academy, Future Lawyers, and Corporate Law“, *New York Law School Law Review* 53/2008 9, 836 852.

<sup>5</sup> Вид. Douglas M. Branson, „Corporate Governance 'Reform' and the New Corporate Social Responsibility“, *University of Pittsburgh Law Review* 62, 2000 2001, 611 и 635 636.

на ово питање афирмисало је и феномен (друштвени и/или правни) друштвене одговорности компаније. Прва декада новог миленијума тако је постала декада пуне афирмације система друштвене одговорности компанија, које тиме све више попримају мешовиту природу приватноправних и јавноправних субјеката. Суштински, прихватање или неприхватање система друштвене одговорности компанија само је спољна манифестација прихватања или неприхватања филозофије (нео)либералног капитализма, односно њеног напуштања.

Друштвена одговорност компанија има своју развојну нит. Свакако је да је овај систем настао на основама добровољности и развијао се у правцу моралне основе његове имплементације у пословању компаније, да би у свом добром делу који је посебно битан за његово одређење и развој прешао у воде правне обавезности, било кроз директну регулативу или кроз индиректну регулативу која га је фактички учинила таквим. Чак, има, и не сасвим без основа, ставова да *бити друштвено одговоран не значи само испуњавати законске налоге, већ и ићи „преко“ тога,*<sup>6</sup> те корпус необавезног а пожељног у систему друштвене одговорности компаније у свом фактицитету претворити у обавезност: већа улагања у заштиту људских права од законски прописаног нивоа заштите, већа улагања у заштиту животне средине од законске обавезности, већа заштита потрошача од законског минимума заштите, као и већа заштита других носилаца интереса у компанији поред власника (запослени, повериоци, управа, држава, локална заједница). Сматра се, да овакав приступ има и своје директно исходиште у повећању продуктивности, профита и конкурентности компаније.<sup>7</sup> Отуда, систем друштвене одговорности компанија, иако изворно замишљен као систем који треба да обавезује само мултинационалне компаније, проширен је и на мала и средња предузећа.

Теорија друштвене одговорности компанија, ипак, мора дати одговор на питање шта урадити у случају кад постоји *сукоб инте-*

<sup>6</sup> „С обзиром на неефикасност регулације и саморегулације, питање је може ли корпорација ићи изван закона? Чини се да ово питање није нужно с обзиром на минимум регулације да би се обезбедила ефикасност бизниса. Корпорације би требало и добровољно да тако раде... да иду изван закона и то је суштина њихове друштвене одговорности...“. Сматра се да то корпорација може чинити у сваком случају кад би такво улагање (нпр. у заштиту животне средине) водило повећању добити, али ништа не спречава корпорацију да то ради иако такво улагање не води повећању вредности, узимајући у обзир етичке консидације, под условом да је реч о друштвеним користима, а не личним користима менаџера. Вид. А. Vives, 217 221.

<sup>7</sup> „Питања људских права, права запослених и заштите животне средине могу пратити циљеве максимирања профита“ („Triple Bottom Line“ People, Planet and Profit PPP). Вид. John Elkington, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, 1998, 461.

*реса максимирања профита и њене друштвене одговорности?* Аргументи који иду у прилог друштвеној одговорности компаније и у том случају су: економски (на дуги рок то јача идентитет компаније и њену репутацију према заинтересованим странама што се одражава на њен економски резултат), кадровски (друштвена одговорност компаније привлачи квалификованији кадар), правни (друштвена одговорност компаније води немогућности мешања у њене послове и тиме већој самосталности) и етички (компаније имају општу одговорност према друштву у ком функционишу).<sup>8</sup> У сваком случају, ако би се одговорности компаније представиле у облику пирамиде, најширу основу и тиме и моћ имала би економска одговорност, затим правна одговорност компаније, док би након тога дошла морална одговорност и, најзад на врху, као најмање по моћи и посвећености компаније, дошле би добротворне или филантропске одговорности, које тиме одражавају и најмањи део друштвене одговорности компаније (и етичке и добротворне одговорности морају се руководити правилом да се предузимају само ако то повећава профит).<sup>9</sup>

## 2. РАЗВИЈАЊЕ ИДЕЈЕ ПОЛИТИЧКИ АКТИ

За разлику од САД, које у основи не познају универзално прихваћен систем друштвене одговорности корпорација, ЕУ је већ 2001. године лансирала први системски документ о овом феномену (Европска комисија).<sup>10</sup> Европска комисија донела је тзв. Зелену књигу, која је феномен друштвене одговорности компанија дефинисала као „концепт према којем компаније на *добровољној основи* интегришу бригу о друштвеним и еколошким питањима у своје пословне активности и односе са заинтересованим странама“. Ова дефиниција, ако се занемари природа добровољности, постала је за документе који ће касније уследити у неку руку референтна за дефинисања система тзв. друштвене одговорности компанија. Следеће, 2002. године Европска комисија објављује Саопштење 347, као саставни део Зелене књиге, које третира улогу компанија у постизању одрживог развоја.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Вид. Marina Nehme, Claudia Koon Ghee Wee, „Tracing the Historical Development of Corporate Social Responsibility and Corporate Social Reporting“, *James Cook U. L. Rev.* 15/2008, 134-135.

<sup>9</sup> На пример, ако компанија даје донације за директорову жену, то представља сукоб интереса и нема економски ефекат, те је као такво недозвољено. Вид. M. Nehme, C. K. Ghee Wee, 141.

<sup>10</sup> COM (2001), 366 final, *GREEN PAPER: Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility (CSR)*.

<sup>11</sup> COM (2002) 347 final: *Communication from the Commission concerning CSR: A business contribution to sustainable development*.



Ново Саопштење 136 Европске комисије објављено је 2006. године, које разматра питање партнерства влада и послодаваца у процесу остваривања економског раста и запослености, што је и једно од примарних питања система друштвене одговорности компанија.<sup>12</sup> Истовремено, ЕУ развија и институционалну инфраструктуру за подршку развоју европског система друштвене одговорности компанија.<sup>13</sup>

Европска унија 2010. године доноси ЕУ Стратегију – *Европа 2020*<sup>14</sup> која дефинише правце мера и очекивања за бољи живот Европљана без угрожавања планете и своје будућности (систем тзв. *одрживог развоја*). Ова стратегија одговор је Европске комисије на помало пољуљано поверење јавног мњења у пословни сектор – друштвено одговорно пословање компанија остаје континуирани циљ, а тиме и фокусирање на друштвене и етичке перформансе компаније. Већ следеће, 2011. године Европска комисија с циљем интензивирања ових потреба објављује и нову Стратегију (*New Responsible Businesses Package*), са жељом да спречи да економска криза одгурне у други план концепт друштвене одговорности компаније.<sup>15</sup> Овом новом Стратегијом поједностављена је и дефиниција друштвене одговорности компаније која се одређује као „одговорност компанија за своје утицаје на друштво“, чиме се и практично и формално мења сама суштина овог система, који се од концепта добровољне примене помера на одговорност компаније према свим носиоцима интереса.<sup>16</sup> С тим циљем најављена је модернизација Директиве ЕУ о транспарентности пословања компанија (2004/109/ЕС) и Директива о књиговодству (78/660/ЕС и 83/349/ЕС). Саставни део ове нове стратегије су и Саопштења 681 и 682.<sup>17</sup> Овим Саопштењима наглашава се да је друштвено одговорно пословање компаније у интересу свих носилаца кључних интереса, те да је компанија и економски мо-

<sup>12</sup> COM (2006) 136 final: *Communication from the Commission concerning CSR: Implementing the Partnership for Growth and Jobs: Making Europe a pole of excellence on CSR.*

<sup>13</sup> Вид. Ивана Родић, „Стратегија Европске уније за друштвено одговорно пословање“, *Право и привреда* 7 9/2012, 619.

<sup>14</sup> Europe 2020 (2010): *A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth.*

<sup>15</sup> COM (2011) 681 final: *A Renewed EU Strategy 2011 14 for Corporate social Responsibility*, 6.

<sup>16</sup> У стратегији се наглашава да је потребно, да би компаније постале сасвим друштвено одговорне, да се питања социјалних, еколошких, етичких питања, као и питања људских права „интегришу у пословне активности и стратегију у тесној сарадњи са својим стејкхолдерима“. Овакво одређење система друштвене одговорности компанија у потпуности коинцидира и са међународним одређењем ових принципа у *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, *ISO 26000 (CSR Guidance)* и *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*.

<sup>17</sup> COM (2011) 682/2: *Social Business Initiative – Creating a Favourable Climate for Social Enterprises, Key Stakeholders in the Social Economy and Innovation.*

тивисана за овакав прилаз. Наглашава се потреба да такво понашање компаније мора бити видљиво кроз инвестициону политику, заштиту животне средине и јавне набавке, као и кроз целовити корпус заштите људских права, а што све мора бити видљиво кроз систем обавезних јавних информација јавних компанија, чиме се јача поверење грађана и инвестиционе јавности у дату компанију.

Инсистира се такође и на подстицајима компанија за друштвено одговорно пословање, чиме би порастао интерес за таквим понашањем и у зони добровољне примене ових правила (порески подстицаји, подстицаји код јавних набавки, установљење посебних награда и признања за компаније с престижним друштвено одговорним понашањем и стављање етикете на њихове производе како би били препознатљивији код потрошача, јавно признавање компанијама статуса компаније са друштвено одговорним понашањем и слично).<sup>18</sup>

На међународном плану значајни извори права, којима се креира и политика и правни стандарди друштвене одговорности компанија, су свакако ОЕЦД Водич за мултинационална предузећа,<sup>19</sup> (као и бројни други водичи невладиних организација о друштвеној одговорности компанија), *RIO Declaration on Environment and Development*,<sup>20</sup> *UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*<sup>21</sup> (који за разлику од других међународних докумената о друштвеној одговорности компанија, наглашавају да мултинационална предузећа „имају обавезу да унапређују, осигуравају унапређење и поштују и штите људска права призната као међународна и национална права“), конвенције Међународне организације рада о принципима рада и заштити на раду, као и бројна компанијска правила понашања.<sup>22</sup>

Концепт друштвено одговорног пословања компанија нема неку нарочиту традицију у Србији. Ипак, са формалним корацима приближавања ЕУ, као и са поступним уласком мултинационалних компанија на српско тржиште, идеја друштвено одговорног пословања компанија добија све више на значају. Од значајнијих идеја које су добиле и институционално утемељење треба поменути Форум пословних лидера Србије (*BLF Serbia*, 2007), Глобални договор Србија (*UN Global Compact Serbia*, 2007) и реализација пројекта у оквиру

<sup>18</sup> Више: И. Родић, 623 625.

<sup>19</sup> *OECD Guidelines for MNE*, 19, OECD Doc. /GD (97) 40 (2000), <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922.428.pdf>, 17.

<sup>20</sup> UN Conference on Environment and Development, Annex I, Agenda Item 21, at 8 11, UN Doc. A/Conf. 151/26 (Vol I) (Aug. 12, 1992).

<sup>21</sup> UN ESCOR, 55 th Session, Agenda Item UN. Doc. E/CN.4/Sub. 2/2003/38/Rev. 2 (2003).

<sup>22</sup> Више: Ilias Bantekas, „Corporate Social Responsibility in International Law“, *Boston University International Law Journal* 22/2004, 317 326.

Привредне коморе Србије „Успостављање друштвене одговорности у југоисточној Европи“, у којем је учествовало око 400 компанија. Ипак, највећи подстрек концепту друштвено одговорног пословања компанија у Србији даје Стратегија развоја и промоције друштвено одговорног пословања у Србији за период од 2010. до 2015. године, усвојена од Владе Републике Србије (2010).<sup>23</sup> Ова стратегија је ослоњена на модел ЕУ и одликују је три „стуба“: 1) поштовање законских обавеза, 2) умањење и елиминисање негативних ефеката пословања и управљања ризиком и 3) увећање позитивних ефеката пословања на целокупно друштво. За спровођење ове стратегије Влада Србије донела је и Акциони план за период од 2011. до 2013. године, којим су утврђене мере и активности за њено спровођење. Коначно, важан документ на плану политике система друштвено одговорног пословања компаније је и *Национална стратегија одрживог развоја* Републике Србије за период од 2009. до 2017. године (мај 2008. године), којом се промовише принцип развоја привреде на знању, принципу друштвено (социјално) економског развоја и принципу заштите животне средине.<sup>24</sup>

На међународном плану посебно је важно истаћи усвајање посебног стандарда у вези са друштвено одговорним пословањем компанија – *ISO 26000*, од стране Међународне организације за стандардизацију, који практично представља својеврсно упутство за примену система друштвено одговорног пословања компанија.<sup>25</sup> Овлашћена институција Републике Србије – Институт за стандардизацију је овај стандард прогласио за *SRPS – ISO 26000*, чиме је постао доступан и за наше компаније.<sup>26</sup>

### 3. ТЕОРИЈЕ ПРАВНЕ ПРИРОДЕ КОМПАНИЈЕ И ЊЕНА ДРУШТВЕНА ОДГОВОРНОСТ<sup>27</sup>

#### 3.1. Теорија уговора или интереса власника: „Shareholder“ теорија

Тезе о искључивом или примарном интересу акционара, које свој основ покушавају да траже и у позитивној компанијској регулативи, у основи полазе од погрешне премисе да је за тражење одговора на питање да ли акционарско друштво припада искључиво

<sup>23</sup> Вид. <http://www.srbija.gov.rs>.

<sup>24</sup> *Службени гласник РС*, бр. 57/08.

<sup>25</sup> *ISO 26000, Guidance on Social Responsibility*. Вид. [www.iso.org](http://www.iso.org).

<sup>26</sup> *Службени гласник РС*, бр. 30/11.

<sup>27</sup> Вид. Olufemi Amao, „Corporate Social Responsibility, Social Contract Corporate Personhood and Human Rights Law: Understanding the Emerging Responsibilities of Modern Corporations“, *Australian Journal of Legal Philosophy* 33/2008, 102 131.

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 друштава, као и питања права и дужности њихових власника и тиме позиције капитала. Није логично да се овим питањима бави регулатива која третира радноправна питања, 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 или локалне заједнице. Ако ово није логично, 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 други интерес.<sup>28</sup> Одређење правне природе компаније природом њеног оснивачког акта у основи негира постојање концепта друштвене одговорности компаније, не само као правне обавезе, већ, и као својеврсне политике или пак и као моралне обавезе. Ако је компанија својеврсни уговор власника, без обзира на чињеницу да је реч о посебној врсти уговора са статусним обележјима, као јединој врсти уговора са таквим дејством, онда она има само уговорне обавезе да максимализује интересе власника („бизнис бизниса је бизнис“, „једини носилац интереса је акционар“ – чувене су максиме М. Фридмана), без обзира да ли они директно или индиректно (преко изабране управе) њоме

<sup>28</sup> 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 на њихов животни стандард. Доу (*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. Дискреционо овлашћење директора односи се на избор начина и праваца остварења тог циља, као што је нераспоредивање профита за дивиденде акционара и усмеравање за остварење тог циља“. Вид. Горан Коевски, *Компаративно корпоративно управљање*, Скопје 2005, 44-51.

управљају. Овим се признаје постојање само једног интереса на ком почива компанија/корпорација – интерес акционара као власника – „shareholder“ теорија.<sup>29</sup>

Правни систем 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 и у вези с тим концепта друштвене одговорности компаније.

### 3.2. Теорија правног субјективитета или интереса компаније: „Stakeholder“ теорија

Корпоративни скандали крајем двадесетог века и почетком овог века, посебно случај *ENRON* наметнули су ново гледање на питање друштвене одговорности компанија, посебно према запосленима, потрошачима и широј заједници (реторика заснована на појму заинтересованих страна). Ово без обзира што нема јединственог гледања како дефинисати друштвену одговорност компанија и које групе интереса треба да буду укључене у значење заинтересованих страна. Ужа дефиниција укључује само запослене и повериоце, а шира све могуће друге интересе осим власничких.<sup>30</sup>

Компанијска регулатива садржи два важна решења о „интересима компаније“: прво, управа друштва је дужна да ради у „најбољем интересу друштва“ (фидуцијарна дужност управе); друго, контролни акционар (односно акционар са значајним капитал учешћем) има такође исту фидуцијарну дужност када делује „унутар корпоративног субјективитета“ (директно „радом“ у скупштини друштва или индиректно преко управе друштва).<sup>31</sup> Кодекси корпоративног управљања говоре о „кључним носиоцима интереса за пословање друштва“, као и о „интересу самог друштва“.<sup>32</sup> Компанијска регула-

<sup>29</sup> Вид. Г. Коевски, „Социјална одговорност великих акционарских друштава“, *Правни живот* 11/2005, 65 66.

<sup>30</sup> Вид. Lisa M. Fairfax, „Easier Said than Done? A Corporate Law Theory for Actualizing Social Responsibility Rhetoric“, *Florida Law Review* 59/2007, 779 785. Фридманово одбијање друштвене одговорности корпорација и став да је једини њихов циљ профит данас је анахроно у контексту забринутости због климатских промена, нездраве хране и хазардних услова рада. Вид. М. Nehme, С. К. Ghee Wee, 168. И Самит Г 8 светских лидера (2007) у Декларацији тражи од лидера њихових земаља да „унапређују и јачају корпоративну и друге форме друштвене одговорности као једну од четири приоритетне акције, путем међународно договорених правила друштвене одговорности корпорација и стандарда рада“. Вид. G 8 Summit, „Growth and Responsibility in the World Economy“, *G 8 Summit Declaration* 2007.

<sup>31</sup> Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/04, чл. 31 35. Слични и Закон о привредним друштвима ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, чл. 61 63.

<sup>32</sup> Српски кодекс корпоративног управљања СККУ, *Службени гласник РС*, бр. 99/12, принципи 31 33: „добра пракса корпоративног управљања захтева

тива на овај начин отвара врата за специјализовану регулативу, чији је *saedes materiae* идентификација и заштита других конститутивних интереса „припадности“ компаније. 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 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 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 (фидуцијарна дужност лојалности друштву).

Акционарско друштво је само на први поглед идиличан правни субјект са једним интересом, интересом власника, једног или више њих. Наиме, као 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 *contradictio in adjecto*. Ипак, реалност је да је компанија и изнутра „пуна сукоба и супротности“,<sup>33</sup> а тим пре према споља: окружењу, привредном и друштвеном.<sup>34</sup> Реалност је, да-

друштвено одговорно пословање друштва, успостављање специфичних и обавезујућих принципа који се односе на заштиту животне средине и етичко понашање, као и објављивање релевантних информација које се односе на друштвено одговорне активности које друштво спроводи“ (принцип 33), односно „друштво треба да води рачуна о специфичностима и развоју односа са различитим носиоцима интереса за његово пословање, имајући при том у виду сопствене потребе и карактеристике пословања, као и посебне интересе и потребе сваке групе носилаца интереса посебно“ (принцип 32).

<sup>33</sup> С. Табороши, 42.

<sup>34</sup> Концепт друштвене одговорности компанија ушао је у групу европских приоритета тек 1993. године, када је тадашњи председник Комисије ЕУ Жак Делор (*Jacques Delors*) јавно упутио захтев европској пословној заједници да „помог

кле, вишеслојност интереса 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, дају исту позицију конститутивног интереса.<sup>35</sup>

Неки аутори стављају под сумњу, поред посебног интереса потрошача и посебне интересе самог акционарског друштва и интерес друштва у социолошком смислу речи, тако да говоре о следећих пет интереса: 1) интерес акционара, 2) интерес поверилаца, 3) интерес запослених, 4) интерес директора (управе) и 5) интерес менаџера.<sup>36</sup> Сви ови интереси често су контрадикторни и увек динамични, што акционарско друштво чини конфликтним и нимало идиличним субјектом.<sup>37</sup> Сви ови интереси имају значајну улогу при доношењу одлука у акционарском друштву, као и у пословима које предузима друштво.<sup>38</sup> Због постојања ових различитих интереса, законодавац

не напорима јавне власти у борби против незапослености и у другим областима социјалне политике“. Вид. С. Табороши, 45.

<sup>35</sup> „Корпорација је приватна институција води рачуна о интересима својих чланова али и јавна институција која води рачуна о свом доприносу заједници као целини“. Вид. Angus Corbett, „Corporate Social Responsibility Do We Have Good Cause to be Sceptical About it?“, *Griffith Law Review* 17: 1/2008, 418 419.

<sup>36</sup> Вид. Brian Cheffins, *Company Law Theory, Structure and Operation*, Oxford 2004, 47 125; J. Hamers, K. Schwarz, B. Steins Bisschop, 300.

<sup>37</sup> „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. Та бороши, 45.

<sup>38</sup> Корпорацијски закон Пенсилваније (1983) је први у САД који је прописао да одбор директора треба да, разматрајући најбоље интересе корпорације, разматра и дејство било које одлуке или радње на запослене, снабдеваче, потрошаче, локалне заједнице. Неки извори наводе да је и у САД у истој декади чак 29 држава усвојило сличну одредбу, а да и држава која није усвојила такву одредбу Делавер, кроз судске одлуке даје директорима овлашћење да воде рачуна о дејству на друге носиоце конститутивних интереса корпорације који нису акционари. Вид. С. А. Harwell Wells, „The Cycles of Corporate Social Responsibility, An Historical Retrospective for the Twenty first Century“, *Kansas Law Review* 51/2002 2003, 127.

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“. Вид. D. Branson, *Corporate Governance*, Washington DC 1993, 383; Dennis Block, Nancy Barton, Stephen Radin, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, I, II, Aspen Law and Business, 1998<sup>5</sup>, 631 808; Robert 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, запосле

има посебну улогу да компанијским и другим законима ове интересе максимално хармонизује и усклади.<sup>39</sup> 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.

#### 4. КОМПАНИЈСКА РЕГУЛАТИВА ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Уочљив је различит приступ земаља чланица ЕУ кад је реч о законској регулативи концепта друштвене одговорности компанија. У сваком случају универзални је тренд регулативе у ЕУ да се правила друштвене одговорности компанија посебно наглашавају у области обавезног корпорацијског извештавања и дужности директора.

На пример, у Француској не постоји специфичан регулативни оквир за примену система друштвене одговорности компаније, већ се он углавном реализује кроз добровољне активности. Француски парламент, ипак, 2001. године усваја Закон о новој економској регулативи (*Nouvelles réglementations économiques – NRE*) с циљем да се у пословање компанија уведе и „етички“ аспект. Тада је уведена обавеза да компаније, чије се акције котирају на берзи, „у свом годишњем извештају наводе и податке о томе на који начин узимају у обзир последице које њихово пословање има на друштво и животну средину“ (члан 116 *NRE*). Уредбом Државног савета била је утврђена листа тема које извештај треба да обухвати, али није била прописана форма нити обим таквог извештавања. Такође, нису биле предвиђене санкције за компаније које ову одредбу не буду спроводиле. Зато се у пракси често догађало да службе за комуникацију или маркетинг објављују о својој компанији фотографије или прилоге који нису ни изблиза представљали реалну слику концепта друштвене одговорности који се примењује у конкретној компанији. У јулу

них, 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 (*Directive 2004/25, OJ L 142/04*), члан 3 (1) (c).

И у Канади регулаторни оквир иде много даље у промовисању неакционарских интереса, него што је то случај у САД, где и даље и поред појединачних супротних примера доминира став о искључивости акционарског интереса (уговорна теорија корпорације). Вид. Ruth O. Kuras, „Corporate Social Responsibility: A Canada US Comparative Analysis“, *Manitoba Law Journal* 28: 2000 2002, 313 319.

<sup>39</sup> Rilka Dragneva, William 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.



2010. године ова регулатива је измењена и учињена прецизнијом у члану 225–102–1 Трговачког законика по којем су компаније дужне да, осим информација о директним последицама свог пословања на друштво и животну средину, извештавају и о ангажовању на плану одрживог развоја, борбе против дискриминације и промоције различитости. Сада је проширена листа компанија на које се ова обавеза односи и утврђена шира листа индикатора (42) и информација које су компаније дужне да објављују, с циљем да извештаји буду транспарентни и поуздани, чему треба да допринесе и сертификација тих извештаја од стране „трећих независних лица“ којом се утврђује да ли су обрађене све теме које су прописане законским или регулативним одредбама. Примена прописаних метода калкулација и евалуације при изради извештаја треба да обезбеди њихову реалну упоредивост. Структура извештаја је подељена у три категорије: 1) информације о социјалним питањима, 2) информације о животној средини и 3) информације о ангажовању с циљем остваривања одрживог развоја. Овом обавезом су обухваћене и филијале страних компанија које послују у Француској, као и све компаније које су котиране на берзи, без обзира на обим промета. Компаније које нису котиране, али запошљавају више од 500 радника и остварују промет већи од 100 милиона евра такође су обавезне да објављују прописане информације за фискалну 2013. годину, а верификација извештаја од стране „трећих лица“ биће обавезна почев од фискалне 2016. године. На захтев заинтересованих лица, ако то већ није учинила, компанија је дужна да презентује извештај о својим активностима или да га допуни ако приликом његове израде нису узети у обзир сви прописани индикатори. Уредба о модалитетима примене овог члана објављена је 26. априла 2012. године. Почев од 31. јануара 2013. године француска влада ће сваке треће године подносити извештај парламенту о резултатима примене ових одредби, као и активностима које предузима ради успешније примене концепта друштвене одговорности у Француској, у Европи и на међународном плану. Овом регулативом је снажно подржана и примена међународних стандарда и иницијатива које треба да подстакну бржу и ефикаснију примену овог концепта.<sup>40</sup>

Велика Британија се убраја у земље које имају релативно развијено законодавство по питању концепта друштвене одговорности компанија. Иако је по многима британско законодавство „пријатељски настројено према акционарима“, нове одредбе у *Закону о компанијама (Company Act, у даљем тексту СА)* из 2006. године указују на решеност владе Велике Британије да концепт друштвене одговорности добије значајније место у привредним и друштвеним

<sup>40</sup> Пре свега су наведени: *UN Global Compact, ISO 26000, OECD* принципи, *GRI* и *EFFAS (European Federation of Financial Analysts Societies)*.

токовима земље. Ова решеност се, *inter alia*, огледа и у чињеници да су одредбе које се односе на ову тему стипулисане управо у *Company Act*-у који представља примарни извор компанијског права Велике Британије. Као куриозитет вреди навести да су његови поједини чланови постепено примењивани почев од јануара 2007. године, да би тек 1. октобра 2009. године сви ступили на снагу. Дошло се до закључка да је компанијама потребно извесно време да се припреме да послују по новим правилима, као и да је потребно више времена за израду и доношење великог броја подзаконских аката.

Новом кодификацијом су прецизиране основне дужности директора компанија, па су тако замењена до тада важећа *common law* правила произашла из судске праксе по овом питању. Влада није имала преваходну намеру да мења „стара“ правила, иако их је значајно допунила, већ да подстакне компаније да свеобухватно и дугорочно прихвате концепт друштвене одговорности. На пример, у члану 178 (1) *CA* стоји, да ће у случају да директор прекрши чланове 171–177 сносити исте последице које би сносио у случају примене *common law* правила.

Дужност директора „да унапређује успех компаније“ прописана је чланом 172 *CA* и то у корист свих њених чланова, с тим да при томе, *inter alia*, узима у обзир и следеће факторе: вероватне дугорочне последице пословања, интересе запослених, односе са купцима, добављачима и другима, утицај пословања компаније на друштво и животну средину, подизање репутације компаније на високи стандард пословног управљања и потребу да делује непристрасно међу члановима компаније.

Јасно је наведено да ова листа фактора није коначна и да може бити проширена. Одредба да је примарна дужност директора да ради за „успех“ компаније била је предмет озбиљних неслагања у току парламентарне расправе. Наиме, многе групе су заузеле критички став према овом моделу просвећене вредности акционара (*enlightened shareholder value – ESV*) којим се евидентно даје предност акционарима. Овом формулацијом је истовремено замењена и раније формулисана дужност директора да раде *bona fide* „у најбољем интересу компаније“.

Свесна тешкоћа око разумевања и практичног поступања у складу са новоуведеним дужностима директора, Влада Велике Британије је усвојила Упутство за примену члан 172.<sup>41</sup>

Корпоративне теорије још нису дефинисале став о овом моделу, али за сада преовладава оцена да је то заправо својеврсни компромис између два модела заснована на *интересима акционара* и *интересима кључних група за пословање компанија*. У одредбама

<sup>41</sup> Више: [www.berr.gov.uk/files/file40139.pdf](http://www.berr.gov.uk/files/file40139.pdf).

члана 172 *СА* је препознатљива тежња ка вишем стандарду друштвене одговорности компанија које су сада дужне да на прописан начин информишу како реализују своје обавезе према стејкхолдерима.

Члан 417 *СА* прописује нову обавезу свим компанијама, осим оних које потпадају под режим малих компанија, да уз Извештај директора прилажу и *Преглед пословања (Business Review)*. Овај документ треба да пружи додатне информације акционарима и да им „помогне да процене на који начин директор врши своје дужности прописане чланом 172 *СА*“ – да промовише успех компаније. Такође је прописано да Преглед мора, поред осталог, да обухвати: главне трендове и факторе који ће вероватно имати утицаја на будући развој, перформансе и пословну позицију компаније; информације о: питањима животне средине, укључив и утицај пословања компаније на животну средину, запосленима у компанији, и социјалним и друштвеним питањима, укључив и информације о политици компаније по тим питањима и њеној ефикасности; и информације о лицима са којима компанија има уговорне или друге аранжмане који су битни за пословање компаније. Уколико у Прегледу нису садржане све наведене информације, мора се навести које од њих недостају.

Активима Владе Словеније регулисано је извештавање компанија о активностима у области њихове друштвене одговорности.<sup>42</sup> У том смислу су унете извесне одредбе у *Закону о компанијама* по угледу на ЕУ Директиву 2003/51/ЕС. Тако је члан 60 *СА* предвиђено да годишњи извештај компаније треба да садржи и *Преглед пословања* израђен у сагласности са чланом 70.<sup>43</sup>

Веома обимним чланом 70 *СА* прописан је садржај овог Прегледа. У тачки 1 овог члана наводи се да је потребно, осим финансијске позиције, унети опис значајних ризика и неизвесности којима је компанија изложена. Следи тачка 2, у којој је веома уопштено наведено да, поред више поменутих индикатора и фактора, треба укључити и информације које се односе на заштиту животне средине и запослених. Није понуђено никакво упутство како би требало да се извештава о питањима друштвене одговорности у извештајима компанија.

У Чешкој Републици нема законских одредби или упутстава за извештавање о друштвено одговорном пословању компанија, већ је одлука по тим питањима, препуштена дискреционој вољи самих компанија. Поједине компаније на добровољној бази извештавају о неким својим активностима, најчешће о питањима која се тичу животне средине и запослених, али такве информације по правилу имају маркетиншки карактер.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Више: Јуре Зрилић, <http://ssrn.com/abstract/1774757>.

<sup>43</sup> Чланови 60 и 70 у Анексу број XX. Доступно на: [http://www.mg.gov.si/fileadmin/mg.gov.si/pageuploads/predpisi/ZGD\\_1\\_nprevod\\_AN.pdf](http://www.mg.gov.si/fileadmin/mg.gov.si/pageuploads/predpisi/ZGD_1_nprevod_AN.pdf).

<sup>44</sup> Више: <http://www.europeanlawyer.co.uk/referencebooks/836.html>.

Упркос интензивном ангажовању на међународном плану у промоцији бројних иницијатива, Швајцарска нема унифицирану регулативу по питању концепта друштвене одговорности компанија. Тако Законик о облигацијама (*Code des Obligations* или *CO*) не прописује обавезу директора да води рачуна о последицама пословања компаније на интересе заинтересованих страна, док у неким земљама влада уверење да постоји директна међузависност ефеката које компанија својим пословањем рефлектује на друштво и животну средину са њеним финансијским резултатима (нпр. члан 172 *CA* у Великој Британији). У пракси, директор може да узима у обзир те ефекте уколико таква одлука није против интереса компаније или интереса које је дужан да штити сагласно свом мандату. Чланом 754 *CO* прописано је да је директор дужан да поступа у интересу компаније у првом реду, а затим у интересу акционара и поверилаца, а члан 717 га обавезује да акционаре једнако третира.

Кад је реч о позицији закона Србије, треба рећи да компанијска регулатива прати развој регулативе у релевантним европским земљама на плану одговорности лица која имају „посебне дужности према друштву“, у које свакако спадају и чланови органа друштва (директори и други). Прописана је, између осталог, и њихова обавеза да „у том својству извршавају своје послове савесно...и да делују у најбољем интересу друштва“.<sup>45</sup> Кад је, пак, реч о осталој регулативи, која регулише обавезу подношења извештаја о тзв. нефинансијским питањима (где свакако спадају и извештаји о етичким, социјалним и еколошким аспектима понашања компаније), ситуација је сасвим другачија – таква обавеза засада није прописана и тиме је остала формалноправно у водама добровољности.

## 5. ДРУШТВЕНА ОДГОВОРНОСТ КОМПАНИЈЕ ОД ПОЛИТИКЕ ДО МОРАЛА

Суштина концепта друштвено одговорног пословања компанија базира се у својој бити на три стуба: *бити профитабилан, етичан и друштвено одговоран*. Остаје, међутим, потреба тражења одговора на питање зашто треба бити друштвено одговоран: да ли за то говоре разлози етике и да ли су они довољни, односно да ли за то говоре разлози маркетинга и да ли су они довољни? Иако за концепт друштвене одговорности говоре и разлози етике и разлози маркетинга, али не *per se*, већ због тога што оба имају свој економски израз у повећању профита,<sup>46</sup> чини се да и као такви они нису довољ-

<sup>45</sup> ЗОПД, чл. 63, ст. 1.

<sup>46</sup> Ипак, „нема основа за тврдњу како постоји до краја изведен и емпиријским показатељима доказан став да друштвено одговорно понашање компанија неминов

ни.<sup>47</sup> Реч је о стварном услову без кога нема одрживог развоја компанија на дуги рок, као ни развоја и стабилности друштва у целини.<sup>48</sup>

Европски концепт друштвено одговорног пословања компанија, као политику, одликује неколико важних принципа: 1) самостално одлучивање компанија о прихватању или неприхватању система друштвено одговорног пословања, 2) активна улога државе у промовисању система друштвене одговорности компанија који има позитивне економске ефекте, 3) имплементација кључних начела система друштвене одговорности компанија утврђених у прихваћеним међународним документима, и 4) примена начела супсидијарности – у развоју система друштвене одговорности компанија имају одређене улоге и државе чланице, и компаније, и органи европских интеграција.

Европска комисија сматра да је за систем друштвене одговорности компаније посебно важно:<sup>49</sup> (1) афирмација сазнања о позитивном утицају друштвено одговорног пословања на компаније и друштво у целини, како у ЕУ, тако и у свету, посебно у земљама у развоју, (2) омогућавање размене искустава и добре праксе између компанија, (3) промовисање развоја менаџерских вештина, (4) јачање примене друштвено одговорног пословања међу малим и средњим компанијама, (5) промовисање метода и праксе конвергенције и транспарентности друштвено одговорног пословања, (6) покретање вишестраног форума на нивоу ЕУ и (7) интегрисање принципа друштвено одговорног пословања у политички контекст ЕУ.<sup>50</sup>

На институционалном плану, у смислу вођења политике, значајно је напоменути да је Велика Британија прва земља у оквиру Европске уније која је увела функцију министра за друштвено одговорно пословање. Данска влада је развила друштвени индекс за мерење степена посвећености компаније друштвеној одговорности. Европски парламент се залаже за установљење европских механизма

---

но води повећању њиховог профита“. Тако: Владимир Савковић, „Друштвена одговорност компанија од моралне до правне обавезе“, *Правни живот* 12/2009, 430.

<sup>47</sup> Вид. Veronica Besmer, „The Legal Character of Private Codes of Conduct: More than Just a Pseudo Formal Gloss on Corporate Social Responsibility“, *Hastings Business Law Journal* 2/2006, 290 292.

<sup>48</sup> „Ако одрживи развој треба да се достигне, онда друштвена одговорност мора бити прихваћена од стране компанија. На дуги рок компаније могу имати користи од друштвене одговорности јер она игра директну улогу у обезбеђивању одрживог развоја“. Вид. К. К. Herrmann, 210. „Појам одрживи развој шири је од појма друштвене одговорности корпорација“. Вид. А. Vives, 201.

<sup>49</sup> COM (2002) 347 final, 8.

<sup>50</sup> Угледни часопис *Fortune* редовно објављује ранг листу највећих светских компанија према критеријумима друштвено одговорног пословања у пракси.

извршења правила друштвене одговорности компанија и препоручује Комисији ЕУ да размотри предности законски обавезујућих стандарда над добровољним принципима примене.<sup>51</sup>

Кад је о овом аспекту реч, Србија на формалном плану не заостаје. Влада Србије донела је Акциони план за период од 2011. до 2013. године, којом је утврдила мере и активности за спровођење донете Стратегије развоја и промоције друштвеног одговорног пословања у Србији, којим се предвиђа да надлежна министарства установе заједничко тело за ове активности, на челу са Министарством рада и социјалне политике (уз одговарајућу улогу и Министарства финансија и економије, привредних комора и других министарстава). Одговарајући допринос овом циљу очекује се и од Националне стратегије одрживог развоја Републике Србије за период 2009–2017. година.<sup>52</sup>

Систем друштвене одговорности компанија у ЕУ данас је интегрисан у следеће политике: заштите животне средине и одрживог развоја (на пример, унапређење стандарда емисије штетних гасова у коришћењу аутомобила прописивањем обавезности еколошки прихватљивог горива), заштите права рада (елиминисање свих форми принудног рада, укидање рада деце, подстицање образовања за рад, елиминисање дискриминације при запошљавању, поштовање прописа заштите здравља и сигурности), заштите потрошача, друштвених питања и запошљавања, јавних набавки, политику људских права (где је посебно отворено питање да ли зависно друштво основано у другој земљи треба да поштује стандарде ових права који постоје у држави свог седишта или такве стандарде државе контролног друштва као оснивача) и спољних односа и политику компанија према унутрашњим и спољним носиоцима интереса.<sup>53</sup>

Релевантни законски оквир, како на националном тако и на ширем плану, као и релевантни инфраструктурни оквир, углавном је успостављен. Ипак, остаје чињеница да имплементација ових политика, посебно у сегментима у којима она није преточена у формалну законску обавезност, у доброј мери заостаје за наведеним политичким прокламацијама. То је у доброј мери узроковано економском и финансијском кризом, недовољним тржишним и социјалним притисцима, оскудицом савремених менаџерских кадрова, недостатком потребне нове друштвене културе у овом смислу, као и лутањем у одређењу правца друштвеног развоја у времену слома либерализма и „турбо“ капитализма и потребе дефинисања одредница мо-

<sup>51</sup> Вид. Pall A. Davidsson, „Legal Enforcement of Corporate Social Responsibility within the EU“, *Columbia Law Journal of European Law* 8/2002, 541–542.

<sup>52</sup> *Службени гласник РС*, бр. 57/08.

<sup>53</sup> Више: I. Bantekas, 327–335.

ралног капитализма и социјалне тржишне привреде и, свакако, недостатком ефикасног механизма правних и друштвених санкција и одговарајућег система надзора.

## 6. ДРУШТВЕНА ОДГОВОРНОСТ КОМПАНИЈЕ МОРАЛНА И/ИЛИ ПРАВНА

У контексту разматрања ових интереса, поставља се питање и самог појма друштвене одговорности компанија: да ли се, наиме, може рећи да је друштвено одговорна компанија она 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 легитиман национални правни поредак, 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.“<sup>54</sup> 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“.<sup>55</sup> Овакав закључак проистиче из чињенице да „друштвена одговорност компаније нигде није прописана као правна обавеза“,<sup>56</sup> а у нормативни терен за сада је ушла преко декларација и резолуција, које ипак не стварају правну обавезу. „Уосталом, да би компанија могла да врши друштвени (метаекономски) утицај на средину, она мора да буде економски успешна“.<sup>57</sup> Ако се чак и прихвати концепт „правне необавезности“ правила друштвене одговорности

<sup>54</sup> С. Табороши, 50.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Неки аутори се питају: ако су правила друштвене одговорности компанија „правно необавезујућа“, да ли то истовремено значи да су и „правно ирелевантна“. Вид. J. Hamers, K. Schwarz, B. Steins Bisschop, 304.

<sup>57</sup> „Друштвена одговорност компанија у директној је функцији њене профит не оријентације“, те је тиме „доказиво да је од интереса за компаније да поштују друштвену одговорност“. Вид. J. Hamers, K. Schwarz, B. Steins Bisschop, 299 и 306. „Корпоративна друштвена одговорност може бити од директне економске користи и треба да се третира као инвестиција, а не трошак“. Вид. K. K. Herrmann, 223.

компанија, поставља се питање принудне извршивости тих правила. Неки аутори с правом закључују да и тада та правила могу бити принудно извршива ако се заснивају на општеприхваћеним нормама и вредностима, попут „разумности и поштења“, „савесности и поштења“, „добре вере“, што са своје стране конституише основу за њихову квалификацију као „правно обавезујућих“.<sup>58</sup>

Правна необавезност, односно *добровољност примене* правила друштвено одговорног пословања компанија темељно је начело и тзв. Зелене књиге Европске комисије за ниво ЕУ. Ипак, тржишни и социјални притисци по правилу су исходили да примена ових правила буде фактички обавезна јер би у противном била нарушена репутација компаније.<sup>59</sup> Такође, индиректна законска регулатива (на пример, регулатива која регулише финансијска тржишта, која уводи принцип обавезности јавних компанија да објављују у својим извештајима – финансијским и другим – за инвеститоре еколошке, етичке и социјалне аспекте свог пословања), врши снажан утицај на фактичко претварање принципа добровољности примене правила друштвене одговорности компанија у принцип обавезности примене. На овај начин и без директне формалне правне обавезности систем друштвене одговорности компанија се тржишним и социјалним притисцима на једној страни, као и индиректном законском регулативом чини посредно и обавезујућим за компаније.

Природа правила друштвене одговорности компанија није, отуда, једнозначна. Бројни су аргументи против законски обавезујућих стандарда примене правила друштвене одговорности, као што су и бројни аргументи у корист правно обавезујућих стандарда примене ових правила.<sup>60</sup> У прилог првих говори природа правила друштвене одговорности – ова су правила форма „добре праксе“, циљ који треба досегнути пре него што закони не обавезу да се то примени. Правила друштвене одговорности компанија могу се *поредити са правилима о људским правима* – нека остају као пуке декларације

<sup>58</sup> Више: J. Hamers, K. Schwarz, B. Steins Bisschop, 307 308.

<sup>59</sup> Неки с правом истичу да правила друштвене одговорности компанија имају за сврху корекцију тржишних недостатака и тиме активнију улогу државе у регулацији економије, па и приватне, чиме се превазилази логика економске ортодоксности присталица либералне и неолибералне економије (пример Бопал Индија, који је имао за последицу ненадокнадиво уништење животне средине због слабости прописа о улагању у заштиту у случају опасне делатности), те се на тој основи и критикује принцип њихове добровољности, јер то даје слабе резултате посебно на плану заштите животне средине, права рада и људских права уопште (основни недостатак добровољности је немогућност принудног извршења и непостојање ризика санкција). Вид. Thomas McInerney, „Putting Regulation Before Responsibility: Towards Binding Norms of Corporate Social Responsibility“, *Cornell International Law Journal* 40/2007, 183 184.

<sup>60</sup> Више: P. A. Davidsson, 542 551.



без икаквог правног ефекта, друга су гарантована националним или међународним правилима и извршава су пред националним или међународним судовима. У прилог других, дакле обавезујућих стандарда примене правила друштвене одговорности компанија, говоре разлози ефикасности правила.

У основи, чини се да флексибилност ових правила која се омогућује добровољношћу не треба схватити као аргумент против обавезних законских правила, већ као аргумент против претеране регулације. На овај начин долази се до закључка да добровољност или обавезност примене правила друштвене одговорности компанија нису међусобно супротстављене, већ у великој мери комплементарне.<sup>61</sup> У сваком случају, регулаторни оквир у смислу обавезности ових правила је нужан за успостављање базичних стандарда за све компаније, изван којих могу бити развијани стандарди добровољности који би временом прерасли регулацијом у стандарде законске обавезности. Регулаторни оквир за друштвено одговорно понашање компанија је такође нужан и за контролне механизме и за обезбеђење правних лекова за примену и извршење прописаних стандарда. Дакле, правила друштвене одговорности компанија могу се посматрати само у развоју. С правом се сматра да је извештавање јавности најефикаснији принудни механизам за компаније подвргнуте добровољним кодексима понашања на овом плану, као што је с друге стране право најчешће најефикаснији метод за примену и увођење нових стандарда политике друштвено одговорног пословања компанија.<sup>62</sup>

Ако се, у одређеној мери и правно призна *концепт заинтересованих страна* као систем вишеслојности конститутивних интереса акционарског друштва или, пак, систем једнослојности интереса самог акционарског друштва као правног лица (као својеврсна синтеза других признатих појединачних конститутивних интереса заинтересованих страна), онда тврдња да „друштвена одговорност компанија није призната као правна обавеза“ и да има „само одређену моралну тежину“ ипак не стоји, бар у целости. У овом систему одређеност права према неким релевантним појединачним интересима (интерес поверилаца, интерес управе менаџера) у највећој мери је 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“, односно „успех компаније“ доминантна је одредница компанијске упоредне регулативе). С друге стране, одређеност

<sup>61</sup> Тако и: В. Савковић, 432.

<sup>62</sup> Вид. Р. А. Davidsson, 554 555.

права према другим релевантним појединачним интересима (интерес запослених, 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 *концепт заинтересованих страна* већ само *концепт акционара* (постојање само једног легитимног интереса везаног за интересе акционара у друштву), 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,<sup>63</sup> 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.

## 7. ЗАКЉУЧНИ ПРИЛАЗ

Систем друштвене одговорности компанија није само теоријско-филозофска тема, већ и практичноправна. Он има своја два вида: *унутрашњи* (одговорност према запосленима, акционарима, повериоцима, управи, клијентима) и *спољашњи* (одговорност према друштвеној заједници као целини и локалној заједници у смислу утицаја на друштвене токове: поштовање људских права, заштита животне околине, допринос властитом идентитету и реномеу, као и реномеу друштва чији је субјект). Ипак, и даље је отворено питање оправданости овог система, као идеје и праксе. Ово је посебно случај са спољашњим аспектом овог система, док је његов унутрашњи аспект мање-више већ општеприхваћен и то у доброј мери на обавезној осно-

---

<sup>63</sup> 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.

ви, а у мањем делу на добровољној основи (која логиком тржишног притиска и посредне регулативе све више и сама постаје фактички обавезна). Обрнута је ситуација са спољашњим аспектом система друштвене одговорности компанија, који је у мањем сегменту у зони обавезности, а у већем делу у зони добровољности и тиме принудне неизвршивости (*obligaciones naturales*).

Велики берзански скандали крајем двадесетог века и почетком овог века померили су још више тежиште система друштвене одговорности компанија *из зоне добровољности у зону обавезности*, како у унутрашњем аспекту тако и у спољашњем аспекту овог система, чиме друштвена одговорност компанија која ја прво настала као политичка декларација, а након тога попримала све више моралне изразе и делом и правне, прераста у значајан правни институт базиран све више на законском империјуму, а све мање на моралу (аналогија са развојем института људских права је тиме несумњива). Чак, и у сегменту у коме друштвена одговорност компанија остаје у зони добровољности (препоруке, резолуције, „меко право“), системом разних подстицаја друштвено одговорног пословања компанија, креираним од стране државе или локалне заједнице, фактички се ова зона претвара у зону обавезности, морална основа примене прераста у правну основу, и без формалне правне обавезности. Да ли је овај пут исправан или не, остаје да се види. У сваком случају императивност, формална или фактичка, није пожељна с обзиром на то да гуши потребну флексибилност и иницијативност самих компанија да иду корак даље од закона и подижу тиме ниво обавезних правних стандарда, кад је то у њиховом економском интересу. „Интерес закона“ сам по себи и не мора бити интерес компаније и друштва у целини. Отуда „*фино*“ *преплитање обавезности и добровољности* у развоју и примени стандарда друштвено одговорног пословања компанија је *препоручљивији пут у односу на монополски пут формалне и фактичке обавезности* таквих стандарда.

Dr. Mirko Vasiljević

Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY (from politics, over morality to law)

### *Summary*

Corporate social responsibility is a response of „capitalism with a human face“ to systematic deficiencies of liberal capitalism. Instead of promoting the interest of the company owner as the only legitimate interest at hand, this system promotes the legitimacy of the interest of employees, management, creditors, consumers, state as well as local community. Corporate social responsibility emerged as a political declaration. In time, it continued its development as a moral category. Finally, it was shaped with considerable intake of legal liability and compulsory execution. The author's view on the topic is that the evolution from voluntarism to legal liability did not entail a monopolization of the liability principle, but maintained the standard of voluntarism in all of the segments in which greater flexibility and economic interest were required. Similarly, the „movement“ towards legal liability occurred in those segments in which greater protection of consumers was needed as well as greater guaranties of the execution of prescribed rights. In this way, corporate social responsibility as a system has impact upon the changes in a company's nature, tuning it to become more of a public law institution (due to motives that encompass protection of other private and public interests), while at the same time strengthening the importance of its 'economic' character and loosening its 'political' aspect.

Key words: *Corporate social responsibility. – Legal liability. – Voluntarism. – Social responsibility as policy. – Social responsibility and morality. – Company as a contract. – Company as legal entity.*

Др Драган М. Митровић\*

## ИДЕАЛИСТИЧКИ И РЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА

*Право представља изузетно сложјену појаву. Њега је веома тешко тачно одредити. То нарочито важи за идеалистичке правне теорије које истражују слојеве права иза или изнад уочљиве стварности и уместо корисности предност дају правди и другим вредностима. Због тог важног недостатка треба разликовати идеалистички од идеализованог и идеалног појма права. Невоља је у томе што идеалистички појам права није оперативан, идеализовани појам права није тачан, док је идеални појам права људски недостижан.*

*Може се запитати како је право уопште могуће одредити, а посебно, како га је могуће идеалистички одредити? Одговор на први део питања је теодицијски: право није могуће одредити ни у каквом апсолутном или коначном смислу. Али, право је могуће одредити у релативном и конвенционалном смислу. Када је реч о другом делу питања, о идеалистичком појму права, одговор на то питање може се пронаћи довођењем права у везу са правним вредностима, а нарочито са правдом као вредношћу. Али, и на то питање дат је велики број различитих одговора, уместо јединственог одговора.*

*Право се такође одређује и дефинише реалистички, на конвенционалан и оперативан начин. Невоља је у томе што је и реалистички појам права веома тешко тачно одредити. Ни он није монолитан, већ сложен, изнијансиран и у целости саткан од слојева различитих степена правности. Уз то, конвенционалних реалистичких појмова (и дефиниција) права готово да је безброј, али се користи само неколико њих: они које се сматрају оперативним због могуће корисности.*

*Ако се прихвати да право треба пре да буде корисно него праведно, тада његов реалистички појам може оперативно да се одреди у проширеном и суженом смислу утврђивањем извесних заједничких правних својстава. На основу располагања тим својствима, такође, могу да се одреде и три главна слоја у појму права: потпуно (савршено), непотпуно (несавршено) и недовршено (при видно) право којима се фино подешава уређивање односа различитог значаја и степена сукобљености. Да није тако, Десет божјих заповести било би сасвим довољно за уређивање свих људских односа.*

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [draganm@ius.bg.ac.rs](mailto:draganm@ius.bg.ac.rs).

Када је реч односу идеалистичког и реалистичког појма права, њега је могуће размотрити у духу учења о метаправном, правном и свету физичких појава и правној заповести која у правном свету једина спаја оно што јесте и оно што треба. На трагу те две идеје, могуће је превазићи дуализам идеалистичког и реалистичког појма права и повезати природно са позитивним правом. То је могуће учинити коришћењем једне или неколико природноправних вредности као начела или пресуђујућих мерила за избор општих правних принципа преко којих се природно право улива у позитивно и постаје његов део. Правда је најважније такво начело. Она је у исто време мерило свих других вредности и мерила.

Правда и из ње изведена правичност представљају згодан пример који показује како се природноправне вредности, које су изворно идеалистичке, могу операционализовати у позитивном праву, које је изворно реалистичко. То дозвољава да се закључи како и природно право може да буде корисно, барем у делу у коме се прелива у позитивно право. Ни природно право није настало из доколице, већ из преке потребе да се одржи самопостојање појединаца у друштву и омогући њихово усавршавање. Из доколице су настала идеализована идеалистичка и реалистичка учења о праву. Њихова корисност је пролазна, док су правда и правичност трајне.

Кључне речи: Појам права. Три света права. Природно и позитивно право. Правда, правичност и позитивно право. Реалистички појам права.

## 1. ЈЕЗИЧКА И САДРЖИНСКА ЗНАЧЕЊА ПОЈМА ПРАВА

Право представља изузетно сложену појаву коју је веома тешко тачно одредити. То потврђују термини који се користе за његово означавање: грчки *dike* (у смислу праведности и права уопште) или латински *directum* (у смислу представе о простору: „равно“ или начина деловања: „исправно“) и *ius* (од санскритске речи *yoh*, у смислу права уопште, правичности или правде, силе и власти које проистичу из права, али и у смислу права римских грађана или грађанског права, као *ius civile*). Поред ова два главна, за означавање права у ужем и прецизнијем значењу – позитивног правног извора, користе се изрази *nomos* (у смислу закона, уредбе, одредбе, обичаја) и *lex* (у смислу закона, законског предлога, законске одредбе, прописа, правила), али и *mores* и *consuetudo* (у смислу обичајности права).<sup>1</sup>

Различити називи за право и њихова употреба јасно показују да се иза изведених језичких проблема налази суштински проблем сазнавања, одређивања и дефинисања права. Тај проблем проистиче из вишезначности права као целовите правне појаве која пре свега располаже својом идеалном (надискуственом) и реалном (искустве-

<sup>1</sup> Љубомир Тадић, *Филозофија права*, Београд 1994, 25-30.

ном) страном и значењем. Због тога се, не сасвим исправно, каже како право има три главна значења: *природноправно*, *позитивноправно* и *социолошкоправно*.

Разматрањем ове три велике димензије права, које чине основ правног искуства и институционалног правног знања није обухваћена целокупна област права. Не треба због тога да чуди што су на то питање које одувек заокупља људску радозналост: на питање шта је право, давани најразличитији одговори, што су формирано различити правци и школе са готово безброј изнијансираних гледишта и дефиниција права. Ипак, та шароликост, која плени, није пружила јединствен нити коначан одговор на питање шта је право. Изгледа да је човеку својствено да може да поставља питања на која никада не може коначно да одговори.

## 2. ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА ПРАВА И ВРСТЕ ДЕФИНИЦИЈА ПРАВА

Да на питање шта је право никад не буде коначно одговорено утиче пре свега људска несавршеност, која чини да потпуно сазнање и коначно дефинисање права остану изван људских могућности. Постоји право и постоје тврдње о томе шта је право. Такође, појам права никада се не подударе са својом дефиницијом. Дефиниције су увек сиромашније од појма и појаве. Главни узрок је несавршеност категоријалног апарата и језика који се користе.<sup>2</sup>

Неуспех да се право у целости сазна и потпуно одреди указује на још неколико важних ствари о ограниченим људским могућностима и непоузданим границама за сазнавање, одређивање и дефинисање права.<sup>3</sup> Пре свега, *појам права је релативан, због чега су све дефиниције права релативне*. Због тога се каже да су *појам и дефиниције права увек субјективни*. Они су мисаоно пројектовање оног што сматрамо правом. То пројектовање се сучељава са неизбежним – оно је увек субјективно. Такође, *појам и дефиниције права никада нису сасвим истинити*. Они су само мање-више уверљиви и проверљиви.<sup>4</sup> Због тога, основно истраживачево рукводно начело треба да буде *погодност за рад*, а не коначна истинитост добијених исказа.<sup>5</sup> То је нужно, јер је човек тако „срећно удешен да нема никак-

<sup>2</sup> Лудвиг Витгенштајн, *Филозофска истраживања*, Београд 1980, 39 и даље.

<sup>3</sup> Џозеф Раз, *Етика у јавном домену*, Београд Подгорица 2005, 213 228.

<sup>4</sup> Лудвиг Витгенштајн, *О извесности*, Нови Сад 1988, 16, т. 61.

<sup>5</sup> Вид. Карл Попер, *Трагање без краја. Интелектуална аутобиографија*, Београд 1991, 115 116, 194, 221.

вог тачног мерила истинитости“, али због тога има „више изврских мерила нетачности“.<sup>6</sup>

Немогућност да се појам права до краја истинито одреди и дефинише не укида могућност да се право *исправно* одреди и дефинише. Може се рећи: *појам и дефиниције права су погодни за рад када су исправни и солидни*. Увек када су исправни и солидни, *појам и дефиниције права су корисни*.<sup>7</sup> Најзад, зато што је корисно, *право мора конвенционално да се одреди и дефинише*. Али, ни такви конвенционални појмови и дефиниције права нису стални, јер трају само док су корисни.

Конвенционалне дефиниције права су обично дате у облику дескриптивних, прескриптивних или дескриптивно-прескриптивних исказа о праву.<sup>8</sup> Постоји још једна важна, тзв. „аристотеловска“, „средишња“ или „жаришна“ врста дефиниције *per genus proximum et differentiam specificam*, заснована на коришћењу „родног појма“ и „особене разлике“. Према њој, као родни појам права обично се наводе правила људског понашања, док се за њихову особену или врсну разлику узима могућност примене физичке или неке друге принуде. Неки писци (Паулус, Улпијан итд.) као родни појам права наводе „појам доброг“, док за особену разлику узимају „појам једнаког“.<sup>9</sup> Иако није савршена, изгледа да је ова врста дефиниције најприближнија природи права и, због тога, најпогоднија за његово одређивање.

### 3. ПОЈАМ ПРАВА У ИДЕАЛИСТИЧКИМ И РЕАЛИСТИЧКИМ ПРАВНИМ ТЕОРИЈАМА И УЧЕЊИМА

Развој правне науке омогућио је појаву различитих правних теорија, школа и праваца са њиховим најистакнутијим представницима. Оне могу да се разврстају на идеалистичке и реалистичке теорије и учења о праву.

*Идеалистичке теорије о праву* веома су старе. Изузму ли се утопистичке теорије (на пример, марксистичка теорија о одумирању права и државе), идеалистичке теорије о праву могу да се разврстају на природноправне, априористичко-феноменолошке, егзистенцијалистичке, формалне и културалистичке правне теорије, зависно од тога да ли право објашњавају искључиво или претежно као идејну појаву.

<sup>6</sup> Блез Паскал, *Мисли*, Београд 1988, 72, т. 82.

<sup>7</sup> Алф Рос, *Право и правда*, Београд Подгорица 1996, 57 и даље.

<sup>8</sup> Радомир Д. Лукић, „Појам права“, *Зборник за теорију права*, САНУ, II, Београд 1982, 27-39.

<sup>9</sup> Сергије Викторович Троицки, *Црквено право*, Београд (1938) 2011, 17-18.



Нарочито *природноправне теорије* у праву виде једно „више“, „истинско“ право које служи постизању општег добра и праведности у политичкој заједници, као и етичкој изградњи и усавршавању човека. Свима је заједничко уверење да право представља један двојни (дуалистички) нормативни систем састављен из система природног права и система позитивног права. Природно право не стварају људи својом вољом, већ је оно објективно дато и утемељено у људској природи. Оно је вечно, јер важи за сва времена, или универзално, јер важи за све народе или за све припаднике једног народа, будући да се састоји из савршених и апсолутно праведних правила.<sup>10</sup> Оно је надређено систему позитивног права, које је постављено, пролазно и партикуларно, јер се не састоји из савршених и апсолутно праведних правила.

Препород природног права први је у XX веку (1910. године) најавио Француз Жозеф Шармон (*Joseph Charmont*). Од тада па надаље, важну заједничку одлику *савремених природноправних теорија* представља наглашавање односа форме и садржине, с једне, и суштине и циља права, с друге стране. Такође, у њима се јасно разликује природноправно учење као идеологија од природноправног учења као опште теорије права. Најзад, у свима њима је наглашена нужна веза ауторитета, слободе, права на отпор, дужности на послушност итд., са моралом. То је чињено или поновним тумачењем старијих природноправних учења (Рудолф Штамлер /*Rudolph Stammler*/, Ернст Блох /*Ernst Bloch*/, Мишел Вилеј /*Michel Villey*/), или, ређе, стварањем мање-више оригиналних природноправних учења (Роберт Нозик /*Robert Nozick*/, Отфрид Хефе /*Otfried Höffe*/). Најпознатија је уговорна теорија правде Џона Б. Ролса (*John B. Rawls*).

Када је реч о стварању мање-више оригиналних *савремених природноправних учења*, најизразитији представници тог новог природноправног мишљења су Густав Радбрух (*Gustav Radbruch*) са теоријом права као оличењем идеје правде у којој главне теме чине „појам права“ и „идеја праведности“, и теоријом „законског неправда и надзаконског права“, јер право представља стварност која треба да служи идеји права као вредности;<sup>11</sup> Роналд Дворкин (*Ronald Dworkin*) са теоријом судског одлучивања у којој се правда одређује као начело за расподелу „добара, могућности и средстава“, поштење као средство за исправно „доношење политичких одлука“, а правичност као ствар „процедуре спровођења правила тог система“, уз идеју о „самопречишћавању“ права, фикцију о „судији Херкулесу“ и можда најважнију идеју да позитивно право садржи не само *legal*

<sup>10</sup> Nikola Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001 (2006), 91 96.

<sup>11</sup> Вид. Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1980 (1999).

*rules* већ и *legal principles*;<sup>12</sup> Џон Финис (*John M. Finnis*) са теоријом супстантивног природног права заснованог на „захтеву практичне разборитости“ (*reasonableness*);<sup>13</sup> и Лон Фулер (*Lon L. Fuller*) са процедуралном природноправном теоријом о „унутрашњој моралности права“ која право једино чини могућим,<sup>14</sup> уз поменутог Џона Ролса.

И *реалистичке теорије о праву* старе су барем као идеалистичке теорије. Оне могу да се разврстају на позитивистичке, социолошке, интегралне и мултидисциплинарне.

*Позитивистичке правне теорије* одбацују идеју природног права. Нема другог права осим вредносно неутралног позитивног права какво постоји у стварности. Иако су сви позитивисти сагласни у томе да не постоји природно право, они међу собом нису сагласни приликом одређивања садржине позитивног права. Тако су настале различите варијанте позитивистичких теорија.<sup>15</sup> *Социолошке правне теорије* право одређују као друштвену појаву, а његову суштину тумаче деловањем друштвених чинилаца. Ту идеју потврђује изрека римских правника: „Где је друштво, тамо је и право“ (*Ubi societas, ibi ius*). *Интегралне* (или интегралистичке) *правне теорије* настоје да превазиђу искључивости редукционизма у правној науци и одреде интегрални појам права у коме најважније место припада нормативној, социолошкој и аксиолошкој страни права (Вилхелм Зауер /*Wilhelm Sauer*).<sup>16</sup> Најновије *мултидисциплинарне правне теорије* имају за циљ да прошире интересовање правне науке на само наизглед различите теме које су све доскора биле на ободу правног интересовања или уопште нису разматране у правној науци.<sup>17</sup>

Може се запазити неколико важних ствари поводом идеалистичких и реалистичких правних теорија: прво, да „чисто“ идеалистички и реалистички појам права не постоје другачије осим као виртуелни садржаји свести својих твораца; друго, да у идеалистички или реалистички надахнутој правној теорији и доктрини постоји невероватан број најразличитијих одговора на питање шта је право, али да није пронађен задовољавајући, а камоли поуздан одговор на

<sup>12</sup> Вид. Ronald Dworkin, *Shvatanje prava ozbiljno*, Zagreb 2003.

<sup>13</sup> Вид. John M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Un. Press 1982.

<sup>14</sup> Вид. Лон Л. Фулер, *Моралност права*, Београд 2001 (2011).

<sup>15</sup> Вид. Ханс Келзен, *Опита теорија права и државе*, Београд 1951 (1998, 2010); Херберт Харт, *Појам права*, Београд Подгорица Цетиње 1996.

<sup>16</sup> Гвидо Фасо, *Историја филозофије права*, Београд Подгорица 2007, 658 659.

<sup>17</sup> Вид. Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard Un. Press 2002; Вил Кимлика, *Мултикултурално грађанство. Либерална теорија мањинских права*, Нови Сад 2002; Џозеф Раз, *Етика у јавном домену*, Београд Подгорица 2005; Мајкл Волзер, *Подручје правде*, Београд 2000.

то врховно питање; треће, да су највећи број одговора дале природноправне и позитивноправне теорије са својим учењима; четврто, да није пронађен задовољавајући одговор ни када је реч о појмовима природног и позитивног права, пето, да исте недоумице и недоречености постоје и када је реч о односу природног и позитивног права; шесто, да природно право може да се доведе у везу са позитивним на начин који укида њихов дуализам, будући да постоји само један и јединствен, холистички саздан, појам права који има своју идеалистичку и реалистичку страну; и, седмо, идеалистичке и реалистичке теорије показују да право може слободно да се одреди и дефинише. Да је тако, потврђује развој права који није ништа друго до резултат надметања најразличитијих идеалистичких и реалистичких правних теорија и учења.

Произлази да идеалистичке правне теорије, а нарочито природноправне теорије, не могу да буду искључене као нетачне и некорисне, како се радо истиче (да од шуме не виде дрвеће). О њиховој тачности може се разговарати исто као и о тачности реалистичких теорија (за које се може рећи да од дрвећа не виде шуму). Дакле, обе велике гране теорија подједнако су тачне, односно нетачне, само из другачијих разлога. Када је реч само о корисности идеалистичких теорија, очигледно је да су и оне корисне. Једино, њихова корисност је ретко када непосредно уочљива, упркос томе што и оне показују да се право увек односи на људе и доноси због људи. Реалистичке теорије, пак, непосредно су корисне. Једино је потребно одговорити „зашто“ су и „зашта“ су оне корисне. Прво се односи на разлог њиховог постојања и оправдање позитивног права, а друго на њихове границе и ограничења позитивног права.

#### 4. РАВНИ У КОЈИМА СЕ РАСПРОСТИРУ ИДЕАЛИСТИЧКИ И РЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА

Право – то је читав један слојевит свет. Састоји се из три света који се распростиру попут кругова повезаних тако да се међусобно укрштају. Средишње место права налази се у правном свету (метасвету), као посреднику између физичког света и метаправног света идеја.

Први, „прави свет“ (*свет физичке стварности*) представља физички свет, свет физичких ствари и сила у најширем смислу речи. Реч је о првобитном свету свих могућности, али без људи и права. У том динамичком и процесуализованом детерминистичком свету у одређеном тренутку појављује се човек као „биће обдарено духом“, а затим и право као саставни део тог света, као нешто што „јесте“. Препознаје се према претходном урачунавању услова детер-

минисане физичке стварности приликом формулисања правних заповести, као и према накнадно произведеним последицама људског понашања сагласног изреченим правним заповестима. То је постигнуто стварањем реалистичког појма права, способног да се *непосредно* операционализује и материјализује у свету физичке стварности.

Други, „правни свет“ (*свет правне стварности*) сачињава свет мисаоних процеса и субјективних искустава који у нормативном облику наткриљују свет физичке стварности. То је актуелни свет у коме обитава „биће обдарено духом“, способно да сазнаје, ствара, испитује и примењује право. Из тог правног света мисаоних процеса и субјективних искустава право сврсисходно настаје и делује на физичку стварност као промишљен спој жеља и могућности, због деловања у тој стварности. Тај спој изражава се у облику сврсисходних заповести. Због тог споја, правни свет наткриљује и надилази физичку стварност својом посебном правном стварношћу.

Може се закључити како у правном свету право истовремено постоји као нешто што „јесте“ (*de lege lata*) и као нешто што „треба да буде“ (*de lege ferenda*). Правни свет је нешто што „јесте“, будући да се и значење може сматрати једном врстом постојања. Али, у том свету право је и нешто што „треба да буде“, будући да је реч о детерминисаном значењу издатом у облику сврсисходних заповести које тек треба да буду материјализоване.

Очигледно, у правном свету сусреће се и преплиће идеалистичка са реалистичком страном права, тј. природно право са позитивним. Њихов однос се доживљава дуалистички. Али, те две стране је могуће повезати и ускладити. Једино је потребно показати како до тога долази. А одговор за правни свет је једноставан: *правна заповест је та која у себи сажима идеалистичко са реалистичким*. Једино правна заповест може у исто време да постоји као нешто што „јесте“ и као нешто што „треба да буде“, будући да је и значење у свом актуелном облику једна врста бивствовања или постојања.

Тврдња да је правна заповест у исто време једна врста бивствовања, а не само требања, не може се поткренити само аргументима правне филозофије и теорије. На такве одговоре из једне области људског знања могуће је одговорити само тражењем одговора у другој, широј и вишој области тог знања. Згодан пример представља питање које је себи својевремено поставио Дејвид Бом (*David Bohm*): *да ли је значење бивствовање?* На то питање Бом је потврдно одговорио. Према њему, значење и бивствовање *одражавају* једно друго.<sup>18</sup> У том међуделовању, значење престаје искључиво да постоји као нешто што „треба да буде“. Оно се преобличава и постаје део ствар-

<sup>18</sup> David Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, London New York 2002, 87 89.

ности, нешто што „јесте“. Суштина је у томе да нема раздвајања, иако значење не мора увек да буде учвршћено. Изгледа да та идеја представља поуздан ослонац за извођење одговарајућих закључака о истовременом постојању и упоредном деловању идеалистички или реалистички замишљеног природног и позитивног права у јединственом свету права. Правни свет показује да је дуализам природног и позитивног права суштински привидан.

Трећи, „метаправни свет“ (*свет правне метастварности*) јесте мета-метасвет правних исказа, теорија, проблема и критичких тврдњи. Он у ширем смислу обухвата све производе људског ума (правне појмове, институције, процедуре или правничка дела). Па ипак, то нимало не утиче на његову стварност, јер је он стваран као и сви људски производи уопште.<sup>19</sup> Он има своју историју (историју наших идеја) и своје вредности (које је створио човеков ум). Због тога је он родно место свих правних теорија.<sup>20</sup>

Физички свет је свет материјалних извора права и материјализованог права. Правни свет је свет формалних извора и систематизованог права. Унутар правног света постоје два његова подсвета: *правни свет правила* (свет материјалних правила) и *правни свет метаправила* (свет процедуралних правила о одвијању материјалних правила). Метаправни свет је свет правних идеја (исказа, теорија, проблема и критичких тврдњи). И пошто први свет сам по себи није правно делатан, а трећи сам по себи није делотворан, постоји правни свет као посредник између првог и трећег света, између чисте материје и чистих идеја. Он обезбеђује неопходну повезаност, смисленост и сврховитост сва три света права који се приказују на идеалистички или на реалистички начин.

## 5. РЕАЛИСТИЧКИ ПОЈАМ ПРАВА У ПРОШИРЕНОМ И СУЖЕНОМ СМИСЛУ, НАСУПРОТ ИДЕАЛИСТИЧКОМ

Када се расправља о чисто „научном појму права“, потребно је утврдити својства која су заједничка конкретним облицима права, јер „сви, свесно или подсвесно, налазе нешто суштински истоветно у појму права“.<sup>21</sup> Прво заједничко својство јесте да се *правом резулише спољашње, телесно понашање*, тј. чињење или нечињење. Такође, право је *хетерономно*. Да није тако, прелило би се у морал или нека слична друштвена правила. Затим, *друштвеност* права као треће својство, састоји се у томе што се правним нормама искључиво

<sup>19</sup> Карл Попер, 93.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 93 94.

<sup>21</sup> Р. Лукић, „Појам права“, 27 и даље.

регулише међусобно понашање људи. *Регулативност* је четврто заједничко својство права. Да би правно регулисање остварило свој друштвени задатак, оно мора да буде „постављено“, да се доноси „унапред“ (спрам своје *causa finalis*), да буде „системско“ и „леgitимно“. Пето обележје тиче се сукоба интереса који су нарочито изражени у областима имовинских односа, односа власти и организације друштва. Они чине *традиционални предмет правног регулисања*. Шесто, право одређује људско понашање тежећи да га што тачније измери. *Квантификовање права* треба тачно да одреди овлашћења и обавезе односних субјеката. Седмо обележје представља појава *спора и суда*, који је последица чињенице да људи имају различите интересе које право не само да регулише, већ и да разграничава. Осмо, право располаже *формалним поступцима* којима се тачно одређује која лица или органи, у ком облику, у које време, на ком месту итд., могу да користе своја правна овлашћења или морају да изврше своје правне обавезе, као и то на који ће начин да се води истражни, судски, управни, арбитражни или неки други поступак у случају спора. *Примена санкције*, као девето обележје, представља редовну делатност државних и друштвених органа. Санкција мора да буде правом предвиђена, друштвена, спољашња, мерљива, предвидљива, сразмерна итд.<sup>22</sup> Десето, право није лишено вредности, тј. није бесциљно. Оно има за циљ остваривање вредности реда, мира и сигурности, што чини једанаесто својство права. Највећу вредност представља *захтев за остваривањем правде и људске слободе*. Наведених једанаест заједничких својстава права омогућавају одвијање заједничког живота са што мање неусклађености, препрека, сукоба и борби, који слабе, разарају друштво и непотребно троше енергију људи. На тај начин, право омогућава *самопостојање људи*.<sup>23</sup>

Наведена заједничка својства нису у истој мери присутна у праву. Неке правне норме располажу свим наведеним својствима, а друге не; неке норме спадају у потпуно, а друге у непотпуно право. То важи како за норме државног, тако и за норме друштвеног права.<sup>24</sup> Може се закључити да је реалистички појам права изванредно развијен и сложен, јер се састоји из више правних слојева или врста потпуног и непотпуног државног и друштвеног права.

*Потпуно државно право* „обухвата само норме које имају сва својства“ права. То је случај и са *потпуним друштвеним правом*. Најуочљивија спољашња разлика између ове две врсте права постоји у погледу субјеката који их стварају, док друге разлике не морају да буду толико изражене.

<sup>22</sup> Тома Живановић, *Систем синтетичке филозофије права*, III, Београд 1959, 338-340.

<sup>23</sup> Р. Лукић, „Појам права“, 27.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 31.

Постоји и *непотпуно државно право*, које садржи „норме које немају сва та својства, али имају бар већину од њих“. Због тога се нужно поставља питање да ли оно мора да има државну санкцију. Будући да обе ситуације могу да се сусретну, произлази да постоје две врсте непотпуног државног права. Прву врсту чини државно право које садржи већину заједничких својстава, међу којима је државна санкција, а другу врсту државно право које располаже већином заједничких правних својстава, међу којима није државна санкција. За прву врсту непотпуног државног права каже се да је „мање савршено“ од потпуног државног права, док се за другу врсту непотпуног државног права ни то не може рећи. Ипак, право познаје норме без санкција (*leges imperfectae*), као што је случај са уставним начелима о праву грађана на рад, срећу итд. Будући да такве државне норме не садрже одредбе о нечијој обавези да их правно осигура санкцијама, нити да санкције буду извршене, ту се пре ради о привиду права или барем нечем попут „голог“ права (*nudum ius*). Све речено важи и за *непотпуно друштвено право*, које такође располаже већином заједничких обележја права са државном санкцијом или без ње. На основу тога разликују се две врсте непотпуног друштвеног права: „мање савршено“ друштвено право и недовршено („неостварено“) друштвено право.<sup>25</sup>

Може се запазити како појам права у *проширеном* смислу садржи слојевито распоређене три врсте државног и три врсте друштвеног права. Први слој сачињавају *потпуна* права – државно и друштвено право, која имају сва заједничка обележја права. Други слој сачињавају *непотпуна*, „несавршена“ права (Џон Остин) или права „умањене вредности“ (Роналд Дворкин, Џон Финис) – државно и друштвено право која имају већину заједничких својстава, међу којима је и државна санкција. Најзад, трећи слој сачињавају привиди права, *недовршена* или неостварена права – „голо“ државно и друштвено право, која међу већином својих заједничких својстава немају државну санкцију. Тиме се показује како реалистички појам права није монолитан или једнообразан, како може да се учини, већ да је сложен, изнијансиран и у целости саткан од слојева различитих степена правности.

Појам права може реалистички да се одреди и у *суженом смислу*, када се као најважније својство истиче само једно на уштрб других. Такав случај је са дефиницијама права у којима се право одређује као „скуп норми које санкционише држава“. Сагласно с тим, правне би биле потпуне и само оне непотпуне државне и друштвене норме које располажу државном санкцијом.

Наведени реалистички појмови права у проширеном и суженом смислу могу да се користе у исто време а да то не буде противречно, јер они ипак нису суштински различити. Исти им је *genus proximum*

<sup>25</sup> *Ibid*, 29.

јер је увек реч о правилима људског понашања. Само је обим *differentia specifica* другачији. У случају проширеног одређивања, то су сва заједничка обележја права или барем њихова већина, а у случају суженог одређивања само једно, најуочљивије правно обележје – државна санкција.

Оперативна значења реалистички одређеног појма права показују да право не постоји због тога што су људи праведни, добри, вредни, искрени или пажљиви, нити због тога што су њихови поступци честити, надахнути љубављу и доказима међусобног уважавања. Тада би и *Десет божјих заповести* било довољно за уређивање свих њихових односа. Може се закључити да право није настало из доколице, већ из преке људске потребе да се друштво сачува од самоуништења. Из доколице су настала идеализована идеалистичка и реалистичка учења о праву.

## 6. ДУАЛИЗАМ ИДЕАЛИСТИЧКОГ И РЕАЛИСТИЧКОГ ПОЈМА ПРАВА: ПРИРОДНО И ПОЗИТИВНО ПРАВО

Правна стварност је изузетно сложена и налази се у непрестаном кретању, јер постоји непрекидно струјање и преплитање између три приказана света права. То се одражава на схватање и везу идеалистички и реалистички одређеног појма права. Та веза је најупечатљивија када се одређује однос природног и позитивног права, независно од тога да ли се прихвата првенство идеалног света над реалним и природног права над позитивним, или обрнуто, првенство реалног света над идеалним и позитивног права над природним.

Такве опречне тврдње захтевају кратак осврт на „озлоглашени дуализам“ природног и позитивног права. Природно право (*ius naturale*) независно је од неког спољашњег ауторитета. Оно је дато од једног узрока или чиниоца изван њега самог, једном и заувек. Тај узрок или чинилац јесте извор природног права, његов творац. Према једној школи природног права, тај узрок или творац јесте „биолошка (антрополошка) природа човечја“ (*биолошко природно право*); према другој, „ум, умна природа човечја“ (*умно природно право*); према трећој, „божански ум“ (*божанско природно право*) „чији је гласник човечји ум“. Али, независно од свог узрока, природно право увек претходи позитивном праву и служи му као основ и узор. У противном, позитивно право би остало сасвим практично и конкретно, а тиме и лишено свог основног смисла.

Између природног и позитивног права постоје и друге значајне разлике. Према традиционалном схватању, природно право је непроменљиво и универзално, док је позитивно право код разних на-



рода мање-више различито и подложно променама. Природно право је садржано у самој људској природи, „као што су творевине природних закона природом дане“, док позитивно право стварају људи. Природно право је увек праведно, док позитивно право то само може да буде; на пример, као „покушај да се оствари Правда“. У погледу природног права може се поставити само питање његовог објашњења, док позитивном праву мора да се нађе оправдање. То оправдање може да пружи само природно право. Такође, природно право је „савршено право“, док је позитивно право „несавршено“. Природно право је „идејно“, док је позитивно право „стварносно“ итд.<sup>26</sup>

Тврдња да природно право оличава правду, док позитивно право познаје само правичност, омогућава природном праву да се оперативно испољи, чак као засебан извор позитивног права. У том нарочитом смислу, природно право се може сматрати независним извором од позитивног права, али само на основу претходног законског признања или судске одлуке.

Насупрот природном праву, постоји позитивно право (*ius positum*). Оно важи и примењује се у друштву. Његова „позитивност“ одређује се према његовом вршењу, тј. ефикасности, док се позитивност сваког његовог дела одређује према томе да ли припада позитивном праву.

Иако је природно право савршено а позитивно несавршено, између ова два права не мора да постоји сукоб и неслагање. Будући да је идеја природног права објективно заснована у људској природи, та чињеница требало би барем да нагони творце позитивног права да размисле какво право стварају и потруде се да створе што боље право. Нарочито истраживање природног права и његових начела од стране правне науке представља снажан подстицај за усавршавање позитивног права. Да је то могуће, доказали су чувени римски правници код којих је то сазнање достигло непревазиђену висину јер је у великој мери постало саставни део римског права.<sup>27</sup> Упркос томе, заговорници реалистичког одређивања појма права, а нарочито заговорници позитивистичких правних схватања, истрајавају на разликовању реалног од идеалног у праву, на разликовању права као чињенице и права као вредности, права какво „јесте“ и права какво „треба да буде“ – речју, на разликама између позитивног и природног права,

<sup>26</sup> Т. Живановић, II, 147, 162. Вид. J. M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press 1982; Robert P. George, *In Defense of Natural Law*, Oxford University Press 1999; Kevin M. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge 2006.

<sup>27</sup> Wayne Morrison, *Jurisprudence: from the Greeks to Post Modernity*, London Sydney 1997, 15.

*правде и корисности*. Такав приступ могао би се назвати научним, а не филозофским. Он налаже реалистима-позитивистима да према праву заузму објективан, вредносно и етички неутралан став, будући да норма није везана ни за један систем вредности. Они одбијају да у дефиницију права укључе елементе као што су постизање општег добра, остварење правде, заштита људских слобода итд. Уместо тога, мерило правности постаје то што је норма изведена из утврђених чињеница, тј. што је постављена од стране одређеног органа, према одређеној процедури, или што је барем одређено време ефективно поштована од стране једне групе лица. То је разумљиво има ли се у виду да позитивисти право изводе „одоздо на горе“ и заснивају на свету физичке стварности коју погрешно поистовећују са светом правне стварности, док свет метаправне стварности најчешће искључују из својих разматрања.

Такав детерминизам производи суштинска ограничења. Ипак, ни „ђаво није сасвим црн“. Упркос чињеници да правници реалисти-позитивисти важећим правом сматрају само оно које се примењује у одређеном друштву, то још не значи да они апсолутно оповргавају постојање идеалног права. Они само одричу да то идеално право стоји у истој равни са позитивним правом. Дакле, проблем се састоји у повезивању та два права и превазилажењу дуализма природног и позитивног права. Иако вредности природног и позитивног права имају свој утврђен распоред и улогу, то још не показује како се вредности из природног преливају у позитивно право, које, узгред, само располаже својим техничким вредностима.

## 7. ПРЕВАЗИЛАЖЕЊЕ ДУАЛИЗМА ПРИРОДНОГ И ПОЗИТИВНОГ ПРАВА ПРИМЕРИ УЧЕЊА ГУСТАВА РАДБРУХА И РОНАЛДА ДВОРКИНА

Постоји више интересантних одговора како може да се превазиђе проблем дуализма природног и позитивног права. Један од најинтересантнијих одговора дао је Густав Радбрух у својој познатој књизи *Филозофија права (Rechtsphilosophie)*. У њему, као и у својим другим радовима, Радбрух „надвисује“ супротстављене позиције природног и позитивног права (јуснатурализма и јуспозитивизма) и усредсређује се на три главне теме: „појам права“, „идеју праведности“ и учење о „законском неправу и надзаконском праву“.

За Радбруха право представља стварност која треба да служи идеји права као вредности, а то је идеја правде. Сагласно са тим, реалистички саздано право треба да служи идеалистички сазданом праву. Радбрух своје схватање проширује тврдњом да се идеја пра-

ва састоји из вредности три идеје: правде, сврсисходности и правне сигурности. Правда се огледа у „једнаком поступању са једнакима“, сврсисходност у оном „што користи народу“, а сигурност у позитивности права и искључењу произвољности приликом његовог стварања и примене. Те три идеје налазе се у променљивој равнотежи, заједно творећи „приближно право“ као један „отворен систем“.<sup>28</sup>

Друга главна тема у Радбруховом учењу односи се на садржаје праведности (правде), а решава помоћу надемпиријске „идеје сврхе“. То је тема која има за циљ да вредност идеје правде повеже с идејом правичности као врстом применљиве правде. Према Радбруху, праведност не може да се одреди само помоћу једног формалног начела једнакости, већ је потребно да се одреди и једно друго, садржинско начело, које је релативно. Приликом једног таквог избора стоје на располагању три највише вредности права: индивидуалистичке (човекова личност, *индивидуалне вредности*), наиндивидуалистичке (колективна личност, *колективне вредности*) и трансперсоналне (људска дела, *вредности дела*). Од избора једне од могућих вредности као правно највише, зависи како ће садржински бити одређено начело праведности. Радбрух сматра да тај избор може да се учини само ауторитативним путем, што је вероватно његова најслабија замисао и најслабији одговор.

Трећа главна Радбрухова тема тиче се разликовања „законског неправда“ од „надзаконског права“. То је његова закаснела идеја којом је изнова подстакнуо интересовање за вредности правде и природног права. Радбрух ту идеју објашњава следећим речима: „законско неправдо“ не може да буде основ легитимности, јер када је право изопачено, тада основ позитивног права постаје „надзаконско право“.

Радбрух је својим решењима о праву као „троједном“ и као „отвореном систему“ успео да избегне замку дуализма природног и позитивног права, чак и када тврди да правда председава над сигурношћу и сврсисходношћу, која су пре својства позитивног права него природног. Тешкоћу представља његов недовршени део учења о садржини правде у коме закључује како избор између индивидуалне и колективне вредности или вредности дела може да се учини само ауторитативним путем. На тај део Радбруховог учења надовезао се Артур Кауфман (*Arthur Kaufmann*), који је проблем решио у корист индивидуалних вредности као пресуђујућег ауторитета.<sup>29</sup> То је пример пожељне доследности, будући да је и правда истог индивидуалног порекла. Колективна правда није изворна, а и питање је да ли то уопште може да буде правда (линч није примена колективне правде), нити правда обитава у вредностима дела.

<sup>28</sup> Г. Радбрух, 38 39.

<sup>29</sup> Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд Ваљево 1998, 285 287.

Други подстицајан пример и покушај решавања односа природног и позитивног права изложио је Роналд Дворкин. У његовом учењу правда се велича као начело, засебан облик „интегритета“, који – изложен у облику његове оригиналне теорије судског одлучивања – није ништа друго до једно ново природноправно учење.<sup>30</sup> То учење заснива се на увиђању да „живимо у праву и преко права. Оно нас чини оним што јесмо: грађани, службеници, лекари, супружници и људи власници ствари. Оно је мач, штит и претња... „<sup>31</sup> Можда и нова „религија“?

Најважнија и најплодоноснија Дворкинова идеја тиче се позитивног права које не садржи само правна правила (*legal rules*), већ и правне принципе (*legal principles*). Правни принципи имају морални значај. Они постају део позитивног права захваљујући законодавној делатности или судском одлучивању. На пример, приликом решавања спорова судије се не позивају само на правна правила, већ и на правне принципе. И, док су правна правила апсолутна („све или ништа“), правни принципи су релативни и могу бити у сукобу. Произлази да апсолутна примена правних правила зависи од претходног избора релативних правних принципа. Од тог избора зависи да ли ће се правда као препознатљива вредност метаправног света прелити у правни свет у облику правичности и свет физичке стварности у облику остварене правде. Очигледно, претходно треба решити проблем избора правних принципа.

Тај проблем Дворкин решава разликовањем правних принципа од правних начела (*legal policies*). Правна начела имају предност, јер од њиховог избора зависи избор правних принципа. Док принципи описују права појединаца, правна начела описују добра, тј. политичке циљеве заједнице као целине.

Иако је све наизглед јасно, може се запитати: од чега зависи избор правних начела? Очигледно, Дворкин проблем избора начела није успео да реши. Он то није успео да постигне чак ни међусобним вредновањем правних начела, на шта се позива приликом оцењивања релативне тежине једних у односу на друге (случај „Елмер“). Невоља је у томе што у Дворкиновом учењу избор правних начела, која описују добра или политичке циљеве заједнице, логички не може да буде истоветан са самим *избором* неког добра или политичког циља. Опис треба да помогне избору, док сам избор зависи од још једног претходног избора (а не описа), који није довољно успешно објашњен у Дворкиновом учењу. Будући да управо од тог избора зависи шта ће се сматрати најпожељнијим друштвеним добром, оправдано се може поставити питање ауторитета који одређује који се то

<sup>30</sup> Р. Дворкин, *Ствар принципа*, Београд Подгорица 2001, 193 257.

<sup>31</sup> Р. Дворкин, *Царство права*, Београд 2003, VII VIII.

политички циљ тренутно има сматрати најпожељнијим добром. Ако је тај ауторитет „поштење“, које Дворкин одређује као ствар „структуре која распоређује утицај на доношење политичких одлука на прави начин“, тада се руши доследност читаве конструкције јер у том случају може да буде реч само о произвољном и променљивом избору неког политичког циља који се представља као начело од кога зависи примена релативних правних принципа и апсолутних правних правила.

Не само Радбрух, већ ни Дворкин није успео до краја да реши проблем дуализма природног и позитивног права, будући да се обојица позивају на ауторитет способан да наметне избор неке вредности као добра (Радбрух) или да својим на етици заснованим избором начела утиче на избор принципа, а преко принципа на избор правних правила ради постизања неког добра (Дворкин). Ипак, Дворкин је пружио једно јасније и рационално подношљивије *упутство* за повезивање природног са позитивним правом од Радбруха.<sup>32</sup> Дакле, обојица су проблем дуализма ублажили, али га нису решили до краја. Као да су сметнули да у том случају постоје чисто природноправна начела која су врховни ауторитет. Та начела морају да буду надмоћнија од сваког другог ауторитета, тако да ниједно правило које им противречи не може да буде исправно.<sup>33</sup> Најважније је начело правде која није само највиша вредност, већ и мерило свих других вредности. Тек када се правда препозна и изабере као врховни ауторитет и пресуђујуће мерило за избор неког добра које је пожељно за слободну већину чланова заједнице, а затим операционализује у облику правичности – тек тада се може рећи како се природно право преко општих правних принципа прелило у позитивно право. Важно је нагласити да се не прелива целокупно природно право у позитивно, већ само један његов део, и то онај део који је препознат као користан или барем подстицајан у ситуацији или случају који измиче домаћајима позитивног права.

Како би се показало да је дуализам природног и позитивног права релативан, а тиме и непотребан, можда је прави тренутак да се одступи и у најкраћим цртама осврне на учење једног провереног реалисте, Херберта Харта (*Herbert A. L. Hart*), енглеског представника аналитичке јуриспруденције – све то како би се из другачије перспективе сагледао исти проблем у духу правила *audiatur et altera pars*. Пажњу нарочито заокупља Хартово учење о „правилу признања“ (*the Rule of Recognition*) које је изложио у својој најпознатијој књизи „Појам права“ (*The Concept of Law*) 1961. године. Њега сачињава

<sup>32</sup> Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд Подгорица 2001, 193 257.

<sup>33</sup> Љ. Тадић, 129 130.

једна или више реално постојећих норми. То правило постоји како у развијеним, тако и у примитивним људским заједницама. Његова улога не састоји се само у томе да служи као мерило за утврђивање правног карактера и „валидности“ норми у систему права, већ и да буде основ за извођење легитимности и легалности државне власти. Невоља је у томе што Харт не каже одређено која то све правила сачињавају правило признања и службе као мерило валидности правних норми које улазе у састав датог система права, будући да постоји више таквих мерила која се могу међусобно искључивати. Он једино каже да постоји једно „врховно мерило“, као и да правило признања измиче свакој процени валидности. Произилази да оно једино може бити прихваћено као такво.<sup>34</sup>

Хартов проблем нарочито је видљив када се ради о правилу признања у неразвијеним и примитивним друштвима, у којима се и оно мало записаног права утапа у мору неписаних правила чије порекло чак не мора тачно да се зна. Да ли је могуће да у таквим друштвима правило признања искључиво припада систему оперативног позитивног права, односно да ли су једно или више правила која улазе у састав правила признања у таквим друштвима искључиво позитивноправна? Ако јесу, да ли су из састава правила признања намерно изузета природноправна правила? Ако нису, где су она? И друго, из чега позитивно правило признања извире? Да ли оно извире из истих таквих старијих правила? Али, из чега извиру та старија и најстарија правила? Да ли су она, можда, природноправна?

Може се запитати: да ли то што правило признања сачињава једна или више реално постојећих норми може да значи како и природноправне норме реално постоје и важе? Штавише, да ли правило признања, барем у примитивним друштвима, сачињавају реално постојеће природноправне норме?! Оба питања су умесна, будући да сам Харт закључује како позитивно право треба да садржи „минимум природног права“.<sup>35</sup> Остаје неразјашњено где се налази и где је „усредсређен“ тај минимум природног права: да ли у правилу признања?

И Хартово правило признања могло би да послужи као згодан пример за повезивање природног са позитивним правом. То показује да је дуализам природног и позитивног права привидан, као и да је могуће преливање природног у позитивно право, будући да се ради о истом јединственом појму права. Али, који ће то део природног права бити – то се не може унапред знати. Срећом, постоје барем формална мерила која омогућавају смислен и користан одговор чак и на то питање.

---

<sup>34</sup> Х. Л. А. Харт, 102, 106, 119 и даље.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 189.

## 8. ПОВЕЗИВАЊЕ ПРАВНИХ ВРЕДНОСТИ СА КОРИСНОШЋУ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА ОПЕРАЦИОНАЛИЗОВАЊЕ ПРАВДЕ

Најважније је размотрити како се вредност правде операцио-нализује у позитивном праву. То је најпогодније учинити тумачећи Дворкинове приказане две важне идеје. Ослањајући се на прву Дворкинову идеју, могуће је закључити како се управо правда, као природноправно начело, пре свих других начела прелива у позитивно право преко општих правних принципа. Ослањајући се на другу Дворкинову идеју, могуће је закључити како је преливање правде у позитивно право преко правичности могуће извести захваљујући претходном ауторитативном избору неког добра, тј. политичког циља, пожељног за целу друштвену заједницу.

Може се запитати како би то добро могло да се опише? Очигледно, то „добро“ у савременим развијеним демократским друштвима са владавином права *не* може да буде пронађено уз помоћ било ког ауторитета већ само уз помоћ правде као највишег ауторитета и пресуђујућег мерила, како су први истицали антички писци. Невоља је у томе што правда не може сама од себе непосредно да се прелије у позитивно право. Потребно је да то у њено име учини неки орган чији је ауторитет друштвено општеприхваћен. Данас се то сматра нарочитим задатком парламента, као легитимног „представничког тела оних над којима се влада“ (Макс Вебер /*M. Weber*/), или суда са његовим „царством судија“ и схватањем права као „предвиђања како ће судови стварно да поступе“ (О. В. Холмс /*O. W. Holmes*/), оставе ли се по страни ауторитети божанства, провиђења, апсолутног разума или племенског поглавице, врача, већа старца итд. Нарочито парламент и суд због своје истакнуте улоге – произашле из истог таквог друштвено признатог ауторитета – морају *постојано* да се *надахњују* правдом као врховним начелом и циљем, будући да је најправедније оно добро које одговара највећем броју грађана.<sup>36</sup> То је сасвим у складу са Тацитовом изреком: „На престолу бити праведан, значи бити јак“. Али, то је пожељно стање које не показује како је учињен успешан избор.

Како се, дакле, може одредити и изабрати једно такво пожељно добро? На то питање могу се дати два одговора. Први одговор је *cad-rжинске* природе, и није га могуће пружити унапред нити *in abstracto*. Потребно је да се догоди нешто суштински важно за заједницу у смислу губитка или добитка да би такво добро било препознато као заједничко у свести барем већине грађана. То је најлакше учинити када већина грађана одмах препознаје такво пожељно добро, тј. „зна шта хоће“. Али, може се сматрати да грађани такво добро препознају

<sup>36</sup> Платон, *Закони*, Београд (1971) 1990, 146, 314.

и када „знају шта неће“. И у таквој ситуацији могуће је наслутити о каквом је то пожељном добру реч, само је забуна већа. Други одговор је *формалне* природе. Он је на први поглед јасан, али није довољан. Односи се на три могуће ситуације. У првој ситуацији, када се творци (парламент) или остваривачи права (судови) надахњују правдом, требало би увек да се успостави потребан склад правде са правилима која регулишу најважнија добра, као што су живот, слобода, мир итд. Ту је утицај правде и других правних вредности најочигледнији. Друга могућа ситуација тиче се питања: шта се дешава са оним позитивним правилима која нису супротна правди нити су штетна за заједницу, будући да не намећу добро које не одговара интересима већине грађана? Преостаје да се закључи како се ради или о чисто техничким правним, или о другим сличним вредносно неутралним правилима (у односу на правду или друге вредности, што не мора да буде случај када се разматра однос истих таквих правила са чисто друштвеним вредностима и правилима са којима она у исто време не морају бити у вредносно неутралном односу). Није тешко замислити ни трећу ситуацију, када се ради о избору неког добра које као политички циљ није пожељно за целу заједницу, иако је законито изабрано. У том случају, реч је о очигледној законској или судској неправди, како је истицао Густав Радбрух. Али, постоје законске и судске неправде које нису очигледне. Савремен пример представљају непребројна и недовољно позната правна правила која стварају и примењују читаве мале армије правника надахнутих глобалистичким тежњама и жељама да се скривено и без икакве контроле успостави управљање светом. Тој жељи су нарочито посвећене савремене *патохране* (на пример, тзв. „неоконзервативци“ у САД). Њих је Анджеј Лобачевски (*Andrew M. Lobaczewski*) одредио као „психопате на власти“, тј. као психопатску мањину која влада над „заједницом нормалних људи“. Добро које они желе само за себе, а то је потпуна моћ и контрола над свиме што постоји, апсолутно је неприхватљиво за људски род и његову будућност.

Будући да је реч о избору добра заснованом на правди, није тешко у наведеном смислу још једном се запитати зашто правда има најистакнутију улогу у праву, а не нека друга вредност уместо ње? Одговор је једноставан: зато што је правда јединствена врста сразмерности и склада. Она се односи на све људе, тј. на човечанство, а не само на „елиту“. Не каже се тек тако да „из правде, као неког извора, проистиче цело право“.

Иста правда за све, често гесло многих историјских покрета, ни данас ништа није изгубило од свог значаја. Али, све правде нису исте. Председава (замишљена) *божанска правда*. Она је *апсолутна* и није истоветна са пантеистичком *природном* правдом, јер „Неко“ (*Бог*) и „Нешто“ (*Природа*) нису истог рода. Природа је резултат стварања света, а не његов претходећи узрок. Постоји и *друштве-*



на правда, која је релативна. Њене карактеристичне врсте су морална, религијска и правна правда. Све оне, а нарочито правна правда, имају смисла тек када се ослањају на најопштији појам правде као своје мерило.

*Правна правда* представља синоним за оно што је сразмерно или једнако. Према тим мерилима одређују се два њена *формална* обрасца: *дистрибутивна (iustitia distributiva*: „свакоме сразмерно“), која је првобитна, положајна и налаже да се „неједнако поступа с неједнаким“, и *комутативна (iustitia commutativa*: „свакоме једнако“), која је разменска и налаже да се „једнако поступа с једнаким“. Правна правда у најужем значењу означава саображавање закону (*законску правду (iustitia legalis)*). Она се састоји из општости, једнакости и непристрасног вршења закона и права. Али, на питање у чему се састоји *материјална* правда, не може се одговорити никаквим сличним обрасцем, чак ни обрасцем тзв. „солидарне правде“.

Правна правда, будући врста друштвене правде, није савршена. Али то није ни право. Зато између несавршене правне правде и још несавршенијег позитивног права увек постоји мање или веће неслагање и напетост. Имајући управо то на уму, Цицерон је сврху права одредио као *вештину праве мере* при подели добара међу грађанима (*Sit ergo in iure civili finis hic legitimaе atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*). А то значи да свако „нормално“ позитивно право мора да садржи барем минимум правде. Колики је значај правде показује и ово: ниједан суд се не зове суд права, али се многи називају судовима правде.

## 9. ПОВЕЗИВАЊЕ ПРАВНИХ ВРЕДНОСТИ СА КОРИСНОШЋУ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА ОПЕРАЦИОНАЛИЗОВАЊЕ ПРАВИЧНОСТИ

Када се назначи шта је правда, тада је могуће одредити њен оперативни и применљив облик у праву. Његово постојање потврђује да идеалистички појам права не лебди ни у каквом замишљеном простору, већ да је и он способан да се операционализује и прелије у позитивно право. Тај оперативни и применљив облик правде зове се *правичност*.

Правичност је правда у конкретном случају који не може да се реши само на основу позитивног права. Прво је сматрана врлинском законске правде, да би у XIX и XX веку постала средство за исправљање претеране строгости закона, нарочито када треба да се спречи механичка, незаконита или неправедна примена правила у конкретним случајевима. Тако се поступа и данас, када се правичношћу назива уставно или обичајно овлашћење судија или

других службених лица да еластично примењују правне норме у конкретним случајевима ради успешнијег остваривања права. Због тога се правичност доживљава као корективна правда, једна врста поштења које исправља право.

Да постоји веза природног и позитивног права додатно потврђује то што правичност може да се одреди у природноправном и позитивноправном смислу. Правичности у *природноправном* смислу постоји када закон непосредно упућује на природно право у случајевима правних празнина (када не постоје правне одредбе за поједине случајеве које закон није предвидео или судија није могао да их подведе под неку општу норму). С друге стране, правичност у *позитивноправном* смислу располаже својим законским (материјалним) и судским (формалним) обликом. *Законска* правичност у позитивноправном смислу омогућава да се правна норма примени тако што ће бити узете у обзир све особености неког случаја. Такве норме спадају у *правично право* (које налаже одустајање од кажњавања за ситну крађу, утају, превару из невоље итд.), за разлику од *строгог права* које не допушта узимање у обзир таквих особености. *Судска* правичност у позитивноправном смислу постоји када се решавање законом обухваћених конкретних случајева врши „у духу“ права, тј. његове идеје, материје, а не према слову закона. До тога обично долази када законом нису обухваћена сва обележја конкретног случаја (случај правне празнине). Тада судска правичност омогућава судији да реши конкретан случај према правилу које сам одређује. Њен значај је толико велики да понегде постоје посебни органи који суде у таквим случајевима (*судови правичности*).

Произлази како право само преко правичности може да служи остварењу идеје правде (Аристотел). Слична мисао сусреће се у Радбруховом учењу: право је стварност која своје значење има у чињеници да служи идеји правде. Ова Радбрухова тврдња може се сажети у једноставној формули: када законско право негира једнакост као „тежиште“ правде у мери која је „неподношљива“, тада судија таквак закон треба да укине у корист правде. Управо се у судској пракси послератне Немачке дешавало да су се судови приликом изрицању пресуда позивали на природно право. И не само да су немачки правници посезали за вредностима које не зависе од државе, него су тражили такве погодне вредности којима би се додатно ограничила моћ државе.

## 10. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Будући да је данас неодвојива од заштите људских права, судска правичност доводи се у везу са *правом на правично суђење*. То право се односи на заштиту људских права људи у свим фазама по-

ступка пред судским или другим државним органима. Оно је засновано на следећој идеји: када се људска права не поштују у полицијској станици, соби за саслушавање, притвору, суду или затворској ћелији, очигледно је да тада власт не испуњава своје обавезе.<sup>37</sup>

Како би се показало да је могуће повезати природно са позитивним правом, биће препричан случај како је један амерички судија у својој пресуди сјајно спојио захтев за придржавањем права са захтевом који налажу правда, судска правичност и право на правично суђење. Наиме, пред судију је доведен возач у припитом стању. Возач је одмах признао своју кривицу. На судијино питање зашто је у припитом стању управљао возилом, возач је изјавио да је он отац троје малолетне деце, да издржава супругу и да је тог дана изненада добио отказ на послу, иако је био добар радник. Ојађен због отказа и тешке ситуације у којој су се изнебуха нашли он и његова породица, отишао је до првог бара, у коме је попио већу количину пива. Затим је сео у кола. Кола са припитим возачем убрзо је зауставила полиција, која га је одвела до дежурног судије. На ту возачеву причу, судија је одговорио отприлике овако: ја морам да вас казним затвором, јер је ваша кривица очигледна и признали сте је. Али, пошто до сада нисте кажњавани, и пошто сте остали без посла и средстава да издржавате вашу породицу, суд ће вас препоручити да поново добијете посао, док ћете вашу казну затвора издржавати наредних месеци само у дане викенда, како бисте осталим данима могли да радите и да издржавате вашу породицу.

Ето примера како судије могу да доносе правичне одлуке којима уздиже вредност правде у праву.

Dr. Dragan M. Mitrović

Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## IDEALISTIC AND REALISTIC CONCEPTS OF THE LAW

### *Summary*

Law is an extremely complex phenomenon that evades precise conceptual determination. This is particularly true for the idealistic legal theories that focus on the layers of law that go beyond the discernible

---

<sup>37</sup> Nuala Mole, Catharina Harby, *Право на правично суђење. Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Београд 2003, 34 и даље.

reality, and instead of giving preference to usefulness of the laws they vest it to justice or some other essential value. Due to these important shortcomings, special differentiation should be made between idealistic concepts of law and the idealised or ideal concepts of the law.

In a conventional and operative manner, law can also be determined realistically. Nonetheless, despite the possibility of its operationalization, a precise determination of the realistic concept of law comes as no easy task due to its complex, shaded and layered nature. If we accept that law should primarily be useful and not just, then its realistic concept can be operatively determined in an expanded and a restricted sense. This allows us to further elucidate the three main layers in the concept of the law: complete (perfect), incomplete (imperfect) and unfinished (illusionary) law.

Once we bring to fore the relationship between the idealistic concept of law and the realistic concept of law, it becomes possible to consider it in the spirit of the teaching about the metalegal world, legal world and the world of physical phenomena and the command of the law which in the legal world links that what is and that what ought to be. Following those two ideas, it would be possible to surpass the dualism between the idealistic concept of law and the realistic concept of law, by providing a link between natural law and positive law. By utilizing various natural law values as policies or confines for choosing general legal principles – where the natural law would flow into the positive law, becoming its integral part – one could evade the dualism. One of the core values in that regard is certainly justice.

Justice and fairness are a perfect reflection on how the values of natural law, which are in their essence idealistic, can be operationalised in positive law. It follows that the natural law can also be regarded as useful, at least in those parts in which it is possible to integrate it with positive law. After all, natural law emerged from the dire need to maintain co-existence of individuals in a society and enable their progress.

Key words: *Concept of law. – Three worlds of the law. – Natural and positive law. – Justice, fairness and positive law. – Realistic concept of the law.*

Др Борис Беговић\*

## ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ И ПРИВРЕДНИ РАСТ СРБИЈЕ: ЕКОНОМСКА ИНТЕГРАЦИЈА КАО АЛТЕРНАТИВА ЧЛАНСТВУ У ЕУ

*Циљ овог рада је да размотри различите облике европских интеграција који Србији стоје на располагању и да их оцени са становишта привредног раста земље. Разматрања унутар теорије конвергенције показала су да су само неки елементи политичке интеграције, отелотворене у приступању ЕУ, потребни услови за конвергенцију дохотка *per capita*. Реч је о конвергенцији економских институција, пре свега оних које омогућавају заштиту приватних својинских и уговорних права и оних који омогућавају слободну размену и не спутану конкуренцију. Показало се да такву институционалну конвергенцију поспешује успостављање јединственог тржишта, као и слобода протока производа и производних фактора. Приступање Европском економском подручју омогућава слободан проток производа и производних фактора, па се оваква врста европске интеграције оцењује као довољна и пожељна са становишта привредног раста земље.*

Кључне речи: *Србија. Европске интеграције. Привредни раст. Конвергенција. Европско економско подручје (ЕЕП).*

### 1. УВОД

Циљ овог рада је да размотри различите облике европских интеграција који Србији стоје на располагању и да их оцени са становишта привредног раста земље. Узимајући у обзир да Србија, мерено дохотком *per capita*, спада у најмање развијене европске земље, критеријум привредног раста чини се оправданим за вредновање облика европских интеграција. Анализа која следи заснива се на претпоставци да су само неке компоненте свеобухватне политичке европ-

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [begovic@ius.bg.ac.rs](mailto:begovic@ius.bg.ac.rs).

ске интеграције, отелотворене у приступању ЕУ, потребни услови за убрзавање привредног раста, док друге то нису. На основу тога се разматра стратегија економске европске интеграције која се заснива на приступању Европском економском подручју (ЕЕП),<sup>1</sup> при чему се испитује да ли је оваква економска интеграција пожељна алтернатива политичкој. Неће се разматрати да ли је она остварљива, односно колика је релативна вероватноћа њене реализације у поређењу са политичком интеграцијом. Наведени циљ рада условио је и његову структуру.

## 2. ОСНОВНИ ЕЛЕМЕНТИ ТЕОРИЈЕ КОНВЕРГЕНЦИЈЕ

Феномен конвергенције предмет је расправе још од времена у којем су се појавили први радови савремене теорије привредног раста,<sup>2</sup> тј. још од формулисања неокласичног модела раста.<sup>3</sup> Иако постоји више врста конвергенције, за разумевање ефеката европских интеграција на привредни раст кључно је разматрање конвергенције дохотка *per capita*, тзв.  $\sigma$  конвергенције. Основни налаз теорије конвергенције јесте да у стабилном стању, у коме су исцрпљене могућности тзв. транзиторног привредног раста, све земље које располажу истом технологијом и које имају исту стопу штедње, исту стопу раста становништва и исту стопу амортизације карактерише исти ниво дохотка *per capita*. Штавише, све те земље имају и исту стопу раста тог дохотка, односно стопу привредног раста, која је једнака стопи технолошког прогреса. Будући да се ради о веома стриктним условима под којима долази до конвергенције дохотка *per capita*, реч је о концепцији условне конвергенције.

Основни узрок конвергенције дохотка *per capita* лежи у опадајућим приносима производних фактора, пре свега капитала. Наиме, увећање дохотка *per capita*, према неокласичном моделу раста, доводи (под претпоставком неоппадајуће граничне склоности штедњи) до раста инвестиција *per capita*, што увећава техничку опремљеност

---

<sup>1</sup> Све земље чланице ЕУ припадају и ЕЕП (*European Economic Area EEA*), тако да се у овом тексту под приступању ЕЕП подразумева приступање том подручју без приступања ЕУ.

<sup>2</sup> Вид. Robert Solow, „A contribution to the theory of economic growth“, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 70, 1956, 65–94 и Trevor Swan, „Economic growth and capital accumulation“, *Economic Record*, Vol. 32, 1956, 334–361.

<sup>3</sup> Свеобухватно разматрање феномена конвергенције може се наћи у: Robert Barro, Xavier Sala i Martin, „Convergence“, *Journal of Political Economy*, Vol. 100, 1992, 223–251. За уџбенички приказ овог феномена вид. Robert Barro, Xavier Sala i Martin, *Economic Growth*, 2<sup>nd</sup> Edition, The MIT Press Cambridge, Mass. 2005 и Philippe Aghion, Peter Howitt, *The Economics of Growth*, The MIT Press Cambridge, Mass. 2009.

рада, његову продуктивност и тиме доходак *per capita*. Међутим, иако је гранични производ капитала већи од нуле, он неминовно, услед деловања закона о опадајућим приносима, опада са повећањем његове ангажоване количине. Сходно томе, стопа раста богатих земаља неминовно је *ceteris paribus* нижа од стопе раста сиромашних, будући да је капитал продуктивнији у овим другима.<sup>4</sup> Управо због тога сиромашне земље могу рачунати на више стопе привредног раста од богатих, што, временом, услед умањења разлике у нивоу дохотка *per capita* између њих, доводи до тога да износ дохотка *per capita* буде изједначен, а да при томе није дошло до његовог опадања у богатим земљама.

Проблем с описаним механизмом конвергенције, који погодује сиромашним земљама, лежи у томе што он није одржив. Са привредним растом земље, расте доходак *per capita*, што значи да расте и техничка опремљеност рада, па услед деловања закона о опадајућим приносима, неминовно опада стопа привредног раста. Она временом конвергира ка стопи раста у стабилном стању, оној стопи раста која зависи искључиво од стопе технолошког прогреса. Ова врста конвергенције транзитивних стопа привредног раста према стопи раста у стабилном стању означава се као  $\beta$  конвергенција, али је она од мање важности за ову анализу.

Будући да не постоји никаква теоријска контроверза у погледу механизма конвергенције дохотка *per capita*, кључно питање је да ли су испуњени услови за такву конвергенцију. Одговор на ово питање у ствари је одговор на значајно емпиријско питање: због чега се земље разликују у погледу њиховог дохотка *per capita*?<sup>5</sup> Ове разлике могу се објаснити управо сагледавањем да ли су испуњени услови за конвергенцију. Први од тих услова јесте да све земље располажу идентичном технологијом. Чињеница је да се у стварности значајно разликују технологије између земаља. Неке се земље, услед добро развијене делатности истраживања и развоја, којим се стварају технолошке иновације, као и услед ефикасне дифузије нове технологије, налазе близу границе доступне технологије, док су друге мање или више удаљене од те границе. Што је нека земља удаљенија од границе доступне технологије, нижа је укупна факторска продуктивност (УФП) која се у њој бележи, па је стога неминовно нижи њен доходак *per capita*. Забележене разлике између земаља у погледу до-

<sup>4</sup> Овај налаз се односи на транзиторни привредни раст, тј. онај раст који привреду помера ка њеном стабилном стању. Када се успостави стабилно стање, тј. стање динамичке равнотеже, стопа привредног раста зависи искључиво од стопе технолошког прогреса. Вид. R. Barro, X. Sala i Martin (2005).

<sup>5</sup> Вид. Robert Hall, Charles Jones, „Why do some countries produce so much more output per worker than others?“, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, 1999, 83 116.

хотка *per capita* могу се објаснити постојањем значајних баријера међународном трансферу технологије. Наведени предуслов о идентичним технологијама можда је најважнији услов конвергенције, будући да утиче не само на транзиторни привредни раст, него и на привредни раст у стабилном стању (који зависи искључиво од стопе примењеног технолошког прогреса), па тиме и на ниво дохотка *per capita*.<sup>6</sup> Стога треба истражити узроке постојања баријера међународном трансферу технологије.

Следећи услов конвергенције је једнака стопа штедње између земаља. Иако стопа штедње детерминише искључиво транзиторни привредни раст, а не раст у стабилном стању, она одређује ниво дохотка *per capita* у том стању – што је виша стопа штедње, виши је ниво дохотка *per capita*. Независно од претпоставки теоријског модела раста, извесно је да се низак ниво, односно ниска стопа домаће штедње може ефективно повећати увозом штедње, тј. међународним трансфером капитала.<sup>7</sup> Што су мање препреке слободном протоку капитала између земаља, може се очекивати бржа конвергенција, будући да ће се смањивати разлике у ефективној стопи штедње. Наиме, очекује се да ће, имајући у виду деловање закона о опадајућим приносима, капитал, трагајући за вишом стопом приноса, тећи из богатих у сиромашне земље. Међутим, емпиријска истраживања су показала да се у стварности то не дешава увек, већ да може да се јави инверзни ток капитала, од сиромашних земаља ка богатима, што је парадоксално, узимајући у обзир релативне приносе.<sup>8</sup> Будући да је једнака ефективна стопа штедње услов конвергенције, треба објаснити разлоге због којих долази до инверзног тока капитала.

Коначно, једна од карактеристика теоријског (неокласичног) модела раста, на коме се заснива теорија конвергенције, јесте имплицитна претпоставка да је увек постигнута максимална ефикасност, што значи да УФП зависи искључиво од технологије која се користи. Сходно томе, раст УФП зависи искључиво од технолошког прогреса. Не само да се ради о идеализованој слици стварности, јер неефикасност неминовно постоји, него је већи проблем то што се земље између себе знатно разликују по нивоу неефикасности њихових при-

<sup>6</sup> Стопа амортизације, чија је једнакост такође услов конвергенције до хотка *per capita*, у највећој је мери одређена технологијом, тако да технолошка конвергенција такође означава и конвергенцију у погледу стопе амортизације.

