

с-352

Универзитет у Нишу  
Правни факултет

**ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ  
ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**XLVII/2006**



Ниш, 2006.

1M 4436

# **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

## **Зборник радова**

Правни факултет, Ниш, 2006.

*Издавач*

Правни факултет у Нишу

*За издавача*

Проф. др Мирољуб Симић, декан

*Главни и одговорни уредник*

Проф. др Милан Петровић

*Чланови редакционог одбора из земље*

Проф. др Предраг Димитријевић

др Миомира Костић

Проф. др Драган Николић

др Љубица Николић

Проф. др Милан Петровић

мр Мира Симовић

*Чланови редакционог одбора из иностранства*

Проф. др Владимир Андреицев, декан Правног факултета Универзитета Тарас Шевченко, Кијев, Украјина

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан први, Скопље, Македонија

Проф. др Анатолий Капустин, професор Универзитета Дружба народов, Москва, Русија

Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафало, Бафало, САД

Академик Игор Г. Побирченко, председник Међународног суда трговинске арбитраже при Привредној и индустријској комори Украјине

Проф. др Александер Воденичаров, декан Факултета права и историје Неофит Рилски, Благоевград, Бугарска

*Секретар Редакционог одбора:* Мр Дејан Јанићијевић

*Преводи:* Мр Дејан Јанићијевић

*Технички уредник:* Ненад Милошевић

*Штампа:* Свен Ниш

*Тираж:* 150

---

**ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета у Нишу**

18000 Ниш, Трг Краља Александра 11

Тел: 018/500-201, <http://www.prafak.ni.ac.yu>

## САДРЖАЈ

### Чланци

<b>Проф. др Гордана Станковић</b> ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА .....	1
<b>Проф. др Зоран Радивојевић</b> ЕВРОПСКИ ПАРЛАМЕНТ .....	11
<b>Проф. др Драган Јовашевић</b> <b>Доц. др Борислав Петровић</b> НОВИ КОНЦЕПТ КРИВИЦЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ .....	33
<b>Др Миомира Костић</b> РЕСТОРАТИВНА ПРАВДА У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ .....	63
<b>Др Видоје Спасић</b> ПАТЕНТИРАЊЕ ПРОИЗВОДА БИОТЕХНОЛОГИЈЕ .....	77
<b>Мр Мира Симовић</b> УРЕДБА КАО ИЗВОР ПРАВА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ .....	97
<b>Мр Дејан Јанићијевић</b> РЕШАВАЊЕ ТЗВ. КЛАСНИХ СПОРОВА У ПАРНИЧНОМ И АРБИТРАЖНОМ ПОСТУПКУ .....	109
<b>Александар Борђевић</b> ПОРОДИЧНА ЗАДРУГА У СРПСКОМ СРЕДЊОВЕКОВНОМ ПРАВУ .....	123
<b>Душица Миладиновић</b> ОСВРТ НА КОНЦЕПТ ПОМИЛОВАЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ .....	133

## **Прикази**

**Доц. др Горан Обрадовић**

*ASSISTANT PROF. DR. SENAD JASAREVIC: SERBIA AND MONTENEGRO, INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LAW, SOCIAL SECURITY LAW, SUPPL. 48\, KLUWER LAW INTERNATIONAL, THE HAGUE/LONDON/NEW YORK, 2004. PP. 188.....* 151

**Мр Марко Трајковић**

*ПРАВНО-ЕТИЧКО СТАНОВИШТЕ РОНАЛДА ДВОРКИНА*

*Роналд Дворкин, Суштина индивидуалних права,*

*ЦИД, Подгорица, 2001, 451 стр.....* 153

**Дејан Вучетић**

*МИЛАН ПЕТРОВИЋ, НАУКА О УПРАВЉАЊУ КАО ПРЕТПОСТАВКА*

*УПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ (ОПШТИ ДЕО), ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ*

*ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, НИШ, 2006, 404 СТРАНИЦЕ.....* 167

## *Чланици*

---

---



## ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА\*

### *Апстракт*

*У овом раду аутор излаже нова законска решења из Закона о парничном поступку у погледу доказивања и указује на разлике између терета доказивања у субјективном и у објективном смислу. За разлику од терета доказивања у субјективном смислу, који је нужна последица расправног начела, терет доказивања у објективном смислу је специфична радна метода којој суд прибегава после спроведеног доказног поступка кад коришћењем метода слободне оцене доказа није успео да стекне уверење о истинитости поједине спорне правно релевантне чињенице и формира чињенични супстрат одлуке.*

**Кључне речи:** *расправно начело, слободна оцена доказа, терет доказивања.*

1. Закон о парничном поступку Републике Србије<sup>1</sup> донео је нова законска решења у материји доказивања у односу на она која су постојала у ранијем процесном режиму. Нова законска решења су, с једне стране, последица промена у самом концепту пружања правне заштите по правилима парничне процедуре и фаворизовања начела диспозиције и расправног начела. С друге стране, она су резултат настојања да се отклоне уочени недостаци у пракси у погледу поступка извођења

---

\* Правни факултет у Нишу

\* Овај рад представља резултат истраживања на пројекту „Пристап правосудју – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије. Рад је саопштен на Регионалној конференцији „Унапређење у спровођењу Закона о парничном поступку: пракса у Србији и региону“, која је у организацији OSCE – Mision to Serbia и Врховног суда Србије, одржана од 15 – 16.11. 2006. године у Београду.

<sup>1</sup> Сл. гласник РС, бр. 125/04 од 22.11.2004.г.

појединих доказа и спречи непотребно или злонамерно одуговлачење поступка, посебно у погледу извођења доказа вештачењем, да би се и у тој фази поступка за пружање правне заштите остварило право на суђење у разумном року. Поједина законска решења, која су преузета из ранијег процесног режима, у новом контексту имају сасвим другу процесну функцију и служе остваривању друкчијих процесних циљева.<sup>2</sup>

2. Доказивање истинитости исказа о спорним правно релевантним чињеницама у поступку представља, по правилу, задатак странака. То је директна последица доминације начела диспозиције и расправног начела<sup>3</sup> на којима је нова српска парнична процедура заснована и последица околности што су у пракси странке редовно извор сазнања о важним доказима. ЗПП је искључио могућност да суд *ex offio* изводи доказе које странке нису предложиле да би утврдио постојање одређене спорне правно релевантне чињенице. Суд доказивањем може да утврђује истинитост исказа само о оним спорним чињеницама које су странке изнеле. Суд је везан предлогом странака у погледу доказа и има задатак да утврди да ли је спорна чињеница релевантна или није и да одлучи о томе да ли ће се и који ће се докази изводити. Из тог разлога и виши суд у парницама у којима доминирају начело диспозиције и расправни принцип више нема могућност да наложи првостепеном суду да изводи доказе које странке нису предложиле.

3. Једна од значајних новина које се односе на доказни поступак представља афирмисање терета доказивања у субјективном смислу и конкретизовање терета доказивања у објективном смислу.

Познато је да је терет доказивања стари процесни институт доказног поступка који, пре свега, показује да странке, уколико желе да успеју у парници, треба да предложе доказе у погледу чињеница на којима заснивају своје захтеве или којима оспоравају наводе и доказе свог парничног противника. Терет доказивања у субјективном смислу, с обзиром на концептуалне промене, добио је посебан значај.

С друге стране, у српском ЗПП предвиђен је и конкретизован терет доказивања у објективном смислу, као посебан метод којим се суд служи приликом формирања чињеничног супстрата као подлоге за одлучивање.

---

<sup>2</sup> Детаљно о томе: Гордана Станковић, Ново парнично процесно право Републике Србије, Право теорија и пракса, Нови Сад, 2-3 /2005, стр. 3-21; Гордана Станковић, Усклађивање новог парничног процесног права Републике Србије са европским стандардима, Зборник радова „Правни систем Републике Србије – усаглашавање са правом Европске уније“, Правни факултет, Ниш, 2005, стр. 489-504.

<sup>3</sup> Видети: Гордана Станковић – Невена Петрушић, Новине у грађанском процесном праву, Ниш, 2004, стр. 14, Гордана Станковић, Закон о парничном поступку, Београд, 2004, стр. 14.



Кад по окончању доказног поступка суд на основу изведених доказа не може са сигурношћу да утврди постојање неке чињенице, он мора да прибегне правилу о терету доказивања, као посебном методу, да би елиминисао насталу неизвесност у погледу недоказаности изнетих спорних правно релевантних чињеница.

4. Правило о терету доказивања у субјективном смислу има посебан значај у парничном поступку у коме доминира расправо начело као радна метода која омогућава прикупљање процесне грађе.

Према расправном начелу, које представља директну последицу начела диспозиције у погледу располагања процесним материјалом, иницијатива у погледу изношења чињеничног и доказног материјала је у рукама странака. Према одредби чл. 7. ст. 1. ЗПП, у којој је формулисано расправно начело, да би суд могао да одлучује, свака странка треба да наведе чињенице на којима заснива свој захтев. Странка мора да образложи свој захтев, без обзира да ли захтева одлуку о захтеву за пресуду или о неком процесном питању. Поред тога што свака странка треба да да аргументе за свој захтев, она треба да понуди и доказе којима се може проверити истинитост чињеница на којима она заснива свој захтев. Странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве (*onus proferendi* – терет тврђења) и да предложе доказе у погледу чињеница на којима заснивају своје захтеве или којима оспоравају наводе свог парничног противника (*onus probandi* – терет доказивања).<sup>4</sup>

У границама важења расправног начела, суд је овлашћен и дужан да чињенични супстрат образује само од чињеница које су странке изнеле и о којима су странке имале могућност да расправљају у току поступка. Уколико странка пропусти да изнесе потпуно стање ствари или пропусти да предложи доказе, суд неће моћи да утврди правно релевантне чињенице од којих зависи одлука о основаности истакнутог захтева или да се увери у истинитост чињеница на којима се захтев заснива.

У границама расправног начела, у складу са својим овлашћењима која се тичу управљања поступком, суд има активну улогу и задатак да упозори странке на дужност да изнесу правно релевантне чињенице и да предложе доказе и да их, постављањем питања, провоцира да изнесу неопходан процесни материјал. Суд, у границама расправног начела, постављањем питања и на други сврсисходан начин, има задатак да настоји да странке изнесу неопходну процесну грађу јер он има задатак да утврди све чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева.<sup>5</sup> Он само изузетно може да изводи и доказе које странке нису предложиле ако

---

<sup>4</sup> Чл. 220. ЗПП.

<sup>5</sup> Чл. 7. ст. 2. ЗПП.

из резултата расправљања и доказивања произлази да странке располажу захтевима којима не могу располагати или кад је то посебним прописима предвиђено.<sup>6</sup>

У одредби чл. 7. ст. 2. ЗПП формулисана је дужност суда која је, с једне стране, последица права на правну заштиту, које је формулисано у одредби чл. 2. ЗПП, а с друге стране, последица очекиваних квалитета правне заштите коју суд треба да пружи да би се остварио принцип владавине права. Пошто праву странке на правну заштиту одговара дужност суда да пружи правну заштиту и, пошто суд не може да одбије да одлучује о захтеву за који је надлежан, а заштита коју треба да пружи мора да буде законита, једнака и правична, суд је дужан да утврди све чињенице од којих зависи његова одлука. Суд треба да утврди све чињенице да би његова одлука била законита и да његово суђење не би било фарса. Процесна овлашћења која суд има у управљању поступком и у извиђању, омогућавају му да сазна стање ствари и да формира чињенични супстрат одлуке. Из тог разлога суд може да информативно саслуша странке да би разјаснио стање ствари, може да поставља питања, може да подстиче странке да изнесу чињенични материјал и да предлажу доказе јер странке имају право на изношење новота до закључења главне расправе. Посао суда је у одређеној мери олакшан захваљујући начелу обостраног саслушања које је, као методско начело, формулисано у одредби чл. 5. ст. 1. ЗПП. Суд је дужан да свакој странци пружи могућност да се изјасни о захтевима, предлозима и наводима противне странке. И због тога, он своју одлуку не може засновати на чињеницама о којима странкама није пружена могућност да се изјасне, осим кад је законом друкчије предвиђено. Суд у току извођења доказа поставља питања и сведоцима и вештацима и самим странкама да би разјаснио стање ствари и формирао неопходан чињенични супстрат своје одлуке.

Уколико суд не успе у свом настојању да утврди све чињенице, јер му странке, и поред његовог подстицања и ангажовања, нису пружиле неопходан процесни материјал или су својим понашањем спречиле суд да до њега дође, суд одлучује на основу расположивог процесног материјала до кога је дошао у току поступка.

5. У складу са расправним начелом, у одредби чл. 220. ЗПП формулисан је терет доказивања у субјективном смислу, као процесна дужност одн. терет одређене странке да суду пружи обавештење о доказним средствима одн. да означи доказна средства помоћу којих се суд може уверити у истинитост исказа о одређеној правно релевантној

---

<sup>6</sup> Чл. 7. ст. 3. ЗПП.

чињеници. Свака странка, уколико жели да успе у парници са својим захтевом, треба да поднесе специфичан процесни терет у погледу изношења процесног доказног материјала да би остварила повољан изглед на успех у конкретној парници. Ако странка претендује на правно дејство одређене чињенице, она треба да докаже њену истинитост. Због тога се, уместо о процесној дужности странке, у литератури Процесног права и говори о терету доказивања јер се ради о активности која је у интересу странке.

Странка има интерес да докаже постојање чињеница на којима свој захтев заснива да би он, као основан, био усвојен, али и да побија наводе свог парничног противника изношењем нових чињеница и предлагањем доказа. Дужност да износе чињенични и доказни материјал имају оба парничара, без обзира да ли изнесене чињенице и означени докази иду у прилог странке која их је изнела или не. Осим тога, оба парничара су дужна да своја процесна овлашћења савесно користе и да их не злоупотребљавају, као и да говоре истину.