<sup>7</sup> Налаз да постоји позитивна гранична склоност ка штедњи (вид. Nicholas Kaldor, „A model of economic growth“, *Economic Journal*, Vol. 67, 1957, 591-624) објашњава због чега треба очекивати (а за то постоји емпиријска потврда) више стопе штедње у богатим у поређењу са сиромашним земљама.

<sup>8</sup> Вид. Aaron Tornell, Andres Velasco, „The tragedy of the commons and economic growth: Why does capital flow from poor to rich countries?“, *Journal of Political Economy*, Vol. 100, 1992, 1208-1231.



вреда. У том смислу, теоријска концепције границе ефикасности, аналогна концепцији границе доступне технологије, може да послужи као концептуални оквир за сагледавање ових разлика.<sup>9</sup> Што је већа удаљеност неке земље од границе ефикасности, нижи је *ceteris paribus* ниво УФП, па се стога може очекивати нижи ниво дохотка *per capita* – слабија је конвергенција. Стога се поставља питање природе препрека са којима се земље суочавају на путу ка граници ефикасности.

### 3. ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ТЕМЕЉИ КОНВЕРГЕНЦИЈЕ

Који је извор три наведене препреке конвергенцији дохотка *per capita*? Одговор на ово питање је јасан и недвосмислен: извор су неодговарајуће економске институције,<sup>10</sup> тј. неодговарајући институционални оквир унутар кога се доносе пословне одлуке. Будући да економске институције стварају подстицаје привредним субјектима на основу којих они доносе своје пословне одлуке, те институције су пресудне за привредни раст и конвергенцију. То се може показати у случају сваке од три наведене препреке конвергенцији дохотка *per capita*.

Институције којима се штите приватна својинска права, нарочито права интелектуалне својине, кључне су за стварање подстицаја за истраживање и развој, којим се стварају технолошке иновације, као и за ефикасну дифузију тих иновација. Уколико се увећани приноси који настају услед технолошке иновације не могу присвојити, не постоје ни подстицаји за истраживање и развој, те стога неће бити ни иновација. Надаље, без заштите права интелектуалне својине оно-

<sup>9</sup> Вид. Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Службени гласник и ЦЛДС, Београд 2011, 220 225.

<sup>10</sup> Под институцијама се у овом раду подразумевају „правиле игре у друштву, или формално, људски осмишљена ограничења која обликују интеракције између људи“ (Douglas North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, 3). Под економским институцијама се подразумевају оне институције које обликују интеракције између привредних субјеката, односно на економску интеракцију између тих субјеката појединаца и правних лица (вид. Б. Беговић, 31). Сходно томе, државне економске политике, попут, на пример, монетарне политике, спадају у економске институције. Расправа о улози економских институција као фундаменталног објашњења привредног раста може се наћи у: Daron Acemoglu, Simon Johnson, James Robinson, „Institutions as a fundamental cause of long run growth“, у: Philippe Aghion, Steven Durlauf (ur.), *Handbook of Economic Growth*, Vol. 1A, North Holland, Amsterdam 2005, 385 472. За анализу улоге економских институција у историјском контексту вид. Daron Acemoglu, James Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, Profilebooks, London 2012.

га ко је створио ту иновацију не постоје подстицаји за њену дифузију другим привредним субјектима.

Штавише, није реч само о заштити права интелектуалне својине као предуслову трансфера технологије. Други предуслов је апсорпциона моћи земље која је прима, будући да без те моћи нема ни дифузије технологије. Најзначајнији фактор апсорпционе моћи је људски капитал.<sup>11</sup> Тај капитал није егзоген, већ зависи од нивоа улагања у њега, пре свега од одговарајућег образовања. Уколико приватна својинска права власника људског капитала нису добро заштићена од нарушавања, укључујући и, на пример, прекомерно опорезивање прихода радне снаге, умањиће се подстицаји појединцима да улажу у сопствени људски капитал.<sup>12</sup>

Овим је доказано да је унапређење институција којима се штите приватна својинска права од пресудног утицаја на омогућавање, односно поспешивање трансфера технологије. Што су боље заштићена приватна својинска права, мање су препреке трансферу технологије, па се тиме приближавају технологије које користе различите земље.

Што се међународног протока капитала тиче, предуслови за то су исто тако институције које штите приватна својинска и уговорна права.<sup>13</sup> Том заштитом се омогућава да штедња из земаља са високом стопом штедње и ниском стопом приноса на инвестиције тече ка земљама са ниском стопом штедње и високом стопом приноса на инвестиције. Без заштите приватних својинских и уговорних права не може доћи до оваквих токова, тј. до међународног финансијског посредовања, без обзира на то о ком облику тог посредовања се ради. У случају позајмљивања капитала, повериоци морају да буду заштићени да би уопште размишљали од давању кредита. У случају страних директних инвестиција, инвеститори

<sup>11</sup> Ово је само један од канала којим акумулација људског капитала поспешује привредни раст. Више о ефектима акумулације људског капитала на раст вид. David Weil, *Economic Growth*, Pearson and Addison Wesley, New York 2009.

<sup>12</sup> Концептуални оквир унутар којег се разматрају нарушавања приватних својинских права у овом раду допушта да та права нарушавају предатори како из приватног, тако и из јавног сектора. Штавише, нарушавања приватних својинских права од стране предатора из јавног сектора може да буде засновано на кршењу закона (попут корупције) или да буде у складу са законом (прекомерно опорезивање приноса, на пример). Вид. Simeon Djankov *et al.*, „The new comparative economics“, *Journal of Comparative Economics*, Vol. 31, 2003, 595–619.

<sup>13</sup> У даљем тексту под приватним својинским правима подразумевају се и приватна уговорна права. Иако се ради о, са правног становишта, различитим правима, на аналитичком плану не добија се много уколико се те две врсте права одвојено посматрају. Покушаји да се то учини нису дали резултате који би били довољни да се овакво раздвојено посматрање примени у овом раду. Вид. Daron Acemoglu, Simon Johnson, „Unbundling institutions“, *Journal of Political Economy*, Vol. 113, 2005, 949–994.

морају да буду заштићени како би до таквих инвестиција уопште и дошло. Штавише, стране директне инвестиције представљају делотворан механизам за трансфер технологије. То значи да заштита приватних својинских права омогућава интеракцију између трансфера међународног капитала, тј. „увоза“ стране штедње, и међународног трансфера технологије, чиме се убрзава конвергенција – увећава се и акумулација капитала као производног фактора и укупна факторска продуктивност.

Институције којима се штите приватна својинска права кључне су и за унапређење ефикасности, будући да управо услед слабе заштите приватних својинских права неки производни фактори уопште и нису ангажовани или, уколико јесу, алоцирани су у неефикасне делатности или су ангажовани на неефикасан начин, па су чак алоцирани у иностранству. Делотворна заштита приватних својинских права, што се своди на заштиту приноса инвестиција од експропријације било које врсте, доводи до повећаног ангажовања производних фактора, њихове реалокације у најпродуктивније пословне подухвате, као и до унапређење производне ефикасности свих ангажованих производних фактора. Овим се увећава ефикасност и убрзава привреди раст.<sup>14</sup> У том смислу, инфериорност економских институција у једној земљи, која се огледа у слабој заштити приватних својинских права, представља прилику за ту земљу: институционална реформа и изградња економских институција које стварају одговарајуће подстицаје резултују у увећаној ефикасности, расту УФП на тој основи, убрзаном привредном расту и бржој конвергенцији.

Боља заштита уговорних права (као део свеобухватне заштите својинских права) доводи до умањења трансакционих трошкова, тј. трошкова размене, што доводи до увећања обима размене, чиме се увећава друштвена поделу рада, подиже ниво специјализације и омогућава реализација економије обима. Све то неминовно увећава производну ефикасност. Иако постоје опадајући приноси производних фактора на макроекономском нивоу, многе појединачне пословне пројекте карактерише постојање растућих приноса – показало се да, у тим условима, величина тржишта на коме се неспутано обавља размена представља кључни предуслов за реализацију економије обима.<sup>15</sup> Надаље, повећање обима размене значи појачавање конкуренције, а конкуренција није ништа друго него надметање учесника на

<sup>14</sup> Повећање ефикасности доводи до раста транзиторне стопе раста, али не и стопе раста у стабилном стању. Међутим, увећана ефикасност доводи до повољније динамичке равнотеже, будући да је ниво дохотка *per capita* у стабилном стању увећан повећањем ефикасности.

<sup>15</sup> Вид. George Stigler, „The division of labor is limited by the extent of the market“, *Journal of Political Economy*, Vol. 59, 1951, 185 193.

тржишту, које свима њима ствара конкурентски притисак.<sup>16</sup> Управо је тај притисак снажан подстицај за увећање економске ефикасности, што доводи до привредног раста.<sup>17</sup>

Неспорно је да се конвергенција дохотка *per capita* заснива на институционалној конвергенцији,<sup>18</sup> будући да сличне (добре) економске институције у различитим земљама омогућавају међународни трансфер технологије, слободан проток капитала и изједначавање ефикасности – у основи све оне предуслове теоријског модела привредног раста који доводе до изједначавања нивоа дохотка *per capita* у стабилној стању. Сходно томе, појавила се концепција клупске конвергенције – конвергенција дохотка *per capita* свих земаља које спадају у исти (институционални) клуб.<sup>19</sup>

Будући да су основни механизми и услови конвергенције објашњени, може се прећи на разматрање питања који су то елементи чланства у ЕУ који су кључни за испуњавање предуслова условне конвергенције земаља које спадају у исти клуб.

#### 4. ПОКРЕТАЧКИ МЕХАНИЗМИ ЕВРОПСКЕ КОНВЕРГЕНЦИЈЕ

Извесно је да је институционална конвергенција основни покретач европске конвергенције, односно ЕУ као машине за конвергенцију (у смислу дохотка *per capita*).<sup>20</sup> Као што је увек случај са клупском конвергенцијом, отвара се питање који су то сегменти европске институционалне конвергенције одлучујући за конвергенцију дохотка *per capita*.

Први кључни сегмент европске институционалне конвергенције односи се на заштиту приватних својинских права, укључујући и

<sup>16</sup> Вид. George Stigler, „Competition“, у: John Eatwell, Murray Milgate, Peter Newman, (ур.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Macmillan Press, London 1987.

<sup>17</sup> Више о односу конкуренције и привредног раста вид. Philippe Aghion, Rachel Griffith, *Competition and Growth: Reconciling Theory and Evidence*, The MIT Press, Cambridge, Mass. 2005. Овим налазима треба додати да економске институције које омогућавају економске слободе, нарочито слободу уласка нових произвођача, такође стварају снажне подстицај за ефикасности. Показало се (теоријским аргумензима и емпиријским налазима) да управо слобода уласка у грану представља кључни предуслов за увећање УФП путем технолошких иновација. Вид. Philippe Aghion, Alberto Alesina, Francisco Trebbi, „Democracy, technology and growth“, *NBER Working Papers Series*, Working Paper No. 13180, Cambridge, Mass. 2007.

<sup>18</sup> Демографски услов конвергенције (једнакост стопа раста становништва) није институционално условљен, тако да није предмет ове анализе.

<sup>19</sup> Вид. P. Aghion, P. Howitt.

<sup>20</sup> Вид. Indermit Gill, Martin Raiser, *Golden Growth: Restoring the Lustre of the European Economic Model*, World Bank Washington, D.C. 2012.

уговорна права. То се своди на конвергенцију у погледу пословног окружења које је по мери инвеститора, што значи да се стварају делотворни подстицаји за акумулацију производних фактора, њихову ефикасну алокацију и коришћење и, нарочито, за иновације, што све доводи до убрзања привредног раста. Први „круг“ конвергенције (између западне Европе и САД) само је у мањој мери био заснован на овом сегменту институционалне конвергенције, будући да су многе сличности у том погледу између ова два подручја постојале и раније. Далеко је интензивнија била институционална конвергенција у погледу пословног окружења, нарочито заштите приватних својинских права, у другом кругу конвергенције између европског севера и југа, премда разлике у том погледу постоје и данас. Најинтензивнија и свеобухватна конвергенција у погледу економских институција, односно пословног окружења, догодила се у случају источноевропских земаља, током процеса њиховог приступања ЕУ (2004. и 2007. године). Институционални оквир тадашњих земаља чланица ЕУ представљао је институционалну границу за нове земље чланице, чак и формални циљ њихове институционалне реформе, тако да је та реформа била делотворна, а конвергенција пословног окружења била брза и свеобухватна. Таква и мора бити промена из административне у тржишну привреду.<sup>21</sup> Показало се да је овај, трећи „круг“ конвергенције био најинтензивнији, како у погледу институционалне конвергенције, тако и у погледу њене последице – конвергенције дохотка *per capita*.<sup>22</sup> Узрочно-последична веза иде од институционалне конвергенције ка конвергенцији дохотка *per capita*, услед виших стопа раста новоприселих земаља чланица у односу на постојеће. Доказ томе је налаз да је најснажнији извор привредног раста источноевропских земаља током процеса приступања био пораст ефикасности, односно пораст УФП као последица институционалних и структурних реформи, које су неминовно пратиле институционалне, далеко више него акумулација производних фактора.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Показало се да је веома интензивна конвергенција дохотка *per capita* догодила током процеса придруживања, тј. пре него што су земље кандидати постале земље чланице у случају проширења из 2004. године. Вид. Economist Intelligence Unit, *Economies in Transition: Eastern Europe and the Former Soviet Union*, EIU London, 2003.

<sup>22</sup> Више о динамици привреда источноевропских земаља, односно бивших социјалистичких привреда вид. Anders Aaslund, *How Capitalism Was Built*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

<sup>23</sup> Декомпозиција извора привредног раста (*growth accounting*) источноевропских земаља показала је да је раст тих земаља у периоду пре придруживања ЕУ, од средине 1990 тих до средине 2000 тих, био у највећој мери заснован на повећању УФП, пре свега услед повећања ефикасности. То показује да је институционална реформа довела до веома интензивне реалокације производних ресурса из неефикасних ка ефикасним пословних подухватима. Сличан феномен се примећује у земљама југоисточне Европе у првој деценији XXI века, будући да оне за око десет

Следећи битан фактор конвергенције дохотка *per capita* унутар ЕУ, нарочито за јужноевропске и источноевропске земље, јесте јединствено тржиште. Слободан проток добара унутар ЕУ, додуше у нешто мањој мери и услуга, уз минимизацију трансакционих трошкова, ствара снажан конкурентски притисак и одрживе подстицаје свим учесницима на тржишту да побољшају, односно максимизују алокативну и производну ефикасност. Сходно томе, новопридошле земље чланице тог клуба увећавају своју ефикасност релативно, у односу на дотадашње чланице, будући да је ефикасност новопридошлих земаља била знатно нижа у време у коме су се спремале за чланство, као и тренутку у коме постале чланице клуба. То значи да је раст УФП новопридошлих земаља чланица већи у односу на дотадашње чланице, што доводи до релативног убрзања њиховог привредног раста и тиме до конвергенције дохотка *per capita*. Надаље, увећано (домаће) тржиште увећава могућности за друштвену поделу рада, специјализацију и реализацију економије обима, што увећава УФП у новопридошлим земљама чланицама, онима које до учлањења нису имале те погодности. А управо те погодности увећавају атрактивности земље за страна директна улагања, као један од основних механизма за увоз капитала и трансфер технологије, чиме се поспешује и акумулација капитала и раст УФП као извори раста.

Наредни механизам европске конвергенције заснива се царинској унији, која је један од темеља ЕУ, и либералној спољнотрговинској политици, односно скромној заштити домаћих произвођача. Уласком у царинску унију унутар ЕУ, домаћи произвођачи из новопридошлих земаља чланица бивају више изложени и оном међународном конкурентском притиску који не долази из земаља ЕУ, чиме се додатно увећавају подстицаји за ефикасност. Сви наведени налази се односе на тржиште добара; европско тржиште услуга још увек није јединствено и постоје препреке у трговини услугама унутар тог тржишта.

Најзад, веома битан сегмент институционалне конвергенције јесте конвергенција финансијских институција, која омогућава слободан проток капитала од земаља са високом стопом штедње и ниском стопом приноса ка земљама са ниском стопом штедње и високом стопом приноса. Реч је о феномену финансијске интеграције

---

година касне за институционалном реформом источноевропских земаља. Узгред, овакав раст није одржив, будући да се на овај начин неефикасност једнократно уклања. Стога у будућности изворе раста треба тражити у акумулацији производних фактора и технолошком прогресу, што се у случају источноевропских земаља већ и догодило средином прве деценије XXI века. Garbis Iridian, „Rapid growth in transition economies: Growth accounting approach“, *IMF Working Papers*, No. 07/164, 2007 и Magdalena Borys, Katalin Polgar, Andrei Zlate, „Real convergence and the determinant of growth in EU candidate and potential candidate countries: A panel data approach“, *ECB Occasional Paper Series*, No 86, European Central Bank, Frankfurt 2008.

унутар ЕУ, која омогућава ефикасно финансијско посредовање. Један од конкретних појавних облика те интеграције јесу велике стране директне инвестиције банака из централне, западне и северне Европе у источноевропске земља, што је омогућило знатан увоз штедње путем позајмљивања капитала. Финансијска криза из 2008. године, као и догађаји на финансијском тржиштима који су следили (криза сувереног дуга), показали су да подружнице банака у источноевропским земљама, и поред високих приноса (профита) које остварују, имају добру пруденцијалну контролу и високу капиталну адекватност, у великом броју случајева бољу од матичних банака.

Наведена три сегмента институционалне реформе одлучујућа су, како за институционалну конвергенцију, тако и за конвергенцију дохотка *per capita* која је њена последица. Стога се поставља питање да ли је пуноправно чланство у ЕУ, тј. политичка европска интеграција, потребан услов за институционалну конвергенцију, па тиме и за конвергенцију дохотка *per capita*. Извесно је да се три наведене институционалне реформе могу остварити и изван чланства у ЕУ – постоје земље које су у институционалном погледу (у домену наведена три сегмента) веома сличне земљама ЕУ иако нису њене чланице (Норвешка, Исланд, Лихтенштајн, Швајцарска и, у одређеној мери, Турска). Такође, није спорно да је, бар нормативно посматрано, чланство у ЕУ, односно приступање политичкој интеграцији, довољан услов за наведене институционалне реформе. Показало се, у случају проширења ЕУ из 2004. године, да може да постоји синергија између економске и политичке интеграције, односно између економских и политичких реформи – управо је то био случај у источноевропским земљама и њиховој транзицији из социјалистичких у тржишне привреде.<sup>24</sup>

Формализована институционална конвергенција, оличена у политичкој европској интеграцији, односно у приступању ЕУ, има, како своје предности, тако и недостатке у погледу реформе економских институција, будући да представља институционални пакет који се не може распакивати – не постоји слобода у бирању сегмената институционалне реформе који ће се примењивати. Сходно томе, морају се спроводити и оне институционалне реформе, односно примењивати она институционална решења ЕУ, која, не само да нису потребна за убрзање привредног раста, па тиме и конвергенцију дохотка *per capita*, него на том плану могу да буду и контрапродуктивна (попут еколошког или радног законодавства).

<sup>24</sup> Вид. Jan Fidrmuc, „Economic reform, democracy and growth during post communist transition“, *European Journal of Political Economy*, Vol. 19, 2003, 583 604. Међутим, у проширењу из 2007. године, када су у ЕУ ушле Бугарска и Румунија, та синергија је ослабила, уколико се и није у потпуности изгубила.

## 5. КОНВЕРГЕНЦИЈА БЕЗ ПУНЕ ПОЛИТИЧКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ: ПРИСТУПАЊЕ ЕЕП

На основу наведених налаза о механизмима конвергенције дохотка *per capita* извесно је да за пуноправно чланство у ЕУ није потребан услов за такву конвергенцију. Иако се показало да такво чланство може да буде пожељно са становишта конвергенције економских институција, па тиме и конвергенције дохотка *per capita* (проширење 2004. године), такав налаз је релативизиран проширењем из 2007. године, па се у случају Бугарске и Румунија може чак тврдити да није био ни довољан услов за такву конвергенцију.

Надаље, перспективу пуноправног чланства Србије у ЕУ треба посматрати у светлу следећих чињеница.

- После пријема Хрватске (1. јули 2013. године), пријем нових земаља чланица у ЕУ одлаже се на неодређено, али свакако дуже време.
- Проширење ЕУ је пројекат политичке елите најмоћнијих земаља чланица, који никада није имао снажну подршку бирачког тела. Криза кроз коју пролази ЕУ од почетка глобалне финансијски кризе из 2008. године још више је ослабило подршку бирачког тела даљем проширењу ЕУ<sup>25</sup> – чињеница о којој демократски изабрани лидери земаља чланица ЕУ морају да воде рачуна.
- Имајући у виду кризу сувереног дуга, односно кризу саме монетарне уније, Европска унија у овој деценији мора да реши кључна питања опстанка саме Уније, односно мора да приступи институционалној реформи која ће довести до нове равнотежне организације Уније. У овом тренутку потпуно је неизвесно какви ће бити резултати те институционалне реформе, односно како ће Унија бити организована за десет година, у време када би Србија, евентуално, могла да постане пуноправна чланица ЕУ.
- Узимајући све наведено у обзир, произлази да Србија, не само да не зна да ли и када би могла да постане земља чланица ЕУ, већ не зна шта ће то чланство конкретно значити, нарочито уколико дође до реализације једне од могућих концепција Европе „са више брзина“.

<sup>25</sup> Према истраживању јавног мњења земаља чланица ЕУ из новембра 2012. године, у просеку је 38% испитаника за проширење, док је 52% против (остатак чине они који не знају одговор). У случају Немачке, међутим, свега 21% испитаника је за проширење, док је чак 73% против. Немачка није усамљени случај – у Француској је тај однос 26% према 68%. Вид. European Commission, *Public Opinion in the European Union*, Standard Eurobarometer 78, Brussels 2012.



- Коначно, условљавања Србије у досадашњем периоду, а нарочито почев од 2011. године, све се мање односе на испуњавања копенхашких критеријума, а све се више своде на политичка условљавања, усмерена, пре свега, ка признавању независности Косова (иако су у тим захтевима употребљавају еуфемизми), потеза који генерише високе политичке трошкове српским властима.

Имајући у виду наведене чињенице, Србија треба да тражи алтернативи пут европских интеграција. Извесно је да се алтернатива политичкој европској интеграцији, односно пуноправном чланству у ЕУ, којом се задржавају сви механизми који омогућавају конвергенцију дохотка *per capita*, може наћи у аранжману Европског економског подручја (ЕЕП), који у случају Србије треба да буде допуњен са неколико додатних елемената. ЕЕП је институционални аранжман који се заснива на постојању исте оне четири слободе на којима се заснива и ЕУ: слобода протока добара, услуга, капитала и људи.<sup>26</sup> Са становишта Србије овакав аранжман нуди три кључна елемента:

- интеграцију у јединствено европско тржиште (укључујући и царинску унију);<sup>27</sup>
- обавезујућа институционална конвергенција у свим сегментима који су релевантни за јединствено европско тржиште;
- слободан проток људи, укључујући и чланство у шенгенској зони.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Основна институционална решења овог институционалног аранжмана могу се наћи у Agreement on the European Economic Area, OJ No L 1, 3.1.1994, p 3 (пречишћен текст од 15.11. 2011. може се наћи на: <http://www.efia.int/legal texts/eea.aspx>), као и пратећим документима овог уговора (анекси и протоколи).

<sup>27</sup> Стриктно посматрано, ЕЕП је подручје слободне трговине, а не царинска унија. Како би се постигао већи степен интеграције у јединствено тржиште, како би се избегла компликована и административно захтевна правила које се односе на минимални домаћи садржај производа, и како би се водила политика ниске царинске заштите домаћих произвођача према трећим земљама (што је спољнотрговинска политика ЕУ), овим се предлаже уговорно приступање царинској унији ЕУ. Овакво уговорно приступање царинској унији већ је остварено у случају Турске. Имајући у виду да Србија већ спроводи Споразум о стабилизацији и придруживању којим је успостављана зона слободне трговине са нултим царинским стопама на непољопривредне производе почев од 2014. године, царинска унија представља логичан следећи корак. Тим пре што су, према поузданим информацијама, званичници ЕУ неформално нудили Србији приступање царинској унији још 2002. године.

<sup>28</sup> Слободан проток људи регулисан је чл. 28 30 Уговора и задржава се на укидању виза за грађане земаља ЕЕП за улазак у оне чланице ЕЕП које су и земље чланице ЕУ. Потпуно слободан проток људи преко границе, међутим, регулисан је Шенгенским споразумом, који није део аранжмана ЕЕП.

Управо ови елементи институционалне реформе омогућавају ону врсту институционалне конвергенције која је, како је разјашњено у претходном одељку, потребан и, практично, довољан услов за конвергенцију дохотка *per capita*. Наиме, у случају јединственог европског тржишта, ефекти чланства у ЕЕП (укључујући и царинску унију) идентични су ефектима пуноправног чланства у ЕУ. Исти налаз се односи на финансијску интеграцију, која омогућава ефикасно финансијско посредовање и несметани ток капитала према Србији. Сходно наведеном, у овом погледу, кључни предуслови за убрзани привредни раст и конвергенцију дохотка *per capita* остварују се приступањем ЕЕП у истој оној мери у којој се остварују приступањем ЕУ.<sup>29</sup>

Будући да је установљено у чему то нема никакве разлике у ефектима приступања ЕЕП и ЕУ, сада се треба усредсредити на разлике између ова два институционална аранжмана, како би се установило да ли је чланство у ЕЕП за Србију пожељна алтернатива пуноправном чланству у ЕУ. Чланство у ЕЕП је, насупрот чланству у ЕУ, практично неутрално у погледу институционалне изградње у области универзалне заштите приватних својинских права, односно успостављања владавине права – не постоје захтеви на том плану. У том смислу, пред Србијом би стајала слобода у погледу одлука на том плану. При том, треба водити рачуна да би чланство у ЕУ створило обавезе усклађивања функционисања правосуђа, што би свакако поспешило бољу заштиту приватних својинских права од њиховог

<sup>29</sup> Налаз да је приступање нових земаља чланица ЕУ довело до убрзања њиховог привредног раста сам за себе не представља негирање тезе да не постоји разлика између ефеката чланства у ЕЕП и пуноправног чланства у ЕУ на привредни раст земаља чланица и конвергенцију дохотка *per capita*. Наведени налаз (вид. European Commission, „Five years of an enlarged EU: Economic achievements and challenges“, *European Economy* 1/2009) није заснован на декомпозицији стопе раста новоприсојних земаља чланица по изворима раста, па остаје неизвесно колико је сама политичка интеграција допринела увећању стопе раста. Штавише, налаз „Процењује се да је процес придруживања убрзао привредни раст нових земаља чланица за око 1,75% за период од 2000–2008, када је стопа раста порасла са 3,5% у просеку у периоду 1999–2003. године на 5,5% у периоду 2004–2008. године.“ (*Ibid.*, 3) исказује само корелацију између две променљиве, а не узрочно последичну везу. Стога овај налаз треба прихватити уз велику резерву, тим пре што се ни емпиријски радови који се помињу у наведеном извештају Европске комисије нису бавили приступањем ЕУ као објашњавајућом променљивом, већ су узрок убрзању привредног раста новоприсојних земаља чланица видели у транзицији, односно у институционалној и структурној реформи. (Elisabeta Falceti *et al.*, „Reforms and growth in transition“, *Journal of Comparative Economics*, Vol. 34, 2006, Susan Schadler *et al.*, Growth in the „Central and Eastern European countries of the European Union“, *IMF Occasional Paper No. 252*, 2006). Налаз до којег су дошли G. Iridian, и M. Borys *et al.* показује да је највећи допринос привредном расту дао повећавање УФП услед транзиције и реструктурирања привреде која је довела до повећања ефикасности, али то је последица институционалне и структурне реформе тих земаља током њихове транзиције, која је могла да се догоди независно од учлањења у ЕУ.

нарушавања које представља кршење закона, односно права.<sup>30</sup> Међутим, исто тако, преузимање различитих обавезујућих норми ЕУ у погледу свеопште регулације и социјалне заштите, што се ефективно своди на прекомерно опорезивање приноса производних фактора, какве захтева пуноправно чланство у ЕУ, представља нарушавање приватних својинских права које је у складу са законом, што доводи до погоршања пословног окружења и умањења подстицаја предузетницима који су кључни за привредни раст.<sup>31</sup> У том смислу, чланство у ЕЕП, насупрот пуноправном чланству ЕУ, има последице са супротним смером деловања, па се стога не може донети једнозначан закључак. Извесно је, међутим, да се отвара могућност да земља која, уместо ЕУ, приступи ЕЕП има пословно окружење које је повољније са становишта предузетника, односно инвеститора, чиме се убрзава њен привредни раст.

Следећа битна разлика између чланства у ЕЕП и пуноправног чланства у ЕУ јесте могућност учешћа у доношењу одлука. Иако обавеза усаглашавања правних прописа у случају чланства у ЕЕП постоји једино у специфичним областима, углавном онима који су везани за функционисање јединственог европског тржишта, земље чланице ЕЕП немају могућност да утичу на доношење одлука, односно не учествују у формулисању правних прописа, које су обавезне да се прихвате и примењују. Отуда и цинична напомена о „факс демократији“,<sup>32</sup> односно навођење ове околности као слабости било каквог решења које није пуноправно чланство у ЕУ.<sup>33</sup>

Не спорећи наведено, поставља се питање у којој мери би Србија као земља чланица била у прилици да утиче на прописе које би била принуђена да спроводи. Број посланика који би Србија имала

<sup>30</sup> Као што је већ напоменуто (фуснота 12), кршење приватних својинских права може да буде и у складу са законом. Типичан пример кршења приватних својинских права које је у складу са законом је прекомерно опорезивање: експропришу се приноси производних фактора у приватној својини, а јавном потрошњом се не увећа продуктивност тих производних фактора, бар не у оној мери у којој је потребно да се компензује умањење приноса. Вид. S. Djankov *et al.* и Б. Беговић, (2011).

<sup>31</sup> У наведену врсту регулације која има ефекте опорезивања спада, на пример, еколошка регулација која неминовно увећава трошкове пословања, чиме умањује стопу приноса. Неке врсте регулативе, попут оне којом се регулише функционисање тржишта радне снаге, не морају да имају карактер ефективног опорезивања, али умањујући флексибилност таквог тржишта погоршавају пословно окружење, умањују подстицаје за запошљавање радне снаге и на тај начин имају негативне ефекте на привредни раст.

<sup>32</sup> Вид. Jarle Herland, „On the outside, looking“ in, *European Voice, Analysis*, 26<sup>th</sup> January 2012, available online: [http://www.europeanvoice.com/page/3323.aspx?LG1&ArtID\\_73334&SecName\\_Analysis&SectionID\\_40](http://www.europeanvoice.com/page/3323.aspx?LG1&ArtID_73334&SecName_Analysis&SectionID_40).

<sup>33</sup> Вид. Dimitar Bechev, *The Periphery of the Periphery: The Western Balkan and the Euro Crisis*, London: European Council on Foreign Relations, 2012, 8.

у Европском парламенту свакако није добар показатељ овакве моћи. Ипак, треба напоменути да би, чак и у условима примене начела регресивне пропорционалности, Србија имала негде око 2,3% места у Европском парламенту,<sup>34</sup> а начин организованости тог парламента као наднационалног тела на принципу идеолошки сличних посланичких група (тренутно седам уз групе неприпадајућих посланика) таква је да су могућности заједничке акције српских посланика при доношењу одлука и евентуалног грађења коалиције са другим заинтересованим земљама у том парламенту прилично мале.

Далеко је значајнија чињеница да кључне одлуке ЕУ увек доноси Европски савет у коме важи начело „једна земља, један глас“, уз консензус. Иако то отвара могућност за стратешко понашање једне мале земље, попут Србије, и успешније грађење коалиција и *ad hoc* савезништва него што би то могло да се учини у Европском парламенту, ипак се одлуке Савета доносе према политичким преференцијама најснажнијих земаља, а концесије се, када их има, дају унутар круга великих. Крајем прошле и нарочито почетком ове деценије, кључне одлуке Савета доносе се под снажним утицајем највеће (мерено бројем становника) и економски најснажније земље чланице. У том смислу, Србија ни пуноправним чланством у ЕУ не би значајно могла да утиче на одлуке, односно на политике и правне прописе који из њих произлазе. Стога ова примедба о инфериорности чланства у ЕЕП није оправдана.

Но, да ли, чак и да је у прилици да утиче на политике ЕУ, Србија то може да чини? Ради се о томе да Србија у овом тренутку нема, а мало је вероватно да ће у догледној будућности имати јасну визију сопственог националног интереса који треба да штити. Попут, на пример, Велике Британије, која има јасан интерес у ограничавању пореског оптерећења, ниском нивоу социјалне заштите и чувању флексибилности тржишта радне снаге. Или, попут Шведске, која има јасно дефинисан интерес опстанка система флексибилности тржишта уз високе пореске стопе, које омогућавају високи ниво социјалне заштите. Пре се, уместо одбране неких постојаних вредности за које се залаже велика већина грађана Србије, може очекивати да би пуноправним чланством Србије у ЕУ неки од домаћих приватних интереса могао да се наметне као национални интерес Србије у европским установама.

Штавише, примедба о „факс демократији“ као аргументу у прилог пуноправног чланства ЕУ противречи следећем аргументу у прилог таквог чланства, односно против чланства у ЕЕП као алтерна-

<sup>34</sup> Толико би места Србији припало када би у ЕУ ушла у првој половини 2013. године. Улазак нових земаља чланица, почев од Хрватске, неминовно ће умањити релативни број српских посланика у том парламенту.

тивног решења. Аргумент се заснива на претпоставци, за неке чак и налазу да свеобухватне институционалне и структурне реформе која Србија треба да спроведе на путу до пуне и функционалне тржиште привреде не могу да се остваре без условљавања и техничке помоћи ЕУ.<sup>35</sup> Другим речима, мотивација за покретање и спровођење реформи тражи се ван земље, будући да је политички трошак институционалних и структурних реформи висок и обично није временски повезан са политичким користима од тих реформи. Ипак, показало се да се успешне, што значи одрживе институционалне и структурне реформе могу очекивати искључиво у оним земљама у којима постоје снажна домаћи подстицаји за такву реформу, односно у којима политичка елита земље (независно од сопствене партијске припадности) свој опстанак и напредовање везује за спровођење тих реформи.<sup>36</sup> Другим речима, екстерно условљавање само по себи не даје добар резултат у погледу институционалних и структурних реформи. Оно може да буде корисно само уколико у земљи већ постоји политичка воља за то.

Узимајући у обзир интеракције између политичке и пословне елите, може се претпоставити да ће приступање Србије ЕЕП-у и њен улазак јединствено европско тржиште и снажан конкурентски притисак које такав аранжман ствара променити преференције пословне елите, а у неким случајевима и саму елиту. Оправдано је претпоставити да би у тим условима интерес пословне елите било стварање што повољнијег пословног окружења, снижавање трошкова пословања и реформа економских институција која би то омогућила. На тај начин би се створио аутохтони и, стога, одрживи притисак на политичку елиту, који свакако недостаје у овом тренутку, будући да су могућност за заштиту, субвенционисање и селективну државну интервенцију изузетно високе, па је стога и добар део пословне елите ангажован у трагању за рентом.

Коначно, разлика између чланства у ЕЕП и пуноправног чланства у ЕУ лежи и у приливу финансијске (развојне) помоћи. Један од аргумената који се користи у прилог пуноправног чланства јесте и финансијска помоћ коју добија земља кандидат за приступање ЕУ (тзв. претприступни фондови ЕУ), па потом и као чланица ЕУ (кохезиони и структурни фондови).<sup>37</sup> Овај аргумент треба посматрати

<sup>35</sup> Вид. Сузана Грубјешкић, „Лакше са ЕУ“, *НИН*, број 3241, 7. фебруар 2013. Занимљиво је, међутим, да према налазима истраживања које спроводи Канцеларија за европске интеграције Владе Републике Србије, чак 66% испитаника сматра да би „реформе требало наставити и да нису услов за улазак у ЕУ. Вид. Канцеларија за европске интеграције, Европска оријентација грађана Србије, Београд децембар 2012.

<sup>36</sup> Dipak Lal, *Reviving the Invisible Hand: The Case for Classical Liberalism in the Twenty First Century*, Princeton University Press, Princeton 2006.

<sup>37</sup> D. Betchev то назива „током ресурса“.

из два угла. Први је износ такве помоћи. При томе, после стицања чланства у ЕУ, треба водити рачуна искључиво о тзв. нето трансферима, дакле износу прилива на основу стране помоћи која долази из буџета ЕУ умањеног за обавезна давања буџету Уније.<sup>38</sup> Ти износи су се показали као релативно мали. Уколико се изузму балтичке републике, нето трансфери новим земљама чланицама ЕУ (у обзир се узимају оба досадашња проширења која су обухватила источно-европске земље, 2004. и 2007. године) крећу од 0,55% (Словенија) до 2,68% (Мађарска) бруто домаћег производа (БДП).<sup>39</sup> Просечан износ одобрених *IPA* фондова за Србију износио је 0,67% БДП-а у седмогодишњем периоду који завршава крајем 2013. године. Очигледно, није реч о великим средствима. Други угао посматрања је значајнији. То је питање у којој мери страна помоћ може да поспешу привредни раст једне земље. Најзначајнија теоријска и емпиријска истраживања у последњих двадесетак година показала су да ниво стране помоћи није пресудан за убрзани привредни раст и трансформацију земље.<sup>40</sup> Чак се у одређеном броју случајева показало да страна помоћ може да буде и контрапродуктивна са становишта привредног раста.<sup>41</sup> Преглед емпиријских радова којима се тражи објашњење убрзаног раста источноевропских земља показао је да се као извор тога раста не тражи развојна помоћ ЕУ, већ они фактори који су директно или индиректно везани за економску интеграцију и институционалну реформу усмерену на ту интеграцију.<sup>42</sup>

Чланство у ЕЕП не подразумева никаква приливе из буџета ЕУ. Међутим, поставља се питање да ли би у случају чланства Србије дошло до нето одлива буџетских средстава.<sup>43</sup> Финансијске обавезе које имају чланице ЕЕП-а према мање развијеним чланицама ЕУ и према посебним програмима који се финансирају из буџета ЕУ уго-

<sup>38</sup> У случају чланства у ЕЕП не постоји никаква обавеза давања буџету ЕУ. Финансијске обавезе чланица ЕЕП дефинисане су финансијским механизмом, који се заснива на грантовима мање развијеним земљама чланицама ЕУ. Извесно је да Србија не би плаћале те грантове, већ би чак можда била и њихов прималац.

<sup>39</sup> Изузетак, као што је већ напоменуто, чине балтичке републике, услед њихових специфичности. Вид. Nicolaus Heinen, *EU Net Contributor or Recipient, Deutsche Bank Research*, Frankfurt 2011. Користе се подаци за 2008. годину, како би се занемарио могући утицај финансијске кризе која је започела крајем те године.

<sup>40</sup> За преглед тих аргумената вид. Борис Беговић, „Институционални аспекти стране помоћи“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2008, 121–138.

<sup>41</sup> Вид. Stephen Knack, Aminur Rachman, „Donor fragmentation and bureaucratic quality in aid recipient“, *Journal of Development Economics*, Vol. 82, 2007, 176–197.

<sup>42</sup> European Commission, 30–43.

<sup>43</sup> Управо је теза о нето одливу средстава из Србије један од аргумената употребљених против приступања ЕЕП као алтернативи пуноправном чланству у ЕУ. Вид. Душан Лопандић, Иван Кнежевић, „Предности чланства: ЕУ испред ЕЕП“, *Политика*, 19. март 2013.

ворене су обавезе.<sup>44</sup> Идеја о оваквим уговорним финансијским обавезама настала је из чињенице да су садашње земље чланице ЕЕП (Норвешка, Лихтенштајн и Исланд) високоразвијене и богате земље, мерено дохотком *per capita* који је знатно изнад просека Европске уније. Због тога је на овај начин решено питање исказивања солидарности са другим европским земљама. Будући да Србија спада међу најсиромашније европске земље и да нижи доходак *per capita* од ње бележе само три земље у Европи, мало је вероватно да би се таква обавеза односила на Србију.<sup>45</sup>

Овим се показало да са становишта привредног раста, чланство у ЕЕП, чак и да није супериорно решење у односу на пуноправно чланство у ЕУ, свакако није инфериорно. Због тога се оно може окарактерисати као пожељно.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Разматрање је показало да је, са становишта убрзања привредног раста Србије, економска интеграција Србије није инфериорно решење у односу на политичку, па чак да у неким аспектима може да буде у супериорна. Стога се може закључити да је приступање ЕЕП, уз модификације које појачавају степен економске интеграције унутар тог институционалног аранжмана, пожељна алтернатива пуноправном чланству у ЕУ.

То, међутим, не значи да се ради о лакој путу. То је пут којим нико упоредив са Србијом досад није прошао. И њега треба прећи у време у коме је Европа измучена кризом, Србија измучена опоравком и транзицијом у којој су приоритети била уставна питања и суочавање са прошлошћу, а не реформа економских институција и структурне реформе. Можда су управо тешка времена подстицај свима да дају свој максимум.

---

<sup>44</sup> Основу за тај споразум дају чл. 115 117 Уговора о ЕЕП којим се дефинише „финансијски механизам“. На основу тога се доносе протоколи којима се спецификују обавезе земаља ЕЕП да, директним донацијама, финансирају пројекте у мање развијеним земљама ЕУ или да, наменским уплатама у буџет, учествују у финансирању неких специфичних програма ЕУ.

<sup>45</sup> При томе, не постоји никакав разлог да се претпостави да би се у случају приступања Србије ЕЕП аутоматски укинула државна помоћ коју на билатералној основи пружају земље чланице ЕУ. Та помоћ далеко надмашује помоћ која је у последњем периоду долазила из ЕУ на основу тзв. *IPA* фондова. Вид. [www.europa.gov.rs](http://www.europa.gov.rs).

Dr. Boris Begović

Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

EUROPEAN INTEGRATIONS AND SERBIAN ECONOMIC  
GROWTH: ECONOMIC INTEGRATION AS AN ALTERNATIVE  
TO THE EU MEMBERSHIP

*Summary*

The aim of the paper is to consider various options of European integration of Serbia and evaluate them from the perspective of economic growth of the country. Considerations within the framework of convergence theory demonstrated that only some elements of political integration, embodied in accession to the EU, are necessary condition for income *per capita* convergence. That is convergence of economic institutions, predominantly those who provide for protection of private property and contractual rights and those who provide for free exchange and unconstrained competition. It was demonstrated that such institutional convergence is facilitated by introduction of the single market and free flow of production factors. Accession to the European Economic Area provides for free flow of products and production factors, hence this type of integration is evaluated as sufficient and desirable regarding the economic growth.

Key words: *Serbia. – European integrations. – Economic growth. – Convergence. – European economic Area (AAE).*



Др Вук Радовић\*

## ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

*У српској теорији стечајног права побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду до сада није у довољној мери проблематизовано. Практичари и теоретичари се углавном заустављају на формулацији да је реч о неспорном начину побијања који у пракси не ствара проблеме. Овај рад жели да покаже да овакав закључак није оправдан, а највероватније је последица недовољног коришћења овог начина побијања. Писање рада на ову тему посебно оправдава чињеница да је новим Законом о стечају допуњена и делимично промењена досадашња регулатива овог питања.*

*Аутор је у раду прво идентификовао основна отворена питања побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду, на која упоредна стечајна законодавства не дају униформне одговоре. У другом делу се анализира сврха овог начина побијања, при чему се посебно апострофира жеља за дестимулисањем вршења одређених правних радњи дужника уочи отварања стечајног поступка. Трећи део рада је посвећен одређивању обухвата појмова правне радње без накнаде и уз незнатну накнаду, који у пракси могу створити значајне проблеме. Како правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду мора бити учињена у одређеном периоду пре стечајног поступка, следећи део рада проучава темпорални и финансијски аспект релевантног периода. У последњем делу су приказани најзначајнији изузеци од општих правила о побијању правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду.*

*Кључне речи: Побијање правних радњи. Стечајни дужник. Стечајни поступак. Поклон. Правна радња без накнаде. Незнатна накнада. Оштећење поверилаца.*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [vuk@ius.bg.ac.rs](mailto:vuk@ius.bg.ac.rs).

## 1. ОТВОРЕНА ПИТАЊА ПОБИЈАЊА ПРАВНИХ РАДЊИ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ

У пракси се често дешава да дужник коме је потребан новац продаје или на други начин располаже имовином по цени која је испод тржишне вредности, без намере да тиме оштети своје повериоце. Последица ове правне радње је смањивање имовине која се може користити за намирење потраживања поверилаца у стечајном поступку.<sup>1</sup> Сва развијенија стечајна законодавства омогућавају стечајном управнику да под одређеним условима побија правне радње стечајног дужника без накнаде или уз накнаду која је испод реалне (тржишне) вредности. Уз побијање правних радњи којима се погудују повериоци и правних радњи којима се намерно оштећују повериоци, бесплатна располагања су трећа велика група правних радњи које се могу побијати у стечајном поступку.<sup>2</sup>

Правни оквир побијања по овом основу није униформно постављен, већ између држава постоје значајне разлике. На начелном нивоу, постоји разлика између држава у којима се побијање по овом основу подводи под заједнички појам Паулијанске тужбе (овде спадају махом континентално-европске државе), државе које овај начин побијања подводе под институт преварног оштећења поверилаца, код кога се намера оштећења претпоставља (на пример, САД и Јапан) и државе које познају посебан институт правних радњи испод вредности (енгл. *undervalued transactions*), где спада стечајно право Енглеске, Аустралије и Новог Зеланда.<sup>3</sup>

Основно питање ове врсте побијања тиче се ширине његовог опсега, тј. у којој мери треба отворити врата овом начину побијања. Када је сувише либерално постављен, овај институт може имати позитиван ефекат на увећање стечајне масе, али ће зато утицати на нарушавање правне сигурности, јер се на тај начин олако оспоравају одређени пуноважни правни послови. Основни механизми, а уједно и најспорнија питања, путем којих законодавства утичу на ширину правног оквира овог института су:

- 1) дефинисање правне радње која је предмет тужбе за побијање – у том погледу није спорно да се могу побијати правне

<sup>1</sup> UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, New York 2005, 143, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html), 23. јануар 2013.

<sup>2</sup> Philip R. Wood, *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell, London 2007<sup>2</sup>, 459-460.

<sup>3</sup> John Armour, Gerard Hertig, Hideki Kanda, „Transactions with Creditors“, у: *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* (eds. Reinier Kraakman et al.), Oxford University Press, 2009<sup>2</sup>, 141.

- радње без накнаде, али је спорно које правне радње уз накнаду треба обухватити;
- 2) одређивање рока у коме правна радња треба да буде извршена – дужи рок по природи ствари може обухватити потенцијално већи број радњи стечајног дужника;
  - 3) прописивање правних радњи које се изузимају од побијања по овом основу – изузеци морају бити што прецизније дефинисани, али и довољно апстрактни да могу обухватити све ситуације које оправдано захтевају посебан третман;
  - 4) увођење посебних правила за правне радње извршене повезаним лицима – ова опција је посебно атрактивна за она законодавства која побијање без накнаде или уз незнатну накнаду оптерећују додатним условима, тако да се за побијање радњи извршених према повезаним лицима примењују олакшани услови (дужи рокови у којима радња може бити извршена и укидање додатних услова);
  - 5) отежавање побијања путем прописивања додатних (финансијских) услова, попут услова да је дужник у време када је радња извршена био инсолвентан или је постао инсолвентан због тог располагања.

Континентално-европска законодавства углавном користе само прва три механизма (дефинишу правну радњу која се може побијати, рок у коме она мора бити извршена и по правилу предвиђају један изузетак). Супротно њима, англосаксонски правни системи овај институт уређују вишеслојно, тако што га спајају са концептом повезаних лица, па различите системе примењују зависно од тога коме је и када извршена правна радња. Англосаксонски стечајни системи традиционално широко схватају појам правне радње уз накнаду која се може побијати, због чега је и логично да прописују више изузетака, али и додатне услове за побијање.

## 2. СВРХА ПОБИЈАЊА ПРАВНИХ РАДЊИ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ

Основна идеја омогућавања побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду је заштита поверилаца у стечајном поступку од последица бестеретних чинидби дужника извршених у одређеном периоду пре отварања стечајног поступка.<sup>4</sup> Овако формулисана, она се ни по чему не разликује од било које друге врсте

<sup>4</sup> Gerhart Kreft, у: *Insolvenzordnung* (Hrsg. Gerhart Kreft), C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2008<sup>5</sup>, 1149.

побијања, јер је заштита стечајних поверилаца у виду њиховог намирења у већем проценту основна последица било ког успешног побијања. Међутим, у односу на друге врсте побијања, побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду се правда и додатним разлозима.

## 2.1. Мања потреба за заштитом друге стране

Идеја заштите поверилаца од бесплатних чинидби дужника датира још од римског права. Тада су формулисана позната правила по којима нико не може чинити поклоне на рачун својих поверилаца (лат. *nemo liberalis nisi liberatus*), односно да је интерес поверилаца пречи у односу на интерес прибавилаца бестеретним путем (лат. *neo videtur injuria affici is, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur*).<sup>5</sup> Према томе, бестеретна и са њима изједначена располагања не заслужују заштиту као теретна располагања.<sup>6</sup> Лице које бестеретно стекне неку корист мора рачунати са тим да ће у случају отварања стечајног поступка морати да је врати.<sup>7</sup> Отуда се сматра да заштита поверења тог лица није потребна, јер такво стицање није скопчано ни са каквом жртвом, односно ни са каквим одрицањем прибавиоца.<sup>8</sup>

## 2.2. Претпоставка оштећења поверилаца

Општи услов за побијање сваке правне радње стечајног дужника је директно или индиректно оштећење поверилаца (тзв. општа објективна позитивна претпоставка побијања).<sup>9</sup> За разлику од других начина побијања, код побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду, оштећење поверилаца се претпоставља.<sup>10</sup> Оштећење произлази из природе бестеретних чинидби, те се не мора посебно доказивати.<sup>11</sup> Наиме, свака правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду води умањењу имовине стечајног дужника, што ће у стечајном поступку имати за последицу мању вредност стечајне

<sup>5</sup> Нав. према: Томица Делибашић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Београд 1999, 229.

<sup>6</sup> Ludwig Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2007<sup>4</sup>, 595; Reinhard Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002<sup>3</sup>, 102; Ulrich Föerste, *Insolvenzrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2008<sup>4</sup>, 152.

<sup>7</sup> R. Bork, 102.

<sup>8</sup> Т. Делибашић, 229.

<sup>9</sup> Mihajlo Dika, „Правне posledice otvaranja stečajnog postupka“, *Narodne novine* d.d., Zagreb 2002, 180.

<sup>10</sup> Јован Гуцуња, *Правно регулисање поверилачко дужничких односа у случају престанка организација удруженог рада*, докторска дисертација, Нови Сад 1980, 380.

<sup>11</sup> Hendrik Rogge, у: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht* (Hrsg. Andreas Schmidt), ZAP Verlag, Münster 2007<sup>2</sup>, 1480.

масе, а тиме и нижи проценат намирења стечајних поверилаца.<sup>12</sup> Континентално-европска законодавства из овог правила изводе закључак по коме је имовински положај стечајног дужника у време предузимања правне радње небитан.<sup>13</sup> Насупрот томе, англосаксонски правни системи воде рачуна и о имовинском стању стечајног дужника, осим у случају када је правна радња извршена повезаним лицу, када се испуњеност овог услова претпоставља.

### 2.3. Дестимулисање вршења одређених правних радњи уочи стечаја

Што је друштво ближе инсолвентности, то чланови органа управљања имају већи подстицај да се „коцкају“, улазећи у све ризичније пословне подухвате, или да смишљају начине како да већи део имовине друштва ставе ван домашаја поверилаца у предстојећем стечајном поступку. Ради дестимулисања вршења радњи на штету поверилаца друштва у пословној кризи, развили су се бројни институти, међу којима посебно место заузима побијање правних радњи стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду.<sup>14</sup> Основни циљ омогућавања ове врсте побијања је утицај на промену неадекватних подстицаја дужника који се налази у финансијским тешкоћама.<sup>15</sup> Наиме, дужници у пракси често на све могуће начине покушавају да оно мало имовине што им је остало склоне ван домашаја поверилаца, тако што ће је уочи отварања стечајног поступка поклонити или продати у бесцење. Премда су ове радње начелно правно довољне и пуноважне, драстично одступање од еквивалентности давања рађа сумњу у поштеност намера стечајног дужника.

Правно посматрано имовина са којом се располаже припада друштву. Међутим, економски посматрано то је имовина поверилаца. Имајући у виду овај несклад између правне и економске реалности, стечајно право жели да посебно заштити повериоце стечајног дужника, јер је познато правило да нико не може поклањати нешто што је туђе.<sup>16</sup> Ако се томе дода да се правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду често врше повезаним лицима, несанкционисањем оваквих правних радњи би се отворио пут за бројне злоупотребе. Због

<sup>12</sup> Р. R. Wood, 460; Вељко Вучетић, *Коментар Закона о санацији и престанку организација удруженог рада*, Информатор, Загреб 1961, 186; Ј. Гуцуња, 380.

<sup>13</sup> Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, 1480.

<sup>14</sup> Више вид.: Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: *Корпоративно управљање зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 263-264.

<sup>15</sup> Више вид.: John Armour, „Transactions at an Undervalue“, у: *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency* (eds. John Armour, Howard Bennett), Hart Publishing, Oregon 2003, 46-47.

<sup>16</sup> Лако је са туђим бити дарезљив (лат. *facile largiri de alieno*).

тога није нелогично да право олакшава овај начин побијања тако што не захтева испуњење било каквих субјективних услова.<sup>17</sup> Побујање бестеретних располагања је у потпуности објективизирано.<sup>18</sup> Не тражи се ни намера оштећења поверилаца, ни знање друге стране за неповољно финансијско стање дужника, нити било која друга субјективна претпоставка.<sup>19</sup>

### 3. ПРЕДМЕТ ПОБИЈАЊА ПРАВНЕ РАДЊЕ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ

Правна радња може бити предмет ове врсте Паулијанске тужбе под условом да се испуни пет претпоставки.

- 1) Правна радња мора бити учињена од стране стечајног дужника.<sup>20</sup> Ако се правна радња не може правно приписати дужнику, чињеница да је умањена вредност његове имовине је без значаја.<sup>21</sup>
- 2) Правна радња треба да води умањењу имовине дужника, тј. да доводи до померања у имовини дужника које је штетно за повериоце.<sup>22</sup>
- 3) Правна радња треба да има имовинску вредност, односно да се може изразити у новчаним јединицама.
- 4) Правна радња треба да буде извршена у корист другог лица.<sup>23</sup> Према томе, правилима о побијању нису обухваћене оне правне радње код којих дужник умањује своју имовину, при чему то не представља корист за неко друго лице (на

<sup>17</sup> У теорији се непостојање субјективних претпоставки правда слабостима бестеретних располагања. Michael Huber, у: *Insolvenzrechts handbuch* (Hrsg. Peter Gottwald), Verlag C. H. Beck München 2006, 854.

<sup>18</sup> Роберт Барч, *Основи права поравнања и стечајног права*, Геца Кон а. д., Београд 1939, 113; Т. Делибашић, 227; М. Дика, 180.

<sup>19</sup> Gerhard Pape, Wilhelm Uhlenbruck, Joachim Voigt Salus, *Insolvenzrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2010<sup>2</sup>, 424; Dimitar Machiedo, *Грађанскоправни и остали učinci otvaranja stečajnog postupka*, Split 1965, 34; Ј. Гуцуња, 380 381; Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1999, 621; Михаило Велимировић, *Стечајно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће Службени гласник, Београд 2010<sup>2</sup>, 137.

<sup>20</sup> G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt Salus, 425.

<sup>21</sup> J. Armour, 58.

<sup>22</sup> Wolfram Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht Kommentar*, De Gruyter Recht, Berlin 2008, 335.

<sup>23</sup> Према неким ауторима, овде је реч о тзв. захтеву узајамности (енгл. *requirement of mutuality*). Више вид.: John Armour, 56 58.

пример, дужник уништи неку ствар која улази у његову имовину). Оваква располагања се не могу анулирати у односу на стечајну масу, јер не постоји противник побијања (лице са којим је правни посао закључен, односно према коме је правна радња предузета). За испуњење овог услова се не захтева обогаћење стицаоца, нити постојање уговора.<sup>24</sup>

- 5) Правна радња треба да буде без накнаде или уз незнатну накнаду.<sup>25</sup> Како је реч о најзначајнијем услову за побијање, у даљем тексту ће се прво анализирати појам правне радње без накнаде, а затим и појам правне радње уз незнатну накнаду. На овом месту треба скренути пажњу на чињеницу да неки стечајни системи (попут аустријског) познају два одвојена правна режима: један поједностављен, који се примењује само на побијање правних радњи без накнаде, а карактеришу га дужи рок у коме радња треба да буде предузета и занемаривање субјективних елемената, и други сложенији, који се везује за правне радње уз незнатну накнаду, а одликује га скраћивање рока у коме радња треба да буде предузета и укључивање неких субјективних елемената.<sup>26</sup>

### 3.1. Правне радње без накнаде

Правне радње без накнаде обухватају све правне радње стечајног дужника којима умањује сопствену имовину у корист другог лица, при чему заузврат не добија нити треба да добије неку противвредност.<sup>27</sup> Према томе, дужник врши радњу која је у искључивом интересу друге стране (акт добротинства),<sup>28</sup> јер не постоји никаква накнада за оно што добија.<sup>29</sup> Прималац прима чиницу, свестан да се од њега не захтева противчинидба.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> М. Huber, у: P. Gottwald (Hrsg.), 854.

<sup>25</sup> У теорији се ова претпоставка назива посебна објективна позитивна претпоставка побијања. М. Dika, 181.

<sup>26</sup> Вид.: аустријски Стечајни закон (нем. *Konkursordnung*) из 1914. године КО, чл. 28(4) и 29. Више вид.: Walter H. Rechberger, Mario Thurner, *Insolvenzrecht*, WUV Universitätsverlag, Wien 2004<sup>2</sup>, 58. Истоветно решење је познавао и српски Стечајни закон из 1929. године СЗ, чл. 29-30.

<sup>27</sup> Слично вид.: L. Häsemeyer, 597.

<sup>28</sup> Јаков Радишић, *Облигационо право општи део*, Номос, Београд 2000<sup>6</sup>, 127.

<sup>29</sup> Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996<sup>3</sup>, 164.

<sup>30</sup> Hans Peter Kirchhof, у: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung* (Hrsg. Hans Peter Kirchhof, Hans Jürgen Lwowski, Rolf Stürner), Band 2, Verlag C. H. Beck, München 2008<sup>2</sup>, 696.

Доброћине правне радње у смислу правила о побијању се врше према одређеном (одредљивом) лицу или у корист одређеног (одредљивог) лица. Оне обухватају како једностране, тако и двостране правне радње. У једностране правне радње нарочито спадају: отпуштање дуга, дереликција и уопште одрицање дужника од права које му припада, пропуштање рокова и губитак права по том основу, уништење хартија од вредности, и сл.<sup>31</sup> Јавно обећање награде, такође, представља једнострану доброћину правни посао, под условом да радња трећег лица не представља корист за дужника. Закон о стечају, под утицајем Закона о облигационим односима, уводи претпоставку по којој се одрицање од наследства сматра правном радњом стечајног дужника без накнаде.<sup>32</sup>

Међу двостраним правним радњама без накнаде првенствено се истиче закључивање уговора о поклону, у коме је дужник поклонодавац.<sup>33</sup> Међутим, двострана бестеретна располагања се не могу свести само на поклон. Она могу бити закључена и у форми других уговора, при чему је значајно само то да ли друга страна даје дужнику неку накнаду за пренету вредност.<sup>34</sup> Тако се може десити да правни посао формално није без накнаде, али суштински ипак јесте. Примера ради, бесплатним располагањем треба сматрати правни посао са привидном накнадом, где је накнада означена само ради прикривања његове бестеретности.<sup>35</sup> У том случају суд ће правни посао категоризовати у складу са правим намерама уговорних страна.<sup>36</sup>

Правном радњом без накнаде треба третирати и куповину ненаплативог (економски безвредног) потраживања.<sup>37</sup> У том случају је дотадашњи поверилац противник побијања, без обзира да ли је знао за безвредност потраживања.<sup>38</sup> Такође, испуњење, преузимање или обезбеђење туђег дуга, без добијања противвредности, представља

<sup>31</sup> Драгиша Б. Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Сес Месоп, Београд 2006, 376; М. Велимировић, 138.

<sup>32</sup> Упор. Закон о стечају, чл. 124, ст. 3 са ЗОО, чл. 281, ст. 4.

<sup>33</sup> Због тога неки аутори овај начин побијања скраћено називају побијање по клону (нем. *Schenkungsanfechtung*). М. Huber, у: Р. Gottwald (Hrsg.), 851; L. Häsemeyer, 595.

<sup>34</sup> Фрања Горшић, *Коментар Стечајног закона*, Геца Кон а.д., Београд 1934, 135.

<sup>35</sup> Роберт Барч, 113; М. Dika, 180; М. Велимировић, 138.

<sup>36</sup> J. Armour, 60; Н. Kirchof, у: Н. Kirchof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 696.

<sup>37</sup> М. Dika, 180; Д. Слијепчевић, С. Спасић, 376; М. Велимировић, 138.

<sup>38</sup> Peter de Bra, у: *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar* (Hrsg. Eberhard Braun), Verlag С. Н. Beck, München 2002, 678.



доброчину правну радњу.<sup>39</sup> У парници за побијање, дотадашњи дужник је противник побијања.<sup>40</sup>

Бесплатним располагањем у смислу правила о побијању могу се сматрати и накнаде члановима управе дате без правног основа. Честа је корпоративна пракса да се руководиоцима друштва из осећања захвалности исплаћују *ad hoc* добротине и неугворене накнаде (тзв. *ex gratia* накнаде).<sup>41</sup> Оне најчешће имају форму неправих златних падобрана, који се исплаћују када чланови управе напусте друштво или пристану на напусте друштво на захтев трећег лица.<sup>42</sup> Са друге стране, према неким ауторима, исплату бонуса треба сматрати правном радњом уз накнаду, јер се она даје добровољно за извршене услуге.<sup>43</sup>

У теорији се често истиче да уговор у корист трећег лица није правни посао без накнаде, јер овде није реч о бесплатном располагању.<sup>44</sup> Уговор о осигурању живота у корист трећег је један од најзначајнијих врста уговора у корист трећег. Код овог уговора, друга уговорна страна (осигуравач) исплаћује осигурану суму лицу кога је уговарач осигурања означио као корисника осигурања.<sup>45</sup> Сама околност да је уговор о осигурању теретан није довољна за његово сврставање у наплативе правне послове, јер дужник (уговарач осигурања) не добија никакву противвредност за плаћене премије. Према неким ауторима, за оцену теретности овог правног посла меродаван је правни однос који постоји између стечајног дужника и трећег лица у чију корист је уговор закључен.<sup>46</sup> Следствено томе, не треба гледати само уговор о осигурању, већ и друге уговоре који су са њим повезани. Под претпоставком да другог правног односа нема, што је у пракси уобичајена ситуација, могућност побијања правних радњи у вези с уговором о осигурању живота зависи првенствено од тога да ли је ово уговор са значењем или без значења корисника. Код уговора о осигурању живота са значењем корисника, право

<sup>39</sup> P. de Bra, у: E. Braun (Hrsg.), 677; H. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1476-1477.

<sup>40</sup> P. de Bra, у: E. Braun (Hrsg.), 678; M. Huber, у: P. Gottwald (Hrsg.), 856.

<sup>41</sup> Више о неугворним накнадама члановима управе вид.: Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва препоруке добре праксе корпоративног управљања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 57-58.

<sup>42</sup> Lucian Arye Bebchuk, Jesse M. Fried, *Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard University Press, 2004, 87.

<sup>43</sup> P. de Bra, у: E. Braun (Hrsg.), 679.

<sup>44</sup> M. Dika, 180; M. Велимировић, 138.

<sup>45</sup> Предраг Шулетић, *Право осигурања*, Досије, Београд 1997<sup>4</sup>, 470.

<sup>46</sup> Ф. Горшић, 135.

бенефицијара (корисника) је установљено од самог почетка, те то лице непосредно на основу уговора и полисе стиче право на суму осигурања.<sup>47</sup> У овом случају се правне радње уговарача осигурања не могу побијати, јер права по основу овог осигурања њему нису никада ни припадала.<sup>48</sup> Код уговора о осигурању живота без означања корисника, стечајни управник би могао да побија правне радње исплате премија осигурања извршених у последњих пет година, под условом да није наступио осигурани случај.<sup>49</sup> У оба случаја стечајни управник прво треба да испита могућност опозивања корисника, а тек ако му ова опција није на располагању, он треба да покуша са тужбом за побијање.<sup>50</sup>

Правним послом без накнаде не може се сматрати ни признање постојећег дуга, јер се овом правном радњом не заснива неко ново право.<sup>51</sup> Слично томе, исплата природне облигације није бесплатно располагање.<sup>52</sup> Чињеница да се потраживање не може принудно наплатити не значи да обавеза не постоји и да не постоји морална дужност њеног извршења.<sup>53</sup> У крајњој линији, код природне облигације дужник је већ примио противнакнаду, тако да недостаје један од битних елемената бестеретног располагања. Бесплатним располагањем не треба третирати ни правни посао код кога друга страна није извршила противчинидбу.<sup>54</sup> У том случају стечајном управнику стоје на располагању друга правна средства (на пример, да тражи испуњење уговора), али не и побијање.<sup>55</sup> Испуњење теретног непуноважног уговора, такође, није правна радња без накнаде, ако стечајни дужник није знао за непуноважност уговора.<sup>56</sup>

Код уговора са одложним условом, испуњење обавезе од стране дужника је бестеретна чинидба све док услов не наступи. Извршење обавезе дужника оптерећене раскидним условом је правна радња уз накнаду све док услов не наступи.<sup>57</sup>

<sup>47</sup> ЗОО, чл. 960; П. Шулејић, 471.

<sup>48</sup> P. de Bra у: E. Braun (Hrsg.), 678.

<sup>49</sup> P. de Bra у: E. Braun (Hrsg.), 678.

<sup>50</sup> У српском праву је опозивање корисника могуће пре и после прихватања користи. Вид. ЗОО, чл. 959; П. Шулејић, 477-479.

<sup>51</sup> М. Велимировић, 138.

<sup>52</sup> Теретним располагањем се сматра исплата застареле обавезе. Н. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1475.

<sup>53</sup> М. Велимировић, 138.

<sup>54</sup> W. Henckel, 335.

<sup>55</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 697.

<sup>56</sup> Н. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1475.

<sup>57</sup> Н. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1475.

Правном радњом без накнаде најчешће се неће сматрати давање обезбеђења од стране матичног друштва за кредит који узима зависно друштво. Иако је ова правна радња у ужем смислу те речи бестеретна, матично друштво од ње ипак посредно има или може имати користи, а оне се састоје у повећању вредности акција зависног друштва.<sup>58</sup> Међутим, то не значи да у сваком случају овакву правну радњу треба сматрати бестеретном, већ *in concreto* треба испитивати да ли је друштво оправдано могло очекивати користи. Супротно реченом, правне радње давања обезбеђења за кредит матичног друштва од стране зависног друштва, као и давање обезбеђења у корист сестринског друштва, не могу се сматрати бестеретним давањима.<sup>59</sup>

### 3.2. Правне радње уз незнатну накнаду

Поред правних радњи без накнаде, предмет побијања могу бити и неке правне радње уз накнаду. Зависно од тога које правне радње уз накнаду су обухваћене овим правилом, законодавства се могу поделити у две групе: либерална и ограничавајућа.

- 1) Либерална законодавства карактерише широк домен примене ове врсте побијања. Она омогућавају побијање свих правних радњи стечајног дужника код којих је примљена вредност била мања од реалне (тржишне). Овакво решење прихватају САД, Аустралија, Нови Зеланд и до недавно Црна Гора.<sup>60</sup>
- 2) Ограничавајућа законодавства сужавају круг правних радњи које се могу побијати, јер их везују само за оне правне радње код којих је дужник примио незнатну накнаду или накнаду знатно нижу од реалне (тржишне) вредности. Није довољно установити да је вредност била мања од реалне (тржишне), већ да је та вредност била незнатна, односно да је била знатно мања од реалне (тржишне) вредности. У Аустрији се за означавање овог појма користи термин отуђивање имовине у бесцење (нем. *Vermögensverschleuderung*), а исти термин

<sup>58</sup> P. R. Wood, 477.

<sup>59</sup> Сличну праксу већ дужи низ година користе амерички судови. Нав. према: P. R. Wood, 477-478.

<sup>60</sup> Вид.: амерички Стечајни законик из 1978. године (енг. *U.S. Bankruptcy Code*) VanCode, § 548(a)(1)(B)(i); аустралијски Закон о банкротству из 1966. године (енг. *Bankruptcy Act*) VanAct, чл. 120, ст. 1, тач. b; новозеландски Инсолвенцијски закон из 2006. године (енг. *Insolvency Act*) InsAct, чл. 211; црногорски Закон о инсолвентности привредних друштава, *Службени лист РЦГ*, бр. 6/02, 1/06, 2/07 ЗОИ, чл. 60, ст. 3.

је прихватало и најстарије српско стечајно право. Највећи број законодавстава спада у ову категорију.<sup>61</sup> Србија традиционално прихвата исто решење.<sup>62</sup>

Правне радње уз незнатну накнаду обухватају све правне радње стечајног дужника којима се умањује сопствена имовина у корист другог лица, при чему се заузврат добија незнатна противвредност. Код ових правних радњи прво треба утврдити вредност узајамних давања (у новцу), а затим их упоредити.<sup>63</sup> Ако се утврди да је вредност коју је стечајни дужник примио незнатна у односу на вредност која је из његове имовине изашла, овај услов за побијање је испуњен.

За разлику од правних радњи без накнаде, практично је непоредиво теже утврдити незнатност противнакнаде. Два основна питања се сведе на то која вредност представља незнатну накнаду и како се она утврђује.<sup>64</sup> Да ли је вредност коју је дужник примио незнатна представља фактичко питање, на које ће суд морати да одговори у сваком конкретном случају, процењујући све релевантне околности.<sup>65</sup> Очигледно је да суд има велику дискрецију приликом тумачења овог апстрактног стандарда. Ако дужник прода ствар чија је тржишна вредност 1.000.000 динара једном лицу за 50.000 динара, другом за 200.000 динара, а трећем за 600.000 динара, оправдано се поставља дилема да ли би се незнатном накнадом третирао само цена у износу од 50.000 динара, или и цена од 200.000 динара, или би правилном о незнатној накнади требало обухватити све три уговорене цене. Због правне сигурности, али и олакшавања посла судијама, потребно је поставити одређене границе и принципе којих

<sup>61</sup> Вид.: енглески Инсолвенцијски закон (енг. *Insolvency Act*) из 1986. године *InsAct*, чл. 238, ст. 4; немачки Инсолвенцијски закон (нем. *Insolvenzordnung*) из 1994. године *InsO*, чл. 134, ст. 1; аустријски КО, чл. 28, ст. 4; хрватски Стечајни закон, *Народне новине*, бр. 44/96, 29/99, 129/2000, 123/03, 82/06, 116/10 *СЗ*, чл. 132, ст. 1; македонски Закон за стечај, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 34/06 *ЗС*, чл. 144, ст. 1; Закон о стечајном поступку Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 29/03, 32/04 *ЗСП БиХ*, чл. 82, ст. 1; Закон о стечајном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/02 *ЗСП Републике Српске*, чл. 82, ст. 1; црногорски Закон о стечају, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/11, чл. 127.

<sup>62</sup> Вид.: *СЗ*, чл. 29; Закон о санацији и престанку организација удруженог рада, *Службени лист СФРЈ*, бр. 41/80, исправка 58/80 *ЗОСПОУР* 1980, чл. 161, ст. 1; Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93, 28/96 *ЗППСЛ*, чл. 112, ст. 3, тач. 2; Закон о стечајном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 84/04 *ЗСП*, чл. 103; Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, чл. 124, ст. 1.

<sup>63</sup> J. Armour, 68.

<sup>64</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 143.

<sup>65</sup> Д. Слијепчевић, С. Спасић, 376; М. Велимировић, 139.

се треба придржавати приликом оцене да ли једна радња стечајног дужника спада у категорију радњи уз незнатну накнаду.

Прво треба скренути пажњу на то да је реч о објективном стандарду. Субјективне околности (на пример, гледишта, мишљења, ставови, као и евентуална заблуда дужника и трећег лица) су правно ирелевантне.<sup>66</sup>

Незнатност противнакнаде се цени у поређењу са вредношћу дужникове чинидбе.<sup>67</sup> Према томе, незнатност није самосталан појам, већ релативан, јер зависи од вредности правне радње дужника.

Вредност узајамних чинидби се утврђује у моменту закључења уговора, односно предузимања правне радње стечајног дужника, а не у време доношења судске одлуке.<sup>68</sup> Каснија измена вредности (на пример, снижавање вредности правне радње стечајног дужника) без утицаја је на утврђивање незнатне накнаде. Међутим, ова околност ће бити од значаја за стечајног управника приликом оцене да ли да поднесе тужбу за побијање.

Процена вредности узајамних давања може у пракси бити скопчана са бројним проблемима.<sup>69</sup> У већини држава, судови врше процену вредности узајамних давања, на основу налаза вештака, примењујући, при том, стандард разумне или тржишне вредности у време када је радња извршена.<sup>70</sup>

Нарочито је у том погледу актуелно питање могућности прилагођавања тржишне вредности како би се узеле у обзир специфичне околности. Тако се може десити да предмет обавезе има за дужника или за другу уговорну страну посебну (афекциону) вредност, која се може у значајној мери разликовати од тржишне вредности. У том случају се поставља питање оправданости примене уобичајеног теста тржишне вредности. Чини се да треба заузети став по коме у обзир треба узети афекциону вредност ствари, али само под условом да су обе стране знале за њено постојање.

Друга проблематична ситуација се тиче могућности снижења вредности примљене имовине када је дужник у финансијским проблемима. На тај начин би се узела у обзир чињеница да се продаја у овим околностима уобичајено врши испод тржишне вредности.<sup>71</sup> У теорији су у овом погледу присутна два становишта: према првом, ово питање треба анализирати у контексту неког од изузетака од побијања правних радњи уз незнатну накнаду, док према другом,

<sup>66</sup> M. Dika, 180; M. Велимировић, 139.

<sup>67</sup> M. Dika, 179.

<sup>68</sup> Врховни суд Војводине, Пж. 1566/90 од 11.4.1991.

<sup>69</sup> Више вид.: J. Armour, 70 78.

<sup>70</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 143.

<sup>71</sup> J. Armour, 74.

фактор финансијских тешкоћа заиста може да утиче на „праву вредност“ пренете имовине.<sup>72</sup> Ако се присетимо чувених речи Ричарда Трећег, који је нудио краљевство за коња, јасно је да су друштвима на ивици стечаја преко потребна ликвидна средства, а то може утицати на примену посебних правила на процену вредности имовине.<sup>73</sup> Отуда, друго становиште има више оправдања.

Појам незнатне накнаде се често поистовећује са појмом очигледно несразмерних узајамних давања, који се јавља код института прекомерног оштећења.<sup>74</sup> Реч је о сличним концептима, али иза којих стоји различита правна логика. Прекомерно оштећење пружа заштиту у случају драстичног нарушавања принципа једнаке вредности узајамних давања код двостранообавезних уговора. Супротно томе, концепт незнатне накнаде штити повериоце стечајног дужника, а чини нераскидиво јединство са правним радњама без накнаде на које се у садржинском смислу надовезује. Идеја није да се побијање омогући када постоје услови за примену прекомерног оштећења, већ да се омогући заштита повериоцима у стечајном поступку у случајевима најекстремнијих видова непоштовања принципа једнаке вредности узајамних престација, односно да се обухвате ситуације у којима је правни посао са накнадом, али је она таква да се у суштинском смислу поистовећује са правним послом без накнаде. Према томе, применом телеолошког и језичког тумачења може се извести закључак да су у питању два одвојена правна стандарда. Стандард незнатне накнаде је ужи, и у сваком случају обухваћен појмом очигледно несразмерних давања, док са друге стране, могу постојати накнаде које су очигледно несразмерне, али да нису истовремено и незнатне. Овакво схватање је оправдано имајући у виду и чињеницу да је у српском праву прихваћен тзв. субјективни појам прекомерног оштећења, код кога оштећена страна ужива правну заштиту само ако није знала нити морала знати за праву вредност уговорних обавеза.<sup>75</sup> За разлику од прекомерног оштећења, побијање правне радње уз незнатну накнаду је објективан концепт.

Радња дужника трећем лицу и *vice versa* не мора бити учињена директно.<sup>76</sup> Тако, примера ради, ако стечајни дужник изврши неку правну радњу банци без накнаде, а банка заузврат да кредит трећем лицу у коме стечајни дужник има удео, правна радња извршена банци ће се сматрати правном радњом уз накнаду.<sup>77</sup> Стечајни дужник је

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> ЗОО, чл. 139.

<sup>75</sup> Слободан Перовић, у: *Коментар Закона о облигационим односима* књига прва (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Правни факултет, Крагујевац и Културни центар, Горњи Милановац 1980, 445.

<sup>76</sup> J. Armour, 70.

<sup>77</sup> P. de Bra, у: E. Braun (Hrsg.), 679.

индиректно имао користи од ове правне радње. Према томе, све повезане правне радње се морају посматрати као једна целина.

Учестала пракса давања прекомерних накнада члановима управе може потпасти под удар ове врсте побијања. Наравно, у сваком конкретном случају се мора утврдити у којој мери је учинак члана управе био незнатан у поређењу са примљеном накнадом. Неке земље, махом скандинавске, имају посебне законске одредбе посвећене овом питању.<sup>78</sup>

#### 4. РЕЛЕВАНТАН ПЕРИОД

Правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду може се побијати само под условом да је предузета у релевантном периоду. Услов релевантног периода може имати два аспекта: темпорални и финансијски.<sup>79</sup>

##### 4.1. Темпорални услов

У свим стечајним системима, правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду може се побијати само ако је предузета у одређеном законском року. У српском и црногорском праву тај рок износи пет година пре подношења предлога за отварање стечајног поступка.<sup>80</sup>

а) *Дужина рока*. Ранији српски стечајни закони прописивали су знатно краћи рок за побијање правних радњи стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду, а он се кретао између годину дана и две године.<sup>81</sup> Закон о стечају је значајно продужио овај рок, који сада износи пет година. Циљ продужења рока је био да се омогући већи маневарски простор за стечајног управника да побија правне радње стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду, с идејом да се што више увећа стечајна маса, а тиме и проценат намирења стечајних поверилаца. Ако се упореди са роковима у упоредном праву, који се уобичајено крећу између две и четири године,<sup>82</sup> рок је у српском праву дужи.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> P. R. Wood, 475-476.

<sup>79</sup> J. Armour, 37 и 47.

<sup>80</sup> Закон о стечају, чл. 124, ст. 1; црногорски Закон о стечају, чл. 127, ст. 1.

<sup>81</sup> Вид.: Стечајни закон, чл. 30, ст. 1 две године; ЗОСПОУР 1980, чл. 161, ст. 1 годину дана; ЗППСЛ, чл. 112, ст. 1 годину дана; ЗСП, чл. 103 две године.

<sup>82</sup> Вид.: амерички VanCode, § 548(a)(1) две године; енглески InsAct, чл. 240, ст. 1, тач. а две године; новозеландски InsAct, чл. 212, ст. 1, тач. а две године; немачки InsO, чл. 134, ст. 1 четири године; хрватски СЗ, чл. 132, ст. 1 четири године; македонски ЗЗС, чл. 144, ст. 1 четири године.

<sup>83</sup> Рок од пет година познају и Аустралија, Босна и Херцеговина, Република Српска, а раније и Црна Гора. Вид.: аустралијски VanAct, чл. 120, ст. 1; ЗСП БиХ,

И поред јасне идеје, из теоријског угла је спорно да ли се може оправдати овако драстично продужење рока. Наиме, према становишту *UNCITRAL*-а, овај рок треба да буде релативно кратак (на пример, од три до шест месеци).<sup>84</sup> Једино у случају када је правна радња извршена повезаном лицу, онда треба примењивати строжа правила и дуже рокове (на пример, две године). Српско право је усвајањем Закона о стечају увело концепт повезаних лица у право побијања.<sup>85</sup> Међутим, та одредба нема никакву примену на побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду, јер се услови за побијање не разликују у зависности од тога ко је друга страна (корисник правне радње). У теорији постоје и становишта која правдају дуже рокове, са образложењем да је савестан прималац заштићен путем ограничења побијања само на утврђено обогаћење.<sup>86</sup>

б) *Рачунање рока*. У погледу начина рачунања рокова треба применити општа правила Закона о облигационим односима и посебна правила Закона о стечају.<sup>87</sup> У том погледу треба скренути пажњу на следеће појединости:

- Рок се рачуна у годинама, што значи да се примењују правила тзв. цивилног рачунања времена. Битан је само дан, али не и час и минут подношења предлога за отварање стечајног поступка, јер се у овом случају не примењује тзв. астрономско рачунање времена.
- За разлику од Закона о облигационим односима, чија је одредба формулисана тако да се рокови рачунају унапред (тј. после наступања релевантног догађаја), рокови за побијање се рачунају уназад.
- Сходно Закону о облигационим односима, а имајући у виду формулацију Закона о стечају, дан подношења предлога за отварање стечајног поступка треба третирати догађајем од ког се рачуна рок.
- Према општим правилима о рачунању рокова у годинама, рок се завршава оног дана који се по имену и броју поклапа са даном подношења предлога за отварање стечајног поступка. Прецизније речено, рок истиче завршетком последњег дана рока. Ако се има у виду да се рокови за побијање рачунају

чл. 82, ст. 1; ЗСП Републике Српске, чл. 82, ст. 1; црногорски ЗОИ, чл. 60, ст. 3, тач. 1 и 4.

<sup>84</sup> *UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law*, 148.

<sup>85</sup> Вид.: Закон о стечају, чл. 125.

<sup>86</sup> L. Häsemeyer, 601.

<sup>87</sup> Вид.: ЗОО, чл. 77, ст. 2; Закон о стечају, чл. 127.



уназад, онда је последњи дан рока у коме радња треба да буде предузета почетак последњег дана. Примера ради, ако је предлог за отварање стечајног поступка поднет 15. септембра 2010. године, рок од пет година истиче 15. септембра 2005. године у 00.00 часова.

- Ако је последњи дан рока нерадни дан, према општем правилу ће се као последњи дан рока рачунати следећи радни дан.<sup>88</sup> Међутим, дословна примена правила о следећем радном дану није прихватљива, јер би у том случају дошло до скраћивања рокова за побијање. Како се рокови код побијања рачунају уназад, треба заузети став према коме рок истиче претходног радног дана.

в) *Када се сматра да је правна радња предузета?* Да ли је правна радња предузета у законском року, одређује се путем времена наступања њених дејстава. Ако дејства наступају уписом у одговарајући регистар, онда се као меродаван узима тренутак када је прималац користи поставио захтев за упис.<sup>89</sup> У стечајном поступку се могу побијати и оне правне радње које су реализоване у извршном поступку, при чему ће се тада сматрати да је радња предузета у време када је спроведен поступак принудног извршења.<sup>90</sup>

#### 4.2. Финансијски услов

Многе државе прописују и додатни услов за побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду. Наиме, правна радња треба да буде извршена у тренутку када је друштво трајније insolventно или презадужено (испуњен стечајни разлог) или је друштво постало такво као последица учињене правне радње;<sup>91</sup> дужник се због те правне радње очигледно задужио преко реалних могућности да врати дуг по доспећу; или да је дужнику након правне радње преостала незнатна имовина.<sup>92</sup> Услови су постављени алтернативно, а њихова испуњеност се претпоставља када је друга страна повезано лице, односно ако је правна радња извршена у краћем року (на пример, годину дана) пре подношења предлога за отварање стечајног поступка.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> ЗОО, чл. 77, ст. 3.

<sup>89</sup> Закон о стечају, чл. 127, ст. 2; L. Häsemeyer, 601.

<sup>90</sup> L. Häsemeyer, 602.

<sup>91</sup> Амерички VanCode, § 548(a)(1)(B)(ii)(I); енглески InsAct, чл. 240, ст. 2; но возеландски InsAct, чл. 212, ст. 1, тач. b; црногорски ЗОИ, чл. 60, ст. 3, тач. 4.

<sup>92</sup> Последња два услова познају америчко и раније црногорско стечајно право. Вид.: амерички VanCode, § 548(a)(1)(B)(ii)(II и III); црногорски ЗОИ, чл. 60, ст. 3, тач. 4.

<sup>93</sup> Више о финансијском услову у енглеском праву вид.: J. Armour, 48-55.

Стечајно право Србије прописује једино да правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду мора бити учињена у релевантном року. Правно је без значаја да ли је друштво у том тренутку било неспособно за плаћање. Непостојање финансијског услова показује да је систем побијања прихваћен у српском праву изразито либералан и усмерен у правцу стимулације овог начина побијања.<sup>94</sup>

## 5. ИЗУЗЕЦИ

У поступку побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду на тужиоцу је терет доказивања свих законом прописаних претпоставки за побијање. У случају да тужилац докаже испуњеност свих услова, туженом стоји на располагању могућност доказивања неког од законом предвиђених изузетака. Искључење побијања по овом основу применом неког од изузетака не искључује могућност побијања по другим основама (на пример, по основу преварног оштећења поверилаца).<sup>95</sup>

Најчешће се од побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду изузимају: уобичајени пригодни поклони, правне радње са *bona fide* пословном сврхом и радње код којих је треће лице поступало у доброј вери.

### 5.1. Уобичајени пригодни поклони

Уобичајени пригодни поклони представљају једини изузетак од побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у континентално-европским правним системима.<sup>96</sup> У праву Србије овај изузетак је испрва постојао,<sup>97</sup> али је након Другог светског рата ишчезао из законских текстова.<sup>98</sup> Нови Закон о стечају, под евидентним утицајем релевантне одредбе Закона о облигационим односима о искључењу побијања, али и упоредних решења, враћа овај изузетак у српско стечајно право.<sup>99</sup> *De lege lata*, „не могу се побијати уобичајени

<sup>94</sup> О упоредноправној прихваћености оваквог решења више види: P. R. Wood, 476.

<sup>95</sup> H. Kirchhof, у: H. Kirchhof, H. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 714; H. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>96</sup> Немачки InsO, чл. 134, ст. 2; хрватски СЗ, чл. 132, ст. 2; македонски ЗЗС, чл. 144, ст. 2; ЗСП БиХ, чл. 82, ст. 3.

<sup>97</sup> Стечајни закон, чл. 30, ст. 1, тач. 1.

<sup>98</sup> Послератна стечајна теорија је критиковала овакву законодавну праксу. Вид.: J. Гуцуња, 381; Т. Делибашић, 231.

<sup>99</sup> Упор.: Закон о стечају, чл. 124, ст. 2 са ЗОО, чл. 282. Исто и: црногорски Закон о стечају, чл. 127, ст. 2.

пригодни поклони, наградни поклони, као ни поклони учињени из захвалности нити издвајања у хуманитарне сврхе, под условом да су у време када су учињени били сразмерни финансијским могућностима стечајног дужника и уобичајени за привредну грану којој стечајни дужник припада.“ Приказана одредба има три елемента, који заједно одређују границе примене овог изузетка. У упоредном праву се томе додаје и четврти елемент.

а) *Поклон*. Овај изузетак се односи само на четири врсте уговора о поклону, што значи да не обухвата остале правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду.<sup>100</sup> Прву врсту чине уобичајени пригодни поклони, другу – наградни поклони,<sup>101</sup> трећу – поклони учињени из захвалности,<sup>102</sup> а четврту – поклони у хуманитарне сврхе. У упоредном праву се помињу само уобичајени пригодни поклони. Све четири врсте поклона поменуте у нашем праву су наменског карактера. Прве три врсте се у ширем смислу могу подвести под појам пригодног поклона, док је четврта врста особена, јер обухвата тзв. поклоне у општекорисне (хуманитарне) сврхе.

Пригодни поклони се дају одређеним поводима (пригодама), као што су празници, рођења, крштења, венчања, јубилеји, дипломирање, матурирање, и сл.<sup>103</sup> Њихов смисао је управо везан за догађаје поводом којих се дају, јер је у односу на њих „очигледно да их дужник не даје да би на тај начин оштетио своје повериоце“.<sup>104</sup> Међутим, повод није нужна претпоставка, јер се поклони могу давати у било које време.<sup>105</sup> У ширем смислу, овај изузетак обухвата и поклоне којима се извршавају неке обичајне обавезе.<sup>106</sup>

<sup>100</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 713; Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>101</sup> У српској теорији облигационог права наградни поклон се дефинише као уговор „код кога је намера дарежљивости заснована на одређеној радњи, заслуги или држању поклонопримца“. Слободан Перовић, *Облигационо право књига прва*, Службени лист СФРЈ, Београд 1990<sup>7</sup>, 606. Више о појму наградног поклона вид.: Марко Ђурђевић, „Наградни поклон“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 1/2011, 162 172.

<sup>102</sup> За разлику од наградног поклона, који се даје за новчано процењиву услугу, поклон из захвалности се даје за услугу која се не може проценити у новцу. Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 76 78.

<sup>103</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 713; P. de Bra, у: Е. Braun (Hrsg.), 681; Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481; М. Huber, у: Р. Gottwald (Hrsg.), 853; L. Häsemeyer, 600; G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt Salus, 426; Ф. Горшић, 135; С. Перовић, 807; М. Дика, 181.

<sup>104</sup> С. Перовић, 807.

<sup>105</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 713; Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>106</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 713 714; Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

Поклони у хуманитарне (општекорисне) сврхе су израз друштвене солидарности и жеље да се помогне онима којима је та помоћ најпотребнија.<sup>107</sup> Најчешће се везују за елементарне непогоде, пружање социјалне помоћи, плаћање медицинских интервенција онима који за то немају средстава, и сл. Хумани мотиви налажу да се ове радње изузму од побијања.<sup>108</sup> Наравно, не треба пренебрегнути чињеницу да издвајања у добротворне сврхе могу бити учињена са намером да се изиграју стечајни повериоци. Међутим, то неће утицати на примену овог изузетка (под условом да су испуњени сви остали услови), већ може бити основ за примену неког другог основа за побијање.

б) *Уобичајеност*. Од побијања су изузети само они поклони који су уобичајени. Уобичајеност се цени имајући у виду повод, врсту и обим поклона.<sup>109</sup> За разлику од упоредних стечајних закона, који се задржавају на формулацији да поклон треба да буде уобичајен, остављајући судској пракси велики маневарски простор, српски Закон о стечају додатно прецизира домаћај уобичајености, везујући га за привредну грану којој стечајни дужник припада. Питање које треба поставити је да ли би за разумног привредника, у тој ситуацији било уобичајено да да ту врсту и вредност поклона.<sup>110</sup>

в) *Сразмерност*. Пригодни поклони, поред уобичајености, морају да испуне и услов сразмерности, тј. морају да буду пропорционални финансијским могућностима стечајног дужника. Док се анализа уобичајености своди на поређење стечајног дужника са упоредивим пословним окружењем, анализа сразмерности се односи на самог дужника и његов економски потенцијал у тренутку давања поклона. Утврђивање сразмерности је фактичко питање које ће суд испитивати у сваком конкретном случају. Већина стечајних система законски не уређује услов сразмерности, већ га подводи под појам уобичајености. Наиме, прво треба утврдити да ли је поклон уобичајен у привредној грани којој дужник припада, а ако недвосмислено не излази из тих оквира треба узети у обзир и имовинске односе дужника у време када је поклон дат.<sup>111</sup>

г) *Мала вредност*. Уобичајен пригодан поклон се може изузети од правила о побијању само ако је мале вредности.<sup>112</sup> Реч је о

<sup>107</sup> Више вид.: С. Перовић, 607-608.

<sup>108</sup> М. Велимировић, 138.

<sup>109</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 714.

<sup>110</sup> Р. de Bra, у: Е. Braun (Hrsg.), 681-682.

<sup>111</sup> Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>112</sup> Према одредбама српског наследног права, уобичајени мањи поклони не улазе у вредност заоставштине на основу које се израчунава нужни део и не

елементу који омогућава објективну контролу домена примене овог изузетка,<sup>113</sup> односно спречава његово прешироко тумачење.<sup>114</sup> Основни је проблем да ли границу мале вредности треба одређивати у апсолутном износу или у односу на имовину дужника у време давања поклона. Чини се да је одређивање апсолутног износа прихватљивије, јер је поређење са имовином дужника већ садржано у захтевима сразмерности и уобичајености.<sup>115</sup> У теорији постоје и покушаји да се уз одређивање апсолутног износа, вредност поклона доведе у везу са обимом стечајне масе, те се у том погледу уводи претпоставка по којој би се поклоном мале вредности могао сматрати само онај поклон чија вредност не прелази 10% вредности стечајне масе.<sup>116</sup> У сваком случају, горња граница мале вредности не сме да буде сувише ниско постављена, како би се оставило више простора за утврђивање уобичајености и сразмерности.<sup>117</sup>

За разлику од већине континентално-европских законодавстава, српско право не познаје овај услов.<sup>118</sup> Међутим, судска пракса би требало да заузме став према коме би се овај услов третирао као обавезан елемент за примену изузетка.

## 5.2. *Bona fide* пословна сврха

У енглеском праву се од побијања изузимају правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду ако се испуне следећа два услова:<sup>119</sup>

а) друштво је предузело радњу у доброј вери и у сврхе обављања својих делатности; и

б) у време када је радња предузета постојала је разумна основа за веровање да ће правна радња користити друштву.

Први услов је субјективног карактера, јер се захтева да је друштво извршило правну радњу у доброј вери. Добра вера дру-

---

урачунавају се у наследни део. Вид.: Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, чл. 49 и 75.

<sup>113</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 714; L. Häsemeyer, 601.

<sup>114</sup> P. de Bra, у: Е. Braun (Hrsg.), 681; G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt Salus, 426.

<sup>115</sup> P. de Bra, у: Е. Braun (Hrsg.), 682. У донедавно важећем црногорском стечајном праву мала вредност је била ограничена на 500 евра. Вид.: црногорски ЗОИ, чл. 60, ст. 3, тач. 3.

<sup>116</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 714.

<sup>117</sup> Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>118</sup> Стечајни закон из 1929. године је прописивао да уобичајени пригодни поклон мора бити у примереној висини (чл. 30, ст. 1, тач. 1).

<sup>119</sup> Вид.: енглески InsAct, чл. 238, ст. 5.

ге стране није релевантна.<sup>120</sup> Овај услов је испуњен ако је друштво предузело радњу верујући да ће на тај начин промовисати сопствене интересе.<sup>121</sup>

Други услов је објективног карактера, јер се захтева доказ да се радња у време када је предузета из угла друштва могла разумно посматрати као корисна за друштво.<sup>122</sup> Не тражи се да је друштво заиста веровало да ће радња користити друштву, већ да је разуман управни одбор имао основа за овакво веровање.<sup>123</sup>

Постојање овог изузетка је у потпуности оправдано. Иако није изричито поменуто у српском праву, нема разлога да га судска пракса не прихвати. Његова примена може бити посебно погодна у оним случајевима када је циљ продаје у томе да се спречи већа штета за друштво (на пример, продаја кварљиве робе, робе којој истиче рок трајања, демодиране робе, робе неподесне за чување код дужника, и сл.).<sup>124</sup> Према томе, сврха продаје није оштећење поверилаца, већ њихова заштита.

### 5.3. Добра вера треће стране

У неким правима се дозвољава и посебан изузетак за одређена лица која су у доброј вери примила имовину или користи уз накнаду на основу правног посла.<sup>125</sup> За примену овог изузетка се захтевају два услова:<sup>126</sup>

а) да је лице стекло права од лица које није стечајни дужник, односно да је примило користи из правног посла, а није друга страна;

б) да је у питању правна радња уз накнаду.

Недостатак добре вере се претпоставља за две категорије лица:

- 1) лица која су имала информације о свим релевантним околностима везаним за правну радњу (*i.e.* да је друштво извршило правну радњу уз незнатну накнаду) или покретање поступака против друштва и
- 2) лица која су повезана са стечајним дужником или другом страном у тој правној радњи.

<sup>120</sup> R. M. Goode, 371.

<sup>121</sup> R. M. Goode, 372.

<sup>122</sup> J. Armour, 68.

<sup>123</sup> J. Armour, 68; R. M. Goode, 372.

<sup>124</sup> Ратимир Кашанин, Ратибор Нешковић, Иванка Лекић, *Коментар Закона о санацији и престанку организација удруженог рада*, Савремена администрација, Београд 1981, 295; Т. Делибашић, 231; Д. Слијепчевић, С. Спасић, 376; М. Велимировић, 139.

<sup>125</sup> Вид.: енглески InsAct 1986, чл. 241, ст. 2.

<sup>126</sup> Више вид.: J. Armour, 79-81.

Dr. Vuk Radović, LL.M.

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## AVOIDING TRANSACTIONS WITHOUT CONSIDERATION OR WITH INSIGNIFICANT CONSIDERATION IN BANKRUPTCY

### *Summary*

Avoiding transactions without consideration or with insignificant consideration has not yet been meaningfully disputed in Serbian theory of bankruptcy law. Practitioners and academics usually conclude that this type of avoidance is uncontroversial and does not raise problems in practice. This paper is trying to show that such conclusion is not justified, and most probably is a consequence of infrequent use of this type of avoidance. Writing of this paper is particularly justified by the fact that the new Bankruptcy Act has partially changed national regulation of this question.

In introductory part of the paper, the author identifies basic, open and partially unresolved questions related to avoiding transactions without consideration or with insignificant consideration, for which comparative bankruptcy legislations provide for no uniform answers. The second part of the paper examines the purpose of this type of avoidance, and concludes that principal justification is the amelioration of perverse incentives in the period leading up to bankruptcy. The third part of the paper deals with the boundaries of transactions without consideration and with insignificant consideration, a question that can raise many problems in practice. Taking into consideration that transaction must be entered into by the debtor at a relevant time before bankruptcy, the following part of the paper examines the temporal and financial aspect of the relevant period. Finally, the paper examines some of the most significant exemptions of general rules on avoidance of transactions without consideration or with insignificant consideration.

Key words: *Avoidance. – Bankruptcy debtor. – Bankruptcy. – Gift. – Transaction without consideration. – Transaction at an undervalue. – Creditors.*

Др Игор Вуковић\*

## О СИТУАЦИЈАМА ПОСРЕДНОГ ИЗВРШИЛАШТВА У СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

*У кривичном праву разликују се три форме извршилаштва: непосредно извршилаштво, посредно извршилаштво и саизвршилаштво. Посредни извршилац је оно лице које кривично дело врши преко другог лица. Посредни извршилац има власт над другим лицем, јер има надмоћну вољу или знање у односу на њега, што му омогућава да преко њега остварује своје замисли. Типичне примере посредног извршилаштва представља искоришћавање детета или неурачуњливог лица за вршење кривичног дела. У српској литератури још увек нису јасно дефинисане ситуације у којима постоји потреба за овом конструкцијом. Нарочито је сложено разграничење посредног извршиоца и подстрекача, с обзиром да је, према српском праву и прихваћеној лимитираној акцесорности, саучесништво могуће и без кривице непосредног извршиоца. Аутор разматра типичне ситуације посредног извршилаштва и проблеме које примена овог института подразумева у примени права.*

Кључне речи: *Посредни извршилац. Лице као оруђе. Власт над делом. За блуде извршиоца и посредника.*

Посредно извршилаштво подразумева вршење кривичног дела *преко другог лица*. Ова констелација представља изузетак у кривичном праву, из разлога што онај ко дело другог подстиче или њему на неки начин доприноси, али у њему непосредно не утиче, редовно представља саучесника – подстрекача или помагача. У случају посредног извршилаштва ситуација је нешто другачија, јер одлучивање о вршењу кривичног дела не лежи на непосредном извршиоцу. Његова основна карактеристика јесте искоришћавање одређеног *недостатка* другога за извршење властитог кривичног дела. Иза посредника, као својеврсног лица „из сенке“, догађајем управља посредни извршилац, који руке посредника користи за остварење свог наума. Овај други

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [igorvu@ius.bg.ac.rs](mailto:igorvu@ius.bg.ac.rs).



је само *људско оруђе*, средство првога који као централна личност влада над оним што се остварује, тако да само недело представља резултат његове воље. У савременој литератури, управо концепт *власти над другим* представља кључно материјално обележје посредног извршилаштва, према којем се овај институт разграничава у односу на подстрекавање као облик саучесништва.<sup>1</sup>

Институт посредног извршилаштва у европско законодавство прелази из немачког права. Дуго је у европском праву важила је тзв. *строга* (екстремна, потпуна) акцесорност, која је подразумевала да је саучесништво могуће само у случају противправног и скривљеног дела извршиоца.<sup>2</sup> То је значило да није била могућа одговорност саучесника без кривице извршиоца. Како би се омогућило да кривично одговара и онај ко је учествовао у делу лица које је поступало без кривице (нпр. душевног болесника или детета), настала је средином XIX века конструкција посредног извршилаштва, која је служила попуњавању празнина на плану кажњавања, насталих применом строге акцесорности.<sup>3</sup> Усвајањем ограничене (лимитиране) акцесорности, која је омогућавала заснивање саучесништва и без скривљеног дела извршиоца, омогућено је да се искоришћавање душевне болести, недозрелости или других сличних стања казни као подстрекавање, па је овај основни разлог постојања конструкције посредног извршилаштва отпао. И поред тога, међутим, посредно извршилаштво је као институт и даље опстало, иако се отворио проблем његовог смисленог разликовања у односу на подстрекавање.

Ситуације подстрекавања и посредног извршилаштва делом се преклапају, па се разграничење углавном чини преко материјалног критеријума *власти над делом*, који је уобличио и у светску литературу увео немачки аутор Роксин (*Roxin*), иако назнаке сличних размишљања налазимо и раније.<sup>4</sup> Делом влада онај ко његово одвијање држи под својом паском, ко у сваком тренутку може да одлучи да дело прекине или даље настави – ко једном речју предста-

<sup>1</sup> Kristian Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Franz Vahlen, München 2008<sup>6</sup>, 656.

<sup>2</sup> Вид. Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin 1996<sup>5</sup>, 655.

<sup>3</sup> Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Franz Vahlen, München 2011<sup>6</sup>, 226. У систему тзв. јединственог учина лаштва, које не познаје саучеснике већ само извршиоце различите по доприносу, важећег у аустријском праву, посредно извршилаштво не постоји као посебан вид извршилаштва, већ се његове констелације разматрају као видови извршења дела подстрекавањем (вид. Ernst Eugen Fabrizy, „§§ 12 14<sup>11</sup>“, у: Frank Höpfel, Eckart Ratz [Hrsg.] *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2005<sup>2</sup>, 15).

<sup>4</sup> Вид. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. Beck, München 2003, 15 16.

вља *централну фигуру* догађања. Такву власт има најпре непосредни извршилац који влада радњом; саизвршилац поседује функционалну власт над делом, док посредни извршилац влада другим лицем. Посредни извршилац надмоћно господари над положајем другог, иако овом подређеном препушта остварење дела, зато што фактички *влада свешћу или вољом оруђа*. Како се дело посредника урачунава посредном извршиоцу, сви елементи дела на плану остварења бића, противправности и кривице испитују се код посредног извршиоца независно од посредника. Власт над свешћу односно вољом лица-оружа прати одговарајући *недостатак* на страни посредника, према којима се одређују типичне констелације посредног извршилаштва.

Проблем разграничења подстрекавања и посредног извршилаштва постоји и у српском праву. Подстрекавање је такав однос где се други с умишљајем наводи на вршење кривичног дела. Иако наш законодавац говори о подстрекавању да се „изврши кривично дело“ (вид. чл. 34 Кривичног законика),<sup>5</sup> опште је прихваћено да је саучесништво у односу на извршилаштво само ограничено акцесорно, што подразумева да није неопходна кривица извршиоца дела. То уосталом сад изричито предвиђа и Кривични законик, који у чл. 36, ст. 2 прописује да „основи који искључују кривицу извршиоца (чл. 23, 28. и 29. овог законика) не искључују кривично дело саизвршиоца, подстрекача, или помагача код којег кривица постоји“. Тиме је озакоњена лимитирана акцесорност коју су и раније прихватили наша теорија и судска пракса. На плану кажњавања начелно нема разлике, јер се и подстрекач кажњава казном прописаном за извршиоца (чл. 34, ст. 1 КЗ).<sup>6</sup>

У основним ситуацијама посредног извршилаштва посредник у делу као оруђе редовно не одговара. Ради се о тзв. *принципу одговорности*.<sup>7</sup> Тек у деликтној неодговорности оног који непосредно

<sup>5</sup> Кривични законик КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 72/09, 111/09 и 121/12. Означаване је недоследно јер КЗ прави разлику између „кривичног дела“, с једне стране, и „противправног дела у закону предвиђеног као кривичног дела“, с друге стране. Према принципу ограничене акцесорности, подстрекавање је умишљајно навођење другог да учини противправно дело у закону предвиђено као кривично дело.

<sup>6</sup> Разлика би евентуално постојала да је наш законодавац утврдио некажњивост неуспелог подстрекавања. Како се кажњивост неуспелог подстрекавања рав на према кажњивости покушаја кривичног дела на које се наводи (чл. 34, ст. 2 КЗ), криминалне зоне покушаја подстрекавања и покушаја посредног извршилаштва се преклапају. Ипак, то не значи да је кажњавање извршиоца и подстрекача једнако. Саучесништво се у свакој својој форми сматра блажим видом учествовања у делу од сваке форме извршилаштва, што и суд узима у обзир приликом одмеравања казне.

<sup>7</sup> Helmut Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, С. Н. Beck, München 2009<sup>4</sup>, 360; Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 664; Rudolf Rengier, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, С. Н. Beck, München 2010<sup>2</sup>, 350. Овај принцип прихваћен је и у швајцарском праву (вид. Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Stämpfli Cie AG, Bern 1996<sup>2</sup>, 342).

врши дело налази се нарочити интерес успостављања конструкције онога ко њиме управља. На страни непосредног извршиоца постоји одговарајући недостатак, који због неостварења законских обележја дела, противправности или кривице онемогућава његово кажњавање. Обрнуто, чињеница да је непосредни извршилац кривично одговоран за учињено дело, онемогућава закључак да неко друго лице влада над догађањем уместо њега. Ипак, иако овај граничник води правној сигурности – он не важи безизузетно. Доследно примењен, он би нпр. подразумевао да већ нехатна одговорност непосредног извршиоца искључује посредно извршилаштво. Ако лекар медицинској сестри „потури“ инјекцију с отровом уместо инјекције с леком, евентуална отклоњива стварна заблуда сестре, која би ипак водила њеној одговорности за нехатно лишење живота, морала би према овом принципу да води одговорности лекара за подстрекавање, а не за посредно извршење. Овај исход се у страниј литератури углавном с правом одбацује, јер лекар не препушта одлучивање о делу медицинској сестри. Управо супротно, обмањивањем се слободно одлучивање медицинске сестре заправо заобилази, тако да она и даље представља оруђе лекара независно од своје евентуалне непажње. Утолико овај принцип подразумева да „лице из сенке“ не одговара као посредни извршилац уколико се налази иза умишљајног и одговорног извршиоца.<sup>8</sup> Слободно делујући, одговоран учинилац редовно се не може сматрати оруђем другог, који онда тек представља саучесника.<sup>9</sup> Реч је о важном корективу кривичне одговорности посредством другог лица, који ће нам у спорним констелацијама бити од помоћи у тумачењу квалитета посматраних понашања.

## 1. НЕМОГУЋНОСТ КОНСТРУКЦИЈЕ ПОСРЕДНОГ ИЗВРШИЛАШТВА

Како је и посредно извршилаштво форма извршилаштва, оно такође мора да испуни неопходне претпоставке које се за односни деликт захтевају за извршиоца. Због тога посредно извршилашт-

<sup>8</sup> Volker Krey, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2. Täterschaft und Teilnahme, Unterlassungsdelikte, Versuch und Rücktritt, Fahrlässigkeitsdelikte*, W. Kohlhammer, Stuttgart 2002, 34.

<sup>9</sup> Последњих деценија све је актуелнија правна фигура тзв. „извршиоца иза извршиоца“ (*Täter hinter dem Täter*), која подразумева да су и непосредни и посредни извршилац у пуном смислу одговорни за учињено, а да њихов однос, имајући у виду критеријум власти над делом, ипак не заслужује да буде вредно ван тек као подстрекавање, независно од могућег једнаког кажњавања. Најважнија слична констелација, одговорност организатора криминалне групе, остаје изван на ших разматрања. Реч је о фигури која заправо наличи организовању злочиначког удружења као виду саучесништва који је постојао у нашем кривичном праву до 2005. године.

во није могуће код *власторучних деликата*, чији је услов да радња извршења буде предузета својеручно.<sup>10</sup> Тако се родоскрвњење може остварити само властитим вршењем обљубе или с њом изједначеног чина са сродником одређеног степена сродства (вид. чл. 197 КЗ). Како посредно извршилаштво подразумева нешто управо супротно – да се дело врши преко другог – таква могућност овде је искључена. Тако онај ко лаковерну слабовиду старицу, која је присуствовала извршењу кривичног дела, вештом обманом наведе да да објективно лажан исказ, не може да одговара као посредни извршилац кривичног дела давања лажног исказа (чл. 335 КЗ), јер ово дело може извршити само онај ко непосредно даје лажан исказ. Стога онај ко овде наводи на давање лажног исказа може да представља само подстрекача.

Исто важи и у погледу такозованих *посебних деликата* (*delicta propria*), ако посредни извршилац нема тражено извршилачко својство.<sup>11</sup> Док општи деликт начелно може остварити свако лице, код посебних деликата круг потенцијалних извршилаца од почетка је ограничен, тако да опис може да оствари само лице које поседује одговарајуће лично својство (нпр. само службено лице, војно лице, лекар, родитељ, итд.). Ако једно лице, гадљиво на крв, замоли свог доброг пријатеља, иначе месара, да батинама изнуди неко признање од трећег лица, ниједан од њих двојице не може одговорати за кривично дело изнуђивања исказа (чл. 136 КЗ), јер и једном и другом недостаје статус службеног лица. Како службеничко кривично дело не може извршити онај ко ово својство нема, тај захтев једнако погађа сваки вид извршилаштва.<sup>12</sup>

Како посредно извршилаштво подразумева свесно и вољно искоришћавање другог лица, овај однос није остварив ни код *нехат-*

<sup>10</sup> Walter Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin Heidelberg 2001<sup>2</sup>, 341; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Unterlassungs und Fahrlässigkeitsdelikt, Irrtums, Beteiligungs und Konkurrenzlehre*, W. Kohlhammer, Stuttgart 2010<sup>2</sup>, 184. У нашој литератури слич но Јован Бутуровић, „Посредни извршилац у југословенском кривичном праву“, *Југословенска ревија за кривично право* 4/1987, 196; Недељко Јованчевић, „Посредно извршилаштво у КЗ Србије“, *Правни живот* 7 8/2011, 186.

<sup>11</sup> Вид. нпр. Peter Cramer, Günter Heine, у: Adolf Schönke, Horst Schröder *et al.*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, С. Н. Beck, München 2011<sup>26</sup>, 501; Udo Ebert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, С. F. Müller, Heidelberg 2001<sup>3</sup>, 198. Посредно извршилаштво није могуће ни код деликата који подразумевају нарочиту позицију дужности извршиоца, чији извршилац може бити само титулар дужности. Тако, ако мајка без оправданог разлога избегава пријем позива за војну вежбу свог сина, не можемо је сматрати по средним извршиоцем избегавања војне обавезе (чл. 394 КЗ), већ само саучесником (овде помагачем), јер њу не погађа „обавеза лица у резервном саставу“. Исто важи и у погледу гарантних дужности код неправих омисивних деликата.

<sup>12</sup> Али, неће бити сметњи да они у својству подстрекача и извршиоца одговарају за кривично дело мучења (чл. 137, ст. 2 КЗ).

них *деликата*.<sup>13</sup> Таква конструкција је и сувишна, јер нема сметњи да се овакав посредни извршилац евентуално сматра самосталним извршиоцем нехатног деликта. Стави ли немаран отац флашу с отровним средством за негу биљака на сто, а његово петогодишње дете послужи жедно комшијско дете након игре, мислећи да се ради о лимунади, отац је непосредни извршилац нехатног лишења живота малишана (чл. 118 КЗ).<sup>14</sup>

## 2. ОБЛИЦИ ПОСРЕДНОГ ИЗВРШИЛАШТВА

Како видимо, вршење кривичног дела преко другог лица, које не представља подстрекавање већ посредно извршилаштво, одликује *подређена улога* посредника, односно владајућа улога посредног извршиоца.<sup>15</sup> Ако ове власти нема, нема ни посредног извршилаштва. Владање над каузалним током почива или на *надмоћној вољи* или на *надмоћном знању* посредног извршиоца,<sup>16</sup> путем којих он искоришћава какав недостатак посредника. Из ових различитих форми искоришћавања другог лица настали су различити облици посредног извршилаштва. Ситуације искоришћавања незнања односно какве заблуде посредника много су чешће у пракси, док се надмоћна воља посредног извршиоца исцрпљује у констелацијама принуде. Ситуације посредног извршилаштва можемо поделити и анализирати према различитим критеријумима. С обзиром на то да се недостатак оруђа може налазити на различитим местима у структури кривичног дела, ове ситуације се уобичајено разликују према овом моделу.

### 2.1. Недостаци оруђа на плану предвиђености дела

Како је услов саучесништва противправно дело извршиоца, ситуације у којима људско оруђе не остварује обележја законског описа искључују могућност саучесништва (подстрекавања односно помагања),<sup>17</sup> па се као једини вид успостављања кривичне одговорности намеће управо однос посредног извршилаштва. Чињеница да оруђе није остварило ни обележја дела предвиђеног у закону – не дотиче евентуалну одговорност посредног извршиоца. Услов постојања

<sup>13</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 664; Ulrich Weber, у: Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003<sup>11</sup>, 700.

<sup>14</sup> Веберов пример (*ibid.*). Да је дете било старије од четрнаест година, у обзир би дошла и евентуална његова одговорност.

<sup>15</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 665; К. Kühl, 656.

<sup>16</sup> Р. Cramer, G. Heine, 495.

<sup>17</sup> У обзир долази тек покушај подстрекавања (чл. 34, ст. 2).

противправног дела непосредног извршиоца односи се искључиво на акцесорност саучесништва, али не и на (посредно) извршилаштво.<sup>18</sup>

### 2.1.1. Оруђе као жртва посредног извршиоца

Навођење другога заблудом или принудом на самоповреду, самоубиство или оштећење властите ствари редовно не остварује законски опис кривичног дела, јер самоповреда, самоубиство или оштећење властите ствари нису кривичноправно кажњиви. Већина аутора ове ситуације отуда сматра видом посредног извршилаштва убиства, телесног повређивања или оштећења туђе ствари, правећи разлику у односу на некажњиво саучесништво.<sup>19</sup> Ипак, према нашем праву, саучесништво у самоугрожавању другог није увек некажњиво. Тако навођење на самоубиство или помагање у самоубиству представља посебно кривично дело (чл. 119 КЗ), чији је тежи облик, штавише, учествовање у самоубиству детета или неурачунљивог лица (чл. 119, ст. 4 КЗ). Законодавац је сматрао да навођење на самоубиство или помагање у његовом извршењу у односу на ова лица представља по својој суштини вид убиства, чак и кажњавање, изричито везавши за чл. 114 КЗ (тешко убиство).<sup>20</sup> Међутим, иако је у материјалном смислу реч о облику убиства, у формалном смислу се не ради о посредном извршењу убиства, већ о непосредном извршењу тежег облика навођења на самоубиство и помагања у самоубиству.

Проблем могу представљати оне ситуације навођења другог лица на самоубиство, код којих се не ради о детету или неурачунљивом лицу, али где самоубица такође не доноси слободну одлуку да себи одузме живот, као у примеру лица које моли простодушног да му дода електрични кабл који је заправо огољен, или одговорност вештице за давање Снежани отроване јабуке из познате бајке браће Грим. Ово чињенично стање не може се подвести под чл. 119, ст. 4 КЗ, јер жртва није неурачунљива или дете. Још је мање прихватљиво да учинилац одговара за основни облик навођења на самоубиство, јер жртва ни нема представу да себе лишава живота.<sup>21</sup> Иако се у литератури сличне ситуације тумаче као посредно изврши-

<sup>18</sup> Супротно Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2012<sup>4</sup>, 117.

<sup>19</sup> Вид. нпр. R. Rengier, 353.

<sup>20</sup> „Ако је дело из става 1. овог члана учињено према детету или према неурачунљивом лицу, учинилац ће се казнити по члану 114. овог законика“ (чл. 119, ст. 4 КЗ).

<sup>21</sup> Према појединим схватањима и навођење на свесно самоугрожавање може водити одговорности за убиство или телесну повреду уколико једно лице има бољи преглед у погледу евентуалних последица у односу на онога ко себе свесно доводи у опасност. Умишљајно давање другоме хероина на уживање може водити не само одговорности за омогућавање уживања опојних дрога (чл. 247 КЗ), већ и одговорно

лаштво убиства које не представља однос три (посредног извршиоца, оруђа и жртве), већ два лица (посредног извршиоца и жртве),<sup>22</sup> овде, и поред манипулације другим, изостаје непосредно остварење описа од стране посредника у делу, као нужна претпоставка посредног извршилаштва. Отуда навођење на несвесно самолишавање живота представља вид убиства, али у облику *непосредног извршилаштва*. У супротном, многе ситуације усрђења које одликује искоришћавање незнања жртве (нпр. сипање другог отрова у пиће или стављање под његово возило експлозивне направе која се активира паљењем возила од стране жртве), сувишно бисмо морали сматрати посредним извршилашвом, иако се, заправо, само ради о модалитету непосредног извршења. Исти став заступамо и у оним констелацијама које подразумевају самоповређивање или оштећење властите ствари.<sup>23</sup>

У неким ситуацијама искоришћавања жртве као оруђа правна квалификација није тако једноставна. Тако је у једном бизарном примеру из немачке судске праксе (случај „Сиријус“)<sup>24</sup> оптужени једној лаковерној жени представио себе као изасланика са звезде Сиријус, који је послат на Земљу да значајним људима, као што је она, омогући да након земаљског живота наставе живот на овој звезди. Да би се то десило, жена је морала да почини самоубиство, након чега би се као уметница пробудила у свом новом телу на обали Женевског језера, што је била претпоставка њеног даљег „пута“ на Сиријус. Жена је убацила укључени фен у каду са водом, али је овај покушај самоубиства ипак преживела.<sup>25</sup> Вештачење је показало да жена није патила од психичких поремећаја, иако „није била свесна да чини стварни покушај самоубиства“.<sup>26</sup> „Изасланик са Сиријуса“ је

сти за убиство, ако је омогућаваоца имао потпунију представу о могућим ризицима (P. Cramer, G. Heine, 497; C. Roxin [2003], 34).

<sup>22</sup> Aristotelis Charalambakis, „Selbstötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täterschaft“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 11/1986, 496 фн. 70; B. Heinrich, 186; Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden Baden 2009<sup>4</sup>, 334; Arnd Koch, „Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB“, *Juristische Schulung* 5/2008, 400.

<sup>23</sup> Штавише, овде бисмо сврстали не само искоришћавање заблуде већ и других недостатака, с обзиром на то да за разлику од самоубиства овде изостаје одговарајућа инкриминација.

<sup>24</sup> BGHSt 32, 38.

<sup>25</sup> 23 годишњакиња је била несамостална и оптерећена комплексима, слепо верујући оптуженом. Овај ју је при том навео да закључи животну осигурање чији би он био корисник, јер је и за живот „на оној страни“ наводно био неопходан новац (вид. детаљније Hartmut Braunschneider [Hrsg.] *et al.*, *Best of STGB. Die wichtigsten Entscheidungen zum Strafrecht*, AchSo!, Köln 1994<sup>5</sup>, 133).

<sup>26</sup> Питање је у којој је мери уверење жене да би смрћу „њен психо физички идентитет и индивидуалност искусили тек модификације“ утицало на њено одлучивање да оконча своје актуелно постојање. Објашњење суда да жена овде није веровала да прелази у некакву трансцендентну егзистенцију, већ да само

осуђен за покушај тешког убиства, јер га је суд сматрао посредним извршиоцем на темељу његовог надмоћног познавања чињеница, што је омогућило да женом управља као обичним оруђем.

Закључак суда из угла нашег права не сматрамо међутим адекватним, јер се заправо ради тек о односу подстрекавања, односно о варијацији искоришћавања заблуде о *мотиву*.<sup>27</sup> Наиме, у литератури се поставља питање да ли представљају посредно извршење убиства и она навођења другога на самоубиство, која, иако не дотичу слободно одлучивање о престанку живота, подразумевају извесно обмањивање у погледу разлога одлуке; нпр. жртви се лажно приказује да пати од неизлечиве болести, емоционално крхком старцу лажно се представља да је његова супруга страдала у саобраћајној незгоди, девојка фингира свом младићу да ће се заједно убити, с тим да он то први учини, итд. Како је овде одлучивање начелно слободно, ко код другога изазове или искористи заблуду о мотиву остаје саучесник у самоубиству, али не и посредни извршилац убиства. У законодавствима, међутим, у којима навођење на самоубиство није кажњиво, такво решење није могуће. Отуда не изненађује решење суда, који је, осећајући да овде постоји извесна празнина у кажњавању, сматрао да је ипак реч о убиству (у посредном извршилаштву), с идејом да је одлучивање о властитој смрти било у неку руку у власти другог.<sup>28</sup> То није прихватљиво објашњење, јер саопштавање другоме сличних неповољних вести није *condicio sine qua non* самоубиства.<sup>29</sup> Осим тога, уплашеном на располагању стоји могућност обраћања стручним лицима, који би његове страхове развејали.<sup>30</sup> Отуда је изричита инкриминација слична српској (чл. 119 КЗ), која би квалитативно према запрећеној казни разликовала ове ситуације – најпримереније решење.<sup>31</sup>

привидно лежи као леш у кади, настављајући истовремено своје земаљско постојање у другом телу (*ibid.*) не може да потре чињеницу да је одлучивање о окончању властитог живота начелно било слободно. Сваки разлог сличне одлуке, у поређењу са тако драстичним актом, увек изгледа мање или више ирационалан. Утолико не изненађује што је образложење да овде изостаје представа да се чини истинско самоубиство снажно критиковано у литератури (вид. нпр. Wolfgang Joecks, у: Bernd von Heintschel Heinegg [Hrsg.] *et al.*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. §§ 1 51 StGB*, С. Н. Beck, München 2003, 1032).

<sup>27</sup> Одлучивање за посредно извршење тешког убиства било је у овом случају снажно оптерећено чињеницом да навођење на самоубиство према немачком праву, за разлику од српског права није кажњиво. Отуда би суд у супротном морао да ослободи оптуженог, и поред снажног криминално политичког осећаја да је такав исход неправичан.

<sup>28</sup> Вид. Н. Frister, 366; В. Heinrich, 198.

<sup>29</sup> С правом А. Koch (2008а).

<sup>30</sup> К. Kühl, 660; С. Roxin (2003), 33.

<sup>31</sup> Отуда не изненађује што увођење инкриминације каква постоји у нашем праву заступају многи аутори (вид. нпр. А. Koch [2008а], 401; С. Roxin [2003], 34).



### 2.1.2. Неодољива сила у односу на оруђе

О посредном извршилаштву нема помена у српском Кривичном законнику; као облике саучесништва у кривичном делу Законик предвиђа само саизвршилаштво (чл. 33 КЗ), подстрекавање (чл. 34 КЗ) и помагање (чл. 35 КЗ), тако да посредно извршилаштво, као вид извршилаштва, нема јасно место у систему. Једина ситуација коју је могуће протумачити као вид посредног извршилаштва налази се у чл. 21 КЗ, који говори о кривичноправном значају силе и претње. Према овој одредби, није кривично дело оно дело које је учињено под дејством *неодољиве силе*, у ком случају се као извршилац кривичног дела сматра лице које је ову силу применило (чл. 21, ст. 3 КЗ).

Спорно је да ли оног ко се послужи другим за остварење кривичног дела применом *неодољиве силе* треба сматрати непосредним или посредним извршиоцем. Према владајућем схватању, ако изостаје *вољна радња* посредника може бити говора само о непосредном извршилаштву,<sup>32</sup> јер се лице овде користи више као механичко средство; нпр. лице А са балкона гурне лице Б на лице В чију повреду хоће. Овде повреду остварује људско тело не као личност већ као физички предмет у садејству са силом земљине теже. Према другом схватању, које се код нас углавном и прихвата,<sup>33</sup> нема разлога да се коришћење другог лица, чак и уколико изостаје његова вољна радња, не сматра посредним извршилаштвом. Ово друго схватање има тај недостатак да искоришћавање лица које не испуњава услове за кривичноправно релевантно делање, не задовољава услов да се дело врши преко другог лица као *личности*. Оруђе се овде користи као средство у физичком, механичком смислу. Заправо, свако учење о кривичноправној радњи, које налази да она изостаје под дејством *неодољиве силе*,<sup>34</sup> за исход мора имати закључак о непосредном извршилаштву. Отуда одредбу чл. 21, ст. 3 КЗ сматрамо сувишном.

Слично кривично дело постоји нпр. и у швајцарском (чл. 115), аустријском (чл. 78) или грчком законодавству (чл. 301).

<sup>32</sup> Тако Ј. Бутуровић, 196; Мирослав Ђорђевић, „Посредни извршилац кривичног дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1994, 59. Вид. такође А. Charalambakis, 497; Fritjof Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester*, С. Н. Beck, München 2004<sup>9</sup>, 201; Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlin New York 1993<sup>2</sup>, 631; W. Joecks, 1023; V. Krey, 33; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 227. У швајцарском праву тако G. Stratenwerth, 340, иако многи други аутори, слично нашој доктрини, примену апсолутне силе сматрају видом посредног извршилаштва (*ibid.*).

<sup>33</sup> Вид. нпр. Н. Јованчевић, 193; З. Стојановић, 172.

<sup>34</sup> Вид. Игор Вуковић, „Кривичноправни појам и функције радње“, *Crimen* 1/2012, 78 и даље.

### 2.1.3. Долозно оруђе без квалификације

Овде посредник у делу не остварује биће дела јер му недостаје одговарајуће лично својство као објективно обележје бића. Како недостаје главно дело извршиоца, подстрекавање није могуће. Узмимо да се службеник налази у поседу поверљивих информација с ознаком службене тајне. Он моли свог познаника, који нема службеничко својство, да ове документе извади из његовог радног стола и да их достави локалним новинама. Како пријатељ није службено лице, он не може представљати извршиоца одавања службене тајне (чл. 369 КЗ). Посредник овде такође не остварује објективно биће дела. Према појединим нашим ауторима управо су ове ситуације, када се захтева одређено посебно својство извршиоца (тзв. *delicta propria*), пример када треба прихватити конструкцију посредног извршилаштва. Тако Стојановић налази да би посредни извршилац ту било оно лице које има одређено тражено својство „које је подстрекло друго лице које то својство нема да изврши кривично дело“.<sup>35</sup> Лице које без неопходне квалификације остварује кривично дело представљало би само помагача.<sup>36</sup>

Учење о власти над делом овде наилази на проблем, јер независно од непостојања личног својства делом не влада посредни извршилац већ посредник.<sup>37</sup> Фактичка власт посредног извршиоца овде изостаје. Да би се, међутим, избегла празнина у кажњавању, заступа се својеврсна *нормативна власт* над делом, која би подразумевала да је ималац личног својства, као могући извршилац, једини имао моћ да ангажује лице које ово својство нема.<sup>38</sup> Нормативна власт као критеријум разводњава основну идеју о реалном, фактичком владању другим.<sup>39</sup> Стога ово објашњење, као допуна принципа фактичке власти над делом, није прихватљиво. И поред тога, међутим, криминално-политички разлози избегавања празнина у кажњавању захтевају да се и у овом случају прихвати конструкција посредног извршилаштва.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> З. Стојановић, 172. Вид. такође и Драгољуб Атанацковић, „Саучесништво у кривичном делу“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 1 2/1995, 33; М. Ђорђевић, 59; Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2011<sup>2</sup>, 188.

<sup>36</sup> Изузетно би ово лице одговарало као извршилац неког другог кривичног дела једнаке или веће тежине од дела у којем је помагало (Ј. Бутуровић, 197).

<sup>37</sup> Peter Bringewat, *Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen Allgemeine Verbrechenlehre Aufbauschemata*, Nomos, Baden Baden 2008<sup>2</sup>, 268.

<sup>38</sup> Између осталих тако Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 670; R. Rengier, 354.

<sup>39</sup> Arnd Koch, „Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB“, *Juristische Schulung* 6/2008, 499. Аутори који захтевају кумулативно и фактичку и нормативну власт над делом (нпр. V. Grey, 51) одбацују у овом случају могућност посредног извршилаштва.

<sup>40</sup> Ако то према околностима буде могуће, предност би имала квалификација саизвршилаштва. Не можемо међутим прихватити схватање да се посредно извршилаштво по дефиницији може подвести под одредбу о саизвршилаштву из чл. 33 КЗ,

#### 2.1.4. Долозно оруђе без намере

Ситуација тзв. долозног оруђа без намере такође се у нашој литератури представља као модалитет посредног извршилаштва.<sup>41</sup> Овде посредник у делу, иако поступа с умишљајем, не поступа у намери која представља субјективно обележје бића дела. Тако можемо замислити да једно лице замоли свог пријатеља уметника да за потребе наводног одржавања вежби из Криминалистике направи за њега лажне новчанице, иако се новац заправо хоће ставити у оптицај као прави (вид. чл. 223, ст. 1 КЗ).

Учење о власти над делом наилази на проблем да објасни и ситуације искоришћавања долозног оруђа без тражене намере. Овде такође тешко може да се говори о фактичкој власти над другим лицем, које делује свесно и вољно. Отуда је учење о власти над делом и овде принуђено да брани концепт нормативне власти посредног извршиоца.<sup>42</sup> Срећом, сличне ситуације немају велики практични значај, јер се код кривичних дела против имовине, код којих се најчешће налази намера као субјективно обележје бића дела, дело врши у намери да се себи или *другом* прибави противправна имовинска корист.<sup>43</sup> У сваком случају, и овде се ради о прихватању конструкције посредног извршилаштва из криминално-политичке потребе, с обзиром да подстрекавање није могуће.

#### 2.2. Недостаци оруђа на плану противправности

Можемо замислити да лице-средство уопште не поступа противправно. Тако можемо замислити да лажно пријављивање другога као починиоца кривичног дела за исход има његов притвор или осуду на казну која подразумева лишење слободе. У том случају, поред обележја кривичног дела лажног пријављивања (чл. 334 КЗ) починилац би као посредни извршилац остваривао и обележја кривичног дела противправног лишења слободе (чл. 132 КЗ).<sup>44</sup> Његова власт над де-

у смислу посредног саизвршења остварењем заједничке одлуке „другом радњом“ (тако Н. Јованчевић, 191). Како посредни извршилац по правилу не учествује не посредно у делу, редовно није могуће закључити његов саизвршилачки допринос. Истовремено, ситуације које подразумева посредно извршилаштво искључују сваку заједничку одлуку. На концу, ту и нема власти над другим која би омогућавала слично тумачење.

<sup>41</sup> Вид. нпр. Д. Атанацковић, 32; М. Ђорђевић, 58; Љ. Лазаревић, 188.

<sup>42</sup> К. Kühl, 663.

<sup>43</sup> G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 228.

<sup>44</sup> Вид. нпр. W. Joecks, 1025; К. Kühl, 665; G. Stratenwerth, 345. Прихватљивије је међутим решење да се одговорност за лишење слободе веже за сâмо лажно пријављивање. Смислено је отуда размислити о увођењу тежег облика лажног пријављивања, у случају да су услед дела наступиле нарочито тешке последице за пријављено лице.

лом огледа се у томе што он зна на који начин се према позитивним прописима суд као оруђе мора понашати, и ту околност користи.<sup>45</sup>

Могуће је да се искористи и какав основ који искључује противправност посредничког дела. Тако можемо замислити да лице А хоће повреду свог ривала лица Б, за којег зна да је напрасит и болесно љубоморан. С тим циљем, он овоме лажно представи како се лице В набацује његовој девојци, при чему лице А зна да је В физички много снажнији од лица Б. Како је и претпоставио, лице Б нападне лице В, које га у нужној одбрани повреди. Лице А се овде послужило лицем В као средством, рачунајући на његову нужну одбрану као вид повређивања ривала.<sup>46</sup> Замисливи су и други основи искључења противправности.<sup>47</sup> Све наведене ситуације несумњиво представљају констелације посредног извршилаштва.

### 2.3. Недостаци оруђа на плану кривице

Овде се могу сврстати све оне ситуације у којима посредник поступа без кривице. Како су према чл. 22, ст. 1 КЗ елементи кривице урачунљивост, умишљај и свест о забрањености дела, може се радити о искоришћавању било којег од ових недостатака. Ове констелације су нарочито спорне, јер је за разлику од претходних констелација, где без конструкције посредног извршилаштва и није могуће кажњавање – овде замисливо и подстрекавање, с обзиром на

<sup>45</sup> У делу литературе се не прихвата да суд као државни орган нема механизме утврђивања истине и да се он у том смислу може инструментализовати као оруђе у рукама грађана (А. Koch [2008a], 401). И према овом схватању би се међутим као пример посредног извршилаштва могла навести ситуација искоришћавања заблуде полицијског службеника, којем се лажно приказује да је неко лице учинилац кривичног дела, а где службеник на основу чл. 229 ЗКП а (Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07 и 72/09) одређује задржавање до 48 сати.

<sup>46</sup> Ипак, већина аутора би у датом примеру искључила посредно извршилаштво, не прихватајући да је довољна заблуда о мотиву која се изазива код нападача. Тек ако се и нападач налази у власти постојаће посредно извршилаштво (тако нпр. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 668; К. Kühl, 666).

<sup>47</sup> Тако надређено војно лице може наредити потчињеном да учини кривично дело које се тиче службене дужности, нпр. да неовлашћено фотографише војни објекат (чл. 416 КЗ). Потчињени за ово дело неће одговарати, јер се не кажњава ако учини кривично дело по наређењу претпостављеног које се тиче службене дужности, „осим ако се наређење односило на извршење кривичног дела за које се може изрећи пет година затвора или тежа казна, а потчињени је знао да извршење наређења представља кривично дело“ (чл. 430 КЗ). Како према једном схватању у нашој литератури наређење претпостављеног искључује противправност дела (вид. З. Стојановић, 1069, супротно Љ. Лазаревић, који сматра да се ради о основу искључења кажњивости), наредбодавца не би сматрали подстрекачем, јер недостаје противправно дело извршиоца као услов лимитиране акцесорности саучесништва. Отуда је наредбодавца неопходно сматрати посредним извршиоцем (слично и Р. Cramer, G. Heine, 500).

то да саучесништво подразумева противправно дело извршиоца које и овде постоји.

Иако је границу саучесништва и извршилаштва овде могуће поставити и својерсном индивидуализацијом мерила, према конкретної зрелости и душевном стању посредника, такво решење не води правној сигурности.<sup>48</sup> Стога је исправније одредити се за посредно извршилаштво или подстрекавање према поузданијим правилима које пружа теорија власти над делом. Основни критеријум је по нама тај да ли учинилац *зна* за околност која искључује кривицу код непосредног извршиоца.<sup>49</sup> Ако је то случај, постоји власт над другим која води посредном извршилаштву.<sup>50</sup> Ако лице не зна да влада оруђем, он не представља посредног извршиоца, јер његов умишљај не обухвата ову конститутивну околност. Ово решење је ваљано, јер закључак о подстрекавању не делује правично ако једно лице свесно искоришћава конституционални дефицит другог за остварење властитих циљева.<sup>51</sup> Осим тога, конструкција „кривичног дела без извршиоца“ (нпр. убиство без убице), што подразумева решење подстрекавања (онај ко дело врши преко детета је подстрекач а дете није извршилац јер је кривично неодговорно) не чини нам се логична,<sup>52</sup> иако је могуће бранити и став да се статус извршиоца задобија независно од евентуалне одговорности.

### 2.3.1. Дете као оруђе

Искоришћавање деце за вршење кривичних дела у страниој литератури се данас готово без изузетка тумачи као посредно извршилаштво.<sup>53</sup> ЗМУКД је искључио примену кривичних санкција према деци (чл. 2).<sup>54</sup> Иако тиме није речено да је искључена кривица детета, чињеница да законодавац о детету говори као о „лицу које у време извршења противправног дела, у закону предвиђеног као кривичног, није навршило четрнаест година“ – иде у прилог закључку да дете поступа без кривице. Тако можемо замислити како родитељ наводи своје седмогодишње дете да му из самопослуге кришом изнесе једно пиво или како му даје 50 динара да разбије нечији про-

<sup>48</sup> С правом С. Roxin (2003), 59.

<sup>49</sup> F. Haft, 203; Johannes Wessels, Werner Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, С. F. Müller, Heidelberg *et al.* 2011<sup>41</sup>, 202.

<sup>50</sup> Супротно, Ј. Бутуровић, 196, који, иако признаје да у том случају лице има власт над другим, конструкцију сматра сувишном, сматрајући да се ради о варијанти непосредног извршилаштва, слично коришћењу било ког другог средства.

<sup>51</sup> К. Kühl, 668.

<sup>52</sup> V. Krey, 38, 44.

<sup>53</sup> У швајцарском праву вид. нпр. G. Stratenwerth, 344.

<sup>54</sup> Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

зор. Већ смо констатовали да ограничена акцесорност саучесништва омогућава да родитеља из нашег примера сматрамо подстрекачем на ситну крађу (чл. 210 у вези са чл. 34 КЗ) односно на уништење и оштећење туђе ствари (чл. 212 у вези са чл. 34 КЗ), независно од тога што само дете није кривично одговорно. Ипак, слично тумачење сматрамо мање пожељним од закључка о посредном извршилаштву. Надмоћан положај у односу на субјекта који је и на плану разумевања противправности својих аката и на плану недозрелости свог психичког апарата у подређеном положају у односу на наредбодавца, чак и независно од евентуалног вршења родитељске, васпитачке, наставничке или друге сличне улоге – говори у прилог таквом закључку.

Спорно је до ког узраста дете може да представља оруђе у рукама другог, с обзиром на то да током свог сазревања стиче све потпунији увид у евентуалну противправност понашања која предузима. Тако један 12-годишњак или 13-годишњак редовно има представу да је његово дело правом забрањено.<sup>55</sup> Иако ово размишљање има смисла, већина аутора ипак из разлога правне сигурности не доводи у питање формалну границу коју поставља законодавац (у нашем праву 14 година), сматрајући однос власти над другим *правном* а не фактичком категоријом.<sup>56</sup> Отуда и евентуална ранија зрелост детета не дотиче квалитет успостављеног извршилачког односа.

### 2.3.2. Неурачунљиво оруђе

Као и у случају детета као средства, и када се као оруђе за остварење властитих циљева користи неурачунљиво лице, овај однос се у упоредној литератури углавном тумачи као констелација посредног извршилаштва. Школски пример представља лажно представљање лицу оболелом од параноидне шизофреније да га прогања неко конкретно лице, које параноик након тога лиши живота, а чију смрт заправо лажливац хоће. У страниј доктрини се навођење неурачунљивог лица на вршење противправних дела ре-

<sup>55</sup> Ову разлику прави и Стојановић, сматрајући међутим, сходно неподељеном ставу наше теорије, да навођење детета на вршење недела према лимитираној акце сорности представља подстрекавање, али да би искоришћавање „сасвим малог дете та“ за извршење кривичног дела могло представљати посредно извршилаштво (вид. З. Стојановић, 172). Слично и Д. Атанацковић, 34.

<sup>56</sup> На пример, Peter Hünerfeld, „Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2/1987, 238; Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 668. Супротно W. Joecks, 1028, који одлучним сматра фактичку власт према околностима конкретног случаја. У односу на малолетнике би се према неким схватањима вредновање да ли се ради о подстрекавању или о посредном извршилаштву вршило према околности ма конкретног случаја (тако А. Koch [2008а], 401 фн. 21). Не мислимо да је посредно извршилаштво, бар по овом основу, оствариво у односу на малолетнике, јер су они ипак кривично одговорни. Сама чињеница да кривично право привилегује малолетнички статус није довољна за закључак о посредном извршилаштву.

довно сматра видом посредног извршилаштва. У српској литератури, због строге примене лимитиране акцесорности, ствари стоје другачије, па се сматра да се ради о подстрекавању. Једино Лазаревић заступа став да „посредним извршиоцем треба сматрати и онога ко остварује обележје неког кривичног дела преко неурачунљивог лица“, подразумевајући да је управо то „најтипичнији пример коришћења долозног средства“.<sup>57</sup> Закључак о посредном извршилаштву је прихватљивији, јер ове констелације сликовито показују на који начин се нечија болест искоришћава за властите циљеве. Стварање одлуке код другог почива на злоупотреби болесне идеје прогањања, па закључак да се ради о подстрекавању не осликава ваљано природу успостављених односа.

### 2.3.3. Оруђе у стварној заблуди

У неким констелацијама посредног извршилаштва и нема стварања одлуке код другог да учини нешто противправно, већ други служи за вршење кривичног дела као голи каузални чинилац. Искоришћавање заблуде о обележјима кривичног дела као вида стварне заблуде (чл. 28 КЗ) код жртве – представља најпознатију варијацију посредног извршилаштва. Ту се за дело користи лице које поступа без умишљаја (тзв. „недолозно оруђе“). Школски пример јесте ситуација у којој лице облачи лекарску униформу и тек запосленој медицинској сестри издаје налог да једном пацијенту да већ припремљену инјекцију која заправо представља отров.<sup>58</sup> Медицинска сестра овде не усмрћује умишљајно, јер има погрешну представу да пацијенту даје средство за умирење. Како неотклоњива стварна заблуда у којој се сестра налази искључује њену кривицу (вид. чл. 28 и чл. 36, ст. 2 КЗ), она не одговара за убиство. Стварна заблуда се може односити на различита обележја бића дела.<sup>59</sup>

У нашој литератури, иако наилазимо и на другачија схватања,<sup>60</sup> искоришћавање неотклоњиве стварне заблуде посредника не води по-

<sup>57</sup> Љ. Лазаревић, 188.

<sup>58</sup> Или, лице даје другоме пиштољ наводно напуњен ћорцима, којима овај хоће да застраши трећег, док се у стварности ради о пиштољу напуњеном правом муницијом.

<sup>59</sup> Тако можемо замислити да једна радница у хотелу замоли другу да јој из гардеробе ресторана донесе једну бунду, како би у хладној зимској ноћи часком ис трчала напоље и купила цигарете. Колегиница то учини, верујући да ће се њена познаница брзо вратити, што ова међутим није уопште намеравала, јер је управо била отпуштена. Радница бунду овде одузима без намере прибављања противправне имовинске користи за себе или другог због чега сама не остварује крађу. Друга радница која одлази са бундом остварује као посредни извршилац обележја крађе, иако сама не одузима ствар. Колегиница истовремено представља и недолозно оруђе, јер је у заблуди у погледу обележја да је ствар туђа. Стога она не поступа умишљајно.

<sup>60</sup> Вид. нпр. Н. Јованчевић, 193; З. Стојановић, 172. Нејасно је међутим због чега би посредно извршилаштво онда важило само у овој констелацији, а не и у дру

средном извршилаштву већ подстрекавању. У оним законодавствима, где се сматра да заблуда о обележјима дела искључује већ биће дела а не кривицу, закључак о посредном извршилаштву је изнуђен, јер у том случају лице у таквој заблуди не поступа противправно, па учествовање у његовом делу не може ни да представља саучесништво. Иако у нашем праву доминира супротно становиште, искоришћавање стварне заблуде о бићу сматрамо типичном констелацијом посредног извршилаштва, јер се са поступањем другог овде калкулише на начин сличан деловању механичких каузалних фактора, што се из да-тог примера јасно види.

На евентуалну одговорност посредног извршиоца за убиство не би утицало ни ако је заблуда медицинске сестре евентуално била *отклоњива*.<sup>61</sup> Наиме, ако је учинилац био у стварној заблуди због своје непажње, свог нехата, одговараће за кривично дело учињено из нехата ако је законодавац такво кривично дело изричито предвидео (чл. 28, ст. 3 КЗ). Како је усмрћење другог из нехата кажњиво (чл. 118 КЗ), медицинска сестра не може избећи кривичну одговорност ако је у њеном поступању било елемената небрижљивости.<sup>62</sup> То, међутим, према изложеној концепцији не би утицало на закључак о посредном извршилаштву, јер је оруђе, иако ју је могло избећи – и даље у заблуди. И овде дакле, постоји искоришћавање дефицита другог, независно од његове евентуалне личне одговорности. У прилог таквом закључку говори и снажан криминално-политички осећај да би саучесништво у нехатном делу, иако као решење могуће, према запрећеној казни водило незаслуженом привилеговању доприноса господара догађања.

Посредни извршилац не мора да изазове стварну заблуду код другог; могуће је искоришћавање већ постојеће погрешне представе у којој се овај налази.<sup>63</sup> У том случају у посредно извршилаштво заправо прерастају радње *помагања* (нпр. у пиће које конобар послужује госту кришом се сипа отров).<sup>64</sup> Тако, ако лице А хоће из

гим случајевима у којима изостаје кривица оруђа (нпр. неурачунљивости). Супротно Ј. Бутуровић, 196, који ове ситуације сматра видом непосредног извршења.

<sup>61</sup> Вид. нпр. Р. Bringewat, 268; К. Kühl, 662.

<sup>62</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 666, ограничавају отклоњиву заблуду на не свесни нехат. Ово ограничење не делује нам међутим логично. Границу је могуће евентуално поставити у односу на нехат у целини, а не и према појединим његовим врстама. Иако непосредни извршилац предвиђа штетне последице, и овде посредни извршилац боље сагледава чињенично стање од њега, што омогућава искоришћавање овог дефицита (слично Р. Hünerfeld, 236; С. Roxin [2003], 30 31).

<sup>63</sup> То не важи само за искоришћавање постојећег стања заблуде већ и других стања. Тако би давање оружја параноику, који је већ био решио да усмрти, такође могло да представља посредно извршилаштво (тако R. Rengier, 357).

<sup>64</sup> V. Krey, 41; J. Wessels, W. Beulke, 201. Посредно извршилаштво може шта више представљати и један споља посматрано минималан допринос, нпр. на молбу



обести да пуца на страшило у пољу и замоли колегу Б да му позајми своју сачмару, а колега види да овај заправо превиђа да пуца на скитницу, Б представља посредног извршиоца, иако само искоришћава актуелно стање заблуде.<sup>65</sup> Иако стоји да се ова ситуација према нашем праву и ограниченој акцесорности може квалификовати и као помагање у нехатном делу извршиоца,<sup>66</sup> такво решење није догматски прихватљиво. Ем што у том случају таквог помагача незаслужено привилегује могућност ублажавања казне (чл. 35, ст. 1 КЗ), ем што се такође ради о позицији искоришћавања подређене улоге другога, одлучне за заснивање посредног извршилаштва.

Како наш законодавац, у смислу заступане ограничене теорије кривице, са стварном заблудом о обележјима кривичног дела по дејствима изједначава стварну заблуду о стварним околностима која би дело чинила дозвољеним (чл. 28, ст. 2 КЗ), посредно извршилаштво је могуће и у погледу искоришћавања такве погрешне представе. Тако можемо замислити да се некоме фингира постојање позиције која омогућује искључење противправности дела, нпр. другоме се лажно представља да га једно лице управо напада, чиме се посредно проузрокује повреда таквог „нападача“. Овде је такође реч о констелацији посредног извршилаштва искоришћавањем стварне заблуде, иако не толико вероватне у животу.

#### 2.3.4. Оруђе у правној заблуди

Посредно извршилаштво може засновати и искоришћавање неотклоњиве правне заблуде другога (чл. 29 КЗ). Тако можемо замислити да професор кривичног права, којем је сметала бука коју је стално правило комшијско дете, намерно да оцу детета неистинит савет како овај може да искористи своје родитељско право да испребија своје дете, што овај и учини, наневши детету телесне повреде.<sup>67</sup> Иако су ситуације неотклоњиве правне заблуде ретке у пракси, комшија је имао основа да поверује ономе што му је представио стручњак за кривично право. Отуда се његова заблуда према околностима може сматрати неотклоњивом. Овде је посредни извршилац телесног повређивања професор.

болесника да му се донесе чаша воде у којој би растворио медикамент, друго лице доноси воду иако спознаје да је уместо лека болесник омашком узео отров (Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 665). Супротно, Ј. Бутуровић, 193, према којем помагање не може прерасти у посредно извршилаштво. Слично и W. Joescks, 1018, 1025, који сматра да искоришћавање постојеће заблуде заслужује да буде вредновано тек као саучесништво.

<sup>65</sup> С. Roxin (2003), 30.

<sup>66</sup> Тако сличну ситуацију тумачи З. Стојановић, 174.

<sup>67</sup> Вид. А. Koch (2008a), 401.

Нешто су комплексније ситуације отклоњиве правне заблуде. Још један необичан пример из немачке судске праксе представља случај „мачјег краља“.<sup>68</sup> Троје оптужених су живели заједно у неуротичном односу исплетеном од мистицизма и празноверице. Двоје њих су вештим манипулисањем, триковима и симулирањем парапсихолошких способности убедили трећег у постојање тзв. краља мачака, који прети људима и човечанству. Обманути је био заљубљен у једну од ових превараната, која је дознала да се једна њена стара љубав у међувремену оженила. Опијена мржњом и љубомором, преваранткиња је одлучила да њен послушник усмрти супругу своје старе љубави. Убедивши послушника да мачји краљ „тражи људску жртву“, она је спас човечанства условила смрћу супруге. Обманути је наравно знао да је убиство забрањено, али је био од стране своје љубавнице уверен да божански захтев „мачјег краља“ ставља ову забрану ван снаге. Он је покушао убиство несрећне жене, али срећом није био успешан у својој „мисији“.<sup>69</sup> Учинио је одговарао за овај покушај убиства, али је суд исто закључио и у погледу љубавнице, само као посредног извршиоца.

У страној литератури је подељен став да ли искоришћавање отклоњиве правне заблуде представља вид подстрекавања или посредног извршилаштва. У прилог подстрекавању говори чињеница да се овде ради о одговорном непосредном извршиоцу, независно од тога што отклоњива правна заблуда подразумева могуће ублажавање казне.<sup>70</sup> У супротном би и друге ситуације које не искључују одговорност извршиоца али је умањују, нпр. битно смањена урачуњљивост (чл. 23, ст. 3 КЗ), малолетство или одољива сила и претња (чл. 21, ст. 2 КЗ), такође водиле посредном извршилаштву, чиме би принцип одговорности као граничник посредног извршилаштва заправо био напуштен.<sup>71</sup> Ипак, већина аутора заступа становиште да и отклоњива правна заблуда води посредном извршилаштву,<sup>72</sup> јер није одлучно

<sup>68</sup> BGHSt 35, 347.

<sup>69</sup> Вид. детаљније Н. Braunschneider (Hrsg.) *et al.*, 138 и даље.

<sup>70</sup> Овај став заступају нпр. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 669; Michael Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin Heidelberg 1997, 509; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 233. У случају искоришћавања већ постојеће правне заблуде не би се радило о подстрекавању већ о (психичком) помагању.

<sup>71</sup> V. Krey, 54.

<sup>72</sup> На пример, Georg Freund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlin Heidelberg 2009<sup>2</sup>, 398; W. Gropp, 343 фн. 63; F. Haft, 202; B. Heinrich, 195; Rolf Dietrich Herzberg, „Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums“, *Juristische Ausbildung* 1/1990, 22; U. Kindhäuser, 332; R. Rengier, 358; C. Roxin (2003), 37 (чинећи изузетак ако заблуда није изазвана већ само искоришћена); U. Weber, 705; J. Wessels, W. Beulke, 205. У српској литератури искоришћавање правне заблуде као могућу ситуацију посредног извршилаштва препознаје Н. Јованчевић, 193.

нормативно вредновање заблуде већ психолошка структура владања, која показује да је неко искористио непознавање права другог. Не би било толико важно да ли је непосредни извршилац своје понашање скривио колико да ли је други успео да га подвргне својој власти. Онај ко зна за дефицит у познавању права другог и то користи – у сличној је позицији као и онај ко искоришћава нечије непознавање чињеничног стања. Иако је тачно да се и овде ради о искоришћавању погрешне представе другог, чињеница да је законодавац кривично-поправно дејство отклоњиве правне заблуде везао тек за умањење кривичне одговорности, а не и за њено искључење – умањује снагу евентуалних приговора. Осим тога, за разлику од искоришћавања стварне заблуде, овде се одговорност саучесника не би везивала за нехатно, већ за умишљајно дело извршиоца, што сасвим задовољава на плану кажњавања. Отуда закључак о подстрекавању сматрамо догматски доследнијим и криминално-политички пожељнијим.

### 2.3.5. *Одољива сила или претња у односу на оруђе*

Владајуће је становиште да *одољива сила*, односно *претња*, ако не воде искључењу противправности или кривице – не воде ни посредном извршилаштву. Многи аутори, позивајући се на принцип одговорности, одбацују посредно извршилаштво принуђача, сматрајући однос подстрекавањем.<sup>73</sup> Овај став је могућ јер оруђе овде поступа умишљајно, иако је његова одлука у неку руку изнуђена злом које се већ примењује или му се ставља у изглед. Како је овде могуће применити институт *крајње нужде*, од њеног постојања зависи и питање кривичноправног значаја одољиве силе и претње. Ако лице А, хотећи да се освети противнику Б, уцени лице В одавањем неке осетљиве тајне у случају да овај не учини неко зло лицу Б, позивање лица В на крајњу нужду може отпасти једино ако је учињено зло веће од зла које му је претило (чл. 20 КЗ). Српски законодавац крајњу нужду сматра основом искључења противправности, иако допушта да претње високог интензитета, које ипак не могу да доведу до искључења противправности дела, имају значаја на плану одмеравања казне. Могуће је наине да учиниоцу казна буде ублажена, или чак да у случају нарочито олакшавајућих околности од ње буде и ослобођен (чл. 20, ст. 3 КЗ). Ако дело лица В буде учињено у крајњој нужди, посредни извршилац кривичног дела биће лице А.<sup>74</sup> Ако то није случај, А остаје подстрекач на недело, али ће се примена одољиве силе односно претње у односу на лице В евентуално уважити преко могућности ублажавања казне (чл. 21, ст. 2 КЗ).

<sup>73</sup> Вид. нпр. А. Koch (2008b), 496; R. Rengier, 359. Супротно Н. Frister, 368; С. Roxin (2003), 23.

<sup>74</sup> Слично и М. Ђорђевић, 59 60.

## 2.4. Недостаци оруђа на плану мотива

Школски пример заблуде о мотиву представљало би лажно представљање неке да његова супруга годинама одржава ванбрачне везе са другим мушкарцима, што, како лажљивац подмукло претпоставља, наведе мужа да супругу испребија и тешко повреди. Овде се обмањивање не односи на дело и његова обележја (супруг одлично зна да тешко повређује супругу) већ на *разлоге* због којих је до повређивања уопште дошло. Иако навођење неистинитих разлога, за које се претпоставља да ће довести до жељеног понашања другог лица, представља стварање одлуке код другог, ипак се не ради о фактичком владању другим лицем које би омогућило закључак о посредном извршилаштву. Отуда је у нашем примеру реч о подстрекавању, а не о посредном извршилаштву.<sup>75</sup>

Од искоришћавања заблуде о мотиву дела треба даље разликовати оне ситуације које се тичу висине невредности учињеног недела, као нпр. када лице А потакне лице Б да разбије скупоцену кинеску вазу лица В, представљајући да се ради тек о безвредној имитацији (вид. чл. 212 КЗ). Једно схватање налази да се овде ради о посредном извршилаштву јер и овде једно лице управља догађањем, али само под условом, као у нашем примеру, да постоји *знатно одступање* оствареног неправу у односу на претпостављену невредност.<sup>76</sup> Друго схватање ипак заступа идеју о подстрекавању, с обзиром на то да је непосредни извршилац, свестан свих обележја бића дела, потпуно кривично одговоран.<sup>77</sup> Умишљај подстрекача узео би се у обзир тек приликом одмеравања казне. Начелно, не чини нам се прихватљиво прављење разлике ако се искоришћавање заблуде и остварење дела од стране непосредног извршиоца односе на исто биће дела, независно од тога што је и унутар једног истог кривичног дела могуће степеновање невредности. Лице А остаје подстрекач и када лицу Б лажно представља да ће противправно лишење слободе које овај планира у односу на В трајати само неколико сати, иако А зна да ће се радити о вишенедељном затварању.<sup>78</sup> Другачији закључак би даље релативизовао разграничење извршилаштва и саучесништва водећи правној несигурности. Али, ако А искоришћава незнање лица Б у односу на затварање које траје дуже од тридесет дана (вид. чл. 132, ст. 3 КЗ), онда се ова заблуда тиче околности која утиче на квалификацију дела.<sup>79</sup> И у том случају, међутим, не постоје довољни разлози због

<sup>75</sup> Тако и С. Roxin (2003), 41.

<sup>76</sup> Вид. нпр. Н. Frister, 363; К. Kühl, 673; С. Roxin (2003), 42.

<sup>77</sup> Р. Hünerfeld, 243; Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 667; А. Koch (2008а), 402; R. Rengier, 360; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 234.

<sup>78</sup> Роксинов пример (С. Roxin [2003], 42).

<sup>79</sup> Слично је и у претходном примеру, где лице Б, које разбија скупоцену вазу у заблуди у односу на вредност, одговара у границама чл. 212, ст. 1 КЗ, док лице

којих се и у овој варијацији не би радило о подстрекавању, овај пут у односу на тежи облик кривичног дела.<sup>80</sup> Стога нам је друго схватање прихватљивије.

Нејасно је како ценити случај у којем једно лице манипулише *зблудом о личности* другога. Тако можемо замислити да лице А сазна да му Б на једном изолованом месту спрема заседу, у којој планира да га усмрти. На место заседе, изговором да хоће помирење, он пошаље свог непријатеља В, који је сличне грађе као он. Сходно очекивању, Б у магновењу усмрти лице В уместо њега. Закључак о посредном извршилаштву овде је сумњив јер је убица потпуно кривично одговоран,<sup>81</sup> његова *error in persona* не искључује одговорност за убиство. Отуда је тешко говорити о његовој инструментализацији од стране посредног извршиоца. Ни закључак о подстрекавању међутим није могућ, јер не постоји никакав психички контакт између лица А и лица Б, а одлука је већ донета.<sup>82</sup> На концу, тешко може бити говора о помагању,<sup>83</sup> јер А није никако допринео делу лица Б, штавише помогао је да се његов план изјалови.<sup>84</sup> Иако ниједно решење није без могућих приговора, с обзиром на то да се принцип одговорности и у другим ситуацијама повлачи пред критеријумом власти над делом, закључак да је лице А у овој ситуацији ипак посредни извршилац – сматрамо најприхватљивијим.

### 3. ЗАБЛУДЕ ПОСРЕДНОГ ИЗВРШИОЦА И ОРУЂА

Умишљај посредног извршиоца мора да обухвати сва обележја објективног бића. Уколико лице-оруђе учини више него што је посредни извршилац планирао, вишак треба сматрати *ексцесом* за који посредни извршилац не треба да одговара.<sup>85</sup> Ако родитељ пошаље

А одговара у границама чл. 212, ст. 2 или 3 КЗ. Интересантан пример налазимо у немачкој судској пракси (BGHSt 1, 368). Група америчких војника је 1945. године стрељала једно лице, јер им је други свесно лажно представио да је овај претходно усмртио неколико страних радника. Овај је заправо само хтео из ниских побуда да његов противник буде уклоњен, а претпоставио је како ће поступити амерички војници. Амерички војници су извршили убиство, а обмањивач као посредни извршилац тешко убиство из ниских побуда (детаљније вид. Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2000<sup>7</sup>, 213). Иако се и овде радило о заблуди о мотиву, овде она није била неутрална у односу на обележја дела већ је утицала на квалификацију.

<sup>80</sup> Тако и G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 235.

<sup>81</sup> Ово је данас ипак владајуће схватање. На пример, P. Cramer, G. Heine, 498; H. Frister, 364; K. Kühn, 673; C. Roxin (2003), 45.

<sup>82</sup> Схватање о подстрекавању заступају нпр. R. D. Herzberg, 25; V. Krey, 58.

<sup>83</sup> На пример, A. Koch (2008a), 402.

<sup>84</sup> C. Roxin (2003), 46.

<sup>85</sup> Тако V. Heinrich, 200; U. Kindhäuser, 328.

делинквентног 10-годишњака да му из продавнице изнесе флашу скупог алкохолног пића, па дете на излазу из радње ухвати запослени радник, родитељ неће одговарати и за разбојничку крађу ако није знао да је дете са собом понело и нож, којим је припретило раднику. Могућ је и експес посредног извршиоца. Тако, ако једно лице наведе друга лица на вршење разбојништва у односу на његовог супарника, давши им при том наводно средство за успављивање жртве за које само он зна да је заправо смртоносно, он представља подстрекача на разбојништво али и посредног извршиоца убиства супарника.<sup>86</sup> Остали одговарају само за разбојништво.

Како у објективно биће посредног извршилаштва спада и управљање над лицем-оруђем, ова околност такође мора бити обухваћена умишљајем. Ту су замисливе две ситуације заблуде. Могуће је најпре да је посредни извршилац умислио да има власт над другим, док други заправо одлично зна шта ради. Овде објективно постоји однос подстрекавања, а тек на субјективном плану лице погрешно представља да је други само његово оруђе. Како умишљај учиниоца не може да надомести објективну стварност, реч је о односу две могуће квалификације: подстрекавања и (неподобног) покушаја посредног извршилаштва. Лоша страна другог решења јесте то што оно не одговара чињеничном стању. Повреда правног добра од стране непосредног извршиоца овде је стварно наступила, па се закључак о некаквом „покушају“ показује као обична фикција која не одговара стварности. Због тога треба закључити да се покушај посредног извршилаштва овде повлачи пред подстрекавањем.<sup>87</sup>

У обрнутој ситуацији једно лице верује да само подстрекава другог на какво недело, не знајући да овај заправо и није кривично одговоран (нпр. душевно је болестан). На објективном плану постоји дакле однос посредног извршилаштва, а на субјективном плану тек подстрекавање. Према владајућем схватању овде је реч о подстрекавању, јер је његова невредност у целости садржана у посредном извршилаштву као тежем виду остварења кривичног дела.<sup>88</sup> Лоша страна овог решења могућа је у оним кривичноправним системима, који акцесорност као услов саучесништва везују за умишљајно противправно дело извршиоца. Ако је умишљај субјективно обележје бића дела, чија противправност није могућа без остварења свих обележја, објективних и субјективних, онда ни противправног дела

<sup>86</sup> Случај „соне киселине“, BGHSt 30, 363 (вид. детаљније Н. Braunschneider [Hrsg.] *et al.*, 194).

<sup>87</sup> Слично нпр. В. Heinrich, 199; Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 671; С. Roxin (2003), 69; Ј. Wessels, W. Beulke, 206. Покушај подстрекавања заступају нпр. U. Ebert, 199; P. Hünerfeld, 245.

<sup>88</sup> В. Heinrich, 199; Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 671; R. Rengier, 366; С. Roxin (2003), 68; Ј. Wessels, W. Beulke, 206. У нашој литератури ово решење заступа Ј. Бутуровић, 195.

извршиоца нема без његовог умишљаја. У ситуацијама где је лице-средство само недолозно оруђе, овај услов није испуњен, те преостаје да се поступање онога који делује „из позадине“ квалификује тек као (неподобан) покушај подстрекавања.<sup>89</sup> Иако је таква квалификација могућа и према нашем праву (вид. чл. 34, ст. 2 КЗ), овде постоји довршено подстрекавање, јер наше право не поставља захтев умишљајног противправног дела извршиоца као услов саучесништва.

Спорно је како вредновати ситуације *error in persona vel objecto* лица-средства. Ако се посредник забуни у погледу идентитета жртве (нпр. медицинска сестра да инјекцију с отровом болеснику у кревету поред), ова забуна према једном схватању делује у односу на посредног извршиоца као тзв. промашени ударац (*aberratio ictus*), па би овај одговарао као посредни извршилац за покушај умишљајног убиства у стицају са нехатним лишењем живота које се догодило. Ово решење, како се сматра, наметнуто је због специфичности односа посредног извршиоца и оруђа. Ако је посредник тек (људско) оруђе, онда нема разлике да ли је сам посредни извршилац лоше управдио средство (нпр. лоше пуцао погодивши оног кога није желео да погоди), или је сам посредник као ангажовано средство промашео.<sup>90</sup> Друго схватање примењује општа правила о стварној заблуди и прави разлику према томе да ли се ради о ирелевантној заблуди о лицу односно објекту, или о релевантној заблуди о каузалној вези (*aberratio ictus*).<sup>91</sup> Одлучно је да ли се људско оруђе држи упутстава посредног извршиоца, или се дефинисање објекта дела удаљава од овог плана. Ако је посреднику препуштено да сам определи објект дела, радило би се и у односу на посредног извршиоца о ирелевантној заблуди о лицу, односно предмету, док би само у другој варијанти постојао „промашени ударац“.

#### 4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У српској литератури постоји неповерљив став према ширем прихватању института посредног извршилаштва. То је, с једне стране, последица идеја чврсто прихваћених у старијој доктрини, а с друге, резултат строго схваћене ограничене акцесорности саучесништва. Ако неко искористи неурачунљивог за извршење неког дела, овај неће бити кривично одговоран, али ће лице које ово стање искоришћава представљати подстрекача. Разлике на плану кажњавања

<sup>89</sup> На пример, U. Ebert, 199.

<sup>90</sup> B. Heinrich, 200; H. H. Jescheck, T. Weigend, 672; C. Roxin (2003), 71; U. Weber, 503.

<sup>91</sup> Тако U. Kindhäuser, 341; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 103; J. Wessels, W. Beulke, 207.

заправо и нема, што такође иде у прилог таквом закључку. Посредно извршилаштво се прихвата само у оним ситуацијама када се због попуњавања празнина у кажњавању такав исход сматра изнуђеним. Ипак, чињеница да се једно лице другим служи као оруђем за остварење властитих циљева, показује да ово решење не осликава природу односа који се овде успоставља, што се види и из изложених примера.

У српском Кривичном законнику нема посебне одредбе о посредном извршилаштву, а није је било ни у ранијим прописима, па је његово дефинисање и делокруг примене препуштен теорији и пракси. У стручној литератури се последњих година чине предлози да посредно извршилаштво нађе своје место у Кривичном законнику.<sup>92</sup> Не само да би такво решење било на линији начела законитости, које захтева да улога сваког учесника у делу буде што прецизније вреднована,<sup>93</sup> већ је то према нашем схватању неопходна претпоставка ширем прихватању овог института у судској пракси. Таква одредба, налик чл. 25, ст. 1 немачког Кривичног законика, могла би да гласи: „Извршилац је лице које врши кривично дело непосредно или посредством другог лица“.

Dr. Igor Vuković

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## ON SITUATIONS OF INDIRECT PERPETRATION IN SERBIAN CRIMINAL LAW

### *Summary*

Criminal law recognizes three possible forms of perpetration: direct perpetration, indirect perpetration and joint perpetration. Indirect perpetrator (principal by proxy) is a person who commits an offence through another person (agent). Principal controls acts of the agent because he has superior knowledge or superior will, which enables him to effectuate his own ideas through the agent. Typical example of indirect perpetration is exploitation of a child or an insane person for a criminal offence. Situations in which there is a need for this construction have not yet been clearly defined in Serbian literature. The distinction between principal by

---

<sup>92</sup> Вид. нпр. М. Ђорђевић, 60.

<sup>93</sup> Љ. Лазаревић, 187.



proxy and abettor is particularly complex, given that, according to Serbian law and accepted principle of limited dependence of the accessory liability on the principal offence, accessory liability is possible without guilt of the direct perpetrator. The author discusses typical situations of indirect perpetration and its possible implications in the application of law.

Key words: *Principal by proxy. – A person as an instrument. – Control over the Act. – Errors of the principal and the agent.*

Др Наташа Петровић Томић\*

## ОСИГУРАЊЕ ЖИВОТА ВЕЗАНО ЗА ИНВЕСТИЦИОНЕ ФОНДОВЕ\*\*

*Савремено тржиште животних осигурања карактерише појава нових врста осигурања, међу којима посебно место припада онима који повезују различите сегменте финансијског тржишта. Животно осигурање везано за инвестиционе фондове је пример осигурања које одговара потребама захтевних потрошача осигурања. Након објашњења појма овог осигурања и анализе института, аутор се фокусира на три кључна питања инвестиционог животног осигурања. Прво, на право уговарача осигурања да изабере инвестициони фонд у који ће његова премија бити уложена. Друго, на дужност обавештавања улагача о инвестиционом ризику који на себе преузима избором инвестиционог фонда. Треће, аутор указује на потребу да осигуравачи предузму одређене мере како би се одређени део суме осигурања гарантовао за исплату уговарачу осигурања, због неизвесности осигурани суме у овој врсти осигурања живота. Аутор закључује да инвестиционо животно осигурање има велики потенцијал и да, у зависности од тога са колико успеха се потрошачи осигурања едукују, оно за њих може постати један од атрактивнијих производа.*

Кључне речи: *Животно осигурање. Инвестициони фонд. Инвестициони ризик. Потрошачке информације.*

### 1. КЛАСИЧНО ОСИГУРАЊЕ ЖИВОТА ПОЈАМ

Уговор о осигурању живота се дефинише као уговор на основу којег се уговарач осигурања обавезује да осигуравачу уплати одређену премију, а осигуравач се обавезује да, ако наступи догађај који представља осигурани случај, уговарачу или кориснику

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [nataly@ius.bg.ac.rs](mailto:nataly@ius.bg.ac.rs).

\*\* Аутор дугује захвалност проф. др Небојши Јовановићу за консултације и сугестије. Наравно, одговорност за евентуалне преостале грешке и вредносне судове изнете у овом тексту је искључиво на аутору.

осигурања исплати унапред уговорену суму осигурања. Тај догађај је смрт осигураника, доживљење одређених година старости, смрт или доживљење одређених година (тзв. мешовита осигурања).<sup>1</sup> Осигурање живота се у теорији права осигурања истиче као пример осигурања које се суштински разликује од имовинских осигурања. За његово разумевање је кључно да се ради о *осигурању капитала, чији је износ унапред одређен уговором и које се закључује ради исплате новца уговарачу осигурања или кориснику*.<sup>2</sup> Осигурани случај зависи од тога колико ће трајати живот неког лица, а осигуравач има обавезу да исплати уговорену суму осигурања независно од материјалних губитака корисника осигурања.<sup>3</sup> Осигурање живота представља једну од најзначајнијих врста осигурања са становишта остварења вишеструких циљева потенцијалних уговарача осигурања. Наиме, за ово осигурање се традиционално, поред елемената осигуравајуће заштите, везује и елемент штедње.<sup>4</sup> Како у осигурању живота не

<sup>1</sup> Ово су тзв. класична осигурања живота, која су најстарија и која не треба посебно објашњавати (један француски аутор духовито каже да су животна осигурања попут мобилних телефона: сви знају да рукују њима, а скоро нико не зна ништа о томе како заиста функционишу). Међутим, појмом животног осигурања обухваћена су и бројна друга осигурања попут: осигурања са повраћајем премије, осигурања за случај закључења брака, осигурања за случај рођења детета, као и осигурање ренте и допунска осигурања уз осигурање живота. Прва Директива животног осигурања предвиђа да друштва осигурања могу да обављају и неке друге послове који нису класични послови осигурања: послове капитализације засноване на актуарском обрачуну, послове управљања колективним пензионим фондовима, послове улагања и активе ако настају из посла осигурања који се односи на очување капитала или на услуге са гарантованим минималним износом. Детаљније: чл. 1 Директиве 79/267/ЕЕЗ од 5. марта 1979. о усаглашавању законских, подзаконских и управних аката који се односе на започињање и обављање делатности директног осигурања живота, ОЈ L 63 од 13. марта 1979; чл. 2 Директиве 2002/83 од 5. новембра 2002. која се односи на осигурање живота, ОЈ L 345 од 19. децембра 2002.

<sup>2</sup> У том смислу се у француском праву каже да животна осигурања имају паушални карактер (фран.: *caractère forfaitaire*). Вид. Yvonne Lambert Faivre, Laurent Leveneug, *Droit des assurances*, 13 édition, Dalloz, Paris 2011, 737-738. У немачком праву животна осигурања се означавају као осигурања одређеног новчаног износа (нем.: *Summenversicherung*). Вид. Johannes Teslau, Tobias Prang, „Lebensversicherung“, *Handbuch Versicherungsrecht*, 4. Auflage, Hubert W. van Bühren (hrsg.), DeutscherAnwaltVerlag 2009, 1621.

<sup>3</sup> Нема спора да осигурање живота служи задовољењу материјалних потреба корисника осигурања у ситуацијама када му је новац потребан. Међутим, за разлику од имовинских осигурања, начело обештећења се код животног осигурања не примењује и на обавезу осигуравача не могу утицати промене у финансијској ситуацији корисника осигурања, као и податак да ли су за корисника осигурања заиста настали директни или индиректни трошкови и губици. Вид. Јасна Пак, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2011, 297.

<sup>4</sup> Уговарач осигурања плаћа премију животног осигурања издвајањем од зарада (и уопште од својих прихода) и на тај начин остварује штедњу, јер по ис

важи забрана кумулирања права из осигурања и права од лица одговорног за настанак осигураног случаја, то се оваквом регулативом потенцијалним потрошачима осигурања живота шаље јасна порука да онај ко је *штедео* путем осигурања живота не може бити у истој ситуацији као онај ко није *штедео*. Могућност да се – уз осигуравајућу заштиту, која се подразумева – куповином осигурања живота оствари и релативно сигурна штедња чини ово осигурање врло значајним сегментом тржишта капитала.<sup>5</sup> Једнако значајна функција животног осигурања је обезбеђење материјалне сигурности у старости.<sup>6</sup> Стога не треба да чуди податак из држава са високим животним стандардом о томе да више од 60% становништва поседује неку форму животног осигурања.<sup>7</sup>

Поред значаја за појединце – који у њему виде извор штедње – осигурање живота је пример осигурања великог привредног значаја. Финансијска средства до којих долазе осигуравачи на основу уплаћених премија по основу осигурања живота чине их институционалним инвеститорима *par excellence*. Како су животна осигурања по правилу дугорочна, они имају могућност, а и законску обавезу, да прикупљена средства дугорочно улажу. За осигураваче, а још више за њихове потрошаче, је најбитније усвојити стратегију улагања која ће њихове фондове учинити заштићеним од пада вредности новца. Само мудро и опрезном политиком улагања осигуравачи могу бити у стању да када наступи осигурани случај исплате уговорену суму осигурања.

---

теку уговореног периода осигурања осигуравач њему или лицу које је означио као корисника исплаћује уговорену суму осигурања. Међутим, та сума осигурања није прост збир уплаћених премија, већ је увећана за камату, као и за учешће у добити од пласмана акумулиране премије. Уговарач, заправо, користи могућности које пружа законска регулатива: акумулира капитал и обезбеђује бољу заштиту од економских ризика него што би он сам то учинио. У: Hubert Groutel, Fabrice Leduc, Philippe Pierre, Maud Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris 2008, 1345.

<sup>5</sup> „Нема законских ограничења да се закључи и више осигурања живота. Живот нема цену и лице које жели да добије већу осигурану суму може да закључи више уговора. Препрека томе је само немогућност да се плати премија по основу више закључених уговора,“ у: Јасна Пак (2011), 297.

<sup>6</sup> Стога развијене државе усвајају програме и мере ради подстицања куповине животног осигурања, којим се обезбеђује допунска пензија (нпр. усвајањем пореских олакшица). Вид. Јасна Пак, „Значај животног осигурања за материјалну сигурност у старости“, *Промене у праву осигурања Србије у оквиру европског (ЕУ) развоја права осигурања* (зборник радова), Палић 2011, 126-127.

<sup>7</sup> Будући да полиса осигурања омогућава дугорочну штедњу, она може послужити као обезбеђење за добијање разних врста кредита. У развијеним државама она се подразумева када је у питању добијање кредита било из сфере личних инвестиција, било из сфере приватног бизниса.

## 2. ОСИГУРАЊЕ ЖИВОТА ВЕЗАНО ЗА ИНВЕСТИЦИОНЕ ФОНДОВЕ

### 2.1. Појам

Сведоци смо да савремено доба обележава развој нових врста осигурања прилагођених потребама модерног друштва, с једне, као и потребама софистицираних (избирљивих) уговарача осигурања, с друге стране. Када се ради о осигурању живота, то је свакако осигурање живота везано за инвестиционе фондове.<sup>8</sup> Реч је модерној форми осигурања живота, које задржава обележја класичног осигурања живота, али које је у извесној мери модификовано и учињено једним од најатрактивнијих производа тржишта осигурања (и уопште тржишта капитала). Осигурање живота везано за инвестиционе фондове (енг.: *investment based life insurance, unit-linked life insurance*; нем.: *fondsgebundene Lebensversicherung*; фран.: *l'assurance sur la vie en unités de compte*) представља такав модалитет животног осигурања којим уговорач осигурања, осим заштите од ризика смрти или доживљења, остварује и одређену добит активним учешћем у улагању премије осигурања.<sup>9</sup> Атрактивност ове форме животног осигурања произлази из спретног комбиновања *елемената класичног осигурања живота* (омогућавањем наследницима уговарача осигурања да после његове смрти наставе живот без великих материјалних трошкова које смрт собом носи, односно омогућавањем самом уговорачу осигурања да плаћањем премије осигурања у мањим износима током година умањи разлику у приходима после одласка у пензију) и *елемената штедње у инвестиционим фондовима* (уважавањем потребе савремених и захтевних уговарача осигурања да утичу на судбину премије инвестиране у куповину животног осигурања избором инвестиционог фонда у који ће премија бити уложена).<sup>10</sup> Наиме, захтевни уговорачи животног осигурања неће се задовољити тиме да осигуравачу, ма колико он за то био компетентан, потпуно препусте избор фонда у који ће уложити премију, а самим тим и износ добити на који могу

<sup>8</sup> Поред назива за који се аутор опредељује, ово осигурање се може назвати и инвестиционо животно осигурање. У пракси се често уместо ових термина користи назив фондовске полисе (нап. аут.).

<sup>9</sup> СЕА, Preliminary comments on packaged retail investment products (PRIPs). [http://www.insuranceeurope.eu/uploads/Modules/Publications/1253520833\\_cea\\_preliminary\\_comments\\_on\\_packaged\\_retail\\_investment\\_products\\_prips.pdf](http://www.insuranceeurope.eu/uploads/Modules/Publications/1253520833_cea_preliminary_comments_on_packaged_retail_investment_products_prips.pdf), 2. јул 2013; вид. Roland Michael Bechmann, Annemarie Matusche Beckmann, *VersicherungsrechtsHandbuch*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009, 2532; Johannes Teslau, Tobias Prang, 1625; Yvonne Lambert Faivre, Laurent Leveneur, 846-847; Барбара Прелољњак, „Правна при рода уговора о осигурању живота везаног уз инвестицијске фондове“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3, 2011, 967.

<sup>10</sup> Зато се у немачком праву ова врста осигурања живота назива хибридни производ осигурања.

рачунати. Креирањем осигурања – које уговарачима пружа слободу улагања премије осигурања, чинећи износ суме осигурања који је осигуравач дужан да исплати након настанка осигураног случаја зависним од улагачких способности самог уговарача, излази се у сусрет потребама софистицираних конзумента животних осигурања.<sup>11</sup>

## 2.2. Модерна форма осигурања живота

Потпуно разумевање новог производа тржишта животних осигурања изискује да се рашчлане правни институти на чијем комбиновању почива његова оригиналност и атрактивност за савремено доба. Осигурање живота је институт који не треба посебно објашњавати. Али, то није случај са инвестиционим фондovima. *Инвестициони фондови* су код нас правно нормирани тек недавно донетим законом,<sup>12</sup> при чему просечни српски потрошач финансијских услуга тек треба да се увери у исплативост улагања слободних новчаних средстава у њихове јединице.<sup>13</sup> Инвестициони фондови се дефинишу као институције колективног инвестирања у оквиру којих се прикупљају и улажу новчана средства у различите врсте имовине с циљем остварења прихода и смањења ризика улагања.<sup>14</sup> Инвестициони фондови омогућавају инвеститорима да вишак средстава пласирају на тржиште капитала, чак иако не располажу значајнијим капиталом.<sup>15</sup> Потрошачи који се одлуче за инвестирање у инвестициони фонд могу рачунати на законску обавезу фонда да диверзификује ризике улагања, што њихову имовину чини сигурном.<sup>16</sup> Заједно са пословним банкама и друштвима осигурања, инвестициони фондови

<sup>11</sup> Christian Bastard de Crisnay, „La réforme des contrats d’assurance en unités de compte“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 2, 1993, 241.

<sup>12</sup> Закон о инвестиционим фондovima ЗИФ (*Службени гласник РС*, бр. 46/06, 51/09 и 31/11).

<sup>13</sup> По ЗИФ у, инвестициона јединица је сразмерни обрачунски удео у укупној нето имовини инвестиционог фонда (чл. 2, ст. 1, тач. 5). Овде је потребно нагласити да према нашем позитивном праву само отворени инвестициони фондови издају инвестиционе јединице, док затворени инвестициони фондови издају акције. Будући да је у упоредном праву уобичајено да се инвестиционо животно осигурање везује за инвестиционе јединице и ми ћемо користити исту терминологију, али напомињемо да под тим појмом подразумевамо и инвестиционе јединице отворених фондова и акције затворених фондова (нап. аут.). Детаљније: Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 157-166.

<sup>14</sup> ЗИФ, чл. 2, ст. 1, тач. 2.

<sup>15</sup> Инвестициони фондови, дакле, нису резервисани само за тзв. велике инвеститоре. Њима могу приступити и тзв. мали инвеститори, који се обично сматрају потрошачима финансијских услуга и који као такви уживају посебну заштиту.

<sup>16</sup> Саша Муминовић, „Инвестициони фондови и други финансијски производ“, *Банкарство*, бр. 12/2007, 33.

представљају институционалне инвеститоре, који теже да прикупљају слободна новчана средства становништва. Производи финансијског тржишта попут осигурања живота везаног за инвестиционе фондове показују да пословање институционалних инвеститора не мора увек бити конкурентно, већ може постати комплементарно.<sup>17</sup> Комбиновањем елемената осигурања живота и штедње у инвестиционим фондовима, креира се конкурентан производ тржишта капитала и остварује повезаност два значајна сектора финансијског тржишта.<sup>18</sup> Осигуравајућа друштва и инвестициони фондови, заправо, захваљујући инвестиционом животном осигурању, наступају заједнички на пробирљивом тржишту капитала. Основна погодност која се постиже лансирањем новог производа финансијског тржишта припада инвестиционим фондовима, који посредством животног осигурања лакше налазе пут до потенцијалних корисника услуга.<sup>19</sup> Везивањем штедње у инвестиционим фондовима са класичним животним осигурањем врши се снажна пропаганда, а посредно и едукација уговарача осигурања о инвестиционим фондовима.

### 2.3. Настанак и развој

Иако за српске прилике потпуна новина и до скоро позитивно-правна празнина, осигурање живота везано за инвестиционе фондове у свету живи већ неколико деценија, да би тек крајем двадесетог века преузело примат на тржишту животних осигурања.<sup>20</sup> Поставља се питање

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Из угла инвестиционих фондова, тзв. фондовске полисе животног осигурања представљају врло ефикасан начин промоције овог вида улагања капитала, којим инвестициони фондови на бржи начин налазе пут до својих улагача. Из угла потрошача и купаца финансијских услуга и ризика који преузимају, разлике скоро да и нема. Њима је заправо свеједно да ли директно инвестирају у уделе инвестиционих фондова или то чине посредством животног осигурања везаног за инвестиционе фондове. У оба случаја ризик улагања је на њима. Будући да у данашње време потрошачи јако цене економију времена, њима ће увек бити атрактивније и више ће бити заинтересовани за производе попут инвестиционог животног осигурања који практично по цени једне омогућавају добијање две услуге; вид. Florian Metz, „Informationen bei fondsgebundenen Lebensversicherungen Schnittstellen zum Investmentrecht“, *Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, Heft 34, 2009, 1573.

<sup>19</sup> Сваки нови производ финансијског тржишта може постати популаран само ако се, поред снажне пропаганде, ради и на едукацији потенцијалних потрошача.

<sup>20</sup> То се посебно односи на државе Западне Европе, где ово осигурање бележи све веће учешће у укупној премији животних осигурања, док класично осигурање живота све више губи на значају (Вид. Sigma, *Unit linked life insurance in western Europe: regaining momentum?*, Swiss Re, Zurich, бр. 3, 2003, 13). За ово осигурање се може рећи да је англосаксонски производ, будући да је 70 тих година прошлог века настало у Америци и Великој Британији. У Француској је прихваћено врло

шта је узрок тако измењене слике на тржишту животних осигурања. Популарност осигурања живота везаног за инвестиционе фондове може се довести у везу са неколико фактора. Прво, *старе навике*. Уговарачи животног осигурања навикли су да потребе за осигуравајућом заштитом задовољавају у оквиру традиционалних форми животних осигурања. За те форме осигурања карактеристични су *гарантовани приноси*. Требало је да прође време и да дође до смене генерација када се ради о уговарачима осигурања, како би просечан уговарач осигурања био спреман и вољан да прихвати ризик улагања премије животног осигурања у инвестициони фонд по свом избору.<sup>21</sup> Друго, *тржиште капитала*. Јачање улоге тржишта капитала и могућност да висина суме осигурања зависи од улагачких способности уговарача осигурања допринела је њиховом интересовању за осигурање живота везано за инвестиционе фондове.<sup>22</sup> Треће, *раст популарности осигуравајућих и инвестиционих производа на појединим тржиштима*. Пад поверења у банкарску штедњу утицао је на повећање популарности осигуравајућих и инвестиционих форми улагања и штедње. Кључна предност комбинације осигуравајућих и инвестиционих производа у једном састоји се у сазнању уговарача осигурања да он активно учествује у избору одређене форме улагања сопствених средстава и да евентуални принос од тог улагања није у туђим рукама, већ зависи од његових уговарачких способности. Увођењем овог типа осигурања у понуду домаћих осигураваача доприноси се и преласку из тзв. банкоцентричне фазе штедње у фазу финансијског тржишта. Четврто, *неспремност државе да финансира социјалне бенефиције*. Појединци су тако приморани да се окрену алтернативним финансијским производима приватног сектора, којима се врши акумулација новчаних средстава и финансијска заштита у будућности.

## 2.4. Позитивно право

Позитивно право Србије до скоро није пратило савремене трендове у осигурању живота, јер се ова изузетно атрактивна форма животног

брзо како би се неутралисао ефекат монетарне кризе, на основу подзаконских аката којима је ово осигурање легализовано.

<sup>21</sup> На популарност фондовских полиса животног осигурања свакако су утицале и промене у начину живота савременог човека и придавање све већег значаја штедној компоненти животног осигурања (која доприноси и великом привредном значају овог осигурања), уз истовремено смањење значаја бриге за породицу и најближе у случају смрти. Вид. Florian Metz, *нав. чланак*, 1573.

<sup>22</sup> То значи да ово осигурање, ма колико било модерно, није атрактивно за уговараче осигурања који не воле да ризикују и који желе унапред да знају са којом сумом могу рачунати када истекне осигурање (тзв. конзервативни уговарачи осигурања, наспрам модерних уговарача осигурања, спремних да прихвате инвестициони ризик).



осигурања није помињала ни у једном извору.<sup>23</sup> Наиме, важећи Закон о осигурању помиње следеће врсте животних осигурања: осигурање живота, рентно осигурање, допунско осигурање уз осигурање живота, добровољно пензијско осигурање и друге врсте животних осигурања.<sup>24</sup> Иако би се у одбрану нашег закона могао навести последњи став који говори о другим врстама животних осигурања и исти тумачити као пермисивна одредба, фактичко стање ствари је потпуно разочаравајуће. Српски осигуравачи уопште не помињу у својим условима инвестиционо животно осигурање, тако да уговарач осигурања који прати савремене трендове у области животних осигурања не би могао на нашем тржишту осигурања да задовољи потребу са оваквим модалитетом осигуравајуће заштите. Очекујемо да ће се ствари променити, будући да Нацрт Закона о осигурању (даље: Нацрт) *implicite* помиње инвестиционо животно осигурање. Иако одредба о врстама животних осигурања није унапређена у односу на важећи ЗОС, члан који је насловљен „информације за уговарача осигурања при закључењу уговора о осигурању“ представља основ за тврдњу да инвестиционо животно осигурање код нас више неће бити непознаница. Наиме, систематским тумачењем последњег става члана који набраја врсте животних осигурања (који помиње и друге врсте ових осигурања) и одредбе којом се установљава обавеза осигуравача да „у случајевима осигурања код којих осигураник преузима ризик улагања у фонд за покриће који је формиран за те врсте осигурања обавести уговарача и о структури улагања у тај фонд“ може се закључити да творци Нацрта посредно уводе инвестиционо животно осигурање у наш правни живот. У нашем праву ће, дакле, убудуће инвестиционо животно осигурање бити обухваћено збирним појмом *осигурања код којих осигураник преузима ризик улагања у фонд који је формиран за те врсте осигурања*. Осим што је превише описна, оваква дефиниција заслужује још најмање једну замерку. Наиме, ризик улагања није на осигураннику, већ на уговарачу осигурања. Да се ради о некој другој врсти осигурања, у којој је улога уговарача мања него у животном осигурању, ова омашка би се могла сматрати само термиолошком. Али, област животног осигурања управо карактерише појачано присуство уговарача осигурања, због чега се мора инсистирати на исправци и коришћењу примерене терминологије.

<sup>23</sup> За разлику од нашег права, хрватско право познаје ову врсту животног осигурања. Хрватски Закон о осигурању (*Народне новине*, бр. 151/05 87/08) међу животним осигурањима *explicite* помиње и животно и рентно осигурање везано за јединице инвестиционих фондова (чл. 3).

<sup>24</sup> Закон о осигурању ЗОС, (*Службени гласник РС*, бр. 55/04, 70/04, 61/05, 85/05, 101/07 и 107/09), чл. 9.

### 3. ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА ОСИГУРАЊА ЖИВОТА ВЕЗАНОГ ЗА ИНВЕСТИЦИОНЕ ФОНДОВЕ

Осигурање живота везано за инвестиционе фондове представља модерну форму животног осигурања засновану на *комбинацији елемената два правна односа*: класичног уговора о осигурању живота и штедње у инвестиционим фондовима. Будући врста осигурања живота, на осигурање везано за инвестиционе фондове примењују се правила која важе за животна осигурања.<sup>25</sup> Ипак, основна разлика у односу на класични уговор о осигурању живота огледа се у томе што уговарач осигурања има право да изабере инвестициони фонд у чије јединице ће бити уложена његова премија. Уговарач осигурања, дакле, активно учествује у улагању премије осигурања, избором инвестиционог фонда. У томе се састоји атрактивност овог осигурања за модерне уговараче осигурања, свесне значаја тржишта капитала и финансијских могућности које мудро улагање на том тржишту може донети. Али, уз улагање у инвестициони фонд иде и *инвестициони ризик*, тј. ризик улагања, који се манифестује на специфичан начин због повезаности овог улагања са послом животног осигурања.<sup>26</sup> Наиме, висина суме осигурања зависиће од вредности јединица инвестиционог фонда у моменту реализације права из животног осигурања.<sup>27</sup> Она, дакле, није унапред одређена као код класичног уговора о

<sup>25</sup> Закон о облигационим односима ЗОО, (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89 и *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 31/93), чл. 942 965.

<sup>26</sup> Према немачким модел условима, осигурање везано за инвестициони фонд „нуди осигуравајућу заштиту са непосредним учешћем у капиталу инвестиционог фонда“. Вид. *Musterbedingungen für die fondsgebundene Lebensversicherung*, од 2. маја 2008.

<sup>27</sup> О ризику који уговарач осигурања преузима можемо се уверити ако наведемо пример права на откуп осигурања. Ако уговарач осигурања одлучи да се користи овим правом, може се десити да износ добијен на име откупне вредности полисе животног осигурања буде већи од износа који би добио након настанка осигураног случаја. Ово зато што осигуравач код инвестиционог осигурања не гарантује исплату тачно одређене своте као код класичног животног осигурања, већ тај износ зависи од тога како се на тржишту капитала котирају јединице изабраног инвестиционог фонда. Пошто се може десити да падне вредност јединица инвестиционог фонда, то је замисливо да откупом полисе уговарач оствари већу добит од оне коју би остварио наступањем осигураног случаја и плаћањем премије осигурања током већег броја година. Иначе, у немачкој судској пракси је јасно направљена разлика између традиционалног осигурања живота и осигурања живота везаног за инвестиционе фондове у погледу права уговарача осигурања на откупну вредност полисе. Уговарач који се определи за куповину инвестиционог осигурања мора знати да се износ откупне вредности полисе осигурања не може гарантовати, већ да попут износа осигурани суме зависи од вредности јединица инвестиционог фонда. Она, дакле, не одговара увек вредности уплаћених премија осигурања, већ потраживањима фонда на одређени дан, умањеним за одговарајући сконт (који је једнак збиру провизије и трошкова које инвестициони фонд наплаћује улагачу). Код традиционалног животног осигурања, уговорачу мора бити на јасан начин саопштена откуп

осигурању живота, већ њен износ зависи од вредности јединица инвестиционог фонда изабраног од стране уговарача осигурања.<sup>28</sup> Како се та вредност може значајно променити од момента улагања (тј. уплате премије) до момента настанка осигураног случаја и исплате накнаде из осигурања, то ће износ евентуалне добити који уговарач осигурања оствари зависити од његових улагачких способности.<sup>29</sup>

Имајући у виду горе речено, можемо закључити да осигурање живота везано за инвестиционе фондове карактерише двострука *alea*. Осим ризика иманентног сваком уговору о осигурању живота, осигурање везано за инвестиционе фондове прати и инвестициони ризик. Како износ који исплаћује осигуравач зависи од вредности јединица инвестиционог фонда у који је по избору уговарача осигурања уложена премија у моменту настанка осигураног случаја, то он преузима велики ризик.<sup>30</sup> Док је код класичног уговора о осигурању живота тај ризик на осигуравачу, који самостално (али придржавајући се законских обавеза) одлучује на који начин ће уложити средства уговарача осигурања, модерно животно осигурање означава прелазак тог ризика на уговарача осигурања. Из овога произлази да је инвестиционо животно осигурање врло ризичан посао, коме могу прибегавати само они уговарачи осигурања који имају довољно знања или имају могућност да, користећи услуге стручњака, одлуче о исплативости улагања премије у одређени фонд.<sup>31</sup>

на вредност. Вид. *Versicherungsrecht*, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, Heft 29, 2007, 1354.

<sup>28</sup> Парадоксално је то да уговарач осигурања може остварити већу добит (него да се определио за обично животно осигурање) или бити на потпуном губитку (ако дође до пада вредности јединица инвестиционог фонда) у зависности од тога у ком моменту доспева његово право према осигуравачу: у моменту када је тржишна цена јединица фонда порасла или у моменту када оне бележе пад вредности! Могућност оваквог исхода чини инвестиционо животно осигурање врло ризичним послом, који се не може одвијати без одговарајуће заштите потрошача, у: Henri Novasse, „L'assurance vie en unités de comptes“, JCP N, 2001, 1858.

<sup>29</sup> Период од уплате премије и почетка улагања у инвестициони фонд до момента настанка осигураног случаја може бити прилично дуг (нпр. 10 так или више година). Зато је уговарач осигурања изложен утицају негативних кретања на тржишту капитала и носи инвестициони ризик, карактеристичан за улагања у јединице инвестиционих фондова. Када је реч о класичном уговору о осигурању живота, та кав утицај се настоји отклонити детаљном законском регулативом начина пласмана средстава прикупљених по основу уговора о осигурању живота.

<sup>30</sup> Може звучати апсурдно, али док се закључењем уговора о осигурању живота настоји отклонити ризик дуговечности или смрти, догле се увођењем могућности избора инвестиционог фонда у који ће се премија уложити, тај ризик поново преваљује на уговарача осигурања. Уколико се не упозори на све добре и лоше стране овог модалитета животног осигурања, уговарача осигурања може скупо коштати ризик улагања.

<sup>31</sup> Лица која су потпуни лаици када је реч о тржишту капитала и улагању у инвестиционе фондове морала би врло опрезно да приступају овом послу, јер би лако

Поред избора конкретне форме улагања премије, у основна обележја осигурања живота везаног за инвестиционе фондове убрајају се:<sup>32</sup> 1) удели у које се премија по налогу уговарача осигурања улаже у власништву осигураваача; 2) осигураваач врши сва права по основу поседовања удела; како управљачка, тако и имовинска; 3) свако директно учешће уговарача осигурања у управљању уделима инвестиционог фонда је забрањено; што не искључује његово право избора инвестиционог фонда, као и права на основу тзв. арбитражне клаузуле у случају улагања у јединице више фондова; 4) природа овог уговора оправдава годишње информисање уговарача осигурања о структури фонда, као и о управљању њиме.

Да резимирамо: основна идеја осигурања везаног за инвестиционе фондове је да се уговарачу осигурања пружи могућност да утиче на висину добити коју ће остварити у моменту настанка осигураног случаја. Да ли ће та идеја заиста бити остварена у пракси, зависи од улагачких способности уговарача осигурања. Његова добит је директно зависна од новчане вредности јединица инвестиционог фонда у тренутку настанка осигураног случаја (смрти или доживљења).<sup>33</sup>

## 4. ИЗБОР ИНВЕСТИЦИОНОГ ФОНДА

### 4.1. Право уговарача осигурања на избор инвестиционог фонда

Основна одлика инвестиционог осигурања живота је право уговарача осигурања на избор инвестиционог фонда у који ће бити уложена премија осигурања. На основу новца који је добио по осно-

могла постати жртве флукуација на тржишту. Ако се одлуче за овакву инвестицију без довољног познавања инхерентних ризика могу претрпети велике губитке прихода због нестабилности на тржишту капитала, због чега ће њихова очекивања у вези са заштитом имовине бити изневерена. Што је још битније, негативно искуство у вези са улагањем у инвестиционе фондове могло би створити негативну слику и о животном осигурању. „Асиметрија информација између давалаца финансијских услуга и малих потрошача, потенцирана недостатком финансијског образовања, је један од кључних недостатака ослањања на избор појединца у погледу начина заштите његових финансијских интереса.“ (Konstantina Soultati, „Units and Unit Linked Insurance Regulation; a Call for Levelling the Playing Fields“, *Европске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије*, Зборник радова, Палић 2010, 307).

<sup>32</sup> Jean. Bigot, Philippe Baillot, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux, *Traité de droit des assurances, Les assurances de personnes*, Tome 4, L. G. D. J., Paris 2007, 486.

<sup>33</sup> Да би се спречио потпуни или велики губитак, осигураваачи сами бирају инвестициони фонд у који ће средства уложити и утврђују минимални износ суме коју ће исплатити у уговорено време. Има и осигураваача који предлажу да се пре истека осигурања капитал осигураника инвестира у мање ризичан фонд. Детаљније вид. Alexander Kurz, *Die Fondsgebundene Lebensversicherung mit Mindergarantie*, Instituts für Versicherungswissenschaft der Universität Mannheim, 1997.

ву премија осигурања осигуравач купује уделе инвестиционог фонда који је уговарач изабрао.<sup>34</sup> Уделе које осигуравач купи су у његовом власништву, а не у власништву уговарача осигурања. Стога су све клаузуле уговора о осигурању живота којима се осигуравач лишава у потпуности или делимично права својине на уделима у корист уговарача у супротности са овим принципом и као такве неважеће.<sup>35</sup> Када је реч о фондовима у које се може пласирати премија осигурања, упоредна искуства показују да се осигураваачи морају кретати у границама прописаним законским или подзаконским актима, чија је сврха обезбеђење адекватне заштите штедње уложене у инвестиционе фондове.<sup>36</sup> Што се тиче права избора, уговарач осигурања га може вршити на следећи начин: 1) улагањем премије у уделе само једног инвестиционог фонда или 2) улагањем премије у уделе више инвестиционих фондова. Ако је уговарач оптирао за улагање премије у више инвестиционих фондова, уговор мора да садржи податке о тим фондовима, као и проценат премије који се улаже у сваки од фондова.<sup>37</sup>

Иако је право избора инвестиционог фонда један од разлога зашто уговарачи животних осигурања данас преферирају инвестиционо осигурање, оно није апсолутно. Слобода избора инвестиционог фонда уговарача осигурања ограничена је на оне инвестиционе фондове са којима осигуравач има закључене уговоре о сарадњи. Осигуравач по природи ствари не може нудити уговарачима животних осигурања могућност улагања у све инвестиционе фондове који у тренутку закључења уговора послују на тржишту капитала, већ само

<sup>34</sup> Уговор, при том, мора да садржи датум када се премија улаже.

<sup>35</sup> Из овог принципа произлази да осигуравач има ексклузивно право да управља уделима или да управљање повери неком другом лицу, осим уговарача осигурања. Али, управљање уделима инвестиционог фонда мора бити у границама дефинисаним уговором о осигурању живота. Вид. Jean Bigot, Philippe Baillet, Jérôme Kullmann, Luc Maуаux, 487.

<sup>36</sup> Тако у француском праву генерално говорећи право избора се може вршити између: 1) сигурних улагања, где су удели обвезнице; 2) динамичног улагања, где се удели састоје од акција и обвезница и 3) ризичног улагања, где су удели акције. Било који од понуђених профила улагања мора бити везан за инвестициони фонд обухваћен декретом. Ако је, примера ради, неки од уговарача осигурања оптирао за уделе који у току важења уговора буду избрисани са листе декрета, истим актом морају бити прописани принципи и услови за њихову супституцију новим уделима. То захтева допуну уговора. Тако и: Jean Bigot, Philippe Baillet, Jérôme Kullmann, Luc Maуаux, 488-9.

<sup>37</sup> Ако се уговорач осигурања у току важења уговора, под утицајем тржишних параметара, предомисли и одлучи да измени пропорцију улагања у поједине фондове или одлучи да повуче улагање из неког од фондова, за то је потребна измена уговора. За те сврхе је врло значајна арбитражна клаузула, која уговарачима омогућава да ревидирају првобитну расподелу премије у више инвестиционих фондова. Вид. Jean Bigot Philippe Baillet, Jérôme Kullmann, Luc Maуаux, 489.

у оне са којима је остварио сарадњу.<sup>38</sup> Заправо, пракса показује да постоје два начина на која осигуравачи који се баве инвестиционим осигурањем послују: посредовањем између уговарача осигурања и инвестиционог фонда при куповини удела у фонду или улагањем сопствених средстава у инвестициони фонд, које затим нуде уговарачима осигурања у оквиру инвестиционог осигурања.<sup>39</sup> Други начин пословања је карактеристичан за развијенија тржишта животног осигурања, где осигуравачи купују уделе у инвестиционим фондовима у износу од по неколико милиона еура (тзв. трансхе) на период од 10, 15 или више година и које путем уговора о инвестиционом животног осигурању у будућности нуде уговарачима животног осигурања, који пристану на једнократну премију осигурања.<sup>40</sup> Како просечан уговарач осигурања у Србији није у могућности да једнократно издваја веће износе на име улагања у животно осигурање и инвестиционе фондове, то се може очекивати да наши осигуравачи усвоје први начин пословања.

Основна разлика између поменутих начина пословања огледа се у чињеници да ризик улагања осигуравача у првом случају не постоји, док је он у другом случају врло изражен. Осигуравач који само посредује између уговарача осигурања и инвестиционог фонда не преузима ни најмањи ризик улагања. За разлику од њега, осигуравач који унапред улаже средства у куповину јединица инвестиционог фонда преузима ризик улагања, јер не може бити сигуран да ли ће успети да прода те уделе на тржишту осигурања путем уговора о инвестиционом осигурању живота. Другим речима, осигуравач који послује на овај начин не може рачунати са извесношћу да ће ризик улагања превалити на уговараче осигурања живота. Ако му то не пође за руком, тај ризик, а самим тим и потенцијални губици од улагања у инвестициони фонд, остаће на њему.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Стога има мишљења (Барбара Преложњак, 984) да је избор осигуравача код кога ће бити купљено животно осигурање у великој мери условљен постојањем могућности да се премија пласира и уложи у инвестициони фонд по жељи уговарача осигурања. Као да уговарачи животног осигурања имају у виду тачно одређени инвестициони фонд, па им је могућност улагања премије осигурања у његове јединице један од кључних разлога зашто су изабрали одређеног осигуравача!

<sup>39</sup> *Ibid*, 984 985.

<sup>40</sup> Овакве полисе су интересантне уговарачима са великим или натпросечним примањима, којима одговара да већим уплатама и улагањима остваре добит у краћем периоду. Тако и: Ненад Тишма, „Генератор раста премије животног осигурања: фонд полиса“, *Свијет осигурања*, бр. 10, 2008, 16.

<sup>41</sup> Овакав начин пословања осигуравача погодан је за државе са стабилним и развијеним тржиштем животног осигурања, на коме се традиционално купује и инвестиционо осигурање живота. Осим тога, уз овакво улагање осигуравача иде и тржиште на коме има уговарача са великим примањима, којима одговара да уз веће премије осигурања остваре очекивану добит у краћем периоду.

## 4.2. Правни односи: интерни и екстерни

Правна природа уговора о осигурању живота везаног за инвестиционе фондове захтева да се, најпре, рашчлани два правна односа која га обележавају: интерни (унутрашњи) и екстерни (спољашњи). На први поглед *унутрашњи однос* је однос између осигуравача и уговарача осигурања заснован на уговору о животном осигурању. Међутим, овај однос је специфичан у том смислу што његову грађанскоправну основу чини уговор о налогу.<sup>42</sup> Наиме, уговор о инвестиционом осигурању живота садржи и налог осигуравачу да у своје име, а за рачун уговарача изврши пласман премије у јединице тачно одређеног инвестиционог фонда. Приликом извршавања датог налога, осигуравач је дужан да премију уложи у складу са добијеним налогом, да се стара о интересима уговарача осигурања и уопште понаша пажњом доброг привредника.<sup>43</sup> Извршењем обавеза из унутрашњег односа настаје спољни однос.

*Спољњи однос* је однос између осигуравача и инвестиционог фонда и настаје извршењем налога уговарача осигурања од стране осигуравача. У извршавању налога осигуравач иступа у своје име, а за рачун уговарача осигурања, што значи да се закључени правни посао улагања у јединице инвестиционог фонда сматра правним послом осигуравача у односу са трећим лицима.<sup>44</sup> Али, на основу уговора о инвестиционом осигурању живота, тј. на основу унутрашњег односа, осигуравач је дужан да на уговарача осигурања пренесе све користи из спољног односа, тј. посла закљученог извршењем налога уговарача осигурања. До тога не долази аутоматски, већ када се испуне услови из правног посла који чини интерни однос. Дакле, кауза уговора о инвестиционом осигурању живота налаже да се користи из улагања у инвестициони фонд пренесу на уговарача осигурања у тренутку остварења осигураног случаја.

<sup>42</sup> ЗОО, чл. 749-770.

<sup>43</sup> Према ЗОО, посебно интересантна из угла практичног функционисања овог осигурања може бити обавеза осигуравача као налогопримца да упозори уговарача као налогодавца на недостатке његових налога и да тражи нова упутства (чл. 751, ст. 2). Преведено на инвестиционо животно осигурање, да ли ова одредба значи обавезу осигуравача да уговарачу сугерише да инвестициони фонд у који жели да уложи премију није најбољи избор? И који су то параметри на основу којих се овакво мишљење осигуравача може да заснива? Утолико пре што осигуравачи по праву нуде улагања само у тачно одређене инвестиционе фондове. Друго, у каквом је односу ова обавеза са обавезом информисања уговарача осигурања? Да ли обавеза информисања подразумева и обавезу да се укаже да изабрани фонд није најбољи избор?

<sup>44</sup> Улагањем премије животног осигурања у инвестициони фонд по налогу уговарача осигурања, осигуравач ступа у уговорни однос са инвестиционим фондом. Осигуравач је носилац права и обавеза из тог односа, тако да инвестициони фонд не мора знати да је реч о правном послу закљученом за рачун неког другог лица.

## 5. ОБАВЕЗА ИНФОРМИСАЊА УГОВАРАЧА ОСИГУРАЊА ОД СТРАНЕ ОСИГУРАВАЧА

### 5.1. Право Европске уније

Уговарачи животног осигурања се у модерном праву осигурању сматрају потрошачима услуга осигурања због чега се на њих примењује низ правила протекционистичког карактера.<sup>45</sup> Заштита уговарача животног осигурања заснива се на постојању две обавезе осигуравача: обавезе информисања и обавезе саветовања. Једно од правила на коме се посебно инсистира у директивама Европске уније је *предуговорно информисање уговарача осигурања* од стране осигуравача. Директива о осигурању живота обавезује државе чланице да пропишу да се пре закључења уговора о осигурању уговарачу морају саопштити две групе околности.<sup>46</sup> Прва група информација односи се на осигуравача, а друга на обавезу коју он уговором преузима. При том, све информације морају бити саопштене писменим путем, на јасан и прецизан начин, на службеном језику земље чланице у којој је осигуравач преузео обавезу. Уговарачу се пре закључења уговора достављају следеће информације о осигуравачу:

- 1) име или фирма осигуравача и правна форма његове организације,
- 2) име земље чланице његовог седишта, односно земље седишта заступника или филијале осигуравача у случају да се уговор са њом закључује,
- 3) адреса седишта осигуравача и седишта агенције, односно филијале са којом се уговор закључује.

Што се тиче информација о будућем уговору, тј. обавези осигуравача, реч је о следећем:

- 1) појам сваког покрића, односно осигураних ризика и могућих опција у осигурању тих ризика,
- 2) рок трајања уговора,
- 3) начин раскида уговора,
- 4) начин и рокови за плаћање премије,
- 5) начин обрачуна и учешћа у расподели добити корисника осигурања,

---

<sup>45</sup> Према директивама, потрошачем се сматра физичко лице које закључује уговор о осигурању изван своје трговачке, пословне, занатске или друге професије.

<sup>46</sup> Директива 83/2002/ЕЕС Скупштине и Савета Европе од 5. новембра 2002. која се односи на осигурање живота (ОЈ L 345, 19.12.2002), чл. 36. Ова директива последњи пут је измењена Директивом 19/2008/ЕЕС.



- 6) начин обрачуна откупних вредности осигурања и снижења суме осигурања и карактер јемства које се даје за исплату тих вредности,
- 7) обавештење о износима премије које се односе на сваки осигурани ризик, било основни или допунски, према околностима конкретнег случаја,
- 8) ближе објашњење појма и природе улагачког фонда у уговорима повезаним са улагачким фондовима,
- 9) ближи подаци о природи основног капитала у уговорима повезаним са улагачким фондовима,
- 10) начин вршења права на раскид уговора,
- 11) општи подаци који се односе на режим опорезивања који се примењује на конкретни тип осигурања,
- 12) начин решавања спорова осигуравача, осигураника и корисника осигурања, а који настану из закљученог уговора, као и подаци о органима надлежним за разматрање жалби, при чему ова могућност не представља сметњу за покретање судског поступка,
- 13) означавање меродавног права које се примењује на уговор у случају да уговорне стране немају право избора права или, ако имају то прво, означавање меродавног права које осигуравач предлаже да се примени на уговор.

Уколико за време важења уговора о осигурању дође до промене било које од околности из прве или друге групе, осигуравач има обавезу да о томе обавести уговарача осигурања.<sup>47</sup> Дакле, обавеза информисања има континуирани карактер и не завршава се у предуговорној фази. Уговарач осигурања има легитимно очекивање да осигуравач настави и након закључења уговора да га информисе о свим околностима за које има интерес да буде упознат са њима.<sup>48</sup>

Полазећи од одредби Директиве, сматрамо да се обавеза информисања код осигурања живота везаног за инвестиционе фондове може разложити на неколико конкретних обавеза. Прво, *обавеза информисања уговарача осигурања о хибридној правној природи ове врсте осигурања*.<sup>49</sup> Основно код извршења ове обавезе је

---

<sup>47</sup> Треба приметити да директивама није регулисана обавеза осигуравача да уговарача осигурања упозори на обавезе које он (уговарач) преузима овим уговором. То остаје у домену националних права.

<sup>48</sup> John Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, Seventh Edition, Thomas Sweet&Maxwell, London 2007, 350.

<sup>49</sup> Bénédicte Bury, Cyril Gory, „La transparence de l'assurance vie en unités d e compte“, *Droit bancaire*, *Gazette du Palais* 2005, 12.

да се уговарачу недвосмислено стави до знања да он преузима ризик улагања, нарочито изражен у случају берзанске кризе. Осигуравач мора упозорити уговарача да му гарантује само одређени број јединица инвестиционог фонда, а не и њихову одређену вредност. Вредност јединица инвестиционог фонда је подложна флукуацијама и може се мењати у зависности од кретања на тржишту. Друго, *обавеза информисања о откупној вредности уговора, као и о праву на раскид*.<sup>50</sup> Треће, *обавеза информисања о самим јединицама инвестиционог фонда*. Приликом извршења ове обавезе кључно је да уговарач осигурања прими бар онолико информација колико би примио да уговор директно закључује са инвестиционим фондом. Иста обавеза постоји и за време важења уговора о осигурању, када је осигуравач у обавези да једном годишње информише уговарача о вредности јединица инвестиционог фонда, трошковима сервисирања, као и о правима која пружају.<sup>51</sup>

Међутим, једно је упозорити уговарача на елементе од којих зависи његова одлука и пружити му довољно материјала како би донео информисану одлуку, а нешто сасвим друго саветовати га! Обавеза информисања може остварити циљну функцију тек ако се на њу надовеже *обавеза саветовања* уговарача осигурања као слабије уговорне стране. Уговарач животног осигурања је најчешће правно неук, без довољно знања о „авантури“ у коју се упушта куповином инвестиционог осигурања. За доношење информисане одлуке од стране таквог уговарача осигурања није довољно само упознати га са условима осигурања, перспектом инвестиционог фонда и многим другим актима пуним техничких термина и уопште правног жаргона, који он као лаик тешко може разумети.<sup>52</sup> Потребно је да осигу-

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Према немачкој судској пракси, дужност саветовања у фази преговора за закључење уговора о осигурању може се испунити не само усменим објашњењима уговарачу осигурања свих питања од којих зависи његова одлука, већ и предајом проспекта који садржи веродостојне и разумљиве информације („Für die Beratung im Rahmen einer Vertragsanbahnung kann die Übergabe von schriftlicher Information zum Vertrag genügen“, LG Düsseldorf, Urteil vom 7.5.2010). Према ставу који је више пута потврђен од стране немачких судова, неспорно је да уговарач осигурања сам одлучује да ли одређени уговор одговара његовим потребама и финансијским могућностима. *Али, у одређеним врстама осигурања, попут инвестиционог животног осигурања, потреба за саветовањем уговарача осигурања је израженија*. Стога се законским прописима и конституисањем обавеза осигуравача мора изаћи у сусрет тим потребама. Дакле, код осигурања живота везаног за инвестиционе фондове може се сматрати да је осигуравач испунио дужност саветовања само ако је уговарачу осигурања правовремено предат просpekt инвестиционог фонда, који је такве форме и садржине да омогућава пружање информација неопходних за доношење одлуке. Вид. *Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, Heft 27, 2010, 1205-1206.

равач учини корак више и уговарача саветује о појединим врстама осигурања, посебно о оним комплексним попут инвестиционог животног осигурања. Осим ако је уговарач осигурања правно поткован и поседује бар минимална знања из економије (sic!) или може да приушти правно саветовање – што се не може претпоставити – саветовање од стране осигуравача је кључно за његову заштиту и избор адекватног модела осигуравајуће заштите (имајући у виду однос издвојених средстава и квалитет осигуравајуће заштите).

## 5.2. Веза права осигурања и инвестиционог права

Обавеза информисања и саветовања уговарача инвестиционог животног осигурања од стране осигуравача не може се посматрати само из угла права осигурања. Она се мора конкретизовати водећи рачуна о правилима и принципима инвестиционог права. Заправо, садржина ових дужности се не може одредити, а да се не консултују правила инвестиционог права. Дужност информисања уговарача осигурања код продаје тзв. фондовских полиса има за циљ да уговарача стави у позицију да процени шансе и ризике као код директно улагања у инвестициони фонд.<sup>53</sup> Сврха овакве формулације је да се уговарачу пружи бар исте могућности као да је директно улагао у инвестициони фонд, те он има исту потребу за заштитом као када директно купује уделе инвестиционог фонда. Тој потреби се излази у сусрет саопштавањем оних информација уговарачу животног осигурања које се иначе, према правилима инвестиционог права, морају саопштити улагачима у уделе и јединице инвестиционих фондова. Из овога произлази да су друштва осигурања која нуде фондовске полисе у обавези да се приликом испуњавања дужности информисања ослањају на правила инвестиционог права.

Анализом ових правила долази се до закључка да се информисање потенцијалних улагача у инвестиционе фондове врши на један од два начина: 1) предајом проспекта инвестиционог фонда заинтересованом лицу и 2) саопштавањем информација на други начин.<sup>54</sup> Друштва осигурања су слободна да уговарачу осигурања предају проспект инвестиционог фонда са којим сарађују; али они обавезу могу испунити и на друге начине. Оно што је кључно за оцену да ли су поступали у складу са дужношћу информисања је податак да се ова дужност не може свести само на предају проспекта инвестиционог фонда.<sup>55</sup> Осигурач је на основу директива животног

<sup>53</sup> Florian Metz, 1574.

<sup>54</sup> Florian Metz, 1575-1576.

<sup>55</sup> Тако је у немачкој пракси проглашена неважећом клаузула општих услова животног осигурања којом се уговарачу осигурања живота везаног за инвестиционе фондове не указује на све негативне последице која за њега настају у случају пре

осигурања и националних прописа дужан да уговарачу инвестиционог животног осигурања пружи и друге гарантоване информације како би он о циљном производу стекао комплетну слику и могао донети информисану одлуку.<sup>56</sup> Тако је у француском праву, примера ради, осигуравач дужан да уговарача инвестиционог животног осигурања информише о следећим битним елементима: 1) о природи уговора тј. о томе да се његов капитал конвертује у јединице изабраног инвестиционог фонда;<sup>57</sup> 2) о откупној вредности полисе животног осигурања и о праву на раскид уговора и 3) о главним карактеристикама јединица инвестиционог фонда.<sup>58</sup> Дакле, за разлику од директне продаје удела инвестиционих фондова – где се обавеза фондова своди на предају проспекта – обавеза осигуравача је много обухватнија и односи се на бројне информације које произлазе из прописа права осигурања и врше заштитну функцију према уговарачу осигурања.<sup>59</sup>

временог откупа полисе осигурања. Будући да се код овог осигурања не гарантује исплата тачно одређене откупне вредности, као што је то случај код традиционалног животног осигурања, немачки судови су овакву клаузулу прогласили неважећом због нетранспарентности и недовољне заштите права уговарача осигурања („Anhörungsgrüge wegen Nichthinweises auf Intransparenz der Rückkaufswertklausel einer fondsgebundenen rentenversicherung“. Вид. *Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs und Schadensrecht*, Heft 9, 2008, 381 382). О значају транспарентног информисања уговарача осигурања и последицама које осигураваачи могу претрпети говори и више пута потврђена пракса о обавези осигуравача да уговарачу осигурања у табелама откупне вредности јасно назначи и одбитак у случају раскида уговора на основу кога он може израчунати на који износ откупне вредности може рачунати („Der VN muss den Stornoabzug im Rahmen der Vereinbarung einer fondsgebundenen Rentenversicherung ohne weitere Informationen ausrechnen können“. Вид. *Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs und Schadensrecht*, Heft 8, 2010, 329; *Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs und Schadensrecht*, Heft 36, 2010, 1631).

<sup>56</sup> Florian Metz, 1576.

<sup>57</sup> У случају да се капитал уговарача издвојен за премије животног осигурања не инвестира у јединице инвестиционог фонда, тј. када се закључује класично животно осигурање уговарач није изложен ризику губитка капитала. Тада је тај ризик на осигуравачу, који врши пласман средстава животних осигурања. Ситуација је сасвим другачија код инвестиционог животног осигурања. Уговарач директно преузима финансијски ризик, нарочито потенцираном могућом берзанском кризом, јер му осигуравач гарантује само одређени број јединица инвестиционог фонда, а не њихову вредност, у: Bénédicte Bury, Cyril Gory, 12.

<sup>58</sup> Изменама француског закона о осигурању из 2003 (Loi n. 2003 706 du 1èr août 2003) унета је ова новина, која оставља места тумачењу. Судска пракса је одредбу протумачила тако да осигуравача обавезује да уговарачу инвестиционог животног осигурања укаже и на трошкове и таксе који се односе на јединице инвестиционог фонда, као и на модалитете вршења права везаних за те јединице. Детаљније: Bénédicte Bury, Cyril Gory, 13.

<sup>59</sup> Ако осигуравач савесно изврши дужност информисања, уговарач осигурања би морао бити боље заштићен приликом куповине фондовских полисе

### 5.3. Српско право

У нашем праву о овоме нема ни говора, будући да важећи ЗОС опште не познаје ову врсту животног осигурања. Заправо, из угла нашег позитивног права, без обзира на то да ли се ради о животним или неживотним осигурањима, обавеза информисања и саветовања уговарача осигурања не постоји.<sup>60</sup> Наше право у том погледу није усклађено са директивама Европске уније.<sup>61</sup> Обавеза информисања од

него да се одлучио да директно улаже у уделе инвестиционих фондова. Ово зато што се уговарачи животног осигурања у модерном праву осигурања перципирају као потрошачи и уживају одређену заштиту.

<sup>60</sup> Ове обавезе произлазе из Директиве 92/2002/ЕЕС од 9. децембра 2002. о посредовању у осигурању (ОЈ Л 9, 15. 01, 2003), којом је уведена обавеза посредника и заступника осигурања да, после испитивања и сазнања потреба уговарача осигурања, пруже савет о закључењу одговарајућег уговора о осигурању.

<sup>61</sup> До израде Нацрта, светлу тачку у нашем позитивном праву чинила је *Смерница Народне банке Србије о доступности података и информација финансијској јавности и о транспарентности на тржишту осигурања*. Она садржи читав један део посвећен обавезама осигуравача приликом закључења уговора о осигурању. Према овој смерници, друштва за осигурање, односно посредници или заступници у осигурању, треба да потенцијалним клијентима пруже све потребне информације у вези са производом, као и да се према њима опходе на фер и поштен начин, у складу с добрим пословним обичајима и добром пословном праксом. Неопходно је да друштва обезбеде једноставне, јасне и недвосмислене информације, разумљиве про сечном осигуранику, односно клијенту, о производима и услугама које осигуравајуће друштво нуди, као и о местима на којима се до њих може доћи. Приликом пружања информација потенцијалном клијенту, неопходно је да те информације омогућавају доношење одлуке на основу процене и добрих података и да обухватају: 1) податке о посреднику, односно заступнику (посебно о томе да ли је повезан или независан и сл.); 2) информације о осигуравачу; 3) све битне податке о производу (укључујући, али се не ограничавајући само на следеће: цена, услови, циљ производа, фактори ризика, гаранције, посебна искључења и сл.); 4) износе месечних или годишњих рата и процењене повраћаје, односно износе које треба да исплати осигуравач (уколико је примењиво на конкретан случај); 5) податке о припадајућој добити и свим ризицима које сноси осигураник објашњене на истинит и фер начин, омогућавајући му да сагледа сва права и обавезе из уговора; 6) друга права и обавезе обе стране описане на јасан, недвосмислен и разумљив начин.

Осигуравач треба да се побрине да подаци које даје буду прецизни у материјалном погледу, да не доводе у заблуду клијента, да буду разумљиви и лако доступни (у писаној форми или у електронском облику). Жељени ниво транспарентности треба осигуранику да омогући да на јасан и сигуран начин упореди вредности производа међу осигуравајућим компанијама, без обзира на то да ли се ти производи купују директно од друштва или преко посредника. *Осигуранику би требало омогућити да има потпуну сигурност у погледу купљеног производа, ризика и осигураних случајева који су њиме покривени*. Друштва за осигурање, односно заступници у осигурању, треба да сваком осигуранику заједно с полисом уруче опште и посебне услове који се односе на врсту осигурања на коју се полиса односи. Неопходно је да друштва за осигурање омогуће осигуранику да се упозна са целокупним садржајем уговора о осигурању пре његовог закључења. Такође, потребно је да све битне елементе најрелевантније податке из полисе изнесу и предају другој уговорној страни

стране осигуравача у нашем праву своди се на обавезу упозоравања уговарача осигурања да су општи и посебни услови осигурања саставни део уговора, односно на обавезу да их преда уговарачу ако њихов текст није штампан на полеђини полисе.

Поменути недостатак отклања Нацрт који садржи посебан одељак о информацијама за уговарача осигурања. Друштво за осигурање дужно је да, пре закључења уговора о осигурању, писмено обавести уговарача осигурања најмање о:<sup>62</sup>

- 1) пословном имену, правној форми, седишту и адреси друштва за осигурање и огранку друштва са којим се закључује уговор о осигурању;
- 2) условима осигурања и праву које се примењује на уговор о осигурању;
- 3) времену важења уговора о осигурању;
- 4) ризицима покривеним осигурањем и искључењима у вези са тим ризицима;
- 5) накнади из осигурања;
- 6) висини премије осигурања, начину плаћања премије осигурања, висини доприноса, пореза и других трошкова који се обрачунавају поред премије осигурања и о укупном износу плаћања;
- 7) праву на раскид уговора о осигурању и условима за раскид, односно праву на одустанак од уговора;<sup>63</sup>

на трајном медијуму (папир, електронска запис, диск) који је адекватан, прилагођен и лако разумљив клијенту (у оквиру документа не већег од једне стране А4 формата). Осигураник треба да потпише изјаву да му је „пружена могућност да се упозна са садржајем уговора о осигурању, као и да је упознат/а са свим општим, посебним и допунским условима везаним за уговор који закључује, односно за производ или услугу коју купује“. Приликом склапања уговора животног осигурања код кога постоји учешће у добити, друштво треба да другој уговорној страни саопшти све битне информације, као и да јој периодично (најмање једном годишње) доставља извештаје о добити на коју друга страна има право по уговору. Такође, друштва треба да избегавају нејасно и двосмислено рекламирање својих производа и услуга.

Чини се да цитирани део смернице пружа основ осигуравачима да приликом закључивања уговора поступају као да смо већ део Европске уније, тј. да уговарачу осигурања пруже значајан број потрошачких информација у предуговорној фази. Једини проблем у вези са смерницом произлази из њене природе меког права (*soft law*) и неразвијене културе наших осигуравача добровољне примене права које не прати државна санкција.

<sup>62</sup> Нацрт, чл. 181.

<sup>63</sup> Одредба о праву уговарача на одустанак од уговора је посебно значајна код осигурања која се, попут животног, закључују на дужи период. Будући да је уговарач дугорочно правно везан, и то уговором који је прилично комплексан и за

- 8) року у коме понуда обавезује друштво за осигурање;
- 9) начину решавања спорова уговорних страна;
- 10) називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем друштва за осигурање.

У случају закључивања уговора о животном осигурању, обавештење из става 1. овога члана мора да садржи и податке о:

- 1) основици и критеријумима за учешће у добити и начину и роковима за исплату учешћа у добити;
- 2) табели откупних вредности;
- 3) условима за остваривање права на капитализацију уговора о животном осигурању и правима из таквог осигурања;
- 4) у случајевима осигурања код којих осигураник преузима ризик улагања у фонд за покриће који је формиран за те врсте осигурања и о структури улагања у тај фонд;
- 5) пореским прописима који се односе на животно осигурање.<sup>64</sup>

њега често недовољно јасан по правним последицама и смислу, за његову заштиту је круцијално предвидети право на одустанак од уговора без икаквих казних мера. Вид. John Birds, 350.

<sup>64</sup> Сматрамо да је, попут решења хрватског права, осигуравач дужан да уговарача животног осигурања информира и о проспекту фонда, као и о структури улагања (хрватски ЗОС, чл. 89, ст. 3). Евидентно је да се хрватско право ослања на немачко право, које може да буде репер и за наше право у погледу степена до кога треба ићи у нормирању тзв. потрошачких информација. Наиме, у немачком праву је заштита уговарача осигурања у предговорној фази регулисана не само Законом о уговору о осигурању (*Versicherungsvertragsgesetz*, BGBL. 2007 I S: 2833), већ и Уредбом о обавези информисања код уговора о осигурању (*Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen*, BGBL. 2007 I S. 3004). Тако је, према немачком VVG у, осигуравач дужан да потенцијалног уговарача осигурања информира и саветује како пре закључења, тако и током важења уговора о осигурању. Обавеза саветовања односи се на све битне елементе уговора, са акцентом на *личну ситуацију уговарача, његове потребе и жеље, као и сложеност уговора о осигурању* (чл. 6, ст. 1). Ако се закључује нека изузетно комплексна врста осигурања, осигуравач је дужан да уговарача снабде и тзв. листом са информацијама о производу осигурања (нем: *Produktinformationsblatt*), који садржи информације од значаја за закључење уговора о осигурању попут: описа ризика, ризика који су искључени из осигурања, података о висини премије, времену плаћања, као и о последицама за касног плаћања премије, напомене о уговорним обавезама и последицама њиховог неизвршења, почетка и завршетка осигуравајућег покрића, податке о престанку уговора. Поменута уредба садржи врло детаљна правила о томе које све информације треба да буду саопштене уговарачу код свих врста осигурања (чл. 1, ст. 1), као и посебне одредбе које се односе на сва животно осигурања (чл. 2). У складу с тим одредбама, осигуравач је уговарачу дужан да пружи следеће информације: о висини трошкова који су урачунати у премију осигурања, с укупним урачунатим завршним и осталим трошковима који су део годишње премије, осталим могућим трошковима,

Према Нацрту, поменуто обавештење мора да садржи и информацију да се, у случају да су одредбе уговора о осигурању супротне прописима, на уговорне односе примењују прописи, уколико су они повољнији за осигураника, односно корисника осигурања.<sup>65</sup> Друштво за осигурање дужно је да, за време важења уговора о осигурању, писмено обавести уговарача осигурања о:<sup>66</sup>

- 1) промени пословног имена, организационог облика, седишта и адресе друштва или огранка са којим је закључен уговор о осигурању;
- 2) променама података из члана 181, став 1 тач. 2–7 и став 2 тог члана овог закона.