Правило о субјективном терету доказивања разрађено је кроз многе одредбе ЗПП у којима је предвиђена садржина појединих парничних радњи (тужбе, одговора на тужбу, правног лека нпр.). У складу са правилом о субјективном терету доказивања, од тужиоца који тврди да су му угрожена, повређена или оспорена грађанска субјективна права, очекује се да докаже истинитост својих навода и тврдњи. Тужени, зависно од тога, какав став заузима у односу на тужбу, може да буде потпуно пасиван, може да не оспори чињенице на којима тужилац заснива свој захтев и може да их оспори. Уколико тужени оспори чињенице на којима тужилац заснива свој захтев или и сам истиче какав захтев, треба да понуди доказе за своја тврдјења и захтеве.

Странка која износи чињенице на којима заснива свој захтев или којима побија наводе свог противника мора да доказује истинитост тих чињеничних навода индивидуално означеним доказним средствима. Уколико странка не успе да увери суд у истинитост својих чињеничних навода, погађају је одређене последице: суд неће сматрати тачним и истинитим њене наводе, а то ће се одразити и на одлуку о њеном захтеву.

6. У ЗПП конкретизовано је правило о терету доказивања у објективном смислу које је у ранијем процесном режиму било само уопштено формулисано.

У време важења некадашњег савезног ЗПП, Законом о изменама и допунама ЗПП из 1990. године,<sup>7</sup> одредбом чл. 221.а, било је предвиђено

<sup>7</sup> Сл. лист СФРЈ, 27/90.

правило о терету доказивања. И поред тога, правило о терету доказивања није имало већи значај јер је у претходном процесном режиму, упркос прокламованој комбинацији расправног и истражног начела, доминирало истражно начело које је на одређени начин било схваћено, тумачено и примењивано у судској пракси. Пошто је суд могао по службеној дужности да изводи доказе ради утврђивања истинитости страначких исказа о спорним правно релевантним чињеницама и пошто се то схватало као његова процесна дужност, а не као његово процесно овлашћење, правило о терету доказивања, схваћено у субјективном смислу, није имало велики значај. Суд се, у случају пасивног држања странке у погледу понуде доказа, сам ангажовао да би пронашао доказе којима би се утврдиле битне правно релевантне чињенице у настојању да предупреди евентуално укидање пресуде од стране инстанционог суда због њених материјалних недостатака. Из тог разлога и правило о терету доказивања објективном смислу углавном није било потребно.<sup>8</sup>

С друге стране, с обзиром на метод слободне оцене доказа, судија је свој закључак о истинитости или неистинитости изнетих спорних правно релевантних чињеница образлагао својим уверењем, а не коришћењем правила о подели терета доказивања која је изградила и формулисала процесна теорија<sup>9</sup> или које је било предвиђено појединим правилима материјалног права.<sup>10</sup> Суд је у образложењу пресуде редовно наводио да није успео да се са сигурношћу увери у истинитост исказа о конкретној спорној правно релевантној чињеници, а не да је на основу правила о терету доказивања извео одређени закључак у погледу егзистенције спорне правно релевантне чињенице.

7. Кад се странке, у складу са расправним начелом, у довољној мери ангажују на плану понуде доказа и понуде „квалитетне“ доказе, суд се налази у повољној позицији јер има на располагању довољно доказних средстава која му омогућавају да дође до сазнања о истинитости спорне правно релевантне чињенице, да формира своје уверење и правилно формира чињенични супстрат своје одлуке.

---

<sup>8</sup> И поред овлашћења које је суд имао, постављало се питање да ли је суд уопште могао да изводи доказе које странке нису предложиле да би дошао до неопходног сазнања о постојању одређене битне чињенице јер суду, по правилу, нису позната доказна средства која би му омогућила да дође до сазнања о истинитости спорне правно релевантне чињенице, нити може да изводи доказе да би дошао до сазнања да постоје и други докази о спорној битној чињеници.

<sup>9</sup> Детаљно о томе: Гордана Станковић, Грађанско процесно право, Београд, 2004, стр. 400.

<sup>10</sup> Видети нпр. одредбе: чл. 154 ст.1, чл. 167, чл. 170, чл. 248. или чл. 270. ст. 2. ЗОО.

Међутим, може се догодити да странка, и поред ангажовања суда, не изнесе све правно релевантне чињенице, свесно или пропустом. Поред тога, могућно је и да предложена и изведена доказна средства не буду довољан извор информација о истинитости изнесених чињеница или да буду непоуздана. У том случају прикупљене информације о истинитости исказа о правно релевантним чињеницама суд не може да употреби у поступку. Због тога се поставља питање шта суд треба да учини кад су остале недоказане спорне правно релевантне чињенице на којима странка заснива свој захтев.

Пошто суд може да досуди правну заштиту коју је странка тражила само ако је доказано да постоје правно релевантне чињенице на којима се њено тражење заснива и од којих зависи одлука о основаности захтева, законом је предвиђено правило о терету доказивања у објективном смислу, као пут за излазак из настале кризне ситуације кад суд и после спроведеног доказног поступка не може да утврди да ли постоји нека чињеница или да ли је истинит исказ о постојању те чињенице. Правило о терету доказивања у објективном смислу треба да покаже судији како треба да поступи кад се нађе у нејасној ситуацији после спроведеног доказног поступка.

8. Кад после спроведеног доказног поступка и слободне оцене доказа суд не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, кад не може да стекне уверење о истинитости тврђења странака о постојању или непостојању неке чињенице, кад не може коректно да формира чињеничну подлогу одн. кад његово сазнање о догађају у питању није потпуно, законодавац је упутио судију на примену правила о терету доказивања. Судија, у том случају, мора да прибегне примени правила из легалног (законског) доказног система и да закључи да не постоје оне чињенице о чијем постојању странка, коју погађа терет доказивања тих чињеница, није успела да увери суд у њихово постојање. Законодавац сматра да није од значаја да ли је једно тврђење странке заиста неистинито или странка само није успела да увери суд да је њено тврђење истинито.<sup>11</sup>

Правило о терету доказивања, формулисано у одредби чл. 223. ЗПП, представља посебно предвиђени метод који судија, после завршеног доказног поступка и слободне оцене доказа, треба да користи да би закључио да ли постоје или не постоје битне чињенице. Правило о терету доказивања из одредбе чл. 223. ЗПП, представља нужну импликацију става да суд не може да по службеној дужности изводи доказе које странке

---

<sup>11</sup> *Idem est non probari et non esse, idem est non esse aut non probari* – што није доказано, исто је као и да не постоји.

нису предложиле да би утврдио да ли постоји одређена битна чињеница кад није разјаснио стање ствари.

9. Правило о терету доказивања у објективном смислу формулисано је и конкретизовано са циљем да би се остварила дужност надлежног суда да пружи правну заштиту.

Суд је дужан да пружи правну заштиту и он не може да одбије да суди зато што расположивим доказним средствима није успео да утврди битне чињенице и да правилно формира подлогу своје одлуке. За разлику од римског судије, који је формулом „*non liquet*“ (није јасно) могао да избегне да одлучује, савремени судија је дужан да суди. Савремени законодавац се угледао на један од принципа који је давно прокламован француским Грађанским закоником из 1804. године пред страхом од анархије, самовлашћа и наметања права јачега, на одредбу којим се захтева од судије да суди и пружи правну заштиту на би заштитио пројектовани правни поредак и гарантована субјективна права.<sup>12</sup>

Суд је, као државни орган специјализован за пружање правне заштите, дужан да пружи правну заштиту и не може одбити да одлучује о захтеву за који је надлежан. Кад судија не може да формира доњу премису судског силогизма, а мора да суди, он мора ипак да изађе из настале кризне ситуације. Он неће више морати да се креће у кругу савесне и слободне оцене доказа и биће приморан да примењује један други сасвим други метод – законско правило о терету доказивања.

До примене правила о терету доказивања не долази кад суду стоји на располагању довољно квалитетних доказних средстава и кад он, помоћу њих, може да се увери у истинитост или неистинитост изнесених чињеничних навода. Значај правила о терету доказивања долази до изражаја тек кад суд на основу расположивих доказних средстава не може да формира суд, уверење о истинитости правно релевантне чињенице упркос слободној оцени доказа.

Уколико на крају поступка, после доказивања, остане неразјашњена поједина чињеница, одређена странка мора да снесе последицу недоказаности те спорне релевантне чињенице. Суд одлучује на штету оне странке која је била дужна да доказује постојање одређене правно релевантне чињенице од чијег постојања зависи примена одређене правне норме.

10. Терет доказивања у објективном смислу није терет који погађа одређену странку, нити се односи на доказивање.

Терет доказивања у објективном смислу нема непосредну везу са доказивањем јер овај институт представља метод којим судија тек после окончаног доказног поступка решава кризну ситуацију у којој постоји

---

<sup>12</sup> Видети: Гордана Станковић, Маргиналије уз чл. 4. Code civil-а, Зборник радова „Двестотине година француског Грађанског законика, Ниш, 2005.

неизвесност о постојању или непостојању одређене битне чињенице. Терет доказивања је користан метод који омогућава превазилажење проблема кад се не може формирати подлога за судску одлуку. Овај метод, с једне стране, представља упутство за странке које треба да настоје да докажу оно што тврде, а с друге стране, он омогућава и да се предвиди садржина коначне мериторне одлуке. Може се предвидети да ће странка која није успела да убеди суд изгубити парницу, одн. да ће у парници успети она странка која успе да докаже правно релевантне чињенице које су важне за доношење одлуке.

Правило о терету доказивања се примењује без обзира на напоре које је странка уложила да понуди и поднесе потребне доказе. Незвесност код судије настаје после спроведеног доказног поступка и правило о терету доказивања, као метод којим судија треба да реши и превлада неизвесност у погледу поједине чињенице, тек онда долази до примене. У том случају судија применом правила о терету доказивања одлучује на штету оне странке коју погађа ризик неразјашњености или недоказаности чињенице од које зависи примена одређене правне норме.

Према објективном схватању, терет доказивања се не своди на то која странка треба да доказује поједине чињенице. Правило о терету доказивања показује како између парничара треба поделити ризик недоказаности одређене спорне правно релевантне чињенице. Странку која је тврдила да има неко право, погађа ризик недоказаности чињеница које су битне за настанак или остваривање права, ако законом није друкчије одређено. С друге стране, странку која је оспоравала постојање неког права, погађа ризик недоказаности чињеница које су спречиле настанак или остваривање права или услед којих је право престало да постоји, ако законом није друкчије одређено.

11. Треба приметити да до примене правила о терету доказивања може да дође и кад суд примењује истражно начело, у поступку у оним правним стварима у којима странке не могу својим диспозицијама утицати на прикупљање процесног материјала, као што су породичноправне ствари. И у тим правним стварима могу да настану кризне ситуације пошто се спроведе доказни поступак, те има места примени правила о терету доказивања.

Dr Gordana Stanković, LL.D, Full Professor

## BURDEN OF PROOF

### *Summary*

In this paper the author presents the new legislation contained in the Statute of Civil Procedure, concerning evidence, and points out the differences between the burden of proof in subjective, and that in objective sense. Unlike the burden of proof in subjective sense, which is the logical consequence of the adversarial principle, the burden of proof in objective sense is a specific working method available to court after the evidence procedure is carried out, when the use of free assessment of evidence method did not result in its conviction that a certain disputed legally relevant fact is true, which disables the court to form the factual substratum of the judgment.

**Key words:** adversarial principle, free assessment of evidence, burden of proof



## ЕВРОПСКИ ПАРЛАМЕНТ

### *Апстракт*

*Европски парламент је по свом саставу и начину рада јединствена појава у области међународног организовања. Његове чланове не именују владе држава чланица, већ се они бирају демократским путем на општим и непосредним изборима. У исто време, изабрани чланови Парламента представљају како своју изборну базу, тако и остале народе окупљене у Унији. Отуда се они у Парламенту групишу по својим политичким опредељењима, а не према националној припадности. Иако је једини састављен од непосредно изабраних представника, Европски парламент није највиши орган нити располаже најширом надлежношћу у Унији. Приликом доношења одлука он се не појављује самостално, већ увек заједно са другим органима и у ограниченом броју случајева. Исти је случај са буџетским овлашћењима које Парламент дели са другим органима. Њему је надаље поверен политички надзор и контрола над радом осталих органа Уније. Најзад, у оквиру заједничке спољне и безбедоносне политике и полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима, Европски парламент се само обавештава и консултује о питањима из ових области сарадње.*

*Кључне речи:* Европска унија, Парламент, избори, посланици, политичке групе, одлучивање, буџет, надзор, контрола

---

\* Правни факултет у Нишу

## I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Европски парламент заузима посебно место у институционалној структури Европске уније. То је једини орган чији се чланови бирају демократским путем на општим и непосредним изборима. Иако састављен од непосредно изабраних представника, Европски парламент се по свом значају и утицају тешко може упоредити са националним парламентима. Овакав његов положај довео је до проблема тзв. демократског дефицита, јер једино тело које има легитимитет директних избора од стране грађана није у исто време највиши орган Уније.

Задаци и овлашћења којима располаже Европски парламент чине га јединственом институцијом која у себи обједињава функције надзорног, саветодавног и органа одлучивања. Упркос свим значајним променама које су се дешавале у оквиру Заједница и Уније, Европски парламент био је и остао главни орган политичке контроле над радом осталих органа. С друге стране, Парламент је прешао дуг пут од саветодавног органа, до институције која учествује у поступку усвајања обавезујућих одлука. Међутим, његово учешће у овом процесу је још увек ограничено и не ставља га у једнак положај са Саветом као главним носиоцем функције одлучивања.

Уговор о уставу за Европу, потписан 29. октобра 2004. године у Риму, наставља тренд јачања улоге и положаја Европског парламента у Европској унији. С једне стране, Парламент постаје потпуно равноправан носилац законодавне власти са Саветом министара. У исто време, проширена су његова овлашћења у поступку усвајања буџета, а дата му је могућност да нека своја права пренесе на друге органе.

У изворном тексту оснивачких уговора данашњи Европски парламент назван је Заједничка скупштина Европске заједнице за угал и челик (ЕЗУЧ), односно Скупштина Европске економске заједнице (ЕЕЗ) и Европске заједнице за атомску енергију (ЕВРОАТОМ). Конвенцијом о одређеним органима заједничким за Европске заједнице, која је ступила на снагу када и Римски уговори, установљена је јединствена Скупштина. Већ на својој првој седници 1958. године Скупштина је променила назив у Европску парламентарну скупштину, да би се 1962. године преименовала у Европски парламент<sup>1</sup>. Нови назив широко је прихваћен у пракси од стране држава чланица и органа Заједница<sup>2</sup>, укључујући и Суд правде.

---

<sup>1</sup> Резолуција од 20. марта 1958 (Official Journal, 1958, p.6) и резолуција од 30. марта 1962 (, Ibid., 1962, p.1045).

<sup>2</sup> Док је Комисија овај назив прихватила и у свим својим актима користила, Савет је истовремено употребљавао оба назива. Тако је у актима које је доносио на основу

Промена имена формално је извршена Јединственим европским актом (чл.3) и од тада је у званичној употреби назив Европски парламент.

## II САСТАВ

Европски парламент је по свом саставу јединствена појава у области међународног организовања. Његове чланове не бирају нити именују владе држава чланица, већ је Парламент састављен од "представника народа држава уједињених у Заједницу"<sup>3</sup>, односно грађана држава чланица. Овакав састав јасно изражава и уважава стварност, пошто се овде помињу народи као извор демократског легитимитета, али се у исто време не изостављају ни државе као носиоци одређеног броја места у Парламенту<sup>4</sup>.

Начин избора чланова Европског парламента мењао се током времена. Првобитно су посланике Европског парламента делегирали национални парламенти из реда својих чланова, водећи рачуна о сразмерној страначкој заступљености. Први непосредни избори за Европски парламент организовани су тек 1979. године<sup>5</sup> и од тада се одржавају сваке пете године.

Чланови Европског парламента не бирају се по јединственом изборном поступку. Без обзира што је таква могућност предвиђена оснивачким уговорима<sup>6</sup>, правила о изборној процедури нису унифицирана, те су сви досадашњи избори одржани према различитим националним

---

овлашћења из основних уговора коришћен назив Скупштина, а у актима усвојеним на основу изведених овлашћења употребљаван назив Парламент.

<sup>3</sup> Члан 189 (ранији 137) Уговора о ЕЗ.

<sup>4</sup> Ph. Manin, *Les Communautés européennes, L'Union européenne*, Paris. 1998, p.184.

<sup>5</sup> Оснивачким уговорима (чл.138 Уговора о ЕЕЗ, чл.21 Уговора о ЕЗУЧ и чл.108 Уговора о ЕУРАТОМ-у) било је предвиђено да Парламент сачини предлог за прелазак на непосредне изборе, који би Савет, одлучујући једногласно, прихватио и препоручио државама на усвајање. Парламент је такав предлог поднео још 1960. године, али се на одлуку Савета и пратећи акт о непосредним изборима (Одлука 79/787, *Official Journal*, 1976, L.278/1) чекало до 1976. године. После тога било је потребно да се ти прописи усвоје на националном нивоу, што је довело до даљег одлагања првих непосредних избора све до 1979. године. Разлози за оволико кашњење су вишеструки, почевши од француске блокаде непосредних избора током 60-тих година, преко очекивања приступања нових чланица почетком 70-тих година, па све до проблема приликом одређивања континента посланика држава чланица.

<sup>6</sup> Према чл.190 (ранији чл.138) Уговора о ЕЗ Европски парламент може припремити предлог јединственог изборног поступка у свим државама чланицама или, ако то није случај, у складу са начелима заједничким за све државе чланице. Пошто размотри такав предлог и прибави сагласност Парламента, Савет га усваја једногласно и упућује државама чланицама на усвајање у складу са њиховим уставним правилима



изборним поступцима. Иако слободно прописују поступак који ће применити на изборе за Европски парламент, све државе чланице данас су прихватиле пропорционалне системе<sup>7</sup> који се, истина, узајамно разликују. Већина држава примењује пропорционални систем са националним листама, док су се остале определиле за регионалне листе или метод преношења гласова<sup>8</sup>.

На нивоу Европске уније ипак постоје нека јединствена изборна правила и општи оквири изборног система. Стицајем околности гласачко пунолетство се у свим чланицама стиче са 18 година. Питање активног и пасивног бирачког права, такође, је решено на јединствени начин. Право учешћа – гласања и кандидовања – на изборима за Европски парламент уживају сви држављани Уније настањени на територији друге државе чланице, под истим условима као и држављани те државе<sup>9</sup>. Поред тога, предвиђено је да нико не може да гласа више од два два пута, да државе чланице одређују дан избора, али се они одржавају у јединственом изборном периоду који траје од четвртка до недеље и да се пребројавање гласова врши тек након затварања биралишта у свим државама чланицама<sup>10</sup>.

Број места у Парламенту и њихова прерасподела међу државама чланицама мењао се више пута у складу са ширењем Заједница. Садашњи Европски парламент има 732 посланика распоређених на следећи начин: Белгија и Чешка 24, Данска 14, Немачка 99, Естонија 6, Грчка 24, Шпанија 54, Француска 78, Ирска 13, Италија 78, Кипар 6, Летонија 9, Литванија 13, Луксембург 6, Мађарска 24, Малта 5, Холандија 27, Аустрија 18, Пољска 54, Португалија 24, Словенија 7, Словачка 14 и Финска 14, Шведска 19 и Велика Британија 78. Укупан број посланика остаће 732 и када Бугарска и Румунија буду примљене у Европску унију, с тим што ће

---

<sup>7</sup> Европски парламент је још 1982. године предложио примену пропорционалног система по коме се посланички мандати деле партијским листама према проценту освојених гласова. Тај систем последња је усвојила Велика Британија на изборима за Парламент 1999. године када је коначно одустала од свог традиционалног једнокружног већинског система.

<sup>8</sup> Аустрија, Шведска, Шпанија, Француска, Данска, Грчка, Луксембург, Холандија и Португалија определиле су се за варијанту по којој је државна територија једна изборна јединица. У другом државама (нпр. Немачкој, Белгији или Италији) територија се дели на више изборних јединица, док Ирска примењује специфичан метод простог преносивог гласа који је, такође, један облик пропорционалног система.

<sup>9</sup> Члан 19 (ранији чл.86) Уговора о ЕУ.

<sup>10</sup> Видети Одлуку Савета којој је придодат Акт о избору представника у Европски парламент непосредним општим гласањем од 1976. године и Одлуку Савета о неким општим оквирима изборног система од 2002. године.

садашње државе чланице изгубити 50 места да би нове чланице добиле 17, односно 33 посланика<sup>11</sup>.

Овакав распоред седишта у Парламенту плод је крајње сложеног компромиса између држава чланица. Статистика показује да сада један члан парламента из Немачке представља 828 000 становника ове државе, док посланик из Малте само 64 000 становника, што практично значи да глас бирача на Малти вреди 13 пута више него глас у Немачкој. Како би се спречиле овакве ситуације у будућности Уговор број чланова Европског парламента фиксира на 732. Уз то, предвиђено је да се у случају измене мора обезбедити да број изабраних представника у свакој држави чланици на одговарајући начин представља народе држава окупљених у Заједници<sup>12</sup>.

Мандат посланика Европског парламента траје 5 година. Реч је о мандату представничког, а не императивног карактера, чиме се гарантује њихова независност. Посланици, дакле, гласају у своје име и у складу са својим личним ставовима. Они нису везани упутствима својих бирача, нити од њих примају обавезујуће налоге<sup>13</sup>.

Члановима Европског парламента раније се дозвољавало да истовремено буду посланици у својим националним парламентима. Најновијом Одлуком Савета о неким општим оквирима изборног система предвиђено је да у Европски парламент не могу бити бирана лица која су већ посланици у националним парламентима<sup>14</sup>. Мандат посланика у Парламенту неспојив је и са вршењем функције у влади државе чланице. Поред тога, чланови Европског парламента не могу обављати дужности у институцијама и органима Уније. Државе чланице имају могућност да својим националним законодавством предвиде и друге случајеве неспојивости мандата у Европском парламенту<sup>15</sup>.

Европски посланици током свог мандата уживају одговарајуће привилегије и имунитете. Они су уређени посебним Протоколом, али и националним нормама држава чланица. У најважније спадају слобода кретања до и од места заседања и имунитет у односу а изражено мишљење или дати глас. У својој држави они уживају исте имунитете и привилегије као и посланици националног парламента, а на територији других држава

---

<sup>11</sup> Видети Декларацију о проширењу Европске уније усвојену уз Уговор из Нице.

<sup>12</sup> Ставови 1 и 2 члана 189 (ранији чл.137) Уговора о ЕЗ.

<sup>13</sup> Члан 4 Акта о избору представника у Парламент непосредним општим гласањем од 1976. године. У истом смислу: P.J.Kapleyn-P.Ver Loren van Themaat, *Introduction to the Law of European Communities, From Maastricht to Amsterdam*, London-The Hague-Boston, 1998, p.209; S.Weatherill-P.Beaumont, *European Union Law*, London, 1999, p.100.

<sup>14</sup> Тачка 5 Одлуке.

<sup>15</sup> Ставови 1 и 2 члана 6 Акта.

чланица имунитет од хапшења и гоњења током парламентарних заседања<sup>16</sup>. За судско гоњење посланика увек се тражи дозвола Парламента. Посланичке имунитете Парламент им може одузети само у случају да су извршили тешко кривично дело.

Положај и плате чланова Европског парламента нису потпуно изједначени. Уговором из Нице брисана је одредба која предвиђа да Парламент доноси прописе о статусу и условима обављања функције посланика пошто добије мишљење Комисије и уз сагласност Савета<sup>17</sup>. У одсуству јединствене регулативе, исплата зарада остаје у надлежности држава чланица, па европски посланици примају плате које одговарају примањима посланика у њиховим државама. Европски парламент из свог буџета исплаћује посебне додатке (дневнице и путне трошкове), али ни то не отклања разлике у зарадама посланика из различитих земаља чланица<sup>18</sup>.

### III НАЧИН РАДА

Начин рада Европског парламента уређен је основним уговорима и Пословником о раду који Парламент усваја већином гласова својих чланова<sup>19</sup>. Ови акти садрже одредбе о заседањима, руковођењу, унутрашњој организацији и одлучивању Парламента.

Према слову уговора, Парламент заседа једном годишње. Без посебног сазивања, заседање почиње другог уторка у месецу марту<sup>20</sup>. У пракси се Парламент определио да сваког месеца (осим августа) одржи недељну седницу од понедељка до петка<sup>21</sup>. Ванредна заседања Парламент одржава на захтев већине својих чланова, Савета и Комисије<sup>22</sup>.

Рад Европског парламента одвија се у три различита града. Такав "номадски" начин организације у знатној мери отежава и компликује рад овог органа<sup>23</sup>. Парламент је, наиме, обавезан да у Стразбуру, где му је

---

<sup>16</sup> Чланови 8-10 Протокола.

<sup>17</sup> Став 5 члана 190 Уговора о ЕЗ измењен Уговором из Нице.

<sup>18</sup> Више о томе: J.C. Zarka, *Les députés européens*, Paris, 1999, pp.47-53

<sup>19</sup> Члан 199 (ранији чл.142) Уговора о ЕЗ и чл.25 Уговора о ЕВРОАТОМ-у.

<sup>20</sup> Члан 196 (ранији чл.139) Уговора о ЕЗ.

<sup>21</sup> Члан 10 Пословника о раду. Неколико пута годишње Парламент заседа у тзв. мини пленуму који обично траје једно поподне и преподне.

<sup>22</sup> Став 2 чл.196 Уговора о ЕЗ. Чланом 22 Уговора о ЕЗУЧ било је предвиђено да ванредне седнице Парламент заказује на захтев Савета да би би дао мишљење о питању које му је Савет упутио и на захтев већине чланова Комисије.

<sup>23</sup> Одавно постоје предлози да се седиште Европског парламента установи у Бриселу, будући да су у овом граду већ смештени Савет и Комисија. То је довело до спорова са заинтересованим државама (Луксембург и Француска) који су довремено добијали и судски епилог (видети случајеве: 230/81, *Luxembourg v. Parliament*, *European Court Report*,

седиште, одржи дванаест пленарних седница, укључујући и седницу посвећену буџету. Преостале седнице и ванредна заседања одржавају се у Бриселу, где се састају и његови комитети и радна тела. Седиште генералног секретаријата и свих његових служби налази се у Луксембургу.

Руковођење радом Парламента поверено је председнику, председништву и конференцији председника. Председник се бира међу члановима Парламента на период од две и по године<sup>24</sup>. Његов је задатак да руководи седницама, обавља административне послове и представља Парламент на међународном плану. Европски парламент из својих редова бира и четрнаест потпредседника са двоипогодишњим мандатом. Уз њих, бира се и пет саветника (квестора) који им помажу у раду.

Председништво<sup>25</sup> (биро) чине председник и сви потпредседници и саветници. Оно се стара о административним, финансијским и организационим питањима у раду Парламента. Поред тога, председништво именује генералног секретара Парламента који руководи радом његових служби.

Конференција председника<sup>26</sup> састављена је од председника Парламента и председавајућих парламентарних политичких група. Овај орган задужен је за организационе послове који су изван оквира задатака председника и председништва. Конференција утврђује распоред рада Парламента, саставља дневни ред седница, даје налоге за израду извештаја и, уопште узевши, надлежна је за организацију по питањима односа Парламента са другим органима Уније и националним парламентима држава чланица.