За време важења уговора о животном осигурању друштво за осигурање је дужно да једном годишње писмено обавести осигураника о стању учешћа у добити.<sup>67</sup> Текст и садржај обавештења морају бити написани на прегледан и разумљив начин и састављени на српском језику. Трошкове у вези с овим обавештавањем сноси друштво за осигурање. Уговор о осигурању, односно полиса осигурања мора садржати печат друштва за осигурање и име и презиме и потпис лица овлашћеног за закључивање тог уговора, односно полисе.

У Нацрту, дакле, нема ниједне одредбе која се односи на саветовање уговарача осигурања, што се мора оценити као велики пропуст из угла осигурања живота.

## 6. ОБАВЕЗА ИСПЛАТЕ ОСИГУРАНЕ СУМЕ

За разлику од класичног осигурања живота, осигуравач инвестиционог животног осигурања не преузима обавезу исплате унапред уговорене суме осигурања. Висина његове обавезе зависи од вредности јединица инвестиционог фонда у који је уговарач желео да уложи своју премију, као и од начина поделе ризика и приноса својствених

---

основицама за обрачун или мерилима за исказивање вишка, добити или удела у добити, могућим откупним вредностима, минималном износу осигурања за претварање у осигурање без премије или осигурање са редукованом премијом, као и о учинцима тог осигурања. О значају који се у немачком праву придаје осигурању живота везаном за инвестиционе фондове сведочи податак да је ово осигурање посебно издвојено. Осигуравач овог осигурања уговарачу треба да да следеће информације: о фондовима на којима се темељи осигурање, као и о врстама имовинских вредности садржаних у њима.

<sup>65</sup> Нацрт, чл. 181, ст. 3.

<sup>66</sup> Нацрт, чл. 182, ст. 1.

<sup>67</sup> Нацрт, чл. 182, ст. 2.



инвестиционим фондовима. Начелно се може рећи да је висина суме осигурања различита према томе да ли је реч о осигурању за случај смрти или за случај доживљења.<sup>68</sup> Ако је у питању осигурање за случај доживљења, осигуравач је дужан да кориснику исплати вредност његовог личног штедног рачуна, односно да пренесе власништво над уделитема у инвестиционом фонду који чине резерву фонда.<sup>69</sup> Тиме се ово осигурање у највећој мери приближава улагању у инвестиционе фондове, будући да сума осигурања најдиректније зависи од избора инвестиционог фонда и успешности његовог пословања. Осигуравач, дакле, у овом случају не гарантује исплату осигуране суме, већ је ризик њене исплате на уговорачу осигурања.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> У немачком праву, примера ради, прави се разлика између тзв. обичних хибридних производа (нем.: *herkömmlichen Hybrid Produkt*) и тзв. динамичних хибридних производа (нем.: *dynamischen Hybrid Produkt*). Ово разликовање настало је из потребе да се уговарач, односно корисник осигурања заштите од инвестиционог ризика гарантовањем исплате одређеног износа. Тако се код обичног инвестиционог животног осигурања премија осигурања дели на два дела: на штедни део који се депонује и улаже на начин како се то иначе чини код традиционалног осигурања живота и на део који се улаже у инвестициони фонд. Овакво дељење премије омогућава да кориснику осигурања у моменту настанка осигураног случаја на располагање стоји бар износ који одговара штедном рачуну. Ако је вредност јединица инвестиционог фонда у порасту, он наравно може остварити и добит због које се, у крајњој линији, и опредељује за овај модалитет животног осигурања. Али, ако су јединице инвестиционог фонда забележиле пад вредности, губитак неће бити онолики колики би био да део премија није уложен у штедни рачун. Динамичне хибридне производе, за разлику од обичних, карактерише потпуно преузимање инвестиционог ризика од стране уговорача осигурања. Вид. Johannes Teslau, Tobias Prang, 1625.

<sup>69</sup> Корисник, при том, може изабрати између износа који одговара вредности јединица инвестиционог фонда и преузимања самих јединица инвестиционог фонда. Ако се определи за другу опцију, корисник осигурања је и даље изложен инвестиционом ризику ако одмах не уновчи јединице инвестиционог фонда, тако и: Johannes Teslau, Tobias Prang, 1625.

<sup>70</sup> Уговори о инвестиционом животном осигурању се у француском праву деле у две основне групе: 1) уговори са гарантованим улагањем (фран.: *les contrats à investissement garanti*) и 2) уговори са личним финансијским управљањем (фран.: *les contrats à gestion financière personnalisée*). Када је реч о првој врсти уговора, њима се не гарантује никакав будући приход, али се у случају пада вредности јединица инвестиционог фонда омогућава повраћај целе или дела до тада уплаћене премије. То се постиже коришћењем различитих модалитета уговора, чије је заједничко обележје удовољавање контрадикторним захтевима клијената: с једне стране је захтев за очувањем сигурности штедње, а са друге захтев учешћа на тржишту капитала. Логици ових улагања се укратко може описати на следећи начин: ако све буде по плану, уговорач ће остварити максималну добит од улагања (коју осигуравач не гарантује); али ако ствари крену по злу, уговорач неће претрпети потпуни губитак, већ му осигуравач гарантује повраћај целе или дела уплаћених премија. Што се тиче уговора са личним финансијским управљањем, осигуравач делегира управљање уделитема инвестиционог фонда одређеног уговорача осигурања неком трећем лицу, које се стара о финансијским интересима уговорача. Детаљније о свим предностима и недостацима овакве технике: Jean Bigot, Philippe Baillot, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux, 483-5.

Ситуација је знатно другачија када је закључено осигурање за случај смрти. Осигуравач инвестиционог осигурања за случај смрти преузима обавезу исплате одређеног гарантованог дела осигуране суме за случај смрти осигураника, који се увећава за одређени варијабилни део.<sup>71</sup> То значи да осигурана сума може бити једнака гарантованом износу увећаном за вредност личног штедног рачуна, износ вредности јединица у инвестиционом портфељу увећан за бонус износ, вредност инвестиционог портфеља увећаног за ризико износ означен на полиси осигурања или увећан за гарантовани износ или вредност имовине на сопственом рачуну ако она прелази вредност гарантованог износа осигурања.<sup>72</sup>

Уговарачи и корисници осигурања живота рачунају са тим да ће, поред осигуране своте, остварити и учешће у добити. У том погледу, у инвестиционом осигурању живота ситуација није много боља него у класичном осигурању. Корисник овог осигурања не може да учествује у добити ако уговарач то право није изричито уговорио, односно ако осигуравач у сврху испуњења те обавезе није оформио посебне математичке резерве за исплату гарантованих износа.<sup>73</sup>

Што се тиче нашег права, залажемо се за решење према коме осигуравач, без обзира на то да ли је реч о осигурању за случај смрти или за случај доживљења, има обавезу да гарантује уговарачу 50% вредности улога. Овакав став сматрамо једино оправданим будући да код нас није довољно развијено тржиште животних осигурања, а и постојећи инвестициони фондови лоше послују. Да се целокупан ризик оваквог посла не би преваљивао на уговарача осигурања, који у највећем броју случајева недовољно разуме природу хибридног осигурања, неопходно је обавезати осигуравача да му гарантује половину вредности улога.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Један од производа тржишта осигурања који би могао изазвати интересовање домаћих осигуравача у будућности је осигурање живота везано за инвестиционе фондове. Будући да је реч о тзв. хибридном производу, који уз осигуравајућу заштиту, омогућава и

---

<sup>71</sup> Roland Michael Bechmann, Annemarie Matusche Beckmann, 2532.

<sup>72</sup> Барбара Прелоњњак, 1001.

<sup>73</sup> Када се реч о инвестиционом животном осигурању треба правити разлику између учешћа у добити карактеристичног за сва животна осигурања и добити (или губитка) од улагања у јединице инвестиционог фонда. Дакле, уговарач или корисник осигурања живота везаног за инвестиционе фондове ће свакако имати право на учешће у добити друштва осигурања ако је то право уговором предвиђено; док ће његова добит од јединица инвестиционог фонда зависити од њихове вредности у моменту настанка осигураног случаја. Оно што је заједничко у оба случаја је да уговарач, односно корисник осигурања не може знати колику ће добит остварити.

улагање у инвестициони фонд, ово осигурање може постати један од носилаца развоја тржишта капитала. Захтевни уговарачи осигурања, без аверзије на инвестициони ризик, могу у овој врсти осигурања видети могућност остварења вишеструких циљева. Куповином инвестиционог уместо традиционалног животног осигурања они могу искористи прилику да „малим корацима“ уђу на тржиште капитала и остваре приходе веће од оних карактеристичних за обично животно осигурање. Како код нас још увек није развијена култура улагања у нове производе финансијског тржишта, то осигураваачи и инвестициони фондови морају покренути снажну пропаганду и едукацију како би до потрошача финансијских услуга стигла информација о инвестиционом животном осигурању.

Али, развој инвестиционог животног осигурања није могућ без адекватног законског оквира, тј. без увођења дужности информисања и саветовања уговарача осигурања од стране осигураваача. Значај адекватног нормирања тзв. *потрошачких информација* је у праву осигурања огроман. Уговарач осигурања мора имати сазнање о свим околностима које се тичу осигураваача, с једне стране, и обавеза које он преузима циљним уговором, с друге стране. Уговарач коме су правовремено тј. пре доношења одлуке о закључењу уговора саопштене све ове околности може информисано и сходно својим потребама и очекивањима донети исправну одлуку. Циљ увођења ове обавезе осигураваача је отклањање могућности да уговарач животног осигурања закључи уговор о осигурању само због своје неукости или неразумевања бројних правила садржаних у општим условима или у полиси. Правни поредак мора пружити заштиту оправданим очекивањима уговарача осигурања да ће осигураваач – као јача и информисана страна – давањем бројних информација о свом идентитету и субјективитету, као и о својим обавезама допринети смањењу информационе асиметрије, која угрожава принцип равноправности уговорних страна и еквиваленције узајамних давања. С обзиром на то да уговарач инвестиционог животног осигурања преузима ризик улагања, постоји потреба да се упозори на елементе од којих зависи његова одлука, као и добит коју може остварити у будућности.

Наглашавамо да је из угла државе која се не може похвалити традицијом животних осигурања, а још мање развијеним финансијским тржиштем, неопходан опрез приликом увођења тзв. хибридних производа. Имајући у виду велики потенцијал инвестиционог животног осигурања, треба га нормирати тако да се избегну све замке по потенцијалне кориснике овог осигурања. Најбитније је обавезати осигураваача да правовремено, потпуно и тачно информисе и саветује потенцијалног уговарача осигурања о овом производу. Осигураваач мора бити у обавези да уговарачу укаже бар на: 1) хибридну правну природу инвестиционог осигурања, с акцентом на инвестициони ризик који преузима; 2) неизвесност откупне вредности полисе и 3) саме карактеристике јединица инвестиционог фон-

да и права која пружају. Давањем бар побројаних информација, као и саветовањем у вези са свим недовољно јасним питањима, уговарачу осигурања се омогућава да информисано и сходно својим потребама и финансијским могућностима донесе одлуку о куповини осигурања живота везаног за инвестиционе фондове. Поред законске регулативе, протекционистички усмерене ка уговарачу осигурања, за успех овог осигурања у нашим приликама неопходна је и едукација потрошача осигурања.

Dr. Nataša Petrović Tomić

Assistant Professor

Faculty of Law University of Belgrade

## INVESTMENT BASED LIFE INSURANCE

### *Summary*

The progress at the modern market of life insurance has been characterized by emergence of new types of insurance. Particular emphasis in research and practice in the area of the newly formed types of insurance is given to those that establish a special connection between different segments of financial market. In response to the requirements of certain demanding consumers, insurance companies sought to accommodate their needs through development of a special kind of insurance contract – investment based life insurance. After defining the notion of this type of insurance, the author focuses on three fundamental questions of investment based life insurance. Firstly, the spotlight turns to the right of policy holder to choose investment fund in which the insurer is to invest the premium on his account. Author stresses that this issue also pertains to the allocation of the investment risk, as the policy holder bears the consequences in this regard. Secondly, this paper focuses on the particular duty of the insurer to inform the policyholder of investment risk he bears by choosing the investment fund. Thirdly, the attention is directed at the importance for the insurers to undertake measures aimed at guaranteeing specific part of insurance amount to policyholders. In conclusion, the paper elucidates on the actual market potential of the investment based life insurance and its general attractiveness as an up-and-coming product, demarcating the possible future trends in this regard.

Key words: *Life insurance. – Investment fund. – Investment Risk. – Consumer information.*

Др Славко Ђорђевић\*

## ТРАНСПОЗИЦИЈА СТРАНИХ СТВАРНИХ ПРАВА НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА ПРЕМА НАЦРТУ ЗАКОНА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

У овом раду аутор анализира одредбе чл. 118 Нацрта Закона о међународном приватном праву (Нацрт ЗМПП) којима се уређује транспозиција непознатих стварних права стечених у иностранству у правни поредак Републике Србије. У чл. 118, ст. 1 и 2 Нацрта ЗМПП садржана су општа правила о транспозицији страних стварних права, а у ст. 3 и 4 посебна правила која се примењују на транспозицију непознатих стварноправних средстава обезбеђења потраживања у домаћу регистровану залогу. Аутор је, најпре, изнео проблем промене места налажења покретне ствари на којој је стечено стварно право према ранијем *lex rei sitae* и указао на потребу примене транспозиције као методе којом се непознате стварноправне установе интегришу у актуелни *lex rei sitae*. Затим је приступио анализи одредаба које су предложене у Нацрту ЗМПП и, служећи се првенствено искуствима из стране литературе и судске праксе, као и из страних законодавастава, покушао да објасни како би ове одредбе требало тумачити и примењивати. На крају, аутор се осврнуо на тзв. теорију прихватања (*Hinnehmtheorie*) која се залаже за „адаптацију“ (прилагођавање) непознатих стварноправних устаноа у актуелном *lex rei sitae*.

Кључне речи: *Актуелни lex rei sitae*. *Numerus clausus* стварних права. Функционална еквивалентност. Регистрована залога. Теорија прихватања.

### 1. ПРОМЕНА МЕСТА НАЛАЖЕЊА ПОКРЕТНЕ СТВАРИ И ПОТРЕБА ЗА ТРАНСПОЗИЦИЈОМ

Примена права места налажења ствари (*lex rei sitae*) представља општеприхваћено колизионо решење за стварноправне одно-

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу и члан Радне групе за израду Нацрта новог Закона о међународном приватном праву Републике Србије, [slavko.djordjevic77@gmail.com](mailto:slavko.djordjevic77@gmail.com).

се с елементом иностраности у упоредном међународном приватном праву и важи како за покретне тако и за непокретне ствари.<sup>1</sup> Када је реч о стварним правима на покретним стварима, проблеми у примени овог колизионог правила настају кад покретне ствари мењају место (државу) свог налажења, тј. када дође до тзв. мобилног сукоба закона.

Према општеприхваћеном правилу у упоредном праву, променом места налажења покретне ствари у начелу се мења и меродавни статут за стварна права.<sup>2</sup> Ако се покретна ствар премешта из једне

<sup>1</sup> Вид. чл. 18 Закона о решавању сукоба закона Републике Србије ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82 и 46/96; чл. 18. Закона о међународном приватном праву и поступку Републике Словеније из 1999, *Урадни лист Републике Словеније*, бр. 56/99; чл. 87 Закона о међународном приватном праву Белгије из 2004 (текст овог закона на енглеском језику објављен је у *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 70, 2006, 358 и даље); чл. 127 холандског Грађанског законика, 10. књига, од 19 маја 2011 (текст овог закона преведен на енглески језик објављен је у *Yearbook of Private International Law*, Volume 13/2011, 657-694); чл. 43. Уводног закона за Грађански законик Немачке, *BGBI. I S. 2494*; 1997 I S. 1061; чл. 64. Закона о међународном приватном праву Бугарске из 2005 (текст овог закона преведен на немачки језик објављен је у *RabelsZ* 71, 2007, 457-493); чл. 13 Закона о општим правилима за одређивање меродавног права Јапана из 2006. године (текст овог закона преведен је на енглески језик и објављен у J. Basedow, H. Beum, Y. Nishitani (ed.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen 2008, 405-419); чл. 23 Закона о међународном приватном праву и поступку Турске из 2007 (закон доступан на енглеском језику на [http://www.ispramed.it/root/wp\\_content/uploads/2012/10/ippl\\_turkey.pdf](http://www.ispramed.it/root/wp_content/uploads/2012/10/ippl_turkey.pdf)); пар. 31 Закона о међународном приватном праву Аустрије из 1978; чл. 51 Закона о реформи система међународног приватног права Италије из 1995; чл. 3097 Грађанског законика Квебека из 1991; пар. 21 Уредбе са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске из 1979; чл. 100 Закона о међународном приватном праву Швајцарске; чл. 3536 Закона бр. 923 из 1991. године који представља четврти део Грађанског законика Луизијане. Аустријски, италијански, квебешки, мађарски, швајцарски и луизијански закони могу се наћи преведени на српски језик код М. Живковић, *Међународно приватно право националне кодификације*, Београд 1996.

<sup>2</sup> Опште је правило да се мобилни сукоб закона код стварних права на покретностима решава тако што се примењује актуелни (нови) стварноправни статут. Упор. М. J. Lipsky, *Statuenwechsel im italienischen Sachenrecht Auswirkungen auf den Im- und Export von Mobiliarsicherheiten*, Frankfurt am Main 2011, 53 и даље, 89 и даље; К. Kreuzer, „Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts Sachenrechtliche Bestimmungen“, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen und Immaterialgüterrechts*, Tübingen 1991, 56 и даље; U. Drobniг, „Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights“, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* (ed. U. Drobniг, H. J. Snijders, E. Zippo), München 2006, 105 и даље; M. V. Polak, „Recognition, Enforcement and Transformation of Foreign Proprietary Rights a handful of observation and suggestions“, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* (ed. U. Drobniг, H. J. Snijders, E. Zippo), München 2006, 117 и даље; B. von Hoffmann, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., München 2007, 523 и даље; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., Tübingen 2006, 559 и даље; A. Junker, *Internationales Privatrecht*, München 1997, 410; G. Kegel, K. Schurig,

државе у другу државу, пре него што су стекли сви неопходни услови за стицање или престанак стварног права, за стицање или престанак стварног права меродавно је право државе у којој се покретна ствар налази у тренутку остварења последњег услова на коме се заснива стицање или престанак стварног права (актуелни/нови/последњи *lex rei sitae*/стварноправни статут).<sup>3</sup> Ако се покретна ствар, на којој је пуноважно стечено стварно право док се она налазила у једној држави, премести у другу државу, право ове (друге) државе је меродавно за дејства (садржину) страног стварног права, уколико се то питање постави док се ствар налази на њеној територији.<sup>4</sup> Дакле, такође се примењује актуелни *lex rei sitae* (актуелни стварноправни статут).

*Internationales Privatrecht*, München 2000, 668; J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, London 2005, 409 и даље; J. H. C. Morris, *The Conflict of laws*, London 1984, 352 и даље; Cheshire and North, *Private International Law*, London 1979, 525 и даље; М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном праву и поступку*, Београд 1991, 69; А. Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд 2008, 488; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2007, 361 362; у старијој југословенској литератури вид. Б. Еиснер, *Међународно приватно право I*, Загреб 1952, 178. За упоредно законодавство вид. чл. 127, 129 и 130 холандског Грађанског законика, 10. књига, од 19 маја 2011; чл. 43 немачког Уводног закона за Грађански законик из 1999. године; чл. 87. Закона о међународном приватном праву Белгије из 2004. године; пар. 31 Закона о међународном приватном праву Аустрије; чл. 3536 Закона бр. 923 из 1991. године који представља четврти део Грађанског законика Луизијане; пар. 21 Уредбе са за конском снагом о међународном приватном праву Мађарске из 1979. године; чл. 23. Закона о међународном приватном праву и међународном грађанском поступку Турске из 2007. године; чл. 100 Закона о међународном приватном праву Швајцарске из 1987. године

<sup>3</sup> Овде треба имати у виду да се чињенице од значаја за стицање стварног права које су наступиле док се ствар налазила у једној држави сматрају оствареним и у другој држави у којој се ствар налази у тренутку остварења последње чињенице за стицање стварног права. На овај начин је постављена фикција да су се све стварноправне релевантне чињенице оствариле под окриљем актуелног стварноправног статута, без обзира где и када је дошло до њиховог остварења. То значи да актуелни стварноправни статут има ретроактивно дејство, тј. примењује се и на правно релевантне чињенице које су наступиле у ранијем месту налажења покретне ствари. Вид. нпр. чл. 43, ст. 3 Уводног закона за Грађански законик Немачке; чл. 102, ст. 1 Закона о међународном приватном праву Швајцарске. Вид. и К. Kreuzer, 73; J. Kropholler, 562; А. Јакшић, 488.

<sup>4</sup> Први облик мобилних сукоба закона који се може јавити приликом стицања или престанка стварних права на покретним стварима назива се квалификованим, а други облик који се јавља у вези са дејствима стеченог страног стварног права простим мобилним сукобом закона. Подела на квалификоване и просте мобилне сукобе закона долази из немачке литературе (вид. J. Kropholler, 559 564; К. Kreuzer, 56 и даље; С. Wendehorst, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1 46), Internationales Privatrecht*, München 2006, Art. 43 Rn 133 177; Н. Stoll, *Internationales Sachenrecht, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 1996, 155 и даље, 223 и даље; А. Junker, 409 и даље). Наша литература не познаје ову поделу, али јасно разликује оба облика мобилних сукоба

Међутим, утврђивање садржине и дејства страног стварног права према актуелном стварноправном статуту може наићи на озбиљне препреке чији узрок „лежи“ у „крутости“ принципа *numerus clausus* стварних права који има строго територијални карактер.

Већина правних система у свету, укључујући и право Републике Србије, усвојило је у својим супстанцијалним стварним правима принцип *numerus clausus* стварних права.<sup>5</sup> То значи да сваки од ових правних система по својој вољи императивним законским нормама уређује врсте стварних права која се могу заснивати на стварима које се налазе на његовој територији. „Својевољно“ спровођење принципа *numerus clausus* има за последицу како различито уређење појединих истоврсних стварних права, тако и постојање различитих врста стварних права у различитим државама. Према томе, када не територију једне државе (актуелни стварноправни статут) доспе покретна ствар на којој је у другој држави (ранији стварноправни статут) стечено стварно право, ово стварно право може производити дејства у држави у коју је ствар доспела (тј. може бити признато у новом месту налажења ствари), само уколико њено право као актуелни статут уређује исту врсту стварног права.<sup>6</sup> Уколико је, пак, стварно право које је стечено у ранијем месту налажења ствари непознато актуелном стварноправном статуту (тј. актуелни стварноправни статут не садржи норме којима се уређује таква врста стварног права), оно не може да произведе дејства односно ималац овог стварног права не може вршити своја стварноправна овлашћења.

Имајући у виду потребе прекограничног промета роба и услуга и интересе самих странака, у упоредној литератури<sup>7</sup> и судској

закона приликом разматрања тзв. отворених и окончаних чињеничних стања (вид. А. Јакшић, 487 489, Т. Варади *et. al.*, 359 и даље).

<sup>5</sup> Детаљније о принципу *numerus clausus* стварних права вид. нпр. Т. Н. Д. Struycken, „The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property“, *Party Autonomy in International Property Law* (ed. R. Westrik, J. van der Weide), München 2011, 59 и даље. О проблемима које принцип *numerus clausus* стварних права твори у међународном приватном праву вид. Н. Stoll, 227 228; К. Kreuzer (1991), 71 73 и 105 107; В. Водинелић, „Стварна права у међународном приватном праву колизионо растежање супстанцијалног појма и круга стварних права“, *Liber amicorum До бросав Митровић* (ур. Гашо Кнежевић), Београд 2007, 641 и даље; В. von Hoffmann, К. Thorn, 517 518.

<sup>6</sup> Упор. Т. Rauscher, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2009, 323; К. Kreuzer, 70, 105 107; В. von Hoffmann, К. Thorn, 517; А. Јакшић, 483.

<sup>7</sup> Вид. Н. Lewald, *Regles genereles des conflits de lois*, Basel, 1941, 127 130; F. Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalem Privatrecht*, Basel, 1953, 62; R. Barsotti, *Confronto e collegamento in foro di norme materiali stranieri*, Padua, 1974, 69; D. Looschelders, *Die Anpassung im internationalen Privatrecht*, Heidelberg 1995, 183 и даље; В. Verschraegen, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Band (Hrsg. P. Rummel), Wien, 2004, § 31 Rz 23 24, 183 184; J. Н. С. Morris (2005), 411 412; J. Offerhaus, „Anpassung und Gesetzesauslegung



пракси,<sup>8</sup> као и у упоредном законодавству,<sup>9</sup> одавно је заузето становиште да се у актуелном стварноправном статуту могу признати непозната стварна права уколико овај статут уређује стварно право које је функционално еквивалентно непознатом страном стварном праву. Дакле, није нужно да ранији и актуелни стварноправни статут познају истоимено и истоврсно стварно право – довољно је да у актуелном статуту постоји функционални еквивалент у који се може интегрисати страном стварно право. „Процес“ интеграције односно претварања страног стварног права у функционално еквивалентно стварно право актуелног статута (тј. његово признање у новом месту налажења покретне ствари) назива се транспозицијом која је развијена у немачкој литератури<sup>10</sup> и као особено методолошко средство прихваћена у савременом међународном приватном праву. Њоме се уједно и штити и „флексибилизује“ супстанцијални принцип *numerus clausus* стварних права.<sup>11</sup>

## 2. ПРЕМЕСТАЊЕ ПОКРЕТНЕ СТВАРИ У РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

Ако се има у виду да државе са којима Србија има развијен правни промет (Црна Гора, Хрватска, БиХ, Немачка, Италија итд.)

im internationalen Privatrecht,“ *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 5, 1964, 76; M.V. Polak, 117 и даље.

<sup>8</sup> Вид. одлуке немачких судова: BGH 11.3. 1991, *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht (IPRax)* 3/1993, 176; BGH 7.10.1991, *IPRax* 3/1993, 178; BGH 2.2. 1966, BGHZ 45, 95; BGH 20.3.1963, BGHZ 39, 173. Одлуке холандских судова: CA The Hague 28 April 1978 (Citizens & Southern National Bank v. Granadex e.a.), 1981 NJ 16; HR 23 April 1999 (NBC v. Sisal), 2000 NJ 30 (цитирано према M.V. Polak, 123). Одлуке британских судова: *Cammel v. Sewell* (1860) 5 H. & N. 728 (вид. коментар код J. H. C. Morris, 411 412); *Amour and another v. Thyssen Edelstahlwerke AG* (1991) All E. R. 481 (H. L.); *Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd.* (1976) 1 W.L.R. 676 (C. A.) (вид. коментаре ових одлука код E. Jayme, „Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten“, *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag* (Hrsg. U. Huber, E. Jayme), Heidelberg 1992, 247 и даље).

<sup>9</sup> Вид. чл. 43 немачког Уводног закона за Грађански законик; чл. 127, 129 и 130 холандског Грађанског законика, 10. књига, од 19 маја 2011. године.

<sup>10</sup> Транспозиција представља „правничко откриће“ немачких правника. Први аутор који је употребио термин „транспозиција“ и детаљније разрадио овај метод (који је већ био прихваћен у немачкој судској пракси) био је немачки професор Ханс Левалд (Hans Lewald) (вид. H. Lewald, *Regles genereles des conflits de lois*, Basel, 1941, 127 130).

<sup>11</sup> У новијој литератури заступљено је становиште да уместо транспозиције треба применити тзв. теорију прихватања непознатих страних стварноправних института (види 5. одељак у овом раду). О овој теорији вид. више С. Wendehorst, *MünchKomm*, Rn 152 159; T. Rauscher, 323 324; M. J. Lipsky, 141 и даље.

познају стварноправне установе које су непознате нашем правном систему или чије се уређење поприлично разликује од уређења истоимених (истоврсних) домаћих стварноправних института, примена транспозиције у нашем међународном приватном праву имала би потпуно оправдање, јер се спорови у вези са страним стварноправним установама могу расправљати пред нашим судовима када покретна ствар на којој је у иностранству засновано стварно право доспе у Републику Србију.

Закон о решавању сукоба закона (ЗРСЗ)<sup>12</sup> предвиђа *lex rei sitae* као опште колизионо правило за стварноправне односе у чл. 18, ст. 1. које се односи и на непокретне и на покретне ствари: „За својинскоправне односе и друга права на ствари меродавно је право места где се ствар налази“.<sup>13</sup> Овим правилом није решен мобилни сукоб закона нити је уређена транспозиција стварних права на покретним стварима стечених у иностранству. У домаћој литератури заузето је становиште да се мобилни сукоб закона решава тако што се место налажења покретне ствари фиксира за тренутак када се поставља питање стицања, престанка или дејства стварног права (примењује се, дакле, актуелни *lex rei sitae*), те да метода транспозиције (непознатих) страних стварних права у домаћи правни поредак треба да буде прихваћена у нашем међународном приватном праву.<sup>14</sup> Међутим, овај став до данас није потврђен у домаћој судској пракси.

Године 2009. Министарство правде Републике Србије формирало је Радну групу за израду Нацрта закона о међународном приватном праву која је маја 2012. године сачинила радни текст нацрта<sup>15</sup> (у даљем тексту: Нацрт ЗМПП). Нацрт ЗМПП се у великој мери разликује од важећег ЗРСЗ, како у погледу структуре<sup>16</sup> тако и у погле-

<sup>12</sup> Закон о решавању сукоба закона ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82.

<sup>13</sup> Чл. 18, ст. 2 и 3 садржи и два посебна колизиона правила једно за стицање и престанак стварног права на покретној ствари у превозу (*res in transitu lex loci destinationis*), а друго за стварна права на превозним средствима (*lex banderae*). О тумачењу и примени чл. 18 ЗРСЗ вид. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, 65 и даље.

<sup>14</sup> Вид. М. Дика, Г. Кнежевић, 69; А. Јакшић, 489-490.

<sup>15</sup> На вебсајту Министарства правде може се наћи текст последње Радне верзије Закона о међународном приватном праву (вид. [http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon\\_o\\_medjunarodnom\\_privatnom\\_pravu\\_radna\\_verzija.html](http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon_o_medjunarodnom_privatnom_pravu_radna_verzija.html)).

<sup>16</sup> Структура РВ ЗМПП почива на тзв. „идеји логичког редоследа правних целина“ (швајцарско белгијски модел). Прихватањем ове „идеје“, редослед уређивања је следећи: опште одредбе о надлежности, поступку и одређивању меродавног права; посебне одредбе о надлежности и одређивању меродавног права; одредбе о признању и извршењу судских одлука (о различитим моделима и у прилог усвојене структуре вид. М. Живковић, „Рад на новом Закону о међународном приватном праву Републике Србије почетне дилеме и актуелно стање“, *Зборник радова са седме Конференције за међународно приватно право Проширење „Европског правосуд*

ду садржине и обима. Када је реч о колизионим нормама за стварна права, Нацрт ЗМПП доноси велике промене,<sup>17</sup> иако у основи полази од истог колизионоправног принципа као и важећи ЗРСЗ (примене *lex rei sitae*). Једна од најзначајнијих промена јесте одвојено колизионоправно уређење стварних права на непокретним стварима од стварних права на покретним стварима и увођење посебних одредби о транспозицији (признању) страних стварних права на покретним стварима које су премештене у Републику Србију. Одредбе о транспозицији су садржане у чл. 118 Нацрта ЗМПП.<sup>18</sup>

- 1) *Ако се покретна ствар на којој је пуноважно стечено стварно право у иностранству премести у Републику Србију, стечено стварно право се признаје у Републици Србији уколико у праву Републике Србије постоји стварно право које је по садржини и дејствима еквивалентно стварном праву стеченом у иностранству.*
- 2) *На садржину и дејства признатог страног стварног права из става 1 овог члана примењује се право Републике Србије.*
- 3) *Ако се страном стварно право из става 1 овог члана призна у облику заложног права на покретној ствари које је потребно уписати у регистар залоге који се води на територији*

---

ног простора“ на државе чланице ЦЕФТА, одржане 25. септембра 2009. године (ур. Б. Бордаш, М. Станивуковић), Нови Сад 2009, 178 и даље.

<sup>17</sup> За разлику од ЗРСЗ а, РВ ЗМПП посвећује стварноправним односима с елементом иностраности укупно 11 чланова (чл. 113–123). Док су норме о надлежности (чл. 114 и 115), уз извесне језичке и термилошке измене, преузете из важећег ЗРСЗ (чл. 56–58) и допуњене једним посебним правилом о закупу (преузетим из Брисел I Уредбе о надлежности и признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима), одредбе о одређивању меродавног стварног права претрпеле су велике промене, иако је у основи задржан исти колизионоправни принцип примена *lex rei sitae*. Најпре, унета је посебна одредба за квалификацију ствари (чл. 113). Затим, одвојено је уређено одређивање меродавног права за стварна права на непокретним стварима (чл. 116) од меродавног права за стварна права на покретним стварима (чл. 117 који садржи и решење за квалификоване мобилне сукобе закона). Унета је и посебна одредба за просте мобилне сукобе закона и транспозицију која носи наслов „премештање покретних ствари у Републику Србију“ (чл. 118). Допуњена су колизиона правила за ствари у превозу (чл. 119) и превозна средства (чл. 120), а додата су посебна колизиона правила за културна добра (чл. 121) и робне хартије од вредности (чл. 123). Најзад, уређен је и обим меродавног права (чл. 122).

<sup>18</sup> Аутор овог рада и остали чланови Радне групе за израду Нацрта новог Закона о међународном приватном праву Министарства правде Републике Србије захваљују се професору др Урлиху Дробнигу (Ulrich Drobnig) са Макс Планк института за упоредно и међународно приватно право у Хамбургу на корисним сугестијама и помоћи приликом израде колизионих норми за стварна права у које спадају и правила садржана у чл. 118 Нацрта ЗМПП.

*Републике Србије и ако се упис изврши у року од 60 дана од дана када је ствар доспела у Републику Србију, даном регистрације сматра се дан када је ствар доспела на територију Републике Србије.*

- 4) Упис заложног права из става 3 овог члана у регистар залогe могу тражити залогодавац или поверилац, при чему није потребна сагласност залогодавца.

Ставом 1 уређена је транспозиција страног стварног права у домаћи правни поредак, под условом да право Републике Србије познаје стварно право које је по садржини и дејствима функционално еквивалентно страном стварном праву. Став 2. предвиђа да се након транспозиције примењује домаће право као актуелни стварноправни статут. Најзад, у ст. 3 и 4 садржане су посебне одредбе о транспозицији страних стварних права у домаће регистровано заложно право на покретној ствари.

Као што се може видети, одредбе чл. 118 Нацрта ЗМПП уређују примену транспозиције само када покретна ствар на којој је у иностранству пуноважно стечено стварно право доспе на територију Републике Србије. Ситуација у којој се покретна ствар премешта из једне у другу страну државу или из домаће у страну државу није посебно уређена, већ је њено решавање, сходно одредби чл. 117, ст. 3 Нацрта ЗМПП, препуштено праву државе у коју је ствар доспела. Наиме, према поменутој одредби (која спада у „сет“ општих колизионих правила за стварна права на покретним стварима<sup>19</sup>), меродавно право за садржину и дејства стварног права на покретној ствари јесте право државе у којој се она налази у тренутку када се ова питања постављају. То значи да је актуелни страни стварноправни статут позван да одлучи о транспозицији стварног права које је стечено према ранијем статуту, тј. примениће се његове одредбе о

<sup>19</sup> Члан 117 садржи три општа правила за одређивање меродавног права за стварна права. У ст. 1 се налази колизионо правило за стицање и престанак стварног права: „За стицање и престанак стварног права на покретној ствари меродавно је право државе у којој се покретна ствар налазила у тренутку *предузимања* радње или наступања чињенице на којој се заснива стицање или престанак стварног права“. Ст. 2 садржи специјалну супстанцијалну одредбу која има карактер „помоћне“ нормe у тумачењу меродавног права одређеног ст. 1 и представља допунско правило за решавање квалификованог мобилног сукоба закона: „Ако су поједине радње или чињенице, које су неопходне за стицање или престанак стварног права на покретној ствари, наступиле у једној држави, сматраће се оствареним и у другој држави у којој је *наступила* последња радња или чињеница којом се заснива стицање или престанак стварног права“. Најзад, ст. 3 садржи опште колизионе правило за садржину и дејства пуноважно стеченог стварног права на покретној ствари: „За садржину и дејства стварног права на покретној ствари меродавно је право државе у којој се она налази“.

транспозицији (признању) страних стварних права.<sup>20</sup> Ово решење нам се чини сасвим логичним, с обзиром на то да сматрамо да правни поредак Републике Србије не треба да прописује норме којима се уређују стварноправни ефекти на ствари која се налази у страниој држави, јер је то искључиво задатак те стране државе.

У наредним одељцима ближе анализирамо чл. 118 Нацрта ЗМПП.

### 3. ТРАНСПОЗИЦИЈА СТРАНИХ СТВАРНИХ ПРАВА ОПШТЕ ПРАВИЛО (ЧЛ. 118, СТ. 1 И 2 НАЦРТА ЗМПП)

Може се без икакве задршке рећи да одредба чл. 118, ст. 1 Нацрта ЗМПП-а представља нормативно уобличени став домаће и стране литературе о примени транспозиције у стварноправним односима с елементом иностраности.<sup>21</sup> Иако је имала за узор одредбу чл. 43 ст. 2 немачког Уводног закона за Грађански законик (ЗМПП Немачке), она се садржински разликује од одредбе немачког закона,<sup>22</sup> јер, између осталог, експлицитно налаже испитивање функционалне еквивалентности страног и домаћег стварног права што представља суштину саме транспозиције.

Транспозиција се у литератури дефинише као методолошко средство међународног приватног права којим се одговарајући правни институт (правни однос, правна радња), који је настао под

<sup>20</sup> Тако К. Kreuzer, 71 73, 98 100, који је предлагао да се у немачком ЗМПП у нађе одредба која је по садржини слична одредби чл. 118, ст. 1 Нацрта ЗМПП Србије.

<sup>21</sup> У домаћој литератури транспозиција као општи метод међународног приватног права посебно је обрађена у уџбенику М. Станивуковић, М. Живковић, 360 и даље, и у уџбенику А. Јакшић, 281. Вид. и С. Ђорђевић, „О транспозицији у међународном приватном праву“, *Зборник радова „Савремена питања међународног приватног права и европског приватног права“ са конференције одржане у част др Кристе Јесел Холст* (ур. М. Петровић, С. Ђорђевић), Крагујевац 2011, 187 и даље. У старијој литератури (ексјугословенској литератури), транспозиција се спомиње у уџбенику професора Еиснера (Б. Еиснер, 370) и у уџбенику професора Сајка (К. Сајко, *Међународно приватно право, опћи дио*, Загреб 1982, 116 117), без систематске обраде. За страну литературу вид. фн. 7, 23 и 24.

<sup>22</sup> Члан 43, ст. 2 немачког Уводног закона за Грађански законик гласи: „Ако ствар на којој је стечено право доспе у другу државу, ово право се не може вршити на начин који је противуречан правном поретку ове државе“. Иако је немачка судска пракса и старија литература у одредби чл. 43, ст. 2 видела примену транспозиције, ова одредба оставља простор и за примену тзв. теорије преузимања која је постала владајућа у новијој немачкој литератури (у судској пракси још није потврђена вид. 5. одељак). Као што се може видети, одредба чл. 43, ст. 2 формулисана је универзално, док је одредба чл. 118, ст. 1 Нацрта ЗМПП формулисана једнострано, тј. примењује се само када се покретна ствар премести на територију Србије.

окриљем једног правног поретка, транспонује (претвара односно имплементира) у правне институте (правне односе, правне радње) домаћег правног поретка чије су норме меродавне за решење случаја с елементом иностраности, при чему домаћи правни поредак уопште не познаје тај страни правни институт или га не познаје у том облику.<sup>23</sup> До транспонованања ће доћи само уколико се у меродавном домаћем правном поретку „пронађе“ правни институт који је функционално еквивалентан институту страног права.

Имајући ову општу дефиницију у виду, на „терену“ мобилних сукоба закона у стварноправним односима транспозиција се може одредити као претварање непознатог стварног права, које је настало док се ствар налазила на територији страног правног поретка (ранији стварноправни статут), у одговарајуће стварно право меродавног домаћег правног поретка (актуелни стварноправни статут) које је функционално еквивалентно непознатом страном стварном праву.<sup>24</sup> Тест функционалне еквивалентности се спроводи тако што се, најпре, испитују супстанцијалне норме страног правног поретка (ранијег стварноправног статута) којима се уређује непознато стварно право, како би се утврдило које значење има, односно коју функцију оно обавља у правном поретку из кога долази.<sup>25</sup> Затим, испитују се супстанцијалне норме меродавног домаћег правног поретка (актуелног стварноправног статута), како би се пронашло еквивалентно стварно право у које се може транспоновати односно „претворити“ страно стварно право. При том, „еквивалентност“ не значи да домаће стварно право треба да буде идентично или битно слично страном стварном праву, већ да буде сродно и да остварује исти циљ и функцију.<sup>26</sup> Када се пронађе функционални еквивалент у домаћем праву, страно стварно право преузима његов облик (тј. претвара се у еквивалентно домаће стварно право), чиме је окончан процес транспозиције. Након тога, сасвим је логично да се на питања

<sup>23</sup> Вид. S. Hug, *Die Substitution im internationalen Privatrecht*, München 1983, 23 24; G. Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung*, Tübingen 2004, 98 99; H. Lewald, 127 130; F. Vischer, 62 и даље; D. Looschelders, 183 и даље; R. Barsotti, 69; B. von Hoffmann, K. Thorn, 234; A. Junker, 237; M. Станивуковић, М. Живковић, 360 и даље; А. Јакшић, 281; С. Ђорђевић, 188 189.

<sup>24</sup> Упор. Н. Stoll, 226; К. Kreuzer (1991), 71 72; К. Kreuzer, „Die Inlandswirksamkeit fremder besitzloser vertraglicher Mobiliarsicherheiten: die italienische Autohypothek und das US amerikanische mortgage an Luftfahrzeugen“, *IPRax* 3/1993, 157 и даље; J. Kropholler, 524 525; А. Junker, 412 413; Е. Jaume, 241 и даље; М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, 69; А. Јакшић, 490.

<sup>25</sup> О тесту функционалне еквиваленције вид. S. Hug, 25; Е. Derstadt, *Die Notwendigkeit der Anpassung bei Nachlaßspaltung im internationalen Erbrecht*, Baden Baden 1998, 37 38; G. Dannemann, 99.

<sup>26</sup> У том смислу и А. Јакшић, 281.

садржине и дејства „транспоновог/претвореног/признатог“ стварног права примењује право Републике Србије као актуелни стварноправни статут (чл. 118, ст. 2 Нацрта ЗМПП).

Према томе, примена транспозиције се „исцрпљује“ у испитивању функционалне еквивалентности стварноправних института страног и домаћег правног поретка, којем је неопходно приступити у сваком конкретном случају. Уколико у домаћем праву не постоји стварно право које је функционално еквивалентно страном стварном праву, до транспозиције неће доћи, тако да оно не може производити дејства на територији Републике Србије. При том, то не значи да је страном стварно право престало да постоји, већ да његова дејства „мирују“ док се ствар налази у Србији.<sup>27</sup>

Иако се метод транспозиције редовно везује за непознате стварноправне институте, важно је истаћи да увек када покретна ствар доспе на територију наше земље и када се пред домаћим органима постави питање дејства стварног права које је на тој ствари стечено у иностранству, то страном стварно право, чак иако је по називу и врсти познато домаћем правном поретку, мора бити транспоновано (односно претворено) у истоврсно домаће стварно право, јер би само у том случају могло произвести правна дејства у Србији. Према томе, и када је реч о праву својине на покретној ствари, задржавању права својине на продатој ствари или праву ручне залогe које је стечено у иностранству, до претварања (транспонована) ових права у истоимена (истоврсна) стварна права домаћег правног поретка мора доћи и то се најчешће (барем када је реч о праву својине) одвија аутоматски и неприметно.

Међутим, иако право Републике Србије познаје поменуте врсте стварних права, не значи да оно на потпуно исти начин уређује њихова дејства као право стране државе по коме су она стечена. То се нарочито може рећи за задржавање права својине у погледу чијег уређења постоје значајне разлике међу правним системима,<sup>28</sup> упркос томе што сви они овај институт „крсте“ истим именом (нпр. у Немачкој овај институт са дејством *erga omnes* настаје без посебних формалних услова,<sup>29</sup> док у Италији мора бити уписан у регистар, а ако овај упис изостане има само дејство *inter partes*;<sup>30</sup> према нашем праву, задржавање права својине делује према купчевим поверио-

<sup>27</sup> Тако А. Јакшић, 492. Вид. и В. von Hoffmann, К. Thorn, 530.

<sup>28</sup> Проблеме у вези са задржавањем права својине у прекограничном промету помиње и А. Јакшић, 483.

<sup>29</sup> Вид. пар. 449. Немачког грађанског законика. О задржавању права својине у Немачкој и њеним облицима вид. Н. Weber, Ј. А. Weber, *Kreditsicherungsrecht*, 9. Aufl., München 2012, 151 и даље.

<sup>30</sup> Вид. пар. 1523, 1524 и 2704 Италијанског грађанског законика.

цима само ако је сачињено у облику оверене јавне исправе<sup>31</sup>). Наравно, без обзира на ове разлике реч је о институту који у домаћем и страним правним системима има исти циљ и функцију – обезбеђење потраживања, тако да би се његова транспозиција у правни поредак Републике Србије одвијала без већих проблема. Међутим, након извршене транспозиције, задржавање права својине на продатој ствари би имало дејства која му даје домаће право (актуелни стварноправни статут), а која се у мањој или већој мери разликују од дејстава која је овај институт имао према ранијем стварноправном статуту.

#### 4. ТРАНСПОЗИЦИЈА НЕПОЗНАТИХ СТВАРНОПРАВНИХ СРЕДСТАВА ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА (ЧЛ. 118, СТ. 3 И 4 НАЦРТА ЗМПП)

Упоредноправни системи, укључујући правне системе држава региона, познају различита стварноправна средства обезбеђења потраживања на покретним стварима.<sup>32</sup> Тако немачко,<sup>33</sup> црногорско,<sup>34</sup> хрватско,<sup>35</sup> словеначко<sup>36</sup> и македонско<sup>37</sup> право познају институт фидуцијарног преноса својине на покретним стварима ради обезбеђења потраживања. Француско право познаје бездржавинску заложно право (*le gage sans dépossession*) и бездржавинску залогу ускладиштене робе (*le gage des stocks*), а од недавно и фидуцију<sup>38</sup> (*fiducie-surete*)

<sup>31</sup> Вид. чл. 540. Закона о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

<sup>32</sup> Вид. упоредноправно истраживање Е. Чулиновић Херц, *Уговорно осигурање тражбина залагањем покретних ствари без предаје ствари у посјед вјеровника*, Ријека 1998. О колизионоправним проблемима у вези са стварноправним средствима обезбеђења потраживања који могу настати у региону вид. М. Povlakic, „Kollisionsrechtliche Probleme bei den Grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten in den Nachfolgestaaten des Ehemaligen Jugoslawiens“, *Private Law Reform in South East Europe* (ed. M. Vasiljevic et al.), Liber Amcorum Christa Jessel Holst, Belgrade 2010, 478 и даље.

<sup>33</sup> У немачком праву овај институт се назива „Sicherungsübereignung“ и развијен је кроз судску праксу. О Sicherungsübereignung вид. више код Н. Weber, J. A. Weber, 132 и даље.

<sup>34</sup> Вид. чл. 353 384 Закона о својинскоправним односима, *Службени лист Црне Горе*, бр. 19/09.

<sup>35</sup> Вид. чл. 273 Закона о извршном поступку, *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 67/08.

<sup>36</sup> Вид. чл. 201 206 Стварноправног законика, *Урадни лист Републике Словеније*, бр. 82/02, 18/07.

<sup>37</sup> Вид. чл. 44 Законот за обезбедување на побарувањата, *Службени весник на Република Македонија*, бр. 87/07.

<sup>38</sup> Вид. Loi n.2007 211, 19.2.2007, *Journal Officiel* 21.2.2007.



као средство обезбеђења потраживања.<sup>39</sup> Италијанско право познаје институт аутохипотеке (*hypoteca sui veicoli*) који представља посебан облик бездржавинског заложног права на моторним возилима које се уписује у јавни регистар аутомобила (*Pubblicio Registro Automobilistico*) и у документе (саобраћајна дозвола и додатак уз дозволу – *foglio complementare*) који „прате“ возило.<sup>40</sup> Енглеско право познаје установе *floating charge* и *fixed charge*<sup>41</sup> који такође имају функцију обезбеђења потраживања на имовини дужника.

Право Републике Србије не познаје већину ових стварноправних средстава обезбеђења потраживања. Једини институт домаћег права, који би по функцији могао одговарати поменути непознатим установама, јесте „бездржавинско“ заложно право на покретним стварима које се уписује у домаћи регистар залог (уређено Законом о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар<sup>42</sup> из 2003. године – у даљем тексту ЗЗППС).<sup>43</sup> Ако би у Србију доспела покретна ствар оптерећена непознатим „бездржавинским“ стварноправним средством обезбеђења потраживања, до његове транспозиције у правни поредак Србије, може доћи само ако се утврди да је оно функционално еквивалентно домаћем регистрованом заложном праву и ако се након тога упише у домаћи регистар залог. Дакле, поред успешно спроведеног теста еквивалентности, за транспозицију односно претварање непознатог стварноправног средства обезбеђења у домаћу регистровану залогу неопходан је и упис у домаћи регистар залог, јер тек након уписа постаје могуће да оно произведе дејства у складу с одредбама ЗЗППС Републике Србије.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Вид. С. Wilhelm, „Das neue französische Mobiliarkreditsicherungsrecht“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP)* 1/2009, 160 163, 167 170.

<sup>40</sup> У италијанском праву аутохипотека је уређена посебним законом (Краљевским декретом бр. 436 од 15.3.1927). Према чл. 2 Краљевског декрета, она може настати *ex lege (privilegio legale)* или путем споразума (*privilegio convenzionale*). Неопходни формални услов за настанак аутохипотеке јесте упис у јавни регистар аутомобила у општини у којој власник има пребивалиште. Вид. више [www.lexmundi.com/Document.asp?DocID\\_1023](http://www.lexmundi.com/Document.asp?DocID_1023), 17.4.2012. О транспозицији италијанске аутохипотеке у немачко право вид. К. Kreuzer (1993), 157 и даље.

<sup>41</sup> О овим установама вид. R. Mokal, „The Floating Charge – An Elegy“, *Commercial Law and Commercial Practice* (ed. S. Worthington), Oxford 2003, 479 и даље; S. Worthington, „An ‘Unsatisfactory Area of the Law’ – Fixed and Floating Charges Yet Again“, *International Corporate Rescue – Special Issue 2010*, 1 11; S. Lerner, „Floating Charges over Assets of Individuals in Israeli Law“, [http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/IACCL10\\_Lerner.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/IACCL10_Lerner.pdf), 1.4.2012; R. M. Goode, *Commercial law*, London 1982, 714.

<sup>42</sup> Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар ЗЗППС, *Службени гласник РС*, бр. 57/03 и 61/05.

<sup>43</sup> Регистровану бездржавинску залог такође познају сви правни системи бивше СФРЈ.

<sup>44</sup> Тако и А. Јакшић, 490 фн. 1223. Исто важи и за транспозицију односно признање стране регистроване залог, тј. и она се мора уписати у домаћи регистар

На овај начин долази до стварања новог регистрованог заложног права.<sup>45</sup>

Нема сумње да и из одредбе чл. 118, ст. 3 Нацрта ЗМПП произилази да се успешна транспозиција стране стварноправне установе у домаћу регистровану залогу може окончати само уписом у домаћи регистар залогe. Међутим, примарни циљ ове одредбе огледа се у очувању права првенства иностраног повериоца. Наиме, из самог текста одредбе јасно произилази да се еквивалентно страном стварно право може уписати у домаћи регистар залогe било када, али ако се упише у року од 60 дана<sup>46</sup> од дана када је ствар доспела на домаћу територију, даном регистрације треба сматрати дан када је ствар доспела у Србију, што је без сумње од великог значаја за утврђивање првенства у намирењу. Регистрација у предвиђеном року омогућава страном повериоцу стицање првенства у намирењу у односу на домаће повериоце. Ако до уписа у регистар дође након истека рока од 60 дана, нема ретроактивног дејства, тј. даном регистрације сматра се дан када је упис заиста извршен и тог дана настаје заложно право.

Међутим, одредбе ЗЗППС-а које уређују упис у регистар залогe могу створити озбиљне проблеме повериоцима који су обезбедили своје потраживање страним стварноправним средством обезбеђења које треба претворити у домаће регистровано заложно право. Наиме, према одредби чл. 5, ст. 2. ЗЗППС, за упис заложног права у регистар залогe неопходна је изричита сагласност залогодавца када упис захтева поверилац, а ако је залогодавац физичко лице, ова изјава мора бити оверена пред органом надлежним за оверу потписа (чл. 65а, ст. 3 тач. 2 ЗЗППС).<sup>47</sup> Ако се има у виду да ће упис еквивалентног страног стварноправног средства обезбеђења потраживања у домаћи регистар залогe готово увек захтевати поверилац, шансе да у томе успе сведене су на минимум, јер није реално очекивати да ће се залогодавац (давалац обезбеђења) без оклевања сагласити с уписом када по-

залога, без обзира на то што има исти или сличан назив као и домаћа залога и што је већ уписана у регистар који се води у иностраној држави.

<sup>45</sup> Према ЗЗППС упис у регистар има конститутивно дејство (вид. чл. 5 и 56 65ђ ЗЗППС).

<sup>46</sup> На пример, у Босни и Херцеговини је предвиђен рок од 15 дана (вид. чл. 35 Оквирног закона о залогома БиХ), у Румунији 60 дана (чл. 90 96 Закона о мерама за убрзање привредне реформе од 26. 5.1999), у Албанији 60 дана (вид. чл. 41 Закона бр. 8537 од 10.10.1999. о стварноправним обезбеђењима потраживања).

<sup>47</sup> Одредбе чл. 65а 65ђ ЗЗППС престају важе 1. маја 2013. године, када се на Регистар залогe почињу примењивати одредбе Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (вид. чл. 48 и чл. 49 овог закона). Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре не предвиђа обавезу оверавања изјаве залогодавца физичког лица којом он даје сагласност на упис у регистар. Ипак, чл. 5, ст. 2 ЗЗППС, који захтева изричиту сагласност залогодавца, остаје на снази.

кретна ствар доспе у Републику Србију. Очито је, дакле, да је домаћи законодавац приликом редиговања одредаба ЗЗППС, којима се захтева сагласност залогодавца за упис, искључиво имао у виду заложноправне односе без елемента иностраности. Овај проблем је уочен, те је унета посебна одредба у чл. 118, ст. 4 Нацрта ЗМПП-а којом се ревидирају одредбе чл. 5, ст. 2 и чл. 65а, ст. 3, тач. 2. ЗЗППС-а. Према овој одредби, упис еквивалентног заложног права стеченог у иностранству у домаћи регистар може тражити залогодавац или поверилац без сагласности залогодавца, чиме се предупредују проблеми које могу проузроковати несавесни залогодавци.

Имајући у виду да важећи домаћи прописи о упису заложног права на покретним стварима у регистар (ЗЗППС и Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре)<sup>48</sup> уређују искључиво регистрацију бездржавинског заложног права које се стиче по домаћем праву, сматрамо да је, паралелно са доношењем новог ЗМПП, потребно извршити ревизију ових прописа и предвидети посебне одредбе о регистрацији „транспонованих“ (признатих) страних стварноправних средства обезбеђења потраживања. У овим одредбама би, између осталог, требало да буде наведено коју је документацију потребно приложити Агенцији за привредне регистре приликом подношења захтева за упис (нпр. извод из иностраног регистра, ако је страно стварно право уписано у регистар у страној држави), те евентуално прописати посебне обрасце за регистрацију ових права.<sup>49</sup> С обзиром на то да из одредби чл. 118 Нацрта ЗМПП недвосмислено произилази да је и Агенција за привредне регистре обавезна да примењује метод транспозиције (тј. да испитује функционалну еквивалентност страног и домаћег стварног права),<sup>50</sup> мишљења смо да би у законима који уређују регистрацију заложног права требало да стоји барем једна одредба којом се јасно прописује ова обавеза за лица која одлучују о упису у регистар (тј. за тзв. регистраторе).

## 5. ТАКОЗВАНА ТЕОРИЈА ПРИХВАТАЊА

Сама чињеница да се непознато страно стварно право претвара у домаће еквивалентно стварно право представља суштински

<sup>48</sup> Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/11.

<sup>49</sup> Ова питања захтевају детаљнију анализу којој, нажалост, због ограниченог обима овог рада не можемо посветити пажњу.

<sup>50</sup> Када покретна ствар доспе у Републику Србију, треба очекивати да се по верилац, који је у иностранству обезбедио своје потраживање стварноправним средством обезбеђења на тој ствари, најпре обрати Агенцији за привредне регистре са захтевом да се спроведе транспозиција и изврши упис у регистар.

недостатак транспозиције.<sup>51</sup> Мењају се садржина и дејства (права и обавезе) које су странке имале у виду када су непознато стварно право заснивале у иностраној држави, чиме се без сумње нарушавају њихови интереси.<sup>52</sup> Примера ради, ако се фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања који је заснован у Немачкој транспонује (претвори) у нашу регистровану залогу, фидуцијарни власник (поверилац) постаје заложни поверилац и према нашем ЗЗППС има мања овлашћења него што је имао према немачком праву, а фидуцијант постаје залогодавац и у бољем је правном положају. Исто тако се може догодити да након транспозиције ималац стварног права има шири овлашћења према домаћем стварном праву (актуелном стварноправном статуту), него што је имао према ранијем стварноправном статуту.

Упркос овом недостатку, транспозиција је још увек „најпожељнији“ метод за признање непознатих стварноправних института у упоредном међународном приватном праву. Међутим, у новијој немачкој литератури преовлађује становиште да транспозицију треба напустити и примењивати тзв. теорију прихватања (*Hinnahmetheorie*).<sup>53</sup>

Према теорији прихватања, такође је неопходно да у актуелном стварноправном статуту постоји стварно право које функционално еквивалентно непознатом страном стварном праву. Међутим, за разлику од транспозиције, непознато страно стварно право треба прихватити у његовом постојећем облику и дати му, у мери у којој је то могуће, сва она дејства према актуелном статуту која оно има и према правном поретку (ранијем статуту) према чијим нормама је засновано. Дакле, теорија прихватања задржава основни принцип: на садржину и дејства непознатог стварног права примењује се актуелни *lex rei sitae*, уколико у њему постоји еквивалентно стварно право. Међутим, непознато стварно право се не претвара у еквивалентно стварно право актуелног *lex rei sitae* (тј. не добија његову садржину и дејства), већ остаје да постоји у свом примарном облику, а у актуелном статуту се „траже“ дејства која одговарају дејствима непознатог страног стварног права (дејствима које оно има према иницијалном статуту).<sup>54</sup> „Потрага“ за истим или сличним дејствима укључује преиспитивање дејства свих врста стварних права актуелног статута (а не само еквивалентног стварног права), што значи да се на непознато страно стварно право могу примењивати норме актуелног

<sup>51</sup> Вид. Н. Stoll, 226 229; С. Wenderhorst, *MünchKomm*, Rn 149 151; Т. Rauscher, 328; G. Dannemann, 101;

<sup>52</sup> У том смислу Т. Rauscher, 328.

<sup>53</sup> О овој теорији вид. С. Wenderhorst, *MünchKomm*, Rn 152 154; Т. Rauscher, 328; М. J. Lipsky, 141 и даље.

<sup>54</sup> *Ibid.*

статута које уређују различите типове стварних права. Према томе, теорија прихватања се залаже за „адаптирање“ (прилагођавање) непознатог страног стварног права у актуелни стварноправни статут, а не за његово претварање у функционални еквивалент.<sup>55</sup>

Заступници ове теорије<sup>56</sup> сматрају да одредбу чл. 43, ст. 2 немачког Уводног закона за Грађански законик треба тумачити тако да она налаже примену теорије прихватања, а не примену транспозиције: „Ако ствар на којој је стечено стварно право доспе у другу државу, оно се не може вршити на начин који је противуречан правном поретку те државе“. У самом тексту ове одредбе се не спомиње претварање или признање страног стварног права које треба да преузме облик стварног права актуелног статута, већ је судовима остављено да утврде да ли се страно стварно право може вршити у складу са правним поретком државе у коју је ствар доспела. Тиме су отворена врата и примени теорије прихватања (која још увек није заживела у немачкој судској пракси). На готово идентичан начин (као чл. 43, ст. 2 немачког закона) формулисана је и одредба чл. 130 реч. 2 ЗМПП Холандије из 2011. године: „... Ова (стварна) права се не могу вршити на начин који је противуречан праву државе на чијој територији се налази ствар у време таквог вршења“. У литератури се сматра да је овом одредбом холандски законодавац свесно прихватио теорију прихватања.<sup>57</sup>

Може се поставити питање, зашто у Нацрту ЗМПП Србије није прихваћена теорија прихватања? Према нашем мишљењу, могу се навести два разлога што то није учињено. Прво, веома је тешко саставити јасно и прецизно правило о „прихватању“ непознатог страног стварног права које би недвосмислено указивало домаћим судовима „шта треба да раде“. Имајући у виду да се домаћа судска пракса до сада није бавила проблемима признања непознатог страног стварног права, укључујући и проблеме прилагођавања, сматрамо да дословно преузимање одредбе немачког или холандског закона не би помогло нашим судовима, јер је њихов текст за наше потребе недовољно јасан. У поменутиим одредбама се не спомиње „проналажење“ еквивалентног стварног права, као ни начин адаптирања непознатог стра-

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Вид. пре свих С. Wendehorst, *MünchKomm*, Rn 154.

<sup>57</sup> Вид. Verhagen, *Conflict mobile bij roerende zaken: assimilatie of transformatie?*, Deventer NL, 2007, 16 и даље; Verhagen, „Roerende zaken in het internationaal privaatrecht Kritische beschouwingen over het wetsontwerp voor een 'Wet conflictenrecht goederenrecht'“, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* 2007/6711, 468 и 2007/6712, 495 (цитирано према А. Flessner, „Choice of law in International Property law New Encouragement from Europe“, *Party Autonomy in International Property Law* (ed. R. Westrik, J. van der Weide), München 2011, 25, који истиче да су цитирана дела холандског аутора, који заступа теорију прихватања, утицала на садржину чл. 130 ЗМПП Холандије).

ног стварног права у домаћем правном поретку. Ми бисмо морали да у новом ЗМПП детаљно „опишемо“ теорију прихватања унеколико ставова, као и да предвидимо све модалитете њене примене, што је веома тежак или чак немогућ задатак, јер то треба да утврде судови *in concreto*. Из тих разлога правило о теорији прихватања мора да буде широко постављено, а управо таква поставка може створити проблеме у пракси и угрозити правну сигурност.

Друго, сама примена теорије прихватања представља веома сложен задатак, с обзиром на то да судови морају „адаптирати“ непознато страно стварно право тако што у домаћем правном поретку проналазе иста или слична дејства која оно има у правном поретку у коме је засновано. Не желимо рећи да наши судови нису дорасли овом задатку (јер ни примена транспозиције није једноставна, напротив!), већ да недостатак искуства у овој материји може створити домаћим судовима озбиљне проблеме. Ма колико сложено било, једноставније је испитати да ли је страно стварно право еквивалентно по садржини и дејствима неком домаћем стварном праву и, ако јесте, претворити га у то домаће стварно право, па након тога применити домаће норме које га уређују (тј. спровести транспозицију), него након утврђивања еквиваленције тражити иста или веома слична дејства у домаћем правном поретку која су приписана свим типовима стварних права (тј. применити теорију прихватања). Уосталом, подсећамо да је транспозиција још увек владајући метод за признање страних стварних права у упоредном међународном приватном праву, а да теорија прихватања још није постала владајућа у упоредној судској пракси, тако да се у овом тренутку не могу објективно сагледати последице њене примене.

## 6. ЗАКЉУЧЦИ

1) Ако на територију домаће државе доспе покретна ствар на којој је у иностранству стечено стварно право које је непознато домаћем правном поретку, ово страно стварно право може бити признато уколико у домаћем правном поретку постоји стварно право еквивалентне садржине и функције. Када се „пронађе“ еквивалентно домаће стварно право, страно стварно право преузима његов облик, тј. његову садржину и дејства. Метод претварања страног стварног права у функционално еквивалентно домаће стварно право назива се транспозиција.

2) ЗРСЗ није уредио транспозицију, а домаћа судска пракса се до данас није изјаснила о њеној примени. Ипак, домаћа литература сматра да овај метод треба да важи у нашем међународном приват-

ном праву. Разлог за то се огледа у чињеници да Србија има развијен правни промет са државама чији правни пореци познају стварно-правне установе које су непознате нашем правном поретку. Према томе, увођење правила о транспозицији непознатих страних стварних права у наше позитивно међународно приватно право имало би потпуно оправдање.

3) Нацрт новог ЗМПП Републике Србије садржи посебне одредбе о транспозицији страних стварних права (чл. 118). Ове одредбе представљају израз владајућег становишта домаће и стране литературе о примени транспозиције у стварноправним односима с елементом иностраности. Њиховим усвајањем би се створио правни оквир за признање непознатих стварноправних уснова у Републици Србији.

4) Према општем правилу из чл. 118, ст. 1 Нацрта ЗМПП, стварно право на покретној ствари које је стечено у иностранству може преузети неки од облика домаћих стварних права када покретна ствар доспе на територију Републике Србије, само ако је оно по садржини и функцији еквивалентно том домаћем стварном праву. Ако се утврди еквивалентност, страном стварно право се претвара у домаће стварно право чију садржину и дејства одређује право Републике Србије као актуелни стварноправни статут (чл. 118, ст. 2 Нацрта ЗМПП).

5) Одредбе чл.118, ст. 3 и 4 Нацрта ЗМПП садрже посебна правила о транспозицији бездржавинских стварноправних средстава обезбеђења потраживања у домаћу регистарску залогу. Према овим одредбама, транспозиција непознатог стварноправног средства обезбеђења које је по садржини и дејствима еквивалентно домаћој регистрованој залози окончава се уписом у регистар залогне који може захтевати било залогодавац било заложни поверилац. Ако се упис изврши у року од 60 дана од дана када је ствар доспела на домаћу територију, даном регистрације сматра се дан када је покретна ствар доспела у Републику Србију. Уколико, пак, до уписа дође након истека овог рока, даном регистрације сматра се дан када је упис извршен.

Dr. Slavko Djordjevic

Assistant Professor

University of Kragujevac Faculty of Law

## TRANSPOSITION OF FOREIGN RIGHTS IN REM ACCORDING TO THE DRAFT CODE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF REPUBLIC OF SERBIA

### *Summary*

Transposition in Private International Law enables transformation of unknown foreign right in *rem* over movables imported in Serbia into the closest domestic equivalent. Having in mind that the Serbian Code of Private International Law from 1982 contained no provisions dedicated to this issue, it comes as no surprise that the case law of domestic courts has also remained silent on this topic. However, following comparative doctrinal and practical tendencies, working group of the Serbian Ministry of Justice, entrusted with drafting of the new Code of Private International Law, decided to include transposition of unknown rights in *rem* within the Art. 118 of the Draft. The focus of the present paper is on careful analysis of these provisions and potential implications and benefits of the transposition of foreign rights within the scope of the Serbian legal system.

At the outset, the paper focuses on the problem of changing of the *situs* of movable property and how this impacts on the actual need of a legal system for transposition of unknown rights in *rem* acquired abroad. Followed by a detailed discussion of Art. 118 of the Draft Code of Private International Law, the paper turns to inspection of all the legislative nuances of the rules on transposition (general rules on transposition of unknown rights in *rem* contained in the first two paragraphs of the draft article, as well as special rules on transposition of unknown non-possessory security rights into Serbian registered non-possessory pledge from the last two paragraphs of Art. 118). In the final part of the paper, particular emphasis is given to analysis of a so called theory of acceptance (*Hinnahmtheorie*), its view on tolerable adaptation of unknown rights in *rem* in the new *situs* and how all of this reflects the application of the rules on transposition of rights.

Key words: Actual *lex rei sitae*. – *Numerus clausus* principle. – Functional equivalence of rights in *rem*. – Registered non-possessory pledge. – Theory of acceptance.



Др Сања Радовановић\*

## ОБИМ ДОЗВОЉЕНОГ УМНОЖАВАЊА РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА КОД УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ

*У ауторскоправном смислу, свака употреба рачунарског програма представља умножавање овог ауторског дела, за које је начелно потребна изричита сагласност аутора. Ипак, уважавајући његове посебности изникле из његове техничко технолошке природе, одређена чињења у вези с умножавањем, која се сматрају неопходним за нормалну употребу, изузета су из ауторско правне заштите, уколико се предузимају од стране легалног прибавиоца при мерка рачунарског програма. Најчешће, правни основ коришћења рачунарског програма јесте уговор о лиценци. Полазећи од тога, у овом раду се анализира да ли и до које мере вољом уговорних страна може да се дерогира воља законодавца изражена у одредбама о суспензији ауторског права. У центру пажње су умножавања која се најчешће предузимају: инсталисање програма и његово пуштање у рад и сачињавање резервне копије рачунарског програма. Уз то, за одређене субјекте питање дозвољеног умножавања обухвата и умножавање у мрежи рачунара, односно употреба на два или више рачунара, због чега се и ови аспекти узимају у обзир. У раду су изнесени закључци да је допуштеност инсталисања и пуштања рачунарског програма у рад неспорна. Сачињавање резервне копије је, по правилу, дозвољено, али постоје околности због којих се у појединим случајевима сматра непотребним, односно недозвољеним, јер превазилазе стандард нормалне употребе. На крају, умножавање рачунарског програма у мрежи или његова истовремена употреба на више рачунара се не сматрају потребним за нормалну употребу.*

Кључне речи: *Рачунарски програм. Инсталисање рачунарског програма. Сачињавање резервне копије. Мрежне верзије. CPU клаузуле.*

---

\* Аутор је асистент Правног факултета у Новом Саду, [sradovanovic@pf.uns.ac.rs](mailto:sradovanovic@pf.uns.ac.rs).

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ О ПОЈМУ УМНОЖАВАЊА РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА

Према Закону о ауторском праву и сродним правима, аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи бележење или умножавање свог дела, на било који телесни или бестелесни, трајни или привремени, посредни или непосредни начин.<sup>1</sup> Ако је ауторско дело рачунарски програм, умножавањем се сматра и смештање целог програма или његовог дела у меморију рачунара, односно пуштање програма у рад на рачунару.<sup>2</sup>

Ове одредбе су нашле места у нашем Закону након доношења Директиве Европске заједнице о заштити рачунарских програма (91/250), према којој је сагласност носиоца права неопходна у свим случајевима „када читавање, истицање на монитору, покретање, преношење или похрањивање неког компјутерског програма захтевају неко такво (трајно или привремено, у целости или делимично, било којим средством и на било који начин) умножавање програма“.<sup>3</sup> Овакво прецизирање појма умножавања проистиче из његове специфичне природе и начина на који се он употребљава.

Тако, уколико појам умножавања сагледамо кроз добијени резултат – сачињавање копија, апсолутно изједначавање рачунарског програма са литерарним ауторским делима могло би да доведе до мањкавости у њиховој заштити, будући да се сачињене копије врло тешко разликују од свог оригинала. Наиме, сачињавање копија рачунарског програма је у данашњем дигиталном окружењу изузетно лак, брз и јефтин посао. Стога, аутор рачунарског програма носи много већи ризик од недозвољеног и неконтролисаног умножавања и дистрибуисања његовог дела, него што је то случај са традиционалним литерарним делима. Уколико би се на компјутерске програме дословно применила ограничења која се односе на литерарна дела, постојао би ризик да се, на посредан начин, легализује тржишно и социјално непожељна пиратерија и други облици неовлашћене

<sup>1</sup> Закон о ауторском и сродним правима ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/09 и 99/11, чл. 20, ст. 1. и Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society D.2001/29, *Official Journal of the European Communities*, бр. L 167, 22.6.2001, чл. 2.

<sup>2</sup> ЗАСП, чл. 20, ст. 4.

<sup>3</sup> Вид. Council Directive 91/250 of 14th May 1991 on the legal protection of Computer Programs D. 91/250, *Official Journal of the European Communities*, бр. L 122/42, 17.5.1991. чл. 4, ст. а; немачки Закон о ауторском праву UrhG, *Urheberrechtsgesetz (UrhG)*, <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/>, 1. децембар 2009, чл. 69с, ст. 1; француски Закон о интелектуалној својини IPC, *Code de la Propriété Intellectuelle, Intellectual Property Code (IPC)*, [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id\\_180336](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id_180336), 2. децембар 2009, чл. L 122 6 1, ст. 1.

употребе. Из тих разлога, већина савремених законодавстава, иако прихватају литерарни образац њихове заштите, рачунарске програме изричито изузимају из ограничења ауторског права на умножавање за приватне потребе.<sup>4</sup> При том, сходно одредбама Бернске конвенције, Споразума о трговинским аспектима интелектуалне својине (*TRIPS*) и *WIPO* Уговора о ауторском праву, ради заштите легитимних интереса аутора, уводе се нова ограничења.

Према одредбама Конвенције, земљама чланицама Уније за заштиту права аутора, која је овом конвенцијом образована,<sup>5</sup> остављено је право да дозволе умножавање дела у извесним посебним случајевима, под условом да ово умножавање не иде на штету редовног коришћења дела и да не наноси неоправдану штету законитим интересима аутора.<sup>6</sup> Сем одређивања основних принципа, Конвенција не иде даље у давању значења кључних термина: извесни посебни случајеви, редовно коришћење дела и интереси аутора.

Са применом ове одредбе на питање рачунарског програма прва се суочила Европска заједница у припреми Директиве 91/250.

Полазећи од значаја рачунарског програма на унутрашњем тржишту Европске заједнице и проблема до којих је доводило неуједначено национално законодавство,<sup>7</sup> изради јединственог акта се приступило опрезно и аналитично. Ово нарочито због тога што је требало помирити интересе две супротстављене стране: њихових произвођача, пре свега великих, и корисника.

Први су се залагали за свеобухватну заштиту и контролу над искоришћавањем рачунарског програма. С друге стране, корисници су истицали недостатке пренаглашене заштите ових интелектуалних добара. Њихови ставови подржани су и у стручним информатичким круговима. Из тих разлога, Директива почива на принципима Беч-

<sup>4</sup> У нашем праву: ЗАСП, чл. 46, ст. 3, тач. 5.

<sup>5</sup> Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела БК, 1886. године, чл. 1. Текст Конвенције у: Владимир Тодоровић, *Међународни уговори Интелектуална и друга добра*, књига 7, том I, Службени гласник, Београд 2000, 53-85.

<sup>6</sup> БК, чл. 9, ст. 2. Овом одредбом успостављен је тзв. *three step test* (тестирање у три корака) које се своди на утврђивање 1) да ли је искоришћавање у конкретном случају обухваћено законским ограничењима; 2) да ли је у супротности са нормалним искоришћавањем дела и 3) да ли неразумно вређа легитимне интересе аутора. Вид: Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three Step Test – An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, The Hague – London – New York 2004.

<sup>7</sup> Штавише, правна заштита рачунарског програма била је нормативно уобличена у само седам земаља тадашње Европске заједнице. Вид: European Commission White Paper „Completing the Internal Market“, COM (85) 310 final, [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf), 6. септембар 2009.

ке конвенције о уравнотежењу интереса.<sup>8</sup> Тако, у контексту права на умножавање, Директива признаје ово искључиво право аутору, али предвиђа и одређена ограничења.<sup>9</sup>

Ван европског тржишног простора, поред Бернске конвенције, оквира за ограничење искључивог овлашћења на умножавање дају одредбе нешто касније донесених међународних аката, *TRIPS*-а и *WIPO* Уговора о ауторском праву.

*TRIPS*, слично Бернској конвенцији, предвиђа обавезу за државе чланице да ограничења или изузетке од искључивих права (свих, а не само умножавања) сузе на одређене посебне случајеве, који нису противни уобичајеном искоришћавању дела и којима се не наноси неоправдана штета законитим интересима титулара права.<sup>10</sup> Исти смисао садржан је и у одредби *WIPO* Уговора о ауторском праву.<sup>11</sup>

Већина националних закона је у примени ових општих међународних аката успоставила посебан режим у погледу обима ауторског права на рачунарском програму.

Такав модел усваја и наш законодавац. Имајући у виду чињеницу да функционисање програма није замисливо без одређених чињења, која улазе у појам умножавања, законодавац је предвидео суспензију искључивог овлашћења аутора на умножавање. У том смислу, лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма, ради сопственог уобичајеног наменског коришћења може да смешта програм у меморију рачунара и пушта у рад,<sup>12</sup> као и да начини један резервни примерак рачунарског програма на трајном телесном носачу.<sup>13</sup>

У уговору о лиценци рачунарског програма, који је најчешћи основ његовог легалног искоришћавања, често се налази клаузула о забрани умножавања.<sup>14</sup> Стога ћемо у овом раду анализирати њен од-

<sup>8</sup> Вид: „Green Paper on Copyright and Challenge of Technology Copyright Issues Requiring Immediate Action“, COM (88) 172 final, 10.11.1988, [http://aei.pitt.edu/1209/01/copyright\\_and\\_tech\\_gp\\_COM\\_88\\_172.pdf](http://aei.pitt.edu/1209/01/copyright_and_tech_gp_COM_88_172.pdf), 4. јун 2009.

<sup>9</sup> Д. 91/250, чл. 5 и 6.

<sup>10</sup> Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) *TRIPS*, чл. 13; В. Тодоровић, 225-347.

<sup>11</sup> Чл. 10 овог уговора гласи: „Уговорне стране могу у својим националним законодавствима да предвиде ограничења или изузетке од права признатих ауторима књижевних и уметничких дела на основу овог уговора, у оним посебним случајевима који нису противни уобичајеном искоришћавању дела и којима се не наноси неоправдана штета легитимним интересима аутора“.

<sup>12</sup> ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

<sup>13</sup> ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

<sup>14</sup> Вид: Microsoft Windows XP Home Edition End User License Agreement, чл. 1; Blackberry Software License Agreement, чл. 4, ст. 3; Adobe End User License Agreement,

нос са законским ограничењем овлашћења на умножавање. С тим у вези, потребно је претходно да одредимо домет суспензије, односно да одредимо акте умножавања које је неопходно предузети ради употребе рачунарског програма.

## 2. НЕОПХОДНИ АКТИ УМНОЖАВАЊА РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА

Општеприхваћено мишљење у информатичким стручним круговима јесте да је сачињавање копије компјутерског програма у радној меморији рачунара неопходно за редовну употребу. До умножавања долази при сваком поновном покретању компјутерског програма, а исто важи и за његово преснимавање на непокретну плочу рачунара, као и за свако друго инсталисање, које је потребно за касније покретање програма.<sup>15</sup>

Технички посматрано, корисник може да употребљава програм који је забележен на физичком носачу података (нпр. CD-у) директно са медијума. Међутим, у рачунарским стручним круговима се истиче да би такво поступање довело до ограничења функционалности, будући да би у великој мери успорило рачунарски систем.<sup>16</sup>

Према одредбама нашег закона,<sup>17</sup> као што је већ наведено, лице које је легално прибавило примерак рачунарског програма ове радње може да предузима без сагласности аутора и без плаћања накнаде. У том погледу наш законодавац је прецизнији од свог европског узора, који додуше предвиђа само оквир заштите, па су и одредбе о ограничењима прилично апстрактне.<sup>18</sup> Штавише, ни нормативним решењима у софтверски значајнијим европским државама нису јасно одређене радње које се приликом употребе морају изузети из искључивог овлашћења аутора на умножавање.

Немачки Закон о ауторском праву у неизмењеном облику преузима одредбе Директиве, те признаје аутору рачунарског програма искључиво право на умножавање, трајно или привремено, у

---

чл. 4, ст. 1: „Свако умножавање и дељење програма су забрањени, укључујући свако умножавање и дељење програма и сваког другог сервера или локације, дељење или коришћење по основу сервисне обраде података“.

<sup>15</sup> О поступцима који се одвијају приликом покретања рачунарских програма и уопште њихове употребе види: Manfred Kindermann, „Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR*, 4/1983, 150.

<sup>16</sup> Christoph A. Baus, *Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004, 267.

<sup>17</sup> ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

<sup>18</sup> D. 91/250, чл. 5, ст. 1.

целости или делимично, било којим средством и на било који начин, па и када је то потребно приликом читавања, истицања на монитору, покретања, преношења или похрањивања неког компјутерског програма.<sup>19</sup> Надаље, када је реч о суспензији овог ауторовог овлашћења, исти закон прописује да, уколико не постоје посебне уговорне одредбе, легални стизалац рачунарског програма не треба да захтева сагласност носиоца права за предузимање радњи које су *неопходне за употребу* програма у складу са намераваном сврхом, укључујући и исправљање грешака.<sup>20</sup>

Оваквом формулацијом немачки законодавац је унео извесну сумњу у дозвољеност појединих радњи умножавања, јер се језичким тумачењем намеће закључак да се уговорним одредбама може ограничити право корисника да га смешта у меморију рачунара и пушта у рад. Ипак, уколико се ова одредба посматра у складу с циљем који се желео постићи нормативним уређењем ове врсте ауторских дела,<sup>21</sup> јасно је да се овим заправо штити његов корисник. Наиме, корисничко право на умножавање у наведеном смислу гарантује се и онда када то саговорач, односно носилац ауторског права на програму није узео у обзир. У том смислу, чине се ништавим одредбе уговора којима се такво право искључује, јер су противне циљу уговора о преносу права искоришћавања рачунарског програма.<sup>22</sup>

Исто решење познаје и француско право.<sup>23</sup>

Енглески Закон дозвољава легалном прибавиоцу да умножава компјутерски програм када је то у складу с овлашћеном употребом, а нарочито ради исправљања грешака.<sup>24</sup>

У америчком праву се не сматра повредом уколико власник примерка, или лице које он овласти, умножава рачунарски програм у обиму који представља суштински акт употребе на рачунарском уређају.<sup>25</sup> При том, у судској пракси се под дозвољеним

<sup>19</sup> UrhG, чл. 69с.

<sup>20</sup> UrhG, чл. 69d, ст. 1. Ова одредба, штавише, предвиђа да легални стицалац, под наведеним условима, не мора да захтева сагласност ни за једну радњу искоришћавања програма, осим дистрибуције и закупа, али смо се у контексту овог дела рада задржали само на овлашћењу аутора на умножавање.

<sup>21</sup> Вид. Reasons RiLi 91/250 on legal protection of computer programs, [www.europa.eu.int/eur\\_lex/de/lif/dat/1991/de391L02S0.html](http://www.europa.eu.int/eur_lex/de/lif/dat/1991/de391L02S0.html), 22. мај 2006.

<sup>22</sup> Немачки Грађански законик, Bürgerliches Gesetzbuch BGB, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html), 9. децембар 2007, чл. 133 и 157.

<sup>23</sup> IPC, чл. L122 6, L122 6 1, ст. 1.

<sup>24</sup> Енглески Закон о ауторском праву, дизајну и патентима, Copyrights, Designs and Patents Act CDPA, [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga\\_19880048\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga_19880048_en_1.htm), 12. април 2006, чл. 50С, ст. 2.

<sup>25</sup> Амерички Закон о ауторском праву, The US Code, Title 17, <http://www.law.cornell.edu/copyright/>, 6. април 2008, чл. 117, ст. а, тач. 1.

умножавањем подразумева покретање програма са носача података, али не и његово смештање у меморију рачунара.<sup>26</sup> Ипак, умножавање програма у радној меморији рачунара може да буде покривено *fair use* доктрином.<sup>27</sup> То заправо значи да повреда права начелно постоји, али се субјект може бранити позивом на њену примену.

У контексту уговора о лиценци, проблематична је околност да одредба америчког *Copyright Act*-а искључење одговорности због предузимања наведених чинидби предвиђа само за власника примерка програма, а не за било ког другог легалног корисника.<sup>28</sup> Ипак, у судској пракси постоје и шири тумачења. У том смислу интересантан је закључак суда у *Vault Corp. v. Quaid Software*<sup>29</sup> да се одредбе *Louisiana Software License Enforcement Act*-а, којима се дозвољавају одређене рестрикције употребе у уговору о лиценци (конкретно: умножавање, прераде, превођење), противе федералном *Copyright Act*-у, будући да потоњи исто питање регулише на другачији начин у поменутој одредби о ограничењима искључивих овлашћења аутора компјутерских програма.<sup>30</sup>

Допуштеност умножавања у наведеном смислу надаље произлази из доктрине развијене у ауторском праву прецедентних правних система о тзв. укљученим лиценцама (*implied licences* у енглеском праву, *implied conduct* у америчком), према којој се одређене „дозволе“ подразумевају и када нису изричито обухваћене сагласношћу уколико вршење одређених искључивих овлашћења аутора проистиче из природе уговора, а у складу је с изричитим уговорним одредбама и целокупним контекстом уговорног односа.<sup>31</sup> Тако, амерички суд истиче мишљење да „ниједна разумна особа не може очекивати да му буде ускраћено право на инсталисање програма, будући да се оно подразумева у употреби истог“.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Вид. *Allen Myland, Inc. v. IBM Corp.*, 746 F. Supp. 520, у: Stephen Fishman, *Copyright Your Software*, Nolo Press, Berkley 1998, 12/6.

<sup>27</sup> Stephen M. McJohn, „Fair Use of Copyrighted Software“, *Rutgers Law Journal*, Vol. 28, 1996 1997, 601 604.

<sup>28</sup> The U.S. Code, Title 17, чл. 117.

<sup>29</sup> Вид. *Vault Corporation v. Quaid Software Limited*, 847 F. 2d 255 (5th Cir. 1988), No. 87 3516, [http://209.85.129.132/search?q=cache:z1ONWi8kwpEJ:openjurist.org/847/f2d/255+847+F.+2d+255+\(5th+Cir.+1988\)&cd=2&hl=sr&ct=clnk](http://209.85.129.132/search?q=cache:z1ONWi8kwpEJ:openjurist.org/847/f2d/255+847+F.+2d+255+(5th+Cir.+1988)&cd=2&hl=sr&ct=clnk), 17. децембар 2007.

<sup>30</sup> У контексту уговора о лиценци значајна је чињеница да се Суд позива на одредбе Закона које прописују ограничења ауторског права у корист власника при мерка рачунарског програма (а не легалног прибавиоца).

<sup>31</sup> Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York 2009, 256.

<sup>32</sup> Вид. *Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway*, 334 F. Supp. 2d 1164, 2004 U.S. Dist. Lexis 20369, Copy. L. Rep. (CCH) P28, 888, у правној бази LexisNexis, [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com), 29. март 2009.

Дакле, смештање програма у радну меморију рачунара, које је неопходно за редовну употребу, ни у прецедентном праву не представља повреду ауторског права.<sup>33</sup> Чињеница да тамошњи законодавац препознаје још један случај неопходног умножавања: сачињавање копија програма ради одржавања или поправке уређаја на којем је инсталисан<sup>34</sup>, на посредан начин потврђује напред изнесени закључак.

Када је реч о јапанском праву, нормативно уређење овог питања има одређених специфичности, али без битних разлика у резултату. Наиме, јапански законодавац под умножавањем подразумева сачињавање копија у телесној форми штампањем, фотографисањем, фотокопирањем, звучним или визуелним снимањем или сличним методом.<sup>35</sup> Иако наведеном законском одредбом није изричито предвиђено, јапански судови искључују из појма умножавања привремено пренос података у радну меморију рачунара. Они сматрају да се одређењем „у телесној форми“ заправо прецизирало да сачињене копије треба да омогуће поновну употребу у било ком моменту.<sup>36</sup> У том смислу, инсталисање програма у меморију рачунара представља умножавање. Истим појмом се не обухвата покретање програма. Према законској одредби, власник примерка рачунарског програма може умножавати или мењати дело (укључујући и умножавање дела настало изменама оригиналног) ако и до нивоа који је неопходан за искоришћавање програма, за све време (и само за то време) док постоји право својине на примерку.<sup>37</sup> Покретање програма, међутим, представља употребу дела која не спада у искључива ауторскоправна овлашћења. Стога, ни сагласност аутора није потребна. Овај закључак произлази из одредбе о секундарној повреди ауторског пра-

<sup>33</sup> У Аустрији и Финској предвиђени су чак и шири изузеци од искључивих овлашћења аутора рачунарског програма будући да одредбе тамошњих закона не садрже чак ни услов „у складу са намераваном сврхом“. Вид. „Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the Implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs“, COM (2000) 199 final, 10.4.2000, 12. <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF>, 30. јануар 2009.

<sup>34</sup> The U.S. Code, Title 17, чл. 117, ст. с.

<sup>35</sup> Јапански Закон о ауторском праву, Japanese Copyright Act JCA, [http://www.cric.or.jp/cric\\_e/clj/clj.html](http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html), 12. април 2008, чл. 2, ст.1, тач. xv.

<sup>36</sup> Naoki Koizumi, The New or Evolving „Access Right“, [www.alai-usa.org/2001-conference/press\\_koizumi.doc](http://www.alai-usa.org/2001-conference/press_koizumi.doc), 22. март 2009.

<sup>37</sup> JCA, чл. 47 2. У енглеском преводу текста коришћени су термини „owner“ односно власник и „ownership“ односно право својине, те с обзиром на значење, сматрамо да је и у оригиналном тексту јапанског законодавца овлашћено лице за право власник копије рачунарског програма. Ипак, како се јапански правни систем не може уподобити америчком, сматрамо грубим превидом јапанског законодавца да су у највећем броју корисници програма у ствари лицензни корисници.



ва, којом се предвиђа одговорност за употребу у наведеном смислу, само уколико је у питању пиратска копија, а корисник је знао за ту околност.<sup>38</sup> Овим се заправо сузбија тржишни ефекат неовлашћеног умножавања.

Без обзира на постојање незнатних разлика у нормативном уобличењу овог проблема, правна и информатичка литература, као и судска пракса, како прецедентног тако и континенталног права, стоје на становишту да се за наведене нужне радње у коришћењу рачунарског програма,<sup>39</sup> сагласност носиоца права подразумева, односно да она чини обавезни део уговора којим се уступа овлашћење употребе.<sup>40</sup> Дакле, закључујући такав уговор, носилац права се са таквим умножавањем конклюдентно сагласио.

Мање јасна ситуација је у погледу овлашћења легалног имаоца примерка да сачини један резервни примерак на трајном телесном носачу,<sup>41</sup> будући да би се овим ограничењем ауторског права могла отворити врата и онако распрострањеној софтверској пиратерији.<sup>42</sup> Према подацима, на тржишту постоји велики број управо тзв. *back-up* копија, нарочито када су у питању компјутерске видео игре.<sup>43</sup>

### 3. САЧИЊАВАЊЕ РЕЗЕРВНЕ КОПИЈЕ РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА

Ако се узме у обзир да корисник већ поседује оригинални примерак телесног носача, изузев ако га је прибавио преузимањем са интернета, те да је један примерак сачинио у меморији рачунара,

<sup>38</sup> ЈСА, чл. 113, ст. 2.

<sup>39</sup> Детаљно објашњење о свим копијама које се неопходно сачињавају у искоришћавању компјутерских програма види: Manfred Kindermann, „Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht“, *GRUR*, 4/1983, 150, 154 и даља излагања.

<sup>40</sup> У Енглеској је ова доктрина позната као „implied use rights“. Вид. Bridget Czarnosta, Robert J. Hart, *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A Guide to the I Directive*, Butterworths, London 1991, 65; Raymond Nimmer, *The Law of Computer Technology: Rights, Licenses, Liabilities*, Thomson, West 2004, 115. У погледу немачке литературе вид.: Jochen Marly, *Softwareüberlassungsverträge*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, пар. 891; M. Kindermann, 150; Michael Lehmann, „Das neue Software Vertragsrecht Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29/1993, 1822; C. Baus, 267; као и одлуке немачких судова: одлука Врховног суда, бр. VIII ZR 43/86, *Neue Juristische Wochenschrift*, 33/1987, 2004 2005; одлука Врховног суда, бр. I ZR 139/89, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19/1991, 1231 1234.

<sup>41</sup> ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

<sup>42</sup> СОМ (2000) 199 final, 17 18.

<sup>43</sup> *Ibid.*

поставља се питање сврхе овог додатног ограничења ауторског права на рачунарском програму.

Употреба рачунара може бити повезана са бројним проблемима проузрокованим његовом електронско-магнетном базом. Примера ради, оно са чим се готово сваки корисник може суочити јесу вирусни напади, услед чега може да дође до губитка података. Исто тако, проблеми могу да проистекну и из програмске грешке или грешке у употреби, који се, истина, отклањају формирањем хард-диска. Међутим, таквим поступцима се бришу сви подаци који су у њему садржани, а поновно инсталирање, и уопште враћање рачунара у претходно стање, представља захтеван и дуготрајан посао. Наравно, најтежи случај јесте потпуно пропадање хард-диска,<sup>44</sup> услед чега долази до трајне немогућности коришћења рачунарског програма. Ови ризици угрожавају поузданост у сврсисходну употребу истог.

Управо из наведених разлога, стручно искоришћавање програма и употреба рачунара уопште захтева континуирано обезбеђивање података.<sup>45</sup> Једна од мера јесте сачињавање копија инсталираног програма.<sup>46</sup> Штавише, у том смислу се у софтверској индустрији развијених земаља развио и пословни обичај. Стога се чак при недостатку изричите уговорне одредбе полази од тога да је „сагласност носиоца права у погледу сачињавања оваквих копија увек присутна“,<sup>47</sup> јер је конзумирана правом корисника на уобичајену употребу програма.

<sup>44</sup> Реч је о тзв. *head crash* у који се састоји у додиривању главе за читање и писање са самом плочом уређаја које иначе морају бити међусобно удаљене 0,005 mm како не би дошло до оштећења магнетног слоја. Упор: Heinz Ritter, *Einführung in die Speichermedien und Datentechnik*, Mannheimer Morgen Verlag, Mannheim 1988, 34.

<sup>45</sup> „Обезбеђење података обухвата све техничке и/или организационе мере за осигурање доступности, интегритета и конзистенције ИТ система укључујући и на дотичном систему спремљене податке, програме и процедуре који су намењени за циљеве обрађивања. Правоваљано обезбеђење података значи да предузете мере у зависности од осетљивости података, а након препознавања угрожавања доступности, интегритета или конзистенције због каквог штетног догађаја омогућују трезну или краткорочно поновно успостављање стања система, података, програма или процедура; те мере при томе обухватају у најмању руку сачињавање и проверу подобности за реконструкцију копија програма, података и процедура, а све то у оквирима дефинисаних циклуса и генерација.“ Цитирано према: EVB IT (Допунски уговорни услови за пружање услуга у домену информационе технологије) у: J. Marly, 437.

<sup>46</sup> Вид. J. Marly, 437 и тамо наведену литературу; С. Vaus, 125 и тамо наведену литературу.

<sup>47</sup> Цитирано према: J. Marly, 437. У истом смислу и одлуке немачких судова: одлука Врховног суда, бр. X ZR 64/94, *Neue Juristische Wochenschrift*, 44/1996, 2924-2926; одлука Вишег земаљског суда Карлсруе, бр. 19 U 50/96, *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechung Report*, 9/1997, 554.

Оваквој конструкцији се приступало и пре него што је овлашћење на сачињавање безбедносне копије изричито регулисано законом, нарочито у земљама у којима рачунарски програми нису били предмет посебне регулативе.<sup>48</sup> У онима у којима је то био случај, као што су САД и Јапан, постојало је (и још увек постоји) наведено ограничење ауторског права на умножавање.<sup>49</sup>

Тако, према америчком закону, власник примерка компјутерског програма може да сачини или да овласти друго лице да у његово име сачини копију програма у архивске сврхе, али да тако сачињену копију уништи уколико изгуби својство овлашћеног корисника.<sup>50</sup> Чињеница да се одредбом обухвата само власник примерка рачунарског програма донекле отежава примену овог ограничења ауторског права на уговоре о лиценци. Ипак, сврха због које је оно прописано – уобичајена употреба, оставља простора да се изузме из повреде права и сачињавање резервних копија у духу *fair use* доктрине.

Односна одредба јапанског закона поменута је у вези са неопходним умножавањем, али ћемо се подсетити њеног садржаја: власник примерка може да умножава дело уколико је то потребно за искоришћавање програма.<sup>51</sup> С обзиром на речено да умножавање у јапанском праву означава само сачињавање телесних примерака, наведено овлашћење свакако се односи на резервне копије.

У савременим законодавствима, дакле, више не постоји сумња у потребу да се корисник изричито снабде овлашћењем на сачињавање резервне копије примерка рачунарског програма (енг. *back-up*, нем. *Sicherungskopie*).

Оправданост овог ограничења ауторског права не лежи у омогућавању употребе програма намењеног рачунарском уређају, већ у обезбеђивању веће функционалности и сигурности. Из тих разлога ове копије не бисмо могли назвати неопходним, већ потребним.

Имајући у виду управо овакво одређење, намеће се питање да ли се уговором уопште може ограничити овлашћење корисника да сачини резервну копију, односно да ли се сматра да је корисник, који сачини више од једне такве копије, учинио повреду законских одредаби или уговорних забрана умножавања.<sup>52</sup> Уз то, у наведеном контексту

<sup>48</sup> У погледу домаћег права такав став износи Слободан Марковић у: *За штита рачунарских програма патентом, ауторским правом и правом sui generis*, Југословенски спољнотрговински водич – правни водич, Љубљана 1989, 126.

<sup>49</sup> Тако у Француској, Јапану, САД, Аустралији. Вид. С. Марковић (1989), 125.

<sup>50</sup> The U.S. Code, Title 17, чл. 117, ст. а, тач.2

<sup>51</sup> ЈСА, чл. 47 2

<sup>52</sup> Уговор о лиценци софтвера фирме „Solarius“, чл. 5: „Овај уговор овлашћује корисника да сачини једну копију софтвера, за сигурносне односно архивске сврхе“.

неопходно је обухватити и ситуацију када забрана умножавања није изричито наведена у условима уговора о лиценци, али је произвођач рачунарског програма то учинио конклюдентно, снабдевши примерак технолошким мерама заштите<sup>53</sup> који радњу умножавања чине немогућом, односно отежаном.<sup>54</sup> Тада корисник не може да сачини чак ни један једини резервни примерак прибављеног програма без уклањања заштитних механизма, што би надаље могло да доведе до повреде ауторског права.

Наш законодавац, као што је већ речено, предвиђа да лице које је легално прибавило примерак рачунарског програма, може без сагласности аутора и без плаћања ауторске накнаде, да сачини један резервни примерак на трајном телесном носачу.<sup>55</sup> Сличну одредбу садржи и Директива о правној заштити рачунарских програма: „Лице које има право да користи компјутерски програм не може се спречити уговором да сачини једну његову безбедоносну (*back-up*) копију (ради заштите од случајног уништења) када је то потребно за такву употребу“.<sup>56</sup> У суштински неизмењеном облику ова одредба је преузета у законе свих земаља Европске уније.<sup>57</sup>

Формулација наведених одредаба упућује на то да је реч о когентној норми. Из ове чињенице бисмо надаље могли извести два повезана закључка. С једне стране, произвођач примерака програма не може да забрани сачињавање резервне копије на телесном носачу.<sup>58</sup> С друге стране, корисник има право на сачињавање *једне једине* копије.

Ипак, ову одредбу не би требало посматрати изоловано од других односних одредби и од циља који се њом желео постићи. Стога, у контексту уговора о лиценци рачунарског програма, сматрамо неопходним да се одреди домет забране умножавања на трајном теле-

---

Слично: Blackberry End User License Agreement, чл. 4, ст. 5; Adobe End User License Agreement, чл. 4, ст. 4.

<sup>53</sup> Према чл. 208, ст. 2, тач. 1 Закона о ауторском и сродним правима, под технолошким мерама подразумева се свака технологија, уређај или део који је конструисан да током своје наменске употребе онемогући или ограничи радње у вези с ауторским делом или другим предметом заштите, за које носилац ауторског или сродног права није дао сагласност.

<sup>54</sup> С обзиром на то да је питање информатичке природе, нећемо улазити у детаље на који начин програм може физички да се заштити од копирања, већ само имамо у виду последице које из предузетих радњи проистичу, а то је у крајњој линији онемогућавање редовне наредбе за копирање.

<sup>55</sup> ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

<sup>56</sup> D. 91/250, чл. 5, ст. 2.

<sup>57</sup> UrhG, чл. 69, ст. 2; CDPA, чл. 50A; IPC, чл. L 122 6 1(II).

<sup>58</sup> У упоредном праву реч је о безбедносним копијама, тзв. *back up* копије, али ћемо се користити термином „резервне“ који је усвојио наш законодавац.

сном носачу. Другим речима, на овом месту ћемо настојати да дамо одговор на питање да ли се ова уговорна одредба сматра ништавом.

Када је реч о нашем закону, у заједничкој одредби о ограничењима ауторског права прописано је да обим ограничења искључивих овлашћења у сваком конкретном случају не сме бити у супротности са нормалним искоришћавањем дела, нити сме неразумно вређати легитимне интересе аутора.<sup>59</sup> У законима европских држава, по узору на Директиву пак, у погледу овлашћења на сачињавање резервне копије стоји одредница „када је то потребно за такву употребу“.<sup>60</sup>

Будући да ограничења ауторског права представљају израз компромиса између аутора и корисника интелектуалних творевина, ова одредба има карактер одређивања обима прописаних ограничења. Дакле, у њој су садржане смернице за тумачење односног правила за сваки конкретан случај. У смислу наведеног, потребно је одредити шта се сматра нормалним искоришћавањем дела у погледу сачињавања резервне копије, односно који су то оправдани интереси аутора који би се могли супротставити њеном сачињавању.

Интерес аутора свакако јесте да има контролу над економским искоришћавањем дела. У вези са тим, аутор тежи да се заштити од свих поступака којима лице може неовлашћено да стиче добит на основу чињенице да у поседу има примерак програма за рачунар. Једна од реалних могућности јесте да корисник сачини копије програма истог квалитета и да их даље ставља у промет.

На другој страни је рачунарски корисник који је примерак набавио да би задовољио неке своје потребе. Апликативни рачунарски програм је најчешће средство за обављање привредне или сличне профитабилне делатности (мада то, наравно, не мора бити критеријум нормалног искоришћавања), која захтева обраду великог броја информација. Најмањи ризик од губљења података, или немогућности коришћења програма, је неприхватљив за корисника. Из тих разлога, он настоји да обезбеди што већи број копија, ради будућег несметаног коришћења. У том смислу, обезбеђивање података представља подразумевани поступак сваког корисника рачунара.<sup>61</sup>

Ако тумачимо овлашћење на сачињавање једне резервне копије примерка рачунарског програма у наведеним општим законским оквирима, можемо доћи до различитих резултата. Примера ради, предузећа у одређеним временским размацима, целокупне податке

<sup>59</sup> ЗАСП, чл. 41, ст. 2.

<sup>60</sup> UrhG, чл. 69d, ст. 2; CDPA, чл. 50A, ст. 1; IPC, чл. L 122 6 1(II).

<sup>61</sup> Вид. Одлука Вишег земаљског суда Карлсруе, бр. 10 U 123/95, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechung Report*, 9/1997, 554.

који су садржани на хард-диску, путем аутоматског „преписивања“ пребацују на тврде носаче (*back-up* копије), заједно са подацима инсталисаног програма. Ипак, будући да је у оваквим случајевима реч о подацима који се неће користити изван привредног субјекта, с аспекта легитимног интереса аутора, умножавање не представља повреду уговором уступљеног овлашћења на искоришћавање рачунарског програма.

Другачији закључак бисмо могли да изведемо из чињенице да корисник употребљава програм у приватне сврхе. У том случају је тешко наслутити које би то околности могле оправдати сачињавање више од једне резервне копије на трајном телесном носачу, будући да даља умножавања нису неопходна за заштиту од накнадне немогућности коришћења.<sup>62</sup>

Надовезујући се на потоњу констатацију, поставља се питање дејства забране умножавања када је рачунарски програм већ испоручен на таквом носачу података. Наиме, имајући у виду да корисник пушта у рад примерак програма који је смештен у радној меморији рачунара, поседовање оригиналног примерка на трајном телесном носачу, који се чува на прописан начин, смањује ризик да ће он, у случају пропасти ствари, бити онемогућен да га употребљава. Оригинални примерак заправо испуњава сврху која је намењена резервној копији. Штавише, трајни телесни носачи као што су ROM-модули или одговарајући меморијски медији подобни само за читање (PROM, EPROM, EEPROM),<sup>63</sup> базирани су на техници чувања података која их чини мање осетљивим на механичке, магнетне или електричне утицаје. Стога се бележењем на овакав вид носача, могућност наступања штетних последица типичних за рачунарске програме знатно смањује.<sup>64</sup> Исто би се могло рећи и за DVD формате, премда се у последње време све више говори о ограниченом веку њиховог трајања.<sup>65</sup> Из наведених разлога, сачињавање резервних копија на трајном телесном носачу у овим случајевима сматрамо непотребним.

<sup>62</sup> На том становишту стоји и Business Software Alliance, <http://global.bsa.org>, 27. децембар 2007.

<sup>63</sup> ROM (Read Only Memory). Код ових меморијских формата прави се разлика између ROM а, чије се информације више не могу променити; PROM а који садржи елементе подобне за програмирање и EPROM односно EEPROM чија садржина се уз помоћ специјалних уређаја може мењати и брисати. Вид. <http://www.businessdictionary.com/definition/compact-disc-read-only-memory-CD-ROM.html>, 27. децембар 2007.

<sup>64</sup> То су, поред физичке пропасти примерка рачунарског програма или хард диска, најчешће измена или брисање програмског кода.

<sup>65</sup> О томе у информатичком свету постоје бројне студије. Вид. [http://www.b92.net/tehnopolis/hardver.php?nav\\_id\\_350059&fs\\_1](http://www.b92.net/tehnopolis/hardver.php?nav_id_350059&fs_1), 18. март 2009.

Следствено, уговором о лиценци *expressis verbis* изражена забрана умножавања би производила дејство.<sup>66</sup>

Дакле, односну одредбу закона морамо да тумачимо не у смислу минималног права, већ у смислу гаранције употребљивости рачунарског програма, који је предмет уговора о лиценци. На такав закључак нас упућује смисао законског ограничења: овлашћење корисника да сачини један резервни примерак на трајном телесном носачу мотивисано је потребом заштите његовог интереса да обезбеди коришћење предметног рачунарског програма и када наступи неки од бројних ризика губљења неопходних информација.

Из овога даље произлази да је корисник, уколико уговор о лиценци рачунарског програма не садржи забрану умножавања, овлашћен да сачини један (једини, јер само у тој мери постоји „презумпција“ сагласности носиоца права) резервни примерак на трајном телесном носачу. Наравно, под условом да постоји потреба обезбеђења неометане употребе програма.

Уколико уговор садржи такву забрану, о правној ваљаности овакве уговорне одредбе одлучиваће се у сваком конкретном случају. При том се полази од околности које су везане за нормалну употребу одређеног рачунарског програма и потребе сачињавања једне или више резервних копија, а нарочито чињеница да ли су такве копије подобне за даљи пренос. У енглеској литератури се, као одлучујући моменти у одлучивању о допуштености забране, узимају у обзир: поузданост у сâм програм, окружење у којем он функционише (при чему се различито третирају програми намењени задовољавању пословних или јавних интереса од оних чисто забавног карактера), те последице које може да изазове „пад“ компјутерског система.<sup>67</sup>

У смислу наведених критеријума, циклична умножавања, везана за савесно обављање послова, не би се могла сматрати повредом уговорне забране, нити законске одредбе, јер представљају ефикасан начин обезбеђења свих података насталих у обављању делатности. У поступку цикличног умножавања, заједно са наведеним подацима, се заправо чувају и програми, помоћу којих се до њих дошло. Из тих разлога је овакво умножавање потребно за нормалну употребу. Следствено, под претпоставком да се на тај начин праве копије свих (а не појединачних) инсталираних рачунарских програма,<sup>68</sup> можемо сматрати да је сачињавање више од једне резервне копије у складу са

<sup>66</sup> На том становишту у погледу програма на CD rom у стоји и немачки суд у одлуци Земаљског суда Бохум, *Computer und Recht*, 1998, 381, наведена у: J. Marly, 441.

<sup>67</sup> L. Bently, B. Sherman, 219.

<sup>68</sup> J. Marly, 441.

легитимним интересима корисника, односно обухваћено законским ограничењем.

Насупрот томе, сачињавање једне резервне копије на трајном телесном носачу не бисмо могли сматрати дозвољеним, уколико је рачунарски програм испоручен на неком од таквих медија или је произвођач обезбедио једну резервну копију<sup>69</sup> или је давалац лиценце на неки други начин кориснику омогућио приступ примерку програма. То је сасвим јасно уколико уговор садржи такву забрану. Штавише, полазећи од сврхе законских ограничења, мишљења смо да исто важи чак и када забрана умножавања није уговором одређена, јер се може узети да је овим поступком даваоца лиценце обезбеђена и каснија употреба предметног програма у случају наступања неког од ризика о којима је било речи.<sup>70</sup> Овај закључак се нарочито односи на оне који су намењени задовољавању приватних потреба корисника, као што су нпр. компјутерске игре. Такав став изричито се износи у одлуци *Sony Computer Entertainment Inc. v. Owen*,<sup>71</sup> у којој суд истиче да није неопходно да купац компјутерске игре на CD-у сачини резервну копију. Мишљења смо да се исти закључак може истаћи и у случају да се предаја рачунарског програма врши предајом шифре, преко које се корисник на интернету идентификује као лице које је овлашћено да са официјелног сајта даваоца лиценце преузме и инсталише програм у свој рачунарски уређај.<sup>72</sup>

У наведеним ситуацијама не можемо сматрати да давалац лиценце, уговорним забранама сачињавања копија на трајном телесном носачу, задире у интересе корисника. Стога, инсистирање на дословној примени наведеног законског ограничења је прекомерно и неоправдано.

<sup>69</sup> Сличног је мишљења и француски Касациони суд који наводи да је право корисника на сачињавање једне безбедносне копије искоришћено у случају да је продавац програма са самим производом испоручио и безбедносну копију. Ово важи и у случају када је безбедносна копија физички обезбеђена од умножавања. Вид. пресуда *Cour de Cassation*, 17.10.1990., *Stes Artware*, PC Mart c. *Ste Commande Electronic*, *Expertises*, бр. 140/1991, 223 и у: *GRURInt.* 12/1991, 915. На основу ове пресуде донесено је и званично образложење немачког Бундестага, *BT Drucks*, Bundestag, 12/4022, 12, наведено према: C. Vaus, 126.

<sup>70</sup> Према мишљењу Земаљског суда у Бохуму, кориснику се може забранити сачињавање безбедносних копија увек када постоји могућност да се оригинални примерак примени у смислу безбедносне копије (Пресуда Земаљског суда у Bochumu, 803/98 од 12. 3.1998, наведена у: J. Marly, 441).

<sup>71</sup> Вид. *Sony Computer Entertainment Inc. v. Owen*, *Entertainment and Media Law Reports*, 2002, 742, наведено према: L. Bently, B. Sherman, 219.

<sup>72</sup> Закључак произлази из сврхе законског овлашћења на сачињавање резервне копије. Наиме, уколико је давалац лиценце обезбедио могућност поновног инсталисања програма у било којем моменту, нема потребе да корисник сачини копију на телесном носачу.



У немачкој литератури постоје мишљења да се с претходном ситуацијом може изједначити и она у којој произвођач не преда кориснику рачунарски програм на неком од трајних телесних носача података, али се уговором обавезе да ће на захтев корисника испоручити резервну копију.<sup>73</sup> Ипак, овакво становиште се не може некритички прихватити.

Опоненти с разлогом истичу да се прихватањем оваквог решења корисник ставља у неповољнији положај од оног који је поредак тежио да му обезбеди. Наиме, ако се пође од чињенице да уништења или оштећења примерка програма и губитак података наступају неочекивано, најчешће превазилажење тако наступелих проблема захтева да се „безбедносна копија хитно стави на располагање“.<sup>74</sup> Поступак који би претходио прибављању резервне копије, изискивао би одређено време,<sup>75</sup> услед чега би за корисника могла да наступи велика штета, нарочито када су у питању привредни субјекти. Стога нам се чини прихватљивијим мишљење да се забрана умножавања, у смислу сачињавања резервне копије, може истицати само када је носилац права кориснику обезбедио државину, а не право на захтевање исте.

Изнесене закључке треба да доведемо у везу и са забраном умножавања која је изражена постављањем технолошких мера заштите. Наиме, на овај начин произвођач примерка конклюдентно забрањује умножавање, па тиме и сачињавање једине резервне копије. Сходно томе, од тога да ли је у конкретном случају дозвољено сачињавање копије или не, зависи и одговор на питање да ли уклањање заштитних механизма представља повреду ауторског права.<sup>76</sup> Дакле, технолошким мерама заштите може да се дерогира овлашћење легалног прибавиоца примерка рачунарског програма да сачини резервну копију истог.

#### 4. УМНОЖАВАЊЕ РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА У МРЕЖИ РАЧУНАРА

У информацијском друштву, рачунари и апликативни, односно кориснички рачунарски програми представљају незаменљиво сред-

<sup>73</sup> Вид. J. Marly, 439 и тамо наведену литературу.

<sup>74</sup> Вид. C. Vaus, 126 и тамо наведену литературу.

<sup>75</sup> У том случају било би потребно најпре контактирати произвођача, па за тим чекати на испоруку копије. Штавише, истиче се да у овим случајевима постоји ризик од инсолвентности произвођача примерака рачунарског програма, али који се мора прихватити као и у свим другим уговорним односима. Вид. J. Marly, 439.

<sup>76</sup> У Немачкој постоје бројне пресуде којима се уклањање заштитних механизма сматра повредом права, иако немачки законодавац изричито искључује на рочиту заштиту технолошке мере за компјутере. Наведено према: COM (2000) 199 final, 14.

ство обављања пословних и других делатности. У том смислу, начин организовања делатности бројних субјеката захтева употребу оваквог програма од стране више лица, који су међусобно повезани у једну мрежу. Најчешће, ови субјекти прибављају тзв. мрежну верзију, која је у техничком смислу подобна управо за овакву употребу, што је давалац лиценце узео у обзир при одређивању лиценчне накнаде.

Технички, могућност мрежне употребе није до краја искључена ни код појединачног програма, иако уговори, којима се уступа његова употреба, најчешће садрже изричиту забрану у том правцу.<sup>77</sup> Стога се поставља питање да ли легални стицалац примерка има право да у оквиру редовне употребе смешта програм у меморију рачунара који је доступан већем броју лица, односно да ли се забранама мрежне употребе ограничава корисник у уговором уступљеном обиму искоришћавања. То је нарочито значајно када је реч о субјектима који своју делатност организују управо повезивањем више рачунара у једну мрежу.

Полазећи од наведених разматрања, питање мрежне употребе у контексту уговора о лиценци изискује ауторскоправну и облигационоправну анализу.

#### 4.1. Ауторскоправни аспекти мрежне употребе рачунарског програма

Допуштеност клаузула забране мрежне употребе рачунарског програма, односно њихово ауторскоправно дејство ослања се неопредно на питање да ли је овакав начин искоришћавања обухваћен законским ограничењем ауторског права, ради редовне употребе, или је реч о посебном облику искоришћавања овог ауторског дела, за који је неопходна сагласност аутора. Дилема је проузрокована техничким аспектом умрежавања.

Другим речима, с аспекта ауторског права од одлучујућег значаја је да ли корисник може да употребљава програм на свом рачунару без обзира на то где је он трајно смештен.<sup>78</sup> У том контексту могу

<sup>77</sup> Microsoft Windows XP Home Edition End User License Agreement, чл. 1, ст. 1: „Корисник може да инсталише, употребљава, приступа и покреће рачунарски програм само на једном рачунарском уређају, без обзира на то да ли је или не приступ уређају доступан другим субјектима“.

<sup>78</sup> У том погледу неопходно је разликовати два начина покретања програма. Принцип „file server“ базира се на покретању програма у радној меморији било ког рачунара. Због тога је он увек спреман за употребу. С друге стране, принцип „client server“ функционише на другачији начин. Наиме, активни програм се дели на два процеса. Први, тзв. *back up* процес одвија се на мрежном серверу, а *front end* на рачунару конкретног корисника. Корисник може у потоњем процесу пренети програм ске задатке на мрежни сервер, који их у *back up* процесу изврши, а потом поново врати на *front end* процес. По правилу, у овом режиму рада програм се држи у при

се учити два ауторскоправна сегмента. С једне стране, смештање рачунарског програма на масовни сервер, којем је омогућен приступ свих умрежених корисника, представља акт који се може сматрати јавним саопштавањем дела. С друге стране, свако покретање програма из радне меморије рачунара сматра се умножавањем. Следствено, умножавање несумњиво постоји када се сачињавају копије рачунарског програма са масовног сервера на корисничке рачунаре.

Имајући у виду предмет рада, задржаћемо се само на питању умножавања код мрежне употребе.

#### *4.1.1. Умножавање рачунарског програма код мрежне употребе*

Чињеница је да је у домаћем и у упоредном законодавству успостављена општа забрана умножавања рачунарских програма. Због тога ћемо проблем мрежне употребе анализирати у контексту овог искључивог овлашћења аутора.

Наиме, приликом доношења Директиве ЕЗ о правној заштити рачунарских програма и новелисања националних законодавстава, општеприхваћен је став да свако покретање програма у радној меморији рачунара, као и поступак копирања, који се сматра неопходним за његову употребу, представља умножавање програма.<sup>79</sup>

Ако се занемари технички аспект појма умножавања, за ауторскоправни појам је релевантно питање неопходне сагласности аутора за предузимање појединих радњи.

У складу са наведеним, проблем мрежне употребе, може да се сагледа управо кроз питање да ли се мрежна употреба може сматрати неопходном, с обзиром на то да легални ималац примерка рачунарског програма прибавља тај програм управо ради обављања делатности, а умрежавање је један од начина на који је он ту своју делатност организовао? Другим речима, шта се сматра сврсисходном употребом рачунарског програма, у овом контексту, и да ли забрана мрежне употребе представља заправо предметно ограничење уступљеног овлашћења?

У првом реду, потребно је имати у виду сâм појам рачунарског програма. Наиме, ако се он посматра као низ инструкција помоћу

---

правности на мрежном серверу, а код корисника се појављује само на монитору (не и у меморији). Изузетно, када се делови програма покрећу на корисничком рачунару, мора да дође до његовог смештања у радну меморију. У ауторскоправном смислу, ова ситуација се изједначава са претходно наведеним умрежавањем код „file server“ принципа. Вид. Јоџ Набракен, *Основе умрежавања* (оригинал: *Absolute Beginner's Guide to Networking*, превод: Б. Тепавац, Г. Алексић), Микро књига, Београд 2002, 139 154.

<sup>79</sup> ЗАСП, чл. 20, ст. 2; UrhG, чл. 69с, ст. 1; D. 91/250, чл. 4, ст. 1, тач. а; CDPA, чл. 17, ст.1, 2 и 6.

којих се управља рачунаром ради постизања одређеног резултата, односно извршавања одређених задатака, сврха закључивања уговора о лиценци је испуњена уколико је корисник омогућен да његовом употребом оствари наведене циљеве. С тим у вези, искоришћавање рачунарског програма у мрежи представља „начин искоришћавања који се према владајућем мишљењу у промету може јасно разграничити и који је у привредно-техничком смислу једнообразан и самосталан“.<sup>80</sup>

Надаље, ако се узме у обзир чињеница да суспензија искључивог овлашћења носиоца права на умножавање представља изузетак од опште забране умножавања, обим предузимања појединих радњи без сагласности аутора треба да тумачимо рестриктивно. Стога, умножавање можемо сматрати дозвољеним само ако је неопходно за искоришћавање дела, односно уколико без таквих радњи употреба програма није могућа или је знатно отежана. У том смислу, сматрамо да његово умножавање за потребе умрежених корисника прелази границе неопходног. Следствено, истовремено вишеструко коришћење, о којем је реч код мрежне употребе, не може бити обухваћено одредбом о суспензији права аутора рачунарског програма с циљем обезбеђивања његове редовне употребе.

С обзиром на то да је реч о радњи умножавања од које не зависи постизање програмског резултата, а уз то представља самостални акт привредног искоришћавања, да би се рачунарски програм сместио у меморију рачунара, који је доступан већем броју корисника, неопходна је сагласност аутора односно даваоца лиценце. Из наведеног произлази да је за сваки облик употребе рачунарског програма у мрежи потребно прибавити сагласност аутора. Носилац права, дакле, може забранити мрежну употребу. Штавише, сходно чињеници да је носилац права слободан да одреди која овлашћења и у ком обиму ће уступити,<sup>81</sup> давалац лиценце код тзв. мрежних верзија може у уговору да одреди тачан број корисника, за које се употреба сматра дозвољеном.

#### 4.2. Уговорни аспект забране мрежне употребе рачунарског програма

Надовезујући се на анализу мрежне употребе рачунарског програма у смислу ауторскоправног појма умножавања, поставља се питање да ли клаузуле о забрани мрежне употребе безусловно производе дејство, односно да ли постоје ситуације у којима се оне могу

---

<sup>80</sup> Цитирано према: пресуда Врховног суда Немачке од 12. децембра 1991. у предмету „Лиценца цепенних издања“ (Taschenbuchlizenzen), бр. I ZR 165/89, *GRUR* 5/1992, 310.

<sup>81</sup> ЗАСП, чл. 63, ст. 1; *UrhG*, чл. 31, ст. 1.

сматрати непримереним или недозвољеним, јер ограничавају корисника у сврсисходној употреби.

Полазна тачка у овом разматрању јесте имовински интерес носиоца права на рачунарском програму, због којег (интереса) је и установљена генерална забрана копирања, па тиме и мрежног коришћења.

Већ смо објаснили да могућност коришћења једне копије програма од стране више корисника смањује број потенцијалних купаца примерака истог. Међутим, забрана мрежне употребе у свом дословном значењу може представљати и непотребно ограничење права корисника. Наиме, неретко се рачунарски програм не прибавља с циљем коришћења од стране више корисника, него искључиво једног, који је, додуше, прикључен на мрежу, али други умрежени корисници немају приступ програмима инсталираним на корисниковом рачунару (такав је случај код мреже равноправних рачунара). Тада би забрана мрежне употребе спречила корисника у редовној употреби програма и задовољавању његових интереса, јер би му се посредно наметнула обавеза да се искључи из мреже.<sup>82</sup> Стога бисмо уопштене забране мрежне употребе морали сматрати потпуно неоправданим и прекомерним. Дакле, основни смисао установљавања забране мрежне употребе ради заштите имовинских интереса носиоца права не састоји се у општој забрани употребе рачунарског програма на умреженим рачунарима, већ у забрани истовременог вишеструког коришћења.

Из наведених разлога, даваоци лиценце најчешће обезбеђују примерак програма технолошким мерама заштите чиме се спречава управо ова истовремена вишеструка употреба.<sup>83</sup> Штавише, уколико је програм додатно обезбеђен на овај начин, може се сматрати да је тиме конклюдентно изражена забрана мрежне употребе и када она није изричито уговорена. С тим у вези, уклањање заштитних механизма (за шта реално увек постоји велики ризик) представља и посебан облик повреде уговора, чак и у оним правним системима који не познају изричиту заштиту ових механизма.

Уколико давалац лиценце даје сагласност за мрежну употребу, свој економски интерес штити на тај начин што се лиценцна накнада одређује према броју умрежених корисника и износи нешто мање од добијеног збира појединачних цена.<sup>84</sup> Овако обрачуната тзв. мрежна накнада уједно представља и повољност за корисника.

<sup>82</sup> J. Marly, 498.

<sup>83</sup> Таква мера се састоји нпр. у могућности покретања програма само у случају да се он инсталише на масовну меморију рачунара за који је његова употреба предвиђена. Вид. J. Marly, 498 и тамо наведену литературу.

<sup>84</sup> J. Marly, 500.

## 5. УМНОЖАВАЊЕ РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА НА РАЗЛИЧИТИМ РАЧУНАРИМА ИСТОГ КОРИСНИКА (CPU КЛАУЗУЛЕ)

Поседовање рачунарског уређаја у данашњем времену се не сматра луксузом, већ се његова употреба чак и претпоставља. Штавише, концепт развоја информационих технологија базира се управо на ритму живота савременог пословног човека, који своје радне задатке обавља и ван радног места. Тако су све чешће у употреби преносни (*laptop*) рачунари, које неретко једно лице поседује уз, сада већ традиционални, стони (*desktop*) уређај.

С аспекта носиоца права на апликативном рачунарском програму, чији је циљ управо да задовољи најразличитије захтеве корисника, наведене околности могу представљати нови извор прихода, будући да се економска корист најчешће изражава кроз број примерака овог ауторског дела који су пуштени у промет. Наравно, под претпоставком да се за сваки рачунар посебно прибавља један примерак потребног апликативног програма. Стога се најчешће у уговорима о лиценци налазе клаузуле којима се корисницима забрањује употреба предметног програма на различитим рачунарима.<sup>85</sup> Терминологија коришћена у овим клаузулама може да се разликује (централна јединица, централна конфигурација, хардвер, итд.), али је суштина забране иста. Корисник се обавезује да рачунарски програм употребљава само на једном рачунарском уређају. У литератури, нарочито информатичкој, ови уређаји се означавају скраћеницом из енглеског језика *CPU* (*Central Processing Unit*),<sup>86</sup> која ће се користити у даљем тексту.

Поред наведеног економског момента, у литератури постоје мишљења да се наведеним забранама тежи и заштити угледа носиоца права, у случају да се рачунарски програм инсталише на рачунару са хардверском опремом која га не подржава.<sup>87</sup> Ипак, чињеница да су у уговору, по правилу, означени компатибилни уређаји на којима је функционисање програма тестирано, оповргава овај став.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> Уговор о лиценци фирме „Solarius“, чл. 6: „Дозвољена је употреба програма на једном, за сврхе програма подобном и у опису програма означеном рачунару. Ни у ком случају немате право да програм инсталишете или истовремено користите на два различита рачунара“. Слично: Microsoft Windows XP Home Edition End User License Agreement, чл. 1, ст. 1.

<sup>86</sup> *CPU* представља централни процесор, централну јединицу за обраду, процесор; основна функционална јединица компјутерског система која управља интерпретирањем и извршавањем функција. Вид. Вера Тасић, Иван Бауер, *Речник компјутерских термина*, Микро књига, Београд 1998, 91.

<sup>87</sup> Вид. Dirk Schuhmacher, „Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag“, *Computer und Recht*, 2000, 641-642.

<sup>88</sup> Примера ради, сви уређаји који су компатибилни са производима фирме *Microsoft* означени су њеним логом. Уз то, на амбалажи примерка рачунарског програма се додатно наводи листа компатибилних уређаја.

На крају, у прилог допуштености забране није сувишно да истакнемо ризик од неовлашћеног умножавања, о којем је на више места било речи. Ипак, на основу чињенице да је за носиоца права овај ризик увек присутан, не сматрамо да је довољно снажан у контексту забране вишеструког коришћења, а нарочито узимајући у обзир овлашћење корисника на сачињавање резервних копија.

Насупрот наведеним интересима произвођача примерака рачунарског програма стоје интереси корисника. Обавезивањем на једнопроцесорну употребу он је онемогућен да исти програм користи и након промене рачунара (због квара или замене новим, јачим и савременијим, или због промене радног места). Ништа мањи значај у овом контексту нема ни потреба корисника да му употреба програма буде доступна и на другом уређају. Тако, примера ради, корисник поседује компјутерски програм за обраду фотографија инсталисан на стоним рачунару, али због одласка на путовања жели да исти има и у преносном. Овај баналан пример илуструје чињеницу да су разлози, пословни или приватни, због којих се захтева вишепроцесорна употреба рачунарског програма једнаки оним због којих једно лице поседује два или више рачунара, јер једно без другог скоро да немају никакву употребну вредност.

Суочавајући наведене супротстављене интересе, поставља се питање да ли се укључивањем *CPU* клаузула у уговоре о лиценци корисник ограничава у редовној употреби. Другим речима, да ли интерес корисника ограничава слободу уговарања даваоца лиценце.

Проблем је неопходно сагледати и с ауторскоправног и с уговорног аспекта.

### 5.1. Ауторскоправни елементи *CPU* клаузула

Претходно питање од којег зависи и уговорноправна оцена дејства клаузула једнопроцесорне употребе тиче се одређивања обима овлашћења којима располаже носилац права. Прецизније, потребно је одредити да ли употреба програма на различитим рачунарима од стране истог корисника представља самосталан облик искоришћавања. Уколико би то био случај, сагласност даваоца лиценце би била неопходна, због чега се ни ово питање не би чинило проблематичним.

Иако је реч о умножавању рачунарског програма на више од једног уређаја, ова ситуација није потпуно истоветна претходно разматраном проблему мрежне употребе. Док се код употребе програма у мрежи појављује више корисника, у овом случају корисник је исто лице.

Посматрано из угла носиоца права, више корисника представља већи приход, јер ће сваки од њих прибавити примерак потребног ра-

чунарског програма. Стога, свако умножавање ради мрежне употребе представља самостални акт, невезан за сврсисходну употребу, што је напред већ детаљно изложено.

Насупрот томе, уколико једно лице тим примерком већ располаже, употреба на више рачунара постаје питање комфора, личног или пословног. При том, носилац права није нужно лишен прихода од свог ауторског дела, будући да је корисник такав један примерак већ прибавио и да вероватно неће желети да плати двоструку цену за задовољавање истих потреба.

Ослањајући се на критеријуме који круг корисника употребљава рачунарски програм и реалне могућности да давалац лиценце за такву употребу прими накнаду, употреба програма од стране једног лица на више рачунарских уређаја представља једну радњу искоришћавања. У смислу наведеног, *CPU* клаузуле су заправо вид предметног ограничења уступљеног овлашћења на употребу.

## 5.2. Уговорноправни елементи *CPU* клаузула

Код индивидуалног рачунарског програма, чијој изради претходи уговор о наруцби ауторског дела, ово питање се уопште ни не поставља. Разлог произлази из самих одредби закона о овом именованом уговору. Наиме, када је предмет уговора о наруцби израда компјутерског програма, сва имовинска овлашћења припадају наручиоцу. Чак и ако је забрана употребе на више рачунара садржана у самом уговору, наручилац, односно корисник, се са таквим ограничењем сагласио.

Проблем се, међутим, чини актуелним код формуларних уговора. Наметање обавезе уздржавања од вишеструке употребе могло би да се противи каузи уговора о лиценци, због чега би се такве уговорне одредбе сматрале неважећим.

Из појма уговора о лиценци произлази да је кауза уговора употреба рачунарског програма. С тим у вези, допуштене су све чинидбе које су неопходне ради остварења сврхе уговора. Стога ћемо на овом месту избећи понављања у вези с одређивањем које су радње умножавања неопходне ради сврсисходне употребе. Ипак, упућујемо на аргументе изнесене у вези са проблемом мрежне употребе, јер намећу истоветан закључак и у примени на *CPU* клаузуле: употреба програма на више од једног рачунара истог корисника не сматра се сврсисходном употребом. Због тога ове клаузуле производе дејство. Ради коректне оцене изнесеног мишљења на овом месту је ипак неопходно да дамо додатна објашњења.

Употреба на једном уређају се првенствено односи на смештање програма у меморију рачунара одакле се он покреће приликом сва-



ког коришћења. Међутим, овлашћење легалног стицаоца примерка рачунарског програма да га пушта у рад не мора да буде везано за уређај на којем је он инсталисан. Могло би се замислити да корисник инсталише програм на једном рачунару, а да га користи директно са медијума на другом. Питање сагласности за предузимање таквих радњи чини се сувишним, јер при оваквом начину коришћења, програм се умножава у границама одређеним захтевом редовне, односно сврсисходне употребе. Ако се ипак та граница пређе, *CPU* клаузуле пружају намеравани ефекат у заштити интереса даваоца лиценце. Дакле, сваки пут када постоји прекомерно умножавање, постоји повреда права даваоца лиценце. Конкретно, смештање програма у радну меморију рачунара довољно је учинити само на једном уређају. Пуштање програма у рад се не може бројчано ограничити, али се, слично мрежним клаузулама, оно чини неовлашћено, уколико се ради о истовременој употреби на различитим рачунарима.

Истина, покретање програма директно са медијума може да угрози функционалност самог програма, јер може да доведе до оптерећења радне меморије рачунара, на ком се он покреће, и брзину протока информација, али корисник на такав ризик својевољно пристаје. Штавише, уколико то сматра оправданим, он може да прибави неку од верзија рачунарског програма намењених вишеструкој употреби од стране једног лица. Такве су, нпр. појединачне вишекорисничке верзије (*multiseat stand-alone* лиценце)<sup>89</sup> (код којих је тачно одређен број рачунара на који се он може инсталирати) или *per user* лиценце (код којих се лиценца везује за лице, па се програм може користити на неограниченом броју рачунара).<sup>90</sup> Накнада за коришћење оваквих верзија рачунарског програма је већа од појединачне, а мања од двоструке, односно вишеструке цене, због чега су задовољени интереси обеју уговорних страна.

Ипак, изнесени закључак о пуноважности *CPU* клаузула не можемо уопштавати. Код појединих формулација појављује се још један сегмент ограничавања интереса корисника, који је потребно посебно анализирати.

Често се путем ових клаузула кориснику, посредно или непосредно, намеће обавеза уздржавања од промене уређаја, јер се инсталисање програма дозвољава на само једном конкретном уређају,

<sup>89</sup> Такву лиценцу, примера ради, даје фирма Инг про за употребу програма намењеног правницима. Наиме, стицалац лиценце има могућност да предметни софтвер инсталише на четири рачунара.

<sup>90</sup> Вид. Aunya Singsangob, *Computer Software and Information Licensing in Emerging Markets The Need for a Viable Legal Framework*, Kluwer Law International, The Hague London New York 2003, 67. Примере таквих лиценци види: <http://www.microsoft.com/windowsserver2003/howtobuy/licensing/ts2003.msp>, 14. јун 2009.

чији се серијски број региструје приликом првог покретања или се добија шифра која се пријављивањем приликом прве употребе брише из базе података даваоца лиценце.<sup>91</sup> Због тога рачунарски програм не може поново да се користи, чак и ако узроци стоје изван воље корисника (уколико, рецимо, дође до квара уређаја). Овим се заправо ограничава слобода корисника да промени свој рачунарски уређај. Тиме се битно задира у вршење права својине на уређају, али и у правни промет. Наиме, таквим забранама може се угрозити положај потрошача, будући да је принуђен на прибављање нове копије рачунарског програма, односно на закључење новог уговора. На овим околностима се донекле заснива и одредба америчког Закона о ауторском праву, која изричито из повреде права на умножавање искључује случајеве сачињавања копија ради њиховог чувања док траје поправка, односно одржавање рачунарског уређаја, под условом да се тако добијене копије униште након престанка околности због којих су сачињене.<sup>92</sup> Сврха оваквог умножавања је заправо могућност касније употребе програма. Стога, иако се не наводи да власник или друго лице које се користи уређајем може програм инсталирати или користити на другом рачунару, сматрамо да такав закључак произлази из смисла наведене одредбе.

И у земљама у којима не постоји одредба сличне садржине, међу којима је и наша, питање дејства оваквих клаузула може се довести у зависност од питања да ли вршење ауторског права угрожава оправдане интересе корисника. У смислу наведеног, економски интерес даваоца лиценце да оствари додатне накнаде мора се претпоставити интересу корисника да рачунарски програм употребљава за све време трајања уступљеног овлашћења. Тако, услед квара уређаја на којем је он инсталисан, сврсисходна употреба налаже да се он поново инсталише на другом, чак и ако је немогућност употребе само привремена. *CPU* клаузуле које забрањују такву промену хардвера, дакле, не могу производити дејство, јер су противне самој каузи уговора. Штавише, сматрамо да би се другачијим тумачењем посредно изиграла и одредба закона о овлашћењу корисника да сачини резервну копију, која је прописана управо ради обезбеђења континуиране употребе рачунарског програма и услед наступања оваквих или сличних ризика.

Ништа другачије није ни ако замена уређаја није проузрокована околностима које се налазе изван контроле корисника, већ из потребе њиховог осавремењивања. С обзиром на то да је тренд константог развоја електронских уређаја одавно присутан, у данашње

<sup>91</sup> Вид. J. Marly, 484, 485.

<sup>92</sup> The U.S. Code, Title 17, чл. 117, ст. с.

време није редак случај да потрошачи прате технолошке иновације. Истина, у литератури<sup>93</sup> и судској пракси<sup>94</sup> постоје мишљења да се клаузуле којима се забрањује употреба рачунарског програма на процесору који омогућава бржи проток и обраду података, сматрају дозвољеним, јер употреба на таквом уређају представља основ потраживања веће накнаде носиоцу права. Међутим, тиме не долази до вишеструког коришћења, због чега ови аргументи не могу да се оправдају.

На крају, на основу претходних излагања, истичемо закључак да је могуће уговором ограничити употребу рачунарског програма на један уређај само у смислу забране истовременог смештања у меморију, односно пуштања у рад на више рачунара.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Полазне премисе у одређивању обима дозвољеног умножавања рачунарског програма, по основу суспензије ауторског права, јесу нормално искоришћавање дела и очување легитимних интереса аутора.

Покретање програма, инсталисање и свако даље пуштање у рад, сматрају се неопходним умножавањем дела. Због тога је лиценци корисник овлашћен да их предузима, чак и када уговор не садржи изричиту сагласност носиоца права. Штавише, ово питање није спорно ни у оним правним системима, као што је САД, који овај проблем нормативно уређују на много апстрактнији начин.

Уколико у оквиру наведених премиса тумачимо одредбе о овлашћењу лиценцног корисника да сачини резервну копију, можемо доћи до различитих закључака. С једне стране, у појединим случајевима не сматрамо оправданим сачињавање резервне копије у случајевима када сâм давалац лиценце снабде корисника примерком рачунарског програма на телесном носачу података. С друге стране, нормална употреба понекад захтева да се сачини више од једне копије. Такав је случај с цикличним умножавањима која се често, ради заштите обрађених података, предузимају код великих привредних субјеката.

<sup>93</sup> Вид. Axel Metzger, „Zur Zulässigkeit von CPU Klauseln in Softwarelizenzen“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 28/2003, 1994; Thomas Hoeren, *BGH 24.10.2002 I ZR 3/00: Zulässigkeit von rechnerbezogenen Nutzungsklauseln in Softwarelizenzen* CPU Klausel, Lindenmaier Möhring Kommentierte BGH Rechtsprechung (LMK), Verlag C. H. Beck, München 2003, 155.

<sup>94</sup> У том погледу занимљива је одлука Врховног суда Немачке BGH 24.10.2002 I ZR 3/00: Angemessene Klausel in Softwarelizenzenvertrag CPU Klausel, у: *Neue Juristische Wochenschrift*, 28/2003, 2014.

Забрана мрежне употребе свакако се не може сматрати препреком за нормалну употребу рачунарског програма. Из тих разлога, сматрамо да употреба, односно умножавање рачунарског програма у мрежи рачунара захтева изричиту сагласност аутора.

На крају, употреба рачунарског програма на више уређаја истог корисника сматрамо дозвољеним, под условом да се умножавање не одвија истовремено или се не стварају услови да до тога дође у неком каснијем моменту. Наиме, легитимни интереси носиоца права нису угрожени, а темпо живота савременог човека оправдава могућност да се рачунарски програм покреће са носача података на више од једног уређаја или да се у једном трајно смести у меморију, а на другом пушта у рад директно са медијума. Другим речима, инсталисање на више од једног рачунара није дозвољено, без обзира на чињеницу да је реч о истом лиценцном кориснику.

Dr. Sanja Radovanović

Lecturer

Faculty of Law of University of Novi Sad

## PERMITTED SCOPE OF REPRODUCTION OF COMPUTER PROGRAMS IN THE LICENSE AGREEMENT

### *Summary*

In terms of copyright, any use of the computer program is a reproduction of copyrighted work, requiring an explicit consent of the author. However, taking into account its special features that arise from its technical nature, certain acts, which are considered necessary for normal use of a computer program, are exempt from copyright protection if undertaken by the legal acquirer of copies of computer programs. Frequently, the legal basis for using the computer program is a license agreement. In that sense, this paper analyzes whether and to what extent the parties can derogate the will of the legislator, expressed in the provisions on suspension of copyright. The focus of this paper is on duplication that is usually taken: installation of the program, running it, and making back-up copies of computer programs. In addition, for certain users, permission for copying and duplication of computer program are very important in the network use, as well as in the use of the program on two or more computes. That is why these aspects are also taken into account. Following the analysis of the issues presented, this paper concludes that the admissibility of computer installation and running the program is undisputed. More

over, making back-ups is normally allowed, but there are circumstances under which this is considered unnecessary and illegal. Actually, reproduction seems to be beyond the standard of normal use. Finally, copying of computer programs in the network or its simultaneous use on multiple computers is not considered necessary for its normal use.

Key words: *Computer program. – Installation of computer program. – Back-up copies. – Network version. – CPU clauses.*

Мр Вања Бајовић\*

## ОБЈЕКТИВНИ ИДЕНТИТЕТ ПРЕСУДЕ И ОПТУЖБЕ

*У раду се разматра проблем објективног идентитета пресуде и оптужбе, односно питање у којој је мери суд везан чињеничним описом дела наведеним у оптужном акту, а у којој мери и у погледу којих чињеница од истог може одступити. Може ли суд оптуженог кога оптужба терети, примера ради да је држао опојну дрогу с циљем продаје огласити кривим за држање опојне дроге за сопствену употребу или да је извршењем кривичног дела при прибављање имовинске користи у већем или мањем износу? У теорији је било свега пар настојања да се овај проблем реши постављањем општег принципа који би важио у свим случајевима, а пракса већ деценијама лута решавајући овај проблем на различите начине од случаја до случаја. Аутор сматра да би у решавању овог проблема најпре требало направити јасно разграничење између чињеничног и правног, имајући у виду да правна оцена дела дата од стране тужиоца не обавезује суд. И друго, аутор сматра да питање повреде идентитета не треба посматрати полазећи од тога да „утврђене чињенице нису на штету окривљеног“ како се то обично чини, већ пре свега из контекста права на одбрану и дужности да се оптуженом ово право омогући.*

Кључне речи: *Идентитет пресуде и оптужбе. Теорија другог дела. Теорија чињеничних скупова. Чињенично стање. Правна оцена.*

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Питање објективног идентитета пресуде и оптужбе представља једно од најсложенијих и најспорнијих питања кривичног процесног права. У теорији је било свега пар настојања да се овај проблем реши постављањем конзистентних, општих правила<sup>1</sup>, док суд-

\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *bajovic@ius.bg.ac.rs*.

<sup>1</sup> М. Грубиша је још 1960. године покушао да реши овај проблем полазећи од разлике између другачијег и другог дела, која је и дан данас актуелна у пракси, док је у новијој литератури М. Мајић настојао да пронађе конзистентно решење

ска пракса која се са овим проблемом готово свакодневно среће већ деценијама примењује различите критеријуме стварајући на тај начин велику дозу правне несигурности.<sup>2</sup> Суштинско питање се своди на то у којој је мери суд приликом доношења пресуде везан оптужним актом овлашћеног тужиоца, а колико и у погледу чега суд, приликом доношења пресуде, може одступити од оптужног акта. Једине законске инструкције у том смислу су да се пресуда може односити само на лице које је оптужено (субјективни идентитет) и само на дело које је предмет оптужбе (објективни идентитет), док правна оцена дела дата од стране тужиоца не везује суд (чл. 351 ЗКП/2001 и чл. 420 ЗКП/2011).<sup>3</sup> У складу с тим је неспорно да између пресуде и оптужбе мора постојати чињенични, не и правни идентитет, али питање објективног чињеничног идентитета у смислу дозвољених одступања од чињеничног описа „дела“ наведеног у оптужном акту и дела за које је окривљени оглашен кривим не престаје да задаје тешкоће правној теорији и пракси.

## 2. РАЗЛИЧИТИ МОДЕЛИ ПОСТУПКА

Доследно спровођење акузаторског принципа налагало би апсолутну чињеничну подударност између пресуде и оптужбе, а најмање

---

у математичкој теорији чињеничних скупова. Вид.: Младен Грубиша, „Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе“, *Наша за конитост*, бр. 11 12, Загреб 1960а, 601 618 и Миодраг Мајић, „Чињенични идентитет пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011, 85 105.

<sup>2</sup> Илустративан пример у том смислу су различите одлуке судова по истом питању. Док се с једне стране истиче да „Првостепени суд није прекорачио оптужницу тиме што је нашао да је оптужени критичном приликом повредио другу одредбу ЗООБС а на путевима у односу на ону која му је од стране тужиоца стављена на терет“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1527/03 од 24.11.2004). У другој одлуци се наводи да је „Оптужба за кривично дело тешко дело против безбедности јавног саобраћаја прекорачена ако оптужени није оглашен кривим за непридржавање саобраћајних прописа који су наведени у опису дела у оптужници, већ за непридржавање других саобраћајних прописа“ (Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 555/06 од 28.12.2006). Слично томе, у једној одлуци се наводи да „Оптужба није прекорачена тиме што је у изреци осуђујуће пресуде другачије него у оптужници наведено место и време извршења дела“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 607/04/1 од 9.9.2004) док се у другој истиче да је „Оптужба прекорачена када је суд у пресуди навео друго време извршења кривичног дела у односу на оно наведено у оптужном предлогу“ (Решење Вишег привредног суда, Пкж. 768/99 од 17.2.2000).

<sup>3</sup> Законик о кривичном поступку ЗКП/2001, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 72/29 и 76/10 и Законик о кривичном поступку ЗКП/2011, *Службени гласник РС*, бр. 72/11 и 101/11.

одступање би подразумевало доношење ослобађајуће пресуде. Иако се акузаторски принцип историјски везује за адверзијални модел поступка, интересантно је да се питање везаности пресуде за оптужбу у чистом адверзијалном-поротном моделу уопште не поставља. Задатак пороте је само да каже да ли је по њеном мишљењу окривљени крив или не. Како порота не образлаже своју одлуку, она и не наводи „утврђено чињенично стање“ већ само одговара са *крив је* или *није крив* за оно за шта тужилац у оптужници тврди да је оптужени учинио. Самим тим је и немогуће проверити у којој се мери одлука поротника односи на дело наведено у оптужници, а у којој мери на субјективни став поротника да је окривљени из неког разлога заслужио да буде кажњен. У непоротном систему, суд који оптуженог огласи кривим рецимо за неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога, дужан је да у пресуди образложи на основу којих чињеница је закључио да је окривљени извршио ово кривично дело, па у том смислу може навести да је код њега пронађено пола килограма марихуане, да се марихуана сматра опојном дрогом, да је окривљени продавао ову супстанцу или је имао намеру да је даље дистрибуира и сл. Поред тога, не сме се занемарити ни чињеница да пороту чине лаици, који не знају танане правне разлике и нијансе између неовлашћене производње, прераде, преношења или држања ради преношења, стављања у промет или омогућавања уживања опојних дрога. Упркос инструкцијама које добијају од судије пре одлучивања и у којима им се „укратко“ сумира шта тужилац треба да докаже, не може се ни знати ни проверити да ли је порота донела одлуку да је окривљени крив зато што је тужилац „ван сваке разумне сумње“ доказао да је окривљени неовлашћено стављао у промет опојну дрогу, или пак просто из разлога што им окривљени делује као лош човек и наркоман! Сходно томе, питање објективног идентитета пресуде и оптужбе је беспредметно у систему у коме се уопште не доноси писмена и образложена одлука о кривици. Слична је ситуација и у данас превазиђеном чистом инквизиторском моделу поступка у коме уопште и није било поделе процесних функција а самим тим ни оптужбе у савременом смислу те речи. Окривљени је био само „објект истраге“ који је осуђиван за оно за шта су истражитељи установили да је урадио и без могућности да буде благовремено упознат са оптужбом и припреми своју одбрану.

Питање везаности пресуде за оптужбу постаје актуелно тек у мешовитом кривичном поступку, са увођењем начела акузаторности у дотадашњи инквизиторски модел и посебно са увођењем обавезе суда да образложи своју пресуду. У изреци пресуде суд је дужан да наведе чињенице и околности које чине обележја кривичног дела, што отвара питање у којој је мери суд дужан да поштује чињенични



опис дела наведен у оптужном акту а у којој мери од истог може одступити. У вези са тим проблемом наводе се два могућа тумачења.<sup>4</sup>

Шире тумачење подразумева да је суд начелно везан за догађај који је предмет оптужбе, али да може и мимо оптужнице утврђивати одређене чињенице, јер његова дужност, у складу са начелом утврђивања материјалне истине, подразумева утврђивање онога шта се десило у стварности. Доследно спровођење овог тумачења би значило да суд доноси пресуду на основу чињеница које је утврдио на главном претресу, независно од тога да ли их је тужилац уопште навео у оптужном акту и независно од тога да ли су тако утврђене чињенице у корист или на штету окривљеног.<sup>5</sup> Уже тумачење подразумева доследније поштовање начела акузаторности у смислу везаности суда за чињенични опис дела наведен од стране тужиоца. Иако након доношења ЗКП-а из 1953. године ово тумачење доминира у процесној теорији,<sup>6</sup> различити аутори су га тумачили на различите начине а пракса ни дан-данас нема уједначене и јасне ставове у погледу његовог домашаја и могућих одступања. Начелно говорећи, једногласно је прихваћен став да је суд везан оптужним актом овлашћеног тужиоца, а да од истог може одступити под условом да одступања нису на штету окривљеног. Произилази да суд може мењати и мимо оптужнице утврђивати неке чињенице, али не постоји сагласност у погледу тога које су то чињенице и где поставити „границу“ судске интервенције.

<sup>4</sup> О овим тумачењима опширније: М. Грубиша, „Питање објективног идентитета пресуде и оптужбе“, *Наша законитост*, бр. 9 10, Загреб, 1960б, 452 469; Тихомир Васиљевић и Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*<sup>10</sup>, Јустинијан, Београд, 2005, 572 576; Горан П. Илић, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Службени гласник, Београд 2004, 262 263; Милан Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2011, 1001 1002; Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2012, 814 818; М. Мајић, 86 91.

<sup>5</sup> Ово тумачење махом је заступљено у старијој процесној литератури која је проналазила инспирацију у аустријском и немачком тумачењу овог правила. Од аутора на подручју бивше Југославије заступали су га А. Мунда, Н. Смаић, Б. Петрић и Б. Марковић, што је имало упоришта у тадашњим законским решењима. О томе: М. Грубиша (1960б), 452 454. У новијој литератури М. Грубач истиче да је објективни идентитет између пресуде и оптужбе очуван ако је у оба случаја реч о истом делу, тј. о истоветном историјском догађају, али исти аутор такође онемогућава измене ако су оне на штету окривљеног. Момчило Грубач, *Кривично процесно право Увод и општи део*, Службени гласник, Београд 2004, 399.

<sup>6</sup> Овим закоником по први пут је предвиђено да се „Пресуда може односити само на особу која је оптужена и само на дело које је предмет оптужбе садржане у поднетој односно на главној расправи измењеној или проширеној оптужници“ (чл. 325), што је и дало основа за начелно прихватање овог ужег тумачења везаности пресуда за оптужбу. Вид. Тихомир Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Савремена администрација, Београд 1957, 303 307.

### 3. ТЕОРИЈА „ДРУГОГ ДЕЛА“ И ТЕОРИЈА „ЧИЊЕНИЧНИХ СКУПОВА“

У пракси су и данас актуелни критеријуми које је М. Грубиша поставио 1960. године а по којима су одступања могућа све док не доводе до „другог дела“ у односу на дело наведено оптужним актом.<sup>7</sup> Инсистирајући на разлици између „другачијег“ и „другог“ дела, Грубиша је сматрао да је другачије дело у суштини оно исто дело које је предмет оптужбе, али у нешто измењеном виду (тешка телесна повреда-лака телесна повреда, разбојништво-крађа, тешка крађа-крађа, тешко убиство-убиство и сл.), док је друго дело дело које је диспаратно оном из оптужнице (нпр. крађа-тешка телесна повреда).<sup>8</sup> Тако би примера ради, суд окривљеног кога оптужница терети за разбојништво могао осудити за крађу ако се утврди да није било примене силе (јер се ту ради о другачијем, а не о другом делу), али га не би могао осудити за тешку телесну повреду (јер се ту ради о другом делу). Неспоразуми и грешке код примене овог критеријума произилазе из његовог погрешног тумачења јер се акценат уместо на чињенични опис ставља на правну квалификацију дела, па судови доносе ослобађајуће пресуде када нађу да је дело погрешно квалификовано, упркос изричитој законској одредби да правна оцена дела дата од стране тужиоца не везује суд.<sup>9</sup> Начин на који је тужилац квалификовао дело у потпуности је ирелевантан код примене овог критеријума. Посебно имајући у виду да се у улози тужиоца може наћи и правни лаик (оштећени као тужилац или при-

<sup>7</sup> Примера ради, истиче са да је повређен идентитет пресуде и оптужбе јер је оптужени, коме је оптужницом стављено на терет кривично дело помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела из чл. 204, ст. 2 у вези са ст. 1 КЗ РС, у вези са чл. 22 ОКЗ а, оглашен кривим за *друго кривично дело* и то за дело неовлашћеног држања опојне дроге из чл. 245 ст. 3 ОКЗ а. (Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05 од 3.11.2005). Или, да је „прекорачен идентитет оптуже и пресуде када се окривљеном стави на терет кривично дело изазивања националне, расне и верске мржње и нетрпеливости, а суд га огласи кривим за изазивање опште опасности јер дело за које је окривљени оптужен има сасвим други заштитни објект, те спада у она кривична дела која су уперена против уставног уређења и безбедности Републике Србије“ (Решење Апелационог суда у Београду, Кж. 1. бр. 149/12 од 8.2.2012).

<sup>8</sup> М. Грубиша (1960а), 601 618.

<sup>9</sup> Примера ради, упркос томе што је утврдио чињенично стање наведено у оптужници, да је окривљени кренуо возилом у рикверц иако је имао у виду преку оштећеног, суд је донео ослобађајућу пресуду налазећи да се у радњама окривљеног не стичу обележја кривичног дела угрожавања сигурности јер је окривљени изазвао опасност за тачно одређено лице оштећеног, а не за одређени круг лица или индивидуално неодређено лице (из Решења Апелационог суда у Београду Кж. 1 1664/10 од 19.1.2010). Првостепени суд је овде упркос утврђивању чињеница наведених у оптужници донео ослобађајућу пресуду, налазећи на основу тих чињеница да се не ради о делу изазивања опште опасности како је тужилац на веоу оптужници, већ да се ради о другом делу.

ватни тужилац) који није дужан и не може знати танане правне разлике између појединих кривичних дела, а не може ни бити кажњен за „правно незнање“ доношењем ослобађајуће пресуде. Примера ради, ако би тужилац у оптужном акту навела да „окривљена није извршила своју дужност док је била председник суда јер као налогодавац није извршила исплату разлике у плати коју је захтевала оштећена као тужилац“, па такво чињенично стање квалификује као кршење закона од стране судије, суд ништа не би спречавало да на основу тако утврђеног чињеничног стања огласи окривљену кривом за злоупотребу службеног положаја, иако се ради о другом кривичном делу, са другим заштитним објектом у односу на правну квалификацију наведену у оптужном акту. Акценат је наиме на чињеничној, а не на правној подударности оптужбе и пресуде; у конкретном случају се чињенично стање утврђено на главном претресу у потпуности поклапа са чињеничним стањем наведеним у оптужби. У том смислу се у пракси правилно истиче да „правна оцена дела дата у оптужници не везује суд. Ако чињенице на којима се заснива оптужба на то указују – суд може утврдити да је у питању и теже кривично дело од онога из оптужног акта“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2566/06 од 17.4.2007). Правилна примена Грубишиног критеријума би подразумевала да суд не сме мимо тужиоца интервенисати у чињенични опис дела, додавањем и модификовањем чињеница наведених у оптужном акту, што би у наведеном примеру подразумевало рецимо да суд не би смео утврђивати да је окривљена наведеном радњом себи прибавила противправну имовинску корист у износу од 500.000 динара, јер та чињеница у оптужници уопште није наведена. Како се извесна чињенична одступања увек толеришу, критеријум „другог и другачијег“ дела је уведен управо како би се поставила граница дозвољеног одступања. У том смислу се истиче да „суд при коришћењу резултата главне расправе може мењати и допуњавати чињенични опис дела само док оно, тако модифицирано, остане у границама исте правне квалификације којој одговара чињенични опис из оптужнице“<sup>10</sup>, док са друге стране чињеничне модификације које би довеле до другог дела не би биле дозвољене.

У новијој теорији било је настојања да се ово питање реши математичком теоријом чињеничних скупова, по којој би се оптужни акт посматрао као скуп тачно одређених чињеница а пресуда би могла да се односи само и искључиво на чињенице које су део тог скупа, без могућности њихове било какве модификације од стране суда у складу са резултатима главног претреса.<sup>11</sup> У односу на термину „другог дела“ ово виђење представља још стриктније тумачење строгог

<sup>10</sup> М. Грубиша (1960а), 604.

<sup>11</sup> М. Мајић, 85 105.

идентитета и доследније поштовање акузаторског принципа, али је дискутабилно питање њене примењивости у непоротним системима, без увођења тзв. алтернативних оптужница.

#### 4. ЧИЊЕНИЧНЕ РЕДУКЦИЈЕ И ДОПУНЕ

Сагласност постоји у погледу тога да суд може окривљеног огласити кривим за блажи чињенични опис у поређењу са оним наведеним у оптужници, под условом да је утврђено чињенично стање наведено у пресуди обухваћено чињеничним описом из оптужнице, да представља његов део.<sup>12</sup> Тако би суд примера ради окривљеног могао огласити кривим за прибављање имовинске користи у мањем износу од оног наведеног у оптужници, за блажу последицу од оне која је наведена, или пак лакше кривично дело ако неки његов конститутивни елемент или квалификаторна околност остану недоказани. Реч је о чињеничним „редукцијама“ оптужнице, тачније о недоказивању неког њеног елемента, које иду у корист одбрани. Оваква преиначења у складу су како са начелом акузаторности (дело за које је окривљени оглашен кривим је обухваћено оптужним актом), тако и са начелом истине (суд га је огласио кривим за оно шта је утврдио на главном претресу), а такође не противурече ни интересима странака – тужиоцев захтев је делимично усвојен док је окривљени с друге стране осуђен за мање од онога шта је тужилац тражио, а да његова одбрана није доведена у питање јер суд није утврђивао ништа више од онога шта му је оптужним актом стављено на терет.

Исто тако, начелна сагласност постоји у погледу тога да нису дозвољена преиначења у супротном правцу, тачније „проширивања“ чињеничног стања наведеног у оптужници на основу резултата главног претреса, а без интервенције тужиоца у смислу проширивања оптужнице, ако би она доводила до теже квалификације дела. Тако примера ради, ако тужилац терети окривљеног за обичну крађу суд не може мимо оптужнице утврђивати да је крађа извршена обијањем или проваљивањем (што би делу давало квалификацију тешке крађе), или пак да је крађа извршена уз примену силе (радило би се

---

<sup>12</sup> У пракси се примера ради истиче да оптужба није прекорачена тиме што су у опису дела у изреци пресуде извршене извесне измене у односу на оптужбу и дело квалификовано по блажем кривичном закону као изнуда, уместо као разбојничка крађа како је дело квалификовано у оптужници (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 1244/04 од 11.11.2004) или „Оптужба за кривично дело разбојништва није прекорачена тиме што је суд делимично изменио опис дела дат у оптужници и оптуженог огласио кривим за кривично дело изнуде, као лакше кривично дело“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 621/05 од 6.9.2005).

о разбојничкој крађи или о разбојништву).<sup>13</sup> И ту се свака сагласност завршава.

Мишљења се разилазе у погледу могућности чињеничних „допуна“ оптужнице у пресуди у складу са резултатима главне расправе, која не мењају правну квалификацију дела. Може ли, примера ради, суд оптуженог, кога тужилац терети за проневеру 100.000 динара, огласити кривим за проневеру 150.000 динара?

По стриктнијем тумачењу строге везаности пресуде за оптужбу (теорија чињеничних скупова) овакве чињеничне допуне нису могуће,<sup>14</sup> док теорија „другог дела“ дозвољава ова одступања све док се и уз додавање ових чињеница остаје у оквирима правне квалификације дела наведене у оптужном акту.<sup>15</sup> Пракса нема јединствен став по овом питању, мада претежно стоји на првом становишту.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> „Када првостепени суд у изреку пресуде којом је окривљени проглашен кривим за извршење кривичног дела блудне радње унесе да је окривљени употребио силу, а то није стављено на терет окривљеном оптужним предлогом, оптужба је прекорачена“ (Решење Окружног суда у Чачку, Кж. 12/03 од 30.1.2003); „Када је у изреци пресуде за кривично дело разбојништва унето да је поред двојице оптужених учествовало и треће лице, које се не појављује као оптужени, уношењем ове битне чињенице (да је дело учињено у саставу групе од три лица), која представља квалификаторну околност од значаја за постојање квалификованог тешког случаја разбојништва, оптужба је прекорачена“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1940/02, од 7.10.2003. и Пресуда Окружног суда у Београду, К. 15/02, од 25.3.2003).

<sup>14</sup> Мајић заступа овај став образлажући га тиме да суд окривљеног не може огласити кривим за чињенице које нису део чињеничног скупа наведеног у оптужном акту. М. Мајић, 94 96.

<sup>15</sup> Грубиша је сматрао да су овакве измене могуће све док не доводе до другачије правне квалификације, тачније до другог дела, док у новијој литератури овај став заступа М. Шкулић истичући да „Суд мора да утврђује истину, па ако је према изведеним доказима у датом случају вредност одузете ствари заиста већа од вредности наведене у оптужници, суд то мора утврдити својом пресудом, без обзира на то што тужилац није на главном претресу изменио своју оптужбу“ М. Шкулућ, 1005 1006.

<sup>16</sup> Тако се са једне стране истиче да је прекорачен идентитет оптужбе када је окривљени осуђен за кривично дело оштећења туђе ствари а у изреци пресуде су поред уништења две рампе које су оптужницом стављене на терет унета и оштећења на аутобусу којим је управљао (Решење Врховног суда Србије Кж. 1495/04 од 16.12.2004. и пресуда Окружног суда у Суботици К. 17/04 од 2.6.2004); да је оптужба за кривично дело неовлашћеног држања оружја и муниције прекорачена, ако је оптужени оглашен кривим за неовлашћено држање муниције у количини већој од оне која је означена у оптужници (Решење Врховног суда Србије, Кж. 1, 1128/05 од 19.12.2005); да је оптужба прекорачена ако је окривљени оптужен да је одузео четири златна прстена, а у пресуди буде оглашен кривим за одузимање десет прстенова (Решење Окружног суда у Београду, Кж. 825/03, од 31.3.2003); да је оптужба прекорачена када суд на главном претресу утврди да је вредност одузетих ствари већа од износа који је тужилац навео у оптужници. (Решење Окружног суда у Београду, Кж. 825/03, од 31.3.2003). У другим одлукама се, за разлику од

Чињеничне „допуне“ у складу са резултатима главног претреса мимо тужиоцеве интервенције у смислу измене оптужног акта, правдају се дужношћу суда да утврђује истину као и чињеницом да се тиме не погоршава положај окривљеног јер он бива осуђен за исто оно дело које је наведено у оптужном акту. Претпоставља се да то што је окривљени осуђен за прибављање имовинске користи у већем износу или причињавање веће штете од оне која је наведена оптужним актом, не утиче на његову одбрану, јер се остаје у оквирима исте правне квалификације дела. Ако би са друге стране утврђивањем ових чињеница дело добило другачију (тежу) квалификацију, суд не би могао окривљеног да огласи кривим за то теже дело без претходне измене оптужнице од стране тужиоца.

Међутим, овакво тумачење може изазвати проблеме у пракси, имајући у виду да код појединих кривичних дела управо висина прибављене имовинске користи утиче на њихову квалификацију. Тако, примера ради, ако је у оптужници наведено да вредност украдених ствари износи милион динара, суд може утврдити да ова вредност износи милион и четресто хиљада динара, али не и милион и петсто хиљада динара, јер би на тај начин обична крађа „прерасла“ у тешку крађу?! Поред тога, занемарује се чињеница да ове „чињеничне допуне“, иако не утичу на правну квалификацију дела, свакако могу бити од утицаја приликом одмеравања казне.<sup>17</sup> Исто тако у ситуацији када, примера ради, суд окривљеног кога оптужница терети за уништење две рампе огласи кривим и за оштећења на аутобусу којим је управљао, висина укупно причињене штете је у новчаном износу много већа од оне која му је оптужницом стављена на терет.

Код решавања питања идентитета пресуде и оптужбе првенствено треба имати у виду разлоге због којих се поставља захтев за

---

тога, наводи да идентитет није повређен „када се поред навода оптужнице да је оптужени одузео мобилни телефон, дода да је одузео и пуњач са мобилним телефоном“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2346/03, од 21.6.2004) или да суд може и мимо оптужнице детаљније утврђивати опис примене силе и телесних повреда које је оштећена приликом покушаја силовања задобила јер то „није од утицаја на измену правне оцене дела, већ се може ценити у оквиру степена кривичне одговорности оптуженог код одмеравања казне“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 2236/03 од 4.2.2004).

<sup>17</sup> Тако се у пракси истиче да детаљније утврђивање примене силе и телесних повреда које је оштећена задобила није од утицаја на измену *правне оцене дела*, већ се може ценити у оквиру степена кривичне одговорности оптуженог код одмеравања казне (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 2236/03 од 4.2.2004). У том смислу Шкулић исправно примећује да би повреда постојала када би суд број одузетих ствари односно њихову вредност имао у виду приликом одмеравања казне. М. Шкулић, 1006.

овим идентитетом, а то су у првом реду интереси одбране да јој се омогући да оспорава чињеничне наводе који јој се стављају на терет. То основно правило спречавало би суд да окривљеног огласи кривим за чињенице које нису наведене у оптужном акту а које повећавају тежину дела у смислу теже последице, прибављања веће имовинске користи и слично, без обзира што дело формално остаје у оквири-ма исте правне квалификације. Сходно томе, исправан је став да суд не може на штету одбране утврђивати чињенице које нису наведене у оптужном акту, посебно имајући у виду могућност тужиоца да до краја главног претреса измени своју оптужницу и прилагоди је чињеничном стању утврђеном на главном претресу.

## 5. ЧИЊЕНИЧНЕ МОДИФИКАЦИЈЕ

Ситуација је још компликованија у погледу могућности суда да у складу са резултатима главног претреса и мимо тужиоцеве измене оптужнице, „промени“ чињенично стање наведено у оптужном акту и окривљеног огласи кривим за оне чињенице које је утврдио на главном претресу. За разлику од претходно наведених чињеничних „допуна“ које се односе на квантитативно увећање тежине последице, чињеничне модификације подразумевају измене у чињеничном опису дела, без нужних измена у погледу тежине последице. У том смислу се прави разлика између конститутивних или битних обележја кривичног дела и споредних околности које само служе конкретизацији дела, као што су време, место средство или предмет извршења дела. Док Грубиша сматра да су измене неког конститутивног елемента могуће све док не доводе до „другог дела“,<sup>18</sup> теорија чињеничних скупова не дозвољава овакве модификације ако чињенице наведене у пресуди нису садржане у чињеничном опису дела наведеним од стране тужиоца. Судска пракса је доста подељена и конфузна, а дешава се и да суштински исте случајеве решава на различите начине.<sup>19</sup> Питање је посебно актуелно код утврђивања субјективних чињеница

<sup>18</sup> „Ако се оптужени оптужује да је употребио силу да би одузео туђу ствар, суд ће моћи утврдити да је оптужени употребио силу да би задржао за себе већ одузету ствар“, М. Грубиша (1960а), 614.

<sup>19</sup> Тако се с једне стране истиче да није повређен идентитет оптужбе када је суд нашао да узрок саобраћајне незгоде није то што брзина кретања возила окривљеног није била прилагођена стању пута, већ што није држао потребно одстојање када се кретао иза возила оштећеног (Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 529/05 од 9.3.2005. и пресуда Четвртог општинског суда у Београду К.828/01 од 3.6.2003). У другој одлуци се, за разлику од тога наводи да је повређен идентитет ако оптужени није оглашен кривим за непридржавање саобраћајних прописа који су наведени у опису дела у оптужници, већ за непридржавање других саобраћајних прописа (Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 555/06 од 28.12.2006).

попут намера, мотива, побуда, разлога предузимања одређених радњи и сл. Примера ради, тужилац подигне оптужницу за држање дроге ради даље продаје, наводећи као одлучну чињеницу циљ да се дрога даље дистрибуира, а суд га огласи кривим за држање дроге с циљем сопствене употребе, утврђујући да је дрога била намењена личној употреби. Грубишина теорија „другог дела“ би дозвољавала овакве измене ако се тиме остаје у оквирима истог или другачијег дела које је повољније по окривљеног. За разлику од тога теорија чињеничних скупова омогућава овакве измене само ако би она намера која је утврђена од стране суда била садржана у намери наведеној у оптужном акту; ова процена да ли је једна врста намере садржана у другој додатно компликује само по себи довољно компликовано питање утврђивања субјективних чињеница.<sup>20</sup>

Што се тиче споредних околности које служе ближој конкретизацији кривичног дела, а не представљају његова битна обележја, попут времена, места или средства извршења, теорија је махом сагласна да их суд може изменити а да тиме не прекорачи оптужбу.<sup>21</sup> И у пракси се наводи да свака измена или допуна чињеничних навода оптужбе не представља њено прекорачење, већ само она која се односи на битна обележја садржана у оптужници, а која су од утицаја на правну оцену дела (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1559/01, од 26.4.2002. и Пресуда Окружног суда у Београду, К. 7 /01, од 4.9.2001). Међутим инсистирање на разлици између конститутивних елемената и споредних околности ствара додатне практичне потешкоће омогућавајући шире интервенције суда у чињенични опис наведен у оптужном акту под изговором „прецизирања“ вре-

<sup>20</sup> Мајић наводи да би суд окривљеног кога тужилац терети за крађу могао огласити кривим за превару, ако утврди да није постојала намера прибављања противправне имовинске користи већ намера да се оштећени оштети, јер је „намера да се оштећеном нанесе штета увек саставни део намере да се на штету туђе имовине прибави противправна имовинска корист...намера доношења штете представља нужну претходну фазу намере прибављања противправне имовинске користи, односно њен квантитативни подскуп.“ Али са друге стране овај принцип не дозвољава замену једне врсте намере другом врстом намере, па окривљеног кога тужилац терети да је држао опојну дрогу у намери да је прода, суд не може огласити кривим за држање опојне дроге за сопствену употребу јер се „ради о различитим намерама које искључују једна другу и које се не налазе у односу ужег и ширег чињеничног скупа.“ М. Мајић, 101-102.

<sup>21</sup> „Идентитет није измењен ако су у пресуди измењене околности које се односе на ближа својства кривичног дела, околности које конкретизују кривично дело, али нису правно релевантне за измену предмета оптужбе“ (Т. Васиљевић, М. Грубач, 573). Грубиша исто тако сматра да „суд може мењати околности које не представљају обележја кривичног дела, већ служе за тачније одређивање дела (време и место извршења дела, средство којим је дело извршено, предмет на коме је дело учињено, итд), јер све те промене не дирају у правну квалификацију дела“ (М. Грубиша, 1960а, 609).



мена, места средства или предмета извршења.<sup>22</sup> Неспорно је да суд може „прецизирати“ чињенично стање наведено оптужним актом у смислу прецизирања времена, места или предмета извршења, али „прецизирање“ споредних чињеница треба разликовати од „измене“ споредних чињеница. Тако би примера ради дозвољена интервенција подразумевала да суд у оквиру ширег временског интервала наведеног у оптужници прецизира тачне датуме извршења дела (да су преваре вршене у периоду од јануара до маја 2012. извршене 10.1.2012, 25.2.2012, 7.4.2012 и 21.4.2012), док би недозвољено поступање подразумевало да суд окривљеног кога оптужница терети да је убиство извршио ловачком пушком 22.10.2012. огласи кривим за убиство извршено револвером 23.10.2012. Ово стога што би на тај начин одбрана окривљеног да се 22.10.2012. године налазио у болници, а да ловачка пушка уопште није коришћена у том периоду, остала у потпуности беспредметна ако би га суд упркос томе огласио кривим за исто дело извршено у друго време и другим средством.

Чини се да ни теорија „другог дела“ ни теорија „чињеничних скупова“ не дају задовољавајуће одговоре на питање дозвољених чињеничних модификација од стране суда. Теорија „другог дела“ доводи у питање права одбране остављајући могућност суду да окривљеног огласи кривим за друге чињенице у односу на оне наведене у оптужном акту, под условом да се на тај начин остаје у оквирима исте правне квалификације. Полази се од тога да ако га оптужница, примера ради, већ терети за наношење тешких телесних повреда, он зна „за које дело треба да се брани“, па је онда свеједно да ли се установи да је оштећеном нанео повреду леве руке, како стоји у оптужници, или пак десне руке како је суд утврдио на главном претресу. И управо се у том аргументу греша. Код везаности пресуде за оптужбу сама квалификација дела није битна, већ је акценат на томе да се оптуженом омогући припремање одбране, а одбрана „да он није

<sup>22</sup> Примера ради „Првостепени суд није прекорачио оптужницу тиме што је нашао да је оптужени критичном приликом повредио другу одредбу ЗООБС а на путевима. Ово са разлога што је првостепени суд у оквиру исте правне квалификације кривичног дела нашао да уместо оног из оптужнице стоји један од других облика у оквиру исте квалификације, тј. прецизирањем радњи извршења дела, да није реч о оном облику који је наведен у оптужници, већ је реч о неком другом од алтернативних облика, па је такве измене и учинио у изреци у односу на диспозитив оптужнице. То представља само прецизирање радњи извршења у оквиру истог кривичног дела“ (Пресуда Врховног суда Србије Кж.1527/03 од 24.11.2004. и пресуда Окружног суда у Суботици К. 68/02 од 4.6.2003); да оптужба није прекорачена тиме што је у изреци осуђујуће пресуде другачије него у оптужници наведено место и време извршења дела... јер је првостепени суд уместо речи да је оптужени неовлашћено држао оружје, муницију и експлозивне материјале „у кући у којој живи“, унео речи „у просторијама свог приватног предузећа“ и прецизирао време извршења дела (Пресуда Врховног суда Србије, Кж..I 607/04/1 од 9.9.2004).

неовлашћено држао оружје у свом стану“ остаје беспредметна, ако га суд, упркос томе што је он успео у својој одбрани (и доказао да није држао оружје у свом стану), може осудити да је „неовлашћено држао оружје у својим пословним просторијама“! У пракси се често дешава да суд кога оптужни акт терети за кршење једног бланкетног прописа огласи кривим за кршење другог бланкетног прописа.<sup>23</sup> Претпоставимо да је у оптужном предлогу наведено да се окривљени кретао брзином од 60 km на час, која није била прилагођена условима пута, па је због тога проузроковао саобраћајну незгоду. Оптужени на тим чињеницама заснује своју одбрану, покушавајући да докаже, примера ради, да се није кретао том брзином или да је брзина којом се кретао била прилагођена стању пута. Оптужени затим, на главном претресу докаже своје тврдње, и суд прихвати такву одбрану, али ипак донесе осуђујућу пресуду налазећи да (упркос томе што се окривљени кретао брзином прилагођеном стању пута) он „није држао потребно одстојање, па је због тога проузроковао несрећу“. Могућност доношења овакве пресуде доводи у питање права одбране. Да је оптужени од почетка знао да га оптужница терети за то што „није држао прописано одстојање“, на томе би и засновао своју одбрану, покушавајући да докаже да се кретао на прописној раздаљини, да је возило испред њега нагло успорило и заочило и сл. Како ова чињеница у оптужници уопште није била наведена, нити је тужилац искористио своје право да измени оптужницу у складу са резултатима доказног поступка, одбрана наведена чињеницу и није могла оспоравати, а суд је упркос томе на основу ње донео осуђујућу пресуду. У основи, реч је о поступању које доводи у питање концепт „једнакости оружја“.

<sup>23</sup> Наводи се да „суд није прекорачио оптужбу када је изменио чињенични опис диспозитива оптужнице, када је нашао да је оптужени повредио одредбу члана 40, а не члана 45 став 1 Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима. Ово са разлога што је првостепени суд у оквиру исте правне квалификације кривичног дела нашао да уместо оног из оптужнице стоји један од других облика у оквиру исте квалификације, тј. прецизирањем радњи извршења дела, да није реч о оном облику који је наведен у оптужници, већ је реч о неком другом од алтернативних облика, па је такве измене и учинио у изреци у односу на диспозитив оптужнице. То представља само прецизирање радњи извршења у оквиру истог кривичног дела“ (Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1527/03 од 24.11.2004. и пресуда Окружног суда у Суботици К. 68/02 од 4.6.2003); „Није повређен идентитет оптужбе када је суд нашао да узрок саобраћајне незгоде није то што брзина кретања возила окривљеног није била прилагођена стању пута, већ што није држао потребно одстојање када се кретао иза возила оштећеног... изменом бланкетне норме суд није прекорачио своја овлашћења јер није доведен у питање идентитет оптужног акта са изреком пресуде, нити је прекорачена оптужба“ (Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 529/05 од 9.3.2005. и пресуда Четвртог општинског суда у Београду К. 828/01, од 26.7.2004).

Са тог аспекта посматрано, чини се исправнијом прихватање теорије чињеничних скупова која не дозвољава овакве чињеничне модификације имајући у виду да у наведеним примерима чињенице за које је окривљени оглашен кривим нису биле садржане у оптужном акту овлашћеног тужиоца, те самим тим суд и није могао окривљеног огласити кривим у погледу истих. Међутим, теорија чињеничних скупова не даје задовољавајући одговор у погледу могућности другачијег утврђивања намере и других субјективних чињеница од стране суда у односу на чињенице садржане у оптужном акту. Полазећи од тога да суд окривљеног не може огласити кривим за другу врсту намере у односу на ону садржану у оптужном акту (уз изузетак ситуације када је једна врста намере садржана у другој), Мајић сматра да судови греше када оптуженог кога тужилац терети за држање дроге ради продаје, у недостатку доказа да је дрога била намењена продаји оглашавају кривим за држање дроге ради сопствене употребе, јер се по његовом мишљењу ове две намере узајамно искључују и не налазе у односу ширег и ужег чињеничног скупа. Међутим, оно што се превиђа у овом тумачењу јесте чињеница да суд тиме не прекорачује оптужбу нити излази из њених чињеничних оквира, већ само прихвата чињеничне наводе друге стране. Одбрана се у пракси често позива на то да пронађена дрога није била намењена продаји (како је наведено у оптужном акту) већ личној употреби, да окривљени није имао намеру да оштећеног лиши живота, већ да га тешко телесно повреди и сл.<sup>24</sup> Аналогно парничном или адверзијалном поступку у коме свака странка износи своје чињеничне тврдње на основу којих суд процењује чији су докази превагнули, и у кривичном поступку суд има могућност да не прихвати тврдње тужиоца (примера ради да је намера окривљеног била да прода дрогу), већ да прихвати тврдње окривљеног (да је дрога била намењена личној употреби) и донесе пресуду у складу са тим. Као што је примена инквизиторске максиме неприхватљива с овог аспекта, исто тако је неприхватљив и принцип строге везаности за оптужбу, јер он не само да није у интересу одбране, већ јој негира сваки значај у поступку. Не види се разлог због кога суд окривљеног кога тужилац терети за држање опојне дроге са циљем даље продаје не би могао огласити кривим за држање опојне дроге ради сопствене употребе, посебно ако је одбрана током поступка настојала да докаже да дрога није била намењена продаји већ личној употреби? Једно могуће објашњење је да би доследно тумачење строге везаности пресуде и оптужбе налагало доношење ослобађајуће пресуде ако тужилац не успе да докаже своје чињеничне тврдње (да је дрога била намењена продаји),

<sup>24</sup> И Мајић наводи да се у већини ових случајева одбрана окривљених и сво ди на тврдњу да је дрога која је код ње пронађена била намењена не продаји, већ сопственом уживању. М. Мајић, 101.

па се на први поглед може чинити да је ово тумачење више у интересу окривљеног. Међутим, да ли је баш тако? Било би неоправдано с аспекта општег интереса да суд ослободи окривљеног код кога је пронашао пола килограма марихуане јер тужилац није доказао да је дрога била намењена продаји. Концепт строге везаности за оптужницу инспирацију проналази у адверзијалној пракси из које је иначе и начело акузаторности поново „рехабилитовано“ у евроконтинентални мешовити систем, али се занемарује чињеница да у чисто адверзијалном моделу о питању кривице одлучује порота која не образлаже своју одлуку, а тешко је и поверовати да би лаичка порота у наведеним ситуацијама донела ослобађајућу пресуду. Доследна примена овог концепта у системима без пороте налагала би увођење тзв. алтернативних оптужница које постоје у адверзијалном непоротном поступку пред Хашким трибуналом.<sup>25</sup>

При решавању питања дозвољених чињеничних модификација од стране суда мора се наине поћи од сврхе самог оптужног начела и принципа везаности суда за оптужбу, а она лежи управо у заштити интереса окривљеног – он мора знати за шта је оптужен, да би знао од чега да се брани. Сходно томе, погрешна је пракса која окривљеног оглашава кривим за чињенице које нису биле наведене у оптужном акту, под изговором да се тиме не одступа од правне квалификације дела. Утврђивање да су се одређене чињенице одиграле другачије него што тврди тужилац је могуће само ако постоји иницијатива одбране у том правцу, тачније ако одбрана истиче да је дело извршено на други начин, другим средством, у друго време, на другом месту, са другом намером и томе слично. Супротно поступање значи приближавање инквизиторском моделу, који је у некој мери „хуманизован“, јер се остаје у оквирима истог дела те се окривљени не може осудити за теже дело од онога наведеног у оптужници, али се доводи у питање право окривљеног на одбрану која по логици ствари не може бити делотворна ако суд има могућност да пресуду заснује на чињеницама које уопште нису биле наведене у оптужном акту. Сходно томе, овакве чињеничне модификације су могуће једино ако је одбрана успела да докаже да одређене чињенице наведене у оптужници нису тачне, да се нису одиграле на начин на који тужилац тврди, или је пак тужилац пропустио да наведе одређене релевантне чињенице. Примера ради, ако је тужилац пропустио да

<sup>25</sup> У хашким оптужницама се, након навођења чињеничног описа дела најчешће алтернативно наводе одредбе Статута Међународног суда које је окривљени прекршио. Честе су формулације, примера ради, да се оптужени терети за убиство, што је злочин против човечности према члану 5 (а) Статута, или алтернативно за намерно наношење тешке патње или озбиљне повреде телесног интегритета, што је тешка повреда према члану 2 (ц) Статута; или за нечовечна дела, што представља злочин против човечности према члану 5 (и) Статута.

наведе чињеницу да је окривљени био нападнут од стране жртве и да је убиство извршено ради отклањања таквог напада, а одбрана истакне и докаже ове чињенице, суд нема никакве препреке да закључи да је дело извршено у нужној одбрани.<sup>26</sup>

## 6. ПРАВНА ПИТАЊА И ПРИНЦИП ИДЕНТИТЕТА

Према законском одређењу, суд је везан чињеничним описом али не и правном оценом дела, али се чини да највеће потешкоће у погледу решавања питања везаности пресуде за оптужбу произлазе управо из неразликовања чињеничног и правног. Упркос често изражаваној „филозофској“ скепси да је „чињенично и правно немогуће раздвојити“, „да се чињенично претапа у правно а правно у чињенично“,<sup>27</sup> за практичне потребе у потпуности је прихватљив критеријум по коме су чињенице оно шта се десило или се дешава у стварности, било у „спољном“, објективном свету, било у психи учиниоца, док је правно оно шта је прописано правном нормом.<sup>28</sup> У складу с тим, странке износе различите чињеничне тврдње, а суд на основу резултата доказног поступка утврђује чињенично стање, тачније оно шта се десило у стварности. Правно питање се, за разлику од тога не решава доказима, већ судским тумачењем законске норме.<sup>29</sup> Одређена питања која су доста спорна у теорији и пракси,

<sup>26</sup> Тако се и у пракси правилно истиче да оптужба није прекорачена тиме што је суд у изреци осуђујуће пресуде за кривично дело убиства опису дела из оптужнице додао чињенице из којих произилази да је оптужени био нападнут и да је дело извршио у прекорачењу нужне одбране (Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 812/04 од 6.10.2004).

<sup>27</sup> О томе: Geoffrey Marshall, „Provisional Concepts and Definitions of Fact“, *Law and Philosophy*, Vol. 18, No. 5, (Sep., 1999), 447 460, Lech Morawski, „Law, Fact and Legal Language“, *Law and Philosophy*, Vol. 18, No. 5, Sep. 1999, 461 473; Дикинсон је такође тврдио да се чињенична и правна питања не могу раздвојити, јер се пресецају у самом корену. John Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law*, Harvard University Press, 1927, 55.

<sup>28</sup> Овај критеријум је поставило М. Грубиша, наводећи следећи „кључ за решење проблема“: испитивање конкретних околности из стварног живота је чињенично док сама оцена да ли та конкретна околност одговара неком појму из правне норме представља правно питање. По њему у правној норми нема никаквих чињеница, никаквог „чињеничног стања“ већ је у правној норми све правно. М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, друго издање, Информатор, Загреб, 1980, 161 и 152.

<sup>29</sup> Илић сматра да би „Прилоком разграничења чињеничног и правног би требало комбиновати логичку концепцију са методом рада који код чињеничног питања подразумева метод доказивања и начела која веже за њега, а код правног питања метод тумачења на основу познатих метода и правила за тумачење правних норми“. Г. П. Илић, 43 44.

попут дозвољених одступања од оптужбе у погледу степена кривице, облика извршилаштва (саизвршилаштво, подстрекавање, помагање и сл), степена или фазе у извршењу дела (свршено дело-покушај), треба решавати управо полазећи од разлике између чињеничног и правног.

У погледу могућности осуде за дело извршено са различитим степеном кривице у погледу онога наведеног у оптужници, опет се дају различити одговори. У пракси доминира став да суд може окривљеног огласити кривим и за лакши облик кривице од оног који је наведен у оптужном акту, што је у складу са доминантним тумачењем „могућих одступања од оптужбе у корист окривљеног“.<sup>30</sup> Полазећи од критеријума „истог дела“, М. Грубиша иде и корак даље тврдећи да суд може утврђивати да је убиство извршено са директним умишљајем иако је у оптужници наведено да је извршено са евентуалним умишљајем, под условом да квалификација дела у целини остане неизмењена.<sup>31</sup> Супротно њему М. Мајић ова правила тумачи знатно рестриктивније, дозвољавајући само редукације у погледу исте категорије (директан/евентуалан умишљај или свесни/несвесни нехат), али не и редукације у смислу умишљај/нехат.<sup>32</sup>

Основни неспоразуми овде произилази управо из неразликовања чињеничног и правног. Упркос томе што се умишљај и нехат малтене уобичајено сврставају у субјективне чињенице попут намера, мотива, итд., умишљај и нехат нису чињенице, већ правне категорије, тзв. субјективни елементи кривичног дела, па самим тим тужиочева оцена да је дело извршено са умишљајем или из нехата ни на који начин не обавезује суд.<sup>33</sup> Не може се доказивати да је дело извршено са

<sup>30</sup> Тако, примера ради окривљеног за кога је у оптужници наведено да је дело извршио са директним умишљајем, суд може огласити кривим за дело извршено са евентуалним умишљајем или из нехата. „Тиме што је првостепени суд у изреку пресуде унео да је тежи облик кривичног дела непружања помоћи извршено с нехатом, уместо са умишљајем како је Окружни јавни тужилац навео у оптужници, није прекорачена оптужба и повређен објективни идентитет између оптужбе и пресуде.“ (Пресуда Врховног Суда Србије, Кж. 1 950/08 од 22.5.2008).

<sup>31</sup> М. Грубиша, (1960а), 609.

<sup>32</sup> Овакво решење такође образлаже теоријом чињеничних скупова, истичући да између умишљаја и нехата постоји разлика у смислу воље да се изврши дело, они се налазе у односима чињеничних скупова који се не пресецају, па самим тим није дозвољено окривљеног кога оптужница терети да је поступао са умишљајем, осуди ти за дело извршено из нехата... Док је код евентуалног умишљаја реч о *пристајању* (а), код свесног нехата је реч о *непристајању* (б) које је обележено *олаким држањем да до дела неће доћи* или да ће исто *моћи бити спречено* (М. Мајић, 99).

<sup>33</sup> Васиљевић исправно примећује да су умишљај и нехат правна питања наводећи да суд може да има различити став од тужиоца у погледу неких правних питања, а као примере тих правних питања наводи између осталог и умишљај и нехат (Т. Васиљевић и М. Грубач, 576).

умишљајем. Може се доказивати да је окривљени био или није био свестан свог дела, да је био или није био свестан да може да учини дело, да је хтео извршење дела или да је пристао на извршење дела и сл., а на основу (не)доказивања ових чињеница суд доноси правне закључке у погледу степена кривице. Примера ради, чињенице би биле да је окривљени пуцао у главу оштећене након што је добио анонимне фотографије на којима је оштећена, његова супруга, снимљена у компромитујућим позама са другим мушкарцем. На основу ових, објективних чињеница, могу се утврдити субјективне чињенице и то воља да се окривљена лиши живота (чињеница да јој је пуцано у главу) и мотив окривљеног (љубомора). И ту се чињенично стање завршава. На основу овако утврђеног чињеничног стања суд може проценити да је код окривљеног постојала свест да ће својом радњом оштећену лишити живота и воља да је лиши живота, чиме су утврђени елементи директног умишљаја. Или, окривљени се терети да је пуцањем из пушке лишио живота лице Б (директан умишљај), али се на главном претресу установи да је окривљени случајно опалио пушком, без воље да лице Б лиши живота (свесни нехат). Мајић сматра да се у оваквом случају окривљени не може осудити за нехатно лишење живота јер се по њему овде не може говорити ни о истом делу, ни о истом догађају.<sup>34</sup> Спроведена до краја, оваква логика налагала би доношење ослобађајуће пресуде, јер тужилац није доказао своју оптужбу. Међутим, у наведеном примеру акценат није на другачијем утврђивању степена кривице (умишљај/нехат), већ на другачијем утврђивању одлучујућих чињеница. Док је тужилац у оптужници навео вољу да се оштећени лиши живота која се доказује пуцањем из пушке на њега, одбрана је на суђењу оспорила ову чињеницу доказавши да је окривљени случајно испалио из пушке, олако држећи да тиме неће доћи до лишења живота. Самим тим, из другачијег утврђивања те одлучујуће субјективне чињенице (воље окривљеног) произилазе и другачији правни закључци, како у погледу степена кривице, тако и у погледу правне квалификације дела, те суду ништа не стоји на путу да окривљеног огласи кривим за нехатно лишење живота, упркос томе што га оптужница терети за убиство извршено са умишљајем, имајући у виду да суд није везан за предлоге тужиоца у погледу правне оцене дела.

На исти начин треба посматрати и питање саучесништва, тачније питање улоге окривљеног у извршењу кривичног дела (да ли је поступао, као саизвршилац, помагач, подстрекач и сл.) и стадијума извршења кривичног дела (свршено дело-покушај). Пракса махом

<sup>34</sup> Смрт лица Б наине изазвана је не намерно него случајно, на потпуно другачији начин и у потпуно другим околностима од оних које је представио тужилац (М. Мајић, 101).

стоји на становишту да је окривљеног могуће осудити за лакши, али не и за тежи облик саучесништва од оног наведеног у оптужном акту,<sup>35</sup> мада ни тај став није јединствен.<sup>36</sup> Слична је ситуација и код покушаја кривичног дела, те се у појединим одлукама истиче да суд не може окривљеног осудити за свршено кривично дело, ако је тужилац подигао оптужницу за покушај извршења тог кривичног дела.<sup>37</sup>

Чини се да и теорија и пракса опет греше када ова питања решавају у контексту прекорачења оптужнице. Слично умишљају и нехату, облици саучесништва (извршилаштво, саизвршилаштво, подстрекавање, помагање итд.) и степен извршења дела (свршено дело-покушај) је правни појам, те његово тумачење зависи искључиво од процене суда. У оптужници треба навести шта је окривљени урадио, примера ради да је наговорио лице Б да опљачкају банку, чекао га у колима док је овај вршио разбојништво и на крају су поделили плен. Да ли је окривљени тиме деловао као подстрекач, помагач или саизвршилац оцењује суд, на основу тумачења законских одредби о томе шта се сматра подстрекавањем, шта се сматра помагањем а шта саизвршилашвом и њиховом применом на утврђене чињенице. Исто тако, ако тужилац у оптужници наведе да је окривљени покушао да

<sup>35</sup> Ово тумачење датира још од „Грубишних правила“ у којима су облици извршења рангирани по тежини на помагање, па подстрекавање, па извршилаштво, и којима је постављено правило да оптуженог кога оптужница терети за лакши облик извршења суд не би могао осудити за тежи. Исто тако, Грубиша је истицао да код оптужнице за покушај, суд не сме утврђивати да је окривљени дело довршио, јер је *покушај* лакши вид кривичног дела. М. Грубиша (1960а), 607.

<sup>36</sup> Тако је у једној одлуци Округног суда у Београду истакнуто да окривљеног кога оптужба терети да је поступао као извршилац суд може огласити кривим за помагање: „Није дошло до прекорачења оптужбе код кривичног дела фалсификована исправе када суд нађе да нема доказа да је власник пасоша преиначио пасош стављањем фотографије другог лица које га је употребило за прелазак државне границе, већ је само пасош дао том другом лицу и тиме му свесно помогао у извршењу кривичног дела“ (Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 374/05, од 7.3.2005. и Пресуда Четвртог општинског суда у Београду, К. 410/04, од 2.12.2004). У другој одлуци Врховни суд Србије је заузео супротно становиште, сматрајући да окривљени може бити оглашен кривим и за тежи облик извршилаштва од оног наведеног у оптужном акту: „Повреде идентитета оптужбе нема ни у објективном ни у субјективном смислу када је једно лице оптужено да је дело извршило као саучесник (у било ком облику саучесништва који прописује закон), а оглашено је кривим као саизвршилац (извршилац) у истом кривичном делу, или обратно.“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кзз. 20/02, од 12.11.2003. и Пресуда Округног суда у Београду, К. 587/94, од 15.6.1998).

<sup>37</sup> „Када тужилац подигне оптужницу за покушај извршења кривичног дела, суд ће окривљеног осудити за покушај, без обзира што у току доказног поступка и на главном претресу утврди да се ради о свршеном а не о покушаном кривичном делу, јер би у супротном повредио идентитет оптужбе и пресуде“ (Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 2821/06, од 22.2.2007. и пресуда Првог општинског суда у Београду, К. бр. 859/06, од 6.6.2006).



изврши кривично дело крађе тиме што је „у возилу јавног саобраћаја из спољашњег цепа сакоа оштећеног извукао футролу са документима, па пошто је прегледао садржину и видео да нема новца ставио је у цеп другог путника у возилу“, суд може огласити окривљеног кривим за свршено кривично дело крађе, ако сматра да се на основу овако утврђеног чињеничног стања ради о свршеном делу, а не о покушају.<sup>38</sup>

## 7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Код решавања питања објективног идентитета пресуде и оптужбе најпре треба поћи од разликовања чињеничног и правног, будући да сам Закон налаже да суд није везан за „правну оцену дела“ дату од стране тужиоца. Код овог разликовања треба имати на уму да „правна оцена дела“ не подразумева само његову правну квалификацију,<sup>39</sup> већ подразумева невезаност суда за страначке предлоге у погледу тумачења свих правних одредаба и категорија, по старом, добро познатом принципу *iura novit curia*. На странкама је да изнесу и докажу своје чињеничне тврдње,<sup>40</sup> а на суду је да утврди чињенично стање и тако утврђено чињенично стање подведе под законске одредбе. Сходно томе, чињенично стање се завршава на ономе шта се десило у стварности, било у „спољњем свету“ било у психи оптуженог, док све остале процене у смислу да ли тако утврђено чињенично стање представља помагање, подстрекавање, покушано или свршено дело, битно смањену урачунљивост, евентуални умишљај или свесни нехат и сл., представљају правне процене које искључиво зависе од суда, његовог тумачења законских одредби

<sup>38</sup> У конкретном случају суд је донео ослобађајућу пресуду, налазећи да је кривично дело крађе свршено, а како оптужница терети окривљеног за покушај кривичног дела, суд би прекорачио исту доношењем осуде за свршено дело. Интересантно је да у самој пресуди суд признаје да је процена да ли је реч о свршеном или покушаном делу правна а не чињенична оцена наводећи да је „за *правну оцену* да ли је кривично дело свршено или остало у покушају битно је да је последица конкретног кривичног дела наступила или не“ а ипак доноси ослобађајућу пресуду налазећи да би у супротном оптужница била прекорачена (Пресуда Округног суда у Београду Кж. 585/05 од 14.3.2005. и пресуда Првог општинског суда у Београду К. 1688/04 од 3.12.2004).

<sup>39</sup> Да је законодавац имао на уму само правну квалификацију, прописао би да суд није везан за предлоге тужиоца у погледу правне квалификације, а не у погледу правне оцене дела.

<sup>40</sup> Иако је терет доказивања у кривичном поступку увек на тужиоцу и од брана има *интерес* да докажује чињенице које јој иду у прилог, као што је рецимо чињеница да се у време извршења кривичног дела налазила на другом месту (тзв. одбрана алибијем), да је убиству претходио напад од стране оштећеног (нужна одбрана), да није имала намеру да оштећеног лиши живота и сл.

и подвођења утврђеног чињеничног стања под те одредбе. Имајући то у виду, теоријски и практично спорне ситуације у погледу тога да ли је оптужба прекорачена ако суд окривљеног огласи кривим за другачији облик кривице или другачији облик учешћа у извршењу дела у односу на онај наведен оптужним актом, постају беспредметне ако се зна да суд није везан за правну оцену дела дату од стране тужиоца. На суду је да на основу утврђеног чињеничног стања процени да ли се радило о свршеном делу или покушају, помагању или саизвршилаштву, умишљају или нехату и предлози тужиоца (као и одбране) у том смеру нису ни од каквог значаја. Ова питања не могу се решавати у контексту идентитета пресуде и оптужбе, имајући у виду да се захтев за идентитетом односи само на чињеничне, не и на правне предлоге. Суд је наиме везан само чињеничним стањем наведеним у оптужном акту, чињеничним описом дела.

Након одређења да се „чињеничним описом“ сматра само оно шта је тужилац навео да се десило у стварности, неопходно је одредити у којој је мери суд овлашћен да одступи од тако „предложеног“ чињеничног стања у складу са резултатима доказног поступка. Код решавања овог питања првенствено треба поћи од циљног тумачења законске одредбе која предвиђа да се „пресуда може односити само на лице које је оптужено и само на дело које је предмет оптужбе“. Иако језичко тумачење ове одредбе даје основа за тврдњу да је суштина да се ради о „истом делу“, теорија другог дела широко присутна у пракси не удовољава на најбољи начин самом смислу ове одредбе. Захтев за чињеничним идентитетом је уведен првенствено ради заштите интереса окривљеног и његове одбране. Окривљени мора знати које му се чињенице стављају на терет, како би те исте чињенице могао да оспорава. Примера ради, ако му се оптужницом стави на терет да је „као власник предузећа држао недозвољене новчане фондове“, окривљени ће припремати своју одбрану у складу са тим, покушавајући да докаже да није држао никакве новчане фондове, или пак да је пронађени новац резултат дозвољене и легалне продаје. Међутим, оваква одбрана остаје беспредметна ако га суд упркос томе што утврди да никаквих недозвољених новчаних фондова није било, огласи кривим да је држао „недозвољене робне фондове – италијанску и кинеску робу-дечије играчке без легалног порекла намењене даљој продаји“. Иако је овде реч о „истом делу“ (ради се о другој, алтернативно предвиђеној радњи извршења), па се може тумачити да осуда није на штету окривљеног, право на одбрану је повређено јер окривљеном није остављена могућност да оспорава рецимо да су дечије играчке биле легалног порекла, да нису биле намењене даљој продаји и сл.<sup>41</sup> Теорија чињеничних скупова

<sup>41</sup> У конкретном случају првостепени суд је донео осуђујућу пресуду, а другостепени суд је нашао да идентитет није повређен јер се ради о алтернативно

би спречавала овакве осуде, али инсистирајући на томе да се пресуда може односити само на оне чињенице наведене у оптужном акту, ова теорија занемарује околност да у састав „чињеничног скупа“ утврђеног од стране суда, поред чињеница које је навео тужилац могу ући и оне чињенице које је одбрана истицала и доказивала током поступка, примера ради да намера окривљеног није била да продаје, већ да користи опојну дрогу или да је лишење живота резултат претходног напада од стране оштећеног.

Имајући то у виду, питање објективног идентитета пресуде и оптужбе треба решавати првенствено из аспекта права на одбрану, због кога се уосталом захтев за овим идентитетом и поставља. У складу са тим, од „предложеног“ чињеничног стања (наведеном у оптужном акту), може се одступити:

- У смислу недоказивања неке од чињеница, што резултира „блажим“ чињеничним описом у пресуди од оног наведеног у оптужници (да окривљени није прибавио имовинску корист у износу од 100.000 већ 50.000 динара, да није било употребе силе приликом крађе, па се самим тим не ради о разбојништву већ о крађи, итд.)
- У смислу *додатног* утврђивања од стране суда неких чињеница које нису наведене у оптужби а које је окривљени истакао у поступку (да је убиству претходио противправан напад од стране оштећеног, да је окривљени био у стању јаке раздражености изазване нападом и сл.)
- У смислу *другачијег* утврђивања чињеница наведених у оптужници под условом да се одбрана на њих позивала (да циљ окривљеног није био да продаје већ да лично користи опојну дрогу, да није могао предвидети смрт пасивног субјекта као последицу своје радње и сл.)

Иако се могућност оглашавања окривљеног кривим за чињенице које нису биле наведене у оптужном акту неретко правда позивањем на начело истине и дужност суда да утврди исту, питање је да ли се до „истине“ долази ако се другој страни, „лично умешаној у цео случај“ не остави могућност да изнесе своје виђење целе ствари. По-

---

постављеним радњама извршења код злоупотребе овлашћења у привреди из чл. 238 ст. 1 КЗ, под образложењем да „када је законодавац као радњу извршења кривичног дела поставио више алтернативних радњи, па окривљеном оптужницом буде стављена на терет једна од алтернативно постављених радњи, а суд утврди да се ради о другој алтернативно постављеној радњи, није повређен идентитет оптужбе и пресуде када суд окривљеног осуди за другу алтернативно постављену радњу“ (Пресуда Округног суда у Београду Кж. 357/07 од 6.3.2007. и Пресуда Другог општинског суда у Београду К. 1261/02 од 12.9.2006).

ред тога, не сме се губити из вида ни могућност тужиоца да до краја главног претреса измени своју оптужницу у складу са резултатима истог, па се не види ниједан разлог зашто би суд преузимао улогу тужиоца и доводио у питање права одбране, оглашавањем окривљеног кривим за чињенице које нису наведене у оптужном акту.

Сходно томе, иако је тешко поставити „магичну формулу“ за решавање компликованог процесног проблема идентитета оптужбе и пресуде, у решавању овог свакодневног питања пракса се мора руководити са два основна критеријума: најпре се мора имати у виду разлика између чињеничног и правног, а у складу са тим неvezаност не само за правну квалификацију дела дату од стране тужиоца већ и за све друге правне оцене у смислу да ли је реч о покушају или свршеном делу, умишљају или нехату, подстрекавању или помагању и сл. Суд је везан чињеничним описом дела, а његова правна оцена тог чињеничног описа може бити другачија од тужиоцеве, без било какве законске обавезе да буде повољнија по оптуженог. У сфери чињеничног, за разлику од тога, основни руководни принцип праксе треба да буде разлог постојања ове одредбе а то је право окривљеног на одбрану односно оспоравање чињеничних тврдњи које му се стављају на терет. У складу са тим окривљени може бити оглашен кривим како за оне чињенице које је тужилац навео у оптужном акту и успео да докаже на главном претресу, тако и за оне које је одбрана истакла у току поступка, а које се разликују од „тужиоцевог виђења ствари“. Полазна тачка суда је чињенично стање наведено у оптужном акту које се може мењати у складу са резултатима главног претреса, али само уз страначке интервенције у том смеру. Због тога тужилац и има право да до краја главног претреса измени и допуни своју оптужницу, а одбрана са друге стране има право да истиче да се неке чињенице које тужилац наводи уопште нису десиле, да су биле проузроковане неким другим чињеницама које тужилац уопште није истакао или да су се десиле на други начин од онога како наводи тужилац. Свака даља самоиницијативна интервенција суда у „чињенично стање“ и оглашавање окривљеног кривим за чињенице које му уопште нису биле стављене на терет, без обзира што наизглед није „на штету окривљеног“, доводи у питање његово основно право у поступку.

Vanja Bajovic, LL.M

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

## FACTUAL IDENTITY OF CHARGE AND JUDGMENT

### *Summary*

One of the basic principles of modern criminal procedure is that the judgment does not exceed the facts and circumstances described in the charges. In order to adequately prepare for the proceedings, the defendant must be properly informed about factual allegations he or she is accused of. The question that remains unresolved is to what extent is the court limited by the facts and circumstances presented by the prosecutor, and whether it is authorized to depart from them, depending on the result of the trial. For example, if the prosecutor states that the defendant had the intention to sell the drugs, would it be possible for the judge to find that the defendant is guilty not of supplying, but possession of prohibited drugs? This concern in fact represents the focus of this paper. As it presents, in common-law adversarial systems of jury-trial, the problem of identity does not exist, having in mind that the jury is not permitted to give the reasons for their verdict, but only to find the defendant guilty or not guilty in regards of prosecutor's allegations. However, in the systems of trials without jury, the judge is obliged to give reasons for every charge and to explain the facts and circumstances that constitute the elements of the crime that the accused has committed. Thus, it would be possible to check if the defendant was found guilty based on the factual allegations of the charge, or under the facts determined during proceedings. According to the law, the judgment may relate only to the offense which is the subject of the charges while the court is not bound by the prosecutor's legal qualification of the offense. Factual findings established in the judgment do not have to be fully identical to factual allegations from the indictment, but the question is where the border of allowed deviation lies? As the discussion within the paper shows, this is still regarded as an extremely complex issue in court practice, while only a few scholars tried to find definitive, compact answers that could be utilized in a universal manner. The paper analysis presents both the theory of „another“ crime (that allows for factual modification of indictment by the court according to results of the trial, as any deviation is allowed as long as the crime stays within the same (or lighter) legal qualification) and the theory of factual sets (according to which the defendant could be found guilty only on the basis of facts stated in the indictment (all or some of them) – where any factual modification according to result of the trial would not be re-

garded as allowed). Following the comparative overview of the theoretical approaches to this issue, the paper critically examines the practice of Serbian courts and the actual scope of application of the above-mentioned theories, offering a practical “solving-key” for this problem the relies on differentiation between factual and legal categories, special regard of factual issues, as well observance of the issue of identity from a perspective of the right to defense.

Key words: *Identity of charge and judgment. – Theory of another crime. – Theory of factual sets. – Factual setting. – Legal evaluation.*

Др Маја Лукић\*

## АУТОРИТЕТ СУДА ЕУ ИСПРЕД ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ ПРЕСУДА МОХ

*Пресуда Суда Европске уније у спору поводом арбитраже о погону „Мокс“ из 2006. године има вишеструки значај за тумачење и развој права Европске уније. Спор је иницирала Европска комисија захтевом да се утврди да је Ирска, тиме што је започела арбитражни поступак против Уједињеног Краљевства на основу Конвенције УН о праву мора, повредила искључиву надлежност Суда Европске уније за решавање спорова у погледу тумачења права ЕУ, да је спор о праву ЕУ поднела на решавање ненадлежном телу, као и да је прекршила обавезу сарадње. Суд је нашао да чак и само приступање ЕУ ме шовитом споразуму чини материју тог споразума делом права ЕУ. Пресудом је потврђена искључива надлежност Суда Европске уније за све спорове поводом права ЕУ. Дужност лојалне сарадње протумачена је као ограничење права држава чланица да уживају права и врше обавезе која имају по међународном праву. Заједничко дејство ставова изнетих у пресуди доводи до практичног раздвајања правних система држава чланица од права и обавеза које те државе имају по међународном праву, уз учвршћивање улоге институција ЕУ као моћног посредника.*

Кључне речи: *Погон МОХ. Прећутна овлашћења. Спољна уговорна надлежност. Дужност сарадње. Конвенција УН о праву мора.*

Пресуда Суда Европске уније (у даљем тексту: Суд ЕУ, Суд) у поступку Европске комисије против Ирске поводом арбитраже коју је Ирска иницирала против Уједињеног Краљевства због погона „Мокс“ (*MOX Plant*)<sup>1</sup> важна је из више разлога. Најчешће је цитирана због тога што је једна од првих у низу одлука у којима је упадљиво афирмисана аутономија права Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) као разлог искључења права или обавеза држава чланица по међународном

\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *maja.lukic@ius.bg.ac.rs*.

<sup>1</sup> *Commission of the European Communities v. Ireland (Mox Plant)*, C 459/03, [Grand Chamber], [2006] ECR I 4635.

праву.<sup>2</sup> У њој је Суд ЕУ први пут утврдио важно правило за решавање (хоризонталног) сукоба своје надлежности са надлежношћу другог, чисто међународног трибунала.<sup>3</sup> Због тога се пресуда сматра важним елементом реакције права ЕУ на прожимање међународног права судским органима и долази у ред оних због којих многи аутори тврде да се право ЕУ затвара у односу на међународно право, тј. да развој права ЕУ проузрокује фрагментацију међународног права.<sup>4</sup>

Такође, пресуда је важна за тумачење настанка права и обавеза ЕУ и држава чланица поводом подељене надлежности за спољне уговорне односе Уније, као и за тумачење дужности лојалне сарадње између држава чланица ЕУ.<sup>5</sup>

## 1. ЧИЊЕНИЧНИ ОКВИР

### 1.1. Полазне чињенице

До спора је дошло између Републике Ирске и Уједињеног Краљевства поводом погона за прераду горива за нуклеарне електране изграђеног 1996. године у Уједињеном Краљевству, у северозападној

<sup>2</sup> На пример Кристина Екес наводи пресуде у случајевима *Van Parys, Kadi, Mox, Intertanko* и *Commune de Mesquer*. Christina Eckes, „International law as law of the EU: The role of the Court of Justice“, *CLEER Working Papers* 6/2010, 12-16. Међу наведеним, вероватно је у стручној литератури највише писано о пресуди у случају Кади. Вид.: М. Лукић, „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 International Edition* 3/2009, 239-250.

<sup>3</sup> Nikolaos Lavranos, „On the Need to Regulate Competing Jurisdictions between International Courts and Tribunals“, *EUI Working Papers, Max Weber Programme (MWP)* 14/2009, 1-57, 18.

<sup>4</sup> О таквом тумачењу, у вези са пресудом у предмету Кади, вид.: Бранко Ракић, „Фрагментација међународног права и европско право на Западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 122-147; такође, о истовременим, супротстављеним и међусобно условљеним тенденцијама институционализације и фрагментације међународног права, вид.: N. Lavranos, „On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals“, *EUI Working Papers, MWP* 14/2009, 4-9; N. Lavranos, „Concurrent Jurisdiction: European and International“, *European Environmental Law Review*, August/September 2005, 215-216.

<sup>5</sup> Захваљујући њеном вишеструком значају, пресуда Суда ЕУ у спору поводом погона „Мокс“ предмет је анализе многобројних стручних радова, међу којима се истичу: Robin Churchill, Joanne Scott, „The MOX Plant Litigation: The First Half Life“, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 3/2004, 643-676; Paul James Cardwell, Duncun French, „Who Decides? The ECJ’s Judgment on Jurisdiction in the MOX Plant Dispute“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 19, 1/2007, 121-129; Yann Kerbrat, Philippe Maddalon, „Affaire de l’Usine MOX: la CJCE rejette l’arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres“, *Revue trimestrielle de droit européen* 2007, 154; N. Lavranos, „The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings“, *European Energy and Environmental Law Review*, June 2009, 180-184; N. Lavranos, „The Mox Plant and Ijzeren Rijn Disputes: Which Court is the Supreme Arbiter?“, *Leiden Journal of International Law* 19/2006, 223-246.



Енглеској, у оквиру комплекса Селафилд. Течно гориво које је производ поступка прераде у спорном погону носи назив *mixed oxide* гориво, скраћено *MOX* и служи за погон већине савремених нуклеарних реактора. Ирска је од почетка изградње тог погона тврдила да он проузрокује радиоактивно загађење Ирског мора, што представља повреду обавеза из Конвенције УН о праву мора (у даљем тексту: *UNCLOS*). Погон је почео с радом 2001. године.

Први инструмент за решавање спорова коме је Ирска прибегла била је Конвенција о заштити морске средине североисточног Атлантика (у даљем тексту: *OSPAR*). У јуну 2001. године Ирска је упутила Уједињеном Краљевству захтев за формирање арбитражног трибунала, због спора поводом приступа информацијама о економско-пословној оправданости погона.

Ирска је такође искористила и механизме предвиђене *UNCLOS*, тако што је у октобру 2001. године започела арбитражни поступак против Уједињеног Краљевства на основу члана 287 *UNCLOS*, с циљем формирања арбитражног трибунала у складу с Анексом VII *UNCLOS*.<sup>6</sup> Захтев за започињање арбитражног поступка обухватио је и захтев за привремене мере. Будући да Уједињено Краљевство није применило захтеване привремене мере, Ирска је 9. новембра 2001. године тај захтев поднела Међународном трибуналу за право мора (*ITLOS*).<sup>7</sup>

Конвенција о праву мора, сачињена 1982. године под окриљем Уједињених нација, је мешовити споразум – члан 3. Анекса IX предвиђао је да је Европска заједница (у даљем тексту: ЕЗ) могла приступити Конвенцији само уколико је то претходно учинила већина њених чланица.

Полазећи од карактера *UNCLOS* као мешовитог споразума, Европска комисија је у октобру 2003. године тужила Ирску пред Судом ЕУ за повреду обавеза из оснивачких уговора.

<sup>6</sup> Поједина спорна питања била су регулисана и директивама ЕЗ, тако да је Ирска имала на располагању и други пут да се супротстави раду погона да захтева примену прописа којима су те директиве пренете у право Уједињеног Краљевства и да се обрати институцијама ЕУ у случају да такав захтев не уроди плодом. Р. Черчил и Џ. Скот предлажу виђење по коме је Ирска прибегла започињању арбитражног поступка вођена уравнотежењем супротних циљева да на унутрашњем плану покаже своје противљење раду спорног погона, да Уједињеном Краљевству покаже озбиљну намеру да се раду погона супротстави у будућности, али да не искористи најјача правна средства која су јој била на располагању. Други разлог, по истим ауторима, могао је да буде тај што је трибунал био једини форум пред који су сва три спорна питања могла бити изнета процена утицаја на животну средину, сарадња у погледу животне средине и загађење. R. Churchill, J. Scott, „The MOX Plant Litigation: The First Half Life“, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 3/2004, 675 676.

<sup>7</sup> О структури и надлежности тог суда вид.: Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 720.

Иако је Уједињено Краљевство у правном погледу надвладао супротстављање Ирске раду погона, само 10 година након његовог пуштања у рад, у августу 2011. године започет је поступак гашења производње, а потом и растављања самог погона. Разлог је био комерцијалне природе – након катастрофе нуклеарне електране Фукушима у Јапану, изгубљено је 50% тржишта за производе *MOX* погона у Селафилду.<sup>8</sup> На плану међународног права изостала је било каква пресуда у меритуму о томе да ли је одобрењем за рад и радом спорног погона, те ускраћивањем информација у вези са тим, Уједињено Краљевство прекршило обавезе по *UNCLOS*.<sup>9</sup> Као што ће се видети у даљем излагању, спор је пред Судом ЕУ окончан искључиво на основу процесних правила.<sup>10</sup>

## 1.2. Исход поступака пред арбитражама на основу вишестраних међународних уговора о праву мора

Исход поступака које је Ирска иницирала пред међународним арбитражним трибуналима поводом погона *MOX* је различит.

*ITLOS* је нашао да арбитражни трибунал основан у складу с Анексом VII *UNCLOS* има *prima facie* надлежност у погледу тог спора. Одбијен је аргумент Уједињеног Краљевства да *ITLOS* није надлежан будући да основна питања спора потпадају под механизме за решавање спорова *OSPAR*, Уговора о оснивању Европске заједнице (у даљем тексту: УЕЗ) и Уговора о оснивању Европске заједнице за атомску енергију (у даљем тексту: *VEURATOM*).<sup>11</sup>

<sup>8</sup> „Sellafield Mox nuclear fuel plant to close“, *Guardian* 3 August 2011, <http://www.guardian.co.uk/environment/2011/aug/03/sellafield-mox-plant-close>, 4.8.2012.

<sup>9</sup> N. Lavranos, „On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals“, *EUI Working Papers, MWP* 14/2009, 18.

<sup>10</sup> Неки аутори сматрају да је тиме, упркос великим трошковима вођења на ведених поступака важности спорних питања, право Ирске на правду, тј. на мери торни одговор на њену тужбу, остало незадовољено. N. Lavranos, „The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings“, *European Energy and Environmental Law Review*, June 2009, 182.

<sup>11</sup> Наредба од 3. децембра 2001. у предмету број 10 пред Међународним трибуналом за право мора, [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_10/Order.03.12.01.E.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf), 4.8.2012; Став *ITLOS* био је да уколико су једној држави права и обавезе на основу различитих уговорних режима права и обавезе прописани на сличан или чак идентичан начин, права и обавезе по сваком од тих уговорних режима понаособ постоје и важе независно једни од других и могу довести до различитих исхода. На тај начин је *ITLOS* оправдао заснивање сопствене надлежности и поред истовременог поступка у истом спору пред трибуналом по Конвенцији *OSPAR*. К. Меклахлан је издвојио поступање међународних трибунала у спору поводом погона *MOX* као карактеристичне за савремене проблеме у погледу тумачења напоредних међународних уговорних режима и примене члана 31(3) (Ц) Бечке конвенције. Campbell McLachlan, „The Principle of Systemic Integration

Арбитражни трибунал у складу са Анексом VII *UNCLOS* је основан у фебруару 2002. године. Ирска је захтевала затварање спорног погона због ризика испуштања штетних материја у море.<sup>12</sup> Уједињено Краљевство је оспорило надлежност трибунала позивајући се на право Европских заједница.<sup>13</sup> Након што је Ирска обавестила трибунал да су комесари Европске заједнице у октобру 2003. покренули поступак против те државе по основу наведеног кршења права Европске заједнице почињеног покретањем спора пред истим арбитражним трибуналом, трибунал је у новембру 2003. године поступак обуставио до одлуке Суда ЕУ.<sup>14</sup> Поступак је коначно обустављен у јуну 2008. године, након што је Ирска тужбу повукла.<sup>15</sup>

*OSPAR* трибунал је одбио тужбу Ирске, нашавши да Уједињено Краљевство није повредило обавезе из члана 9. *OSPAR*.<sup>16</sup>

and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2/2005, 299-301. Вид. такође: D. French, „Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules“, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2/2006, 300-307. На тај начин, *ITLOS* није усвојио предлог Ирске у погледу привремених мера, већ је искористио овлашћења која има да наложи мере које је сам сматрао целисходним. Chester Brown, „Provisional Measures before the ITLOS: The MOX Plant Case“, *Int'l J. Marine & Coastal L.* 17/2002, 267. Вид. такође: P. Chandrasekhara Rao, „ITLOS: First Six Years“, *Max Planck UNYB* 6/2002, 269-270.

<sup>12</sup> Поднесак [Memorial] Ирске у предмету Ирска против Уједињеног Краљевства, део I, од 26. јуна 2002. год. <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20Memorial%20Part%20I.pdf>, 4.8.2012.

<sup>13</sup> Противподнесак Уједињеног Краљевства [Counter Memorial] у предмету Ирска против Уједињеног Краљевства, од 9. јануара 2003, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20Counter%20Memorial.pdf>

<sup>14</sup> Наредба бр. 4 арбитражног трибунала основаног сагласно члану 287 и члану 1 Анекса VII *UNCLOS* за решавање спора у вези са погоном *MOX*, међународним транспортом радиоактивног материјала и заштитом морске средине Ирског мора, од 14. новембра 2003, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/MOX%20Order%20No4.pdf>, 4.8.2012; о отвореним питањима координације међународних судских инстанци говоре мишљења појединих аутора да трибунал основан сагласно Анексу VII *UNCLOS* није требало да обустави поступак због тога што је Европска комисија тужила Ирску пред Судом ЕУ, будући да се није радило о истом спору стране у спору нису биле исте, нити су обавезе чије наводне повреде су биле предмет спора имале исти основ (*UNCLOS* насупрот европским оснивачким уговорима). Cesare P. R. Romano, „Commission of the European Communities v. Ireland. Case C 459/03. Judgment“, *The American Journal of International Law*, Vol. 101, 1/2007, 178.

<sup>15</sup> Саопштење за јавност: Арбитражни трибунал у ствари погона *MOX* издао Наредбу бр. 6 којом је поступак окончан [Press Release: *MOX* Plant Arbitral Tribunal Issues Order No. 6 Terminating Proceedings], 6. јуни 2008. године, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/MOX%20Plant%20Press%20Release%20Order%20No.%206.pdf>, 4.8.2012.

<sup>16</sup> Коначна пресуда у спору поводом приступа информацијама на основу члана 9 *OSPAR* конвенције, Ирска против Уједињеног Краљевства, 2. јули 2003, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/OSPAR%20Award.pdf>, 4.8.2012. У литератури се истиче да је за праксу међународних трибунала ова одлука важна како због уског тумачења

## 2. ИЗРЕКА И ИЗНЕТИ АРГУМЕНТИ

### 2.1. Изрека

Европска комисија је пред Судом ЕУ оптужила Ирску за три повреде оснивачких уговора:

- да је започињањем арбитражног поступка повредила искључиву надлежност Суда ЕУ за решавање спорова у вези са тумачењем и применом комунитарног права, која проистиче из члана 292 Уговора о оснивању Европске заједнице (УЕЗ);
- да се Ирска у предметном поступку пред међународним арбитражним трибуналом позвала на неколико инструмената права ЕЗ, донетих на основу УЕЗ и УЕУРАТОМ, и да је на тај начин спор о тумачењу и примени тих уговора поднела на решавање ненадлежном телу, повредивши члан 292 УЕЗ, односно члан 193. УЕУРАТОМ;
- да је Ирска повредила обавезу сарадње из члана 10 УЕЗ тако што се упустила у поступак решавања спора на основу *UNCLOS*, чиме је сама преузела вршење надлежности која припада ЕЗ, као и да је таквим једностраним поступањем, уз пропуштање да претходно обавести надлежне органе ЕЗ, повредила обавезу сарадње, предвиђену како чланом 10. УЕЗ, тако и чланом 192. УЕУРАТОМ.<sup>17</sup>

Суд је утврдио да су прва и друга тачка, као и други део треће тачке оптужног захтева основани. У вези са првим делом треће тачке, Суд је нашао да је непотребно утврђивати повреду обавезе сарадње из чл. 10 УЕЗ насталу истим поступањем Ирске за које је већ утврђено да је представљало повреду обавезе из чл. 292 УЕЗ, будући да обавеза из чл. 292 има карактер посебне у односу на обавезу из чл. 10 УЕЗ.<sup>18</sup>

---

чл. 9 ст. 2 ОСПАР конвенције који се односи на приступ информацијама, тако и због уског тумачења повезаности ОСПАР конвенције са другим инструментима међународног права у области заштите животне средине. Вид. нпр.: Angela Cassar, „Introductory Note to OSPAR/UNCLOS: Mox Plant Award and Order“, *International Legal Materials*, Vol. 42, 5/2003, 1116 1117; Ted L. McDorman, „Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom)“, *The American Journal of International Law*, Vol. 98, 2/2004, 330 339.

<sup>17</sup> *Commission of the European Communities v. Ireland (Mox Plant)*, C 459/03, [Grand Chamber],[2006] ECR I 4635, пар. 59.

<sup>18</sup> *Ibid*, пар. 139, 157, 171, 182.

## 2.2. Аргументи страна у спору и образложење пресуде

У првој тачки оптужног захтева Комисија је тврдила да је Ирска започињањем међународне арбитраже повредила искључиву надлежност Суда ЕУ прописану тадашњим чл. 292 УЕЗ (данас члан 344 УФЕУ). Ова тврдња је надаље била заснована на чињеници да је *UNCLOS* по својој природи мешовити споразум, те да зато њене одредбе попадају под надлежност за спољне односе ЕЗ сагласно тадашњем члану 175 УЕЗ (данас чл. 192 УФЕУ). Посебно је прецизирано да је на основу одлуке 98/392/ЕС Европска заједница приступила *UNCLOS* и да је том приликом дала изјаву о надлежностима у којој је утврђено у односу на које делове *UNCLOS* Заједница својим приступањем врши искључиву надлежност, као и у односу на које делове *UNCLOS* Заједница својим приступањем врши надлежност коју дели са државама чланицама. Предмет спора односи се скоро у целини на део *UNCLOS* (Део XII) у односу на који Заједница врши подељену надлежност. Комисија се зато позвала на праксу Суда према којој је Суд надлежан да тумачи и оне одредбе мешовитих споразума у односу на које Заједница врши подељену надлежност, а не само одредбе чија материја спада у искључиву надлежност Заједнице. Такође, Комисија је утврдила да су сва питања изнета пред арбитражни трибунал у највећој мери регулисана и унутрашњим правом ЕЗ.<sup>19</sup>

У погледу прве тачке, Ирска се бранила тврдњом да није пренела надлежност, у смислу чл. 4 ст. 3 Анекса IX *UNCLOS*, на ЕЗ у погледу материје на коју се односе одредбе *UNCLOS* на чију се повреду та држава пред арбитражним трибуналом позвала. Ирска је тврдила да одредбе једног мешовитог споразума које регулишу надлежност коју Заједница дели са државама чланицама постају саставни део права Заједнице искључиво уколико те одредбе на одређени начин утичу на одредбе права Заједнице. Ирска је предложила виђење по коме одредбе права Заједнице у области заштите животне средине представљају само минималне стандарде, на које *UNCLOS* не може утицати будући да прописује много разрађеније и теже обавезе.<sup>20</sup> Ирска се, дакле, изричито позвала на садржину Изјаве о надлежности ЕЗ приликом приступања *UNCLOS* као аргумент да на ЕЗ није пренета надлежност у области заштите морске средине. Такође, будући да ЕЗ углавном није донела акте секундарног права у области

<sup>19</sup> *Ibid*, пар. 62 64.

<sup>20</sup> Аргумент је изведен из параграфа 2, тачке 2 Изјаве о надлежности ЕЗ дате приликом приступања *UNCLOS*, у коме се, узмеђу осталог, каже: „Када правила Заједнице постоје, али се на њих не утиче [правилима *UNCLOS*, прим. М. Л.] и посебно када правила Заједнице успостављају само минималне стандарде, државе чланице имају право да поступају у тој материји, чиме се не искључује и надлежност Заједнице [у односу на исту материју, прим. М. Л.] ...“

на коју се односи *UNCLOS*, може се закључити да *UNCLOS* ни на који начин не мења право ЕЗ, тј. да је ЕЗ у односу на ту конвенцију остала обавезана само у области својих искључивих надлежности.<sup>21</sup> Примена начела из ст. 17 пресуде у предмету *AETR (ERTA)* доводи до закључка да у предметној материји не постоји искључива надлежност Заједнице.<sup>22</sup> Влада Краљевине Шведске је овај аргумент подржала. Влада Уједињеног Краљевства, пак, подржала је став Комисије, позвавши се такође на начела утврђена у пресуди *AETR*, и то у пар.15–17.<sup>23</sup>

Поступајуће Велико веће пошло је од устаљеног става Суда да мешовити споразуми имају исти положај у оквиру права Заједнице као и споразуми унутар Заједнице, у мери у којој њихове одредбе потпадају под надлежности Заједнице.<sup>24</sup> У том смислу, Велико веће је даље закључило да одредбе *UNCLOS* на које се позвала Ирска у спору пред арбитражним трибуналом заиста потпадају под подељену надлежност Заједнице, пре свега на основу чл. 175 ст. 1 УЕЗ. Потом је закључено да постојање надлежности за спољне уговорне односе Заједнице у погледу заштите морске средине не зависи од тога да ли су донети прописи секундарног права ЕЗ о истим питањима, што је критеријум садржан у пар. 17 пресуде *AETR*. Тумачећи Изјаву о надлежности, коју је ЕЗ дала приликом приступања *UNCLOS*, Суд је закључио да је том конвенцијом предвиђен прелаз надлежности са држава чланица на ЕЗ и у областима подељене надлежности у свим случајевима у којима постоје правила у оквиру права ЕЗ, без обзира да ли сама Конвенција на та правила утиче, што значи да је прелаз надлежности са држава чланица на Заједницу у вези са Конвенцијом шири у односу на ситуацију када постоји надлежност Заједнице за

<sup>21</sup> *Commission of the European Communities v. Ireland (Mox Plant)*, C 459/03, [Grand Chamber], [2006] ECR I 4635, пар. 66 74, 100.

<sup>22</sup> „Посебно, сваки пут када Заједница, у циљу примене заједничке политике предвиђене оснивачким уговором, усвоји прописе са заједничким правилима, без обзира у ком облику, државе чланице више немају право да било појединачно или заједнички преузимају обавезе према трећим државама које би могле утицати на таква заједничка правила.“ Пресуда у предмету *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities (AETR/ERTA)*, C 22/70 [1971] ECR 263, пар. 17.

<sup>23</sup> *Commission of the European Communities v. Ireland (Mox Plant)*, C 459/03, [Grand Chamber], [2006] ECR I 4635, пар. 75 79.

<sup>24</sup> Правобранилац Пуареш Мадуро посебно наглашава важност квалификације да се мешовити споразуми изједначавају по дејству са споразумима закљученим унутар Заједнице у мери у којој њихове одредбе потпадају под надлежност Заједнице, као и њену устаљеност у дотадашњој пракси Суда (*Commission v. France* C 239/03 [2004] ECR I 9325 пар. 25, *Commission v. Ireland (EEA)* C 13/00 [2002] ECR 2943 пар. 14 и *Demirel v. Stadt Schwabisch Gmundt* (12/86) [1987] ECR 3719, пар. 9). Мишљење правобраниоца П. Мадуре у предмету *Commission of the European Communities v. Ireland (Mox Plant)*, од 18. јануара 2006, пар. 21.