---

1983, p.255; 108/83, Luxembourg v. Parliament, Ibid., 1984, p.1948; C-213/8 и 39/89, Luxembourg v. Parliament, Ibid, 1991, I, p.5643; C-345/95, France v. European Parliament, Ibid, 1997, I, p.5215). У својим одлукама Суд није оспорио право Парламента да регулише свој рад на најбољи могући начин, али је нагласио да при томе не сме да дође до кршења основних уговора. Проблем је на крају решен посебним протоколом придодатим уз Уговор из Амстердама, који заправо само озакоњује постојећу праксу и тиме остаје извориште незадовољства Парламента.

<sup>24</sup> Председник се бира апсолутном већином гласова. Уколико у три поновљена гласања ниједан кандидат не добије потребну већину одржава се четврти круг у коме учествују кандидати са највише гласова и тада је за избор довољна проста већина (чл.14 Пословника о раду).

<sup>25</sup> Члан 197 (ранији чл.140) Уговора о ЕЗ и чл.20 Пословника.

<sup>26</sup> Пре ступања на снагу Уговора из Мастрихта постојало је тзв. проширено председништво које су, такође, чинили чланови председништва у ужем саставу и председавајући парламентарних политичких група. Изменом пословника оно је преименовано у конференцију председника (чланови 23 и 24). Уз то, постоји конференција председника комитета (чл.26) и председника делегација (чл.27).

За унутрашњу организацију Европског парламента карактеристично је постојање комитета или одбора. Од посебног значаја су стални комитети који се образују ради стручне припреме његове делатности. Парламент тренутно има око двадесет комитета за различите области<sup>27</sup>. Они припремају рад свих пленарних седница. Готово сва питања која су на дневном реду разматрају се прво у одговарајућем комитету и расправа у Парламенту се води управо на основу њихових извештаја.

Европски парламент може да оснива и привремене комитете и друга тела задужена за специфична питања. Основни уговори изричито овлашћују Парламент да на захтев четвртине својих чланова образује привремени анкетни одбор са задатком да испита тврдње о повреди или погрешној примени комунитарног права<sup>28</sup>. Пословник о раду томе додаје право Парламента да оснује мешовите парламентарне комитете са парламентима придружених држава или земаља које су започеле преговоре о придруживању Унији. Уз то, Парламент може да оснива међупарламентарне делегације за одржавање односа са парламентима других држава, као и са међународним организацијама<sup>29</sup>.

Унутар Европског парламента посланици се групишу по својим политичким опредељењима, а не према националној припадности. Партијско организовање посланика се остварује оснивањем и деловањем различитих политичких група у оквиру Парламента. Европски посланици не морају да буду чланови политичких група, али им окупљање на страначкој основи обезбеђује коришћење неких значајних парламентарних права. Тако парламентарне групе имају право на канцеларије и службенике, право излагања ставова и интервенције у току седница, право

---

<sup>27</sup> Стални комитети покривају следеће области: спољне послове, безбедност и одбрану, пољопривреду и развој села, буџет, економске и монетарне односе, индустријску политику, истраживање, технолошки развој и енергетику, спољноекономске односе, правна питања и права грађана, радна и социјална питања, регионалну политику, саобраћај и туризам, животну средину, здравство и заштиту потрошача, културу, образовање, омладину и медије, развој и сарадњу, грађанске слободе и унутрашње послове, буџетску контролу, уставна питања, рибарство, процедурална питања, верификацију мандата и имунитете, права жена и жалбе.

<sup>28</sup> Члан 193 (ранији чл.138 ц) Уговора о ЕЗ. Овим је заправо озакоњена пракса формирања привремених анкетних одбора које већ предвиђа Пословник о раду (чл.151 и Анекс VIII). Подробне одредбе о вршењу тог права заједнички доносе Парламент, Савет и Комисија. Године 1994. постигнут је споразум између ових органа о одлуци која уређује начин рада привремених анкетних одбора. Одлука донета 14. априла 1995 године објављена је у Official Journal no 113/1995.

<sup>29</sup> Чланови 168-170 Пословника.



на одређени број извештача и представника у комитетима и минимални број гласова за формирање анкетних одбора.

Број посланика потребан за оснивање политичких група зависи од њихове националне припадности. Уколико се ради о члановима из исте државе неопходно је да их буде 29, ако су из две државе 23, из три 18, а из четири или више држава довољно је 14 посланика. На овај начин желело се подстаћи вишенационално политичко удруживање на страначкој основи. После избора одржаних 1979. године у Парламенту је укинута образовање политичке групе само из једне државе чланице<sup>30</sup>.

У садашњем сазиву Парламента<sup>31</sup> делује седам политичких група и једна група неопредељених посланика (28). Најбројнија је група која окупља европске народне партије и европске демократе (268 посланика), односно конзервативце у традиционалном значењу. Након тога долазе партије европских социјалиста (202), а потом либерали (88) и зелени (42). Иза њих следе конфедерална група европских левичара и нордијски зелени левичари (41), независни и демократска група (36), те унија за Европу група нација (27). Европска одредница у називу већине ових група има за циљ да истакне наднационалну, паневропску оријентацију националних странака у њиховом саставу, пошто још увек не постоје европске партије у правом смислу.

Значај партијског организовања на нивоу Европе посебно је истакнут у основним уговорима. Политичке партије су означене као интеграциони чинилац унутар Уније, јер доприносе стварању европске свести и изражавању политичке воље грађана Уније. У надлежност Савета и Европског парламента стављено је да доносе прописе којима ће се одредити положај политичких партија на европском нивоу и њихово финансирање<sup>32</sup>.

Кворум Парламента одређен је Пословником о раду. За његов пуноважан рад потребно је присуство једне трећине чланова. Правило је да Парламент доноси одлуке апсолутном већином гласова својих чланова<sup>33</sup>. Међутим, за усвајање одређених одлука захтева се и

<sup>30</sup> Члан 30 Пословника.

<sup>31</sup> Пре избора 1999. године у Парламенту је деловало осам политичких група, од којих је најача била она која окупља европске социјалисте. Избори те године означили су преокрет, пошто највећа група постају конзервативци који од 626 места добијају 223 насупрот 180 социјалиста. Више о томе: М.Прокопијевић, Европска унија – увод, Београд, 2005, стр.61-62.

<sup>32</sup> Члан 191 (ранији чл.138 а) измењен Уговором из Нице.

<sup>33</sup> Члан 198 (ранији чл.141) Уговора о ЕЗ.

двотрећинска већина гласова<sup>34</sup> и апсолутна већина укупног броја чланова<sup>35</sup>.

#### IV НАДЛЕЖНОСТ

Иако је једини састављен од непосредно изабраних представника, Европски парламент није највиши орган нити располаже најширом надлежношћу у Унији. Најпре, Парламент се појављује у поступку одлучивања, али не самостално, већ увек заједно са другим органима и у ограниченом броју случајева. Парламент, затим, има буџетска овлашћења која, такође, дели са другим органима. Европском парламенту је, надаље, поверен политички надзор и контрола над радом осталих органа Уније. Најзад, у оквиру заједничке спољне и безбедоносне политике и полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима Европски парламент се обавештава и консултује о питањима из ових области сарадње.

1. У поступку одлучивања Парламент учествује у фазама иницирања и коначног доношења одлука. Када је реч о првом облику учешћа, њему не припада формално право предлагања одлука, будући да је према оснивачким уговорима главни носилац предлагачке функције Комисија. Међутим, у пракси Парламент је успео да Комисији наметне обавезу да га незванично обавести о садржини предлога пре његове коначне израде. С друге стране, на основу свог пословника он је усвајао тзв. иницијативне резолуције и упућивао их Комисији<sup>36</sup>.

Ова пракса касније је изричито призната основним уговорима који предвиђају право Парламента да затражи од Комисије да поднесе одговарајући предлог о питањима која према његовом мишљењу захтевају израду акта на нивоу Заједнице ради спровођења уговора<sup>37</sup>. Одлука о томе доноси се већином гласова чланова Парламента, а на основу - "иницијативног извештаја" надлежног комитета. Уношењем ове одредбе у правни систем Уније створен је правни основ учешћа Парламента у фази иницирања.

<sup>34</sup> Члан 201 (ранији чл.144) Уговора о ЕЗ захтева двотрећинску већину присутних чланова који у исто време представљају већину чланова Европског парламента, а чл.272 (ранији чл.203) већину од три петине под условом да у гласању учествује више од половине чланова Парламента

<sup>35</sup> Одлуке донете по поступку из чланова 190 (ранији чл.138), 251 (ранији 89 б) и 196 (ранији 139).

<sup>36</sup> Члан 50 Пословника. О томе: J.Rideau, op.cit., p.311; D.Simon, Le système communautaire, Paris, 1997, p.136.

<sup>37</sup> Чланови 192 (ранији чл.138б) Уговора о ЕЗ, 107а Уговора о ЕВРОАТОМ-у и 20а Уговора о ЕЗУЧ.

Право Парламента на иницијативу двоструко је ограничено. Оно се протеже само и искључиво на област имплементације и извршења уговора, а не и на даљи развој Уније, у чему је Парламент показао изузетну активност у неколико махова. Друго, и можда значајније, јесте одсуство обавезе на страни Комисије да, на захтев Парламента, предлог формулише и поднесе Савету<sup>38</sup>.

Улога и утицај Европског парламента у фази коначног одлучивања постепено су проширивани и јачани изменама оснивачких уговора. Према сада важећем решењу, Парламент учествује у поступку усвајања комунитарних аката вршењем овлашћења у оквиру процедура саодлучивања, сарадње, давања сагласности и давања мишљења<sup>39</sup>. У сваком од ова четири основна поступка степен утицаја Парламента на усвајање одлуке битно је различит.

Најшира овлашћења дата су Парламенту код поступка саодлучивања који је у правни систем Заједница уведен Уговором из Мастрихта<sup>40</sup>. У том поступку Парламент заједно и на равноправној основи са Саветом усваја обавезне одлуке. Тако донета одлука представља заједничко дела ова два органа и заснована је на њиховој сагласности. Нешто мању улогу Европски парламент има у поступку давања сагласности који је први пут предвиђен Јединственим европским актом. У овом случају Парламент даје одобрење<sup>41</sup> без кога Савет не може да донесе одлуку, што му омогућава да потпуно блокира процес одлучивања.

Утицај Европског парламента још је мањи у поступку сарадње који је, такође, уведен Јединственим европским актом<sup>42</sup>. Парламент овде има само могућност да предложи амандмане, али Савет доноси коначну одлуку о усвајању или одбијању предложених амандмана. Најмањи је утицај Парламента код поступка давања мишљења. Ово је најједноставнија и уједно најстарија процедура предвиђена Римским уговором<sup>43</sup> и састоји се у

---

<sup>38</sup> У овом смислу: Т.С.Нартлеј, Основи права Европске заједнице (превод), Београд, 1998, стр.28-29; В.Кнежевић-Предић, Оглед о суверености: сувереност и Европска унија, Београд, 2001, стр.208.

<sup>39</sup> Члан 192 (раније чл.138б) Уговора о ЕЗ.

<sup>40</sup> Члан 189б Уговора из Мастрихта. Уговором из Амстердама (чл.251) ова процедура значајно је проширена и поједностављена изостављањем тзв. трећег читања, чиме ја Парламент постављен у одлучивању на исти ниво са Саветом.

<sup>41</sup> Видети члан 300 (раније чл.228) Уговора о ЕЗ.

<sup>42</sup> Процедура сарадње данас је од историјског значаја за све области комунитарног права, осим за Европску монетарну унију код које и даље постоји. О томе: J.Show, European Union Law, London, 2001, p.75.

<sup>43</sup> Ова процедура је и даље у употреби, као што је случај са члановима 94 и 308 Уговора о ЕЗ који захтевају консултовање са Европским парламентом, односно Парламентом и Економским и социјалним комитетом.

обавези Савета да пре коначног одлучивања консултује Парламент. Његово мишљење није обавезно и не мора се поштовати, али се у сваком случају мора прибавити и размотрити.

2. Буџетска овлашћења Европског парламента састоје се у његовом учешћу у одлучивању о расходима, праву да у целости одбије предлог буџета и контроли извршења буџета. У овој области постоји јасна подела надлежности између Парламента и Савета, али и Комисије.

Кад су у питању расходи Уније, овлашћења Парламента различита су код тзв. обавезних и необавезних трошкова<sup>44</sup>. У односу на прву категорију, а то су трошкови који нужно произилазе из основних уговора и аката донетих у складу са њима, Парламент може само да предложи измене, али њихово коначно усвајање зависи од Савета<sup>45</sup>. Насупрот томе, Европски парламент има последњу реч кад су у питању необавезни трошкови<sup>46</sup>. Ово његово овлашћење, међутим, ограничено је максималном стопом раста трошкова коју сваке године утврђује Комисија.

Европски парламент има право да због важних разлога одбије предлог буџета у целости. Потребно је да се за ову одлуку изјасне две трећине посланика, под условом да у гласању учествује више од половине укупног броја посланика<sup>47</sup>. Када дође до такве ситуације, Савет и Комисија морају да сачине нови предлог буџета и доставе га Парламенту.

---

<sup>44</sup> У оквиру Уније још увек нема прецизне дефиниције ове две категорије трошкова. Тако у крајњој линији подела на обавезне и необавезне трошкове остаје ствар политичког договора држава чланица. У прву групу спадају издаци заједничке пољопривредне политике, средства која се рефундирају државама чланицама и средства за намирење обавеза које проистичу из уговора са трећим државама. Сви остали издаци спадају у категорију необавезних трошкова. Ближе о томе: В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.170-171.

<sup>45</sup> Европски парламент предлаже Савету измене обавезних трошкова у нацрту буџета простом већином предатих гласова (став 4 чл.272). У том случају Савет у року од 15 дана доноси коначну одлуку и то: а) квалификованом већином може да прихвати сваку предложену измену која повећава трошкове; ако не донесе никакву одлуку, измена се сматра одбијеном; б) квалификованом већином може одбити сваку измену која не повећава трошкове (смањује или прерасподељује); ако не донесе одлуку, сматра се да је измена прихваћена (став 5).