спољне уговорне односе према правилу из пар. 17 пресуде *AETR* (тј. када је услов да обавезе из међународног уговора утичу на обавезе по праву Заједнице). Такође је утврђено да је у оквиру права ЕЗ спорна материја регулисана Директивом 85/337<sup>25</sup> и Директивом 93/75,<sup>26</sup> као и Директивом Савета 90/313/ ЕЕС.<sup>27</sup> Због тога је Суд заузео став да се Заједница определила да надлежност коју дели са државама чланицама врши самим својим приступањем *UNCLOS* и да је тиме обавезе које је преузела у области подељене надлежности учинила саставним делом права Заједнице.<sup>28</sup> Суд је окончао анализу закључком да постоји искључива надлежност Суда у односу на спор који је Ирска започела, с обзиром на то да се ради о спору у вези са тумачењем и применом одредаба *UNCLOS* које су постале саставни део права Заједнице, што даље значи да се ради о спору поводом тумачења и примене оснивачког уговора, сагласно чл. 292 УЕЗ (данас чл. 344 УФЕУ).<sup>29</sup> Суду је било важно да утврди да у Изјави о надлежности не постоји основ да се негира став да је приступањем *UNCLOS* Заједница вршила овлашћење из области подељених надлежности.

Суд је нагласио да аутономију права ЕЗ посебно чува начело да се ниједним међународним споразумом не може мењати распоред одговорности одређен оснивачким уговорима Заједнице.<sup>30</sup> Ово начело један је од два основа за одбијање Суда да усвоји алтернативни аргумент Ирске – наиме да чак иако Суд утврди да *UNCLOS* представља саставни део права Заједнице, тај закључак би обухватио и одредбе те конвенције о решавању спорова. Суд је цитирао то начело као основ немогућности да *UNCLOS* утиче на надлежност Суда утврђену оснивачким уговором. Други, конкретнији основ за одбијање наведе-

<sup>25</sup> Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment.

<sup>26</sup> Council Directive 93/75/EEC of 13 September 1993 concerning minimum requirements for vessels bound for or leaving Community ports and carrying dangerous or polluting goods.

<sup>27</sup> Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment.

<sup>28</sup> Тумачење по коме је Заједница самим својим приступањем мешовитом споразуму који се односи не само на искључиву надлежност Заједнице, већ и на област у односу на коју Заједница дели надлежност са државама чланицама, Заједница извршила такву своју подељену надлежност и тиме проузроковала да обавезе по да том мешовитом споразуму постану саставни део права Заједнице, те тако засновала искључиву надлежност Суда ЕУ, у пресуди је презето из мишљења правобраниоца Мадуре. Мадуро је на исти начин тумачио пар. 27 пресуде у предмету *Commission v. France* C 239/03 [2004] ECR I 9325, *ibid*, пар. 33.

<sup>29</sup> *Commission of the European Communities v. Ireland (Mox Plant)*, C 459/03, [Grand Chamber],[2006] ECR I 4635, пар. 84 129.

<sup>30</sup> *Ibid*, пар. 123, 124.

ног алтернативног аргумента јесте члан 282 *UNCLOS*, у коме је Суд препознао механизам за избегавање ситуације у којој би одредбе о решавању спорова у тој конвенцији дошле у сукоб са надлежношћу Суда.<sup>31</sup>

Као што је већ наведено, друга тачка оптужног захтева односила се на наводно кршење искључиве надлежности Суда прописане чл. 292 УЕЗ и чл. 193 УЕУРАТОМ, које је Ирска починила позивајући се пред арбитражним трибуналом на повреду конкретних секундарних прописа ЕЗ од стране Уједињеног Краљевства.<sup>32</sup> Ирска се бранила тврдњом да је предметне прописе ЕЗ навела у поступку пред арбитражним трибуналом „само ради олакшавања тумачења једног броја појмова Конвенције, показивањем како су ти појмови схваћени у пракси других судова и трибунала.“<sup>33</sup> Суд је закључио да се није радило о позивању на акте ЕЗ са циљем разјашњења појмова, већ ради навођења конкретних аката у којима су садржане обавезе које је Уједињено Краљевство наводно прекршило и које је Ирска у поступку пред арбитражним трибуналом као такве навела у складу са чл. 293 ст. 1 *UNCLOS*.<sup>34</sup>

Суд је у вези с овом тачком посебно нагласио да је у конкретном случају обраћање Ирске арбитражном трибуналу довело до „очигледног ризика за поредак надлежности утврђен оснивачким уговорима, што би могло проузроковати негативан утицај на аутономију правног система Заједнице.“<sup>35</sup>

У трећој тачки оптужног захтева је наведено да је Ирска обраћањем арбитражном трибуналу прекршила обавезу сарадње прописану чл. 10 УЕЗ (данас чл. 4 ст. 3 УЕУ) и посебно да је истим поступањем Ирска прекршила обавезу сарадње из чл. 10 УЕЗ, као и из чл. 192 УЕУРАТОМ, будући да није претходно обавестила надлежне институције Заједнице о спору, нити се са њима посавetoвала. Суд је констатовао да се први део ове тачке односи на исте чињенице, као и прва тачка захтева и да је зато сувишно утврђивати повреду чл. 10 УЕЗ кад је већ утврђена повреда одређеније обавезе из

<sup>31</sup> *UNCLOS* чл. 282 „Обавезе по општим, регионалним и двостраним спора зумима“ гласи: „Уколико су се државе потписнице [*UNCLOS*, прим. М. Л.], које су истовремено стране у спору о тумачењу или примени ове конвенције, сагласиле да ће спор, на захтев било које стране у њему, бити упућен у поступак решавања који ће се окончати обавезујућом одлуком, тај поступак ће се примењивати уместо по ступака предвиђених овим делом Конвенције [*UNCLOS*, прим. М. Л.], осим уколико се стране другачије не договоре.“

<sup>32</sup> Радило се о директивама 85/337 и 90/313 донетим на основу УЕЗ, као и о директивама 80/306/Euratom, 92/3/Euratom и 96/29/Euratom.

<sup>33</sup> *Commission of the European Communities v. Ireland (Mox Plant)*, C 459/03, [Grand Chamber],[2006] ECR I 4635, пар. 144, 145.

<sup>34</sup> *Ibid*, пар. 146 153.

<sup>35</sup> *Ibid*, пар. 154.



чл. 292 УЕЗ. У погледу другог дела ове тачке Суд је нашао да је пропуст информисања институција Заједнице, као и саветовања са њима о спору, различит од подношења спора на решавање међународном арбитражном трибуналу, те да је стога и тај део оптужног захтева основан.<sup>36</sup>

### 3. НАЈВАЖНИЈИ АСПЕКТИ ИЗРЕКЕ

#### 3.1. Примат ЕУ у односу на државе чланице на плану међународног уговорног права

За пуно разумевање пресуде у случају *МОХ* важно је учење о првенству које органи ЕУ имају у односу на државе чланице на плану међународног уговорног права. Наиме, управо је надлежност органа Заједнице за закључивање међународних уговора била разлог настанка доктрине имплицитних (прећутних, подразумеваних) овлашћења (*implied powers*) у пракси Суда током 1970-тих година. То се десило пре свега у пресуди у предмету *AETR (ERTA)*.<sup>37</sup> Одредбу Уговора о оснивању Европске економске заједнице којом је Заједници признат правни субјективитет, Суд је наиме протумачио тако да је Заједница овлашћена да ступа у међународне уговоре ради спровођења циљева Уговора о Европској економској заједници. Као могуће основе тог овлашћења Суд је означио како:

„друге одредбе уговора (дакле оне које то овлашћење не предвиђају изричито), као и мере које, у оквиру таквих одредаба, органи Заједнице донесу“.<sup>38</sup>

Такође, друго веома важно правило изнето у тој пресуди је следеће:

<sup>36</sup> *Ibid*, пар. 158 183.

<sup>37</sup> *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities (AETR/ERTA)*, C 22/70 [1971] ECR 263.

<sup>38</sup> *Ibid*, пар. 16; листи могућих извора имплицитних овлашћења додата је и „укупна поставка уговора“ (*whole scheme of the Treaty*) у пресуди у предмету *Крамер*. *Joined Cases 3, 4 and 6/76 Cornelis Kramer and others* [1976] ECR 1279. Такође, важно је приметити да је овакво учење Суда одвело ка веома широкој примени имплицитних овлашћења тако што су неке од начелних одредаба оснивачких уговора узима не као основ за подразумевање одређених овлашћења, нпр. чл. 352 УФЕУ (раније 308. Уговора о оснивању Европске заједнице), који омогућава усвајање мера неопходних за постизање циљева одређених оснивачким уговорима, у оквиру неке од заједничких политика. Antonis Antoniadis, „The EU’s implied exclusive competence to conclude international agreements after the Reform Treaty: Reformed enough?“, Paper for presentation at the EUCE conference, 6 8, [http://euce.dal.ca/Files/Antonis\\_Antoniadis\\_paper\\_May\\_2008.pdf](http://euce.dal.ca/Files/Antonis_Antoniadis_paper_May_2008.pdf), 4.8.2012.

„Сваки пут кад Заједница, у циљу примене неке заједничке политике предвиђене оснивачким уговором, усвоји прописе којима се успостављају заједничка правила, без обзира у ком облику су та правила, државе чланице више немају право да, поступајући било појединачано или заједно, преузму обавезе према трећим државама које би могле утицати на поменута правила...

У погледу примене одредаба Уговора, систем мера Заједнице на унутрашњем плану не може бити раздвојен од система мера у спољним односима.<sup>39</sup>

На тај начин су настали овлашћење тадашње Заједнице да улази у уговорне односе, као и право Заједнице да у одређеним случајевима поступа на плану међународног уговорног права и својим поступањем искључи државе чланице из поступања у истој ствари.<sup>40</sup> Скраћено одређење овог става у теорији је прећутна надлежност у погледу спољних уговорних односа на основу изричитих надлежности на унутрашњем плану, тј. паралелизам надлежности Заједнице *in foro interno / in foro externo*.<sup>41</sup> Има мишљења да је Суд управо овом пресудом заокружио стварање пуне политичке заједнице тиме што је искључиву спољну уговорну надлежност засновао на поступању ЕЕЗ на унутрашњем плану, уместо на изричитим одредбама оснивачких уговора као непосредном изразу воље држава чланица.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities* (AETR/ERTA), C 22/70 [1971] ECR 263, пар. 17, 19.

<sup>40</sup> П. Екхут предлаже да би порекло става израженог у овој пресуди треба ло тражити у правилу да доношење правила на нивоу Заједнице у одређеној области искључује могућност да државе чланице даље доносе правила у истој области. Такође предлаже умеренији став о намерама Суда у вези са том пресудом, будући да би другачија изрека значила веома уско тумачење поверених овлашћења и занемаривање чињенице да су чињенична питања на која се односила пресуда спадала у надлежност Заједнице. Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union – Legal and Constitutional Foundations*, Oxford University Press, New York 2004, 58–64, 100.

<sup>41</sup> Дискусију о томе да ли се ради о паралелизму или комплементарности вид. код: А. Antoniadis, „The EU’s implied exclusive competence to conclude international agreements after the Reform Treaty: Reformed enough?“, Paper for presentation at the EUCE conference, 6–8, [http://euce.dal.ca/Files/Antonis\\_Antoniadis\\_paper\\_May\\_2008.pdf](http://euce.dal.ca/Files/Antonis_Antoniadis_paper_May_2008.pdf), 4.8.2012.

<sup>42</sup> Robert Post, „Constructing the European Polity: ERTA and the *Open Skies* Judgments“, *The Past and the Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*“ (eds. Póiares Pessoa Maduro, Luis Miguel, Loïc Azoulay), Hart Publishing, Oxford 2010, 243. На исти начин П. Екхут учење о прећутним овлашћењима сматра „кључном компонентом европске уставности“. Р. Eeckhout, *External Relations of the European Union – Legal and Constitutional Foundations*, Oxford University Press, New York 2004, 96.

Пресуде у серији случајева под заједничким називом *Open Skies* битне су јер је њима утврђено да се доктрина из пресуде *AETR* не односи само на уговоре са трећим државама који могу угрозити важење или примену права ЕУ, већ и на међународне уговоре који се односе на лица из држава нечланица, а који могу утицати на важење или примену права ЕУ.<sup>43</sup>

Према основу, прећутна овлашћења у погледу спољних уговорних односа се у стручној литератури најчешће деле на две групе.<sup>44</sup> Прву групу чине овлашћења која за основ имају правила донета на нивоу Заједнице/Уније и најважније упориште те групе овлашћења у судској пракси је пресуда *AETR*. Другу групу чине прећутна овлашћења заснована на дефинисаном циљу (*effet utile*),<sup>45</sup> како је то формулисано у једном мишљењу Суда:

„Кад год је право Заједнице створило у корист установа Заједнице овлашћења у оквиру унутрашњег поретка за постизање тачно одређених циљева, Заједница је овлашћена да преузме обавезе на међународном плану неопходне за постизање тих циљева, чак и у одсуству изричите одредбе о таквом овлашћењу.“<sup>46</sup>

М. Кремона истиче суштинску разлику између ова два алтернативна основа прећутних овлашћења – док је у првом случају садржина правила донетих на нивоу Заједнице/Уније битна само за одређење да ли се ради о искључивој надлежности или не, док се постојање надлежности у сваком случају подразумева, заснивање прећутних овлашћења на одређеном циљу права Заједнице/Уније захтева пажљиву анализу правила на којима би се тај циљ заснивао.<sup>47</sup> Важно је имати у виду да доктрина прећутних овлашћења, у свом развоју од *AETR* до *Open Skies* пресуда, није значила и сагласност

<sup>43</sup> *Open Skies* пресуде: *Commission v. United Kingdom* C 466/98 [2002] ECR I 9427, *Commission v. Denmark* C 467/98 [2002] ECR I 9519, *Commission v. Sweden* C 468/98 [2002] ECR I 9575, *Commission v. Luxembourg* C 472/98 [2002] ECR I 9741, *Commission v. Austria* C 475/98 [2002] ECR I 9767, *Commission v. Germany* C 476/98 [2002] ECR I 9855.

<sup>44</sup> Marise Cremona, „Defining Competence in EU External Relations“, *Law and Practice of EU External Relations – Salient Features of a Changing Landscape* (eds. Alain Dashwood, Marc Maresceau), Cambridge University Press, Cambridge 2008, 51.

<sup>45</sup> M. Cremona, „External Relations and External Competence of the European Union: The Emergence of an Integrated Policy“, *The Evolution of the EU Law*, (eds. Paul Craig, Grainne de Burca), Oxford University Press, Oxford – New York 2011, 220.

<sup>46</sup> Opinion 1/03 (О конвенцији из Лугана) [2006] ECR I 1145, пар. 114 115.

<sup>47</sup> M. Cremona, „Defining Competence in EU External Relations“, *Law and Practice of EU External Relations – Salient Features of a Changing Landscape* (eds. A. Dashwood, M. Maresceau), Cambridge University Press, Cambridge 2008, 51 52.

Суда за ширење овлашћења ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ у погледу материје, већ су се наведена овлашћења искључиво на области у којима су овлашћења била поверена ЕЕЗ/ЕЗ/ЕЗ.<sup>48</sup>

Учење о прећутној искључивој надлежности ЕУ на плану међународног уговорног права кодификовано је у чл. 3 ст. 2 УФЕУ:

„Унија ће такође имати искључиву надлежност за закључење међународног споразума уколико је такво закључење предвиђено у законодавном акту Уније или је неопходно ради вршења унутрашњих надлежности Уније, или уколико оно може утицати на заједничка правила или променити њихов обухват.“<sup>49</sup>

Пажљивим читањем је очигледно да је у стилизацији наведеног члана дошло до грешке. Било би таутолошки тврдити да могући утицај закључења међународног споразума од стране Уније на заједничка правила или на промену обухвата тих правила представља основ да Унија закључи исти споразум. Кодификација начела из прецуде *AETR* гласила би тако да закључење неког међународног споразума од стране других лица (претпостављено држава-чланица), уколико може утицати на заједничка правила или променити њихов обухват, представља основ овлашћења Уније да исти међународни споразум и сама закључи.

Поједини аутори наводе описану логичку грешку као један од аргумената зашто је пракса Суда ЕУ из времена пре Уговора из Лисабона и данас важна за тумачење права ЕУ у погледу надлежности за спољне односе.<sup>50</sup>

Други део кодификације дотадашње праксе Суда ЕУ у погледу надлежности Уније у спољним односима извршен је у чл. 216 ст. 1 УФЕУ.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> P. Eeckhout, *External Relations of the European Union – Legal and Constitutional Foundations*, Oxford University Press, New York 2004, 96–97.

<sup>49</sup> „The Union shall also have exclusive competence for the conclusion of an international agreement when its conclusion is provided for in a legislative act of the Union or is necessary to enable the Union to exercise its internal competence, or in so far as its conclusion may affect common rules or alter their scope.“

<sup>50</sup> Marcus Klamert, „New conferral or old confusion? The perils of making implied competences explicit and the example of external competence for environmental policy“, *CLEER Working Papers* 6/2011, 9, 26.

<sup>51</sup> „The Union may conclude an agreement with one or more third countries or international organisations where the Treaties so provide or where the conclusion of an agreement is necessary in order to achieve, within the framework of the Union's policies, one of the objectives referred to in the Treaties, or is provided for in a legally binding Union act or is likely to affect common rules or alter their scope.“

У стручној литератури се наглашава да су у чл. 216 ст. 1 УФЕУ наведени основи овлашћења Уније да закључи међународни споразум, али без прецизирања да ли се ради о искључивој или подељеној надлежности за такво поступање, односно да та одредба непотребно уноси забуну између чињенице постојања надлежности и питања да ли се ради о искључивој надлежности.<sup>52</sup>

Правила о надлежности Заједница у погледу спољних уговорних односа (*external competence*) пресуда у случају *MOX* обогаћује правилом о тумачењу одређених изричитих овлашћења Заједнице у погледу спољних уговорних односа. Наиме, кључна чињеница, утврђена као предуслов за донету изреку, је квалификација природе одредаба *UNCLOS* на чију се повреду Ирска позвала пред међународном арбитражом. Кључно спорно питање је да ли су те одредбе, будући да су се налазиле у пољу подељене надлежности између ЕУ и држава чланица, могле да буду сматране делом права ЕУ. У одговору на то питање Суд се није ослонио на одредбу *UNCLOS* о преносу надлежности унутар међународних организација и одговарајућу Изјаву о надлежности ЕЗ прикључену *UNCLOS*, у којима није стајало да су државе чланице у областима подељених надлежности пренеле своје надлежности на ЕЗ. Суд се ослонио на свој ранији став да је самим закључењем мешовитог споразума ЕЗ вршила своја овлашћења у области подељених надлежности и тиме одредбе тог мешовитог споразума у односу на које су надлежности подељене учинила саставним делом права ЕЗ.<sup>53</sup> Суд је усвојио мишљење правобраниоца према коме за описано дејство приступања ЕЗ међународном споразуму није потребно да је ЕЗ следствено донела и одговарајуће унутрашње акте.<sup>54</sup>

Случај *MOX* је важан за тумачење права ЕУ у погледу надлежности за спољне уговорне односе Уније и зато што представља пример како је Суд без посебне анализе утврдио да чл. 175 УЕЗ (данас члан 192 УФЕУ) садржи правила о подељеној надлежности између Заједнице и држава чланица за спољне уговорне односе у материји заштите животне средине. У стручној литератури постоји неслагање да ли се ради о прећутној или изричитој подељеној надлежности.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> M. Klamert, „New conferral or old confusion? The perils of making implied competences explicit and the example of external competence for environmental policy“, *CLEER Working Papers* 6/2011, 9. М. Cremona, „Defining Competence in EU External Relations“, *Law and Practice of EU External Relations – Salient Features of a Changing Landscape* (eds. A. Dashwood, M. Maresceau), Cambridge University Press, Cambridge 2008, 34-69, 58.

<sup>53</sup> Детаљно о значају мешовитих споразума за право ЕУ вид.: М. Лукић, „Мешовити споразуми и развој спољних односа Европске уније – да ли оруђе раста може прерасти само себе?“ *Право и привреда*, 4-6/2011, 519-532.

<sup>54</sup> Мишљење правобраниоца П. Мадуре у предмету *Commission of the European Communities v. Ireland*, С 459/03 од 18. јануара 2006, пар. 33.

<sup>55</sup> М. Кламерт заступа тезу да се ради о прећутној подељеној надлежности и посебно истиче да је таква прећутна надлежност опстала и након ступања на снагу

### 3.2. Искључива надлежност Суда ЕУ за спорове поводом оснивачких уговора

Предмет *MOX* је први у коме је Суд ЕУ одлучивао о наводној повреди члана 292 УЕЗ, односно њему једнаког по садржини чл. 193 УЕУРАТОМ.<sup>56</sup>

Иако се у том члану изричито помиње „спор о тумачењу или примени оснивачких уговора“, у њему садржана одредба која прописује искључиву надлежност Суда ЕУ тумачи се тако да обухвата све спорове о тумачењу или примени права ЕЗ/ЕУ у целини.

Н. Лавранос сумарно приказује надлежност Суда ЕУ за спорове поводом међународних уговора тако да она обухвата спорове поводом уговора: закључених на основу изричите надлежности ЕЗ/ЕУ, затим поводом уговора закључених на основу надлежности ЕЗ/ЕУ на унутрашњем плану (која је до Лисабонског уговора била прећутна, а од ступања на снагу Лисабонског уговора у највећој мери изричита) и поводом мешовитих споразума, као и појединих међународних уговора закључених само од стране држава чланица.<sup>57</sup>

Широко одређење искључиве надлежности Суда у пресуди *MOX* је непосредно ослоњено на схватање о проширеном обухвату права Заједнице/Уније – у које, према ставу у пресуди, спадају и обавезе које је Заједница преузела међународним уговором у области у односу на коју надлежност дели са државама чланицама, без обзира да ли је такве обавезе преточила у унутрашње право Заједнице или не.

М. Кремона је предложила виђење према коме би пресуда у случају *MOX* била разумљивија да је *UNCLOS* садржала тзв. *disconnection clause* (одредбу о раздвајању), какву садрже уговори Светске трговинске организације (СТО) и којом се обавезе по датом међународном уговору искључују у односу на одређену ужу групу држава-потписница. Иста ауторка наглашава да се такве одредбе односе пре свега на материјално право садржано у међународним уговорима, док се у предметној пресуди ради о искључивању меха-

---

гу Лисабонског уговора. М. Klamert, „New conferral or old confusion? The perils of making implied competences explicit and the example of external competence for environmental policy“, *CLEER Working Papers* 6/2011, 24–26.

<sup>56</sup> Мишљење правобраниоца П. Мадуре у предмету *Commission of the European Communities v. Ireland*, С 459/03, од 18. јануара 2006, пар. 1.

<sup>57</sup> Последња наведена категорија има само историјски значај, будући да је Н. Лавранос у тој категорији имао у виду уговоре у оквиру ГАТТ а из 1947. године, као и Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: *ECHR*). Европске заједнице су приступиле ГАТТ у 1995. године, док је приступање Европске уније *ECHR* у току. N. Lavranos, „On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals“, *EUI Working Papers, MWP* 14/2009, 9–11.

низма за решавање спорова предвиђеног у међународном уговору за одређену ужу групу држава-потписница тог уговора.<sup>58</sup>

Спорови по правилу обухватају низове правних питања, тако да се може десити да само нека од њих потпадају под надлежност Суда. Правобранилац Мадуро у мишљењу датом у предметном поступку нагласио је да чак ако и „само једно или мали број спорних питања потпадају под надлежност Суда“, такав се спор не може решавати на начин који није предвиђен оснивачким уговорима Заједнице, тј. да не постоји „праг“ висине удела који питања која спадају у надлежност Суда морају достићи да би неки спор био сматран неподобним да се решава било како другачије него на начин предвиђен оснивачким уговорима, односно пред Судом.<sup>59</sup> Стандард за подвођење конкрет-ног спора под искључиву надлежност Суда усвојен у пресуди гласи да су „спорна питања у великој мери регулисана мерама Заједнице“,<sup>60</sup> тј. да се „значајан део спора односи на тумачење или примену права Заједнице.“<sup>61</sup> При том, у природи искључиве надлежности Суда ЕУ јесте да је управо он једини позван да оцени када таква надлежност постоји.<sup>62</sup>

Везивање повреде чл. 292 УЕЗ, који говори о „тумачењу или примени оснивачких уговора“, за обухват надлежности Заједнице, представља саму срж пресуде у случају *МОХ*. Б. Хофштетер такво везивање сматра нејасним и сувишним, и предлаже могућност да је Суд таквој конструкцији прибегаво из разлога „учтивости“ (*comity*) према другим међународним судским инстанцама, уместо што би могао да исту искључиву надлежност заснује на овлашћењу да тумачи мешовите споразуме.<sup>63</sup>

У стручној литератури у вези са пресудом *МОХ* често се помиње случај *Ijzeren Rijn*, спор између Краљевине Белгије и Краљевине Низоземске (Холандије) поводом реактивирања железничке пруге између белгијске луке Антверпен и Рајнског басена у

<sup>58</sup> M. Cremona, „External Relations and External Competence of the European Union: The Emergence of an Integrated Policy“, *The Evolution of the EU Law*, (eds. P.Craig, G. de Burca), Oxford University Press, Oxford New York 2011, 220.

<sup>59</sup> Мишљење правобраниоца П. Мадуре у предмету *Commission of the European Communities v Ireland*, C 459/03, од 18. јануара 2006, пар. 13, 14.

<sup>60</sup> *Commission of the European Communities v. Ireland (Mox Plant)*, C 459/03, [Grand Chamber],[2006] ECR I 4635, пар. 110.

<sup>61</sup> *Ibid*, пар. 135.

<sup>62</sup> „Питање није само било да ли је Суд ЕУ имао искључиву надлежност, већ у односу на *ита* је имао искључиву надлежност.“ P. J. Cardwell, D. French, „Who Decides? The ECJ’s Judgment on Jurisdiction in the *MOX Plant* Dispute“, *Journal of Environmental Law* Vol. 29, 1/2007, 128, 129.

<sup>63</sup> Bernhard Hofstoetter, „’Can she excuse my wrongs?’ The European Court of Justice and International Courts and Tribunals“, *CYELP* 3/2007, 401 402.

Немачкој.<sup>64</sup> Стране у спору уговориле су надлежност Сталног арбитражног суда у Хагу,<sup>65</sup> и пред тим телом је спор и решен у мају 2005. године. Овај случај се наводи као различит од случаја *МОХ* утолико што су стране биле две чланице ЕЗ, али спор између њих није решен пред Судом ЕУ. Међутим, томе се не би требало превише чудити, будући да су обе стране биле сложне у ставу да решавање тог спора пред међународним арбитражним судом не представља повреду тадашњег чл. 292 УЕЗ (данас 344 УФЕУ). Чак су стране у спору у августу 2003. године, убрзо након закључења арбитражног споразума, упутиле заједничко писмо Генералном секретару Европске комисије, устврдивши да се „срж спора“ односи на тумачење двостраног Споразума о раздвајању из 1839. године. О пажњи која је посвећена важењу европског права говори и чињеница да је једно од седам поглавља пресуде насловљено „Улога европског права“. У том поглављу детаљно је објашњено зашто је арбитражни трибунал приступио решавању спора и поред важења чл. 292 УЕЗ.<sup>66</sup> У истој пресуди је детаљно објашњено зашто поједина питања важења и утицаја европског секундарног законодавства у одређеним областима нису пресудна за решење самог случаја.<sup>67</sup>

Док је на формалноправном, као и на плану поступка, разликовање случаја *Ijzeren Rijn* од случаја *МОХ* лако разумљиво, постоје мишљења да је пресуда у случају *Ijzeren Rijn* важна, јер

<sup>64</sup> N. Lavranos, „The *Mox Plant* and *Ijzeren Rijn* Disputes: Which Court is the Supreme Arbiter?“, *Leiden Journal of International Law* 19/2006, 223-246.

<sup>65</sup> Арбитражним споразумом предвиђено је да арбитражни трибунал „своју одлуку заснује на међународном праву, укључујући и европско право уколико је то неопходно, узимајући у обзир обавезе страна у спору из члана 292. Уговора о Европској заједници“. Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine („*Ijzeren Rijn*“) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Decision of 24 May 2005, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVII, 35-125, пар. 4, [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_XXVII/35\\_125.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XXVII/35_125.pdf), 4.8.2012.

<sup>66</sup> Укратко, трибунал је своје виђење нахођења сопствене надлежности из ван искључиве надлежности Суда ЕУ образложио својим погледом на примену тзв. *CILFIT* критеријума ставом да се у односу на дати спор налази у положају аналогном положају суда неке државе чланице, у смислу да свако позивање на право ЕЗ не повлачи обавезу пуштивања страна у спору пред Суд ЕУ и да се у конкретном није захтевало коначно или релевантно тумачење права ЕЗ. Одлука арбитражног трибунала у арбитражном спору поводом *Iron Rhine (Ijzeren Rijn)* железничке пруге између Краљевине Белгије и Краљевине Холандије, од 24. маја 2005, [http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil\\_id\\_377](http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id_377), пар. 103-106.

<sup>67</sup> Супротно мишљење износи Н. Лавранос, који сматра да је због чињенице да је решавање спора захтевало да буду тумачени Директива о природним стаништима ЕЗ, као и чл. 292 УЕЗ, тј. да буде тумачено право ЕЗ, искључива надлежност Суда сагласно чл. 292. УЕЗ постојала и да је арбитражни трибунал био обавезан да одбије надлежност и упутити странке на Суд ЕУ. N. Lavranos, „The *Solange* Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals“, *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 30:275, 2008, 289.



показује како пример немоћи Суда ЕУ да спречи изношење спора о праву ЕУ пред други арбитражни трибунал и могућу тенденцију држава чланица ЕУ да из различитих разлога прибегавају решавању спорова изван Суда ЕУ,<sup>68</sup> тако и опасност од пролиферације међународних арбитражних трибунала по јединственост и кохерентност судског тумачења права ЕУ.<sup>69</sup>

У литератури се понекад истиче да је *OSPAR* трибунал поступио различито од арбитражног трибунала састављеног на основу *UNCLOS* утолико што није зауставио поступак до решења спора између Европске комисије и Ирске пред Судом ЕУ, односно да није узео у обзир обавезе страна у спору сагласно комунитарном праву и да тиме није исказао учтивост (*comity*) према Суду ЕУ.<sup>70</sup> Међутим, за такве примедбе нема места из три разлога. Прво, *OSPAR* трибунал је пресуду донео неколико месеци пре него што је Европска комисија тужила Ирску Суду ЕУ. Друго, док је *UNCLOS* трибуналу Уједињено Краљевство оспоравало надлежност за решавање спора због постојања искључиве надлежности Суда ЕУ у погледу тумачења *UNCLOS*,<sup>71</sup> оно то није учинило у својој одбрани пред *OSPAR* трибуналом, већ се ограничило на одбрану у меритуму, износећи три разлога због којих се захтев Ирске не може сматрати ваљано заснованим на члану 9 *OSPAR*.<sup>72</sup> Коначно, *OSPAR*, за разлику од *UNCLOS*, не садржи одредбу о координацији механизма за решавање спорова.<sup>73</sup>

Приликом процене значаја пресуде у случају *MOX* важно је имати у виду и разлику између њене изреке и става који је поводом истог чињеничног склопа заузео *ITLOS* приликом *prima facie* изјашњавања о својој надлежности. Тај суд је, наиме, одбио тврдњу

<sup>68</sup> P. J. Cardwell, D. French, „Who Decides? The ECJ’s Judgment on Jurisdiction in the *MOX Plant Dispute*“, *Journal of Environmental Law* Vol. 29, 1/2007, 128.

<sup>69</sup> N. Lavranos, „On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals“, *EUI Working Papers, MWP 14/2009*, 22.

<sup>70</sup> На пример, N. Lavranos, „On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals“, *EUI Working Papers, MWP 14/2009*, 15, 22; N. Lavranos, „The *Solange* Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals“, *Loy. L. A. Int’l & Comp. L. Rev.* Vol. 30:275, 2008, 285.

<sup>71</sup> Параграфи 4.19 4.22 Противподнеска Уједињеног Краљевства у предмету Ирска против Уједињеног Краљевства, од 9. јануара 2003, <http://www.pca.cpa.org/showfile.asp?fil id 227>, 4.8.2012.

<sup>72</sup> Противподнесак Уједињеног Краљевства у предмету Ирска против Уједињеног Краљевства пред Трибуналом основаним сагласно члану 32(1) Конвенције за заштиту морске средине североисточног Атлантика, од 6. јуна 2002, <http://www.pca.cpa.org/showfile.asp?fil id 437>, 4.8.2012.

<sup>73</sup> Члан 282. *UNCLOS* даје могућност било којој од страна у спору поводом одредаба *UNCLOS* да такав спор коначно реши на основу регионалног споразума чије су обе стране у спору такође потписнице.

Уједињеног Краљевства да није надлежан будући да спор потпада под обавезне механизме за решавање спорова предвиђене *OSPAR*, УЕЗ и УЕУРАТОМ, позвавши се на једнаку правну снагу тих уговора и *UNCLOS*, као и на тврдњу да се сваки од механизма за решавање спорова предвиђених наведеним уговорима односи на спорове поводом одговарајућег уговора.<sup>74</sup>

### 3.3. Искључива надлежност Суда ЕУ као гарант аутономије права Уније

У образложењу пресуде Суд је изричито поистоветио чињеницу да „ниједан међународни уговор не може утицати на распоред одговорности одређен оснивачким уговорима“ са немогућношћу да било који међународни уговор утиче на „аутономију правног система Заједнице“. На сличан начин, у образложењу се поредак надлежности (*jurisdictional order*) у оквиру Заједнице поистовећује са њеном аутономијом.<sup>75</sup> Важно је приметити да иако наглашена, веза између аутономије правног поретка Заједнице и искључиве надлежности Суда није објашњена.

Поменути став о вези искључиве надлежности Суда ЕУ за спорове поводом оснивачких уговора и квалитета аутономије права ЕУ изнет у пресуди поклапа се са формулацијом правобраниоца Мадуре да је искључива надлежност средство за очување аутономије права ЕЗ.<sup>76</sup>

Веза између надлежности и тзв. аутономије права Заједнице препозната је у пракси Суда први пут у Мишљењу Суда 1/91 о Споразуму о стварању Европског економског простора.<sup>77</sup> У том мишљењу Суд је први пут приступио тумачењу одредбе оснивачких уговора о својој искључивој надлежности за тумачење и примену оснивачких уговора (тада је то био чл. 219 Уговора о оснивању Европске економске заједнице – УЕЕЗ), најавивши тако шири обухват ове одредбе у

<sup>74</sup> Наредба Међународног суда за право мора (*ITLOS*), од 3. децембра 2001. [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_10/Order.03.12.01.E.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf), 4.8.2012.

<sup>75</sup> Пресуда у предмету *Commission v. Ireland* C 459/03 [Grand Chamber], од 30. маја 2006, пар. 123, 124, 154.

<sup>76</sup> Мишљење правобраниоца П. Мадуре у предмету *Commission of the European Communities v. Ireland*, C 459/03, од 18. јануара 2006, пар. 10.

<sup>77</sup> Дакле интервенција Суда, која се састојала у утврђивању повреде УЕЗ, оправдана је ризиком да би арбитражни трибунал могао да угрози аутономију правног система Заједнице, при чему дакле, како то примећује Хофштетер, конкретна повреда аутономије правног система Заједнице није утврђена. В. Hofstoetter, „Can she excuse my wrongs?“ *The European Court of Justice and International Courts and Tribunals*, *CYELP* 3, 2007, 401; *Opinion 1/91*, [1991] ECR I 6079, од 14. децембра 1991, пар. 30, 35. <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CV0001:EN:PDF>.

пресуди *МОХ*.<sup>78</sup> Важна разлика између две одлуке јесте у томе што је у ранијој, тј. у Мишљењу 1/91, Суд вршио предвиђање могућег угрожавања дејства одредбе УЕЕЗ о искључивој надлежности Суда услед закључења Споразума о стварању Европског економског простора. За разлику од тога, у пресуди *МОХ*, Суд је у конкретном случају утврдио повреду исте те одредбе.

Као битно за схватање природе права ЕЗ/ЕУ, у Мишљењу 1/91 се истиче и објашњење да различити циљеви Европског економског простора и ЕЗ јесу разлог зашто хомогеност права у оквиру Европског економског простора не може бити обезбеђена идентичним одредбама у одговарајућим уговорима. Наиме, док Европски економски простор има за циљ слободу трговине и конкурентност у економским и трговинским односима, ЕЗ има за циљ економску интеграцију која води ка јединственом тржишту и европском уједињењу. Такође, УЕЗ предвиђа пренос суверених овлашћења на ЕЗ, док је споразум о Европском економском простору класичан уговор међународног права.<sup>79</sup>

### 3.4. Дужност сарадње

У пракси Суда развијено је учење о дужности сарадње коју дугују државе чланице ЕУ. Како се у пресудама и мишљењима Суда ова дужност често помињала заједно са „захтевом за јединством међународног представљања Заједнице (односно Уније)“, неки аутори управо тај захтев сматрају основом ове дужности.<sup>80</sup> Други пак поменути дужност заснивају првенствено на начелу лојалне сарадње, прописаном оснивачким уговорима.<sup>81</sup> То начело је, наиме, до Лисабонског уговора било прописано чл. 10 УЕЗ, а након Лисабонског уговора одредбом чл. 4, ст. 3 УЕУ.<sup>82</sup>

У погледу значаја пресуде у случају *МОХ*, истиче се да се у њој први пут дужност сарадње држава чланица изричито заснива на

<sup>78</sup> Детаљно о Мишљењу 1/91, као и о Мишљењу Суда 1/92 које је уследило у истој ствари, вид. код: Barbara Brandtner, “The ‘Drama’ of the EEA, Comments on Opinions 1/91 and 1/92“, *EJIL* 3/1992, 300 328, <http://www.ejil.org/pdfs/3/2/2042.pdf>

<sup>79</sup> Opinion 1/91, [1991] ECR I 6079, од 14. децембра 1991, пар. 14 22.

<sup>80</sup> Кербрат и Мадалон примећују да се Суд у пресуди није изјаснио о оптужби Комисије да је Ирска спорним поступцима повредила јединство међународног представљања Заједнице. Они у томе виде доктринарно раздвајање начела о јединству међународног представљања од дужности лојалне сарадње. Y. Kerbrat, Ph. Maddalon, “Affaire de l’Usine MOX: la CJCE rejette l’arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres“, *Revue trimestrielle de droit européen* 2007, 154.

<sup>81</sup> Christophe Hillion, “Mixity and coherence in EU external relations: The significance of the ‘duty of cooperation’“, *CLEER Working Papers* 2009/2.

<sup>82</sup> Члан 10 УЕЗ садржао је одредбе става 2 и 3 цитираног члана 4 став 3 ТЕУ.

начелу сарадње из чл. 10 УЕЗ (односно чл. 3, ст. 4 УЕУ).<sup>83</sup> Такође, та пресуда је значајна за тумачење члана 10 УЕЗ, тј. обавезе лојалне сарадње, утолико што је први пут у обухват те обавезе укључила и однос са правосудним органима Заједнице. То је учињено делом изреке у коме је утврђено да је повреда обавезе из чл. 292 УЕЗ о искључивој надлежности Суда ЕУ од стране Ирске у ствари конзумирала и повреду чл. 10 УЕЗ.

Изреком пресуде усвојена је и тачка оптужног захтева којом је захтевано да се утврди да је Ирска својим поступцима повредила члан 10 УЕЗ утолико што није обавестила органе ЕЗ о намери да прибегне решавању спора путем међународне арбитраже. Како је објаснио Н. Лавранос, оваква одлука омогућује Комисији да буде обавештена о намери сваке државе чланице да покрене спор пред неком другом инстанцом уместо пред Судом, те да уколико такав спор буде покренут против њене воље, његово окончање спречи.<sup>84</sup>

Дужност сарадње посебно се појављује у вези са мешовитим уговорима, где има различит интензитет зависно од тога да ли су надлежности за извршење обавеза по датом уговору јасно подељене или не.<sup>85</sup>

До новије артикулације дужности сарадње у вези са једним мешовитим уговором дошло је у пресуди у случају Европска комисија против Шведске (*Commission v. Sweden*).<sup>86</sup> У том спору Комисија се Суду обратила са захтевом да прогласи повреду обавеза по чл. 10 УЕЗ и 300(1) УЕЗ од стране Краљевине Шведске. Та држава је, наиме, прво у оквиру Савета била предложила да ЕЗ затражи убрајање одређене супстанце у Анекс А Штокхолмске конвенције о трајним органским загађивачима из 2001. године.<sup>87</sup> Конвенција је мешовити споразум, тако да је била потписана и од стране ЕЗ и од стране њених држава чланица. Суд је нашао да је једностраним подношењем предлога Шведска поступила различито од стратегије усаглашене у оквиру Савета. Такође, Суд је нашао да је предлог Шведске могао проузроковати да ЕУ буде обавезана конкретном одредбом коју сама није била спремна да прихвати, те да је самим тим предлог Швед-

<sup>83</sup> C. Hillion, „Mixture and coherence in EU external relations: The significance of the ‘duty of cooperation’“, *CLEER Working Papers 2009/2*, 7.

<sup>84</sup> N. Lavranos, „The Solange Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals“, *Loy. L. A. Int’l & Comp. L. Rev.*, Vol. 30:275, 2008, 284.

<sup>85</sup> C. Hillion, 17 29.

<sup>86</sup> *European Commission v. Kingdom of Sweden* Case C 246/07 [2010] ECR I 0000.

<sup>87</sup> Текст и пратећи документи доступни на адреси на <http://chm.pops.int/>, 4.8.2012.

ске могао имати негативне последице по ЕУ.<sup>88</sup> Утврђена је повреда оба става тадашњег чл. 10 УЕЗ. Суд је истакао да је очигледно да се радило о пољу подељених надлежности, поводом кога је неопходно обезбедити блиску сарадњу између држава чланица и институција Заједнице.<sup>89</sup> Зато је описани поступак Шведске оцењен као повреда обавезе из тадашњег члана 10 ЕЗ.<sup>90</sup> За разлику од пресуде у случају *МОХ*, у којој је разрађена обавеза сарадње у погледу решавања спорова у контексту мешовитог вишестраног споразума, у *Commission v. Sweden* је дужност сарадње разрађена у погледу учешћа у преговорима поводом измена једног таквог споразума.<sup>91</sup>

#### 4. ЗНАЧАЈ

Заједно са пресудом у случају *Kadi*, пресуда у случају *МОХ* спада у групу важних преседана који се односе на сукоб надлежности судова и материјално-правних норми права ЕУ и међународног права. У тим пресудама поменути сукоб је решен у корист судова и норми ЕУ, с образложењем да је то неопходно с циљем очувања аутономије права ЕУ.

Пресуда у случају *МОХ* често се цитира у контексту тзв. „пролиферације“ међународних судова,<sup>92</sup> као први пример да је

<sup>88</sup> *European Commission v. Kingdom of Sweden* Case C 246/07 [2010] ECR I 0000. пар. 91, 101.

<sup>89</sup> *Ibid*, пар. 73 75.

<sup>90</sup> Као и у другим пресудама које представљају важне преседане у погледу аутономије права ЕУ у односу на међународно право и у овој пресуди Суд је у највећој мери усвојио аргументе правобраниоца П. Мадуре. Мишљење правобраниоца П. Мадуре у предмету *Commission of the European Communities v. Kingdom of Sweden* C 247/07, од 1. октобра 2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007CC0246:EN:HTML>

<sup>91</sup> П. Ван Елсуwege сумира практичне последице ове пресуде на следећи начин: усаглашено поступање на нивоу ЕУ које ствара дужност на страни држава чланица на одговарајуће поступање или уздржавање настаје чим се одређено питање почне разматрати пред институцијама ЕУ, а не онда када те установе донесу и формалну одлуку; друго, дужност сарадње је у блиској вези са јединством међународног представљања ЕУ, које намеће обавезе државама чланицама и у погледу преговора поводом међународних уговора, што је посебно важно у случају мешовитих споразума; треће, да поступци држава чланица на међународном плану не смеју утицати на доношење одлука у оквиру ЕУ. Peter Van Elsuwege, „*Commission v. Sweden*“, *The American Journal of International Law*, Vol. 105, 2/2011, 309 310.

<sup>92</sup> Предметну пресуду Б. Хофштетер користи као повод за питање да ли ће повећање броја међународних судова у будућности довести до повећања броја спорова, уместо до њиховог смањења. В. Hofstoetter, „Can she excuse my wrongs? The European Court of Justice and International Courts and Tribunals“, *CYELP* 3, 2007, 411. Џ. Крофорд, пак, истиче да пролиферација међународних судова, тј.

Суд ЕУ решио сукоб своје надлежности са надлежношћу једног чисто међународног суда и то у своју корист.<sup>93</sup> Ради се о једном од најважнијих преседана у погледу квалитета „аутономности“ права ЕУ, у коме је тај квалитет заснован на првенству које Суд ЕУ има у односу на међународне судове у погледу тумачења и примене права ЕУ.

Најважније правило успостављено пресудом у предмету *МОХ* је широко одређење предмета искључиве надлежности Суда, непосредно ослоњено на широко одређење права Уније, које обухвата све уговорне обавезе којима Унија приступи чак и у областима за које надлежности дели са државама чланицама.<sup>94</sup> Док је Ирска засновала надлежност међународног арбитражног трибунала на одредбама *UNCLOS*, Суд је искључио важење тих одредаба и своју искључиву надлежност засновао на праву ЕЗ.

Пресуда је важна потврда већ раније утврђеног начела да постоји нераскидива веза између искључиве надлежности Суда за спорове поводом тумачења и примене права Уније и аутономије права ЕУ.<sup>95</sup> Б. Хофштетер истиче да је таквом одлуком Суд ЕУ чврсто

---

институционализација међународног права, није нова појава, као што то нису ни сукоби надлежности међу међународним судовима, као и да је међународно право од свог настанка било подложно фрагментацији. James Crawford, "Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, 1/2010, 23-24.

<sup>93</sup> Залажући се за општу примену тзв. *Solange* метода у погледу решавања позитивних сукоба надлежности између међународних судова, Н. Лавранос је изнео критику решења коме је прибегао Суд ЕУ у погледу афирмације своје надлежности у случају *МОХ*. Примена поменутог правила би по Лавраносу значила да би Суд ЕУ вратио странке пред трибунал основан сагласно *UNCLOS*, што би у великој мери скратило поступак, при чему ниједан од интереса које штити Суд ЕУ (уједначена примена права ЕЗ и сл.) не би били угрожени. N. Lavranos, "The *Solange* Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals", *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 30:275, 2008, 329.

<sup>94</sup> Критике става заузетог у пресуди обухватају тврдњу да је „Суд усвојио веoma оштру концепцију аутономије правног поретка Заједнице, којом се ограничавају могућности дијалога између међународних судских инстанци и Европског суда“. Y. Kerbrat, Ph. Maddalon, "Affaire de l'Usine MOX: la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres", *Revue trimestrielle de droit européen* 2007, 154. „... [став заузет у пресуди] значајно ограничава право држава чланица ЕУ да прибегну другим механизмима за решавање спорова по свом избору. Надаље, експанзивно тумачење сопствене искључиве надлежности Суда ЕУ неизбежно ограничава друге међународне судове и трибунале да врше своју надлежност у случајевима у које су укључене државе чланице Европске заједнице и који можда обухватају питања по праву ЕЗ“. N. Lavranos, "On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals", *EUI Working Papers*, MWP 14/2009, 18.

<sup>95</sup> У раду у коме настоје да објасне инхерентна ограничења „уставности међународног права“, чији развој је у току, насупрот јасним захтевима уставности ЕУ, д'Аспремон и Допањ искључиву надлежност Суда, утврђену пресудом у случају

заузео перспективу уставног суда ЕЗ и да у том погледу ова пресуда спада у ред најзначајнијих. Практична последица је највеће могуће укидање могућности за решавање спорова међу државама чланицама пред арбитражним трибуналима.<sup>96</sup>

Друго, пресуда је важна за сагледавање начина на који се тумачи вршење изричите надлежности Уније за спољне уговорне односе – да самим приступањем неком међународном уговору Унија врши своја овлашћења у оквиру подељених надлежности, тако да обавезе по том међународном уговору у односу на које подељене надлежности постоје постају саставни део права Уније.

Треће, пресуда је важна и за разумевање обавезе лојалне сарадње прописане оснивачким уговорима утолико што је у њој први пут изричито та обавеза заснована на начелу сарадње предвиђеном оснивачким уговорима и такође изражен став да је том обавезом обухваћен и однос према судским органима Уније.

Када се синтетички посматра изрека пресуде у случају *МОХ*, посебно њене прве две тачке, може се закључити да је њоме Суд ЕУ „пресекао“ дејство међународних аката у погледу надлежности за решавање спорова по тим актима према државама чланицама ЕУ у свим случајевима у којима се може сматрати да су ти акти постали део права ЕУ, што се посебно односи на мешовите споразуме. Из перспективе унутрашњег права ЕУ, овај синтетички поглед на изреку у пресуди *МОХ* представља артикулацију везе између чл. 3, ст. 2 УФЕУ, у коме је прописана искључива надлежност ЕУ на плану међународног уговорног права, чл. 3, ст. 4 УЕУ – дужности сарадње (раније чл. 10 УЕЗ) и одредбе о искључивој надлежности Суда ЕУ садржане у чл. 344 УФЕУ (раније чл. 292 УЕЗ).

---

*МОХ*, контролу законитости аката установа ЕУ и искључење класичних санкција међународног права из односа међу државама чланицама ЕУ наводе као три основне карактеристике правних лекова по праву ЕУ, који, пак, заједно са непосредном при меном и првенством права ЕУ у односу на државе чланице чине системски квалитет уставног оквира ЕУ. Jean d'Aspremont, Frédéric Dopagne, „Two Constitutionalisms in Europe: Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders“, *ZaeRV* 68/2008, 947 950.

<sup>96</sup> B. Hofstoetter, „Can she excuse my wrongs? The European Court of Justice and International Courts and Tribunals“, *CYELP* 3/2007, 402 407. Пресуда је чак од стране неких аутора искоришћена као главни аргумент зашто Међународни трибунал за право мора (*ITLOS*) нема оправдање. На пример, Џ. Сејмур истиче да у већини случајева спорова иницијално изнетих пред тај трибунал коначно буду решени пред другим инстанцама, а да се у пракси показало да само привремене мере наложене од стране тог трибунала имају практичан значај за коначно решење спора. Jillaine Seymour, „The International Tribunal for the Law of the Sea: A Great Mistake?“, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 13, 1/2006, 32 34.

Dr. Maja Lukić, LL.M.

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

AUTHORITY OF THE EU COURT OF JUSTICE MORE  
IMPORTANT THAN LEGAL SECURITY MOX PLANT  
JUDGMENT

*Summary*

The focus of this paper is on the judgment of the Court of Justice of European Union (CJEU) of 2006 in a case instituted by the European Commission against Ireland over the arbitration that Ireland had initiated against the United Kingdom in relation to the *MOX* plant in Sellafield, UK, and its manifold importance for interpretation and development of the EU law. As it is shown, the Commission claimed that Ireland, by having instituted arbitral proceedings pursuant to UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), breached exclusive competence of CJEU for disputes involving EU, that it has thus submitted a dispute involving EU law to a non-competent authority and infringed upon autonomy of EU law, as well as that it has breached duty of cooperation with EU institutions. The analysis of the problem presented is reflected in several aspects: firstly, the judgment upheld the claims of the Commission, and in doing so broadened exclusive jurisdiction of CJEU for adjudicating disputes involving EU law: mere accession of EU to a mixed agreement subsumes the subject matter of that agreement under the concept of EU law; secondly, the judgment for the first time explicitly affirmed exclusive jurisdiction of the CJEU over disputes involving EU in a particular case; finally, the duty of cooperation was interpreted as limiting the power of member states to independently from the EU institutions pursue their rights and obligations under international law. As the paper concludes, the *MOX* judgment may be regarded seminal due to the synergetic effect of its dicta on decoupling of legal systems of EU member states from their rights and obligations under international law, together with affirmation of EU institutions as a powerful broker between the two realms.

Key words: *MOX Plant*. – *Implied powers*. – *External competence*. – *Duty of cooperation*. – *UNCLOS*.



Далибор Ђукић\*

## САВРЕМЕНИ ИЗАЗОВИ ДРЖАВНО-ЦРКВЕНОГ ПРАВА

*Различити аспекти односа државе и цркава и верских заједница већ деценијама се налазе у фокусу научних истраживања, поготово у западним земљама европског континента. Ове односе у савременим, секуларним и плуралистичким друштвима карактерише јака динамика у њиховој еволуцији, уобличавању и прилагођавању друштвеним тенденцијама. Пратећи те трендове, Канцеларија за демократске институције и људска права (ODIHR) Организације за европску безбедност и сарадњу (ОЕБС) започела је процес ажурирања својих Смерница које се односе на законодавство о црквама и верским заједницама. Овај процес резултираће новим Смерницама за признавање религијских или верских заједница, које ће само допунити претходне Смернице за оцену законодавства које се односи на религије или на уверења из 2004. године. Било би пожељно да и домаће законодавство и научна јавност буду упознати са принципима и циљевима регулисања правног положаја цркава и верских заједница, које ова највећа међувладина организација препоручује својим чланицама, поготово имајући у виду да је Србија једна од њих.*

Кључне речи: *ОЕБС. ODIHR. Државно црквено право. Смернице. Правни положај цркава и верских заједница.*

### 1. УВОД

У току 2012. године Организација за европску безбедност и сарадњу, односно њена Канцеларија за демократске институције и људска права (*Office for Democratic Institutions and Human Rights – ODIHR*) у сарадњи са Венецијанском комисијом Савета Европе почела је са израдом упутства за законско регулисање поступка регистрације и признавања цркава и верских заједница, које носи радни наслов Смернице за признавање религијских или верских заједница (*Guidelines on Recognition of Religious or Belief Communities*). Овај до-

---

\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs*.

кумент требао би да допуни претходни из 2004. године, који носи назив Смернице за оцену законодавства које се односи на религије или уверења (*Guidelines for Review of Legislation pertaining to Religion or Belief*),<sup>1</sup> а који је због изузетне динамике на пољу државно-црквеног права у европским земљама већ потребно ажурирати. Тежиште новог документа, као што се из самог назива да закључити, биће на испитивању законског нормирања поступка државног признавања верских организација.

Ово упутство сачињаваће два одвојена дела: први део састављају стручњаци ОЕБС-а и он ће представљати списак упутстава која ће помоћи државама чланицама ове организације да ускладе своје национално законодавство о црквама и верским заједницама са међународним стандардима и нормама које се тичу људских права и права слободе вероисповести. У другом делу Смерница налазиће се примери добрих законских решења из законодавстава земаља чланица. У оквиру израде овог документа, Канцеларија за демократске институције и људска права ОЕБС-а (*ODIHR*), послала је релевантним стручњацима из области државно-црквеног права свих земаља чланица ОЕБС-а Упитник (*Guidelines on Recognition of Religious or Belief Communities questionnaire*), у којем се налазе питања везана за различите аспекте поступка регистрације и признавања правног субјективитета цркава и верских заједница. Након прикупљања одговора, у току 2013. године, *ODIHR* би требало да објави нове Смернице, у којима ће се налазити примери из законодавстава држава које, по мишљењу *ODIHR*-а, представљају пример и образац правилног регулисања поступка државног признања верских организација.

Било би корисно анализирати упитник који је *ODIHR* проследио стручњацима из земаља чланица ОЕБС-а, али не као одвојен и усамљен документ, већ у светлу и у корелацији са претходним Смерницама *ODIHR*-а из 2004. године. На тај начин може се увидети правац у којем ће се кретати нове Смернице. Треба имати на уму да ове препоруке представљају један вид *soft law*-а и да ће те инструкције у будућности свакако имати утицаја и на српско државно-црквено право у материјалном смислу. Из тог разлога овај рад, поред упоредне анализе новог упитника и старих смерница *ODIHR*-а, има за циљ да испита какве би могуће одговоре пружио српско законодавство, да ли су у тим одговорима примењене препоруке из Смерница из 2004. године и да ли је реално очекивати да се поједина српска законска решења нађу као пример добре праксе у новим ОЕБС-овим Смерницама које се налазе у фази израде.

---

<sup>1</sup> Organization for Security and Co operation in Europe, Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, <http://www.osce.org/odihr/13993>, 11. фебруар 2013.

## 2. ПРАВНИ СТАТУС ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

Поступком регистрације или признавања цркава и верских заједница од стране државе, оне најчешће стичу одређен правни субјективитет. Међутим, у неким земљама постоје различите врсте правног субјективитета. Упитник *ODIHR* најпре се интересује за врсте правног субјективитета које су доступне црквама и верским заједницама.<sup>2</sup> Најчешћа подела правних субјеката је она која постоји у немачкој и француској теорији права, а која дели правне субјекте на јавноправна и приватноправна лица.<sup>3</sup> Типичан пример из нашег окружења је Грчка. У Грчкој постоји подела на правна лица јавног права (држава, која је основно правно лице јавног права, те локалне самоуправе, итд.), правна лица приватног права и мешовита правна лица.<sup>4</sup> Грчка православна црква, Јеврејска заједница и муфтије исламске заједнице имају статус правног лица јавног права,<sup>5</sup> док све остале цркве и верске заједнице могу стећи правни субјективитет као правна лица приватног права.<sup>6</sup>

У Србији не постоји законом дефинисана подела правних лица. У српском законодавству од важности је стицање правног субјективитета, док је тип самог правног субјективитета исти за сва правна лица. Поједини аутори се чак питају да ли је у правним системима бивших југословенских република уопште могућ статус правног лица јавног права.<sup>7</sup> Од значаја за ово питање јесте чињеница да у складу са Законом о црквама и верским заједницама – *ЗЦВЗ*,<sup>8</sup> верске организације могу стећи правни субјективитет и

<sup>2</sup> Сам упитник користи неутралну терминологију не помињући нигде реч црква *religious or belief communities*. Међутим, у нашим научним круговима који се баве овом проблематиком, као и у нашем законодавству, преовладао је израз *цркве и верске заједнице*, који такође има генеричко значење и обухвата институционалну појаву сваке верске организације, а не само оних регистрованих или предвиђених законом.

<sup>3</sup> Гордана Вукадиновић, *Теорија државе и права II*, Нови Сад 2007, 154.

<sup>4</sup> Мешовита правна лица су правна лица која оснива држава као правна лица приватног права. Њихова важност за целокупно друштво оправдава државну интервенцију таква правна лица су железница, електродистрибуција итд.

<sup>5</sup> Каталог правних лица јавног права Министарства просвете и вера Грчке, <http://www.doe.gr/diaf/katalogosy08.pdf>, 11. фебруар 2013.

<sup>6</sup> Посебан и тешко објашњив случај представља Римокатоличка црква у Грчкој: чл. 33, Закона 2731/99. *Rythmisi thematon dimerous kratikis anaptyxiakis synergasias kai voitheias. Rythmisi thematon mi kyvernitikon organoseon kai alles diataxeis, FEK 138/1999.*

<sup>7</sup> Владимир Ђурић, „Слобода вероисповести и правни субјективитет цркава и верских заједница у земљама бивше Југославије“, *Право земаља у региону* (ур. Владимир Чоловић), Институт за упоредно право, Београд 2010, 189.

<sup>8</sup> Закон о црквама и верским заједницама – *ЗЦВЗ*, *Службени гласник РС*, бр. 36/06.

учествовати у правном промету. Овде се може додати мишљење да цркве и верске заједнице ипак имају у некој мери посебан статус, јер се налазе између приватног и јавног домена, из чега се извлачи закључак да оне поседују правни субјективитет *sui generis*.<sup>9</sup> Појам правног субјективитета *sui generis* није законски дефинисан, па се не може са сигурношћу рећи шта он конкретно пружа његовим носиоцима. У сваком случају, може се прихватити и мишљење да он представља само прелазни период ка неминовном признавању јавног значаја деловања цркава и верских заједница.<sup>10</sup> Стицањем правног субјективитета цркве и верске заједнице постају изједначене са свим осталим правним субјектима у земљи и могу се користити свим правима која су за овај статус предвиђена позитивно-правним нормама.

У својим Смерницама из 2004. године *ODIHR* је право цркава и верских заједница на стицање правног субјективитета окарактерисао као део права на удруживање.<sup>11</sup> Већина цркава и верских заједница жели да стекне правни субјективитет како би могле учествовати у правном промету. Из тог разлога *ODIHR* сматра да било какво ограничење по питању права на стицање правног субјективитета представља кршење права на удруживање и слободу вере. Истини за вољу, треба рећи да у Србији постоје одређена ограничења при регистрацији, односно при стицању правног субјективитета цркава и верских заједница у складу са Законом о црквама и верским заједницама. Међутим, та ограничења не представљају препреку да одређена верска организација стекне правни субјективитет на основу Закона о удружењима грађана,<sup>12</sup> тако да се ипак може закључити да у Србији држава ни на који начин не ограничава право верских организација на стицање правног субјективитета.

Доста више полемике изазива питање да ли све верске заједнице, иако поседују правни субјективитет, имају и исти правни статус. Пошто је законодавац предвидео различит статус за различите верске организације, треба прецизирати какве предности доноси припадност вишем у односу на нижи статус. Ово питање изазвало је доста полемике у српској стручној јавности,<sup>13</sup> управо због чињенице да Закон о црквама и верским заједницама изричито предвиђа постојање

<sup>9</sup> Милан Радуловић, *Обнова српског државно црквеног права*, Београд 2009, 121.

<sup>10</sup> Сима Аврамовић, „Три важне теме при законодавном уобличавању односа државе и цркве“, *Правни положај цркава и вјерских заједница данас* (ур. Богољуб Шијаковић), Бона фидес, Никшић 2009, 52.

<sup>11</sup> Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, 12, 13.

<sup>12</sup> Закон о удружењима, *Службени гласник РС*, бр. 51/09.

<sup>13</sup> О полемици која се водила пред Уставним судом Републике Србије у вези са регистрацијом цркава и верских заједница погледати: Танасије Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 367–385 и Сима Аврамовић, „Поимање секу

различитих категорија верских заједница: традиционалне цркве и верске заједнице, конфесионалне цркве и верске заједнице и друге цркве и верске заједнице (чл. 4 ЗЦВЗ).

Традиционалне цркве и верске заједнице таксативно су побројане у ЗЦВЗ и међу њима се налазе само оне цркве и верске заједнице које имају „вишевековни правни континуитет и чији је правни континуитет стечен на основу посебних закона пре 1945. године“. Конфесионалне цркве и верске заједнице нису таксативно побројане у Закону већ чл. 16 предвиђа да су то оне цркве и верске заједнице чији је правни статус био уређен федералним и републичким Законом о правном положају верских заједница из 1953. и 1977. године.<sup>14</sup> На крају остају друге верске заједнице које не испуњавају ниједан од गरेпоменутих услова.

Овакав концепт уређења правног положаја цркава и верских заједница био је мета критике једног дела стручне јавности, која је у њему препознала фаворизовање од стране државе једне групе верских заједница, уз истовремену дискриминацију мањих и нових верских заједница.<sup>15</sup> Међутим, категоризација цркава и верских заједница не мора нужно значити дискриминацију оних ниже рангираних. То доказује и чињеница да Смернице *ODIHR*-а из 2004. године не препоручују државама да избегавају систем категоризације цркава и верских заједница већ препоручују да та диференцијација међу њима буде заснована на истински објективним факторима без могућности пристрасног поступања државе: „прихватљиво је да законодавство признаје историјске разлике у улогама које су различите религије имале у одређеној држави, докле год се то не користи као оправдавање дискриминације“.<sup>16</sup>

Разлике у правном положају цркава и верских заједница огледају се у одређеним привилегијама које поједине међу њима уживају на основу свог историјског и националног значаја. Привилегије које се помињу у Упитнику *ODIHR* тичу се пореза, образовног система и верске службе при државним институцијама. Што се тиче пореских олакшица традиционалне цркве и верске заједнице, као и све регистроване цркве и верске заједнице ослобођене су од обавезе плаћања пореза на имовину (чл. 12 Закона о порезима на имовину)<sup>17</sup> и плаћања

ларности у Србији рефлексije са јавне расправе у Уставном суду“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 279 301.

<sup>14</sup> Закон о правном положају верских заједница, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 22/53 и Закон о правном положају верских заједница, *Службени гласник СРС*, бр. 44/77.

<sup>15</sup> Заштитник грађана, Мишљење бр. 16 1211/09.

<sup>16</sup> Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, 10.

<sup>17</sup> Закон о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11 и 57/12 (Одлука УС).

пореза на додату вредност за услуге које пружају (чл. 25 Закона о порезу на додату вредност).<sup>18</sup> Осим наведених олакшица, једино традиционалне цркве и верске заједнице имају право на рефакцију ПДВ-а за добра и услуге које им се пружају, под условом да су у непосредној вези с обављањем верске делатности. Смернице *ODIHR*-а из 2004. године помињу могућност пореских олакшица предвиђених за цркве и верске заједнице, уз додатак да оне треба да буду нормиране тако да се избегне било какав облик дискриминације.<sup>19</sup>

Што се тиче права цркава и верских заједница да оснивају и добијају средства за функционисање сопствених образовних институција, Закон о црквама и верским заједницама (чл. 34–40) детаљно уређује њихову образовну делатност. Све регистроване цркве и верске заједнице имају право да слободно оснивају образовне установе свих нивоа, које могу проћи поступак верификације односно акредитације и постати део националног система образовања. У том случају, такве образовне институције биће финансиране из буџета Републике Србије сразмерно броју верника верске заједнице којој припадају, у складу са последњим пописом. Постоји и законска могућност да верске школе које се не налазе унутар националног система образовања добију финансијску помоћ државе (чл. 36, ст. 3 ЗЦВЗ). Управо на тај начин се примењује препорука из Смерница *ODIHR*-а из 2004. године, која препоручује да финансирање образовних активности верских заједница треба уредити на недискриминишућим основама.<sup>20</sup>

Све регистроване цркве и верске заједнице могу обављати своју верску делатност у јавним институцијама, попут болница, школа, казнено-поправних завода, војних и полицијских објеката (чл. 31, ст. 4 ЗЦВЗ). Законом није предвиђено постојање посебних верских служби при овим установама. Једини изузетак представља верска служба у Војсци Србије, чије оснивање и рад регулише Уредба о вршењу верске службе у Војсци Србије, а коју је донела Влада Републике Србије 2011. године.<sup>21</sup> Право да поставе војне свештенике односно верске службенике имају само традиционалне цркве и верске заједнице у складу са принципима заступљености које прописује поменута Уредба.

Из наведеног се може закључити да је постојање различитих категорија цркава и верских заједница у српском законодавству, као и постојање тачно утврђених разлика у коришћењу државних

<sup>18</sup> Закон о порезу на додату вредност, *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12.

<sup>19</sup> Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, 21.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>21</sup> Уредба о вршењу верске службе у Војсци Србије, *Службени гласник РС*, бр. 22/11.

привилегија, у потпуности у складу са Смерницама *ODIHR*-а из 2004. године. Уосталом, у већини европских држава цркве и верске заједнице могу имати више различитих статуса.<sup>22</sup> Једино се може поставити питање дискриминације нетрадиционалних цркава и верских заједница, у смислу привилегија које су резервисане искључиво за традиционалне цркве и верске заједнице. Међутим, овде се ради о привилегијама које се тичу појединих права, која држава обезбеђује за верске заједнице са вишевековним континуитетом постојања, великим доприносом српском друштву и чији верници представљају 95% укупног становништва Републике Србије.<sup>23</sup> Резервисаност тих права за једну групу верских заједница не представља кршење међународних докумената и декларација којима се гарантује слобода вероисповести, јер се не ради о основним и темељним правима и слободама. Њиховим постојањем се истиче посебна улога одређених цркава и верских заједница, тако што им се омогућава шири круг уживања истих и једнаких права које имају све верске заједнице. Од суштинског је значаја то да све верске организације имају право на стицање правног субјективитета и једнаког положаја у правном систему државе, које проистиче из међународно загарантованог права на удруживање, док неке мање битне привилегије, попут броја и обима пореских олакшица, представљају онај део законске регулативе у којем свака држава треба да покаже одређени степен законодавне креативности с циљем стварања одговарајућих и правичних услова за оснивање, рад и функционисање цркава и верских заједница у друштвеним околностима које су специфичне за ту државу.

### 3. РЕГИСТРАЦИЈА ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

У великој већини правних система, да би једна верска организација искористила своје право на стицање правног субјективитета, неопходно је да пред одређеним државним органима покрене поступак регистрације. У оквиру тог поступка од верске организације може бити затражена законом прописана документација, док могу постојати и одређени формални услови које она мора испунити како би њен захтев био испуњен. У Републици Србији поступак регистрације детаљно је регулисан Законом о црквама и верским заједницама (чл. 18–20). Смернице за оцену законодавства које се односи на религије или уверења

<sup>22</sup> Gerhard Robbers, „Specific Treatment of Traditional Churches and Religious Communities Provided for in the Act on Churches and Religious Communities of the Republic of Serbia“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2010, 271.

<sup>23</sup> Сима Аврамовић, *Прилози настанку Државно црквеног права у Србији*, Београд 1997, 188.

(*Guidelines for Review of Legislation pertaining to Religion or Belief*) дају одређене препоруке које би требало усвојити на нивоу националног законодавства, а тичу се поступка и услова регистрације цркава и верских заједница. Поређење ових препорука са српским позитивно-правним нормама и новим упитником *ODIHR*-а може позиционирати српско законодавство у односу на међународне тенденције.

Прво питање које се поставља у новом упитнику *ODIHR*-а везује се за проблематику о којој се у Србији већ доста расправљало, а која се тиче минималног броја чланова верске организације који је неопходан за њену регистрацију. Закон о црквама и верским заједницама у чл. 18 прописује да уз захтев за регистрацију одређена црква или верска заједница треба да поднесе потписе 0,001% пунолетних држављана Републике Србије. Ако се узму подаци са претпоследњег пописа, то значи да је неопходно поднети око 100 потписа пунолетних грађана. Упоредно-правна анализа показује да огромна већина европских законодавстава примењује слично ограничење, док је неопходан број верника који захтева српски законодавац један од најмањих у Европи.<sup>24</sup> Ово законско решење критиковано је у Србији од стране Заштитника грађана.<sup>25</sup>

Смернице *ODIHR*-а из 2004. године препоручују да „висок минимум захтеваног броја чланова не би требао бити захтеван у поступку стицања правног субјективитета“.<sup>26</sup> Овде треба обратити пажњу на две чињенице: прво, не постоји притисак да се у потпуности либерализује поступак регистрације, тако што не би постојао никакав услов везан за број присталица једне верске организације, већ се препоручује да број верника који се захтева не буде велики. Као што је већ поменуто, број који се помиње у ЗЦВЗ је један од најмањих у Европи, тако да се може рећи да је овај захтев из Смерница *ODIHR*-а испуњен. Друго, ова препорука се односи на поступак стицања правног субјективитета. Имајући у виду да верске организације могу стицати правни субјективитет у складу са Законом о удружењима,<sup>27</sup> када је за оснивање неопходно прибавити само три потписа оснивача, може се закључити да оне могу стећи правни субјективитет, иако немају потписе најмање 100 пунолетних грађана. Дакле, за стицање правног субјективитета у смислу Закона

<sup>24</sup> Неопходан број чланова верских заједница у различитим европским земљама неопходан за њихову регистрацију: Словачка 20 000, Румунија 22 000, Белгија 10 000, Мађарска 100, Аустрија 16 000. Томислав Бранковић, „Закон о црквама и верским заједницама, са освртом на протестантске заједнице и нове религиозне покрете, као и допринос у практичном верском животу“, *Право, вера, култура* (ур. Александар Раковић, Владимир Ђурић), Београд 2012, 41.

<sup>25</sup> Заштитник грађана, Мишљење бр. 16 1211/ 09, 14.

<sup>26</sup> *Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief*, 17.

<sup>27</sup> Закон о удружењима, *Службени гласник РС*, бр. 51/09.



о црквама и верским заједницама постоје одређена (сасвим легитимна и прихватљива) ограничења, али то не представља препреку за стицање правног субјективитета верских организација у смислу других закона.

Друга питања из Упитника *ODIHR*-а која се тичу услова регистрације цркава и верских заједница баве се неопходном документацијом и информацијама које заинтересоване верске организације треба да поднесу надлежном државном органу. У складу са чл. 18 ЗЦВЗ то су: одлука о оснивању верске организације с именима најмање 0,001% пунолетних држављана Републике Србије, статут или други документ верске организације, приказ основа верског учења, обреда, циљева и активности и податке о сталним изворима прихода верске организације. У ЗЦВЗ не постоји услов који се тиче неопходности одређеног периода постојања и деловања верске организације пре њене регистрације, што је све у складу са Смерницама *ODIHR*-а из 2004. године.<sup>28</sup>

#### 4. ПРОЦЕДУРА СТИЦАЊА ПРАВНОГ СУБЈЕКТИВИТЕТА

Велики део питања из Упитника *ODIHR*-а се односи на поступак регистрације и на органе надлежне за спровођење процедуре стицања правног субјективитета цркава и верских заједница, при чему се акценат ставља на њихов састав, организацију и начине осигурања неутралности у раду и доношењу одлука. Такође, значајним се сматрају и питања попут њихове могућности за вршење истражних радњи, временског оквира у којем су дужни да донесу одлуку, образлагања одлуке и ограничења везана за назив цркве или верске заједнице која се жели регистровати.

Сам поступак стицања правног субјективитета цркава и верских заједница везан је за поступак регистрације, односно уписа у Регистар цркава и верских заједница (ст. 6, чл. 20 ЗЦВЗ). Поступак регистрације регулисан је Законом о црквама и верским заједницама – ЗЦВЗ и касније донетим Правилником о садржини и начину вођења Регистра цркава и верских заједница, којим се додатно уређује поступак регистрације и прописује садржина и начин вођења поменутог Регистра.<sup>29</sup>

Поступак регистрације покреће заинтересована верска организација код министарства у чијим надлежностима се налазе послови вођења Регистра цркава и верских заједница (ст. 1, чл. 20 ЗЦВЗ). У

<sup>28</sup> Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, 17.

<sup>29</sup> Правилник о садржини и начину вођења Регистра цркава и верских заједница, *Службени гласник РС*, бр. 64/06.

овом тренутку надлежно је Министарство правде и државне управе.<sup>30</sup> Неутралност, непристрасност и независност надлежног министарства у поступку регистрације цркава и верских заједница гарантована је највишим државним и међународним актима попут Устава Републике Србије и бројним међународних докумената о људским правима чији је Србија потписник. Закон о црквама и верским заједницама не прописује било какве истражне радње или провере које би министарство надлежно за регистрацију цркава и верских заједница требало да изврши пре доношења одлуке о упису у Регистар, већ је на њему само да утврди да ли је пријава потпуна и исправна (чл. 20, ст. 2). Рок за доношење одлуке је 60 дана од датума пријема потпуне документације (чл. 20, ст. 1 ЗЦВЗ), док се у случају неблаговременог доношења решења о упису има сматрати да је упис у Регистар одобрен (чл. 20, ст. 7 ЗЦВЗ). Надлежно министарство није дужно да образложи своју одлуку (макар не на основу ЗЦВЗ), али се из самог текста Закона у којем се помињу одређени разлози због којих може доћи до одбијања уписа у регистар може закључити да законодавац сматра да би министарство требало да образложи разлоге за одбијање уписа у Регистар цркава и верских заједница (чл. 20, ст. 5 и 6 ЗЦВЗ).

Као и у великој већини законодавстава у региону, тако и у Србији постоји ограничење у погледу избора назива цркве или верске заједнице под којим се она може регистровати.<sup>31</sup> Ово ограничење постоји и у Закону о удружењима (чл. 16).<sup>32</sup> Наиме, у Регистар се не може уписати верска организација чији назив садржи назив или део назива који изражава идентитет већ регистроване цркве или верске

<sup>30</sup> Закон о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 72/12.

<sup>31</sup> Закон о слободи вјере и правном положају цркава и вјерских заједница Републике Босне и Херцеговине (*Службени гласник БиХ*, бр. 46/04) у чл. 18 забрањује да се под истим или сличним именом већ постојеће цркве или верске заједнице може регистровати нова црква или верска заједница, Закон о правном положају цркава, верских заједница и религиозних група Републике Македоније (Закон за правната положба на црквата, верска заједница и религиозна група, *Службен весник*, бр. 113/07) у чл. 10, ст. 1 прописује да се име и званична обележја нових цркава и верских заједница морају разликовати од оних које поседују већ постојеће цркве и верске заједнице, док хрватски Закон о правном положају вјерских заједница (*Narodne novine RH*, бр. 83/02) одређује да назив и обележја верске заједнице не смеју бити истоветни називу и обележјима верске заједнице која је раније уписана у Евиденцију (Регистар). У Словенији чл. 13, ст. 2 Закона о верским слободама (*Zakon o verski svobodi, Uradni list RS*, бр. 14/07) одређује да захтев за регистрацију треба да садржи име цркве или верске заједнице које мора бити различито од имена других цркава и верских заједница и не сме да доводи у заблуду. Овај члан појачан је и казним одредбама Закона о верским слободама, који у члану 31, став 1 прописује казну у висини од 150000 до 300000 толара за ону верску заједницу или њен организациони део, који у правном промету користи другачије име од оног које је уписано у јавни Регистар.

<sup>32</sup> Закон о удружењима, *Службени гласник РС*, бр. 51/09.

заједнице. Критике на рачун овог законског решења упутио је Заштитник грађана у свом Мишљењу о потреби унапређивања правног положаја цркава и верских заједница и остваривања слободе вероисповести кроз унапређивање прописа и њихову правилнију примену.<sup>33</sup> У Смерницама *ODIHR*-а из 2004. године не постоји препорука у вези са пожељним начином регулисања овог питања.

За очекивати је, међутим, да став који ће бити заузет у новим Смерницама чија је израда у току, буде крајње либералан. Критике Заштитника грађана упућене су углавном на недозвољеност мешања државе у верски идентитет цркава и верских заједница, јер се законска ограничења могу односити искључиво на њихов правни идентитет.<sup>34</sup> Са друге стране стоји чињеница да држава свакако не производи верски идентитет цркава и верских заједница, већ може само да га констатује и да га призна без обзира на чињеницу да он постоји и без њеног признања.<sup>35</sup> Имајући ово у виду може се очекивати, да и поред присутног екстремно либералног призива у смерницама које стижу из *ODIHR*-а, став по овом питању буде у сагласности са, како српским, тако и законодавствима велике већине европских земаља.

## 5. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ СТИЦАЊА И ГУБИТКА ПРАВНОГ СУБЈЕКТИВИТЕТА

Посебно интересовање *ODIHR* је показала за питања правног капацитета цркава и верских заједница као правних лица. Питања су усмерена на утврђивање ширине права и могућности верских организација да након стицања правног субјективитета склапају правне послове свих врста као и утврђивање тога да ли разлика у статусу појединих верских заједница умањује њихову правну способност. Поставља се и питање да ли признавање правног субјективитета на државном нивоу истовремено значи и признавање истог на локалном нивоу.

У јавној расправи која се водила у Србији поводом одредби Закона о црквама и верским заједницама није било полемика усмерених на ову проблематику. У правном систему Републике Србије, разлика између различитих „типова“ верских заједница значајна је само због признавања историјског и културног значаја традиционалних цркава и верских заједница, као и због одређених државних привилегија које су резервисане за њих. Међутим, правна способност свих верских заједница као правних лица у правном поретку Републике

<sup>33</sup> Заштитник грађана, Мишљење бр. 16 1211/ 09.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Богољуб Шијаковић, *Огледање у контексту*, Београд 2009, 78.

Србије је потпуно идентична. Све регистроване верске организације, без обзира на њихов статус који одређује ЗЦВЗ, имају пуну правну способност. То значи да могу склапати све врсте правних послова и учествовати у правном промету без икаквих ограничења. Пошто је Република Србија унитарна држава, не постоји потреба за додатним признавањем правног субјективитета регистрованих цркава и верских заједница на нивоу покрајина или јединица локалне самоуправе. Једина потешкоћа која се јавља на територији Републике Србије везана је за статус регистрованих верских заједница на територији АП Косово и Метохија.

Регистроване цркве и верске заједнице могу изгубити правни субјективитет. То се постиже брисањем из Регистра цркава и верских заједница. Губитак правног субјективитета цркве или верске заједнице може се догодити или одлуком државе (односно надлежног министарства) или на захтев саме верске организације. Поступак за брисање из Регистра цркава и верских заједница верска организација покреће код надлежног министарства, које доноси решење о брисању из Регистра. Решење је коначно и тренутком његовог доношења верска организација губи правни субјективитет, док се на њену имовину примењују одредбе Закона о удружењима (чл. 24 ЗЦВЗ). Брисање из регистра врши се прецртавањем регистарског листа, док се у одговарајућу рубрику уписује датум доношења и број решења о брисању из регистра.<sup>36</sup>

Осим губитка правног субјективитета на основу захтева цркве или верске заједнице, постоји могућност да надлежно министарство донесе решење о брисању из Регистра цркава и верских заједница, којим она губи својство правног лица. Разлози који могу довести до губитка правног субјективитета у складу са Законом о црквама и верским заједницама су правоснажна судска пресуда или ако се установи да су наступиле чињенице због којих надлежно министарство одбија упис у Регистар одређене верске организације (чл. 22 ЗЦВЗ). Ти разлози настају уколико су њени „циљеви, учење, обреди или деловање супротни Уставу, јавном поретку или ако угрожавају живот, здравље, слободу и права других, права деце, право на лични и породични интегритет и право на имовину“ (чл. 20, ст. 4 ЗЦВЗ). Овакви разлози у потпуности су усклађени с међународним документима о људским правима. Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године у чл. 18 предвиђа да „слобода испољавања вере или уверења може бити предмет само *таквих* ограничења која су прописана законом и која су неопходна ради заштите јавне безбедности, реда, здравља или морала, или пак основних права и слобода

<sup>36</sup> Правилник о садржини и начину вођења Регистра цркава и верских заједница, *Службени гласник РС*, бр. 64/06.

других“.<sup>37</sup> Очигледно је да ове две одредбе имају исти смисао, што показује уколикој мери је Закон о црквама и верским заједницама у свим детаљима усклађен са међународним декларацијама, пактовима и документима који се тичу људских права и слобода.

Губитак правног субјективитета једне верске организације не значи њену забрану или забрану њеног деловања. Упис у Регистар цркава и верских заједница не представља одобрење државе којим се дозвољава постојање неке верске организације, већ се само у управном поступку утврђује испуњеност процесних претпоставки неопходних за остваривање права организовања цркава и верских заједница.<sup>38</sup> Верска организација која не може или не жели да испуни неопходне услове за упис у Регистар има две могућности: прва је да делује слободно као нерегистрована верска заједница, док са друге стране има могућност да стекне правни субјективитет и да се региструје код државних органа у складу са Законом о удружењима. У оба случаја она може спроводити своју верску делатност без икаквих ограничења у складу с Уставом Републике Србије и међународним конвенцијама о људским правима. У крајњој линији, то је у складу и са Смерницама *ODIHR*-а из 2004. године у којима се препоручује да држава не санкционише и не ограничава верске групе које не желе да се региструју.<sup>39</sup>

Најзад, последња питања у упитнику се односе на могућност жалбе на решења која доноси надлежно министарство у поступку са црквама и верским заједницама. Питања која се постављају су којем државном органу верске организације могу да поднесу жалбу на решења и одлуке надлежног министарства, као и којом врстом поступка се то изводи.

Закон о црквама и верским заједницама у чл. 23 предвиђа постојање правног лека којим се може покренути управни спор против решења о упису, одбацивању захтева за упис, одбијању уписа или брисању из Регистра цркава и верских заједница. Управни спор се покреће пред надлежним управним судом у року од 30 дана од дана достављања управног акта странци која покреће управни спор (чл. 18 Закона о управним споровима).<sup>40</sup> Пресуда донета у управном спору је обавезујућа и правоснажна. По захтеву за преиспитивање судске одлуке управног суда одлучује Врховни касациони суд (чл. 9 Закона о управним споровима). Дакле, последњу реч има Врховни касациони суд у већу од три судије. Уколико суд уважи захтев ту-

<sup>37</sup> Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, 32.

<sup>38</sup> Александар Раковић, Владимир Ђурић, *Право, вера, култура*, Београд 2012, 129.

<sup>39</sup> Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, 12.

<sup>40</sup> Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/09.

жиоца, управни акт се поништава и предмет се враћа надлежном органу на поновно одлучивање, уз обавезу узимања у обзир мишљења управног суда. На овај начин верске организације којима је одбијен захтев за упис у Регистар цркава и верских заједница имају ефикасан правни лек, што је у потпуности у складу са Смерницама *ODIHR*-а из 2004. године које препоручују да држава обезбеди свим верским организацијама ефикасне и делотворне правне лекове.<sup>41</sup>

## 6. ЗАКЉУЧАК

Сама чињеница да се у *ODIHR*-у ради на припреми нових Смерница за признавање религијских или верских заједница (*Guidelines on Recognition of Religious or Belief Communities*) показује да постоји велико интересовање и на нивоу великих међународних и међувладиних организација за питања којима се бави државно-црквено право. У случају поменутих Смерница, пажња је фокусирана на државну регулативу којом се уређује признавање верских организација, а која представља само један сегмент укупне државне регулативе која одређује њихов правни положај. Разлог за припрему ових смерница је двојак: с једне стране приметна је застарелост претходних Смерница за оцену законодавства које се односи на религије или уверења из 2004. године (*Guidelines for Review of Legislation pertaining to Religion or Belief*), док с друге стране питање регистрације и признавања верских организација представља једно од најосетљивијих питања на које треба да пружи одговор државна регулатива.

Упитник који је послат с циљем прикупљања података неопходних за припрему другог дела смерница у којем ће се налазити примери добре праксе из земаља чланица ОЕБС-а, показује одређене тенденције и оквирна питања којим ће се поменуте Смернице бавити. Најпре, треба приметити да су питања која се налазе у Упитнику заиста добро одабрана и усмерена управо на најпроблематичнија подручја правног регулисања поступка признавања, односно регистрације верских организација. То доказује и чињеница да је о већини постављених питања већ постојала развијена јавна расправа у Србији и да је српска научна јавност већ уочила сву комплексност ове проблематике.

Питања из *ODIHR*-овог Упитника покривају неколико области везаних за регистрацију цркава и верских заједница. Први блок питања односи се на врсту правног субјективитета који може стећи једна верска организација као и на постојање различитих категорија

---

<sup>41</sup> Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, 13.

цркава и верских заједница у правном систему државе. У вези са првим блоком питања српско законодавство не би требало да има проблема, пошто у правном поретку Републике Србије не постоји више врста правних лица (нпр. јавноправна и приватноправна лица). На тај начин верске заједнице стичу једини, али и оптималан правни субјективитет признат у правном поретку. Више проблема може изазвати категоризација цркава и верских заједница, која је установљена Законом о црквама и верским заједницама. Неопходно је само указати на то да се категоризацијом не дискриминишу ниже рангиране цркве и верске заједнице, јер она нема последице за суштинске елементе стеченог првог субјективитета, већ се само огледа у доступности одређених државних привилегија.

Други блок питања односи се на документацију и информације које одређена верска организација треба да достави надлежном државном органу ради стицања правног субјективитета. У овом сегменту српско законодавство је у потпуности сагласно са *ODIHR*-овим Смерницама из 2004. године. Једини споран сегмент представља одредба о минималном броју верника, о којој се расправа водила и у домаћој јавности. С обзиром на то да се ипак ради о малом броју који није фиксиран, за очекивати је да и овај сегмент државне регулативе која се бави црквама и верским заједницама буде у сагласности са будућим Смерницама *ODIHR*-а.

Трећи блок питања односи се на државне органе који су укључени у поступак регистрације цркава и верских заједница. Из упитника се може закључити да је од суштинског значаја да се обезбеди и осигура независност, непристрасност и неутралност ових органа. Имајући у виду да је надлежни орган у складу са Законом о црквама и верским заједницама министарство надлежно за вођење Регистра цркава и верских заједница, а Устав Републике Србије гарантује неутралност државе у верским питањима, може се закључити да органи који спроводе регистрацију верских организација у Србији испуњавају критеријуме из *ODIHR*-ових Смерница. Проблем се јавља једно код избора имена верске заједнице, при чему постоје одређена ограничења, која су у потпуности у складу с упоредно-правном праксом. Било би пожељно да Смернице које буду донете ипак толеришу одређена ограничења, поготову она која су прихваћена у скоро свим европским законодавствима и чије постојање оправдава њихова сврсисходност.

Последње три групе питања баве се проблематиком правних последица које настају стицањем правног субјективитета, односно регистрацијом цркава и верских заједница, последицама евентуалног одбијања регистрације, као и деловањем нерегистрованих верских организација. У овим аспектима заштите верске слободе српско

законодавство је усклађено са међународним стандардима. Наиме, цркве и верске заједнице регистрацијом стичу правни субјективитет који се ни по чему не разликује од правног субјективитета осталих правних лица, брисање из Регистра или забрана верских организација дозвољена је искључиво из разлога који су прихваћени у међународним декларацијама о људским правима, док се жалбе на све одлуке и решења надлежног државног органа могу разматрати пред управним судом или, у другом степену, пред Врховним касационим судом. Деловање и постојање нерегистрованих верских заједница није забрањено, док у исто време све верске организације имају право на стицање правног субјективитета у складу са Законом о удружењима. Ове чињенице говоре у прилог ставу да је у правном поретку Републике Србије обезбеђено правично третирање свих верских организација у сваком сегменту који се тиче њихове регистрације и признања од стране државе.

Поступак признавања или регистрације цркава и верских заједница један је од најважнијих елемената верске слободе. У вези са тим могуће је извући неколико закључака. Најпре, у већини држава света постоји одређени, више или мање сложен поступак признавања или регистрације верских организација код државних органа. Тај поступак, по правилу, има више значаја за новоосноване и мање верске организације, него за оне које имају дужи континуитет постојања или су на неки начин традиционалне.<sup>42</sup> У том поступку постоје одређени услови и ограничења која треба поштовати ради заштите јавног реда и основних људских права и слобода. Услови за регистрацију треба да буду лако испуњиви, јер је у подједнаком интересу и државе и цркава и верских заједница да оне буду регистроване. Све ове чињенице говоре о деликатности законодавног уређења ове области. С обзиром на то да је српско државно-црквено право ову област регулисало на начин који је прихватљив и за традиционалне и за новоосноване цркве и верске заједнице, и да је усклађено са међународним нормама и декларацијама о људским правима, може се очекивати да се поједина решења из српског законодавства нађу међу примерима позитивне праксе из земаља чланица ОЕБС-а, који ће бити саставни део будућих Смерница за признавање религијских или верских заједница.

---

<sup>42</sup> Да увек постоје изузеци показује и пример Црне Горе у којој је још увек споран статус верске заједнице са највећим бројем верника и најдужим континуитетом постојања Митрополије црногорско приморске СПЦ.



Dalibor Đukić

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

## CONTEMPORARY CHALLENGES IN STATE-CHURCH RELATIONSHIP

### *Summary*

Relations between the state, churches and religious communities have been in the focus of scientific research in recent decades, especially in the western countries of the European continent. These relations in the modern, secular and pluralistic societies are characterized by strong dynamics in their evolution, development, shaping and adapting to social tendencies. ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights) is currently working on an update to its 2004 Guidelines for Review of Legislation pertaining to Religion or Belief. The update will have the form of Guidelines on Recognition of Religious or Belief Communities (working title). This document will include examples of good practices from a number of OSCE participating States. In order to identify these good practices, ODIHR has prepared a questionnaire for experts in the area of freedom of religion or belief. The purpose of the questionnaire is to find examples of good practice in national law which could be used in the relevant sections of the updated Guidelines. This paper analyzes the ODIHR's questionnaire, not as a separate document, but in correlation with previous ODIHR's 2004 Guidelines for Review of Legislation pertaining to Religion or Belief in order to establish instructive suggestions and shed some light on certain unanswered question in Serbian legislation, particularly in the area of recognition of religious and belief communities. Furthermore, following the analysis of adopted regulation within Serbian legislation, an attempt is given to identify nationally applicable solutions in Serbia that could qualify as an example of good practice in new ODIHR's Guidelines.

Key words: *OSCE. – Serbian legislative. – ODIHR. – State-church Law. – Legal treatment of Churches and Religious Communities.*

Ксенија Влашковић\*

## ЗАШТИТА ПОЗНАТИХ ЖИГОВА ПО ДИРЕКТИВИ БРОЈ 89/104/ЕЕЗ

*Првом директивом о хармонизацији прописа држава чланица Европске економске заједнице о жиговима пружена је могућност државама чланицама да предвиде проширену заштиту за познате жигове, која се односи и на про изводе и услуге који нису слични производима и услугама за које је регистрован познати жиг. Основни услов за заштиту свих жигова, без обзира на степен њихове познатости, је да су жигом заштићена и каснија ознака у извесној мери међусобно сличне. Када је реч о заштити ознака заштићених жиговима са нормалном моћи обележавања, ознаке морају бити сличне у толикој мери да постоји опасност замене. Међутим, код познатих жигова степен сличности доводи у везу ознаку заштићену познатим жигом и каснију ознаку. Тек када се установи таква сличност, приступа се испитивању осталих услова за повреду познатог жига. Да би се говорило о мисаоној вези, неопходно је утврдити све релевантне околности конкретnog случаја и оциенили их у њиховој корелацији и интеракцији. Првом директивом је створен јединствени систем заштите славних и познатих жигова, чиме је укинута оштра граница која је у ранијој пракси постојала између ових жигова.*

Кључне речи: *Сличност ознака. Мисаона веза. Призвати у сећање. Моћ разликовања. Углед жига.*

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

На савременом тржишту производа и услуга постављају се све оштрији и диференциранији захтеви произвођачима и даваоцима услуга, а односе се на квалитет, цену, гарантне рокове, сервисирање итд. Велики број производа и услуга, у оквиру истог тржишног сегмента, намеће потребу да буду препознатљиви и лако идентифико-

---

\* Аутор је докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, [ksenijavlaskovic@yahoo.com](mailto:ksenijavlaskovic@yahoo.com).

вани у свести потрошача и корисника, јер се тиме ствара и појачава везаност потрошача за њих и постиже лакша продаја.

Препознатљивост и идентификовање производа и услуга остварује се на различите начине. Једно од најзначајнијих и најделотворнијих средстава је обележавање производа и услуга неким димензионалним или тродимензионалним ознакама. Двоструки димензионалне су, на пример, речи, слова, слике, или њихове комбинације, а тродимензионалне су облик робе, облик паковања итд. Ове ознаке се, под одређеним условима, могу штитити жигом. Титулар жига има искључиво право да заштићену ознаку користи за обележавање група производа и услуга, те да трећим лицима забрани њено коришћење, чиме жиг постаје снажни елемент тржишне утакмице и јача улогу свог титулара у њој.

Нарочито значајна компонента тржишне утакмице су жигови који су достигли висок степен познатости. Њихова улога и значај наметнули су проширење обима њихове заштите у поређењу са мало познатим или уобичајено познатим жиговима. Посебна заштита познатих жигова је тековина новије судске праксе и правне теорије, одакле је унета и у законодавства, па је данас већ један од принципа права о жигу. У овом раду су анализирани само услови за заштиту познатих жигова, који су прописани у Првој директиви о хармонизацији правних прописа држава чланица Европске економске заједнице о жигу из 1988. године.

Циљ рада је да укаже на само неке од проблема који се јављају у комплексу правне заштите познатих жигова. Тиме се ствара основа за њихову потпунију анализу, као и истраживање везе са другим правним гранама, посебно са правом о сузбијању нелојалне конкуренције.

## 2. ПОЈАМ ПОЗНАТИХ ЖИГОВА

Појам познатих жигова није дефинисан у законодавствима, али је предмет изучавања у правној теорији и у великом броју судских пресуда.<sup>1</sup> Овај појам се одређује применом квалитативних и кван-

<sup>1</sup> Жиг је право, којим се, у одређеном контексту, штити нека ознака. У раду није било могуће на сваком месту у пуној мери правити терминолошку разлику између жига, као права, и ознаке која је заштићена жигом, јер би то водило оптерећивању текста. У развијеној правној теорији и пракси је уобичајено да се овакво разликовање не спроводи увек, јер се већ подразумева, па у том смислу упућујемо на велики број пресуда Савезног врховног суда Немачке. У истом смислу и проф. Слободан Марковић у свом раду „Начело специјалности жига и забрана разводњавања чувеног жига правноекономско тумачење“ (*Анали Правног факултета у Београду 1/2011*, 35) истиче: „Терминологија коју наш законодавац традиционално користи није најсрећније одабрана, јер је реч 'жиг' хомоним који има и друга значења која су бли

титативних критеријума. Квалитативни критеријуми се односе на све околности које могу да утичу на „добар глас“, „углед жига“, као оличење позитивних очекивања публике. Квантитативни критеријуми се односе на неопходан степен познатости жига у промету. У судској пракси се сматра да је овај критеријум испуњен када је жиг познат у значајном делу публике која долази у контакт са производима или услугама који су њиме обележени.<sup>2</sup>

Приликом испитивања квантитативних критеријума морају се узети у обзир све релевантне околности случаја, као што су тржишни удео жига, интензитет, географска распрострањеност, трајање коришћења, као и обим инвестиција који је предузеће уложило за унапређивање жига. Међутим, не може се ни у једном случају захтевати да је жиг познат неком дефинисаном проценту меродавне публике.<sup>3</sup>

Познатост одређеног жига мора постојати у земљи у којој се захтева заштита, али жиг не мора бити коришћен у тој земљи да би се сматрао познатим.<sup>4</sup> Он познатост може стећи и на основу деловања рекламних кампања у иностранству. Поред тога, не захтева се да је жиг познат на целој територији земље, већ је довољно да је познат у неком битном делу те земље.<sup>5</sup>

### 3. ПРАВНИ ОКВИР У ПРВОЈ ДИРЕКТИВИ О ХАРМОНИЗАЦИЈИ ПРАВНИХ ПРОПИСА О ЖИГУ

Правни оквир за нашу тему садржан је у чл. 5 Прве директиве о хармонизацији правних прописа о жигу.<sup>6</sup> Овај члан је у неизмењеном облику садржан и у новијој Директиви од 22.10.2008.<sup>7</sup>

---

жа разумевању лаичке публике. С друге стране, правници често користе исту реч да означе не само субјективно право, већ и предмет заштите, односно знак. Ова непрецизност у коришћењу речи 'жиг' толико је раширена да се толерише чак и у стручној литератури, те управним и судским одлукама. Нажалост, стручни српски језик није успео да изнедри погоднију реч којом би се описани проблем превазишао. Утехе ради, англосаксонска правна струка има исти проблем са термином *trademark*.“

<sup>2</sup> Пресуда Савезног врховног суда Немачке, „Faberge“ I ZR 100/99, донета 12. 7. 2001, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 4/2002, 340-342.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 341.

<sup>4</sup> Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине*, Београд 2000, 243.

<sup>5</sup> Пресуда Европског суда правде, „Chevy“ C 375/97, донета 14.9.1999, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int. (GRUR Int)* 2000, 73-76.

<sup>6</sup> First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 40, 11/02/1989 P. 0001-0007.

<sup>7</sup> CONCIL DIRECTIVE 2008/95/EEC, OJ EC Nr. L 299, 25.

У чл. 5 Прве директиве прописана је садржина жига, као и радње које титулар жига може да забрани трећим лицима. Регистровани жиг гарантује своме титулару искључиво право да забрани трећим лицима да без његове сагласности у пословном промету:

- а) користе ознаку која је идентична жигу за робу и услуге, које су идентичне онима за које је жиг регистрован;
- б) користе ознаку, а због идентитета или сличности ознаке са жигом и идентитета или сличности робе или услуга, на које се односе жиг и ознака, за публику постоји опасност замене, која укључује опасност да ознака буде мисаоно доведена у везу са жигом.

Државе чланице могу даље да одреде да је титулару дозвољено да забрани трећим лицима, без његове сагласности, коришћење ознака у пословном промету, идентичних или сличних жигу, за робу или услуге које нису сличне онима за које је жиг регистрован, када је овај познат у дотичној држави чланици, а коришћењем ознака се искоришћава или оштећује, без оправдавајућег разлога и на нелојалан начин, моћ разликовања или углед жига.

Од значаја за овај рад су и чл. 4, ст. 4, тач. а и чл. 6, ст. 1, тач. б. Наиме, у чл. 4, ст. 4, тач. а је прописано да свака држава чланица може предвидети да се не може регистровати ознака која је идентична, или слична старијем националном жигу, под условом да је старији жиг познат у држави чланици, а коришћењем млађе ознаке се искоришћава или оштећује дистинктивна моћ или углед старијег жига на нелојалан начин, без оправдавајућег разлога. У чл. 6, ст. 1, тач. б прописано је да жиг не пружа право титулару да у привредном промету забрани трећим лицима коришћење идентичне или сличне ознаке, као податка о обележјима производа или услуга, посебно о њиховој врсти или особинама, под условом да овакво коришћење није противно добрим обичајима.

#### 4. УСЛОВИ ЗА ЗАШТИТУ ПОЗНАТИХ ЖИГОВА ПО ПРВОЈ ДИРЕКТИВИ 89/104

Да би жиг уживао заштиту по основу познатости, сходно чл. 5, ст. 2 Прве директиве 89/104, неопходно је да буде испуњено неколико услова. Прво, жиг мора бити познат у Заједници или у држави чланици. Друго, старији познати жиг мора да буде регистрован. Треће, старији жиг мора да буде идентичан или сличан касније пријављеној ознаци. Четврто, коришћење пријављене ознаке мора да има за последицу нелојално искоришћавање дистинктивности или угледа

старијег жига или оштећење дистинктивности или угледа старијег жига. Пето, пријављена ознака се користи без оправдавајућег разлога.

#### 4.1. Сличност ознака

Сличност ознака је једна од основних претпоставки за утврђивање комплексне оцене о томе да ли је реч о повреди жига. Ознаке могу бити мање или више сличне, или различите, што је од битног утицаја и за одређивање врсте и природе саме повреде.<sup>8</sup> Наиме, о повреди жига који поседује нормалну моћ обележавања говори се само онда када постоји опасност замене, а о повреди познатих жигова и у неким другим случајевима.

##### 4.1.1. Опасност замене

Опасност замене је један од најважнијих појмова у праву о жиговима. Реч је о томе да ли жигови који су међусобно мање или више слични или различити изазивају опасност замене у промету. Основа за одређивање овог појма су правно заштићене функције жига, па се полазећи од тога, може рећи да опасност замене значи заблуду о пореклу робе, изазвану употребом неке ознаке која је у извесној мери слична ознаци која је заштићена приоритетно старијим жигом.<sup>9</sup>

Разликујемо опасност замене у ужем смислу и опасност замене у ширем смислу. Опасност замене у ужем смислу постоји онда када промет претпоставља да су идентична предузећа која користе сличне ознаке за обележавање исте или сличне робе.<sup>10</sup> Другим речима, на основу сличности између две ознаке промет је доведен у заблуду и сматра да њима означена роба потиче из истог предузећа. У зависности од тога да ли промет може да уочи разлике између коришћених ознака разликује се непосредна и посредна опасност замене.

Непосредна опасност замене постоји када две ознаке на темељу општег утиска којег изазивају, иако се међусобно разликују, побуђују код просечног потрошача представу да је реч о једној те истој ознаци. Овде потрошачи непосредно замењују ознаке, на основу високог степена њихове сличности, и тиме су доведени у заблуду о пореклу робе.

Посредна опасност замене постоји када просечни потрошачи не замењују саме ознаке. Они увиђају да је реч о различитим озна-

<sup>8</sup> Karl Fezer, *Markenrecht*, 3. Auflage, München 2001, 645.

<sup>9</sup> Божин Влашковић, *Правна заштита славних жигова*, Савезни завод за патенте, Београд 1992, 81.

<sup>10</sup> Пресуда Европског суда правде „*Marca Mode*“ C 425/98, донета 22.6.2000, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2000, 504.

кама, али на основу заједничких елемената извлаче закључак да је каснија ознака модификација старије, па сматрају да њима обележени производи потичу из истог извора. Овде је реч о серијским жиговима.

Серијски жигови су резултат чињенице да многа предузећа за обележавање производа користе неку основну или сталну ознаку и да је мењају додавањем или изостављањем неких елемената. На тој основи у промету настаје уверење да се тако измењене ознаке везују за један стални или серијски жиг, а да тако обележена роба има исто порекло. Овим ознакама се може изазвати опасност замене, ако су испуњена два основна услова. Први је да ознаке нису заменљиве по свом општем утиску, али да се у њима налази исти основни део, као што је, на пример, основна реч или основна слика. Други је да тај основни елемент мора деловати као ознака порекла у том смислу да потрошачу указује на извор из којег производ потиче. Схватање промета је меродавно при оцењивању да ли се исти елемент, који се налази у обе ознаке, може сматрати као стални елемент који неко предузеће употребљава за означавање својих производа или услуга. Такав елемент се не мора користити у другој ознаци у идентичном облику, али мора постојати суштинска сличност, као на пример, између речи *Clinicult* и *Clinitest*.<sup>11</sup>

Посредна опасност замене постоји и онда када се каснија ознака у промету схвати као модификација раније, која одговара духу времена или модним токовима. На пример, заменљиве су ознаке заштићене жиговима *Ultra fac* и *Ufac*, јер се ознака *Ufac* у промету схвата као скраћеница ознаке *Ultra fac*.<sup>12</sup>

Опасност замене у ширем смислу постоји када промет увиђа да је реч о различитим предузећима из којих потиче роба, али на основу сличности употребљених жигом заштићених ознака погрешно претпоставља да између ових предузећа постоје посебне привредне везе или уско организационо јединство. Она је подврста посредне опасности замене. По овом основу је, на пример, утврђена опасност замене између жигова *Farina* и *Farinissima*.<sup>13</sup>

На основу реченог, произилази да је основна претпоставка за опасност замене виши степен сличности између жигом заштићене ознаке и касније ознаке. Та сличност је, како смо већ истакли, нарочито изражена када је реч о непосредној опасности замене. Сличност може бити у визуелном, аудитивном или појмовном смислу. За утврђивање сличности меродаван је општи утисак ових озна-

<sup>11</sup> Б. Влашковић, „Приказ правне заштите славних и познатих жигова у вези с правом Европске уније и СР Југославије“, *Право и привреда* 5 8/1996, 551.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 552.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 559.

ка, за чије се одређивање узимају у обзир њихови дистинктивни и доминирајући елементи. Одлучујући значај припада чињеници како ознаке делују на просечног потрошача производа и услуга. За ту оцену је основно правило да просечни потрошач ознаку заштићену жигом перципира као целину и не обраћа пажњу на њене различите појединости, што значи да се не сме узети у обзир само неки део сложене ознаке заштићене жигом и упоређивати са другом ознаком. Напротив, ознаке се увек морају међусобно упоредити као целина, што не искључује могућност да у зависности од околности један или више делова неке ознаке буду одлучујући за општи утисак. Међутим, сличност се може искључиво заснивати на доминантном обележју, само онда када се могу занемарити сва друга, на пример, када је оно већ и само подесно да уобличи слику ознаке заштићене жигом, која остаје у сећању просечног купца.

Опасност замене имплицира међузависност између неколико фактора, посебно сличности ознака заштићених жиговима и сличности њима обележених производа или услуга. На пример, нижи степен сличности производа или услуга може да буде компензиран вишим степеном сличности ознака, и обрнуто. Мора се имати у виду да приликом комплексне оцене опасности замене, визуелним, аудитивним или појмовним аспектима супротстављених ознака не припада увек исти значај, па се морају испитати објективне околности под којима се ознаке појављују на тржишту, на пример, од услова пласирања производа на тржишту. Наиме, уколико се производи означени жигом уобичајено продају у самоуслугама, где потрошач сам бира робу и првенствено се усмерава на слику ознаке заштићене жигом, тада је визуелна сличност ознака по правилу од већег значаја. Насупрот томе, када је реч о производима који се пре свега продају на основу усменог саопштавања, нормално је да аудитивна сличност ознака има већи значај. На пример, потрошачи вина су, за разлику од потрошача безалкохолних пића, навикнути да производ именују речју, што је правило у баровима и ресторанима где се вино по избору из винске карте усмено наручује, па је аудитивна сличност ознака од посебног значаја.

#### *4.1.2. Мисаоно повезивање ознака*

Основна претпоставка за заштиту познатих жигова је, такође, сличност ознаке заштићене тим жигом и касније ознаке. Ознаке морају да поседују неко заједничко својство, али само такве природе да их меродавни прометни кругови мисаоно повезују, али се не захтева да их замењују. Другим речима, довољан је нижи степен сличности ознака у поређењу са степеном сличности који је неопходан за опасност замене. Свакако, степен сличности мора да буде такав да омогућава да се у промету ознаке међусобно мисаоно повезују.



Појам мисаоног повезивања је настао у пракси Европског суда правде и први пут је употребљен у пресуди *Adidas/Fitnessworld*,<sup>14</sup> као израз настојања да се заштита познатих жигова разграничи од заштите жигова са нормалном снагом обележавања. Наиме, жигови са нормалном снагом обележавања су заштићени против опасности замене, али која по новим прописима укључује и заштиту серијских жигова и заштиту од опасности замене у ширем смислу.<sup>15</sup> Према ставу Европског суда правде, наступање негативних последица, које су наведене у чл. 5, ст. 2 је управо резултат такве сличности ознака.<sup>16</sup> У случају да промет ознаке мисаоно не повезује није испуњена основна претпоставка за примену чл. 5, ст. 2.<sup>17</sup>

Да би се утврдило мисаоно повезивање ознака, неопходно је узети у обзир све релевантне околности конкретног случаја, њихову повезаност, утицај и међусобно деловање. Такве околности могу да буду: степен сличности ознака које се међусобно пореде, врсте производа и услуга, укључујући степен њихове сличности или различитости, меродавни прометни кругови, степен познатости старијег жига, степен моћи разликовања, или дистинктивности старијег жига, без обзира да ли је она изворна или стечена његовим коришћењем, као и постојање опасности замене.<sup>18</sup>

Сличност ознака је у директној вези са њиховим довођењем у мисаону везу. Наиме, вероватноћа довођења у мисаону везу је утолико већа, уколико су ознаке међусобно више сличне. Међутим, чак ни идентичност, тим пре ни сличност, нису довољни да се закључи да их промет мисаоно повезује, јер не морају бити исти прометни кругови у којима се користе производи и услуге за које су жигови регистровани. Познатост жига се, наиме, одређује у односу на прометне кругове који долазе у додир са производима и услугама који су заштићени жигом. Свакако да ти прометни кругови по свом обиму могу да буду врло различити, па је негде реч о широкој публици, а негде само о специјализованој или ограниченој. Према томе, није искључено да су прометни кругови који долазе у додир са производима и услугама за које је регистрован познати жиг, потпуно различити од оних који долазе у додир са производима и услугама за које је пријављен или регистрован каснији жиг. Познати жиг може бити

<sup>14</sup> Пресуда Европског суда правде, „Adidas/Fitnessworld“ С 408/01, донета 23.10.2003, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2004, 58.

<sup>15</sup> Amelie Winkhaus, *Der Begriff der Zeichenähnlichkeit beim Sonderschutz bekannter Marken*, Peter Lang, Frankfurt am Mein New York 2010, 91 94.

<sup>16</sup> Пресуда Европског суда правде, „General Motors“ С 375/97, донета 14.9.1999, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2000, 56.

<sup>17</sup> Пресуда Европског суда правде, „Intel“ С 252/07, донета 27. 11. 2008, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 4/2009, 56.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 57.

непознат за друге прометне кругове, јер они с њим не долазе у везу, као што ни прометни кругови у којима је жиг познат не долазе у додир с каснијим. Логична последица је да овакви прометни кругови ознаке не могу да мисаоно доведу у везу. У случају да су прометни кругови исти, или да се у одређеном обиму преклапају, могуће је да су производи и услуге толико различити да млађа ознака код њих не изазива сећање на ознаку заштићену познатим жигом.

Степен познатости жига се, такође, мора узети у обзир, јер неки жигови достижу толико висок степен познатости који превазилази прометне кругове који долазе у додир с производима и услугама за које су жигови регистровани. У том случају је могуће да прометни кругови, који долазе у додир с производима и услугама за које је регистрован млађи жиг, успоставе мисаону везу с познатим жигом, иако је реч о потпуно различитој публици у односу на ону која долази у додир с производима и услугама за које је регистрован познати жиг. Другим речима, неопходно је утврдити да је жиг познат и у прометним круговима који не долазе у додир с производима и услугама за које је он регистрован.

Вероватноћа да меродавни прометни кругови врате у сећање ознаку заштићену познатим жигом је већа када она по пореклу, или на основу коришћења, поседује изразитију моћ разликовања. То је нарочито карактеристично за ознаке заштићене жигом које су у том облику једине на тржишту, на пример, када ту реч не користи нико други осим титулара жига, без обзира на врсту производа и услуга.

Сасвим је разумљиво да мисаона веза постоји у случајевима у којима је утврђена опасност замене, дакле, када меродавни прометни кругови мисле, или могу да мисле, да производи и услуге потичу из истог привредног извора или из извора који су привредно међусобно повезани. Међутим, већ смо истакли да постојање опасности замене није услов за потврђивање мисаоне везе, као претпоставке за заштиту познатих жигова.

Један од најзначајнијих ставова који је изражен у пресуди *Intel* је изједначавање мисаоног повезивања у смислу пресуде *Adidas-Salomon*<sup>19</sup> с околношћу да млађа ознака код нормално информисаног, пажљивог и разборитог потрошача враћа у сећање старију ознаку заштићену познатим жигом. Тек када су ознаке мисаоно доведене у везу, титулар жига је у могућности да доказује испуњеност услова, који су дефинисани у чл. 5, ст. 2 Прве директиве. Само једно коришћење идентичне или сличне ознаке може да буде довољно да проузрокује негативан актуелни утицај на моћ разликовања жига или на настанак озбиљне опасности да се то деси у будућности.

---

<sup>19</sup> Maurice Gonsalves, „The protection of well known trademark in case C 480/01“, *European Intellectual Property Review* 3/2006, 181.

#### 4.2. Оштећење и искоришћавање моћи разликовања и угледа жига

Следећа претпоставка за заштиту познатих жигова је да се коришћењем касније ознаке искоришћава или оштећује моћ разликовања или углед жига, при чему је довољно да се деси само једна од наведених радњи.<sup>20</sup> Моћ разликовања означава подобност жига да производе и услуге идентификује као оне који потичу од титулара жига. Да би се моћ разликовања ослабила коришћењем млађег жига, неопходно је да се тиме проузрокује нестајање идентитета старијег жига и његове познатости код публике.

Доказ да коришћење млађег жига има негативно деловање на моћ разликовања познатог жига подразумева да се променило, или се може променити, привредно понашање просечног купца производа за које је регистрован старији жиг, а због коришћења млађег.<sup>21</sup> Насупрот томе, за ово питање је небитно да ли титулар млађег жига остварује стварну привредну корист на основу моћи разликовања познатог жига.<sup>22</sup>

На крају процеса разводњавања жиг више није у стању да код потрошача изазове непосредну мисаону везу с одређеним пореком. Титулар жига може да се супротстави сваком облику таквог искоришћавања и пре него што је завршен процес разводњавања са последицом потпуног губљења дистинктивне моћи.

Оштећење угледа жига, које се, такође, назива „наруживање“, постоји када производи и услуге за које треће лице користи идентичну или сличну ознаку могу да делују на такав начин на јавност да се сужава привлачна моћ жига.<sup>23</sup>

Појам нелојално искоришћавање дистинктивне моћи или угледа жига није у вези са оштећењем жига, него са користима које трећа лица остварују употребом исте или сличне ознаке. Овај појам се нарочито односи на случајеве у којима по основу преношења имица жига на касније производе постоји јасно искоришћавање привлачећег дејства познатог жига.

Када је реч о оштећењу дистинктивне моћи или угледа познатог жига меродавно је схватање просечних потрошача производа или услуга за које је жиг регистрован. Напротив, када је реч о искоришћавању дистинктивне моћи или угледа познатог жига меродавно је схватање просечних купаца производа или услуга за које је

<sup>20</sup> Adolf Baumbach, *Wettbewerbsrecht*, Band 13, München 2001, 767 782.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 324.

<sup>22</sup> Vanessa Marseland, „Famous trademarks in EU law“, *World Trademark Review* 4/2005, 69.

<sup>23</sup> Maier Clelland, „Protection of famous marks under new dilution act“, *World Trademark Review*, 9/2010, 76.

регистрован млађи жиг, јер у овим случајевима титулар млађег жига извлачи користи из старијег жига.<sup>24</sup>

#### 4.3. Коришћење на нелојалан начин без оправдавајућег разлога

Ово питање је разматрано у неколико значајних судских пресуда, које ћемо ближе представити. У првој пресуди<sup>25</sup>, тужила је Немачка пошта, која је титулар жига *POST*, регистрованог за услуге преноса и достављања добара, писама и пакета. Поред тога, она је и титулар већег броја жигова који садрже ту реч, као и титулар жига у слици којом се репродукује поштански рог у црној боји и титулар жига у боји, којим је заштићена једна нијанса жуте боје. Тужена страна је предузеће које се бави истим услугама, а послује под именом *Die Neue Post*.

Према чл. 6 Прве директиве о хармонизацији прописа о жиговима, титулар жига не може да трећим лицима забрани коришћење идентичне или сличне ознаке као податка о обележјима услуга, као што је врста услуга или њихове особине, под условом да коришћење није противно добрим обичајима. Ова претпоставка је испуњена у наведеном случају, јер реч *POST* означава предмет на који се односи услуга тужене, па је зато податак о обележју услуга.

Повреда добрих обичаја обавезује треће лице да не поступа против оправданих интереса титулара жига на нелојалан начин, што се процењује узимајући у обзир све околности конкретног случаја. Опасност замене у смислу права о жигу не значи аутоматски и повреду добрих обичаја у индустрији или трговини, јер би у супротном случају чл. 6, Прве директиве био лишен сваког смисла. У конкретном случају не може бити речи о повреди добрих обичаја, јер је правна претходница тужиље била Савезна пошта Немачке, као монополско предузеће, које је имало искључиво право да се у Немачкој бави овим услугама. Међутим, деведесетих година прошлог века тржиште поштанских услуга је делимично отворено и за приватне понуђаче, који имају посебан интерес да користе реч *POST* за означавање својих услуга, јер је у питању реч која описује ове услуге. Приватним предузећима, која су се касније појавила на тржишту, било би забрањено да користе реч *POST* и били би једино у могућности да користе друге ознаке фантастичног карактера. Члан 6 Прве директиве има за циљ да доведе у склад интересе заштите путем жига и слободног промета робе и услуга, тако да право о жигу може да испуни своју улогу, као суштински део система лојалне

<sup>24</sup> Michael Sack, „Der Sonderschutz bekannter Marken,“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 1995, 81.

<sup>25</sup> Пресуда Савезног врховног суда Немачке (BGH) *POST I ZR 169/05*, донета 5.6.2008. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 9/2008, 798 800.

конкуренције. Из тог разлога конкуренти, који се касније појављују на до тада монополизованом тржишту, морају да имају могућност да користе неки описујући појам и када се тиме изазива опасност замене са већ постојећим познатим жигом у речи, иако се тиме ограничава обим заштите тог жига. За овакав став није одлучујуће да тужила за означавање својих услуга није нужно упућена на коришћење појма *POST* и да би зато могла да изабере друге ознаке. Међутим, ограничење обима заштите се, свакако, мора свести на примерену меру, тако да се нови конкуренти употребом неких додатних обележја морају разграничити према самостално коришћеној речи која је заштићена жигом. Поред тога, они не смеју да повећавају опасност замене наслањањем на друге ознаке које користи титулар жига, као што су поштански рог и жута боја. У конкретном случају то значи да би повреда добрих обичаја постојала када би тужила за означавање својих услуга користила жуту боју или поштански рог у вези са ознаком *Die Neue Post*.

Захтев тужиле није основан полазећи и од посебне заштите познатих жигова. Наиме, ова заштита се пружа само у случају да тужена своју ознаку користи без оправдавајућег разлога на нелојалан начин. Међутим, из претходних излагања је јасно да тужила има оправдан разлог да користи ознаку, заштићену познатим жигом, а да то не чини на начин који је противан добрим обичајима.<sup>26</sup>

Овим питањем се бавио и Европски суд правде. По схватању Суда нелојално искоришћавање дистинктивности или угледа жига није условљено постојањем опасности замене, нити опасношћу оштећивања ове дистинктивности или угледа, нити уопштено титулара жига. Корист која проистиче за треће лице из употребе ознаке која је слична ознаци, заштићеној познатим жигом, је нелојално искоришћавање дистинктивности или угледа жига. Оно наступа када треће лице оваквом употребом покуша да себе уметне у подручје у којем жиг делује привлачеће, а с циљем да профитира из гласа и угледа жига и његовог деловања. На тај начин оно искоришћава привредне напоре титулара жига, чији је циљ био стварање и одржавање имица жига, а да за то не пружа никакву финансијску надокнаду титулару.<sup>27</sup>

У пресуди *Interflora*<sup>28</sup> исти Суд је истакао да се не може оспорити да конкурент извлачи корист из динстинктивне моћи и угледа познатог жига, када корисник интернета, уместо робе или услуге

<sup>26</sup> *Ibid.*, 679.

<sup>27</sup> Пресуда Европског суда правде, „L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC“ C 487/07, донета 18.6.2009, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 8/2009, 757.

<sup>28</sup> Пресуда Европског суда правде, „Interflora“ C 323/09, донета 22.9.2011, *MarkenR* 10/2011, 454.

титулара жига за којима је почетно трагао, узима робу конкурента, пошто се упознао са његовим огласом. Такође се не може оспорити ни то да конкурент титулару за овај вид коришћења не плаћа никакву накнаду. Такав избор, уколико не постоји оправдавајући разлог, може се оценити као нелојалан. То посебно може бити у случајевима када се нуди роба која је подражавање робе титулара познатог жига. На супрот томе, када се на интернету на основу кључне речи презентује оглашавање којим се нуди роба или услуга титулара познатог жига, која није чисто подражавање, при чему се не изазива разводњавање или наруживање жига, нити оштећују функције жига, него се предлаже алтернатива за робу или услугу титулара познатог жига, мора се поћи од тога да је такво коришћење начелно обухваћено здравом и лојалном конкуренцијом, те да се заснива на оправдавајућем разлогу.

Европски суд правде је у пресуди *TDK*<sup>29</sup> решавао о заштити познатог жига који је био заштићен за обележавање уређаја за регистровање, преношење и репродукцију тона и слике, а исту ознаку је треће лице пријавило за обележавање одевних предмета, обуће и акцесоара. У пресуди је пружена заштита познатом жигу, али је и посебно размотрено питање нелојалног искоришћавања дистинктивности и угледа познатог жига. У том контексту је истакнуто да се познатост и дистинктивност старијег жига односе и на унапређивање и рекламне активности титулара приликом спонзорисања спортских и музичких догађаја. Када је посебно реч о спортским догађајима, публика је навикнута да ознаку заштићену жигом *TDK* види на одевним предметима који су повезани са овим догађајима. Поред тога, коришћење млађе пријављене ознаке на било ком одевном предмету, а посебно оном који уобичајено користи титулар жига у оквиру својих спонзорства, подесно је да у публици изазове претпоставку да ове одевне предмете производи титулар жига, или да се они производе на основу лиценце коју он даје. Коришћењем млађе пријављене ознаке подстиче се куповина њоме обележене робе, па се, на тај начин, користи укупни *goodwill*, који је повезан са титуларом старијег познатог жига, као спонзора светски познатих приредаба и европских музичких догађаја. Титулар жига је у *goodwill* инвестирао много времена, рада и новца. Овај *goodwill* пријавилац млађе ознаке преноси на своје сопствене производе, што је паразитно искоришћавање познатог жига и истовремено покушај да се остваре користи из његовог доброг гласа. Према схватању Суда, ово је исто што и нелојално искоришћавање како дистинктивности, тако и угледа старијег жига.

<sup>29</sup> Пресуда Европског суда правде, *TDK T 477/04*, донета 6.2.2007, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int. (GRUR Int.) 4/2007*, стр. 327-330.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Првом директивом 89/104 је пружена могућност државама чланицама да предвиде проширену заштиту за познате жигове, која се односи и на производе и услуге који нису слични производима и услугама за које је регистрован познати жиг. Услов је да се каснијом ознаком искоришћава или оштећује моћ разликовања или углед познатог жига на нелојалан начин и без оправдавајућег разлога. Државе чланице које су предвиделе проширену заштиту познатих жигова за производе и услуге који нису слични, обавезне су да бар минимално такву заштиту предвиде за познате жигове и када је реч о истим производима или услугама. Основни услов за заштиту свих жигова, без обзира на степен њихове познатости, је да су жигом заштићена ознака и каснија ознака у извесној мери међусобно сличне. Када је реч о жиговима са нормалном снагом обележавања, степен сличности мора бити толико висок да изазива опасност замене у погледу порекла производа и услуга. Највиши степен сличности постоји када је реч о непосредној опасности замене, при којој се у промету сматра да је реч о једној те истој ознаци. Када је, пак, реч о познатим жиговима, степен сличности је нижи и мора бити само толики да на основу те сличности промет мисаоно доводи у везу ознаку заштићену познатим жигом и каснију ознаку. Да би се говорило о мисаоној вези, неопходно је утврдити све релевантне околности конкретног случаја и оценити их у њиховој корелацији и интеракцији.

Првом директивом је створен јединствени систем заштите славних и познатих жигова, чиме је укинута оштра граница која је у ранијој пракси постојала између ових жигова. Укидање ове границе је било пожељно полазећи и од чињенице да ни теорија ни пракса нису успеле да одреде прецизније критеријуме за дефинисање славних жигова. Оваквом регулативом се славним жиговима пружа слабија заштита у поређењу са ранијом, јер објекат заштите више није јединствени положај жига. Дакле, не може се забранити употреба славног жига за ма коју робу, аутоматски, а без икаквих или ближих истраживања. Напротив, забрана регистрације или коришћења се може захтевати само када је реч о обележавању неких неистоврсних производа или услуга, под условима који су предвиђени у Првој директиви. Наравно, титулар жига ће лакше доказати да су ови услови испуњени уколико је ознака заштићена жигом познатија, или ако је жиг славан.

Ksenija Vlašković

PhD student

University of Kragujevac, Faculty of Law

## PROTECTION OF THE WELL-KNOWN TRADEMARKS UNDER DIRECTIVE NUMBER 89/104/EEC

### *Summary*

With the First Council Directive No. 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, the member states were given an opportunity to provide extended protection for well-known trademarks, which is also applied to the goods and services which are not identical with or similar to the goods and services for which the well-known trade mark is registered. The basic requirement for the protection of all trademarks, regardless of how famous they are, is that the trademark and later signs are to some extent similar to each other. When it comes to the common trademarks protection, an extremely high degree of similarity is necessary. However, when the famous trademarks protection is in question, a degree of similarity required is low and it has to be that way in order to associate the famous trademark and the later sign. At the point of establishing such a similarity, we can identify other conditions of trademark infringement. In order to talk about the likelihood of association – it is necessary to identify all the relevant circumstances of the case itself and evaluate them in their correlation and interaction. The Directive has created the unique system of protection of famous and well-known trade marks, thus eliminating the sharp boundary that existed between these types of marks in the earlier practice.

Key words: *Similarity of signs. – Likelihood of association. – Call to mind. – The power of distinctive. – Reputation of trademark.*



Др Самир Аличић\*

## ПРОЦЕНА ШТЕТЕ ПО АКВИЛИЈАНСКОЈ ТУЖБИ У СЛУЧАЈУ УНИШТЕЊА ПРЕДМЕТА ОБЛИГАЦИОНОГ ОДНОСА

У раду се истражују случајеви у којима околност да је уништена или оштећена ствар била предмет облигационог односа утиче на процену штете у поступку по тужби из Аквилијевог закона (*actio legis Aquiliae*), односно тужби због противправно нанете штете (*actio damni iniuriae*) у римском класичном праву. Након увода, у коме су дефинисани циљеви рада, дата је анализа случајева који се појављују у класичним изворима: уништење ствари обећане под уговорном казном, уништење предмета ноксалне одговорности, и уништење мање вредне престајације у алтернативној облигацији.

Кључне речи: Римско право. Облигације. Одитетно право. Аквилијев за кон. Уговорна казна. Алтернативне облигације. Ноксална одговорност.

### 1. УВОД

Циљ овог истраживања је да понуди одговор на следеће питање: у којим случајевима околност да је уништена ствар била предмет облигационог односа утиче на процену штете по аквилијанској тужби, и на који начин?<sup>1</sup> Оставићемо, дакле, по страни друге проблеме

---

\* Аутор је доцент Правног департмана Државног универзитета у Новом Пазару и Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, [samiralicic1@gmail.com](mailto:samiralicic1@gmail.com).

<sup>1</sup> Вануговорна одговорност за штету у римском и савременом праву углавном се, као што је општепознато, развила на основу Аквилијевог закона, једног плебисцита донетог највероватније 286. или 287. године п. н. е. Путем тужбе за противправну штету (*actio damni iniuriae*), у изворима алтернативно означене и као тужба из Аквилијевог закона (*actio legis Aquiliae*), власник оштећене или уништене ствари захтева од учиниоца деликта највишу вредност коју је оштећена или уништена ствар имала у току годину дана (у случају убиства робова или стоке) или у току триде

који се могу јавити у случају уништења предмета престације, попут активне легитимације за подношење аквилијанске тужбе, који су сами по себи занимљиви, али нису од значаја за решење наведеног питања.<sup>2</sup>

Пре него што се позабавимо конкретним случајевима које су класични правници разматрали, треба истаћи да они приликом процене штете у аквилијанском спору нису узимали у обзир сваки имовински губитак настао услед уништења незаменљивог предмета облигације, као што показује следећи фрагмент:

D.9.2.33pr ПАУЛ, из друге књиге о Плаутију: *Ако си убио мог роба, сматрам да не треба да постоји афективна процена, на при-*

сет дана који су претходили деликту (у случају уништења или оштећења осталих ствари): D.9.2.2pr GAIUS libro septimo ad edictum provinciale *Lege Aquilia capite primo cavetur: 'ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'* (ГАЈ, из седме књиге о провинцијском едикту: У првом поглављу Аквилијевог закона предвиђено је: *ако неко туђег роба или туђу робинју, четвороножну животињу или марвинче, противправно убије, колико је то у оној години највише вредело, толико новца нека буде осуђен да да господару.*); D.9.2.27.5 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.'* (D.9.2.27.5 УЛПИЈАН, из осамнаесте књиге о едикту: У трећем, пак, поглављу Аквилијев за кон исто тако каже: *Ако би неко учинио штету другоме путем осталих ствари, изузимајући убијене робове и стоку, за оно што би противправно спалио, сломио или уништио, колико та ствар буде вредела у протеклих тридесет дана, толико новца нека буде осуђен да да господару.*). Класични правници процену штете врше водећи рачуна о укупном имовинском интересу оштећеног лица (*quod interest, utilitas*). То значи да се при процени штете израчунава не само вредност уништене или оштећене ствари (*quanti ea res erit*), него и други губици које је оштећени претрпео, како ствар на штета, тако и изгубљена добит (*quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur*

D.9.2.33pr). Између осталог, то подразумева и вредност изгубљеног сувласничког удела (D.9.2.19; D.9.2.20), стварног права (попут плодуживања и употребе D.4.3.7.4; D.9.2.12; D.9.2.11.10; D.43.24.13pr) или савесне државине (D.9.2.17) коју је неко имао на туђој ствари. Такође, подразумева и штету насталу услед смањења вредности других ствари (на пример, у случају убиства једног од коња из четворопрега D.9.2.22.1; G.3.212; I.4.3.10), изгубљену зараду и трошкове лечења (у случају повреде слободног човека D.9.2.5.3; D.9.2.7pr; D.9.2.13pr; D.19.2.13.4; PSI.14.1449), губитак наслеђа или легата или немогућност наплате облигационог потраживања (због убиства роба наследника D.9.2.23pr; D.9.2.23.1; D.9.2.51; D.9.2.36.1; убиства роба чије је ослобођење услов за наслеђе D.9.2.23.2; уништења доказа о постојању облигације или таблица тестаментa D.2.13.10.3; D.9.2.40.42; D.47.2.32.1; убиства роба саучесника у проневери пре него што је испитан D.9.2.23.4; уништења предмета залогa D.9.2.30.1; D.20.1.27), као и вредност изгубљеног плода повређене робине или домаће животиње (D.9.2.27.22; D.9.2.39).

<sup>2</sup> Вид. С. Аличић, „Легитимација за подизање аквилијанске тужбе у случају уништења предмета облигационог односа“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011, 359-381.

мер ако неко убије твог ванбрачног сина, којег би ти желео и по високој цени, већ колико је вредео за свакога. Секст, као и Педије, каже да се цена не изводи из страсти или користи појединаца, већ генерално; и тако се за оног који поседује ванбрачног сина не сматра да је због тога богатији, иако би га он откупио и по највишој цени ако би припадао другоме, нити ће се сматрати да онај који је поседовао туђег сина има толико за колико га је могао продати оцу. Наиме, по Аквилејевом закону захтевамо штету; и кажемо да смо изгубили или оно што смо могли да стекнемо, или оно што смо били присињени да исплатимо.<sup>3</sup>

Овај текст саопштава не само да се приликом процене не узима у обзир афективна вредност ствари, већ и да се не узима у обзир ни шпекулативна цена која би се због афективног односа трећег лица могла постићи у купопродаји.<sup>4</sup> Наиме, лице које поседује туђег сина неће у случају његовог убиства добити у аквилејанском спору

<sup>3</sup> D.9.2.33pr PAULUS libro secundo ad Plautium *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Peditius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiozem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.* Иначе, и у другим својим текстовима Паул процењује штету полазећи од тржишне, а не афективне вредности ствари, што говори у прилог аутентичности наведеног текста. Тако, у једном тексту који се односи на процену вредности легата (D.35.2.63pr) он каже: *Вредност ствари се не утврђује на основу користи појединаца, већ уопште. Нити је, наиме, онај који поседује ванбрачног сина за толико богатији, за колико би био спреман да га откупи ако би га други поседовао. Али ни онај, који поседује туђег сина, нема толико за колико би га могао продати оцу, нити треба очекивати да ће га продати, већ се процењује колико вреди у садашњости, не као нечији син, него као човек...* (*Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec expectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur...*) Сличне ставове имао је и Улпијан, који у једном тексту који се односи на службености установљене на робовима (D.7.7.6.2) каже: *Затим, неће се вршити процена (вредности роба) на основу задовољства или страсти, на пример ако му је господар привржен или га користи за своје задовољство. (Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit).*

<sup>4</sup> Де Робертис (*de Robertis*) примећује да остаје отворена могућност да претор за афективну штету додели тужбу *in factum ex lege Aquilia* (D.9.2.33.1), F. M. de Robertis, *Damnum iniuria datum Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Bari 2000, 124. Ипак, ниједан извор не саопштава да је претор ову могућност искористио. Паулова опаска у тексту D.9.2.33.1 на коју се Де Робертис позива, према којој се за штете за које се не даје директна аквилејанска тужба даје преторска тужба на основу чињеничног стања, вероватно се не односи на претходни параграф D.9.2.33pr у коме је расправљано о афективној вредности ствари. Пре ће бити да је у питању

ништа више од тржишне вредности коју би роб имао за било кога (*quanti omnibus valeret*), макар његов отац био спреман да га откупи по високој цени. Дакле, околност да нека ствар представља предмет облигационог односа сама по себи нема значаја за процену штете по аквилијанској тужби.<sup>5</sup> Ипак, постоје случајеви у којима ова околност може да утиче на процену аквилијанске штете, које ћемо анализирати у даљем тексту.

## 2. УНИШТЕЊЕ СТВАРИ ОБЕЋАНЕ ПОД УГОВОРНОМ КАЗНОМ

D.9.2.22pr ПАУЛ, из двадесет друге књиге о едикту: *Stoga, ако си убио роба за кога је под (уговорном) казном обећано да ће бити предат, имовински интерес се узима у обзир у овој тужби.*<sup>6</sup>

Ако неко убије роба којег је дужник обећао под уговорном казном, дужник више не може да изврши основну обавезу, и поверилац може од њега да наплати уговорну казну.<sup>7</sup> Штета коју је дужник

констатација генералног карактера, или да се односила на део текста који је следно, а који у Дигестама није сачуван.

<sup>5</sup> Иначе, поред шпекулативне добити, у римском праву у процену аквилијанске штете не улази ни неизвесна добит, за коју није сигурно да би била остварена. Тако, у случају да се рибари својим бродом заплету у рибарске мреже другог брода и исеку их да би ослободили свој брод, одговараће само за штету која је на нета на мрежама, али не и за губитак рибе која је могла бити уловљена, будући да се овде ради о добити за коју није јасно да ли би, и у којој мери, била остварена (D.9.2.29.3).

<sup>6</sup> D.9.2.22pr PAULUS libro vicensimo secundo ad edictum *Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.* Герке (Gerke) сматра овај текст за интерполисан, као и бројне друге текстове који говоре о при мени сличних принципа код других тужби, и који, према томе, указују на класично порекло овог текста (D.19.1.21.3; D.47.2.68.1; D.12.3.3; D.45.1.118.2; D.13.4.2.8), Т. J. Gerke, „Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche der 'lex Aquilia' (Mit einem vergleichenden Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus Furtum)“, *Studia et documenta historiae et iuris (SDHI)* 23/1957, 86 88. Иако је и од других старијих аутора овај параграф нападан као интерполисан, данас је углавном прихваћен као аутентичан, вид. I. Reichard, *Stipulation und Custodihftung*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* 107/1990, 76 77. Геркеова критика је тенденциозна, јер је последица његовог настојања да докаже своју теорију према којој је начело процене штете на *id quod interest* уведено од стране Јустинијанових правника, који су интерполисали класичне текстове. Иако је утицала на неке не мање ауторе попут Прингсхајма, F. Pringsheim, *Die Verletzung Freier und die „lex Aquilia“*, *SDHI* 28/1962, 1 3, и Белова, R. H. Below, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München 1964, 7 45, ова теорија, заснована скоро искључиво на пристрасној интерполационистичкој критици више десетина текстова, данас у романистици више нема присталица.

<sup>7</sup> Треба приметити да се у овом случају ради о убиству роба, дакле, о уништењу незаменљиве ствари, што повлачи немогућност извршења обавезе из

претрпео због тога је већа од вредности самог роба. Зато Паул каже да ће се у спору по аквилијанској тужби водити рачуна о интересу (*utilitas*) оштећеног.

Он не прецизира како ће се извршити процена штете. Нема сумње да *utilitas* овде означава имовински интерес, јер се у даљем тексту Улпијановог фрагмента (D.9.2.22.1) говори о процени аквилијанске штете на *id quod interest* у случају смањења вредности других ствари, нпр. убиства једног коња из четворопрега. Међутим, *utilitas* није прецизније дефинисана, те, како правилно примећују Рајхард (*Reichard*) и Фон Либтов (*Von Lübtow*), није јасно да ли се процењује и вредност роба и уговорне казне, или само уговорне казне?<sup>8</sup> Како ћемо видети у даљем тексту, аналогија са другим изворима говори у прилог другог решења.<sup>9</sup>

Међутим, разлог зашто Паулово решење можемо сматрати интригантним је што указује да дужник мора да исплати уговорну казну иако није крив због неизвршења основне престације, него је она последица радње трећег лица. То указује да се ради о објективној одговорности.<sup>10</sup>

Извори не пружају јединствен одговор на питање, да ли је одговорност дужника у случају када је установљена уговорна казна у римском праву била објективна, или се износ казне могао наплатити само ако је дужник био крив због неизвршења основне обавезе? У романистици је настало више теорија које настоје да реше овај проблем. Док неки сматрају да је одговорност била објективна, други мисле да дужник није био обавезан да плати уговорну казну када је неизвршење последица околности које нису у моћи дужника, тј. случаја или више силе, концепт који се у изворима изражава обично речима *si per debitorem non stetit*, и који није потпуно идентичан са концептом кривице (*culpa*).<sup>11</sup>

Изгледа најприхватљивије мишљење по коме је развој у класичном периоду постепено текао од објективне ка субјективној одговорности дужника.<sup>12</sup> Најстарије помињање субјективне одговорности налазимо код Сабина:

основног облигационог односа. Да је уништена заменљива ствар, на пример жито, вино или уље, ствари не би тако стајале, јер оштећени може да прибави исту количину ствари исте врсте и квалитета и да изврши престацију. Извесно је да би се у том случају у аквилијанском спору процењивала само вредност уништене ствари.

<sup>8</sup> I. Reichard, 76 77; U. von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 127.

<sup>9</sup> Тако и U. von Lübtow, *Ibid.*

<sup>10</sup> I. Reichard, 72 78.

<sup>11</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 105 106,

<sup>12</sup> R. Zimmermann, *Ibid.*

D.45.1.115.2 ПАПЕНИЈАН, из друге књиге питања: *Затим ако овако стипулише: „Ако не даш Памфила, да ли се обавезујеш да ћеш дати сто?“ Пегаз одговара да стипулацију не треба извршити пре него што постане немогуће да да Памфила. Сабин, пак, процењује на основу изреке саговорача, да након што буде у могућности да преда роба, може бити тужен, и само тада се не може тужити на основу стипулације, када промисор није крив што роб није предат...*<sup>13</sup>

Касније, овај став је промовисан од стране следбеника његове школе (нпр. Јулијана и Африканца – D.44.7.23). Прокулеанци су се испочетка држали принципа објективне одговорности (нпр. Лабео у D.22.2.9), да би касније, бар од Целзовог доба (D.4.8.23.3) почели да се приклањају мишљењу Сабинијанаца, које је на крају постало доминантно. Следбеници обе школе су искључивали одговорност ако је неиспуњење дужникове обавезе последица радње повериоца (D.22.2.8; D.4.8.40).

Режим субјективне одговорности није важио код процесне гаранције да ће се странка поново појавити на суду (*cautio vadimonium sisti*), где је постојала објективна одговорност, која је могла да се искључи само у случају више силе попут природне непогоде или болести (D.2.11.2.3-8). Исто је у случају да је спречен од стране друге странке да се појави на суду. У случају да је неко спречен од стране трећег лица, он је обавезан да плати процесну гаранцију, али ће моћи да се обештети од трећег лица:

D.2.10.1.3 УЛПИЈАН, из седме књиге о едикту: *Ако се тужени не појави кривицом тужиоца, тужени неће против њега имати тужбу на основу овог едикта, јер му је довољан приговор, ако на основу стипулације буде захтевао казну због непојављивања на суду. Али другачије је ако је ако је спречен од стране трећег лица; јер против њега може да подигне тужбу.*<sup>14</sup>

Решење у овом тексту у складу је са наведеним решењем у случају уништења ствари обећане под уговорном казном (D.9.2.22pr): дужник мора да плати уговорну казну, али ће имати право регреса према лицу које је ствар уништило.

<sup>13</sup> D.45.1.115.2 PAPIANUS libro secundo quaestionum *Item si quis ita stipuletur: 'si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?' Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret...*

<sup>14</sup> D.2.10.1.3 ULPIANUS libro septimo ad edictum *Si reus dolo actoris non steterit, non habebit reus adversus eum actionem ex hoc edicto, cum contentus esse possit exceptione, si ex stipulatu conveniatur de poena, quod ad iudicium non venerit. aliter atque si ab alio sit impeditus: nam actionem propositam adversus eum exercebit.*

Ово решење другачије је од оног које предвиђа савремено право, по коме дужник у случају немогућности извршења уговорне казне која није последица његове кривице не одговара, сем ако странке нису изричито уговориле објективну одговорност.<sup>15</sup> То је у нашем Закону о облигационим односима и изричито прописано у чл. 272:

- 1) *Споразум о уговорној казни дели правну судбину обавезе на чије се обезбеђење он односи.*
- 2) *Споразум губи правно дејство ако је до неиспуњења или задоцњења дошло из узрока за које дужник не одговара.*<sup>16</sup>

Ово решење у складу је са начелом да се у случају пропасти ствари за коју није одговорна ниједна странка облигација гаси. Једино што би поверилац могао да захтева је евентуални повраћај контрапрестације од дужника,<sup>17</sup> и накнаду штете од трећег лица које је уништило ствар, ако је неку штету претрпео. Уговорну казну не би могао да захтева. Дужник би тужбом по основу вануговорне одговорности могао да тражи накнаду од трећег лица које је уништило ствар, у висини вредности ствари и других губитака које је претрпео.

### 3. УНИШТЕЊЕ ПРЕДМЕТА НОКСАЛНЕ ОДГОВОРНОСТИ

D.9.2.37.1 JAVOLEN, из четрнаесте књиге по угледу на Касија: *Ако је четвороножна животиња, на основу које је постојала тужба против господара јер је причинила штету, убијена од стране другог, и тај буде тужен по Аквилејевом закону, процена треба да се односи не на тело четвороножне животиње, већ на основу онога (због чега постоји тужба због штете коју је нанела животиња), и онај који је убио треба да буде осуђен пресудом на основу Аквилејевог закона на онолико, колики је тужиочев интерес да преда убијену животињу уместо процењене вредности спора.*<sup>18</sup>

<sup>15</sup> R. Zimmermann, *Ibid.*

<sup>16</sup> Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.

<sup>17</sup> ЗОО, чл.138.

<sup>18</sup> D.9.2.37.1 JAVOLENUS libro quarto decimo ex Cassio *Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est et cum eo lege Aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius (in quo de pauperie actio est) referri debet et tanti damnandus est is qui occidit iudicio legis Aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditioe defungi quam litis aestimatione.* Валдитара (*Valditara*) сматра да су речи *quanti actoris interest noxae potius deditioe defungi quam litis aestimatione* интерполисане, G. Valditara, „Dall'aestimatio rei all'id quod interest nell'applicazione della condemnatio aquiliana“, *La responsabilità civile da atto illecito* (ed. L. Vacca), Giappicchelli, Torino 1995, 80. Разлог за овакав Валдитарин став је то што овај фрагмент представља аргумент против његове теорије према

Четвороножна животиња нанела је штету и њен власник ће одговарати по *actio de pauperie*. То значи да ће морати или да исплати штету, или да преда животињу оштећеном.<sup>19</sup> Међутим, треће лице је убило животињу, и власник нема више могућност да је преда, те ће морати да по *actio de pauperie* исплати штету. Очигледно се ради о ситуацији када је вредност животиње мања од вредности штете коју је животиња причинила.<sup>20</sup> У тексту се каже да ће онај који је убио животињу бити осуђен по аквилијанској тужби не на вредност саме животиње, него на онолико колики је интерес тужиоца да је преда (*quanti actoris interest*). Процена ће се, дакле, односити на вредност

којој је јуриспруденција од времена Октавијана Августа почела да допушта процену штете по аквилијанској тужби на *id quod interest*, да би тек у епохи Севера ово постао општеважећи принцип, уз паралелно ширење аквилијанске заштите и на невластнике, G. Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992. Каната (*Cannata*) је критиковао ово мишљење, сматрајући да је процена штете по аквилијанској тужби на *id quod interest* прихваћена већ од стране републиканске јуриспруденције, и да се начело *quanti ea res erit* заправо никада није стриктно примењивало. Ово мишљење изгледа боље засновано на изворима. Између осталог, као један од аргумената против Валдитарине теорије Каната користи и текст D.9.2.37.1 у коме се говори о убиству животиње која је предмет ноксалне одговорности, C. A. Cannata, In tema di „aestimatio rei“ nell'azione aquiliana, *SDHI* 58/1992, 386 421; C. A. Cannata, Il terzo capo della „lex Aquilia“, *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano Vittorio Scialoja* 98 99/1995 1996, 143 144. Валдитара је одговорио на Канатину критику тако што је овај и друге текстове које је навео Каната једноставно одбацио као интерполисане, G. Valditara (1995), 78 81, те се може сматрати да је његова теорија углавном заснована на пристрасној интерполационистичкој критици извора. Ово тим пре што за интерполисане сматра само текстове који противрече његовој теорији, док прихвата као аутентичне оне који је подржавају, а од којих су многи били на мети Геркеа и других критичара који су желели да помере настанак принципа *id quod interest* у посткласични период.

<sup>19</sup> Подсетимо, уколико четвороножна животиња, роб или лице *alieni iuris* учи не другоме имовинску штету, за њу је по основу ноксалне одговорности одговоран њихов власник, господар, односно *pater familias*. Рађа се факултативна облигација у којој оштећени може од господара да захтева новчани износ који одговара причињеној штети, али господар може да избегне плаћање штете ако преда животињу или човека који ју је причинио. По правилу, за ову другу могућност господар ће се одредити онда када штета превазилази вредност човека или животиње. Код ових тужби важи принцип *noxa caput sequitur* који, између осталог, значи и да може бити предата само животиња која је учинила штету, а не и нека друга. У случају смрти животиње, го сподар ће по основу *actio de pauperie* морати да претрпи *litis aestimatio* и да исплати по пресуди пуни износ штете. За више информација о *actio de pauperie* вид. нпр.: М. Полојас, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade 2003. За однос *actio de pauperie* и *actio damni iniuriae* вид.: Н. Ankum, L'actio de pauperie et l'actio legis Aquiliae dans le droit roman classique, *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, vol. 2, 1982, 11 59.

<sup>20</sup> Уколико је вредност убијене животиње већа од вредности штете коју је она причинила, то неће имати последица на процену штете по аквилијанској тужби, будући да би у таквом случају власник пре платио штету него предао животињу, у ком случају би аквилијанском тужбом захтевао вредност животиње.



спора по *actio de pauperie – ad causam eius (in quo de pauperie actio est)*,<sup>21</sup> тј. гласиће на износ казне коју ће власник животиње морати да плати по *actio de pauperie*, јер није могао да преда животињу.<sup>22</sup>

Поставља се питање, зашто се тужба против оног који је убио животињу даје власнику животиње, а не лицу које је животиња оштетила? Наиме, због ноксалног карактера *actio de pauperie* и принципа *noxam caput sequitur* требало би претпоставити да ће се облигација угасити смрћу животиње која је начинила штету, те у ствари њен власник није ни претрпео штету, јер би свеједно морао да је преда.<sup>23</sup>

Само ако је поступак по *actio de pauperie* доведен до литискон-тестације, због њеног новационог дејства смрт животиње неће угасити тужбу:

D.9.1.1.13 УЛПИЈАН, из осамнаесте књиге о едикту: *На-равно, ако животиња угине пре установљења спора, тужба ће се угасити.*<sup>24</sup>

И једино ако је поступак већ доведен до ове фазе, власник животиње ће морати да плати одштету, и моћи ће да се регресира од трећег лица које је убило животињу. Ипак, он може да се осло-

<sup>21</sup> Дакле, без основа је мишљење неких романиста да се речи *quanti actoris interest* односе на разлику између вредности животиње и штете коју је она причинила. Тако, D. Medicus, *Id quod interest (Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes)*, Köln Graz 1962, 240.

<sup>22</sup> U. von Lübtow, 126. Треба споменути мишљење Валдитаре који сматра да се овде не процењује ефективни губитак који је претрпео господар. Према његовој рачуници, стварни имовински губитак је само разлика између вредности животиње и износа потраживања по ноксалној тужби, будући да би власник животињу у сва ком случају морао да преда. Нпр. уколико је вредност животиње 1000 а деликта 1500, услед убиства животиње господар је у ствари изгубио само 500, јер би њеном предајом свеједно изгубио 1000, али ће процена у овом случају бити на 1500, колика је била највиша вредност ствари са становишта имовинског интереса господара, а не на 500, колико је реални губитак, G. Valditara (1995), 80. Ипак, изгледа да овакво тумачење није исправно. Реални губитак власника животиње је ипак једнак вредно сти казне коју он плаћа лицу коме је животиња нанела штету. Наиме, у случају уби ства животиње, он неће платити штету уместо да преда животињу, него ће остати и без суме коју мора да плати и без животиње. Дакле, у примеру који наводи Валди тара, у коме је вредност штете коју је нанела животиња 1500 а вредност животиње 1000, услед убиства животиње укупни губитак је 2500, јер је господар лишен и суме коју ће морати да плати и саме животиње. Да треће лице није убило животињу, власник би изгубио само животињу коју би морао да преда. У овом примеру, она вреди 1000, док би његов имовински губитак у случају да је животиња убијена био 2500. Према томе, штета нанета услед убиства животиње била би 1500, а не 500 како тврди Валдитара.

<sup>23</sup> M. Polojac, 60 64. Од извора види посебно: D.9.1.1.12, D.9.4.7pr, D.47.2.41.2 и G.4.77.

<sup>24</sup> D.9.1.1.16 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio.*

боди одговорности по *actio de pauperie* уколико тужиоцу препусти аквилијанску тужбу против лица које је убило животињу, као што показује следећи текст:

D.9.1.1.16 УЛПИЈАН, из осамнаесте књиге о едикту: *Ако је после установљења спора животиња убијена од стране трећег лица, будући да власнику припада тужба по основу Аквилијевог закона, у парници ће се водити рачуна о Аквилијевом закону, јер је власник изгубио могућност ноксалне предаје; дакле, на основу предстојеће парнице понудиће процењену вредност спора, осим ако не буде спреман да препусти тужбу против оног који је убио.*<sup>25</sup>

Дакако, власник животиње ће у пракси најчешће препустити аквилијанску тужбу лицу којем је животиња нанела штету.<sup>26</sup> Врло је могуће да је, по аналогiji, и у случају уништења ствари обећане под уговорном казном постојала слична могућност.

Не каже се шта ће се десити ако животиња буде убијена од стране трећег лица пре литисконтестације. У том случају би се свакако њен власник ослободио ноксалне одговорности, а лице коме је животиња нанела штету претрпело би губитак јер не би добило животињу. Оно не може имати директну тужбу из Аквилијевог закона против оног ко ју је убио, јер није власник животиње (D.9.2.11.6), али се поставља питање, да ли би му се могла дати тужба на основу чињеничног стања (*in factum* – D.9.2.33.1)? У изворима, нажалост, нема одговора на ово питање.

Треба приметити да је, мада се ноксална одговорност данас понекад изједначава са модерним појмом факултативне облигације, ситуација у случају уништења предмета факултативне облигације у савременом праву супротна оној која настаје услед уништења предмета ноксалне одговорности у римском праву. У савременом праву, као што је општепознато, ако извршење основне обавезе постане немогуће без кривице дужника, облигација се гаси. А ако постане немогуће извршење факултативне чинидбе, дужник и даље дугује основну обавезу. Ако се то догодило кривицом трећег лица, у првом случају би се могло поставити питање одштете повериоцу, а у другој дужнику.

С друге стране, предаја животиње по основу ноксалне одговорности у римском праву је *facultas alternativa* (основна чинидба је

<sup>25</sup> D.9.1.1.16 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino legis Aquiliae actio competit, ratio in iudicio habebitur legis Aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit: ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret, nisi paratus fuerit actionem mandare adversus eum qui occidit.*

<sup>26</sup> Ово отвара питање у којој процесној форми се вршио пренос тужбе, које питање сада није од значаја, али би било занимљиво да у будућности буде истражено.

плаћање одштете), али њено убиство због правила *poxa caput sequitur* гаси облигацију, осим ако је ствар доведена до литисконгестације.

#### 4. УНИШТЕЊЕ МАЊЕ ВРЕДНЕ ПРЕСТАЦИЈЕ У АЛТЕРНАТИВНОЈ ОБЛИГАЦИЈИ

D.9.2.55 ПАУЛ, из двадесет друге књиге питања: *Тицију сам обећао Стиха или Памфила, и Стих је вредео десет хиљада, Памфил двадесет; стипулатор је убио Стиха пре него што је наступила доцња; поставља се питање о тужби из Аквилијевог закона. Одговорио сам: будући да је саопштено да је убио мање вредног, у овој расправи се поверилац не разликује од трећег лица. Колика ће, дакле, бити процењена штета, да ли оних десет хиљада, колико је вредео убијени, или колико вреди онај којег сам дужан да предам, то јест колики је мој имовински интерес? И шта би смо рекли да је и Памфил умро пре доцње? Да ли се вредност Стиха смањује, будући да је промисор ослобођен? И довољно је да је више вредео или када је убијен или у току године. Стога, по овом принципу, чак иако је убијен после смрти Памфила, али у току године, треба сматрати да је вредео више.*<sup>27</sup>

Дужник се стипулацијом обавезао да ће предати роба Стиха или роба Памфила, по свом избору. Уговорена је, дакле, алтернативна облигација. Стих је вредео десет хиљада сестерција, а Памфил двадесет хиљада. Пре него што је наступила доцња,<sup>28</sup> поверилац је убио мање вредног роба, Стиха.

Оштећени је поставио питање о примени тужбе из Аквилијевог закона.

У одговору Паул најпре констатује да, будући да је убијен јефтинији роб, нема значаја да ли га је убио поверилац или треће лице. Смисао ове констатације је тај, што би у случају да је убијен вреднији роб и поверилац био оштећен. Тада би имало значаја да

<sup>27</sup> D.9.2.55 PAULUS libro vicensimo secundo quaestionum *Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti: stipulator Stichum ante moram occidit: quaesitum est de actione legis Aquiliae. respondi: cum viliozem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem milium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est quanti mea interest? et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? iam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? et sufficet fuisse plus cum occideretur vel intra annum. hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, plus videbitur fuisse.*

<sup>28</sup> У случају да је ствар која је требала да буде предата уништена након што је наступила доцња, облигација се гаси, али дужник нема право на накнаду штете (D.9.2.54).

ли га је убио поверилац или треће лице, јер би се питање примене аквилијанске тужбе из разлога корисности у корист повериоца, наравно, поставило само ако би треће лице убило роба. Међутим, будући да је у овом случају убијен јефтинији роб, једини који трпи имовински губитак је дужник. Ова констатација указује да је о могућности примене аквилијанске тужбе из разлога корисности у корист повериоца Паул у истој књизи можда расправљао на другом месту.<sup>29</sup>

Затим се поставља питање, како ће се проценити штета у овом случају, као и у још једном, хипотетичком, у коме је и вреднији роб, Памфил, умро пре доцње? Да ли штету треба проценити на тржишну вредност убијеног роба (десет хиљада), или на онолико колики је имовински интерес да он буде предат (јер, ако уместо њега преда другог роба, дужник ће изгубити двадесет хиљада)?

Из Пауловог одговора се може закључити да вредност убијеног роба треба проценити са аспекта имовинског интереса дужника, те ће штета бити процењена на двадесет хиљада. Дакле, ако је предајом Стиха оштећени могао да задржи Памфила, онда је Стих вредео за господара колико и Памфил, тј. двадесет хиљада.<sup>30</sup>

Све догде Паулово решење делује сасвим јасно и логично, те готово да није потребно објашњавати га. Међутим, он на крају каже да ће иако је вреднији роб, Памфил, умро пре доцње, па чак иако је његова смрт наступила пре него што је поверилац убио Стиха (?!), али у периоду мањем од годину дана пре убиства, Стих ипак бити процењен на двадесет хиљада, мада се облигација угасила јер више не постоји ниједна од две алтернативне престације.

Зачуђени оваквим решењем, неки аутори су текст одбацили као интерполисан,<sup>31</sup> на шта указују како разлике у стилу појединих делова текста,<sup>32</sup> тако и изостанак имовинског губитка (*damnum*) као једног од услова за примену Аквилијевог закона, будући да дужник

<sup>29</sup> С. А. Cannata (1992), 398 399.

<sup>30</sup> Тако и N. Natali, *La legge Aquilia (ossia il damnum iniuria datum) Studio sul lib. IX, tit. II del Digesto*, Roma 1896, 175 176. Наиме, тиме што је убио мање вредног роба, учинилац је нанео директну штету господару од десет хиљада, колико износи тржишна вредност тог роба. Осим тога, господар је принуђен да преда вреднијег роба, чиме губи још двадесет хиљада. Дакле, господар је лишен оба роба, укупне вредности тридесет хиљада, а да није било убиства, предао би мање вредног роба, који вреди само десет хиљада. Према томе, услед деликта господару је нанет губи так од двадесет хиљада.

<sup>31</sup> Gerke, 106. Фон Либтов (*Von Lübtow*) сматра да је фрагмент интерполисан, али да смисао решења није промењен, бар што се тиче решења да се штета процењује на вредност вреднијег роба. U. von Lübtow, 125 126.

<sup>32</sup> Валдитара сматра да је интерполисан у делу од *et quid dicemus* па до краја фрагмента, јер је стил тог дела другачији него онај на почетку фрагмента, G. Valditara (1992), 238 245.

није претрпео никакву штету ако поверилац убије роба којег би он свеједно морао да му преда.<sup>33</sup>

Ипак, промена стила може се уместо интерполацијама објаснити, како Каната примећује, структуром текста. Најпре је наведен случај из праксе, затим *responsum* правника, и на крају питања *auditores* о могућим последицама таквог решења, на које Паул даје још један одговор.<sup>34</sup> Исти аутор критикује и тврдњу да се Аквилијев закон у овом случају није могао применити због непостојања имовинске штете, и сматра да је ова тврдња потекла од тога што се није водило рачуна о пеналним карактеристикама тужбе из Аквилијевог закона.<sup>35</sup>

Други аутори су покушали да реше проблем путем другачије интерпункције текста од оне већ наведене, која потиче из Момзеновог (*Mommsen*) издања Дигеста: *...et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? iam pretium Stichii minuetur, quoniam liberatus est promissor? et sufficere fuisse pluris cum occideretur vel intra annum? hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.*<sup>36</sup> По овој верзији, предзадња реченица је упитна, представља Паулову сумњу у погледу могућности овакве процене, а не његову констатацију. Последњом реченицом је констатована бесмисленост оваквог решења (*hac quidem ratione*), и индиректно негативно одговорено на постављено питање.

Међутим, то би значило да Паул уопште није узимао у обзир интерес оштећеног, односно да је сматрао да процена штете треба да се врши искључиво на основу вредности убијеног роба, чак и када је дужник био због његовог убиства присиљен да преда вреднијег роба. Решење добијено оваквом интерпункцијом било би још мање логично него оно које се покушава елиминисати.

Пошто, дакле, није извесно да је текст интерполисан или да је имао другачије значење, треба објаснити зашто је Паул заузео овакав став?

Како је још у старијој романистици указано, уништењем ствари пре доцње дужнику је ускраћена могућност да је користи до истека рока за предају. Имовински губитак који је дужник претрпео састоји се, дакле, у економским користима које би имао од роба пре него што би био дужан да га преда.<sup>37</sup> Штета нанета на овај начин

<sup>33</sup> Тако сматра Валдитара (*Valditara, ibid.*), ослањајући се на ставове Беселера (*Beseler*) који је раније са истог становиште критиковао текст D.9.2.54.

<sup>34</sup> C. A. Cannata (1992), 398.

<sup>35</sup> C. A. Cannata, *Ibid.*, 399.

<sup>36</sup> N. Natali, 177 178.

<sup>37</sup> N. Natali, 124.

може да буде знатна, али понекад може да буде и багателна, у зависности од тога колико је времена остало до истека рока за извршење облигације.<sup>38</sup>

То, међутим, нема значаја, јер тужбени износ се ни не процењује на вредност губитка који је претрпео господар, односно на новчани еквивалент вредности рада роба у периоду до наступања доцње, него на износ највише вредности коју су роб или животиња имали у било којем моменту у току годину дана пре деликта, у складу са првим поглављем Аквилијевог закона. Пошто класични правници процену штете врше полазећи од имовинског интереса господара (*id quod interes*) и не ограничавају се само на тржишну вредност уништене или оштећене ствари (*quanti ea res erit*), процена ће гласити на онолико колико је ствар вредела са аспекта имовинског интереса господара у било којем тренутку у току годину дана пре деликта, чак и ако је у моменту уништења њена вредност била багателна.<sup>39</sup> Да-

<sup>38</sup> С тим у вези, треба напоменути да неки романисти сумњају да је постојање штете уопште било услов за подношење тужбе по првом поглављу Аквилијевог закона. У сачуваним цитатима реч *damnum* налазимо само у трећем поглављу Закона. Биркс (*Birks*) указује да у случају убиства остарелог или болесног роба који је представљао само терет за господара, или животиње намењене за клање, која је и мртва имала исту вредност у виду меса и коже, за власника није наступао материјални губитак, али класични правници ипак сматрају да постоји *damnum iniuria datum*, што је по свему судећи резултат каснијих интерпретација. Наиме, уколико постоје *occisus* и *iniuria*, постоји услов за примену првог поглавља Закона, а *damnum*, тј. губитак, има значаја само за могућност процене штете, док је у трећем поглављу то један од четири услова за само постојање одговорности: *damnum, iniuria, datum, corpore*, Р. Birks, „Ulpian 18 ad edictum: introducing *damnum iniuria*“, *Collatio iuris romani (études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65. anniversaire) I* (ed. R. Feenstra, A.S. Hartkamp), J. C. Gieben, Amsterdam 1995, 21 22. Други аутори, међутим, истичу да је цео Аквилијев закон схватан као закон о *umte tu* (*lex Aquilia de damno* D.9.2.1pr), на шта указује и Гајева констатација да се и друго поглавље Закона, у коме се говори о одговорности адстипулатора који без сагласности повериоца опрости дуг дужнику, односило на штету (*qua et ipsa (scil. secunda) parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est* G.3.216). Тако, М. F. Cursi, *Iniuria cum damno (antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano)*, Milano 2002, 210. Било да је то резултат класичних интерпретација или изворног смисла Аквилијевог закона, извесно је да се у римском класичном праву у случају непостојања имовинске штете може поднети тужба, и поступак чак довести до литисконстатације. Ипак, то не значи да се ишта може наплатити по основу тужбе, јер у другој фази поступка судија неће моћи да процени штету. Дакле, да би дошло до осуде, штета мора постојати. Тако, ако је неко у поступку пред претором лажно признао да је ранио роба, тужилац неће морати да доказује ову чињеницу и судија у другој фази поступка само треба да процени губитак господара услед рана. Међутим, пошто рана нема, до осуде неће доћи јер судија неће моћи да изврши процену (D.9.2.23.11; D.9.2.24).

<sup>39</sup> На пример, ако је убијен роб који је повређен тако да се не може више бавити својим послом (D.9.2.23.3), или роб који се добро понашао па променио на вике на горе (D.9.2.23.5) у току годину дана пре убиства, приликом процене штете у

кле, приликом процене штете по *actio damni iniuriae* установљава се, савременим језиком речено, „формална“, а не „материјална“ истина. Римски правници били су свесни да је услед тога могуће да неко добије по аквилијанској тужби износ који превазилази штету коју је претрпео. У том смислу посебно је илустративан овај делимично оштећени текст из Гајевих Институција:

G.3.214 *Што је, међутим, додато у овом закону „колико је у тој години та ствар највише вредела“, из тога следи, ако ћопавог или ћоравог роба убије, који је у тој години био читав, да ... бива процена; на основу чега се дешава, да неко понекад више стекне, него што му је нанета штета.*<sup>40</sup>

Поново, било би занимљиво упоредити римско решење са савременим. У случају уништења предмета алтернативне облигације од стране повериоца у нашем праву важе следећа правила: у случају да поверилац уништи предмет алтернативне облигације дужникова обавеза престаје, али у случају да њему припада право избора он може тражити накнаду штете и извршити обавезу преосталим предметом, а ако право избора има поверилац он може дати накнаду штете и тражити преостали предмет.<sup>41</sup> Упоређења ради, немачки грађански законик предвиђа изричито само прву могућност. У случају да немогућност извршења једне од две алтернативне престајације изазове странка која нема право избора, облигација се гаси.<sup>42</sup>

Римско право, пак, предвиђа да облигација мора да се изврши ако то поверилац захтева, али ће дужник имати право на накнаду штете. Наравно, и друга могућност је у римском праву вероватно постојала, мада је у изворима не налазимо: ако је поверилац уништио мање вредну ствар, може у судској нагодби да одустане од захтева за извршењем ако друга страна одустане од захтева за одштетом.

Међутим, оно што прави јако велику разлику у односу на савремено право је то што Римљани, како је већ поменуто, штету у случају уништења мање вредног предмета у алтернативној

аквилијанском спору узима се у обзир она вредност коју је роб имао док је још био здрав, односно док се добро понашао.

<sup>40</sup> G.3.214 *Quod autem adiectum est in hac lege „quanti in eo anno plurimi ea res fuerit“, illud efficit, si clodum puta aut luscum servum occiderit, qui in eo anno integer fuit, ut ... aestimatio fiat; quo fit, ut quis plus interdum consequatur, quam ei damnum datum est.*

<sup>41</sup> ЗОО, чл. 408, ст. 2.

<sup>42</sup> *Ist eine Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstands unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 265, *Reichs Gesetzblatt*, nr. 21/1896.

облигацији процењују на виши износ чак и када је вреднији предмет раније пропао.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Чињеница да је уништена ствар представљала предмет престације облигационог односа сама по себи не мора да има утицаја на процену њене вредности у аквилијанском спору. У процењену штету не улазе сви губици које је оштећени претрпео по овом основу, нити сва изгубљена добит коју би могао да оствари из облигације. Тако, не узима се у обзир шпекулативна добит која би се могла остварити захваљујући нереално високој цени ствари.

Међутим, постоји група случајева у којима се приликом процене штете у аквилијанском поступку води рачуна о околности да је уништена ствар била предмет облигације. Ради се о уништењу ствари обећане под уговорном казном, уништењу предмета ноксалне одговорности, и уништењу мање вредне престације у алтернативној облигацији.

Заједничко за све наведене случајеве је да власник трпи штету која превазилази вредност уништене ствари, јер ће уместо предаје уништене незаменљиве ствари морати да изврши финансијски тежу престацију из облигације.

Штета се у случају убиства животиње која је предмет ноксалне одговорности, као и у случају уништења мање вредне престације из алтернативне облигације, уместо на вредност уништене ствари процењује на вредност теже престације коју ће оштећени морати да изврши. У случају уништења ствари обећане под уговорном казном то није изричито речено. Каже се само да ће се приликом процене водити рачуна о имовинском интересу оштећеног. Ипак, може се претпоставити да се и у овој ситуацији процена врши на исти начин.

Због примене правила да се штета процењује на највишу вредност коју је ствар имала са аспекта имовинског интереса власника у току годину, односно тридесет дана пре уништења, штета се процењује на износ вредније престације чак иако је пре деликта њено извршење онемогућено иако ће се уништењем мање вредне престације облигација угасити, уколико је њено извршење још било могуће у року од годину, односно тридесет дана пре деликта.

У случају убиства животиње која је предмет ноксалне одговорности, њен власник може да избегне тужбу због штете коју је нанела животиња уколико пренесе на оштећеног аквилијанску тужбу против лица које је убило животињу. У питању је решење које олак-



шава правни промет, поједностављујући поступак, јер омогућава да се тужилац наплати директно од лица које је убило животињу, уместо да се воде два спора, један по *actio de pauperie*, други по *actio damni iniuriae*. Извесно је да слична могућност постоји и у случају уништења ствари обећане под уговорном казном и уништења мање вредне престације у алтернативној облигацији.

Поредећи римски режим накнаде штете у наведеним случајевима са савременим, можемо закључити да се највеће практичне разлике уочавају у случају уништења ствари обећане под уговорном казном од стране трећег лица, и у случају уништења мање вредног предмета алтернативне облигације од стране повериоца.

Решење по коме се облигација обезбеђена уговорном казном не гаси ако њен предмет уништи треће лице у супротности је са принципом субјективне одговорности који је доминирао познокласичним режимом уговорне казне. Оно на први поглед ставља у тежак положај дужника који мора да исплати уговорну казну и бива принуђен да се регресира од лица које је ствар уништило, чија солвентност може бити неизвесна.

Али, ако узмемо у обзир да је дужнику вероватно била дата могућност да уместо исплате уговорне казне препусти повериоцу тужбу против лица које је уништило ствар, онда римско право ставља у повољнији положај дужника него савремено. Наиме, у савременом праву гашење облигације без извршења престације, чак и кад дужник зато није крив, може понекад да носи за дужника непријатне последице, попут враћања противчинидбе. У римском праву, облигација се одржава на снази, а дужник уместо извршења своје престације, тј. уговорне казне, треба само да препусти повериоцу тужбу против трећег лица.

Положаја повериоца из основног облигационог односа је амбивалентан. С једне стране, добиће већу одштету него што би у савременом праву добио. С друге стране, на њега пада ризик због евентуалне инсолвентности лица које је уништило ствар.

Што се тиче лица које је уништило ствар обећану под уговорном казном, његов положај у римском праву је знатно неповољнији него у савременом. Уместо вредности ствари и накнаде остале штете, оно мора да плати уговорну казну, дакле, по правилу, већи износ. То је последица пеналног карактера аквилујанске тужбе у римском праву.

Римско решење највише се разликује од савременог у ситуацији уништења вредније ствари у алтернативној облигацији од стране повериоца. Решење по коме ће поверилац морати да надокнади штету у вредности вреднијег предмета алтернативне облигације чак иако

је уништио мање вредан предмет у време када је вреднији већ пропао, чиме се облигација угасила, са аспекта размишљања данашњег правника делује необично. За римског правника, она је била логична последица утврђивања формалне истине при процени штете, као и пеналних ефеката Аквилијевог закона, тј. тежње да се поред накнаде штете оствари и други циљ: кажњавање делинквента.

Dr. Samir Aličić

Assistant Professor

University of Novi Pazar Department of Law

University of East Sarajevo Faculty of Law

## ASSESSMENT OF DAMAGES BY AQUILIAN LAWSUIT IN CASE OF DESTRUCTION OF THE OBJECT OF OBLIGATION

### *Summary*

Cases in which the circumstance that a destroyed or damaged object was the subject of contractual relationship that influences the assessment of damages by Aquilian lawsuit (*actio legis Aquiliae; actio damni iniuriae*) in classical Roman encompass the following situations: destruction of object promised under contractual penalty, destruction of object of noxal liability and destruction of less valuable prestation in alternative obligation.

The common feature for all the stated cases is that the owner suffers damage that surpasses the value of the destroyed object because instead of the delivery of an irreplaceable object, as he will have to execute a financially more difficult prestation from obligation. The damage is therefore assessed to the value of the more difficult prestation. Due to the implementation of the Aquilia law rule that the damage is assessed according to the highest value that the object had during the year, or thirty days prior to destruction, the damage is assessed to the amount of the more valuable object even if it is ruined too, and if the obligation will thus be terminated.

Key words: *Roman law. – Obligations. – Indemnity law. – Lex Aquilia – Contractual penalty. – Alternative obligations. – Noxal actions.*

Ахмедин Лекпек\*

## ИСЛАМСКИ БАНКАРСКИ УГОВОРИ

*Шеријатски прописи, на којима се темељи исламско банкарство, забрањују коришћење камате у пословању, па су стога развијени исламски пословни и финансијски уговори, који пружају могућност финансијерима да профит остварују на некаматним основама. Према мишљењу шеријатских стручњака кључни исламски банкарски уговори су мушарека и мудареба, који представљају класичне уговоре о финансирању на бази поделе профита и губитака. С обзиром на то да је актуелна глобална економска криза довела до појачаног интересовања за исламско банкарство, неопходно је јавност упознати са специфичностима исламског банкарства, односно исламских банкарских уговора. У овом раду су представљени темељни принципи исламског банкарства, карактеристике мудареба и мушарека уговора, као и прописи, који морају бити поштовани приликом формулисања ових уговора.*

Кључне речи: *Исламско банкарство. Шеријат. Камата. Мушарека. Мудареба.*

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У изворном смислу, исламско банкарство је концепт финансијског посредовања, који се потпуно ослања на шеријатске законе. Праксу бескаматног финансирања, базираног на шеријату, налазимо још у време првих муслимана, пре више од једног миленијума, а срећемо је и у идејама раног хришћанства и других религија, с тим што је концепт исламског банкарства добио данашње обресе тек педесетих година двадесетог века. Да би на прави начин разумели суштину исламског банкарства и економије, неопходно је проучити теоретске основе, на којима почивају принципи овог модела пословања и финансијског посредовања.

---

\* Аутор је асистент на Департману за економске науке Државног универзитета у Новом Пазару, [alekpek@np.ac.rs](mailto:alekpek@np.ac.rs).

Теоретска основа исламске економије је шеријат, исламски верски закон, који третира све аспекте људског живота, како верске, тако и социјалне природе (пословне трансакције, наслеђивање, брак и породицу, судске процесе и др.). Шеријат не представља кодификовани скуп закона, већ су тим појмом обухваћени закони, који се заснивају на шеријатским изворима. Тумачењем шеријата бави се више исламских правних школа (мезхеба), међу којима су најзначајније ханефијска, маликијска, шафијска и ханбелијска код сунита и цаферијска исламска правна школа код шиита. Шеријатски стручњаци наводе четири примарна извора шеријатских прописа између којих постоји јасна хијерархија: Куран (света књига муслимана), сунет (пракса посланика Мухамеда), иџма (консензус мишљења, односно сагласност међу шеријатским правницима по питању одређеног прописа) и кијас (аналогно закључивање, као метода стварања правног мишљења или преседана за ситуацију или околност за коју нема директних пресуда у примарним изворима шеријата).<sup>1</sup> Полазећи од шеријатских прописа, дефинисани су принципи исламског банкарства, који представљају основу за конципирање и формулисање исламских банкарских уговора. Заједнички став већине шеријатских правника је да мудареба и мушарека уговори представљају најбитније уговоре исламског банкарства, јер на најбољи начин осликавају природу исламског банкарства и његову посебност у односу на конвенционални концепт банкарског пословања.

## 2. ПРИНЦИПИ ИСЛАМСКОГ БАНКАРСТВА

*Забрана камате.* Кључни принцип исламског пословања и главна разлика између исламских и конвенционалних банака је забрана камате. Камата је у арапском језику позната под називом *риба* и њено етимолошко значење је повећати, порастити, проширити. Укратко, риба означава вишак (у односу на номиналну вредност дуга) који дужник плаћа повериоцу на позајмљени износ.<sup>2</sup> Временом је конципирана свеобухватнија и јаснија дефиниција рибе, која гласи: “Риба се технички односи на ‘премију’ коју дужник мора платити позајмителу заједно с износом главнице као условом за зајам или продужење зајма. Најмање четири обележја дефинишу забрањену каматну стопу: 1) позитивна је и фиксирана *ex ante*, 2) везана је за временско

<sup>1</sup> Вид. Ahmad Sanusi Hussin, *Islamic Banking Handbook*, First Edition, Financial Sector Talent Enrichment Programme, Institut Bank Bank Malaysia, Kuala Lumpur 2010, 10 11; Фикрет Хацић, *Исламско банкарство и економски развој*, Економски факултет, Сарајево 2005, 32; Zamir Iqbal, Abbas Mirakhor, *Uvod u islamske financije: Teorija i praksa*, Mate, Zagreb 2009, 12.

<sup>2</sup> Ф. Хацић, 48.

раздобље и износ зајма, 3) њено плаћање се гарантује независно од исхода пословне активности или намене због које се позајмљује главница и 4) државни органи одобравају и (у случају потребе) спроводе њено убирање“.<sup>3</sup> Наведене одлике рибе јасно показују да су појмови рибе и камате, која се примењује у конвенционалним финансијама, идентични. Употреба камате била је део пословне праксе вековима пре појаве ислама, тако да је и пре недвосмислене забране камате у Курану, она била оштро критикована, како од стране других религија, тако и од стране бројних значајних учењака и филозофа, међу којима су се као оштри противници камате посебно истакли Платон и Аристотел.<sup>4</sup> Током последњих неколико деценија, бројни аутори<sup>5</sup> су проучавали како религијске аргументе (попут економске и друштвене неправде), тако и економске и социјалне аргументе за забрану камате.

*Принцип поделе профита и губитака.* Према исламским принципима, зараду може присвојити само онај ко преузима ризик неуспеха пословне активности из које зарада проистиче. Забрана камате је онемогућила употребу конвенционалних облика финансирања и подстакла шеријатске и финансијске стручњаке да развију алтернативни начин финансијског пословања. Основни циљ био је да се конципирају шеријатски исправни финансијски аранжмани, који треба да финансијерима донесу принос на некаматној основи. Као резултат тих напора развијени су финансијски уговори на бази поделе профита и губитака. Суштина ових уговора је да финансијер нема улогу повериоца, као у конвенционалном финансијском систему, већ улогу инвеститора или партнера, зависно од врсте уговора. Финансијери улажући новац стичу власничке уделе у финансираном пројекту и преузимају ризик пословног неуспеха. Принос, који финансијери код ових финансијских аранжмана, могу очекивати није гарантован, фиксиран и унапред одређен (у смислу номиналног износа, фиксне или варијабилне стопе приноса на улог), већ зависи од висине добитка из финансираног посла.

*Забрана гарара (претеране неизвесности).* Осим забране камате, забрана гарара је један од најважнијих услова шеријатске ваљаности уговора. „Гарар је реч арапског порекла, која у најширем

<sup>3</sup> М. Iqbal, A. Mirakhor, 52.

<sup>4</sup> Вид. Платон, *Закони*, Београдски издавачко графички завод, Београд 1990, 156; Аристотел, *Политика*, Београдски издавачко графички завод, Београд 1984, 17.

<sup>5</sup> Вид. Z. Iqbal, A. Mirakhor, 57 62; Mohammad Nejatullah Siddiqi, *Riba, bank interest and rationale of its prohibition*, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank 2004, 41; Muhammad Umer Chapra, „Why has Islam prohibited interest? Rationale behind the prohibition of interest“, *Review of Islamic Economics*, 9/2000, 5 20.

смислу означава превару, неизвесност, опасност, обману или коцкање, који могу довести до губитка, док се у пословању гарар односи на било коју трансакцију имовине, односно ствари, чије постојање или карактеристике нису сигурне, због недостатка информација, непознавања основних елемената у трансакцији од стране било које странке или несигурне способности једне уговорне стране да испоштује уговор“.<sup>6</sup> Основни разлог забране гарара према исламским прописима је избегавање неспоразума и сукоба између уговорних страна, услед непотпуног или недовољно јасно формулисаног уговора и скривања кључних информација везаних за предмет продаје.<sup>7</sup> Гарар се, међутим, не може уопштено везати за неизвесност, јер ислам јасно разликује неизвесност, која настаје услед дејства тржишних фактора, која је незаобилазни елемент сваке пословне активности и неизвесности, која настаје услед мањкавости и непотпуности пословног уговора.

*Финансирање дозвољених (халал) послова.* Приликом склапања пословних уговора, исламске банке морају да воде рачуна да ли је посао, у који се инвестира, шеријатски дозвољен. Уколико банка финансира шеријатски забрањене послове, она крши принципе исламског банкарског пословања и мора бити санкционисана. Стога, неопходно је да менаџмент банке зна који су послови шеријатски дозвољени. Дијапазон послова, који је шеријатом забрањен, релативно је узак и обухвата: трговину алкохолним пићима и свињским месом, вођење коцкарница и локала где се продају забрањена јела и пића, порнографију, послове са каматом, послове конвенционалног осигурања, као и послове, који су шеријатски прихватљиви, али се не обављају на поштен и одговоран начин.<sup>8</sup> Тиме исламске банке добијају улогу, која је много шира од улоге класичног финансијера, јер ускраћивањем финансијских средстава за предузећа, која се баве забрањеним пословима, исламске банке директно доприносе побољшању општих друштвених прилика и заштити друштва од изразито негативних последица, које по њега имају ови послови.

*Концепт друштвене одговорности у исламском банкарству.* Концепт корпоративне друштвене одговорности, који је заступљен у конвенционалном економском систему настао је у другој половини 20. века и односи се само на хумана и друштвено корисна дела, која

---

<sup>6</sup> Mohammed Alwosabi, „The Prohibition of Gharar“, [http://staff.uob.edu.bh/files/620922311\\_files/Prohibition\\_of\\_Gharar.pdf](http://staff.uob.edu.bh/files/620922311_files/Prohibition_of_Gharar.pdf), 12. октобар 2012.

<sup>7</sup> Вид. Siddiq Mohammad Al Ameen Al Dhareer, *Al Gharar in contracts and its effects on contemporary transactions*, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank 1997.

<sup>8</sup> Вид. Muhammad Ayub, *Understanding islamic finance*, John Wiley and Sons Ltd. 2007, 199.

је предузеће учинило добровољно, а не под притиском закона.<sup>9</sup> С друге стране, исламски концепт корпоративне друштвене одговорности је стар колико и сама религија ислам. Разлика између исламског и конвенционалног концепта друштвене одговорности је у томе што, према исламском виђењу овог питања, друштвена одговорност нема обележје добровољности, већ представља обавезу како за појединца, тако и за организације.<sup>10</sup> Такође, за разлику од конвенционалног система друштвене одговорности, који раздваја духовно и материјално, у исламу таква дистинкција не постоји. О томе сведоче три основна облика одговорности у исламу: одговорност према Богу, одговорност према људима и одговорност према животној средини. Друштвена одговорност у исламу није апстрактна и уопштена категорија, већ су кроз изворе шеријатског права јасно дефинисани начини испуњавања свих типова одговорности, које ислам прописује.

### 3. ТИПОВИ ИСЛАМСКИХ БАНКАРСКИХ УГОВОРА НА БАЗИ ПОДЕЛЕ ПРОФИТА И ГУБИТАКА

#### 3.1. Мушарека

Мушарека је класичан партнерски уговор две стране, код којег се на најјаснији начин манифестује један од кључних принципа исламског банкарства, принцип поделе добитка и губитка. Код мушареке, као и код осталих исламских уговора, „морају постојати сва обележја ваљаног уговора: правна способност уговорних страна, склапање уговора на основу слободе пристанка, без присиле или довођења друге уговорне стране у заблуду и др.“<sup>11</sup> Мушарека није искључиво банкарски посао, али може бити веома корисна за успешно и ефикасно пословање банке. Код овог уговора, све уговорне стране улажу одређени износ новца у посао и имају право да управљају пројектом. Да би мушарека уговор био транспарентан и да би његова практична примена била могућа, неопходно је дефинисати елементе,

<sup>9</sup> Вид. Denis Leonard, Rodney McAdam, „Corporate Social Responsibility“, *Quality Progress* 10/ 2003, 27 32; Abigail McWilliams, Donald Siegel, „Corporate Social Responsibility: A Theory Of The Firm Perspective“, *Academy of Management Review* 1/2001, 117 127.

<sup>10</sup> Вид. Asyraf Wajdi Dusuki, Humayon Dar, „Stakeholders' Perceptions of Corporate Social Responsibility of Islamic Banks: Evidence from Malaysian Economy“, *Advances in Islamic economics and finance* (eds. Munawar Iqbal, Salman Syed Ali, Dadang Muljawan), Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank 2007, 249 277; Sayd Farook, „On corporate social responsibility of Islamic financial institutions“, *Islamic Economic Studies* 1/2007, 31 46.

<sup>11</sup> М. Usmani, *Uvod u islamske finansije*, Selsebil, Živinice 2003, 29.

које овај уговор, у складу са својом природом и принципима исламског банкарства, мора имати.

Прво, када се говори о капиталу код мушарека уговора, веома је битно прецизно дефинисати врсту и облик капитала који је применљив у мушарека пословима. Одређен број шеријатских стручњака сматра да је готовина једино ваљан облик капитала, који партнери могу уложити у посао.<sup>12</sup> Они заступају став да улози у облику физичког капитала нису адекватни и могу створити нејасноће и проблеме у функционисању партнерства. Полази се од тога да су улози у облику физичког капитала јасно разлучиви и препознатљиви, тако да, ако је основни критеријум за процену вредности удела уложени физички капитал, тада се приликом раскида партнерства партнерима мора вратити уложени физички капитал или ако је роба која је послужила као физички капитал продата, мора им се исплатити тренутна вредност те робе. То уноси претерану неизвесност у пословање, јер удели партнера нису фиксирани, већ тај однос варира са флукуацијом цене роба које су послужиле као физички капитал. У складу с тим, за данашње услове пословања најреалнијим и најадекватнијим приступом се може сматрати приступ имама Малика, који каже да уложени капитал може бити, без икаквих ограничења, како у облику новца, тако и у облику физичког капитала.<sup>13</sup> У случају када се као улог користи физички капитал, мора се најпре одредити његова тржишна вредност у тренутку приступања партнерству, чиме се робни и новчани улози свде на исту основу.

Друго, обавезан елемент мушарека уговора, без кога овај уговор није ваљан, је договор о учешћу у добити пословних партнера. Одређивање приноса из мушарека посла, на који ће партнери имати право, у потпуности се разликује од приступа који постоји приликом одређивања и исплате камате. Наиме, у случају кредитних уговора, износ камате, коју треба исплатити повериоцу, унапред је познат, било као фиксни износ или износ одређен на основу обећане варијабилне каматне стопе, који није фиксни, али је његова исплата гарантована договором. Код мушарека уговора висина удела у добити партнера не може се одредити као унапред одређени фиксни износ (нпр. партнерима је обећан принос на улог од 100.000 евра) или проценат од улога (нпр. 10% или ЛИБОР+2%), већ само као проценат од остварене добити (нпр. 25% од оствареног добитка). На тај начин, сви партнери преузимају ризик неуспеха покренутог пројекта, односно њихова зарада је у потпуности везана за остварени добитак у пројекту. Ако око питања дозвољене висине удела у добити појединих партнера није постигнут консензус међу шеријатским правницима, постоје

---

<sup>12</sup> М. Ayub, 313.

<sup>13</sup> М. Usmani, 35.



три дефинисана става по овом питању: 1) удео у добити мора бити једнак уделу у партнерству, 2) удео у добити, уколико се партнери тако договоре, може одступати од удела у партнерству и 3) удео у добити може се разликовати од удела у партнерству, с тим што уколико се неки партнер или партнери одлуче да партнерству не доприносе својим радом, већ само капиталним улогом, они не могу очекивати удео у добити већи од удела у партнерству.<sup>14</sup> С друге стране, око поделе губитка нема дилеме, јер постоји општеприхваћен став да се губитак мора поднети пропорционално учешћу у партнерству. Исплата добитка углавном се врши по окончању пројекта, након чега се своде рачуни и, уколико је остварени принос већи од уложеног капитала, тада се најпре партнерима врате њихови капитални улози, а потом се остатак дели између партнера, у складу са договором.

Треће, мушарека уговором сви партнери добијају право на управљање послом. Међутим, шеријатска правила дају слободу партнерима да питање управљања реше и обликују према својим потребама и уз поштовање ставова свих партнера, односно уз њихову добру вољу и без присиле.<sup>15</sup> Уколико се постигне договор да сви партнери имају једнака права у управљању послом, тада сваки од партнера постаје заступник осталих и они прихватају да солидарно носе последице евентуално неуспешног деловања свог партнера, с тим што би ово питање требало унапред регулисати. Као што је већ напоменуто у претходној тачки, партнери се могу одрећи свог права на управљање послом и тако постати пасивни партнери.

Четврто, мушарека уговором регулисано је и питање слободе партнера да окончају своје учешће у послу. Према мишљењу чувеног шеријатског правника Ибн Кудаме (Ibn Qudama), мушарека се може сматрати окончаном у следећа три случаја: 1) сваки партнер има право да се у било којем тренутку повуче из посла, с тим што о томе мора обавестити остале partnere. Након одлуке партнера о повлачењу, врши се подела имовине из партнерства, и то поделом готовине (уколико је имовина у том облику) или ствари. Подела се врши сходно уделу партнера у послу; 2) мушарека уговор се окончава смрћу једног од партнера, с тим што његови наследници могу, уколико то желе, да се одлуче за даље учешће у пројекту. У супротном, наследници ће затражити повлачење средстава преминулог партнера; 3) пословна неспособност, менталне или физичке природе, неког од партнера такође може бити узрок прекида мушарека посла, с тим што, слично претходном случају, и у овој ситуацији могу се одреди-

<sup>14</sup> Вид. М. Usmani, 30 31; Hans Visser, *Islamic finance principles and practice*, Edward Elgar Publishing Limited 2009, 55 56.

<sup>15</sup> Вид. Angelo Venardos, *Islamic banking and finance in South East Asia: Its development and future*, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd. 2005, 76.

ти особе, које ће преузети надлежност оболелог партнера, уколико је то унапред уговором дефинисано.<sup>16</sup>

Међутим, примена мушарека уговора у савременим условима покренула је питање оправданости принципа да сваки партнер има право да у сваком тренутку затражи прекид мушарека аранжмана и расподелу средстава. Тако велики утицај једног партнера може угрозити положај и интересе осталих партнера, нарочито у случају када они не желе да прекину започети посао. Стога, као неопходност наметнуло се уношење посебне клаузуле у мушарека уговоре, која би онемогућила појединим партнерима да, вођени искључиво својим интересима, затраже прекид партнерства и тако у неповољан положај ставе остале партнере, који се с њим не слажу.<sup>17</sup> Том клаузулом би била дефинисана обавеза партнера, који жели да се повуче из посла, да прода свој удео осталим партнерима у послу. То је посебно значајно у случају инвестиционих пројеката, који захтевају дуг период за реализацију и чији би прекид могао имати тешке последице по учеснике у послу.<sup>18</sup> Цена по којој би одлазећи партнер продао своје уделе осталим партнерима не сме бити дефинисана унапред, при закључењу уговора, јер би на тај начин партнер, који жели да се повуче из посла, био потпуно заштићен од ризика губитка, чиме би мушарека могла попримити карактеристике кредитних трансакција. Цена удела се одређује у тренутку продаје, на основу тржишне вредности удела.

Према трајности, разликујемо три врсте мушарека уговора: 1) трајна мушарека, која се формира као класично партнерство на неограничени период. Прекид партнерства спроводи се по принципима које смо навели у претходном излагању; 2) привремена мушарека, временски ограничено партнерство, најчешће на годину дана, које се формира с циљем реализације конкретног пројекта. Након истека дефинисаног периода, врши се расподела средстава, углавном у ликвидном облику, узимајући у обзир учешће појединих партнера, као и то да ли је остварен добитак или губитак; 3) умањујућа мушарека је специфичан облик партнерства, код којег се учешће једног партнера постепено смањује с протоком времена, услед тога што други партнер или партнери откупљују његове уделе.<sup>19</sup> Када банка партиципира у мушарека уговору, најчешће се она јавља у улози партнера, који продаје своје уделе.

---

<sup>16</sup> Вид. М. Usmani, 36.

<sup>17</sup> М. Usmani, 37.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Ф. Хацић, 181.

### 3.2. Мудареба

„Мудареба се у класичном исламском законодавству и прописима дефинише као посебан облик партнерства, у којем један партнер обезбеђује потребан капитал и познат је под именом раб ал мал или рабу ‘л-мал (инвеститор), док други, под именом мудариб (агент), улаже своје време, вештине и рад, како би заједнички остварили профит од партнерског посла“.<sup>20</sup> Посебност мудареба уговора је у томе што инвеститор игра улогу пасивног партнера, чија су управљачка права веома ограничена, па стога има низак ниво контроле над реализацијом партнерског пројекта. Исламска банка се може наћи, како у функцији рабу ‘л-мала, тако и у функцији мудариба. Инвеститор има висок ниво контроле једино при одабиру мудареба захтева, односно пројекта, у који ће улагати и приликом конципирања мудареба уговора.<sup>21</sup> При склапању уговора, инвеститор може дозволити мударибу да његов новац уложи у било који посао, чија природа није у супротности са шеријатским принципима и такав вид мударебе назива се неограничена мудареба. С друге стране, уколико инвеститор условљава мудариба и одлучује у који посао конкретно он може да уложи новац или диктира начин на који посао може да се обави, тада се ради о ограниченој мудареби. Самим тим, слобода деловања мудариба није иста код свих облика мударебе. Уколико мудариб буде деловао противно одредбама уговора (уговором дефинисаној вољи инвеститора или принципима исламског пословања), мудареба може бити раскинута. Тада мудариб има обавезу да инвеститору врати његов улог, а у неким случајевима и да плати одређене пенале. Износ наплаћен по основу пенала, инвеститор не може задржати, јер би у том случају пенали попримили форму затезне камате, која је у исламском пословању забрањена. Препоручено је да се наплаћени пенали уплате у хуманитарне сврхе.

Кад је у питању природа капитала код мудареба уговора, постоји јединствен став шеријатских стручњака да капитал мора бити у ликвидном облику.<sup>22</sup> Ако рабу ‘л-мал улаже одређену велику имовину као капитал, мудареба посао ће моћи да се започне једино уколико мудариб прода ту имовину и тако стечени новац уложи у одабрани пројекат. Став да мудареба капитал мора бити у ликвидној форми аргументује се тежњом да се избегну било какве нејасноће и неспоразуми, који се могу јавити приликом процене велике имовине која се улаже као капитал.<sup>23</sup> То се односи како на материјалну имови-

<sup>20</sup> Tanzilur Rahman, *Mudarabah and Pakistan Perspective*, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank 2000, 7.

<sup>21</sup> Вид. Z. Iqbal, A. Mirakhor, 95.

<sup>22</sup> M. Ayub, 323.

<sup>23</sup> *Ibid.*

ну, тако и на потраживања инвеститора. На пример, инвеститор сматра да је потраживање, које има према мударибу, у ствари, уложени капитал. Међутим, постоји опасност да овакав вид трансакција може створити основу за различите злоупотребе.<sup>24</sup> Најпре, може пружити прилику мударибу да одлаже исплату дуга, јер је он сад претворен у капитал, као и да га подстакне да прикаже губитак у послу, с циљем умањења дужничке обавезе. С друге стране, рабу ‘л-мал може на овај начин да прикрије каматоносну трансакцију мудареба послом, јер ствара услове да, уз извесне ризике, поред наплате главнице дуга, која је претворена у капитал, оствари и недозвољени принос на свој улог под плаштом приноса на мудареба трансакцију. Зато капитал, који се улаже у мудареба посао мора бити ослобођен било какве обавезе, условљености или ограничења.

Једно од кључних питања код мудареба уговора је подела добитка. У суштини, подела добитка може да се изврши тек након завршетка посла, након којег се своде рачуни и одређује се остварени резултат. Ако се оствари принос изнад висине улога, реализовани пројекат је профитабилан. При том, мора се најпре инвеститору исплатити његов улог, а остатак новца ће бити подељен између инвеститора и мудариба, према утврђеном кључу. Стога, једна од обавезних ставки мудареба уговора је кључ поделе добитка. Овај кључ, односно учешће инвеститора и мудариба у оствареном добитку, мора се утврдити *a priori*, односно пре почетка реализације посла, јер без тог елемента мудареба уговор није ваљан.<sup>25</sup> У шеријатском праву не постоји одређени кључ, који се мора користити у мудареба уговору, већ је дата слобода уговорним странама да постигну консензус и уговоре обострано прихватљив начин расподеле добитка. Могућности да мудариб користи новац из мудареба посла за исплату надокнаде за рад самом себи или покривање личних трошкова насталих током обављања посла, веома су ограничене. Ставови шеријатских стручњака по овом питању нису сасвим јединствени и крећу се од потпуне забране мударибу да троши новац из мудареба фонда, преко дозволе да се храни од новца од мударебе, па све до дозволе да може да покрива све личне трошкове, који настају због путовања мудариба, везаног за мудареба посао. Међутим, став шеријатских правника је јединствен када је у питању исплата накнаде за рад, јер у овом случају доминира став да мудариб нема право на наплату накнаде за свој рад.<sup>26</sup> Такође, консензус је постигнут и око става да рабу ‘л-мал нема право да добије свој део добити пре него што се мудареба по-

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Вид. Azhar Nadeem, „Islamic business contracts and microfinance – a case of mudarabah“, *MPRA paper* 27194/2010, 4.

<sup>26</sup> М. Ayub, 326.

сао оконча и рабу ‘л-малу се исплати улог.<sup>27</sup> Вишак изнад износа улога се дели по унапред договореном односу, с тим што, уколико је тако уговором одређено, мударибу се може исплатити део добити и пре званичног окончања мудареба посла. Ова пракса је могућа једино ако се објективном проценом утврди да је резултат мудареба посла извештан и пре његовог окончања и ако је договорена исплата мударибовог дела зараде у ратама.

Слично мушареки, принос заснован на подели добитка је кључна разлика између кредитних уговора и мударебе. Код мударебе инвеститору се не може гарантовати поврат његовог улога, као што је то случај са кредитним уговорима, већ је поврат условљен успехом партнерског посла.<sup>28</sup> Такође, наводи се да код мударебе принос на уложена средства није гарантован, за разлику од кредитних уговора, где је дужник обавезан да повериоцу исплати унапред дефинисан вишак изнад главнице, као зараду на позајмљена средства. Рабу ‘л-мал нема право да тражи унапред одређен принос, у виду фиксног износа или варијабилне стопе приноса на утврђену основицу. Принос из мудареба посла, рабу ‘л-мал једино може остварити на основу свог удела (одређеног унапред дефинисаним односом) у оствареној добити, чиме је испоштован принцип исламског пословања да се не може остварити зарада од неког посла, уколико се не сноси ризик неуспеха тог посла. Преузимање ризика нас води до још једне битне ствари код мудареба посла, а то је подела губитка. Према принципима исламског пословања, губитак може сносити само партнер, који је уложио капитал у посао. Другим речима, комплетан терет губитка код мудареба посла сноси рабу’л-мал, док мудариб сноси терет изгубљеног времена и труда, који није резултирао жељеним приносом. Губитак инвеститора код мудареба уговора ограничен је висином његовог улога. Међутим, мудариб сам сноси терет губитка, уколико се губитак оствари услед његовог немара, преваре или неодговорног понашања.<sup>29</sup> Тада је он у обавези да покрије губитак, врати целокупан износ улога инвеститору и у неким случајевима плати одређене пенале, које инвеститор третира на претходно описан начин.

Када се говори о трајању мудареба аранжмана, општи је став да „мудареба уговор може бити окончан у било којем тренутку, од било које стране, уз обавезу да се обавести друга уговорна страна“.<sup>30</sup> Након окончања уговора, потребно је утврдити ефекте до тада обављеног посла, односно утврдити остварене приносе и након што се улог врати инвеститору расподелити остатак према договореном

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Вид. Т. Rahman, 13.

<sup>29</sup> Вид. М. Usmani, 40.

<sup>30</sup> А. Nadeem, 5.

односу. Ако је остварен губитак, његов терет ће сносити инвеститор, осим у случају непоштеног и неодговорног деловања мудариба. Расподела се обавља једноставно, ако је имовина мудареба партнерства у потпуности ликвидна (у облику готовине). С друге стране, уколико је имовина делимично или потпуно неликвидна, неопходно је најпре продати ту имовину и по претходно описаном моделу расподелити добијени новац. Међу шеријатским стручњацима постоје неслагања по питању временског ограничавања мудареба уговора.<sup>31</sup> Постоје шеријатски правници, који временско ограничавање мудареба уговора сматрају дозвољеним, док се томе противе заступници става да је временско ограничавање мудареба уговора забрањено. Заступници става о дозвољености временског ограничавања мударебе сматрају да мудареба, као и било који други посао где се ангажује агент или заступник, може бити ограничена. Противници овог става имају знатно реалније и флексибилније гледиште. Они полазе, пре свега, од економске логике, тврдећи да временско ограничавање мударебе може онемогућити потпуну реализацију започетог посла, ако је за реализацију посла потребно више времена него што је то уговором одређено. Стога, може се рећи да је њихов став далеко примеренији пословној реалности и да је овај приступ применљивији у пракси, односно да даје бољу основу за успешно обављање посла. Међутим, то истовремено не значи да инвеститор и мудариб неће имати у виду одређени, обострано прихватљив рок, закључно са којим посао треба да се заврши и евентуални приноси расподеле.

Осим одређивања максималног рока трајања мударебе, веома је битно бавити се и питањем минималног периода, који треба да протекне да би партнери имали право да се повуку из посла. Већ смо потенцирали да партнери имају потпуну слободу да се, уз претходну најаву, повуку из посла. Међутим, ова могућност, која партнерима стоји на располагању, може имати негативне последице по успешност мудареба посла и истовремено умањити атрактивност и могућност примене мударебе у савременом пословању. То посебно важи за велике, капиталне пројекте, који захтевају значајна улагања, али и дуг период за реализацију. Посебно је критичан случај када се рабу ‘л-мал одлучи на повлачење из посла на његовом самом почетку, што онемогућава мудариба да оствари зараду, а његов дотадашњи труд и време потрошени су узалудно.<sup>32</sup> Препорука већине савремених теоретичара исламског банкарства је да се уговором ограничи право повлачења партнера у сваком тренутку. Шеријатски принципи нуде потпуну слободу по овом питању, што омогућава да се уговором дефинишу услови под којима партнер може изаћи из мудареба

<sup>31</sup> Вид. М. Usmani, 43.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 44.

посла пре његовог завршетка. Ово може бити од изузетног значаја за мудареба посао, јер му даје стабилност, континуитет и већу атрактивност на тржишту.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Мушарека и мудареба су исламски банкарски уговори засновани на подели профита и губитака. Сматрају се најзначајнијим исламским банкарским уговорима, јер су код њих на еклатантан начин задовољени сви принципи исламског банкарства. Поред одређених сличности, наведени уговори се међусобно значајно разликују кад су у питању права и обавезе уговорних страна. Мушарека је класичан партнерски уговор, који омогућава свим партнерима да учествују у управљању партнерством (предузећем или пројектом), остварују удео у профиту и сnose терет губитка, сходно учешћу у власништву и постигнутом договору. С друге стране, мудареба подразумева да само једна уговорна страна (рабу 'л-мал) улаже капитал, има власништво над предузећем или пројектом и сноси терет губитка и поред тога, право да учествује у подели профита које заједнички остварују све уговорне стране у складу с договором. Друга уговорна страна (мудариб) остварује право на управљање пројектом, које је рабу 'л-малу ускраћено, као и право на удео у вишку изнад улога након окончања пројекта, али је заштићен од сношења губитка, осим у случају непрописног поступања у вођењу пројекта.

Мудареба и мушарека модели финансирања настали су пре више од 14 векова, у времену и на подручју где је трговина била доминантан облик привредне активности. Путем ових аранжмана, трговци су обезбеђивали средства за реализацију својих пословних подухвата, при том не оптерећујући се фиксном обавезом која настаје дужничким финансирањем. Такође, овај вид улагања је био користан и за финансијере, јер су финансирајући искусне и способне трговце могли остварити знатно веће приносе него наплатом камате на позајмљена средства, која у 7. веку, због шеријатске забране, престаје бити улагачка алтернатива за муслиманске инвеститоре. Финансирани послови су углавном реализовани релативно брзо, тако да је већ након неколико месеци трговац био у прилици да, након продаје робе, врати финансијеру улог и део зараде (уколико би трговина била успешно реализована). Међутим, савремена предузећа функционишу на другачијој основи и након окончања мудареба или мушарека финансирања не врши се њихова ликвидација и расподела имовине између финансијера и његовог клијента. Предузећа и након завршетка ових аранжмана углавном настављају започети посао и не планирају да продају опрему (купљену у оквиру финансираног

пројекта), како би од тих средстава исплатила финансијера. Такође, пројекти, који би у савременим условима могли бити финансирани исламским власничким улагањима углавном трају неколико година, што је отежавајућа околност по финансијера, чији је новац за све то време заробљен у пројекту. Непостојање фиксне обавезе према финансијеру код ових облика банкарског финансирања, имплицира постојање израженог агенцијског проблема.<sup>33</sup> Овај проблем је посебно изражен код мудареба уговора, где мудариб може бити мотивисан да делује у искључиво свом интересу, а противно интересу инвеститора, јер не сноси терет губитка нити има фиксну обавезу према рабу 'л-малу, осим уколико се не докажу његова немарност и непоштење у пословању.<sup>34</sup>

Наведени проблеми у имплементацији ових исламских банкарских уговора могу бити решени или бар ублажени. Проблем финансирања савремених предузећа путем мударебе и мушареке може бити превазиђен креирањем нових и актуелним условима прилагођенијих модела финансирања на бази поделе профита и губитка, попут умањујуће мушареке, која подразумева постепено напуштање пројекта од стране финансијера и продавање удела преосталим партнерима. С друге стране, агенцијски проблем треба решавати кроз стварање адекватне правне и финансијске инфраструктуре, чиме би се пружила квалитетнија заштита финансијерима и смањило простор за евентуалне малверзације од стране партнера или мудариба. Такође, теоретичари исламског банкарства истичу да агенцијски проблем мудареба и мушарека уговора није нерешив и да се приликом анализе овог питања не сме занемарити утицај ислама и веровања у правду и загробни живот, који могу представљати значајну моралну и психолошку препреку онима, који евентуално намеравају да преваре финансијера.<sup>35</sup> Агенцијски проблем може бити битно ублажен и кроз развој дугорочних пословних односа с клијентима и стварање ефикасног исламског финансијског тржишта, које би омогућило да се непоштени и непрофесионални клијенти лакше препознају и сасвим потисну из банкарског и пословног система.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Вид. Michael Jensen, William Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics* 3/1976, 305-360.

<sup>34</sup> Вид. Obiyathulla Ismath Bacha, „Conventional Versus Mudarabah Financing: An Agency Cost Perspective“, *Journal of Islamic Economics* 1&2/1995, 33-49.

<sup>35</sup> Вид. Abdul Awwal Sarker, „Islamic business contracts, agency problem and the theory of the islamic firm“, *International Journal of Islamic Financial Services* 2/1999, 21-22.

<sup>36</sup> Вид. M. Usmani, 67-68.



Ahmedin Lekpek

Lecturer

University of Novi Pazar, Department for Economic Sciences

## ISLAMIC BANKING CONTRACTS

### *Summary*

Sharia laws, on which Islamic banking is based, prohibit the use of interest in business, and thus developed the business and Islamic financial contracts that provide opportunities for investors to generate profits on non-interest basis. According to the Sharia expert opinion, key Islamic banking contracts are musharaka and mudaraba, representing classical financing contracts based on the profit and loss sharing. Given that the current global economic crisis has led to increased interest in Islamic banking, it is necessary to acquaint the public with the specifics of Islamic banking and Islamic banking contracts. In this paper, the basic principles of Islamic banking, features of mudaraba and musharaka contracts and regulations that must be followed during formulation these agreements are analyzed and presented.

Key words: *Islamic banking. – Sharia. – Interest. – Musharaka. – Mudaraba.*

Др Чедомир Антић\*

Christopher Clark, *The Sleepwalkers: How Europe Went to War 1914*, Allen Lane, Penguin Books, London 2012, 736.

Кристофер Монро Кларк је аустралијски историчар рођен у Сиднеју 1960. године. Школовао се на Универзитету у Сиднеју и на Слободном универзитету у Берлину. Последњих година Кларк предаје „Историју модерне Европе“ на Сент Кетринс колеџу Универзитета у Кембриџу. Кларков истраживачки рад углавном је био посвећен историји Немачке и Пруске, те појединим питањима историје верских организација и културе у Европи 19. века. Докторску тезу коју је одбранио 1991. године, Кларк је објавио четири године касније под насловом *Политика проверавања: Мисионарски протестантизам и пруски Јевреји, 1728–1947 (The Politics of Conversion: Missionary Protestantism and the Jews in Prussia, 1728–1947*, Clarendon Press, Oxford University Press 1995). Овим темама остао је привржен и каснијих година па је тако заједно са Волфрамом Кајзером (Wolfram Kaiser) написао монографију: *Ратови култура: световно-католички сукоб у Европи 19. века (Culture Wars: Secular–Catholic conflict in Nineteenth-Century Europe*, Cambridge University Press, 2003). Кларк је 2000. године објавио биографију последњег немачког цара Вилхелма Другог (*Kaiser Wilhelm II*, Longman, London 2000). Своје занимање за Пруску и немачке земље Кларк је заокружио синтезом „Гвоздено краљевство“: *успон и пад Пруске, 1600–1947 (Iron Kingdom: The Rise and Downfall of Prussia, 1600–1947*, Allen Lane, Penguin, London 2006). Ова књига је имала издања у Сједињеним Државама и Немачкој.

Књига *Месечари: како је Европа кренула у рат 1914*, објављена 2012. године представља најпознатију књигу овог признатог и несумњиво добро етаблираног историчара. Књига је посвећена узроцима избијања Првог светског рата. Амбициозно замишљена, она треба да сабере научна достигнућа изнесена у замашном опусу досадашње литературе и објављених извора о овом питању. Реч је

---

\* Аутор је виши научни сарадник Балканолошког института Српске академије наука и уметности.

о око 25.000 књига, колико се процењује да је до сада објављено о Првом светском рату. Сâм наслов указује на невољни, условљени след одлука, догађаја и процеса који се завршио у катастрофи. Дакле, аутор се, можда и несвесно и без сопствене жеље, определио да насловом представи свој најважнији закључак: до светског рата дошло је стицајем непредвиђеног следа околности, без плана, посебно без неке политичке или економске предестинираности. Планери и вољни фактор били би немоћни да Европу и Свет уведу у рат, да није било стицаја околности, сужења свести, неодговорности вођства Великих сила и коначно – традиционално неконтролисаног фактора – мале и у другим случајевима небитне Краљевине Србије.

Књига *Месечари...* структурирана је на класичан начин. Садржај минуциозних истраживања изложен је хронолошки. Реч је о књизи подељеној на три дела, дванаест поглавља и шездесет и седам глава. Први део књиге посвећен је односима Србије и Аустроугарске од 1903. до 1914. године. Други део говори о супарништву Великих сила и подељеном европском континенту током деценија које су претходиле рату. Коначно, трећи део анализира Јулску кризу 1914. године и улазак Европе у рат. Дакле, сама структура Кларковог дела указује да је Први светски рат доминантно поникао на балканском сукобу.

Кларкови *Месечари...*, и поред његовог великог рада и појединих добро утемељених и луцидних закључака, представљају у значајној мери методолошки неутемељену ревизију историје. Кларк не тврди да постоји ексклузивна одговорност за рат. Пажљив у оцени овог осетљивог питања он кривицу дели међу свим учесницима. Он истина критикује наратив „невиности званичне Србије“, који је наводно руска историографија наметнула европској историографији. Такође, Кларк без веће уверљивости оспорава и поједине домете послератне немачке историографије – пре свега тезе Фрица Фишера о одговорности немачких елита за рат. Иако у књизи не доказује да је осим Драгутина Димитријевића Аписа још неко од високих српских званичника био умешан у Сарајевски атентат и упркос чињеници да наговештава „моралну“, а не и стварну одговорност Србије – Кларк самом одлуком да почетак процеса који су водили ка светском рату постави у 1903. годину и Мајски преврат, јасно говори да је његов став много искључивији и приврженији стереотипима насталим у средњоевропским историографијама после Првог светског рата. Утисак који шири јавност може да добије из читања Кларкове књиге другачији је и мање уравнотежен од оног који следи из научне анализе дела. За разлику од остатка књиге, читава поглавља посвећена Србији и српском питању нису заснована на великом броју минуциозно проучених библиографских јединица. Зачуђујуће је да један

професор Универзитета у Кембриџу за стотинак страница свог дела, кад је реч о једном од најзначајнијих аргумената, користи десетак и то углавном старијих дела посвећених историји Краљевине Србије у XX веку. Каква је то научна ревизија заснована на старим и добро познатим књигама? Одакле то да аутор цитира једног Драгишу Васића или Дедијера, Мекензијеву биографију пуковника Аписа, али му нису позната дела Димитрија Ђорђевића о Царинском рату, Владимира Ђоровића о односима Србије и Аустроугарске у XX веку или дела Андреја Митровића? Неће бити да је наш савременик Митровић – иначе јако уважен широм Европе, посвећен превасходно немачким и аустријским изворима, превођен на немачки и енглески језик и добитник Хердерове награде – у ствари корифеј руске историографије. Као и сваки прави амбициозни и до краја самоуверени историчар, аутор се, без сумње свестан овог недостатка, посветио архивској грађи. На основу напомена извесно је да је користио грађу Министарства иностраних дела. Занимљиво да се не позива на објављену грађу Министарства, која му је несумњиво доступнија, него управо на архивску грађу. На основу цитата у књизи на српском језику јасно је, међутим, да Кларк овај језик не чита и да се није превише трудио да отклони могуће пропусте приликом лектуре. У тумачењу развоја српског националног покрета и супарништва Србије и Аустроугарске крајем XIX и почетком XX века, приметан је недостатак поређења српског национализма са суседним националним покретима. Изостало је и објашњење страних извора и узора српског националног покрета. Приказивање Аустроугарске – која је с агресивном политиком започела после Конференције у Мирцштату, а не после Мајског агентата – као немоћног објекта у српској спољној политици, није засновано на озбиљној критици свих оних аутора у Великој Британији, Француској, Немачкој, САД... који су током протеклих девет деценија сасвим аргументовано тврдили супротно. Историјске аналогije између Краљевине Србије, која је ратовала у Првом светском рату, и Републике Србије/СРЈ, која је ратовала у Босни и Херцеговини, крајње су ненаучне и неумесне. Ако већ покушава да реконструише некакву историјску вертикалу, Кларк би требало да спомене и наслеђе злочина из Првог и Другог светског рата... Како је могуће да постоји историјска вертикала између Краљевине Србије и злочина у Сребреници, а не постоји никаква веза између аустријског имепријално-колонијалног наслеђа и Хитлера? А можда је та веза, управо Србија?

Ауторов покушај да представи српска настојања као нешто посебно и у Европи невиђено, јасно указује или на недовољно познавање теме или на лошу намеру. Тероризам нема исто значење почетком XX и почетком XXI века. Чак су и велике силе имале другачији однос

према овом питању: рецимо, 1905. године, свега девет година пре Сарајевског атентата, белгијски анархиста Едвард Жорис покушао је атентат на османског султана Адбул Хамида. Реч је о првом атентату аутомобилом-бомбом у историји. Атентат није успео, султан је преживео, али је изгинуо велики број цивила. Жорис је коначно, под притиском Великих сила, ослобођен и враћен у своју земљу. Како објаснити чињеницу да је у Краљевини Италији у то време подигнут споменик неуспелом атентатору на цара Франца Јозефа? Велике силе дакле на једног Жориса или Принципа нису гледале исто као данас на Осаму Бин Ладена.

Само поређење 1914. и 1999 (стр. 456) јасно показује Кларкову методолошку површност. Настојања САД да Србији буде одузето Косово није довело до светског рата, али та чињеница показује промену равнотеже снага у Европи, можда, мада не и засигурно, нове глобалне погледе на суверенитет, али свакако не и утемељење за тврдњу да ултиматум Србији из 1914. није задирао у међународно призната права и суверенитет Краљевине Србије, као и да је читава Јулска криза настала због империјалистичких амбиција Русије.

На 417. страни Кларк пише о „политичкој култури са снажним наклоношћу ка краљеубиству у Србији“. Тако су ствари виђене у Берлину. Да ли су Срби једини у то време убијали своје краљеве? Да ли је у XIX веку убијено више српских краљева или председника Сједињених Држава? Од 1815. до 1903. убијена су двојица српских владара, а за то време су као жртве атентата пала тројица председника САД. Шта рећи о Русији, чија је револуционарна омладина свакако била узор сличним покретима балканских народа? Да ли су убиства владара само део традиције опскурних народа, или је реч и о традицијама демократских покрета у тадашњој Европи – сећању на Хермодија и Аристоклеја, убице атинског тиранина Хипарха и на Брута Старијег – који је прогнао последњег римског краља.

Ауторова знања о ранијој историји Срба заснована су на ограниченој литератури. Он не показује да је упознат са развојем историјске науке током протеклих деценија, нити са дебатом која се у научним круговима о томе води. Тако, на страни 21 тврди да Срби нису обраћали пажњу на то да је Душаново царство, које су видели као узор, било „више-етничка средњовековна политија“. А која средњовековна држава то није била? Кларк вероватно није упознат са ранијом и каснијом историјом средњовековне Србије и са природом историјских права која су савременици полагали на Босну, Херцеговину и Јужну Угарску. Босна је, то је данас научно неспорно, била део прве српске средњовековне државе. Цар Душан је ратовао у читавој Босни. Босански великаши одбијали су да владара Србије признају као цара Срба – већ само рашког цара – управо зато што

су две државе биле везане етничким и државним коренима. Краљ Твртко наследио је круну Немањића. Српска политичка елита је 1914. године знала за ове чињенице. Кларк је уверен да Срби славе Видовдан због убиства султана Мурата (стр. 24, стр. 387) – слављени су, међутим, мучеништво и жртва. Српска култура је таква уверења преузела из европске културе.

За Кларкову књигу је мање важно да ли су ови наводи спорни, колико да ли су и колико били познате савременицима. Он их, међутим ослоњен на литературу каква је књига *Срби* британског публицисте Тима Џуде, уопште није узео у обзир. Рецимо, савременици можда нису тачно знали број становника Косова и Македоније, али немачка Хердцова енциклопедија из 1902. признаје српску бројчану предност у тим областима! Одакле Кларк зна да је „тешко претерати“ у придавању значаја утицају Гарашаниновог *Начертанија* на генерације српских политичара и родољуба? Ослања се на литературу стару тридесет и три године (дело Хорста Хазелстајнера), која није посвећена самом *Начертанију*. Наука је до данас доказала да је за *Начертаније* знало мало политичара окупљених око аустрофилског круга Милутина Гарашанина и да оно никада није било основа српске спољне политике – осим делимично и условно у време када је Гарашанин био председник Владе. Прилике у Босни уочи Првог светског рата Кларк такође реконструираше на основу површних дела. Уверење да је у Босни ниво просвећености био нижи „чак него у Србији“ (стр. 75) – где је, узгред, седамдесет година постојао државни образовни систем – открива недовољну обавештеност, али и нелогично размишљање оптерећено дубоким предрасудама. Писање о „цивилизаторској мисији“ и занемаривање аустроугарске репресије у Босни и Херцеговини, ограничавање културних, просветних и непостојање демократских права, говори о савременој интелектуалној рехабилитацији колонијализма.

Режим краља Александра Обреновића 1903. није био аустрофилски, колико год то Кларк на основу елементарне логике претпостављао. Кларк цитира Слободана Јовановића о овој теми, али се не удубљује у његова тумачења. Аустроугарска је управо крајем 19. века водила агресивну политику према Србији. Она је отворено подстицала етничке мржње међу Јужним Словенима, о чему сведоче наслеђе управе барона Куена Хедерварија у Загребу и насилне демонстрације против Срба из 1902. године. Кларк сматра да је Франц Фердинанд убијен зато што је био реформиста и желео да створи словенску државу у оквирима Хабзбуршке монархије (стр. 49). Чудно је да младића који се представљао као Србо-Хрват и Југословен толико раздражи помисао да би Југословени могли добити државу, па макар и у Хабзбуршкој монархији? Невероватно је да

Кларк не узима у обзир крајњу непопуларност Франца Фердинанда широм Аустроугарске – о чему сведочи држање цара Франца Јозефа непосредно по Сарајевском атентату и бројна сведочења, међу којима и оно из пера писца Штефана Цвајга. Ако је већ желео да да права Словенима, да ли то значи да Срби нису Словени, па су њихова права управо укидана уочи Првог светског рата – попут, рецимо, црквено-школске аутономије Срба укинута 1912. године. Кларк, очигледно, следи каснија домишљања без ослањања на новију историографију. Занимљиво је да Кларк, без било каквог објашњења, наводи сасвим условну оцену историчара Душана Т. Батаковића да је у програму тајне официрске организације „Црна рука“ било елемената протофашизма, а не спомиње залагање за демократију, равноправност полова и слободу штампе припадника организације „Млада Босна“.

Но, Кларкова промишљања о српској кривици јасно говоре о чему је реч. Сам Кларк је пишући у *Уводу* књиге о свом течи, који је учествовао у (бесмисленом и језивом) Првом светском рату, јасно указао на то колико је и данас жива једна стара фрустрација и колико велико колективно и лично оптерећење она и даље представља. Фрустрација бесмисленог ратовања за које су се европске силе припремале током више од две деценије. Ратовања које није завршило столетном светском превлашћу једног од блокова, већ напротив дугорочним опадањем Европе, ступањем САД на светску и европску позорницу, привременим тријумфом тоталитарних идеологија, пропашћу империја, деколонизацијом и коначно страдањем читаве једне европске генерације. Један од начина рационализације и превазилажења историјске трауме и фрустрације садржана је у помирењу бивших непријатеља и релативизацији ранијих погрешака. Кривац по могућству треба да буде мали народ разорене државе и пропалог друштва, чији је језик неразумљив, а имена неизговорива, парија Европе кога су се из разних разлога одрекла „браћа“ и „рођаци“. Баш као што се дивља племена мире палећи лутке демона, тако се и део савремене Европе враћа својој величини реafirмишући старе стереотипе. Парадокс представља чињеница да ови стереотипи помало личе на оне које су гајили аустријски милитаризам и касније немачки нацизам.

Др Борис Беговић\*

Dani Rodrik, *The Globalization Paradox: Why Global Markets, States and Democracy Can't Coexist*, Oxford University Press, Oxford 2011, 346.

Глобализација је отишла предалеко! Проблеми који су се појавили у светској привреди крајем прве деценије XXI века неизбежна су последица хиперглобализације. Постоји инхерентна противречност између глобализације, суверенитета (националних држава) и демократије и отуда је неминовно да светска привреда посустаје и пролази кроз кризе. Штавише, финансијске кризе више су правило него изузетак, будући да међународна тржишта капитала нису регулисана. Отуда даљи ход глобализације не само да треба да се заустави, него тренд треба да се преокрене, да се приступи деглобализацији. Свет треба вратити у 1950-те и 1960-те године, када је владала идила оличена у кензијанском погледу на свет, отелотвореном у политикама које су тада спроводиле и заступале бретонвудске институције (ММФ, Светска банка и ГАТТ). Да резимирамо: трговина треба да буде праведна, а не (потпуно) слободна, националне државе треба да спроводе сопствене индустријске политике, попут политике замене увоза, да подстичу домаћа предузећа, а међународне токове капитала треба обуздати, будући да од њих нема никакве користи, а штета услед спекулација је огромна.

Нико се не би зачудио уколико би се тврдње из претходног пасуса приписале неком од ватрених активиста против глобализације, портпаролу неких од организација која састанке Светског економског форума у Давосу или заседања Светске трговинске организације прате масовним демонстрацијама, уз знатно уништавање имовине. Наведени пасус тешко да приличи налазима научно релевантне литературе. А управо је то сажетак налаза до којих је дошао Дени Родрик, харвардски професор, плодни аутор многих научно релевантних радова, један од најлуциднијих аналитичара процеса глобализације.

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [begovic@ius.bg.ac.rs](mailto:begovic@ius.bg.ac.rs).



Како се то десило? Пођимо редом да бисмо добили одговор на ово питање.

Наравно, оно што се данас назива глобализацијом само је најновији талас глобализације. Стога Родрик креће у анализу историје глобализације и усредсређује се на две њене фазе. Прва је она пре Првог светског рата, под, како сматра аутор, светоназорима Адама Смита, која се заснивала на златном стандарду националних валута, слободној трговини, држави која је обезбеђивала владавину права, ниском опорезивању и занемарљивој присилној прерасподели дохотка. Родрик већ ту укључује концепцију глобалне државе и закључује да је прва фаза глобализације била успешна због тога што се одвијала у доба империјализма, па су колонијална царства обезбеђивала оно што се модерним речником назива глобална владавина (*global governance*). Остаје мистерија како су у таквом систему глобалне владавине коегзистирала различита колонијална и остала царства и како су то економски (глобално) сарађивале Француска, Немачка и Русија, које, свакако, нису спадале у исто царство.

Још је значајније питање како је завршио први талас глобализације, будући да одговором на то питање сазнајемо нешто више о одрживости ове концепције глобализације. На први поглед, одговор се зна: овај талас глобализације завршио је у (Првом) светском рату. Но, аутор, појединим својим коментарима ствара утисак да је тај рат био неизбежна последица глобализације – теза коју није ни покушао, а још мање успео да докаже. Међутим, остаје утисак да први талас глобализације, односно тип капитализма (*Capitalism 1.0*, како га назива аутор) који ју је произвео, није био одржив услед неких (не знамо којих) интерних противречности саме глобализације.

Други талас глобализације настао је после Другог светског, када су под великим утицајем Џона Мајнарда Кејнза формиране бретонвудске институције, којима је дефинисан оквир тог другог таласа. Уз кејнзијанизам и омиљено управљање тражњом на различите начине, тај оквир је садржао обавезујућу политику фиксног курса, умерену либерализацију спољне трговине (без обавезе либерализације, односно уз многа њена ограничења), високи степен државне интервенције, пре свега у области индустријских политика, уз државу благостања и снажну присилну прерасподелу од богатих ка сиромашнима – то аутор назива *Capitalism 2.0*. По мишљењу аутора, тај период био је златно доба. Непревазиђене, како тврди, стопе раста светске привреде, обнова, изградња и просперитет. Речју – глобализација каква је пожељна. Емпиријски доказано, бар тако тврди Родрик.

Можда је то све тако, али за почетак треба напоменути (што аутор прећуткује) да добар део човечанства није био укључен у ту глобализацију – свакако нису биле комунистичке земље, које су у то

време чиниле добар део не само светске територије, него и светског становништва. Стога се може поставити питање колико је тај други талас глобализације био – глобалан.

Но, свакако да треба поставити следеће питање: када је све то било тако идеално, због чега се није одржало? („Ако смо пали, паду смо склони били!“). Буквално на пола пасуса, аутор, онако успут, напомиње да је тај рај на земљи завршен првом нафтном кризом, стагфлацијом у развијеним земљама (стањем које, ето, противречи основним кензијанским налазима) и наравно стратешком грешком тадашње америчке администрације да напусти златну подлогу долара и пређе на флексибилни девизни курс. Још само да је Никсон разумео шта ради!

Дакле, ни речи о узроцима који су довели до слома другог таласа глобализације, односно до потпуне промене економских политика до које је дошло током 1980-тих година. Ни речи о успону економског либерализма Регана и Тачерове, демократски изабраних (и реизабраних) политичких лидера, чији изборни успех може да се објасни управо крахом онога што аутор назива *Capitalism 2.0*. Ни речи о рушењу комунистичке империје и ширењу институција слободног тржишта, укључујући и фундаменталну промену привредног система у Кини, која је довела до успостављања аутократског капитализма. Ни речи о политикама либерализације које су довеле до ефективног укључивања Индије у светску привреду. Коначно, остаје мистерија због чега се периоду од почетка 1980-тих година па све до финансијске кризе из 2008. године не назива *Capitalism 3.0* или бар *Capitalism 2.1*? Овај талас глобализације, који је далеко снажнији и дубљи од оног после Другог светског рата, свакако да је по карактеристикама економских институција различит од претходне, протекционистичке верзије капитализма, уз свеprisутну државну благостања и снажну присилну прерасподелу.

Тим пре што се аутор жали на погубне последице ове најновије верзије капитализма, коју једноставно назива хиперглобализацијом. А главне жалбе су изнесене већ у првом пасусу овог приказа. За научну расправу, а то је оно најважније што се очекује од књиге харвардског професора, ипак је најзначајнија теза о инхерентној инкомпатибилности (хипер)глобализације, националне државе и демократије. Родрик сматра да треба да се изабере један од могућих парова који међусобно нису инкомпатибилни. На пример, (хипер)глобализација и демократија. То би се могло, макар теоријски, да доведе до демократски изабране светске владе, која би управљала глобализацијом на светском нивоу. Онда нема места за националне државе. Или комбинација националне државе и демократије, тако да се на нивоу националне државе спроводе демократски изгласане економске

политике, којима се управља увећањем националног богатства, али ту нема места за глобализацију, која подразумева универзална правила, односно деловање тржишта на глобалном нивоу. Коначно, аутор сматра да могу да постоје националне државе и глобализација, али ту нема места за демократију, будући да су правила којима се обезбеђује глобализација по дефиницији наметнута, односно нису изгласана у демократском процесу. Ради се о томе да глобализација, својим универзалним правилима, елиминише националну (демократску) државу.