<sup>46</sup> Парламент има право да допуни необавезне трошкове у нацрту буџета и то већином укупног броја својих чланова (став 4 чл.272). У том случају Савет може, квалификованом већином, донети одлуку којом врши измене предложених допуна Парламента. Те се измене враћају Парламенту на "друго читање" који их може у року од 15 дана изменити одлуком три петине предатих гласова, при чему је кворум за гласање апсолутна већина његових чланова (став 6). Тако се у погледу необавезних трошкова Парламенту даје последња реч.

<sup>47</sup> Став 8 члана 272 (ранији чл.203) Уговора о ЕЗ.

У међувремену се примењује систем привременог финансирања Уније на основу трошкова из претходне буџетске године<sup>48</sup>.

Контролу извршења буџета Парламент остварује издавањем тзв. буџетске разрешнице Комисији. Наиме, Комисија подноси Парламенту годишњи извештај о извршењу буџета. На препоруку Савета, коју усваја квалификованом већином, Парламент прихвата извештај Комисије. Пре тога он може саслушати Комисију у вези извршених расхода или функционисања система финансијске контроле<sup>49</sup>.

3. Надзорна овлашћења Европског парламента обухватају следећа права: пријем и разматрање извештаја других органа, постављање парламентарних питања, одобравање кандидовања председника и избора Комисије, изгласавање неповерења Комисији, образовање анкетних одбора, пријем петиција и именоване Омбудсмана.

а) Европски парламент има право да на отвореној седници разматра годишњи извештај о раду који му подноси Комисија<sup>50</sup>. Осим редовног извештавања, читав низ одредаба уговора предвиђа обавезу Комисије да подноси посебне извештаје, тако да она доставља око дванаест врста различитих извештаја<sup>51</sup>. Њима треба придодати и *ad hoc* извештаје о посебним питањима који се подносе на захтев Парламента.

Овлашћења којима располаже Парламент у односу на Савет много су ужа, јер се његова обавеза да о свом деловању поднесе извештај само једним делом заснива на конкретним уговорним одредбама<sup>52</sup>. Уз то, уобичајена је пракса да председавајући Савета представи Парламенту свој програм приликом преузимања ове дужности, као и да му поднесе

<sup>48</sup> У више наврата се дешавало да Парламент одбије предлог буџета у целости (на пример, 1980. године после првих непосредних избора или 1985. године). То, међутим, нема за последицу суспензију трошења средстава, већ само значи да се у текућој години сваког месеца може утрошити износ у висини једне дванаестине средстава из претходне године. Месечни износ може се повећати одлуком Савета, под условом да се Парламент сагласи у погледу необавезних трошкова; члан 273 (ранији чл.204) Уговора о ЕЗ.

<sup>49</sup> Члан 276 (ранији чл.206) Уговора о ЕЗ. Парламент је први пут 1984. године одбио да прихвати извештај о извршењу буџета за 1982. годину, али је ствар остала само на томе. Ситуација се поновила 1998. године, када није прихваћен извештај Комисије о извршењу буџета за 1996. годину, овај пут са много озбиљнијим последицама. Одбацујући извештај са 270 гласова против 225 и 23 уздржана, Парламент је констатовао лоше управљање, злоупотребе и неправилности у извршењу буџета, што је наредне године довело до оставке Комисије.

<sup>50</sup> Чланови 200 (ранији чл.143) уговора о ЕЗ, 110 Уговора о ЕВРОАТОМ-у и 23 Уговора о ЕУЧ.

<sup>51</sup> Случајеви одступања од смерница о економској политици (чл.93 Уговора о ЕЗ – ранији чл.103), о напредку Уније и јачању економске и социјалне кохезије (чл.159 – ранији чл.130б) и у области истраживања и развоја (чл.173 – ранији чл.130п).

<sup>52</sup> Чланови 99 (ранији чл.103), 100 (103а), 104 (104ц), 111 (109) и 109.

извештај по њеном истеку<sup>53</sup>. Што се тиче Европског савета, његова је обавеза да Парламенту поднесе извештај после сваке одржане седнице. Овај орган је исто тако дужан да поднесе годишњи писмени извештај о развоју Уније<sup>54</sup>.

б) Парламентарна питања представљају други важан облик политичког надзора. Парламент има право да поставља питања и добије одговоре од Комисије. То је не само колективно право овог органа, већ и индивидуално право сваког члана Парламента<sup>55</sup>. Савет је, такође, дужан да одговори на питања Парламента. Ако је овај орган упутио препоруку о општим смерницама економских политика држава чланица, надлежни парламентарни комитет може позвати председника Савета да се појави пред њим и одговори на питања<sup>56</sup>.

Парламент је у пракси развио четири типа процедуре којима остварује своје право да поставља питања<sup>57</sup>. Прва од њих је процедура писмених питања која може поставити сваки члан Парламента. Питања се унапред достављају председнику Парламента који их прослеђује надлежном органу, а одговори се објављују у Службеном листу. Друга је процедура усмених питања без расправе коју може покренути било који члан Парламента. Питања која конференција председника одлучи да стави на дневни ред упућују се Комисији недељу, а Савету две недеље пре одржавања седнице Парламента на којој се очекују одговори.

Усмена питања праћена расправом могу поставити само политичке групе, парламентарни комитети и одређени број посланика (пет). Од претходног овај се поступак разликује по томе што се после одговора отвара расправа у којој може учествовати више говорника. Као резултат расправе Парламент може усвојити резолуцију на предлог политичке групе, комитета или одређеног броја посланика.

И на крају, постоји процедура постављања питања у време које је за то посебно одређено<sup>58</sup>. Питања морају бити кратка и конкретна, не смеју да буду личне природе нити да садрже тврдње или судове о појединим проблемима. Питања на која није одговорено усмено добијају писмени одговор. У изузетним случајевима, председник Парламента на захтев

<sup>53</sup> Ова је пракса развијена седамдесетих година прошлог века, а формализована је Свечаном декларацијом о Европској унији, усвојеној у Штутгарту 1983. године.

<sup>54</sup> Члан 4 (ранији чл.Д) Уговора о ЕУ.

<sup>55</sup> Члан 197 (ранији чл.140) Уговора о ЕЗ.

<sup>56</sup> Члан 99 (ранији чл.103) Уговора о ЕЗ.

<sup>57</sup> Члан 40 Пословника.

<sup>58</sup> Члан 41 Пословника. Ова процедура уведена је 1973. године по узору на тзв. време за питања (question time) из британске парламентарне праксе.

политичке групе или групе посланика може одлучити да отвори расправу о одговору која не може трајати дуже од једног сата.

в) Европски парламент располаже значајним овлашћењима у односу на Комисију. Парламент, најпре, има важну улогу у поступку кандидовања председника Комисије. Његово је искључиво право да одобри или не одобри кандидата кога одреди Савет<sup>59</sup>. У случају да Парламент ускрати сагласност, Савет мора да предложи другог кандидата за председника Комисије

Сагласност Парламента потребна је и приликом коначног избора Комисије, јер се она сматра изабраном када јој подршку изгласа већина посланика<sup>60</sup>. Гласање се односи на састав Комисије у целини, тако да није могуће посебно изјашњавање о председнику и појединим члановима. Тек после добијене сагласности Европског парламента Савет може да постави председника и чланове Комисије.

Изгласавање неповерења Комисији представља посебан облик политичког надзора и контроле Парламента. Гласање о неповерењу спроводи се по посебном поступку. Предлог за изгласавање неповерења мора поднети најмање једна десетина посланика у писменом облику и уз образложење. Гласању се може приступити најраније три дана по подношењу предлога. Гласање мора бити јавно, а за усвајање предлог потребна је двотрећинска већина предатих гласова, који су истовремено већина чланова Парламента. У том случају Комисија је обавезна да поднесе колективну оставку<sup>61</sup>.

г) Својерстан инструмент контроле састоји се у оснивању привремених анкетних одбора. Пракса образовања одбора датира још од првих непосредних избора и била је у то време регулисана пословником о раду Парламента<sup>62</sup>. Та је пракса правно верификована изменама основних

---

<sup>59</sup> Према уговору из Мадрихта (чл.158) Парламент је само консултован о кандидату за председника Комисије кога су именовале заједничким споразумом владе држава чланица. Амстердамски уговор и уговор из Нице (чл.214) значајно су ојачали позицију Парламента који сада одобрава именовање кандидата за председника Комисије кога одређује Савет састављен од шефова држава и влада.

<sup>60</sup> Члан 214 (ранији чл.158) Уговора о ЕЗ и тачка 2 члана 214 Уговора из Нице.

<sup>61</sup> Чланови 201 (ранији чл.144) Уговора о ЕЗ и чл.114 Уговора о ЕВРОАТОМ-у. Европски парламент није до сада формално ниједном изгласао неповерење Комисији, мада је од првих непосредних избора поднето пет таквих предлога. Прва два из 1990. и 1991. године добили су само 16, односно 8 гласова, трећи из 1992. године 96 гласова, а четврти из 1997. године 118 гласова. У најпознатијем примеру из 1999. године предлог да се изгласа неповерење Комисији на челу са Жаком Сантером није добио потребну већину од 314 гласова (232 гласа "за" према 293 "против" и 27 уздржаних) у Парламенту.

<sup>62</sup> Члан 151 Пословника.

уговора<sup>63</sup>. Одлуку о установљењу одбора Парламент доноси на захтев једне четвртине својих чланова, дакле на сопствену иницијативу. Задатак је одбора да испита наводне повреде или случајеве погрешне примене комунитарног права. Од анкете су изузети случајеви код којих се наведене чињенице разматрају пред неким судом и то до завршетка судског поступка. Подношењем извештаја завршава се мандат анкетног одбора. Савет и Комисија.

д) Право Парламента да прима и разматра петиције истовремено представља право одређених субјеката да се петицијом обраћају овом органу. Својевремено је то право постојало у пракси као нека врста - "уставног обичаја"<sup>64</sup>, да би након измена основних уговора<sup>65</sup> добило званичну потврду. Оно је доста широко формулисано како у погледу субјеката који га могу користити, тако и у односу на предмет на који се петиција може односити.

Петицијом се Парламенту могу обратити сви грађани Уније, физичка и правна лица настањена или регистрована на територији држава чланица, појединачно или заједно са другим грађанима, физичким и правним лицима. Она се може односити на било које питање које спада у област деловања Заједнице, под условом да директно погађа подносиоца. Петиција се мора односити на предмет који спада у домен комунитарног права и у њој се мора позвати на неку одлуку организације. Она се може тицати и начела комунитарног права или неког од циљева Уније. Ради пријема и разматрања петиција у оквиру Парламента делује посебан стални комитет.

ђ) Именовање омбудсмана још један је канал контроле рада других органа Уније. Парламент именује омбудсмана после сваких избора са мандатом за тај изборни период. Иста личност може поново бити именована. Парламент не може сменили омбудсмана, већ такву одлуку, на његов предлог, доноси Суд правде ако утврди да то лице не испуњава услове потребне за вршење ове дужности или да је то лице одговорно за озбиљне прекршаје у раду.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Чланови 193 (ранији чл.138ц) Уговора о ЕЗ, 107б Уговора о ЕВРОАТОМ-у и 20б Уговора о ЕЗУЧ.

<sup>64</sup> K.Lenaerts, D.Arts, R.Bray, Constitutional Law of European Union, London, 1999, p.292.

<sup>65</sup> Чланови 194 (ранији 138д) Уговора о ЕЗ, 107ц Уговора о ЕВРОАТОМ-у и 20 ц Уговора о ЕЗУЧ.

<sup>66</sup> Став 4 чл.195. Парламент је правила која детаљно регулишу положај и рад омбудсмана усвојио посебном одлуком (одлука 94/262/ЕС Official Journal L 113/15/94) од 9 марта 1994. године. Са своје стране, омбудсман је детаљна правила поступка донео одлуком од 16. октобра 1997. године.



Омбудсман је овлашћен да прима жалбе сваког грађанина уније и сваког физичког и правног лица настањеног, односно регистрованог на територији држава чланица које се односе на случајеве лошег управљања радом комунитарних органа и тела, изузев Суда правде и Првостепеног суда у вршењу правосудне функције. На основу жалбе која му је поднета непосредно или посредством члана Парламента или по сопственој иницијативи омбудсман покреће поступак у случајевима када постоји довољан основ, осим ако су наведене чињенице биле или су још увек предмет разматрања у судском поступку. Када установи да постоји лоше управљање, он случај упућује органу о чијем је раду реч. Тај орган у року од три месеца обавештава омбудсмана о свом становишту. Омбудсман потом упућује извештај Парламенту и поменутом органу, а лице које је поднело жалбу обавештава о исходу поступка. Дужност је омбудсмана да Парламенту подноси и годишњи извештај.

4. Овлашћења Европског парламента у другом и трећем стубу веома су ограничена у поређењу са правима којима располаже у оквиру Заједница. Његова је надлежност овде углавном саветодавна, уз право да поставља питања и упућује препоруке, али без могућности одлучивања.

У оквиру заједничке спољне и безбедоносне политике Парламент има право да буде консултован о најважнијим питањима и основним опредељењима. Обавеза консултовања лежи на председавајућем Савета који је уз то дужан да се стара да ставови Парламента буду размотрени са дужном пажњом приликом доношења одлуке. Заједно са Комисијом, председавајући редовно обавештава Европски парламент о развоју спољне и безбедоносне политике. Парламент је овлашћен да поставља питања и даје препоруке Савету, а има обавезу да једном годишње отвори расправу о оствареном напретку у спровођењу заједничке спољне и безбедоносне политике<sup>67</sup>.