Шта је решење? Аутор сматра да треба жртвовати глобализацију и одредити се за добитну комбинацију националне државе и демократије. Другим речима, повратак на други талас глобализације, чиме аутор имплицитно признаје да други талас и није био талас глобализације, већ нечега другог. Дакле, повратак кензијанству и филозофији бретонвудских институција, уз јачање државе благостања – *Capitalism 2.0*. Будући да је та верзија капитализма већ неколико деценија ван погона, потребно ју је мало модификовати, подмазати и поправити шминку тамо где је спала и онда ће све то савршено функционисати у околностима које су сасвим различите у односу на оне када је та верзија капитализма функционисала (ако је функционисала). Тај план аутор излаже као програм стварања нове глобализације, односно новог капитализма – *Capitalism 3.0*. Седам принципа нове глобализације не доносе, ипак, ништа ново у односу на његово „златно доба“ (оно које се урушило 1970-тих година), нити било шта интелектуално интересантно. Заиста, шта има интересантно у начелу „не постоји један пут ка просперитету“? И какво је уопште то начело?

Како се дошло до оваквог концептуалног промашаја? Основу чине озбиљне методолошке грешке. На пример, потпуно погрешне фундаменталне претпоставке, попут оне да државна интервенција не противречи слободном тржишту. Наравно за постојање, односно функционисање слободног тржишта потребна је држава, али она која се бави државним пословима, држава Томаса Хобса и Адама Смита, која штити људски живот, приватну својину и уговорна права. А не државна интервенција која регулише цене, количину, квалитет, облик, време продаје, начин рекламирања, шта се може, а шта не може. Таква свеприсутна држава директно нарушава функционисање слободног тржишта. Економски либерализам не захтева укидање државе – напротив! Али захтева минимизацију нарушавања економских слобода од стране те државе.

Неке од тих фундаменталних (погрешних) претпоставки анализе аутор уопште експлицитно не износи. На пример, претпоставка да је неизбежна (готово једина) одлика демократије социјална правда

која се заснива на присилној прерасподели од богатих ка сиромашнима, односно држава благостања. Сходно наведеној претпоставци, слободно тржиште неминовно је недемократско. Демократија је, ипак, процес којим се доносе и спроводе колективне одлуке, а не неки конкретан исход тог процеса. Иако је анализа преференција медијанског бирача показала да су демократије више склоне присилној прерасподели у односу на аутократије, ипак их не треба сводити на машину за присилну прерасподелу и државу благостања.

Аутор селективно приказује чињенице. Када пише о финансијском слому Аргентине, за шта окривљује глобализацију, „заборавља“ да помене да је тај финансијски слом изазвао аргентински буџетски дефицит – нешто на шта је влада Аргентине и у условима глобализације могла да утиче. Проблем је, међутим, у томе што се тај, аутохтони буџетски дефицит не уклапа у слику глобализације која слама Аргентину. Када пише о финансијском изабављењу Летоније, аутор „заборавља“ да помене да је кључну компоненту тог изабављења чинило драстично умањење јавних расхода и на тај начин затварање буџетског дефицита, нешто што је предузела летонска влада, уз пуну подршку домаћег изборног тела. Ни то се не уклапа у слику глобализованог света, нарочито унутар ЕУ као мале ултраглобализоване заједнице. Примера за селективно приказивање чињеница у овој књизи има много, далеко више него што дужина овог приказа омогућава да буду поменути.

Штавише, поједине тврдње о чињеницама нису поткрепљене никаквим доказима. Тврди се да су стопе раста у свету током 1950-тих и 1960-тих година највише стопе раста икад забележене. Нема никакве табеле, не зна се на које се земље то односи, не пореде се те стопе раста са стопама раста у периоду после 1980-тих година. Једноставно, каже аутор, то је тако. Неке од ставова поткрепљује позивањем на сопствене чланке, неке позивањем на сопствене *ad hoc* калкулације (попут односа добитка на ефикасности услед пуне спољнотрговинске либерализације у САД у поређењу с ефектима прерасподеле до којих би дошло). Нема места за оне чији су налази можда другачији.

Заобилазе се и кључна питања. Због чега је дошло до хиперглобализације почетком 1980-тих година? Због чега су се кинески комунисти одлучила на економску либерализацију и увођење капиталистичког привредног система? Због чега се Индија отворила? Какви су ефекти међународног финансијског посредовању у погледу трансфера штедње из богатих у сиромашне земље? Због чега су афричке земље толико дуго стагнирале и назадовале, да би тек почетком XXI века њихове привреде кренуле да расту? Због чега је тек хиперглобализација довела до тога да број сиромашних у свету падне

испод једне милијарде? Ко ће и услед којих подстицаја да примењује решења која предлаже аутор, решења здраве (*sane*) глобализације? Нема одговора на ова и многа друга питања. Прилично нездравом за књигу којој је наслов *Парадокс глобализације*.

Тако је дошло до овог издавачког промашаја. Остаје још само једно питање: зашто? Утисак је писца ових редова да је то због тога што је аутор решио да напише антиглобализацијски проглас, дакле књигу у домену политичког активизма и заговарања (*advocacy*), али се није усудио да при томе у потпуности напусти научну апаратуру, односно методологију, што приличи таквом подухвату. И онда је књига остала на пола пута, на ничијој земљи, па је било неминовно да се употребљавају само они аргументи, односно научни докази који иду у прилог прогласа. Нити је ово добар проглас, нити је вредна научна књига. Компромиси се, понекад, не исплате.

Др Александра Пиштало, LL.M\*

Norman Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, London 2011, 334.

У августу 2011. године у издању Oxford University Press из Лондона, појавила се књига *Право и религија у Европи: упоредни увод (Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction)* аутора Нормана Доуа.

Аутор књиге је професор права, оснивач и директор Центра за право и религију на Правном факултету Универзитета Кардиф и директор LL.M студија канонског права на истом факултету. Студирао је право у Кардифу, теологију у Оксфорду, а докторирао на Кембрицу. Области истраживања професора Доа су уставно право, канонско и црквено односно државно-црквено право.<sup>1</sup> Од неких његових ранијих радова из ових области издвајамо: *Правни систем Енглеске цркве (The Legal Framework of the Church of England, Oxford 1996)*, *Канонско право Англиканске заједнице (Canon Law in the Anglican Communion, Oxford 1998)*, *Црквено право Цркве у Велсу (The Law of the Church in Wales, Cardiff 2002)*. Вишегодишњи је члан Правне саветодавне комисије Цркве Енглеске и деловао је као заменик канцелара Епархије у Манчестеру. Један је од оснивача колоквијума англиканских и римокатоличких црквених правника, а 2010. године био је председник Европског конзорцијума за истраживање односа државе и цркве. На Тринити колеџу у Оксфорду био је гостујући сарадник 2011. године, а предаје сваке године као ванредни професор на Универзитету у Паризу.

---

\* Ауторка је магистрирала 2007, а 2012. одбранила докторску тезу *Religions recht in Serbien* на Правном факултету Универзитета у Триру, [pist5101@uni-trier.de](mailto:pist5101@uni-trier.de).

<sup>1</sup> У англосаксонској терминологији један од назива ове правне дисциплине је *Law on religion*, а често се не прави разлика између црквеног (еклисијалног) и државно црквеног права, него се користе као синоними. У Енглеској је оваква ситуација настала под утицајем специфичности Англиканске цркве, односно њеног статуса државне цркве. Ауторка ове студије користи термин: *Religion law*, који би у преводу на српски језик могао гласити: *религијско право*.

Однос права и религије привлачи све више пажње последњих година и предмет је дискусија и то не само у академским круговима. По речима аутора: „Право је место сусрета религије и политике“ (стр. 259). Свака држава у Европи има своје националне законе којима се уређују односи државе и цркве.<sup>2</sup> Европска унија такође има правне одредбе које за свој предмет имају религију. Ова књига пружа детаљан упоредно-правни увод у нормативно уређење ових односа у државама чланицама Европске уније.

Поређење националних закона о религији и поред постојања многобројних разлика, открива и дубоке сличности између њих. На основу ових сличности аутор покушава да дефинише основне принципе религијског права који су заједнички државама чланицама Европске уније.<sup>3</sup> Аутор преиспитује класичну доктрину по којој постоје три основна система односа државе и цркве у Европи: систем државне цркве, одвојени и кооперативни систем, те на основу правне анализе, нарочито правних прописа подуставног нивоа долази до закључка да је доминантан правни модел у Европи модел сарадње, односно кооперације државе и цркве. Ова студија, такође, анализира националне законе у контексту међународних инструмената који за свој предмет имају верска права и слободе. Од нарочито значаја су Европска конвенција о људским правима и слободама са судском праксом Европског суда за људска права као и остали међународни инструменти (пре свега УН) који регулишу ова питања.

Књига коју приказујемо састоји се од увода и десет делова, закључка и додатка. Јако је корисна и исцрпна листа судске праксе свих земаља чланица ЕУ, САД, ЕСЉП, ЕСП, ЕФТА, и ХРЦ (Комитета за људска права УН).

Иако се не може назвати првом књигом из ове области, оно што је заиста иновативно јесте ауторов приступ овој теми, односно сâм концепт књиге. Сви досадашњи радови из ове области права имали су за предмет разматрања сваку европску државу појединачно, обично посвећујући свакој по једно поглавље (као што је то случај у зборнику *State and Church in the European Union* уредника проф. др Герхарда Роберса (Gerhard Robbers), који је до сада објављен на 11 светских језика, укључујући и српски језик).<sup>4</sup> Национална законодавства нису дакле тематски упоређивана, иако је у последњем

<sup>2</sup> Термин црква употребљава се као реторичка фигура *pars pro toto*, дакле као део који замењује цркву, цркве или друге форме верских заједница једне државе.

<sup>3</sup> Аутор формулише 50 принципа религијског права који су заједнички државама Европе. Вид.: Додатак, 263 264.

<sup>4</sup> *Држава и црква у Европској унији*, приредио Герхард Роберс, у издању Института за теолошка истраживања Православног богословског факултета Универзитета у Београду, Београд 2012.

поглављу дата кратка упоредно-правна анализа религијског права Европске уније. Насупрот томе, *Право и религија у Европи: упоредни увод* анализира ову област на заједничком, европском нивоу, а свако поглавље посвећено је кључним темама религијског права у оквиру којег се разматра њихово нормативно уређење у земљама чланицама.

Прво поглавље се бави основама, изворима и системима религијског права, као и правним дефиницијама религије. Извори религијског права подељени су на унутрашње и спољашње, односно на националне и међународне изворе права. Односи државе и цркве су дакле регулисани различитим правним актима, које осим уставних и законских аката, чине и споразуми између државе и цркава и верских заједница, као и међународни споразуми. Државе генерално не дефинишу религију у својим правним актима и препуштају ово питање судској пракси (стр. 21). Аутор наводи неке критерије за препознавање религије, који се могу наћи у судским одлукама држава чланица и ЕСЈП (стр. 21–28). Овакав приступ држава које не дефинишу или минимално дефинишу религију може се правдати потребом „укључивости“, односно „отворености“ права, што аутор сматра посебно пожељним за данашња плуралистичка друштва (стр. 28).

Као што је већ наведено, могуће је на уставноправном нивоу разликовати три модела односа државе и цркве (три основна типа система религијског права) који су дубоко укореењени у историјско наслеђе, али кроз дубље сагледавање нарочито подуставних норми могуће је уочити и извесне сличности (стр. 28–39). Први систем карактерише постојање блиске уставне повезаности државе и одређене верске заједнице, дакле постојање државне или „националне“, „народне“, „традиционалне“, „утемељене“ цркве или доминантне религије. Системи Енглеске, Данске, Грчке, Финске и Малте припадају овом моделу. Системи у којима су држава и црква одвојене, са уставним одредбама о секуларном карактеру државе и забрани пружања финансијске помоћи верским заједницама укључују Француску (са изузетком три источна департмана), Ирску, Словенију и Холандију. Такозвани мешовити систем, познат и као кооперативни систем, код кога је уставна одвојеност државе и цркве праћена њиховом сарадњом на многим пољима од заједничког интереса укључује земље као што су: Шпанија, Португал, Италија, Немачка, Белгија, Аустрија, балтичке и средње и источноевропске државе.

Друго и треће поглавље аутор посвећује односу слободе вере и појединца, односно индивидуалним верским слободама и правима (друго) и правном регулисању верске дискриминације и мржње (треће). Свака држава гарантује слободу вере у својим уставним



одредбама и врло често ове одредбе добијају своју конкретизацију и у законима. Слобода вере (право на слободу мисли, савести и вероисповести) укључује два основна права: право да се има или промени вера или уверење и слобода човека да било сам, или заједно са другима, јавно или приватно, испољава веру или уверење молитвом, проповеди, обичајима и обредом. Слобода вере је апсолутна, док слобода исповедања вере или убеђења може бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу јавне безбедности, ради заштите јавног реда, здравља или морала, или ради заштите права и слобода других (стр. 56–62). У текстуалном смислу, постоји готово потпуно правно јединство гарантовања слободе вере европских држава кроз инкорпорацију ЕКЉП (чл. 9) у њиховим националним одредбама, но одређене разлике постоје у тумачењу уживања ових гаранција као и у рецепцији судске праксе суда у Стразбуру (стр. 63).

Верска дискриминација је забрањена у свим законодавствима земаља чланица. Право Европске уније има највећи уједначајући утицај на национална права управо у овој области. Забрана обухвата сваку непосредну и посредну дискриминацију, подстицање на дискриминацију и верско шиканирање. Антидискриминациони закони у којима је и верска дискриминација инкриминисана, дотичу се и корпоративних верских слобода, односно верских заједница, пре свега у вези са мером до које је њима дозвољено да дискриминишу, нпр. на основу вере, пола или сексуалне оријентације (стр. 76).

Верске заједнице се налазе у средишту анализе четири наредна поглавља: њихов правни субјективитет и положај (четврто), право на самоодређење, статус и функција верских службеника (пето), заштита доктрине и учења (шесто) и њихова имовина и финансије (седмо). Након ових поглавља аутор се усредсређује на присутност религије у јавној сфери: школама, затворима, болницама и војсци (осмо поглавље) и религију у приватној сфери: брак и васпитање деце (девето поглавље).

Десето поглавље истражује религијско право Европске уније и покушава да артикулише његове основне принципе. Аутор тврди да се став Европске уније према религији може окарактерисати са седам основних принципа: вредност (значај) религије, супсидијарност, признање права националним државама на регулисање својих религијских односа, верска слобода, верска једнакост (и недискриминација), право на самоодређење верских заједница, кооперација и посебна заштита религије кроз правне изузетке и привилегије (стр. 237). Управо Лисабонски уговор и Повеља о основним правима Европске уније нуде погодан приказ и резиме поменутих принципа (стр. 257). Књига завршава са Додатком у коме

је аутор покушао да формулише, као резултат свог истраживања, 50 принципа религијског права који су заједнички земљама Европске уније.

Управо полазна Доуова претпоставка о сличном приступу европских земаља у регулисању односа државе и цркве и сличност овог приступа са кооперативним моделом, омогућиле су му и формулисање поменутих 50 принципа, за које Доу тврди да су заједнички земљама Европске уније. Они се сами пак базирају на три основна начела: слобода вероисповедања; обавеза државе на једнако третирање религије; и друштвену вредност религије (стр. 259).

Преласком нивоа анализе са уставног на подзаконске правне акте, оштре контуре разлика у правном регулисању државно-црквених односа се губе. Тако ће аутор показати у својој анализи, да тзв. одвојени систем не карактерише његова потпуна незаинтересованост према религији. Неутралност државе такође је не спречава да буде активна у стварању нпр. услова за уживање права на вероисповест. Наравно, опасности које са собом повлаче сва уопштавања (генерализације), као и разлике у значењу и тумачењу, односно примени у пракси појединих начела присутне су и овде. Ако узмемо за пример принцип бр. 22 који гласи: „Верске организације су аутономне и држава се не може мешати у њихове унутрашње послове“, већ ћемо код тумачења појма „аутономије“, односно права на самоодређење верских организација, уочити приличне разлике у европским државама. Проф. др Хараламбос К. Папастатис (Charalambos K. Papastathis) у свом чланку о праву на самоодређење у Грчкој: *Religious Self-administration in the Hellenic Republic*<sup>5</sup> употребљава уместо термина *autonomous* термин *self-administration* дакле самоуправљање, који по његовом мишљењу боље одсликава грчке прилике.<sup>6</sup> Или код другог дела принципа, кључно питање је дефинисање оквира унутрашњих послова, односно шта је то што спада у искључиву надлежност верских организација. Но, без обзира на ове разлике у значењу принципа, може се рећи да оно што је заједничко свим државама и то независно од правног уређења верских слобода јесте да се све оне труде да омогуће уживање верских слобода и да сарађују са црквама и верским заједницама на остварењу овог заједничког циља.

<sup>5</sup> Charalambos Папастатис, *Religious Self administration in the Hellenic Republic*, [http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/IEVR/Arbeitsmaterialien/Staatskirchenrecht/Europa/Conference\\_1999/papastatis.pdf](http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/IEVR/Arbeitsmaterialien/Staatskirchenrecht/Europa/Conference_1999/papastatis.pdf); 19.4.2013.

<sup>6</sup> Православна црква у Грчкој врши поверену административну власт, спроведећи као јавноправни субјект одредбе државног законодавства. Сви акти који се односе на управне ствари подвргнути су ревизији Државног савета (врховни управни суд). Акти који се односе на верска и догматска питања нису у надлежно сти Државног савета. Вид. X. Папастатис, *Држава и црква у Грчкој, Држава и црква у Европској унији*, (ур. Г. Роберс), Институт за теолошка истраживања Православни богословски факултет, Београд 2012, 55, 58.

Формулисани принципи могу такође омогућити већи дијалог између права и осталих сродних дисциплина, као што је социологија религије, која даје одговоре на питања о улози религије у савременом друштву. Овакав интердисциплинарни приступ за који се аутор залаже, омогућава по његовом мишљењу дубље схватање религијског права у ширем друштвеном контексту (стр. 260). У наставку су идентификоване области за даља истраживања у том смислу, која могу бити предмет неких будућих студија.

Књига *Право и религија у Европи: упоредени увод* пружа обиље правних материјала и биће засигурно од непроцењиве користи свима који се интересују за ову област права, нудећи прву упоредно-правну анализу и увод у правно регулисање државно-црквеног права у Европи.

Др Миодраг Н. Симовић\*

Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2012, 1128.

Писати данас о кривичном поступку није ни једноставан ни лаган задатак. Број међународноправних уговора и форума који штите основна људска права и слободе у кривичном поступку несразмјерно се повећао, а, уз то, наравно, и број закона и других прописа који у националним законодавствима уређују ову материју. Томе треба додати и потребу да се стално прати стање његове јудикатуре. Ако се овако постављен задатак изведе разумљиво, те у прихватљивом обиму, јасно је да је аутор задатак обавио на високом нивоу. Управо то одлика је приказаног дјела и његових аутора.

*Коментар Законика о кривичном поступку* Републике Србије који су написали др Горан П. Илић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду и судија Уставног суда Србије, др Миодраг Мајић, судија Апелационог суда у Београду, др Слободан Бељански, адвокат и декан Адвокатске академије Адвокатске коморе Војводине и мр Александар Трешњев, судија Посебног одељења за организовани криминал Вишег суда у Београду, представља штиво које заслужује пажњу широке читалачке публике. Рецензенти су др Драго Радуловић редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе, др Божидар Бановић ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу и аутор овог приказа.

Дјело је прецизно и прегледно. *Коментар* садржи 1093 странице на којима су анализиране одредбе Законика о кривичном поступку. Поред тога, *Коментар* има и регистар појмова (31 страница), скраћенице судова и општих правних аката, као и списак општих правних аката (10 страница) које су аутори користили.

---

\* Аутор је дописни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине, инострани члан Руске академије природних наука, потпредседник Уставног суда Босне и Херцеговине и редовни професор Правног факултета у Бањој Луци и Правног факултета у Источном Сарајеву.

*Коментар* је дјело истакнутих стручњака у овој области, од којих су Бељански, Илић и Мајић били и чланови радне групе која је сачинила Нацрт Законика о кривичном поступку. Предности оваквог приступа су вишеструке. Аутори су, прије свега, у прилици да дају „аутентично“ тумачење новог концепта кривичног поступка и начина на који је то спроведено у појединим законским одредбама. Поред тога, њихова улога свједока у настајању законског текста даје прилику читаоцу да се упозна са различитим верзијама појединих норми, дилемама које су чланови радне групе имали, као и са разлозима који су превагнули у коначном одређивању за одређено рјешење. Све ово, свакако, доприноси потпунијем разумијевању нових рјешења, омогућавајући њихову што правилнију примјену. Уједно, на тај начин се пружа прилика да буду уочене и одређене недоследности или недовољно јасна законска рјешења, што представља путоказ за њихову *de lege ferenda* измјену или допуну.

Законик о кривичном поступку (*Службени гласник Републике Србије* бр. 72/11 и 101/11) представља несумњиво један од важних законских текстова које је у последњих неколико година усвојила Народна скупштина Републике Србије. Његов значај произилази, с једне стране, из чињенице да су процесним одредбама конкретизовани и разрађени Уставом Републике Србије и међународним документима зајемчени стандарди људских права у области кривичног поступка. На другој страни, нови Законик о кривичном поступку представља заокрет у односу на досадашњу концепцију кривичног поступка и расподјелу улога између главних процесних субјеката.

У стручној и општој јавности се као основна одлика новог Законика о кривичном поступку, уосталом као и већине других кривичнопроцесних кодекса донијетих у земљама региона, уобичајено истиче увођење тужилачке истраге. Иако тужилачка истрага представља једну од најпрепознатљивијих новина, Законик о кривичном поступку је израз је настојања да се, сагласно праву на правично суђење као темељном стандарду владавине права, досљедно промовише страначки поступак и непристрасност суда, што је нужно имало за посљедицу одустајање од традиционално прихваћене инквизиторске улоге суда у утврђивању чињеница у кривичном поступку. Услјед тога је било нужно измијенити постојеће или увести нове процесне институте, као што су проширење могућности нагодбе јавног тужиоца и окривљеног, обавезна судска контрола оптужнице, припремно рочиште, стављање у први план доказне расправности странака на главном претресу, унакрсно испитивање свједока, свођење *ex officio* поступања суда на мјеру која не доводи у питање његову непристрасност и сл.

Текст *Коментара* обилује домаћом и иностраном судском праксом. С обзиром на то да је Законик о кривичном поступку по-

четком 2012. године почео да се примјењује у поступцима за кривична дјела организованог криминалитета и ратних злочина, обимнија судска пракса проистекла из његове примјене још увијек не постоји. Међутим, у *Коментару* су садржане бројне изузетно актуелне одлуке судова које се могу примјенити у областима које нису битније мијењане. С друге стране, већина нових судских одлука, донесених након почетка примјене Законика о кривичном поступку, уврћена је у текст *Коментара*. Посебно треба истаћи да Коментар садржи праксу Уставног суда Републике Србије и Европског суда за људска права која представља референтни оквир за поступање редовних судова у вези са стандардима људских права у кривичном поступку. Све ово ће бити од посебног значаја за судије, тужиоце и адвокате који ће примјењивати овај законски текст, нарочито због тога што у многим случајевима није могуће пронаћи аналогију са ранијим законским рјешењима.

Бројност судских одлука и обухват књиге, уз истовремену фокусираност на неколико главних тема, реноме аутора који су учествовали у писању *Коментара*, прецизност и кохерентност изнесених ставова, наводе на закључак да је ријеч о врло занимљивој, важној и корисној књизи која ће бити полазна тачка свакоме ко жели нешто знати о кривичном поступку у Републици Србији. Са те одскочне даске читалац се врло информисано може усмјерити према даљем истраживању питања повезаних с феноменом кривичне процедуре.

Према начину писања, текст *Коментара* је првенствено намијењен онима који ће нова законска рјешења примјењивати у пракси. Умјесто опширних теоријских анализа појединих правних института, аутори су се определијели за језгровита и практична објашњења процесних ситуација и дилема које могу настати у вези са примјеном одређене законске одредбе. У значајном броју случајева читаоцу су изложени различити ставови које је судска пракса имала о одређеном питању, уз опредјеливање аутора за онај, који према њиховом мишљењу, има највише оправдања. Ово, међутим, не значи да су аутори занемарили и теоријско сагледавање одређених питања. Вокације аутора, од којих је један адвокат, други професор кривичног процесног права, а преостала двојица судије кривичари, омогућиле су правилан и уравнотежен приступ материји у којем теоријски поглед заузима онолико простора колико је неопходно за практичну примјену Законика о кривичном поступку.

Приступачност и језгровитост, јасноћа, али не науштрб прегледности, одлике су *Коментара* који су написали Бељански, Илић, Мајић и Трешњев. Због таквих одлика увјерен сам да је објављивање наведеног текста значајно како за правилну примјену Законика о кривичном поступку, тако и за разумијевање новог модела

поступка и његових посљедица у правосудном систему Републике Србије. Објављивањем овог текста пружено је обиље материјала представницима правничке професије који се кривичним процесним правом баве првенствено из угла теорије, нудећи нов поглед на процесне институте који до сада нису били својствени домаћем кривичном поступку. Књига је изразито препоручљива и студентима правних факултета на свим нивоима и типовима студија, укључујући докторске, а посебно и као оријентир у свакодневној дјелатности.

На крају, али не мање важно, објављивање *Коментара* ће бити од значаја и за обуку судија, тужилаца и адвоката у Републици Србији која је у току. С обзиром на то да је таква потреба већ искрсла у до сада предузетим активностима обуке, *Коментар* ће правовремено и на цјеловит начин понудити одређене одговоре.

Др Зоран С. Мирковић\*

## КАПЕТАН МИША И ЊЕГОВО ЗДАЊЕ<sup>1</sup>

Пре 210 година, 24. фебруара/9. марта 1803. родио се Миша Анастасијевић у Поречу (данашњи Доњи Милановац).<sup>2</sup> Почетак његовог живота обележиле су несреће: на порођају му је умрла мајка Ружа, а отац Анастас умро је док још није напунио ни трећу годину живота. Једина светла тачка била је маћеха, његова вољена Миља, која је пригрлила Мишу као рођена мајка. Дубока љубав, пажња и поверење везивало је ово двоје људи све до Миљине смрти 1837. године.

Први устанак донео му је ратне невоље и избеглиштво, али и двогодишње школовање. У Поречу је 1807. године основана основна школа, као део просветног система који је осмислио и спроводио Доситеј Обрадовић. У тој школи је Миша током 1808. и 1809. године изучио буквар, псалтир и рачуницу – оне предмете који су се једино и учили. Иако је било краткотрајно, ово школовање је описменило овог бистрог дечака и променило његов живот. Доживео је велико признање да га са непуних 12 година његови Поречани изаберу за учитеља. Повратком старог учитеља, био је принуђен да обавља и најтеже послове, као што је тегљење лађа уз Дунав, да би издржавао себе и своју Миљу. С временом постао је писар, трговачки помоћник, потом трговац, па дунавски капетан и ортак кнеза Ми-

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [zoranm@ius.bg.ac.rs](mailto:zoranm@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Аутор је овај текст, незнатно измењен, изговорио у Ректорату Универзитета у Београду 25. фебруара ове године на свечаности поводом 150 годишњице Капетан Мишином здања.

<sup>2</sup> О биографским подацима Мише Анастасијевића видети: Матија Бан, *Живот мајора Мише Анастасијевића*, Гласник српског ученог друштва, књ. 71, Београд 1890; Петар Милосављевић, *Миша Анастасијевић*, Београд 1988; Жика Живуловић Серафим, *Миша Анастасијевић (1803 1885)*, Неготин 2003; *Зборник* радова са научног скупа „Капетан Миша и његово време“, Доњи Милановац 2003.



лоша, и на крају краљ трговине сољу и баснословно богат човек. За тих осамдесет и неколико година доживео је оно што само избрани доживљавају, успео се до неслућених висина богатства и моћи, где ретки долазе, а још ређи остају. Он је променио живот и завичај, али никад није заборавио ни свој стари крај ни своје порекло, ни људе који су му се нашли у невољи, нити ишта од својих бројних успомена. Али успомена на кратко школовање оставила је, изгледа, неизбрисив утисак, који је са старошћу и годинама бивао све дубљи и дубљи. Отворио је и издржавао школу са интернатом на свом велелепном имању у Клежанима (крај Букурешта), чак је сам саставио и правилник о њиховом раду. Већ у годинама кад се свде рачуни и мисао иде ка почецима и најранијем детињству, мисли нашег јунака су се, изгледа, често враћале оном краткотрајном школовању као почетку његове бајке, али су биле усмерене и према хиљадама и милионима сиротих девојчица и дечака сурово лишених могућности да остваре своју бајку.

Костур приче је ту: свестан овоземаљске пролазности Капетан Миша, способан још само да чини добро, долази на мисао да поклони за просветне потребе своју „велику кућу“. Сачувани извори сведоче о великој улози коју је имао у овој ствари министар просвете, тачније министар финансија и заступник министра просвете и црквених дела Коста Цукић.<sup>3</sup> Он је писао Капетан Миши 7. децембра 1862:

„Ја се никако не могу да отресем убеђења, да би овакова палата у Београду по свом положенију, по својој величествености и скупоцености и по самом распореду, у плану најпогоднија била за какво велико народно учебно заведеније, у толико пре што срећом није још довршена, те се с малим трошком за ту цел преправити може. Ви сами сте криви, што ја од мог наваљивања не одустајем, јер сте ми изјавили сами да ћете Србство у своје време богато обдарити...

У смотрењу самог предмета дара, по мом скромном мишљењу, као што сам Вам и пре говорио, најсходније је да Ваше велико зданије поклоните; јер давши нам новаца или други добара, која прихода носе, ми ћемо то све растурити издавши иј одчасти под интерес или аренду одчасти пак утрошивши иј у неке фондове и зданија мање вредности; и тако опет не би имали зданија угодног за смештај виши училишта и учебни кабинета, него би ова заведенија раштркана и скупљена морали подизати довека као и до сада по којекаквим буџацима. Осим тога, оно што би дали не би се овако видило на једној гомили,

<sup>3</sup> Министар финансија Коста Цукић постао је и заступник министра просвете и црквених дела 27. априла 1862 (Вид.: *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835 1941)*, приређ. Душан Мрђеновић, Београд, 1988, 67).

на најбољем месту, сјајно и у очи падајући; ово зданије пак упознаће свакиј Србин као ваш дар Србству учињен и из Вишњице и с Авале, и из Макиша, и из Срема, и из Баната и што му се више приближи, има шта и видити и чему се дивити.

Што се напоследку тиче времена, мислим, да сад треба то да учините... Ми се потуцамо којекуда с нашим Лицејем, Гимназијом, Трговачком школом, Ученим друштвом, школском комисијом, библиотеком, музејом и разним кабинетима, да се нужда показује к постојећим заведенијама дозиђивати и наново нека зидати, и тако крпећи нећемо никад имати целисходног зданија за наше више школе и збирке. Ако Ви довршите зданије онако скупоцено, као што намеравате, па нам га доцније и поклоните, греота га је после кварити за нашу потребу; још бојим се, да ће се онда оно употребити за другу цел, па ми остваримо опет без смештаја за учебна виша заведенија. Овако би се пак имало само три до четири хиљаде дуката потрошити и зданије сасвим за ону општеполезну потребу прекроити и довршити...

Ви ћете ме може бити прекорити, што сам нестрпљив, и што вам пишем о ствари о којој би требало усмено, полако и на фини начин говорити. Признајем да има у томе моје кривице, и та лежи у некој мојој себичности. Ја сам сад министар просвете, бог зна, докле ћу то бити, па би желио, да се та велика ствар за мога министровања сврши, те да се тако и ја мало о вашу славу очешем. Сиромаси морају овако поред богатих да се протурају, па грабе да им се згодна прилика не измакне, знајући да се Капетан-Мише често нерађају ни у великим царевинама а камо ли у Србији.<sup>4</sup>

И доиста се родољубиви и вредни министар Коста Цукић „очешао“ о Капетан Мишину славу и заслужио достојан помен поводом 150-годишњице Капетан Мишиног здања.

Капетан Миша Анастасијевић одговорио је 31. јануара 1862. писмом из Букурешта, најавивши долазак у Београд.

Потом следи писмо Мише Анастасијевића министру просвете Кости Цукићу од 12. фебруара 1863. којим он завештава „своје зданије отечеству“:

„Господине

Моја је свагдашња жеља и намера била, да од имања које сам по милости божијој стекао, одвојим и уступим једну част на обштенародну ползу и потребу мога премилог отечества. Указивавши и досад према даним ми приликама моју љубав и услужност за благодетељне и полезне цели, ја сам нарочито намишљао моим тестаментом оставити један спомен мога родољубија. Но ви сте ми и устмено и после

<sup>4</sup> Архив Србије, Министарство просвете, 1864, Ф. I, 95 (у даљем тексту: АС, МПс).

тога и писмено разложили велику оскудицу и потребу, коју отечество наше осећа у зданијама за сходно смештање учебни и просветни заведенија, као што су: Лицеј, народна библиотека, народни музеј по времену народниј универзитет и тим подобна. Ја сам дакле према овој потреби нашао се побуђен да ускорим време кад ће отечество моћи од мојој родољубиви намера ползовати се и по томе решио сам се да јошт сад поклоним за просветне потребе отечества моју велику новосазидану кућу на овдашњој великој пијаци подигнуту и у тој цели готов сам престроити и довршити исто зданије онако, како ће најбоље и подпуно одговорити потреби ови учебни заведенија.“

На крају, замолио је министра да извести владоца кнеза Михаила, „и ако будем срећан да се исто уважи ја ћу одма дати налог мом пуномоћнику Илији Пржићу, да да извршити на истом зданију сва потребна преустројенија, и кад зданије буде готово и довршено да подпуно својој важној цели одговори, ја ћу вам онда кључеве истог и формални судом потврђениј акт уступљенија предати, и исто моје добро у притјажаније правитељства за вековечно његово употребљење на поменуте општеполезне цели пренети.“<sup>5</sup>

Већ сутрадан се Кнез Михаило бираним речима обратио дародавцу: „Радујући се овом редком примеру родољубивости, ја примам с особитим задовољством овај одличниј дар, који Србији чините, и врло ми је пријатно, да вам могу на томе изјавити моју срдачну захвалност, уверен да ће се и цела земља подобним осећањима одазвати овом племенитом изјаву ваше љубави ка просветном напредку србског народа.“<sup>6</sup>

Министарство просвете и црквених дела је 15. фебруара завештајно писмо Мише Анастасијевића и акт о прихватању кнеза Михаила спровело Министарству финансија, које је одговорило 18. фебруара 1863. да је оба документа „примило исправно и међу остала државна документа на сохрањење оставило“.<sup>7</sup>

Министарство просвете и црквених дела одредило је комисију која треба да одреди ко и где ће се „најбоље моћи сместити“ у здању. Као чланови комисије су потписани: „др Јанко Шафарик, К. Бранковић, др Ј. Панчић, Ђ. Малетић, Ј. Френцл, Јозеф Штаинлехнер“. У извештају комисије од 28. фебруара 1863. стоји да библиотека и музеј треба да се сместите у приземље, Лицеј у приземље и на првом спрату десно, гимназија у приземљу и на првом и другом спрату лево, Министарство просвете и црквених дела на првом спрату лево, „квартури за портира и за послужитеље гимназије на првом боју у авлији“, и на другом спрату у средини велика сала, десно су биле предвиђене две собе за седнице Друштва србске сло-

<sup>5</sup> АС, МПс, 1864, Ф. I, 95.

<sup>6</sup> АС, МПс, 1864, Ф. I, 95.

<sup>7</sup> АС, МПс, 1864, Ф. I, 95.

весности, а у десном крилу шест соба за предавања трговачке школе. Овакав распоред учинио је нужним бројне преправке на здању. На крају овог извештаја министар Коста Цукић је 1. марта записао: „Почем су, сходно жељи Г. М. Анастасијевића, ово известије прегледали Гда И. Гарашанин, Ј. Мариновић и К. Цукић, и нису ништа против предлога ови приметити имали, то се да копија истога спроведе Г. И. Пржићу с молбом од стране министра, да изволи наредити извршење назначени преиначења, којима се још додати има на крову над салом постројање обсерваторије и на фасади главној оставити место за надпис ко је и коме зданије подарио. Како је даље нужно, да правителство при овој грађевини има једног заступника, то да се одреди на то Ј. Френцла, о чему да се пише Г. Министру Грађевина и Г. И. Пржићу.“<sup>8</sup> Колики је значај придаван овом послу види се и по томе што су извештај Комисије, поред министра Косте Цукића, прегледали председник Владе Илија Гарашанин и председник Државног савета Јован Мариновић. Први је био близак пријатељ, а други зет Мише Анастасијевића.

Правно је ствар окончана неколико месеци доцније. У документу Министарства просвете и црквених дела од 3. децембра 1863. стоји да је председник Државног савета Јован Мариновић предао овом министарству уверење „којим Господин Миша Анастасијевић поклоњено Правителству србском на просветне цели новосаграђено зданије на Великој пијаци, речено Правителство у притјажању и утврђује“. Ово уверење је потврдила Српска агенција у Цариграду и Суд вароши Београда 24. октобра 1863. Уз уверење били су приложени и план „здања и плаца на коме је оно, с описом граница његови“. Ова акта су истог дана послата Министарству финансија на чување, о чему је оно и обавестило Министарство просвете и црквених дела 21. јануара 1864.<sup>9</sup>

Зграда, заједно са преправкама и намештајем, коштала је огромних 110000 дуката. Није сачувано много појединости о току градње и извођењу самих радова. Уместо заморних података о градитељској свакодневници, сачуван је нит приче о намени овог здања који је временом добио обресе легенде. По причању савременика, ово здање је требало да буде „Кнежев дворец“. Његови становници наводно би били Капетан Мишин зет и кћерка, Ђорђе Карађорђевић и његова жена Сарка. Ствараоци и преносиоци ове приче тврдили су да је Капетан Миша намислио да после збацивања Александра Карађорђевића са кнежевског престола на Светоандрејској скупштини устолочи зета Ђорђа, унука Карађорђевог и потомка његовог најстаријег сина Алексе.<sup>10</sup> Леополд Ранке је записао да „се причало“

<sup>8</sup> АС, МПс, 1864, Ф. I, 95.

<sup>9</sup> АС, МПс, 1864, Ф. I, 95.

<sup>10</sup> Веома обавештени управник Вароши Београда Никола Христић, *Мемоари 1840-1862*, Београд 2006, 260, записао је: „Велика вероватност била је да је Миша

да је чак сам Капетан Миша очекивао да постане владар Србије, и да столује у овоме здању.<sup>11</sup> Ова казивања немају нити један други доказ осим здања, тачније тадашње градње Капетан Мишиног здања. Необично је што је само здање требало да посведочи да је грађено да буде „Кнежев дворац“. На основу сачуване грађе тешко је одговорити на питање о првобитној намени, али се може основано упитати: није ли се можда радило о томе да је Капетан Мишино здање у тој мери надмашивало све друге грађевине у тадашњем Београду, да је свима, и суграђанима и пролазницима, једини достојан и логичан станар овог здања био владар Србије?

Две велике тегобе муче задужбинаре. Прва је да многима није суђено да дуго уживају у мислима о својој задужбини. Друга тегоба је тежа. Речју Даутхоце Мутевелића из романа *На Дрини ћуприја*, велики људи умиру „по два пута: једном кад их нестане са земље, а други пут кад пропадне њихова задужбина“.<sup>12</sup> Срећна Капетан-Мишина звезда мимоишла је и ове тегобе. Са смрћу се суочио само онда кад је окончан његов овоземаљски живот 27. јануара 1885. Могао је, дакле, двадесет три године да ужива у мислима о својој задужбини, а ових 128 година трајања његовог „великог здања“, после његове смрти, сачувало је живу и непрекинуту успомену на њега. Његово здање је наставило да живи судбински се везавши са Лицејом, Великом школом и доцније с Универзитетом. Посебно треба нагласити да је ово здање омогућило и убрзало прерастање Лицеја у Велику школу, 24. септембра/6. октобра 1863.<sup>13</sup> Касније је постало седиште Ректората Универзитета у Београду.

Прошло је тек првих сто и педесет година његовог трајања, а здање је на изглед непромењено. Стари и оно, као и све на овом трошном и пролазном свету, али спорије и по некој широј временској скали од дужине људског века. Лепота и комфор величанствене грађевине, на једној, најумније главе и вечита младост у његовим одајама, на другој страни – то је Капетан Мишино здање у престоном граду „премилог отечества“ Мише Анастасијевића.

---

тежио да његов зет Ђока Карађорђевић дође на престол. Књаз Александар изгу био је сав углед у земљи, али је име Карађорђа свеједнако у народу било славно и омљено. И ова комбинација била је најприближнија код свију који су истраживали могуће последице после књаза Александра.“

<sup>11</sup> Leopold von Ranke, *Serbien und die Türkei im neunzehnten Jahrhundert*, Leipzig 1879, 425 426: „Man erzählt, bei der Aufforderung den Mann zu bezeichnen, von dem das Land fortan regiert werden solle, habe Mischa Anastasiewitsch die Antwort erwartet: 'Du Mischa und kein anderer'.“

<sup>12</sup> Иво Андрић, *На Дрини ћуприја*, Сабрана дела Иве Андрића, друго издање, Сарајево 1977, 84.

<sup>13</sup> *Лицеј 1838 1863 зборник докумената*, Архивска грађа о Универзитету у Београду, књ. 1, приредио Радош Љушић, Београд 1988, 692 698 (док. бр. 436).

Лука Бренеселовић\*

## ЈЕДНО ПИСМО КАРЛА ШМИТА ИЗ ЦАВТАТА (1925)

*Ово писмо настало је за време „вереничког путовања“ Карла Шмита и Душке Тодоровић у Југославији 1925. године. Адресат писма, Рудолф Сменд, познати је немачки конституционалиста, који се пред Други светски рат дистанцирао од Шмита и његових на страних ставова. Осим у овом писму, Шмит је утиске са путовања објавио и у чланку Илирија односно Illyrien, који је објављен у часопису Hochland 23/1925, 293–298.*

*Писмо се чува у Гетингену, у Универзитетској библиотеци. Први га је рашчитао и издао Рајнхард Меринг у збирци „Auf den gefährlichen Straßen des öffentlichen Rechts“ из 2010. године (вид. напомену уз писмо). Тон писма је леп и као да одише истим расположењем које је савладало и друге учене путнике који су пре Рата посетили Далмацију (нпр. Петар Скок).*

### Писмо

*Карл Шмит – Рудолфу Сменду, писмо од 14. септ. 1925.<sup>1</sup>*

Цавтат (*Ragusavecchia*, стари *Epidaurus*)

14. септембра 1925.

Поштовани и драги господине Сменд!

Овде сам у библиотеци великог јужнословенског правника Богишића могао лепо да се посветим раду и имао сам врло угодан

---

\* Аутор је истраживач сарадник на Институту за упоредно право у Београду, [brenselovic@hotmail.com](mailto:brenselovic@hotmail.com).

<sup>1</sup> Писмо је први пут објављено у књизи *Auf der gefährlichen Straße des öffentlichen Rechts Briefwechsel Carl Schmitt Rudolf Smend 1921 1961. Mit ergänzenden Materialien* (Hrsg. Rudolf Mehring), Берлин 2010, 2012<sup>2</sup>. Српски превод који се овде даје урађен је према факсимилу изворника, који се чува у збирци Уни верзитетске библиотеке у Гетингену, са ознаком *Cod. Ms. R. Smend A 759 Bl. 21/22*. Власник ауторских права је издавач Дункер и Хумблот из Берлина © 2012 *Duncker & Humblot GmbH: сва права придржана*.

боравак. Богишић, који је умро 1908. године, писац је црногорског Законика из 1888. Тој кодификацији је Карл Дикел посветио целу једну панегиричну књигу, не би ли Богишићев рад препоручио комисији за израду немачког грађанског законика.<sup>2</sup> Библиотека, која броји 18.000 јединица, прелеп је споменик богатог, величанственог живота њеног власника; судбина је ове библиотеке посебна, јер је неће продати никаквом антиквару, нити ће бити припојена некој већој библиотеци. Стоји овде у потпуном миру и тишини, под привидном управом једног лењог месног фрањевца који на њу као треба да пази. Богишић долази управо из овог места-легла од 700 становника; живео је у Русији (где је био професор у Одеси), у Италији, Немачкој, Француској, Црној Гори, Аустрији, Угарској, а ово му је био леп завичај. Цела вишејезичност илирског покрета огледа се у овој библиотеци. Сада разумем зашто је аутор Вулгате, свети нам Јероним, морао бити Илир. Сада препознајем и одбојни медиокритет швајцарске тројезичности.<sup>3</sup> Прво ми се чинило да овде видим посебан, историјски значај малих земаља и разрадио сам мисао [исконструисао сам] да су само још Црна Гора и Швајцарска (у којој беше познати Хубер<sup>4</sup>) у стању да припреме кодификацију и изнедре великог законописца [*einen Législateur*]. То међутим само доказује да је време кодификација и разних Ликурга и Солона прошло, исто као што је прошло и време многих других симпатичних ствари. Уверих се овде у значај великих држава. Овде сам нашао неке, иначе [у Немачкој и сл.] непознате, врло интересантне руске књиге. Руски писци имају хоризонт који је широк као њихова земља, поглед им допире до васколиких држава и народа; психолошки приступ који имају не да се заваравати политичким фразама. Њихова критика парламентаризма је брилијантна и не почиње, као што сам досада мислио, у марксистичко-бољшевичкој литератури. Изузетак су либерали. (Нека нас Бог сачува од рестаурације либерализма, која је у повоју, и чији је месија изгледа Ласки, који је навукао кожу плурализма!)<sup>5</sup> Први ће Келзен махати њиме да докаже своје ставове!<sup>6</sup> Од свих ме је највише задивила једна књига Владимира Ламанског, *Secrets d'Etat de Venise*, Петроград 1884. Такви прваци долазе само из великих држава.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Karl Dickel (1853-1920).

<sup>3</sup> „Сада препознајем и одбојни“ можда треба читати: „Сада и ја препознајем одбојни...“

<sup>4</sup> Eugen Huber (1849-1923).

<sup>5</sup> Harold Joseph Laski (1893-1950).

<sup>6</sup> „Први ће Келзен махати њиме да докаже своје ставове!“ на немачком стоји: „Wie wird Kelsen gackern, um seine Identität mit ihm zu beweisen!“ Смисао није потпуно јасан.

<sup>7</sup> „Такви прваци“ на немачком стоји: „ein solcher Impetus“.

Схватио сам врло добро зашто се Бакуњин гади швајцарског узора и њене демократије.<sup>8</sup>

Историја Далмације занимљива је као историја земље која је хиљаду година била објекат велике политике: овим политички индиферентним народом владали су Рим, Византија, Готи, Авари, Срби, Млечићи, Турци, Мађари, Французи, Аустријанци, Срби. Постоје извесне сличности са Рајнском области [у Немачкој]. Далеко је више разлика. Не само зато што овде нема [...]<sup>9</sup>, [и] нема кич музике, већ преовлађују лепе, меке, развучене, меланхоличне мелодије, у којима су италијански тонови стопљени са словенском мистиком [*dunkle slawische Weisheit*], већ пре свега због земље, ваздуха, због тога што је све испуњено духовима пагана, сеобом народа, православљем, сектама, исламом.<sup>10</sup> Ваздух је пун демоничних утвара. У чудесној Диоклецијановој палати у Сплиту цео град са црквом, парохијским домом, радњама, крчмама, борделима, доминиканским манастиром, живи између старих зидина, поломљених стубова и фасада, и сви миле у тим остацима као црви у старом трупу. Црква, заправо стари Диоклецијанов маузолеј, делује као да је паганска, а преминули Диоклецијан тријумфално ликује над егзорцистима. Сплит је најсензационалнији град који сам видео у животу.

Треба да завршим још нека путовања у овој земљи. Планирам да почетком октобра стигнем назад у Бон. Мучно ми је да мислим о Немачкој. Осећам се као да ме прогони нека банда и да сам дат на одстрел. У Франкфурту је ено један доцент, Хајнц Мар, у серији *Frankfurter Gelehrten Reden* објавио расправу „Klasse und Partei in der modernen Demokratie“.<sup>11</sup> У тој расправи мирне је душе узео целе моје реченице и дефиниције, нове и бритке дефиниције, а да ме нигде није поменуо. Тако нешто смео је да уради само зато што је знао да сам остао без сваке заштите. Није реч о неком новинарском чланку, који би се могао правдати навикама у тој бранши, већ о „Франкфуртској беседи“, уз коју још стоји да је „учена [*gelehrt*]“, а коју је саставио

<sup>8</sup> Михаил Бакуњин (1814–1876).

<sup>9</sup> „[...]“ У преводу је изостављено место које гласи: „weil es kein Hemschen und Jümschen gibt“. О значењу ове узрочне одредбе само се нагађа. Меринг, који је први транскрибовао писмо, мислио је првобитно да је реч о ономатопеји из рајнског дијалекта, којом се опонашају тамошње песме (вид. овде библиографску напомену у фн. 1). У другом издању код Меринга (вид. такође фн. 1), стоји назнака да је *Jümschen* келнска маскота и један од лутака у познатом келнском позоришту које се зове *Hemschen*. Део читак, али смисао нејасан.

<sup>10</sup> „Dunkle slawische Weisheit“ овако је место у писму рашчитао Меринг (вид. напомену у фн. 1), што је колико и „тамна словенска мудрост“ или „словенска мистика“. Али у писму изгледа да уместо *Weisheit* (мудрост), стоји *Weichheit* (мека ност, мека душа).

<sup>11</sup> Heinz Marr (1876–1940).



акредитовани доцент, истина новог, али ипак признатог универзитета. Писао сам Хинебергу, ништа ми не одговара.<sup>12</sup> Ви, господине Сменд, не треба да чините демарш – само вам се овако јадам и зато је боље да приведем писмо сада крају.

Дозволићу себи да Вас посетим када будем у Берлину. У међувремену шаљем Вама и Вашој цењеној госпођи најбоље жеље и поздраве, и остајем увек Ваш

Carl Schmitt

---

<sup>12</sup> Paul Hinneberg (1862 1934).

Стефан Душанић\*

### ОДНОС ИЗВРШНЕ И ЗАКОНОДАВНЕ ВЛАСТИ У ТРЕЋОЈ ФРАНЦУСКОЈ РЕПУБЛИЦИ

*Рад даје правни и историјски поглед на однос грана власти Треће француске републике. Посматрањем њеног настанка и развоја пружа се основа за разумевање устава од 1875, као и ревизија и конвенција које су га измениле. Допуњујући овај оквир примерима уставне праксе, аутор описује природу система власти Треће републике и показује у чему је њен значај за уставно право и правну историју.*

Кључне речи: *Трећа република. Парламентаризам. Подела власти.*

#### 1. УВОД

Створена последњом револуцијом у француској историји, Трећа република и данас је вишеструко значајна за уставно право и правну историју. Пре свега, током Треће републике коначно је устаљен републикански облик владавине у Француској. Јењавање револуционарног заноса крајем 19. века омогућило је не само да се република устали већ и да се она помири са начелима парламентаризма. Дефинисан као систем власти у коме су влада и њени чланови пред парламентом политички одговорни,<sup>1</sup> парламентаризам је пре Треће републике био својствен монархијама. Његово уклапање у републикански облик владавине био је својеврсни „уставни експеримент“, који је однос извршне и законодавне власти учинио кључним за разумевање система власти Треће републике.<sup>2</sup>

\* Аутор је студент Правног факултета Универзитета у Београду, *dusanics@gmail.com*.

<sup>1</sup> Dragoljub Popović, „Parlamentarizam u Trećoj francuskoj republici“, *ARHIV* 3 4/1992, 507.

<sup>2</sup> Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi*, „Svetozar Marković“, Beograd 1984, 137.

Због особених политичких околности у којима је Трећа република настала, однос извршне и законодавне власти не може се посматрати са чисто правног гледишта. Рад зато почиње са краћим историјским прегледом настанка Треће републике. Након тога, анализираћемо уређење политичких установа према уставу од 1875, а затим и промену тог устава кроз ревизије и уставне конвенције. Напоследку ћемо дати и преглед уставне праксе Треће републике, односно установа које су обликовале однос извршне и законодавне власти.

## 2. ОСНИВАЊЕ РЕПУБЛИКЕ

Трећа република настаје на рушевинама Другог царства. У јеку војних пораза и срамотне предаје Наполеона III током француско-пруског рата 1870–1871, у Паризу и другим градовима диже се нова републиканска револуција.<sup>3</sup> Револуционарна влада посланика Париза, међутим, не успева да успостави контролу над остатком земље, што је онемогућава да успешно води рат. Након даљих пораза, постало је неопходно да се потпише примирје и изабере скупштина која би одлучила о даљем току рата и која би уредила институције нове Републике.<sup>4</sup>

Народна скупштина била је подељена на два блока: монархистички и републикански.<sup>5</sup> Монархисти, присталице мира, освојили су око 400 мандата од укупних 645.<sup>6</sup> У првој скупштини Републике ратоборни републиканци остали су у јасној мањини. Политичка сцена је, међутим, била далеко сложенија, јер су се оба блока делила на више струја.

Монархистички блок садржао је две врло различите целине: орлеанистичку и легитимистичку. Формално, разликовали су се у питању избора потенцијалног краља.<sup>7</sup> Суштински, била су у питању

<sup>3</sup> Jean Marie Mayeur, *La vie politique sous la III<sup>e</sup> République 1870 1940*, Editions du Seuil, Paris 1984, 14.

<sup>4</sup> Немачка, која је што пре хтела да потпише мир, није желела да преговара са нелегитимном владом париских револуционара, те је склопила примирје да би се одржали избори за скупштину која би могла да потпише мир. Слободан Јовановић, *Примери политичке социологије: Енглеска, Француска, Немачка 1815 1914*, БИГЗ, Београд 1990, 155

<sup>5</sup> Драгољуб Поповић, *Стварање модерне државе*, Издавачка агенција „Драганић“, Београд 1994, 140.

<sup>6</sup> Pierre Bodineau, Michel Verpeaux, *Histoire constitutionnelle de la France*, Presses Universitaires de France, Paris 2000, 81.

<sup>7</sup> Легитимисти су подржавали грофа од Шамбора, представника старије бурбонске гране, док су се орлеанисти залагали за грофа од Париза, представника млађе (орлеанске) гране. С. Јовановић, *loc. cit.*

два врло различита система власти. Монархија за коју су се залагали легитимисти била је старог кова. Веома конзервативна и заснована на начелу владалачке суверености, легитимистичка монархија одбацивала је све тековине Француске револуције и представљала је повратак на *Ancien Régime*.<sup>8</sup> Насупрот њима, орлеанисти покушавају да помире те две традиције у облику „дуалистичке“ парламентарне монархије, чија је главна одлика двојна одговорност владе, као носиоца извршне власти, пред монархом и парламентом.<sup>9</sup> Трећу грану монархизма представљали су бонапартисти, везани за осрамоћеног Наполеона III. Као поборници управо срушеног Другог царства, они су у почетку били далеко мање популарни и стога готово безначајни.<sup>10</sup>

Републикански блок, који се нашао на левици политичког спектра, делио се на умерену и радикалну струју. Радикални републиканци, које су предводили Леон Гамбета и Жил Фери, начелно су се залагали за једну скупштинску (конвентску) републику, засновану на народној суверености, у духу Француске револуције.<sup>11</sup> Умерени републиканци, названи левим центром, били су наклоњени парламентарним идејама, што их је чинило ближим орлеанистима него радикалима.<sup>12</sup> Управо ће компромис између десног и левог центра обезбедити неопходну подршку за успостављање републике.

Прва влада Треће републике састојала се од орлеаниста и умерених републиканаца, које је предводио Адолф Тјер.<sup>13</sup> Носећи титулу „шеф извршне власти Француске републике“ (касније „председник Републике“), Тјер је потписао мир са Немачком под веома тешким условима.<sup>14</sup> Како је непосредна криза решена, требало је приступити уређењу француских установа. Међутим, осећајући да им положај слаби,<sup>15</sup> монархисти су одлучили да се реше Тјера и да на место председника поставе неког ко би завео монархију – маршала Мак Махона. Ипак, монархија је морала још да чека – гроф од Шамбо-

<sup>8</sup> Вид. René Rémond, *La droite en France*, Editions Montaigne, Paris 1963, 60 75.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 75 95.

<sup>10</sup> Додуше, како је време протицало, њихов положај се у односу на друге монархисте побољшавао већ 1877. имали су мандата колико орлеанисти и легитимисти заједно. J. M. Mauger, 60.

<sup>11</sup> Овај став се временом мењао. Слободан Јовановић, „Постанак Треће републике“, у: *Француска 14. јули 1938*, Политика и друштво, Београд 1938, 11.

<sup>12</sup> Десни центар чинили су орлеанисти, а десницу легитимисти и бонапартисти. *Ibid.*, 12 13.

<sup>13</sup> Д. Поповић (1994), 141.

<sup>14</sup> Немачкој су припали Алзас и Лорена, а на име ратне одштете одређена је висока сума од пет милијарди франака. С. Јовановић (1990), 156.

<sup>15</sup> На свим допунским изборима који су до 1873. спроведени, републиканци су односили победу за победом, те су угрозили монархистичку већину у Скупштини. J. M. Mauger, 38.

ра, легитимни наследник престола, одбио је да влада у духу Јулске монархије, већ је инсистирао на начелима Реставрације, која су за орлеанисте била непривратљива. Према правилима наслеђивања, да би орлеански претендент наследио престо, гроф од Шамбора морао је да умре без наследника.<sup>16</sup> Немајући другог избора, орлеанисти су пристали да израде устав којим би се окончало привремено стање и регулисао стални облик владе. Готово случајно, република је опстала. Законом од 1873, образована је комисија са задатком да припреми писање устава.<sup>17</sup>

### 3. УСТАВ ОД 1875. ГОДИНЕ

Суочени са немогућношћу да успоставе монархију док је гроф од Шамбора жив, орлеанисти су пристали на републику. Схватајући је као прелазни режим, републику су могли прихватити само под одређеним условима. Пре свега, она је морала бити уређена по обрасцу парламентарне монархије Луја Филипа.<sup>18</sup> У складу са тим, да би се олакшао прелаз на монархију, овлашћења шефа државе требало је да буду блиска краљевским.<sup>19</sup> Републиканци левог центра имали су слична уверења. Они су радо пристајали на парламентарност какву су тражили орлеанисти докле год је зајемчен републикански облик владавине и прихваћено опште право гласа за мушкарце.<sup>20</sup> Захваљујући овом компромису, осигурана је подршка већине за успостављање републике.

Комисија која је била задужена за писање устава имала је тридесет чланова. Састављена од орлеаниста (који су били у већини) и републиканаца, она није радила на јединственом тексту, већ на три органска закона.<sup>21</sup> Први закон, О организацији Сената, донет је 24. фебруара, а већ следећег дана изгласан је и Закон о организацији јавних власти. Тек неколико месеци касније, 16. јула, као допуна овим законима, доноси се и трећи – Закон о односима јавних власти. Овим сажетим актима (састављеним од укупно 34 члана) само су сажето одређени органи јавних власти и њихова овлашћења.

Према чл. 1 Уставног закона од 25. фебруара, законодавна власт оличена је у Посланичком дому и Сенату, који на заједничком

<sup>16</sup> Орлеански претендент уступио је кандидатуру у корист грофа од Шамбора, те није могао да наследи престо док је легитимни наследник жив. С. Јовановић (1990), *loc. cit.*

<sup>17</sup> Д. Поповић (1994), 142.

<sup>18</sup> С. Јовановић (1990), 158.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 159.

<sup>20</sup> С. Јовановић (1938), 15.

<sup>21</sup> Д. Поповић, *loc. cit.*

заседању чине Народну скупштину.<sup>22</sup> Посланички дом је непосредно биран општим правом гласа, двокружним већинским системом с арондисманом (срезом) као изборном јединицом.<sup>23</sup> Мандат му је трајао четири године и бројао је 600 посланика. Закон од 24. фебруара одређује организацију и начин избора Сената. Од укупно 300 чланова, њих 75 су били доживотни. Доживотне чланове поставила је Скупштина, а касније упражњена места попуњавао је сам Сенат (чл. 7). Осталих 225 бирани су посредно: сваки округ бирао је свог изборника (електора), који би потом бирали сенаторе (чл. 4). Мандат сенатора трајао је девет година, али се сваке треће године обнављала једна трећина изборног дела горњег дома (чл. 6).

Извршна власт је, у суштини, такође била двоглава. Према члану 3 Закона од 25. фебруара, она је формално оличена у председнику Републике. Њега је тајним гласањем бирала Скупштина, мандат му је трајао седам година<sup>24</sup> и могао је бити више пута биран (чл. 2). Поучени судбином Друге републике, нико од аутора устава није желео да се председник непосредно бира општим правом гласа.<sup>25</sup> Без обзира на посредно бирање, а у складу с орлеанским захтевима, набројана овлашћења председника (у чл. 3 Закона од 25. фебруара) била су слична монарховим: имао је законодавну иницијативу, могао је да тражи ново изгласавање закона, сазивао је домове, писмено им се обраћао, могао је (уз сагласност Сената) да распусти доњи дом, командовао је војском, закључивао је и потписивао уговоре, имао је право помиловања, чак је могао и да поставља и разрешава министре без ограничења. Исто као монарх, био је неодговоран (осим за велеиздају) и ограничен премапотписом министара.

За разлику од домова, којима је законодавна власт поверена сасвим начелно, без одређивања граница, овлашћења председника тачно су набројана. Једино „опште овлашћење“ које је председнику додељено укратко описује његову улогу у систему власти: „Председник се стара о извршавању закона.“<sup>26</sup> Из овога се може закључити

<sup>22</sup> Уставни закони цитирани су према верзији објављеној у: *Les constitutions de la France depuis 1789*, présentation par Jacques Godechot, Garnier Flammarion, Paris 1995, 331 и даље.

<sup>23</sup> Начин избора доњег дома није уређен уставом и мењао се више пута. Д. Поповић (1994), 143.

<sup>24</sup> Акт којим је Мак Махонов лични седмогодишњи мандат претворен у на челни звао се „Валонов амандман“. Донет крајем јануара 1875, његово изгласавање у Скупштини (са само једним гласом већине) представљало је симболично учвршћивање Републике. *Ibid.*

<sup>25</sup> Четири године након што је непосредно изабран за првог председника, Наполеон III је укинуо Другу републику и успоставио личну владавину. Р. Bodineau, М. Verreaux, 88.

<sup>26</sup> Члан 3 Закона од 25. фебруара.

да је председник, упркос томе што су његова овлашћења бројна и значајна, суштински подређен законодавној власти – сви акти његове воље свде се на извршавање закона. Акти законодавне власти су, дакле, извор и граница власти председника.<sup>27</sup> Ова подређеност шефа државе законодавству у стручној литератури објашњава се сувереним карактером парламента – власт парламента је суштински неограничена јер произлази из воље народа, а закон је, као његов основни акт, израз те воље.<sup>28</sup> Следствено томе, председник мора бити подређен закону јер је само посредно изабран и стога није носилац народне суверености.<sup>29</sup> Међутим, у вези с овим објашњењем има неколико проблема. Прво, зашто се сматра да председник не може заједно са домовима да изражава народну вољу?<sup>30</sup> Начин његовог бирања би требало то да омогући. Сетимо се, њега бира Народна скупштина која се састоји од оба дома на заједничком заседању. Поред тога што бира председника, Скупштина је носилац и ревизионе уставотворне власти, која се сматра *par excellence* изразом суверености. Из тога следи да је Скупштина више од простог „скупа својих делова“ и да је, док заседа, суверена у правном смислу.<sup>31</sup> Председника, дакле, бира тело које је носилац суверености, а он не може да изражава народну вољу. Насупрот томе, Сенат, који је равноправни чинилац у законодавном поступку, бира се посредно и има доживотно постављене чланове. Овде најјасније долази до изражаја колико су уставни закони од 1875. резултат компромиса. Идеја потпуне подређености извршне власти законодавној, која се оличава у сувереној Скупштини, стара је револуционарна тековина.<sup>32</sup> На ту основу накалемљене су орлеанске идеје о дводомој парламентарности и ширим овлашћењима шефа државе. Последица овог укрштања је недоследна подела власти – сувереном законодавном телу додат је горњи дом који има мању демократску легитимност него председник, коме су, с једне стране, проширена овлашћења, а с друге, одузети атрибути представника народне воље.

<sup>27</sup> Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Recueil Sirey, Paris 1931, 35.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 47.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Постоји гледиште које оспорава Народној скупштини својство суверености на основу тога што она није посебно изабрана као уставотворна, већ просто састављена од домова. Из тога следи да она може извршити само делимичну ревизију уставних текстова. Међутим, чињеница да ревизиона моћ Скупштине није правно ограничена говори нам да је она заправо суверена. Наиме, ништа не спречава Скупштину да, док заседа, изврши коју год промену жели, без обзира на претходно изгласане декларације домова. Вид. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, II, Recueil Sirey, Paris 1920, 601; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris 1923, 366 367.

<sup>32</sup> R. C. de Malberg (1931), 46 48.

Ова мешавина политичких традиција значајна је особеност устава Треће републике.

Друга „глава“ извршне власти био је Министарски савет, који се састојао од свих министара, са шефом Савета на челу. Занимљиво је да ни положај ни овлашћења шефа Савета нису одређени уставом. Међутим, пракса је била, још од Рестаурације, да такав функционер постоји. Његове основне дужности биле су да усмерава рад владе и да је брани пред парламентом.<sup>33</sup> Као шефови управних ресора, министри су премапотписом ограничавали председника када он дела у области њихове надлежности.<sup>34</sup> На тај начин они су сносили одговорност за поступке председника, али су такође извршавали она овлашћења која су њему начелно припадала.<sup>35</sup> Формално, све министре и шефа Савета постављао је и разрешавао председник Републике.<sup>36</sup> Имајући ово у виду, премапотпис министара је наизглед изгубио смисао – како могу министри ограничити шефа државе ако их он поставља и смењује по вољи? Министри, по природи ствари, зависе од подршке већине у парламенту. Чак и кад би председник поставио владу која само њему одговара, она не би дуго опстала. Намеће се питање како може да функционише систем власти у случају да су шеф државе и парламент политички супротстављени? Као што ћемо видети, решење овог проблема није нађено у уставним законима, већ у облику уставне конвенције.<sup>37</sup>

Један од услова које су орлеанисти наметнули било је успостављање горњег дома. Замисао је била да Сенат, као конзервативније тело, има улогу надзорника који би спречио „застрањивања и претеривања једне скупштине из општег права гласа“<sup>38</sup>. Конзервативност Сената би се постизала посредним бирањем (и то системом који је натпредстављао сеоско становништво), као и старосним цензусом од 40 година за сенаторе (наспрот цензусу од 25 година за посланике).<sup>39</sup> Сенат би контролу доњег дома вршио посредством неколико овлашћења: прво, као што је већ напоменуто, Сенат равноправно учествује у законодавном поступку, и друго, горњи дом је давао сагласност председнику да распусти доњи дом, док сâм није могао бити распуштен.<sup>40</sup> Упркос свему, Сенат није био надређен у односу на Посланички дом. Свакако да су га дужи мандат, делимични реизбор и немогућност распуштања чинили стабилнијим телом,

<sup>33</sup> Joseph Barthélemy, *Le gouvernement de la France*, Payot, Paris 1925, 105.

<sup>34</sup> Д. Поповић (1994), 144.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> P. Bodineau, M. Verpeaux, 89.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> С. Јовановић (1990), 159.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 91.

<sup>40</sup> Д. Поповић (1994), *loc. cit.*



али водећа улога у политици земље и даље је припадала доњем дому. Непосредно изабран и бројчано јачи, Посланички дом је поприште политичке борбе. Стабилнији и конзервативнији, Сенат је неопходна кочница парламентарног система.<sup>41</sup> Међутим, једно особено овлашћење горњег дома омогућује му да, за разлику од британског Дома лордова, буде значајан чинилац у политичком животу – и горњи и доњи дом могли су да изгласају неповерење влади.<sup>42</sup> Поводом овог особеног решења устава од 1875. вођена је велика расправа у стручној литератури, те ће бити предмет посебне анализе.

На крају прегледа уставних закона Треће републике треба објаснити како се врши уставна ревизија. Предвиђена Уставним законом од 25. фебруара, процедура ревизије састоји се из два дела: одлука домова о потреби ревизије и само гласање о ревизији. Посланички дом, Сенат или председник Републике могу покренути иницијативу за промену устава. Саму процедуру ревизије започињу домови тако што одвојено гласају о предлогу промене. Ако је предлог усвојен апсолутном већином у оба дома, сазива се Народна скупштина која разматра промене и врши саму ревизију. Процедура се завршава гласањем. Да би биле прихваћене, предложене промене морају бити изгласане апсолутном већином гласова у Скупштини.<sup>43</sup> Самим тим што се процедура ревизије разликује од обичне законодавне, устав од 1875. се сврстава међу чврсте. Међутим, с обзиром на то да се ни у једном тренутку не тражи нека квалификована већина, не може се рећи да уставне законе одликује посебна чврстина. То није ни био циљ. Сетимо се, нико од аутора устава није намеравао да њихово дело буде трајно. Једни су желели да се он убрзо замени чисто монархијским уставом, а други су се надали једном трајнијем републиканском решењу које није плод компромиса са монархистима. Тако је настао до данас најдуговечнији француски устав.

Досад наведена овлашћења органа јавних власти и њихови међусобни односи представљају замисао Треће републике, онако како је предвиђена уставом. Испоставиће се, међутим, да је та замисао у великој мери измењена праксом и да су политичке установе попримиле посве другачији облик приликом примене устава и промене друштвених околности.

#### 4. УОБЛИЧАВАЊЕ ПОРЕТКА

Парламентарни режим који је успостављен уставом од 1875. био је мањкав. Због сажетости уставних закона, било је правних праз-

<sup>41</sup> J. Barthélemy, 83.

<sup>42</sup> M. Jovičić, 136.

<sup>43</sup> Члан 8 Закона од 25. фебруара.

нина, а због политичких намера њихових доносилаца, било је неподесних решења и одредаба. Страхovalo се да такав систем не може да функционише, утолико пре што је то било први пут да је парламентаризам успостављен у републици.<sup>44</sup> Ипак, показало се да може, истина, изменама и допунама органских закона у облику уставних конвенција. На тај начин је омогућено да систем функционише, али у доста измењеном облику. Као што то бива у француској историји, те промене су дошле нагло, после криза и преврата, и коренито су утицале на друштво.

#### 4.1. Криза од 16. маја и њене последице

Након што су уставни закони донети, морало се приступити изборима за Посланички дом и Сенат. Избори су одржани почетком 1876, а резултати су били делимично изненађујући. У Сенату су, очекивано, монархисти освојили јасну већину. Међутим, у Посланичком дому, где су на претходним изборима монархисти држали две трећине мандата, сада су републиканци имали већину.<sup>45</sup> По обичају, председник је одабрао из скупштинске већине кандидата за шефа владе, који му је потом уручио на потпис номинације за министре.<sup>46</sup> Прва влада, која није дуго трајала, припадала је левом центру. Незадовољан њеним радом, Мак Махон је 16. маја 1877. распустио владу и саставио нову, овај пут од монархиста.<sup>47</sup> Како ова влада није имала већину у доњем дому, а није могла увести монархију (јер је гроф од Шамбора још био жив), Мак Махон је у јуну 1877. распустио Посланички дом и расписао нове изборе.<sup>48</sup> На новим изборима, исто као и око владе од 16. маја, биле су окупљене све монархистичке струје, без обзира на политичке и династичке разлике.<sup>49</sup> Ова коалиција гурнула је леви центар у руке радикалних републиканаца, што је спречило одржавање конзервативног савеза између левог и десног центра, који би нови устав примењивао умерено. Друга битна последица кризе од 16. маја било је изобичавање председничког овлашћења да распусти доњи дом.<sup>50</sup> Након што су је републиканци осудили као меру која је усмерена против воље народа, као и припрему државног удара, оно више ниједном није искоришћено.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> М. Јовић, 145.

<sup>45</sup> С. Јовановић (1990), 160.

<sup>46</sup> Р. Bodineau, М. Verpeaux, 89.

<sup>47</sup> С. Јовановић (1990), *loc. cit.*

<sup>48</sup> Д. Поповић (1994), 145.

<sup>49</sup> Више о коалицији деснице, вид. Ј.М. Мауег, 58-69.

<sup>50</sup> С. Јовановић (1990), 161.

<sup>51</sup> Д. Поповић (1994), *loc. cit.*

На изборима за Посланички дом 1877. републиканци су опет освојили већину. Иако је овај пут она била нешто мања, победа републиканаца била је утолико већа јер су се супротстављали уједињеном монархистичком блоку.<sup>52</sup> Како није желео да прибегне сили, Мак Махону је једино остало да призна владу парламентарне већине.<sup>53</sup> Напети односи између председника и владе, који се политички нису слагали, потрајали су до 1879, до прве обнове трећине Сената. На опште изненађење, републиканци су и у том телу освојили већину. Суочен са републиканском већином у оба дома, Мак Махон је поднео оставку.<sup>54</sup> На његово место постављен је Жил Греви, чије ће председниковање бити обележено преображајем Треће републике.

#### 4.2. „Гревијев устав“

Избором Гревија за председника Републике, запечаћена је судбина орлеанском парламентаризму у Француској. Изјавивши приликом ступања на дужност да „неће никад водити борбу против народне воље, изражене кроз уставне органе“,<sup>55</sup> Греви је успоставио правило за понашање председника које је поштовано до краја Треће републике. У пракси, ово је значило да председник више није распуштао ни владу ни Посланички дом, као и да је изобичајен његов одложни вето у законодавству.<sup>56</sup> На тај начин поремећена је равнотежа власти која је проглашена уставом. Лишен најважнијих овлашћења, председник Републике није могао да ограничава законодавну власт. Тежиште политичке моћи прешло је на домове, који су, као што ћемо видети, постепено преузимали функције извршне власти. Ова тежња законодавне власти проузроковала је велику нестабилност влада, које су током целе историје Треће републике често падале или давале оставке.<sup>57</sup> Каснији покушај председника Милерана (1920–1924) да оживи своју функцију и врати равнотежу завршио се потпуним неуспехом – уместо да му је положај ојачан, председник је под притиском парламента морао дати оставку.<sup>58</sup> Устаљена премоћ законодавне власти није се могла пореметити. Гревијев преседан је, без промене уставних закона, од државе „републиканског облика, а монархијске

<sup>52</sup> С. Јовановић (1990), *loc. cit.*

<sup>53</sup> Д. Поповић (1994), *loc. cit.*

<sup>54</sup> *Ibid.*, 146.

<sup>55</sup> Р. Bodineau, М. Verreaux, 95.

<sup>56</sup> Д. Поповић (1994), *loc. cit.*

<sup>57</sup> Вид. René Rémond, *La République souveraine. La vie politique en France (1879–1939)*, Librairie Arthème Fayard, Paris 2002.

<sup>58</sup> Предлог је био да се шефу државе да право да самостално распушта доњи дом, по угледу на британску праксу. Уместо тога, насупротив уставним законима, практично је успостављена политичка одговорност председника. Слободан Јовановић, *О држави*, БИГЗ, Београд 1990, 430 и даље.

суштине“;<sup>59</sup> засноване на равнотежи грана власти, начинио монистичку парламентарну републику.

### 4.3. Ревизије устава

Коначни облик уређењу Треће републике дале су две уставне ревизије, од којих је само једна имала стваран значај. Прва уставна ревизија, извршена 21. јануара 1879, била је сасвим симболична. Њоме је престоница из Версаја враћена у Париз.<sup>60</sup> Друга уставна ревизија састојала се из два дела. Први акт, донесен 14. августа 1884, увео је више новина – проглашено је да републикански облик владавине не може бити предмет уставне ревизије, као и да припадници династија не могу бити изабрани на функцију председника Републике.<sup>61</sup> Такође, тај акт је променио први уставни закон (од 24. фебруара 1875) тако што је укинуо установу доживотних сенатора.<sup>62</sup> Други акт ревизије, од 9. децембра исте године, такође се односио на Сенат. Њиме је проглашено да они сенатори који су били доживотно постављени ту функцију задржавају до смрти, а замењују се сенаторима чији је мандат девет година.<sup>63</sup> Поред тога, промењен је и начин њиховог бирања. Уместо избора једног електора по општини, без обзира на њену величину, уведено је да свака изборна јединица даје изборника сразмерно броју гласача.<sup>64</sup> На тај начин је спречено да мање и бројније сеоске општине буду натпредстављене.

Јасно је да су ове преправке устава од 1875. имале циљ да ублаже конзервативно уређење Републике, као и да спрече њено евентуално замењивање монархијом. Чињеница да су ове ревизије усвојене значи да су републиканци коначно однели победу над монархистима и да су успели да устроје државу на начин који је одговарао њиховој почетној идеји.

## 5. УСТАВНА ПРАКСА

Уставни закони, ревизије и „политички преседани“ дали су оквир система власти Треће републике. Оно што је тај оквир испуни-

<sup>59</sup> С. Јовановић (1990а), 158.

<sup>60</sup> Р. Bodineau, М. Verpeaux, 91.

<sup>61</sup> Иако је овим ревизиона власт Скупштине наизглед ограничена, њено својство суверена у правном смислу није тиме оспорено – ограничење своје ревизионе власти је сама Скупштина увела, и сама га може уклонити. Вид. R. C. de Malberg (1920), II, 600–616.

<sup>62</sup> Р. Bodineau, М. Verpeaux, 92.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 93.

<sup>64</sup> *Ibid.*

ло садржином, односно оно што је највише обликовало односе међу гранама власти биле су установе међусобне контроле. Њихово порекло је разнолико. Једне имају дугу традицију употребе у Француској, друге су реципиране из Енглеске, док су треће оригинална решења устава од 1875. Ради прегледније анализе, поделићемо их у две групе: средства парламентарне контроле извршне власти и облици учешћа извршне власти у законодавству.

### 5.1. Средства парламентарне контроле извршне власти

Већ је напоменуто да је одговорност извршне власти пред законодавном главна особина парламентаризма. У Трећој републици коришћене су установе којима се та одговорност остварује или допуњује, а то су: 1) питања; 2) интерпелације; 3) парламентарне анкете; 4) сталне комисије; 5) гласање о буџету.

1) Питања су била средство којим су чланови парламента захтевали од министара да се изјасне поводом своје делатности. Постојала су два облика: усмено и писано.<sup>65</sup> Усменим питањем није се могла започети расправа нити се оно могло поставити без претходне сагласности министра.<sup>66</sup> Цела процедура сводила се на следеће кораке: посланик (или сенатор) поставља питање пред једним од домова, министар му одговара и, евентуално, посланик даје кратку реплику на одговор. Све се завршава без расправе и гласања, простом изјавом председавајућег да је питање закључено.<sup>67</sup> Како је ова пракса одузимала доста времена, а није могла да започне расправу, уведена су писана питања.<sup>68</sup> Процедура подношења писаног питања такође је била једноставна: предавана су председавајућем, и одговор на њих је морао бити објављен у року од осам дана у службеном гласнику (*Journal officiel*).<sup>69</sup> Овај облик комуникације годио је француским посланицима – за само седам година постављено је скоро 26.000 питања.<sup>70</sup> Иако јесу поједноставила процедуру и растеретила дневни ред домова, писана питања створила су потребу за знатним проширењем бирократије.

2) Интерпелације су, за разлику од питања, биле средство којим се остваривала политичка одговорност извршне власти.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> М. Nauriou, 580.

<sup>66</sup> Adhémар Esmein, Henri Nézard, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, II, Recueil Sirey, Paris 1921, 444.

<sup>67</sup> Због овога, питања и одговори често нису изазивали интересовање домова, а понекад ни самог министра. J. Barthélemy, 109.

<sup>68</sup> Она су преузета из британске праксе, а уведена су резолуцијама 1909. за Посланички дом и 1911. за Сенат. М. Nauriou, *loc. cit.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> J. Barthélemy, 110.

<sup>71</sup> А. Esmein, H. Nézard, *loc. cit.*

Интерпелацијама се захтевало од министара да се изјасне поводом личних аката или, у случају шефа Савета, политике целе владе. Такође, поводом тих аката могла се започети општа расправа и могло се довести у питање поверење министру или влади.<sup>72</sup> Интерпелацију предлаже један или више чланова парламента. Предлог се у писаној форми предаје председавајућем који га потом чита пред домом, након чега се одређује дан када ће се интерпелација обавити. Ако се њоме доводи у питање делатност из области унутрашњих послова, дан за извршење не може бити одложен дуже од месец дана. Ако је пак из области спољних послова, таквог ограничења нема.<sup>73</sup> Изузетно, интерпелирани министар може прихватити да се одмах приступи расправљању или чак да се обично питање претвори у интерпелацију.<sup>74</sup> У дану интерпелације води се општа расправа у дому у којем је покренута и завршава се гласањем о преласку на дневни ред.<sup>75</sup> У случају „простог“ преласка на дневни ред (*ordre du jour pur et simple*), интерпелација формално нема никакве последице.<sup>76</sup> Међутим, постоји и „мотивисан“ повратак на дневни ред (*ordre du jour motivé*). Он се појављује у два облика: први, са поверењем, и други, без поверења. У првом случају опет нема формалних последица, мада је политички то свакако било веома значајно. У другом, интерпелирани министар или влада морају дати оставку.<sup>77</sup>

Моћ домова да натерају владу на оставку јесте суштина политичке одговорности, која је основ парламентарног режима. Због овога се интерпелацији приписивао велики значај у оквиру система власти, утолико пре што је она стара француска установа.<sup>78</sup> Међутим, у Трећој републици интерпелација је попримила другачији облик него у претходним режимима – први пут су министри и влада одговорни равноправно пред оба дома. Уставна одредба на којој почива ово овлашћење припада чл. 6 Закона од 25. фебруара, која гласи: „Министри су пред домовима солидарно одговорни за општу политику владе и појединачно, за своје личне акте.“ Поводом ове норме вођена је расправа међу правним писцима. Наиме, постојала је недоумица да ли заиста оба дома имају право да приморају владу на оставку, односно колико је оправдано доделити то овлашћење Сенату. На први поглед, супротно је конзервативној улози горњег дома да он обара вла-

<sup>72</sup> J. Barthélemy, *loc. cit.*

<sup>73</sup> M. Nauriou, 580 581.

<sup>74</sup> Такође је било могуће да други посланик или сенатор преузме интерпелацију од које је предлагач одустао. *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*, 581.

<sup>76</sup> Дешавало се, међутим, да министри захтевају да им се изгласа поверење. У случају да се то одбије и прихвати само „прост“ прелазак на дневни ред, они су давали оставке. J. Barthélemy, 111.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Настала је током Француске револуције. A. Esmein, H. Nézard, II, 447.

де и министре, утолико пре што то овлашћење није имао ни у једном другом парламентарном систему.<sup>79</sup> У одбрану овог овлашћења изнети су аргументи да сâм текст устава то Сенату омогућава, као и да је сасвим логично доделити му га како би могао да обара „опасне“ и „револуционарне“ владе. Оно што је превагнуло јесте да је уставна пракса потврдила да Сенат то право има и користи.<sup>80</sup> Због овога је ова расправа изгубила смисао и коначно је напуштена.<sup>81</sup>

Интерпелација је свакако моћно средство. Због тога се природно поставља питање какве је последице имала њена употреба у пракси. Систем власти Треће републике често је критикован због, наводно, велике нестабилности влада и министара изазвана прекомерном употребом питања и интерпелација.<sup>82</sup> Иако је ова критика по много чему основана, у неким својим аспектима је и претерана. Наиме, тачно је да већина влада није трајала дуже од пола године, као и да је било оних које су опстале само један дан.<sup>83</sup> Иако углавном јесу обаране интерпелацијама, не може се рећи да је та установа узрок нестабилности влада. Посреди је била, пре свега, распарчана и нестабилна политичка сцена – доњи дом редовно је био састављен од преко десет посланичких група.<sup>84</sup> У редовним приликама, било је јако тешко да се од толиког броја различитих странака састави стабилна већина. Међутим, у временима кризе, стваране су владе „националног јединства“ које су опстајале више година и далеко су мање ометане питањима и интерпелацијама – чувен је пример влада Поенкареа 1922–1924. и 1926–1928, које су постављане у време финансијских криза, а обаране када би кризе биле окончане.<sup>85</sup> Из овога се јасно види да установа интерпелације није узрок начелне нестабилности влада. Још један доказ овога јесте стабилност министарског положаја – иако су владе брзо падале, многи министри су годинама без прекида остајали на својим местима или мењали места, а остајали министри.<sup>86</sup> Интерпелација, дакле, није сама по себи рушилачка установа – она то постаје ако се неодговорно употребљава.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Сенат је први пут оборио владу 1894. Иако је након тога ушло у праксу да и Сенат обара владе, он је то чинио далеко ређе него Посланички дом. J. Barthélemy, 113.

<sup>81</sup> Више о расправи на ту тему у: D. Popović (1992).

<sup>82</sup> На пример, од 1905. до 1909. покренуто је 293 интерпелације и 76 питања. A. Esmein, H. Nézard, II, 463.

<sup>83</sup> На пример, влада Рошбуеа (*Rochebouet*) изабрана је и оборена 23. новембра 1877. J. Barthélemy, 114.

<sup>84</sup> *Ibid.*, 40–44.

<sup>85</sup> С. Јовановић (1990б), *loc. cit.*

<sup>86</sup> Међу њима било је министара који су опстајали дуже него сама министарства. Нпр. Луј Барту је 4 године, 7 месеци и 19 дана без прекида био министар. J. Barthélemy, 114.

3) Парламентарне анкете биле су на располагању домовима кад год су желели да се обавесте о делатностима извршне власти. Преузете из британског система још током Реставрације, анкете су омогућавале Посланичком дому и Сенату да сазнају чињенице које нису могли обичним питањем (злоупотребе органа управе, значајни политички догађаји, стање пољопривреде и индустрије, неправилности приликом избора итд.). Укратко, анкете су пружале увид у то како се спроводе мере извршне власти.<sup>87</sup> Саме анкете спровођене су посредством анкетних комисија, које су сачињавали чланови дома који их поставља, изабрани по поступку који овај дом пропише.<sup>88</sup> Комисије су се обавештавале на лицу места и могле су користити сведочења.<sup>89</sup> У суштини, парламентарне анкете сводиле су се на допунско средство контроле.

4) Сталне комисије су, за разлику од претходних установа које су по својој природи повремене, облик сталне парламентарне контроле извршне власти.<sup>90</sup> Посланички дом и Сенат су, независно један од другог, састављали комисије од мањег броја својих чланова. Њихов основни задатак био је да прате делатност појединих министарстава, да са њима сарађују и да учествују у парламентарним расправама (дебатама). Ово је било могућно захваљујући томе што су се комисије и њихове надлежности скоро потпуно поклапале са министарствима (нпр. Комисија за спољне послове радила је са Министарством спољних послова).<sup>91</sup> У пракси су сталне комисије биле још један вид задирања законодавне власти у делатност извршне – поред праве владе, домови су у облику сталних комисија створили још једну, што је неизбежно изазивало сукобе.<sup>92</sup> Показало се, међутим, да у временима кризе сталне комисије могу дати драгоцен допринос успешном извршавању власти.<sup>93</sup>

5) Гласање о буџету. Моћ парламента да одлучује о буџету и, опште узев, о финансијским питањима једно је од најугицајнијих средстава контроле. Свака делатност извршне власти изискује новчана средства која, на крају, мора одобрити законодавна власт. Било то у облику буџета, кредита или „буџетских дванаестина“, парламент лако може условљавати извршну власт – није била реткост да

<sup>87</sup> A. Esmein, H. Nézard, II, 467.

<sup>88</sup> M. Nauriou, 582 583.

<sup>89</sup> Законом од 23. марта 1914, утврђено је да се све изјаве које комисије сматрају корисним морају поновити, под претњом новчане казне, пред судским званичницима и председником комисије, како би им се дала судска форма. *Ibid.*, 583.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 584.

<sup>91</sup> Комисија је, у принципу, било колико и министарстава. *Ibid.*

<sup>92</sup> С. Јовановић (1990б), 431.

<sup>93</sup> Више о систему сталних комисија у: Joseph Barthélemy, *Essai sur le travail parlementaire et le système des commissions*, Librairie Delagrave, Paris 1934.



владе падају зато што се нису могле договорити са домовима око средстава.<sup>94</sup> Иако то уставом није одређено, буџет се, у принципу, изгласавао сваке године. У случају да се не изгласа на време, уводиле су се привремене „буџетске дванаестине“ које су трајале по месец дана, током којих би се коначно решио буџет за ту годину.<sup>95</sup> Кредити су, за разлику од буџета, били облик ванредног финансирања владе и морали су бити одобрени посебним законом. У овој области приметан је недостатак уставних одредаба. Пре свега, две значајне демократске тековине нису укључене: није предвиђено да се буџет мора доносити сваке године, нити је одређено колико се прошлогодишњи буџет може продужити, односно колико се дванаестина може увести.<sup>96</sup> Овај мањак правила оставио је доста простора за злоупотребе.<sup>97</sup> Све у свему, само једна уставна одредба тиче се финансија.

Члан 8 Закона од 24. фебруара даје предност Посланичком дому приликом изгласавања финансијских закона.<sup>98</sup> Теоријски, ова предност доњег дома је сасвим хронолошка – Сенат и даље може одбити предлог буџета који је Посланички дом претходно изгласао. Међутим, пракса нам говори да је Сенат, са минималним изменама и уз извесна одлагања, увек прихватао предлоге доњег дома.<sup>99</sup> Ово је у складу са његовим уобичајеним начином поступања – ретко кад се Сенат отворено супротстављао Посланичком дому – своју конзервативну улогу радије је испуњавао успоравањем и одлагањем поступака.<sup>100</sup> Речит изузетак од овог правила чини поступање Сената за време левичарских влада од 1924. до 1926. и од 1932. до 1934.<sup>101</sup> Ипак, начелни став горњег дома остаје „пасивни отпор“.<sup>102</sup>

На први поглед, установе парламентарне контроле извршне власти толико су бројне и утицајне да стичемо утисак да су владе

<sup>94</sup> M. Nauriou, 581 582.

<sup>95</sup> Ово је често био узрок нестабилности и нереда у управи. *Ibid.*, 582.

<sup>96</sup> На основу овога Есмен закључује да је парламент могао изгласати порезе и буџет за више година, као и да је могао поделити средства на стални и годишњи фонд, по угледу на британски парламент. Вид. A. Esmein, H. Nézard, II, 419 428.

<sup>97</sup> Зато што није било уставом одређених рокова, домови су могли бескрајно да одлажу изгласавање буџета, чиме би извршну власт стављали у неповољан положај. *Ibid.*

<sup>98</sup> У тексту стоји да се предлози финансијских закона морају прво ставити пред Посланички дом и да их прво он мора изгласати.

<sup>99</sup> J. Barthélemy (1925), 64.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 80 83.

<sup>101</sup> Назване „картелима левице“, владе су се састојале од радикала социјалиста и независних радикала, које је подржавала Социјалистичка партија. За време њихове владавине конзервативни Сенат се отворено супротстављао социјалистичким мерама које су увођене – бескрајно је одлагао предлоге закона, одбијао их у потпуности и обарао је владе. Вид. René Rémond, *La République souveraine. La vie politique en France (1879 1939)*, Librairie Arthème Fayard, Paris 2002, 235 277.

<sup>102</sup> J. Barthélemy (1925), *loc. cit.*

остављене на милост и немилост домовима. То није далеко од истине. Ипак, однос ове две гране власти није толико једноставан. Извршна власт имала је одређена средства на располагању која помешати однос чине нешто умеренијим и далеко сложенијим. Међутим, оно што онемогућује једнострану процену тог односа јесте начин на који систем власти функционише током ратног стања. Као што ћемо видети, Трећа република тада поприма битно другачији облик.

## 5.2. Облици учешћа извршне власти у законодавству

Овлашћења извршне власти која се тичу законодавне у суштини се свде на учешће у поступку доношења закона и његовом извршавању. Једино средство контроле које је додељено извршној власти било је председничково распуштање доњег дома. Како је о томе већ било речи, наша анализа своди се на преглед четири установе: 1) законодавна иницијатива; 2) учешће у расправи; 3) проглашење (промулгација) закона; 4) извршавање закона.<sup>103</sup>

1) Законодавна иницијатива. На основу чл. 3 Закона од 25. фебруара, председник Републике и чланови оба дома равноправно деле право предлагања закона.<sup>104</sup> Акти којима председник то своје право остварује називају се „законски пројекти“ (*les projets de loi*), који имају облик председничког декрета (уредбе), са премапотписом једног или више министара.<sup>105</sup> Једном представљени домовима, законски пројекти могу бити повучени само новим актом председника. Зато се сматра да су они, упркос премапотпису, председнички, а не министарски акти.<sup>106</sup> Тако је, барем, у теорији. У пракси је ретко кад пројекат закона био идеја самог председника – то је препуштано министрима. Председник је, као и у много чему другом, само потврђивао њихову вољу.<sup>107</sup> Још једна разлика између уставног текста и уставне праксе јесте непостојање стварно равноправне поделе законодавне иницијативе. У складу са уставним начелом, законским предлозима извршне власти није обезбеђена никаква предност у односу на оне парламентарног порекла: нису постојале врсте закона које је само извршна власт могла да предлаже, нити су били одређени дани када су њени предлози разматрани.<sup>108</sup> Како ових или сличних мера није било,

<sup>103</sup> М. Hauriou, 490.

<sup>104</sup> *Les constitutions de la France depuis 1789*, 331.

<sup>105</sup> Насупрот овом, предлог чланова парламента преводи се са „предлог за кона“ (*proposition de loi*). А. Esmein, Н. Nézard, II, 400.

<sup>106</sup> Министри су, међутим, били ти који су пројекте подносили домовима. *Ibid.*

<sup>107</sup> Вид. J. Barthélemy (1925), 84 98.

<sup>108</sup> Та пракса је постојала у британском парламентаризму. М. Hauriou, 490 491.

законодавна власт успела је и овде да потисне извршну – предлагање закона практично су преузели чланови парламента.<sup>109</sup>

2) Учешће у расправи. У Трећој републици поступак расправљања о закону није уређен уставом већ правилницима домова. У њима су садржана два основна правила: сви пројекти и предлози закона, пре него што дођу пред домове, морају бити достављени једној комисији коју заједнички постављају домови, и, пре него што коначно бивају прихваћени, сви пројекти и предлози закона морају да прођу кроз више узастопних читања, од којих се свако завршава гласањем.<sup>110</sup> Учешће извршне власти у овој процедури врши се посредством министара или, уместо њих, „владиних комесара“ (*les commissaires du gouvernement*).<sup>111</sup> Они могу учествовати у раду помених комисија за припрему закона, као и у расправи пред домовима.<sup>112</sup> Међутим, начин њиховог учешћа није исти у оба случаја. Приликом рада са комисијом, министри се, по обичају, могу појавити само по позиву и повлаче се након што су се изјаснили, односно пре него што расправа започне. Насупрот томе, када учествују у расправи пред домовима, они могу да дођу када желе, да узму реч исто као и чланови парламента, као и да учествују у самом разматрању.<sup>113</sup> Присуство извршне власти у расправама било је од малог практичног значаја.

3) Проглашење закона је председнички декрет са премапотписом министра, којим усвојени закон постаје извршан.<sup>114</sup> Устав од 1875. посвећује му само две одредбе: једна установљава да председник Републике проглашава законе које су домови усвојили, а друга додаје да се проглашење мора извршити у року од месец дана од када је закон достављен председнику.<sup>115</sup> Ако је закон донет по хитном поступку, рок је само три дана. У том временском распону председник може захтевати од домова ново разматрање, које они не могу одбити.<sup>116</sup> Ако парламент након другог разматрања опет усвоји закон,

<sup>109</sup> А. Esmein, H. Nézard, II, 400 401.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 402 403.

<sup>111</sup> Владины комесари, постављени декретом, помажу министрима приликом расправљања о одређеном закону. Они их не могу у потпуности заменити, јер домови имају право да позову министра да лично учествује у расправи. M. Nauriou, 491.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*, 491 492.

<sup>114</sup> Када закон постане извршан, њега употребљавају органи извршне власти. Када је закон објављен, он постаје доступан грађанима, што га чини обавезним. Joseph Barthélemy, Paul Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie Daloz, Paris 1926, 740.

<sup>115</sup> Члан 3 Закона од 25. фебруара и члан 7 Закона од 16. јула.

<sup>116</sup> Председник ово захтева посредством „мотивисане поруке“ (*message motivé*). Вид. чл. 7 Закона од 16. јула.

председник је дужан да га прогласи.<sup>117</sup> Одложни вето председника никада није искоришћен у пракси – као и распуштање доњег дома, он је уставном конвенцијом забрањен.<sup>118</sup>

Природа проглашења закона била је предмет расправе. Наиме, оно има извесне сличности са законодавном санкцијом, што је подстакло одређене ауторе да их поистовете.<sup>119</sup> За разлику од проглашења, право законодавне санкције, које је било својство монарха, јесте апсолутни вето – без потврде шефа државе, акт парламента никада не може постати закон.<sup>120</sup> Суштина проглашења закона је у томе да је то акт председника којим он потврђује да је закон заиста прошао кроз законодавни поступак. Одређени аутори сматрали су да је оно, у ствари, наређење председника извршним органима да закон примењују – логична последица поделе власти.<sup>121</sup> Међутим, ако пажљивије погледамо сâм текст проглашења, видимо да оно није написано наредбеним (императивним) тоном, већ само потврђује да су закон изгласали домови и да ће он бити извршаван.<sup>122</sup> Нигде не пише да председник нешто наређује нити да извршност закона произлази из његовог ауторитета. На основу тога може се закључити да је проглашење, у суштини, само формалан акт којим почиње извршавање закона.<sup>123</sup>

4) Извршавање закона. Члан 3 Закона од 25. фебруара овлашћује председника Републике да се „стара о извршавању закона“. Он то остварује доношењем општих подзаконских аката у облику уредбе.<sup>124</sup> Замисао је била да се овим актима закон растерети бројних детаља који би умањили јасност његовог текста, а неопходни су за саму примену.<sup>125</sup> Међутим, у пракси се дешавало да се декретима

<sup>117</sup> Ако и други пут одбије, теоријски је могућно да га доњи дом оптужи за велеиздају. J. Barthélemy, P. Duez, 738 739.

<sup>118</sup> Чак и да јесте коришћен, одложни вето био би од малог значаја јер се не захтева нека квалификована већина приликом другог изгласавања. M. Nauriou, 494.

<sup>119</sup> A. Esmein, H. Nézard, II, 67, фн. 21.

<sup>120</sup> J. Barthélemy, P. Duez, *loc. cit.*

<sup>121</sup> Према овој теорији, само председник, као шеф извршне власти, може наредити њеним органима да закон примењују – законодавна власт то не може учинити. A. Esmein, H. Nézard, II, 66.

<sup>122</sup> Текст гласи: „Сенат и Посланички дом су усвојили, председник Републике проглашава закон који гласи: (текст закона). Овај закон, разматран и усвојен од стране Сената и Посланичког дома, биће извршаван као закон државе“. R. C. de Malberg (1931), 147.

<sup>123</sup> *Ibid.*, 147 148.

<sup>124</sup> Прописи које доноси председник представљају прве кораке извршавања закона. Поред њих постоје и они које доносе министри, а тичу се организације управе, односно даљег извршавања и примењивања закона. J. Barthélemy, P. Duez, 773.

<sup>125</sup> A. Esmein, H. Nézard, II, 78.

уређује и законска материја.<sup>126</sup> Ово се дешавало јер се уредбе далеко брже и лакше доносе, а по много чему су сличне законима: оба акта садрже опште и апстрактне правне норме, једнако обавезују грађане, непосредно се примењују на суду, снабдени су санкцијом итд.<sup>127</sup> Упркос томе, не треба мешати уредбодавну власт председника са делегацијом законодавне власти, још мање са учешћем извршне власти у вршењу законодавне. Разлика произлази из тога што су декрети, у материјалном и у формалном смислу, подређени закону.<sup>128</sup> Својим садржајем они му не смеју бити супротстављени, нити га могу ставити ван снаге или одложити његову примену.<sup>129</sup> Ако то чине, Државни савет их може поништити.<sup>130</sup> Дакле, по својој природи, уредбе нису облик вршења законодавне власти – оне су ограничене законом, произлазе из њега и допуњују га.<sup>131</sup> Овај однос аката законодавне и извршне власти важио је за време мира. Током ратних стања он се у великој мери мењао.

Далеко најзначајнији оружани сукоб који се одиграо током Треће републике био је Први светски рат. Он је свакако био велики изазов и за њен правни поредак. Наиме, јасно је да током рата извршна власт мора бити способна да брзо доноси значајне одлуке – није увек могућно чекати да законодавна власт одобри сваки корак. Овај проблем постојао је и раније, те су у теорији постојала два решења: прво (немачко) решење подразумева да у „стању нужде“ (*notrecht*) извршна власт може ставити ван снаге све акте који је ограничавају (уредбе, законе, па и сâм устав) и представља привремени повратак на поредак апсолутне власти монарха;<sup>132</sup> друго решење, које је прихваћено у већини западних земаља, поштује уставна и законска ограничења – то је систем претходних парламентарних одобрења и накнадних потврда.<sup>133</sup> Теоријски, то је значило да, у временима кризе, сви акти који су у супротности са законом или уставом остају неправилни, али, извршна власт која их је донела може бити ослобођена одговорности посредством посебних закона

<sup>126</sup> Не рачунајући случајеве незаконитости, декретима је уређивана материја закона на позив законодавца. Тада они носе назив „уредбе јавне управе“ (*règlements de l'administration publique*), а, за разлику од обичних уредаба, обавезно их разматра Државни савет на општем заседању. *Ibid.*, 80.

<sup>127</sup> *Ibid.*, 75.

<sup>128</sup> R. C. de Malberg (1931), 33.

<sup>129</sup> M. Nauriou, 497.

<sup>130</sup> Државни савет (*Conseil d'Etat*), поред тога што је управни суд, проверава законитост свих аката извршне власти. Вид. J. Barthélemy (1925), 199 209.

<sup>131</sup> R. C. de Malberg (1931), 35.

<sup>132</sup> Ово решење присутно је у већини устава старих немачких држава, прећутно је одобрено у уставу од 1871, и благо ограничено у Уставу Вајмарске републике. J. Barthélemy, P. Duez, 242 243.

<sup>133</sup> *Ibid.*, 243 244.

(*bills d'indemnité*).<sup>134</sup> У пракси, међутим, није било тако: многе уредбе примењиване су као потпуно законите, иако су њима закони мењани, одлагана је њихова примена, или су чак стављани ван снаге.<sup>135</sup> Ова отворена незаконитост у поступању извршне власти накнадно је покривана законима. Дешавало се, међутим, да приликом позакоњења неке уредбе буду изостављене.<sup>136</sup> Суочен са проблемима који су због тога настали, Државни савет је, врло слободним тумачењем уставног текста, изградио теорију о ратним овлашћењима извршне власти.<sup>137</sup> Према тој теорији, председник Републике је, на основу чл. 3 Закона од 25. фебруара, имао право да одлучи да ли је примењивање одређених закона у складу са ратним потребама земље. Право извршавања закона укључује, дакле, и право да се не извршавају.<sup>138</sup> Имајући у виду однос грана власти према уставу од 1875, тешко је поверовати да је то право значење чл. 3. Ипак, пракса и теорија Државног савета потврђују да, током рата, уредбе нису потпуно подређене законима, већ их могу, у крајњим случајевима, заобићи.

Извршна власт има значајну улогу у животу закона. Она је присутна у сваком кораку његовог доношења, а потом је надлежна за његово извршавање. Ипак, када се све сабере, она нема велики утицај на законодавну власт. Сва овлашћења извршне власти, односно председника Републике, врло су ограничена. Законодавна иницијатива чланова парламента у пракси је значајнија од оне која припада председнику; учешће министара и комесара у расправама у суштини је небитно; проглашавање закона више личи на обавезу него на право председника; чак и извршавање закона, што би требало да припада искључиво извршној власти, веома је ограничено вољом домова. Имајући у виду сва овлашћења извршне власти, не може се рећи да она стварно учествује у вршењу законодавне. Извршна власт је присутна, она има утицаја, али, на крају, све зависи од воље парламента.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Из настанка и развоја система власти Треће републике могу се извући многе поуке. Пре свега, својим настанком, Трећа република показала је да се начела монархијског (орлеанског) парламентаризма

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> A. Esmein, H. Nézard, II, 95.

<sup>136</sup> На пример, уредба од 10. септембра 1914, којом је стављен ван снаге чл. 65 Закона од 22. априла 1905 (који се тичао цивилних функционера), грешком није накнадно потврђена Законом од 30. марта 1915 (који је потврдио једну другу уредбу која се тичала војних функционера). M. Haugliou, 501, фн. 2.

<sup>137</sup> J. Barthélemy, P. Duez, 244.

<sup>138</sup> *Ibid.*

не могу успешно спојити са републиканским обликом владавине – довољна је била једна криза, па да дође до корените промене система власти. Напуштањем основних тековина орлеанског парламентаризма – двојне одговорности владе и права шефа државе да распусти доњи дом – омогућено је, први пут у историји, да се парламентаризам прилагоди републиканском оквиру. Овај преображај Треће републике изведен је, углавном, без званичне промене уставних закона – кључне одредбе измењене су уставном конвенцијом, што је за један континентални систем права реткост.

Систем власти који је овако настао био је мањкав. Законодавна власт је, под утицајем старих револуционарних идеја, постепено потискивала извршну власт и преузимала је њене делатности. Подређен положај извршне власти према парламенту отежавао је њен рад и довео је до велике нестабилности влада, које су ретко опстајале дуже од шест месеци. Овај однос грана власти нагло се мењао током криза и ратних стања – домови су тада давали пуно поверење владама, које су далеко дуже трајале и могле су неспутано да доносе неопходне уредбе – чак и оне које су у супротности са законом. Ова променљивост Треће републике производ је, највећим делом, особенисти њене политичке сцене. Ипак, без обзира на то да природа политичких снага има пресудан утицај, неспоран је значај устава Треће републике за особенисти, ако не и слабости, њеног система власти. Устав од 1875. настао је као плод компромиса и написан је доста штуро. Оставивши извесне празнине и неподесна решења, текст је морао бити допуњен уставном праксом. У таквим околностима, његова садржина измењена је конвенцијама које су од Треће републике направиле монистичку парламентарну републику. Опширније и јасније написан устав можда не би дозволио овакву промену без формалне ревизије.

На крају треба напоменути да је Трећа република до данас најдугочевнија француска република, која је, готово случајно, тај облик владавине усталила. Показавши да добар квалитет уставног текста није нужен за његову дугочевност, Трећа република и њен устав и данас остају занимљиве и особене појаве у историји и уставноправној теорији

Stefan Dušanić

Student

University of Belgrade Faculty of Law

## THE RELATION BETWEEN THE EXECUTIVE AND THE LEGISLATURE IN THE THIRD FRENCH REPUBLIC

### *Summary*

This paper encompasses historical and legal analysis of the relationship between the executive and the legislative branch of the Third French Republic. The examination of the inception and development of that relationship provides a basis for understanding the origins of the Constitution of 1875 and the nature of its transformation. By exploring the constitutional framework and the examples of its application, the paper aims at defining the nature of the Third Republic and its relevance to legal history and the general theory of Constitutional Law.

Key words: *Third French Republic. – Parliamentarism. – Separation of powers.*



Мр Милош Здравковић\*

### РОНАЛД ДВОРКИН (1931 2013)

Роналд Дворкин, један од најпризнатијих и најутицајнијих политичких и правних филозофа друге половине 20. и почетка 21. века, умро је 14. фебруара у 81. години живота. образовање је стицао на Универзитетима Харвард и Оксфорд, да би по завршетку школовања неколико година радио у правосуђу и адвокатури. Своју професорску каријеру започео је на Универзитету Јејл, а онда се 1969. преселио у Енглеску, где је на Оксфордском универзитету преузео катедру за јуриспруденцију од чувеног Херберта Харта, свог некадашњег учитеља. По повлачењу с Оксфорда, радио је као редовни или гостујући предавач на Универзитетима Лондон, Њујорк, Принстон, Стенфорд. Био је члан Америчке академије наука и уметности, као и члан Британске академије.

Дворкин је био веома плодан аутор и иза њега су остале бројне монографије и чланци. Међу његова најзначајнија дела убрајају се *Taking Rights Seriously* (1977),<sup>1</sup> *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986),<sup>2</sup> *Life's Dominion* (1993), *Sovereign Virtue* (2000), *Justice in Robes* (2006), *Justice for Hedgehogs* (2011). Нажалост, Дворкин није дочекао објављивање своје последње књиге *Religion Without God*, чији је текст послао издавачу непосредно пре своје смрти.

Као филозоф права, Дворкин је своју правну теорију градио на продуктивној критици правног позитивизма као најдоминантнијег правца у савременој јуриспруденцији. Његова главна замерка позитивизму била је да појам права одређује не узимајући у обзир мо-

\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *milos.zdravkovic@ius.bg.ac.rs*.

<sup>1</sup> Код нас је ово дело објављено под називом *Суштина индивидуалних права*, превео др Ђурица Крстић, ЈП Службени лист СРЈ, ЦИД, Београд – Подгорица 2001.

<sup>2</sup> *Царство права*, превели Весна Кнежевић Предић и Никола Крзнарић, Филип Вишњић, Београд 2003.

ралне вредности. Ипак, особеност његове критике не огледа се у одабору мете коју је гађао, јер је позитивизам због раздвајања права и морала деценијама, па и вековима трпео критике од стране представника другог главног правца – јуснатурализма, већ у томе што је Дворкин понудио сасвим оригинални начин решавања питања односа права и морала. По њему, правна теорија не може бити неутралан и неевалуативан опис правне праксе како тврде позитивисти, већ пре њена интерпретација. Аргумент за овакав став Дворкин је темељио на чињеници да свака социјална пракса развија одређени интерпретативни став у односу на њу саму и то од стране оних који у тој пракси учествују. Пошто свака социјална пракса, па тако и право, у себи садржи одређене вредности и поседује неку сврху, то су и правила која дефинишу и уређују ту праксу повезана с том сврхом и с тим вредностима. Како је према Дворкину основна сврха права легитимизација употребе државне принуде, дакле једна нормативна сврха, теоретичари морају да предузму својеврсно нормативно истраживање, како би установили услове под којима право као нормативни систем заиста и оправдава државну принуду.

Поред наведене критике, Дворкин је замерао правном позитивизму и његову неспособност да правилно опише свој предмет, будући да правне принципе не укључује у одређење појма позитивног права, иако судови, најчешће у спорним, граничним случајевима, своје пресуде базирају управо на њима.

Као политички филозоф, Дворкин је припадао дугој традицији либерализма. Кроз своја дела успео је да изгради сопствену егалитаристичку политичку филозофију, упорно бранећи јединство слободe и једнакости, с тим да је предност давао идеји једнакости. Такође, заступао је јединство индивидуалног и колективног принципа уз поштовање индивидуалистичког карактера либерализма, веће економске једнакости уз очување слободне тржишне утакмице у оквиру капиталистичке привреде, као и јединство морала и етике, и јединство етике и политике. У складу са струјањима у либералној политичкој филозофији друге половине 20. века, Дворкин се бавио обновом идеје дистрибутивне правде која треба да сједињује тежње ка општем добру схваћеном као једнака брига или једнак третман за све (у политичком, економском, социјалном и културном смислу) и тежње сваког појединца за остварење сопственог живота у оквиру либералне политичке заједнице. Управо је ова два принципа – принцип једнаке важности и принцип индивидуалне одговорности – Дворкин препознао као основ свих вредносних судова етике и морала, права и политичке теорије моралности. Своје последње велике радове посветио је реafirмацији идеје људског достојанства, коју је утемељио на два принципа – самопоштовању и самосвојности. На основу те идеје Дворкин је аргументовао у прилог става да људи, иако имају право на

једнаку бригу и поштовање, у првом реду поседују оно најосновније, опште право да буду третирани као људска бића. То фундаментално право представља истински основ за читав корпус људских права, док је оно само базирано управо на идеји људског достојанства.

Дворкинов научни кредо био је утемељен на његовој искреној вери у основне људске вредности за које се током целе своје каријере пожртвовано борио. Више од четрдесет година активно је учествовао у јавним дебатама о питањима која су потресала западне демократије, попут питања абортуса, позитивне дискриминације, порнографије, људских и грађанских права, здравствене заштите, тероризма итд. Озбиљношћу својих расправа окупљао је око себе бројне следбенике, а противнике је убојитошћу аргументације провоцирао да преиспитују своје ставове.

Одласком Роналда Дворкина савремена правна и политичка филозофија остале су без једног од својих највећих представника, док је Пантеон западне културе још једном отворио своја врата да прими новог члана.

## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. 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.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

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. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италиком словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у електронском облику.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији.

У супротном Редакција задржава право да с аутором прекине сваку будућу сарадњу.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

## 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. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр., 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<sup>3</sup>).

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). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

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. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

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 на-

знака „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 знаком „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD\(2007\)004 e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL_AD(2007)004_e.asp), 24. мај 2007.

12. Иностранна имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“



**TABLE OF CONTENTS**

**ARTICLES**

Mirko Vasiljević, Corporate Social Responsibility (From Politics, over Morality to Law) -----	5
Dragan M. Mitrović, Idealistic and Realistic Concepts of the Law-----	29
Boris Begović, European Integrations and Serbian Economic Growth: Economic Integration as an Alternative to the EU Membership-----	53
Vuk Radović, Avoiding Transactions without Consideration or with Insignificant Consideration in Bankruptcy -----	73
Igor Vuković, On Situations of Indirect Perpetration in Serbian Criminal Law -----	96
Nataša Petrović Tomić, Investment Based Life Insurance -----	122
Slavko Đorđević, Transposition of Foreign Rights in Rem according to the Draft Code of Private International Law of Republic of Serbia -----	149
Sanja Radovanović, Permitted Scope of Reproduction of Computer Programs in the License Agreement -----	169
Vanja Bajović, Factual Identity of Charge and Judgment -----	198
Maja Lukić, Authority of the EU Court of Justice More Important than Legal Security – MOX Plant Judgment –	223
Dalibor Đukić, Contemporary Challenges in State-Church Relationship-----	249

Ksenija Vlašković, Protection of the Well-Known Trademarks under Directive Number 89/104/EEC -----	266
Samir Aličić, Assessment of Damages by Aquilian Lawsuit in Case of Destruction of the Object of Obligation -----	281
Ahmedin Lekpek, Islamic Banking Contracts -----	299

#### BOOK REVIEWS

Christopher Clark, <i>The Sleepwalkers: How Europe Went to War 1914</i> , Allen Lane, Penguin Books, London 2012, 736. (Čedomir Antić)-----	314
Dani Rodrik, <i>The Globalization Paradox: Why Global Markets, States and Democracy Can't Coexist</i> , Oxford University Press, Oxford 2011, 346. (Boris Begović)-----	320
Norman Doe, <i>Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction</i> , Oxford University Press, London 2011, 334. (Aleksandra Pištalo) -----	326
Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, <i>Commentary of the Law on Criminal Procedure</i> , Službeni glasnik, Beograd 2012, 1128 (Miodrag N. Simović)-----	332

#### OCCASIONS

Zoran S. Mirković, Thoughts on Captain Miša and his Endowment -----	336
Luka Breneselović, A Carl Schmitt's Letter from Cavtat (1925) -----	342

#### STUDENT CONTRIBUTIONS

Stefan Dušanić, The Relation between the Executive and the Legislature in the Third French Republic-----	346
---	-----

#### IN MEMORIAM

Miloš Zdravković, <i>Ronald Dvorkin (1931–2013)</i> -----	369
---	-----

<b>Instructions to Authors</b> -----	372
--------------------------------------	-----

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 : Belgrade Law Review : Journal of Legal  
and Social Sciences / главни уредник Мирољуб Лабус. –  
Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни  
факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Три пута годишње. – Трећи број на енгл. језику. – 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