Слична права Парламент има у оквиру полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима. Постоји обавеза Савета да пре усвајања оквирних одлука, одлука и текстова конвенција консултује Парламент. Савету је дозвољено да одреди рок у коме Парламент даје мишљење и који не може бити краћи од три месеца. Уколико Парламент у том року не достави мишљење, Савет је слободан да усвоји одлуку. Право је Парламента да буде редовно обавештаван о активностима у области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима од стране председавајућег Савета и Комисије. Чланови Европског парламента могу

---

<sup>67</sup> Члан 21 (ранији чл.Ј.11) Уговора о ЕУ.

да остављају питања и подносе предлоге Савету. Сваке године Парламент организује расправу о оствареном напретку у овој области<sup>68</sup>.

## У БУДУЋИ ПОЛОЖАЈ

Уставом за Европу настављен је раније започети процес јачања положаја Европског парламента у односу на Савет и Комисију. Несумњиво најзначајнија промена је проширење његових овлашћења у поступку усвајања закона и буџета. Поред тога, делимично је измењена и ојачана позиција Парламента приликом избора председника Комисије, а промењен је број и структура чланова Парламента. Најзад, њему су дата овлашћења у погледу делегираних уредби које доноси Комисија.

1. Устав предвиђа да Европски парламент заједно са Саветом министара врши законодавне и буџетске функције. Поред ових двеју функција, изричито је прописано да ће Парламент вршити и функције политичке контроле и саветодавне функције у складу са условима предвиђеним Уставом<sup>69</sup>.

Кад је о законодавним овлашћењима реч, новина је стављање Парламента у једнаку позицију са Саветом министара, с обзиром да ће они ту функцију, по правилу, вршити у поступку саодлучивања (тзв. уобичајена законодавна процедура). При том је проширен и број области у којима ће тај поступак бити коришћен – на пример, заједничка пољопривредна политика, простор слободе, безбедности и правде и трговинска материја<sup>70</sup>. У погледу буџетских функција, новина је у томе што се укида подела на обавезне и необавезне трошкове. Уместо садашњег решења, убудуће ће целокупни годишњи буџет усвајати заједно Парламент и Савет.

2. Устав изричито предвиђа да Парламент "бира председника Комисије"<sup>71</sup>. Таква формулација, мотивисана жељом да се нагласи значај Парламента, може довести до заблуде, јер Парламент уистину не бира председника Комисије, већ се изјашњава "за" или "против" кандидата за председника кога је предложио Савет министара<sup>72</sup>. Оно што је ново и што

---

<sup>68</sup> Члан 39 (ранији чл.К.11) Уговора о ЕУ.

<sup>69</sup> Став 1 члана I-20.

<sup>70</sup> Сматра се да ће 95% свих закона бити усвајано у поступку саодлучивања. У преосталим случајевима биће коришћена тзв. специјална законодавна процедура, по којој Парламент или Савет одлучују сами о доношењу закона уз учешће (мишљење или сагласност) другог органа.

<sup>71</sup> Видети последњу реченицу става 1 члана I-20.

<sup>72</sup> Члан I-27.

се заправо хтело нагласити јесте да Парламент према новом решењу гласа о кандидату, уместо да, као до сада, даје сагласност.

3. У погледу састава Парламента, Уговор о уставу такође доноси неколико новина. Предвиђено је да максимални број места у Парламенту износи 750 уместо садашњих 736. Уговором се више не врши расподела посланичких места између држава чланица, већ се само дају критеријуми на основу којих ће Европски савет, једногласно, на иницијативу и уз одобрење Парламента, својом одлуком то учинити пре избора за Европски парламент 2009. године.

Први критеријум је да минималан број места износи 6 (сада 5), а максималан 96 (сада 99). Други је тзв. начело дегресивне пропорционалности по коме уколико држава чланица има више становника, утолико ће сваки од њених европских посланика представљати већи број грађана<sup>73</sup>.

4. Уговор о уставу уводи нову категорију правних аката под називом делегиране уредбе<sup>74</sup>. Њих доноси Комисија на основу овлашћења садржаног у европским законима или оквирним законима са циљем да се измене или допуне поједини небитни елементи законских акта. Приликом делегирања овог овлашћења Комисији, Парламент заједно са Саветом министара врши двоструку контролу. С једне стране, свако од њих може одлучити да повуче делегацију, а с друге стране уредба може ступити на снагу само ако они не ставе приговор у року који је предвиђен законом или оквирним законом.

5. Већ наведене новине указују да су творци Уговора о уставу извршили значајне измене када је о правном статусу Европског парламента реч. Свакако најучљивија промена тиче се инаугурације Парламента у равноправног законодавца. Та дисперзија законодавне власти истовремено је веома усложнила процес усвајања законских аката Европске уније.

На први поглед мање уочљива последица изједначавања Европског парламента и Савета министара у законодавном поступку је њихово стављање у једнаку позицију и у погледу овлашћења на делегацију. Наиме, сада важеће комунитарно право додељује Савету искључиво право да материју из своје надлежности делегира Комисији и утврди моделе праћења њеног рада у тим случајевима. Европски парламент, који се таквој пракси – популарно названој комитологија – озбиљно и упорно противио, сада ће и сам доћи у ситуацију да путем делегираних уредби

---

<sup>73</sup> О томе: З.Радивојевић, М.Живковић, Институционалне новине у Уставу за Европу, Европско законодавство, бр.11, 2005, стр.61.

<sup>74</sup> Члан I-36.

преноси своја овлашћења Комисији и контролише њен рад. Из тога јасно произилази закључак о Европском парламенту као највећем нето добитнику ове ревизије основних уговора<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> У овом смислу: В.Кнежевић-Предић, З.Радивојевић, Нова институционална равнотежа у Европској унији, Правни систем Републике Србије – усаглашавање са правом Европске уније, Зборник радова, Ниш, 2005, стр.62-63.

Zoran Radivojević, LL.D, Full Professor

## EUROPEAN PARLIAMENT

### *Summary*

In terms of composition and way of functioning, the European Parliament is the unique phenomenon in the field of international organizing. Its members are not appointed by the member states governments, but they are elected by democratic means – through general and direct elections. At the same time, elected members of the Parliament represent both their election basis and other nations gathered in the Union. Hence, in the Parliament, they are not grouping by their nationality, but instead, by their political convictions. Although the only authority consisted of directly elected representatives, the European Parliament is not the supreme organ, nor is the most general jurisdiction vested therein. In rendering decisions, it doesn't act autonomous, but always jointly with other authorities and in limited number of cases. The same is the case with the budgetary jurisdiction, which Parliament shares with other organs. It is empowered with political supervision and control over the functioning of other organs of the Union. Finally, within the scope of foreign and security policy, as well as police and judiciary cooperation in the field of criminal matters, the European Parliament is only informed and consulted on issues from this field of cooperation.

**Key words:** European Union, Parliament, elections, representatives, political groups, decision making, budget, supervision, control



Проф. др Драган Јовашевић\*  
Доц. др Борислав Петровић\*

UDK 343.222

## НОВИ КОНЦЕПТ КРИВИЦЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

### Апстракт

Доношењем новог Кривичног законика Републике Србије на другачији начин је одређен појам кривичног дела. То је условило и промене у низу института општег дела кривичног права, а посебно код кривице. Кривица се сада схвата на двојаки начин : 1) као субјективни елемент појма кривичног дела без чијег постојања нема опште кривичног дела и 2) као основ за примену казне и мера упозорења. У одређивању појма кривице сада је прихваћено психолошко-нормативно схватање што је довело и до промена у статусу и значају неурачунљивости односно правне заблуде учиниоца који сада представљају основе искључења кривице односно субјективне основе искључења кривичног дела. Управо о појму и карактеристикама кривице као једног од најзначајнијих појмова кривичног права као и основима који доводе до њеног искључења говори и овај рад.

**Кључне речи:** кривични законик, кривично дело, свест, воља, свест о противправности, кривица, искључење кривице, неурачунљивост, заблуда

### 1. КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ

Извршење кривичног дела представља основ за примену казне према његовом учиниоцу. То произилази из одредбе члана 1. КЗ РС према коме "никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за

\* Правни факултет у Нишу

\* Правни факултет у Сарајеву

дело које пре него што је учињено није било одређено као кривично дело<sup>1</sup>. Али да би се казна могла применити према том лицу потребно је да је он крив за учињено дело односно да има одређени психички однос према свом делу као свом остварењу (члан 2. КЗ РС)<sup>2</sup>. Из тога произилази да без кривице: 1) нема кривичног дела и 2) учиниоцу се не може изрећи казна или мера упозорења. Коначно, кривица се налази у основи једног од најважнијих принципа кривичног права - принципа законитости према коме нема кривичног дела ни казне без кривице – *nullum crimen, nulla poena, sine lege* чиме се искључује било који облик кажњавања заснованог на објективној одговорности<sup>3</sup>.

До доношења новог кривичног законодавства Републике Србије, поред и изнад кривице је коришћен појам кривична одговорност<sup>4</sup> (који нови КЗ РС више не познаје иако недоследно јер у одређеним одредбама и нови законодавац користи реч "одговорност учиниоца за поједина кривична дела"). Кривична одговорност<sup>5</sup> је раније представљала скуп субјективних услова којима се означавало психичко стање учиниоца и његов однос према кривичном делу. Она се наиме означавала као скуп "субјективних услова који карактеришу учиниоца кривичног дела као урачуњљивог и виног". Дакле, то је био генусни појам који је означавао урачуњљивост и виност (кривицу) у свом јединству. Из овако одређеног

<sup>1</sup> Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2006. године, стр.258-261.

<sup>2</sup> у кривично правној литератури се срећу и таква схватања која уместо појма кривична одговорност употребљавају појам кривично правна одговорност. Нека схватања чак тврде да је кривична одговорност сувишан појам који треба заменити појмом кривица (З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2000. године, стр. 162); Други аутори смарају да кривична одговорност као виши родни појам обухвата урачуњљивост, умишљај и нехат (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, Загреб, 2004. године, стр.211)

<sup>3</sup> начело кривице је прокламовано у низу савремених кривичних закона : у члану 4. аустријског кривичног закона или у члану 4. словеначког кривичног законика и сл. Оно је поред начела законитости једно од основних начела савременог кривичног права иако у правној теорији има схватања која теже да кривицу замени појам "антисоцијалност". Начело кривице се заснива на појму кривице у материјалном смислу према коме кривица оправдава кажњавање – кривица је заправо легализација казне и то у двоструком смислу : 1) као основ и претпоставка за кажњавање уопште и 2) као битна претпоставка за одмеравање казне, као мера казне која се одмерава према степену кривице (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, *ibid* стр. 204-205)

<sup>4</sup> кривична одговорност се третира као "технички" појам који обухвата констатацију суда да неко лице (окривљени који је учинио кривично дело) испуњава услове за такву одговорност. То је појам декларативног, а не суштинског карактера , то суд о кривици неког лица (М. Јовић, Кривица у новом кривичном закону Републике Србије, Безбедност Београд, број 6/2005. године, стр.938-940

<sup>5</sup> С. Хоцић, Неки проблеми кривичне одговорности, Правна мисао, Сарајево, број 5-6/1991. године, стр. 21-38



појма је произлазило да је кривична одговорност субјективна, психичка категорија.

Поред овог ужег или субјективног схватања, постоји и шире или објективно-субјективно схватање кривичне одговорности. По овом схватању, кривична одговорност се састојала из кривичног дела (објективног елемента) и урачунљивости и виности (субјективног елемента). Кривична одговорност увек претпоставља постојање кривичног дела, јер се проблем постојања кривичне одговорности поставља тек пошто је извршено у закону одређено дело као кривично дело за чијег је извршиоца предвиђена казна. Без постојања кривичног дела не може се ни поставити питање кривичне одговорности. Та чињеница указује на то да се кривична одговорност може схватити и у објективно-субјективном смислу.

У теорији кривичног права се пак могу наћи и таква схватања према којима је централни институт ове гране права кривица, а да кривична одговорност само представља констатацију тј. утврђивање да неко лице испуњава услове за кривицу. За разлику од кривице, кривична одговорност учиниоца може и да се избегне (бекством учиниоца, нерасветљењем или неоткривањем кривичног дела, застарелосту кривичног гоњења, аболицијом), док кривица увек постоји без обзира да учиниочево мишљење о њеном постојању, без обзира да ли он "осећа кривицу". Кривична одговорност је тако само последица вршења кривичног дела као што је грађанско правна одговорност само последица вршења грађанско правног или цивилног деликта (проузроковања штете). Дакле, кривична одговорност је само технички термин који указује да је неко лице учинило кривично дело и да је за њега одговорно. То значи да је кривична одговорност појам који има само декларативни, а не суштински карактер<sup>6</sup>. Тако Кривични законик Аустрије у чл. 4. каже да нема казне без кривице учиниоца.

Полазећи од схватања које је раније било изражено у члану 11. Основног кривичног закона (бивши КЗ СР Југославије) да је кривична одговорност субјективна, психичка категорија, која је везана за личност учиниоца кривичног дела, можемо уочити да се она састојала из два основна елемента - урачунљивости и кривице (виности).<sup>7</sup> На исти начин

<sup>6</sup> З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2005. године, стр. 155-156

<sup>7</sup> Неки инострани кривични закони познају другачија решења кривичне одговорности. Тако Кривични законик Шпаније у чл. 20. одређује да је кривац само оно физичко лице које је навршило 18 година, а лице испод 18 година не подлеже кривичној одговорности. Даље у чл. 21. овај законик истиче да кривичној одговорности не подлежу ни лица која су у време извршења кривичног дела била неурачуљива или лица која су поступала у стању

поступа и Кривични законик Словеније у члану 15. Урачунљивост означава постојање таквих психичких својстава код учиниоца кривичног дела која га чине способним да схвати значај свога дела и да управља својим поступцима. Кривица означава постојање одређеног односа учиниоца према свом делу као свом остварењу.<sup>8</sup> Да би се учиниоцу кривично дело могло ставити на терет нужно је било да постоје оба ова елемента. Према томе, за постојање кривичне одговорности неопходно је да постоје и урачунљивост и виност (кривица) . То је и разумљиво, јер без постојања урачунљивости не може постојати ни кривица с обзиром да је урачунљивост основица на којој се кривица гради. С друге стране, урачунљивост може постојати и онда када код учиниоца нема кривице у погледу оствареног дела. И у једном и у другом случају нема кривичне одговорности, па стога не може доћи ни до кажњавања за дело које је остварено у одсуству наведених елемената. Нека инострана кривична законодавства (нпр. Кривични законик Руске федерације у чл.19-28) кривичну одговорност заснивају на постојању три услова и то : старосном добу – после навршене 16 године живота, урачунљивости и виности.<sup>9</sup>

## 2. ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ КРИВИЦЕ

Кривица (виност) је обавезан конститутивни елемент појма кривичног дела. Без кривице, нема уопште кривичног дела нити се тако учињено дело може ставити на терет (приписати у кривицу) његовом

---

нужне одбране или крајње нужде, јаког страха или лица која су поступала у службеној дужности. У чл. 22. су набројани случајеви у којима се смањена кривична одговорност : када је учинилац био у стању затамњене свести или стању афекта у време извршења кривичног дела или када учинилац признаје извршење дела незнајући да је против њега већ покренут кривични поступак или када је деловање учиниоца било усмерено на накнаду штете причињене оштећеном, али пре подизања оптужнице. И коначно овај законик у одредби чл. 23. наводи таксативно случајеве у којима се степен кривичне одговорности повећава : када је кривично дело извршено на свиреп или безобзиран начин , преваром, обманом или злоупотребом власти или положаја, из користољубља, из расних мотива или антисемитизма или других мотива који се односе на националну припадност, из сексуалног опредељења, идеологије, религије или убјеђења оштећеног, када је кривично дело извршено на подмукао начин, са умишљајем, злоупотребом поверења или када је учинилац дела специјални повратник (Н.Ф. Кузњецова, Ф.М. Решетников, Уголовниј кодекс Испаниј, Зерцало, Норма, Москва, 1998. године, стр.14-17)

<sup>8</sup> Неки аутори сматрају да виност означава двоструки однос у кривичном праву и то : прво, психички однос учиниоца према делу и друго, однос друштва према том лицу због учињеног дела ( З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2000. године, стр. 164)

<sup>9</sup> Ј. И. Скуратов, В. М. Лебедев, Коментарији к Уголовному кодексу Русијској федерацији, Норма, Москва, 1997.године, стр.45

учиниоцу. Да би то било могуће, потребно је да постоји одређени психички однос између учиниоца и оствареног кривичног дела. Без овог психичког односа, постоји кривично дело у чисто објективном смислу. С друге стране, кривица је основ, темељ за примену казне и мере упозорења. Примена ових кривичних санкција има основ, сврху, али и оправдање у скривљеном проузроковању кривичног дела. Дакле, кривица је психички однос учиниоца према свом делу који се изражава у постојању свести и воље у односу на обележја бића кривичног дела односно свести или дужности и могућности постојања свести о противправности свога дела. Или кривица је субјективни однос учиниоца према делу због којег му се може упутити прекор.<sup>10</sup> Овако схваћена кривица представља субјективни елемент кривичног дела. Она је дакле, спона која повезује учиниоцеву психолошку личност са делом као објективном појавом која је изражена у спољном свету. Реч кривица означава виност која стоји насупрот невиности.

Кривица је нужан услов за постојање одговорности и кажњивости учиниоца кривичног дела. Наиме, да би учинилац кривичног дела могао бити кажњен за то дело, он мора да има одређени психички однос према том делу као свом остварењу. Ако таквог односа нема, онда нема ни његове одговорности, па стога ни кажњивости. Кривица је, дакле, "садржина кривичне одговорности". Да ли постоји кривица као одређени психички однос према одређеном кривичном делу или не, мора се утврдити у кривичном поступку да би се знало да ли се учиниоцу може за то дело изрећи казна или не. Но, поред овако схваћене кривице у кривичноправном смислу, у правној теорији се разматра и појам кривице у кривичнопроцесном смислу. Овако схваћена кривица представља супротност невиности која означава стање неког лица у коме оно није одговорно за дело за које се оптужним актом овлашћеног тужиоца терети.<sup>11</sup> У кривичнопроцесном смислу кривица постоји када је у кривичном поступку извођењем релевантних доказа утврђено да су испуњени услови за постојање кривичне одговорности неког лица, тј. када је доказано постојање објективних и субјективних елемената кривичног дела. То је, дакле, стање у коме се налази лице у коме је оно одговорно за дело које му се ставља на терет.

Кривица има за претпоставку постојање урачунљивости. Без урачунљивости нема кривице. То, међутим, не значи да сваки урачунљив учинилац кривичног дела мора бити аутоматски крив, тј. да има одређени

<sup>10</sup> П. Новоселец, Опћи дио казненог права, *op. cit.* стр. 203

<sup>11</sup> Б. Чејовић, Кривично право, Општи део, Ниш, 1995. године, стр. 207

однос, одређени психолошки став према свом делу као објективном чину реализованом у спољном свету. Урачунљивост као основ кривице значи да је учинилац способан да има одређени однос према свом делу, али да ли га је он стварно и имао мора бити у сваком конкретном случају утврђено од стране суда. Тек пошто суд утврди постојање кривице код учиниоца за одређено дело, може му изрећи казну предвиђену за то дело у закону<sup>12</sup>. Утврђивање свести и воље у сваком конкретном случају значи установљавање обима и садржине представе о делу и интензитета вољног односа према последици (степен кривице). Утврђивање кривице искључује примену објективне одговорности у кривичном праву. То значи, да се учинилац кривичног дела може казнити само на основу кривице која је доказана, а не за само извршење забрањене делатности, односно проузроковања забрањене последице. Таква одговорност би била каузална или одговорност без кривице. Објективна одговорност је неприхватљива за савремено кривично право али му није ни сасвим непозната. Она се појављује у изузетним случајевима у форми презумпције виности.

Према члану 22. КЗ РС кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем или из нехата (уколико то закон изричито предвиђа), а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Из овога произлази да је кривица субјективна, психолошко-нормативна категорија која је с једне стране, субјективни елеменат појма кривичног дела и с друге стране, основ за примену казне (и мера упозорења). То је скуп субјективних услова на страни учиниоца кривичног дела неопходних да му се извршено дело може ставити на терет и да би му се могла изрећи казна<sup>13</sup>. Кривицу чиме три елемента: 1) урачунљивост као способност учиниоца за расуђивање (способност схватања значаја свога дела) и способност за одлучивање (способност управљања својим поступцима), 2) умишљај и нехат<sup>14</sup> и 3) свест односно дужност и могућност постојања свести о забрањености дела, односно о противправности свога поступања (актуелна или потенцијална свест о противправности). Утврђивање остварене кривице има у сваком конкретном случају позитивни и

<sup>12</sup> С. Франк, Казнено право, Загреб, 1950. године, стр.30

<sup>13</sup> Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006. године, стр.67; Д. Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са коментаром, Службени лист СЦГ, Београд, 2006. године, стр.56

<sup>14</sup> У немачком кривичном закону у чл.15. изричито су наведена три облика кривице : умишљај (Vorsatz) , нехат (Fahrassigkeit) и лакомисленост ( Teichfertigkeit).Vidi : G. Ulsamer, Lexikon des Rechts, 2.Auflage, Luchterhand, 1996. године

негативни аспект. Позитивни аспект значи утврђивање постојања умишљаја или нехата, а негативни аспект значи одсуство основа који искључују кривицу (неурачуљности и непостојање могућности и дужности постојања свести).<sup>15</sup>

Кривица представља дакле психолошко-нормативни однос учиниоца према свом делу. Психички однос означава став психичке личности човека према делу као свом остварењу, док се нормативност огледа у процењивању учиниоца да ли је његово дело забрањено или не са становишта правног поретка. А психичка личност је веома сложена психолошка категорија, састављена из бројних психичких процеса који се појављују као њени елементи: свест, воља, осећања, афекти, нагони, побуде, итд. Сви ти различити процеси улазе у појам кривице као њени елементи, али од свих тих елемената најзначајнију улогу у одређивању става личности према кривичном делу имају свест и воља. Свест и воља су главни елементи сваког човековог понашања и кроз њих се најјасније и одражава однос личности према свом понашању и резултату тога понашања. Стога се они и сматрају као основни конститутивни елементи кривице. Нормативни елемент појам кривице јесте прекор који се учиниоцу упућује због учињеног дела. Он се огледа у оцени његовог понашања јер се он није понашао онако како се то од њега очекивало сходно нормама правног поретка односно да је у конкретном случају могао да избегне кршење прописа<sup>16</sup>.

Свест и воља су основни елементи кривице која се састоји од урачуљности и умишљаја (док је нехат невољно остварење кривичног дела код кога може евентуално да се јави само елемент свести и то у облику свесног нехата. Код несвесног нехата су потпуно искључена оба психолошка елемента). Код урачуљности се утврђује да ли је учинилац уопште могао бити свестан значаја свога дела и да ли је уопште могао управљати својим поступцима у време извршења кривичног дела. Дакле, утврђује се способност за расуђивање и одлучивање. Код умишљаја као основног облика кривице се утврђује да ли је учинилац био свестан свога дела које врши и да ли је то дело хтео или бар пристао на његово извршење. Дакле, урачуљност одражава психичка својства учиниоца дела, његову психолошку способност да свесно и вољно делује, док умишљај значи то да је свесно и вољно остварено дело у сваком конкретном случају.

---

<sup>15</sup> З. Стојановић, Појам кривичног дела у новом кривичном законнику, Бранич, Београд, број 3-4/2005. године, стр. 20

<sup>16</sup> З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2005. године, стр.160

Суд у кривичном поступку не утврђује урачунљивост, већ неурачунљивост и то само онда када се појави сумња у психичку нормалност учиниоца дела. То значи, да постоји претпоставка урачунљивости која је релативна тј. оборива. Насупрот презумпцији урачунљивости, стоји принцип утврђивања кривице. Презумпција кривице одговара објективној кривичној одговорности, која је постојала у старом средњовековном кривичном праву. Субјективна одговорност учиниоца за учињено кривично дело у савременом кривичном праву се базира на постојању кривице, односно на постојању психичког односа код учиниоца према извршеном делу који у сваком конкретном случају мора бити утврђен. Утврђивање кривице врши се у кривичном поступку од стране суда путем свих личних и материјалних извора доказа и то: 1) у односу конкретно кривично дело и 2) у односу на време његовог извршења. При томе, кривица није апсолутно дата категорија већ је напротив подложна степеновању у сваком конкретном случају (јер се могу степеновати елементи свести и воље из којих је она састављена тако да се свест и воља могу испољити у већем или мањем степену). Према томе лица која су скривљено учинила кривично дело не морају да имају исти степен кривице без обзира што су учествовали у извршењу истог кривичног дела. Степен кривице такође има значаја код одмеравања казне (као олакшавајућа или отежавајућа околност). Кривица је коначно индивидуална, лична па се утврђује појединачно за сваког учесника у остваривању последице кривичног дела.

## 2.1. Урачунљивост

Урачунљивост је скуп свесних (интелектуалних) и вољних (волунтаристичких) елемената које одређују психичко стање учиниоца кривичног дела у време његовог извршења, а које га чине способним да расуђује и одлучује о својим поступцима (члан 23. став 2. КЗ РС). То је нужна претпоставка (главна компонента или основни састојак) кривице која укључује уверење да је члан друштвене заједнице у могућности да поштује норме правног поретка на које је обавезан. Уколико то није могуће, тада концепција прекора због његове одговорности нема смисла. А да би човек као члан друштвене заједнице био у могућности да поштује норме друштвеног понашања на које је обавезан претпоставка је постојање интелектуалних и вољних способности.<sup>17</sup> Дакле, урачунљивост се састоји из интелектуалне и вољне способности. Урачуљивост као

---

<sup>17</sup> Д. Козарић Ковачић, М. Грубишић Илић и В. Грозданић, *Форензичка психијатрија*, Загреб, 2005. године, стр.24

психичко стање учиниоца има двојаки садржај: биолошки и психолошки. Биолошка садржина се изражава у стању душевног здравља (одсуству било ког облика и вида душевне поремећености), а психолошка садржина се испољава у способности за расуђивање и способности за одлучивање.<sup>18</sup>

Интелектуална способност је могућност примања утисака о себи и свету око себе, њиховог сређивања, обликовања и задржавања те могућност правилног и потпуног одвијања процеса мишљења, расуђивања и закључивања. То је способност човека да има свест о ономе што се дешава у њему и око њега те о својим поступцима у спољном свету. Интелектуална способност се у кривичноправном смислу састоји у способности човека да схвати значај свога дела, да има представу о њему као забрањеном и противправном делу које остварује својом радњом. То значи да он може да буде свестан радње, последице и узрочне везе између радње и последице те свих околности које чине обележје бића конкретног кривичног дела.<sup>19</sup>

Вољна способност је могућност управљања својим делатностима, поступцима тако да се савладају спољне и унутрашње препреке те да се одлука (донета под дејством примљених и обрађених утисака, побуда, мотива и сл) оствари предузимањем или пропуштањем одређене радње у смислу схватања њеног значаја. Та могућност да човек одлучује и управља о својим поступцима тако да се натера да предузме или пропусти извршење одређене радње, односно дела је заправо способност одлучивања односно способност управљања својим поступцима.<sup>20</sup>

Урачунљивост учиниоца кривичног дела се утврђује према времену предузимања његове радње извршења и увек у односу на конкретно извршено дело. Закључак о урачунљивости учиниоца доноси увек суд. Само је он овлашћен да након изведених доказа (у првом реду уз помоћ налаза и мишљења лекара вештака судско психијатријске струке) прогласи да ли је учинилац кривичног дела у време његовог предузимања био урачунљив или не.

Поред урачунљивости посебан елеменат кривице према новом законском решењу представља свест учиниоца односно дужност и могућност постојања свести да је његово понашање забрањено. Та свест о

<sup>18</sup> Љ. Лазаревић, Коментар кривичног законика Републике Србије, *op. cit.* стр.69

<sup>19</sup> Страст колекционара да дође до свега што ће увећати или допунити његову колекцију, не представља основ за искључење или смањене урачуљивости (пресуда Врховног суда Србије Кж. 259/94 од 5.4.1994. године)

<sup>20</sup> М. Петровић, Урачунљивост као услов за кривичну одговорност у судској пракси, Бранич, Београд, број 3/1995. године, стр.16-19; Г. Марјановић, Македонско кривично право, *op. cit.* стр. 163; Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2003. године, стр.179-180

противправности дела је трећи основни састојак кривице. Кроз овај се елемент огледа примена нормативног схватања појма кривице. Свест о противправности представља знање, свест, представу учиниоца да се својом радњом сукобљава са правом, правним поретком или да чини нешто што је правно забрањено.<sup>21</sup> Она се разликује од интелектуалног елемента код умишљаја који се састоји у свести о обележјима кривичног дела. Тек када се утврди да је учинилац поступао са умишљајем приликом предузимања радње извршења, приступа се утврђивању да ли је у конкретном случају поступао и са свешћу о противправности дела.<sup>22</sup>

Да ли је учинилац био свестан забрањености односно противправности свога дела, његове одређености у закону представља фактичко питање које судско веће мора да реши у сваком конкретном случају имајући у виду све објективне и субјективне елементе учињеног дела односно личности његовог учиниоца. Поред свести учиниоца, законик дозвољава постојање кривице на страни учиниоца и када он истина није био у конкретном случају у време извршења кривичног дела свестан забрањености свога дела, али је био дужан (према објективним околностима - при чему се процењује пажња просечног човека) и могао бити свестан (према субјективним околностима личности самог учиниоца) забрањености свога дела. Ако учинилац није био свестан противправности, то значи да се налазио у заблуди о противправности дела (правној заблуди – која искључује кривицу ако је неотклоњива, односно представља основ за блаже кажњавање учиниоца ако је отклоњива).

Увођење свести о противправности представља уступак нормативном схватању појма кривице. Но, ипак та свест о противправности може да представља и психолошку чињеницу – када учинилац зна да је његово дело противправно (актуелна свест о противправности). Поред ње постоји потенцијална свест о

---

<sup>21</sup> Учиниоца мора да зна да је дело које чини забрањено нормама правног поретка без обзира да ли је он свестан неморалности таквог дела нити њене друштвене штетности. Од учиниоца дела се не тражи познавање текста закона којим се предвиђају поједина кривична дела него је довољна "лаичка" свест о правној забрањености дела (паралелна опена у лаичкој сфери). Учиниоца мора на лаички начин да буде свестан правне забрањености дела, али се не тражи ни свест о кажњивости свога понашања. Наиме, свест о кажњивости садржи у себи свест о противправности, али не и обрнуто. Могуће је тако да учинилац буде свестан противправност свога дела, али да не зна да је оно кажњиво када он не зна садржину кривичноправне норме, али зна да крши неку норму из других грана права (облигационог, грађанског, породичног, управног), а то је довољно за свест о противправности (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, *op. cit.* стр.249)

<sup>22</sup> П. Новоселец, Опћи дио казненог права, *ibid.*, стр.246



противправности односно свест која није постојала у време извршења кривичног дела, али је учинилац могао и био је дужан да је има. У том случају свест о противправности не представља психолошку већ искључиво нормативну чињеницу. Ова свест је у сваком случају нормативна вредносна категорија јер увек претпоставља норму која учиниоцу дела налаже какав став треба да заузме према правном поретку приликом свог понашања.<sup>23</sup>

## 2.2. Умишљај

Умишљај (*dolus*) је највиши и најизразитији облик (вид)<sup>24</sup> кривице као свесне и вољне управљености учиниоца према остварењу свога дела. То је свесно и вољно остварење кривичног дела.<sup>25</sup> Кроз умишљај се најпотпуније изражава психички однос учиниоца према делу као свом остварењу, његов став према последици као промени у спољном свету која настаје на објекту напада коју је он проузроковао или допринео њеном проузроковању.<sup>26</sup> За кривично дело извршено са умишљајем увек се кажњава. Кривично дело је учињено са умишљајем (члан 25. КЗ РС) када је учинилац био свестан свога дела и хтео његово извршење или када је учинилац био свестан да може учинити дело па је на то пристао. При томе законик у општем разликује две врсте умишљаја: директни и евентуални умишљај, док у посебном делу предвиђа и трећу врсту умишљаја – умишљај на мах (*dolus repentinus*) или изненадни умишљај код два кривична дела: убиства на мах (члан 115. КЗ РС) и тешке телесне повреде на мах (члан 121. став 5. КЗ РС).

<sup>23</sup> П. Новоселец, Опћи дио казненог права. *ibid*, стр.247

<sup>24</sup> Г. Марјановић, Македонско кривично право, *op. cit.* стр.172

<sup>25</sup> Судска пракса пружа бројне примере испољавања умишљаја као облика кривице : за кривично дело убиства намера није потребна већ је довољан само умишљај (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 263/90 од 13.12.1990. године); умишљај учиниоца да оштећену лицу живота може да произилази из самог догађаја (пресуда Врховног суда Србије Кж. 356/91 од 21.6.1991. године); за постојање убиства мотив није субјективни елемент кривичног дела јер је за субјективни однос оптуженог према свом кривичном делу потребно да постоји само одређени облик умишљаја (пресуда Врховног суда Србије Кж. 1844/2000 од 18.4.2001. године); за кривичну одговорност извршиоца кривичног дела убиства довољно је да је он био свестан да својом радњом извршења може код одређеног лица проузроковати смртну последицу, па чињеница да је оштећеном само нанео лаку телесну повреду није од значаја за правну квалификацију и постојање убиства у покушају (пресуда Врховног суда Србије Кж. 98/2003 од 16.9.2003. године)

<sup>26</sup> R. Lange, *Strafgesetzbuch*, Berlin, 1956. године, стр. 180.

Директни умишљај (*dolus directus*)<sup>27</sup> постоји кад је учинилац био свестан свога дела и хтео његово извршење.<sup>28</sup> Директан умишљај чине два елемента: 1) свест о делу (свесни или когнитивни елеменат). То значи да је учинилац свестан, да има правилно и потпуно сазнање или представу о радњи и последици у природном смислу, о узрочној вези између њих те о свим стварним (физичким и правним) околностима које чине обележја бића кривичног дела: место, време, начин и средство извршења кривичног дела, противправност поступања (ако је противправност елеменат бића кривичног дела). Но, није нужно да постоји свест о правној квалификацији учињеног дела и 2) хтеће дела (вољни елеменат). То је жеља да се управо предузимањем радње проузрокује последица кривичног дела. Учинилац је хтео дело када је управо и предузео радњу са циљем да оствари наступање последице која је обележје бића тога дела (главна последица) с тим што он хоће и ону последицу која је средство за остварење главне последице (претходна последица).

---

<sup>27</sup> У правној теорији се разликују две врсте директног умишљаја : 1) директан умишљај првог степена који постоји кад учинилац иде за тим да оствари обележје бића кривичног дела, када му је баш стало да оствари његову последицу. Овде је нагласак на вољном елементу и 2) директан умишљај другог степена који постоји кад учиниоцу није стало да оствари обележје бића кривичног дела, али зна да ће она сигурно наступити ако предузме намеравану радњу извршења. Овде је нагласак на интелектуалном елементу – на сигурном знању (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, ор. cit. стр.229)

<sup>28</sup> Директни умишљај се у судској пракси јављао у следећим случајевима : убиство у покушају може бити извршено и са директним као и са евентуалним умишљајем, а за извршење дела није потребна намера лишавања живота (пресуда Врховног суда Србије Кж. 204/93); кад се код окривљеног ради о пироманији као патолошком подметању пожара уз постојање импулса да се ватра подметне без неког очигледног мотива и да такво понашање прати пораст напетости и узбуђења која претходи паљевини после чега се доживљава опуштеност, тада је кривично дело изазивања опште опасности извршено са директним умишљајем (пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 158/98 од 16.6.1998.године); када је учинилац у нападу на оштећене користио оружје – пиштољ с обзиром да је испалио више пројектила, локација повреда на телу убијених показује да је он том приликом морао знати да таквим радама може изазвати смрт оштећених па је он то и хтео што значи да је поступао са директним умишљајем (пресуда Врховног суда Србије Кж. 759/2003 од 19.6.2003. године)

Евентуални умишљај (*dolus eventualis*)<sup>29</sup> постоји кад је учинилац био свестан да може учинити дело па је на то пристао.<sup>30</sup> Евентуални умишљај чине два елемента код којих су свест и воља слабије изражени: 1) свест о могућности дела. То је заправо свест о могућности наступања последице услед предузете радње извршења. Она се састоји у могућности учиниоца да предвиди да услед предузете радње може да наступи забрањена последица. Дакле, овде не постоји у погледу последице сигурност и извесност њеног наступања, већ само могућност. Свест о могућности наступања последице обухвата све стварне (физичке и правне) околности које чине обележја бића кривичног дела, али је та свест мањег интензитета. Учинилац кривичног дела не предвиђа наступање предвиђене последице своје радње као сигурну, извесну и неминовну, већ само као могућу, вероватну, у изгледу. До евентуалног умишљаја долази због недостатка у узрочном односу тако да учинилац није сигуран у погледу наступања последице, већ само претпоставља да она може наступити или да постоји таква вероватноћа и 2) пристајање на дело. Учинилац не жели наступање последице већ на њу само пристаје, односно саглашава се са њеним могућим наступањем. Последицу коју учинилац предвиђа као могућу он признаје саглашавајући се са њеним наступањем. Код евентуалног умишљаја учинилац радњу не предузима са циљем да проузрокује последицу кривичног дела, већ је врши са неким другим циљем (који може бити дозвољени или недозвољени) при чему је свестан да може проузроковати и последицу кривичног дела па ту могућност прихвата не одустајући од радње извршења<sup>31</sup> јер се она јавља као могући

<sup>29</sup> Евентуални умишљај се у судској пракси јављао у следећим случајевима : кривично дело убиства је извршено са евентуалним умишљајем када је учинилац пошто је оштећени од њега затражио да му покаже како се игра "руски рулет" оставивши један метак у свом пиштољу неколико пута окренуо буренце па када је оштећени окренуо цев револвера у правцу своје главе, повукао ороз и усмртио га јер је био свестан да услед његовог чињења може наступити смрт оштећеног на што је он пристао (пресуда Врховног суда Србије Кж. 1647/2002 од 22.4.2003. године); оштећена је са евентуалним умишљајем лишена живота када јој је учинилац сипао у чај лекове који представљају омамљујуће средство, а у намери да је онеспособи за пружање отпора након чега је у намери стицања противправне имовинске користи извршио преметачину тражећи новац (пресуда Врховног суда Србије Кж. 471/2004 од 22.4.2004. године)

<sup>30</sup> Евентуални умишљај на специфичан начин одређује Кривични законик НР Кине у чл. 14 када дефинише кривично дело као резултат свесног знања при предузимању радње којом ће се проузроковати друштвено опасна последица при чему учинилац гаји равнодушност (индиферентност) према проузрокованом догађају ( С.Д. Pagle, Chinese Criminal Law, Peking, 1998. године, стр.7)

<sup>31</sup> С. Међедовић, Виност код возача код кривичних дела против безбедности друмског саобраћаја, Правни зборник, Подгорица, број 1-2/1996. године, стр. 77-86; Д. Илић, Евентуални умишљај код кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја, Избор судске

нупроизвод, као ризик високог степена са којим се учинилац мири будући да жели оствари циљну и жељену последицу. Према томе, пристанак на дело значи прихватање ризика, мирeње са настанком нежељене последице.

### 2.3. Нехат

Нехат (culpa) је други, блажи облик кривице. То је невољно остварење кривичног дела.<sup>32</sup> Психолошки однос учиниоца према оствареном делу испољава се само кроз једну компоненту, кроз свест о могућности наступања нежељене последице или у могућности постојања свести.<sup>33</sup> Нехат је иначе у савременој теорији (посебно немачкој) сматран као проблем бића кривичног дела.<sup>34</sup> За разлику од умишљаја нехат не повлачи увек кажњивост, већ само када то закон изричито пропише, као што се код нехатних кривичних дела не примењују неки општи институти кривичног права: покушај или саучесништво у ужем смислу. Такође је спорно да ли се према учиниоцима нехатних кривичних дела може остварити једна од сврха кажњавања – генерална превенција. А и када се кажњава за нехат, тада је прописана блажа казна у односу на умишљајно извршење дела. Кривично дело је учињено из нехата када је учинилац био свестан да својом радњом може учинити дело, али је олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи спречити или када није био свестан да

---

праксе, Београд, број 6/1998. године, стр. 20-22

<sup>32</sup> И други савремени кривични закони на сличан начин одређују појам нехата. Тако аустројски кривични законик у чл. 6. наводи да нехат постоји када лице занемари брижљивост на коју је обавезан према околностима и способан према свом духовном и телесном стању и која се од њега захтева (E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch, StGB, 9. Auflage, Wien, 1989. године, стр.14); Према чл. 28. Грчког кривичног законика нехат постоји када неко омаши у примени пажње коју је дужан да покаже под одређеним условима и која се од њега очекују па не предвиди могућност наступања такве последице (N. Lolis, G.Mangakis, The Greek Penal Code, London, 1973. године, стр.46) ; Швајцарски кривични законик у чл. 18. ст.2. сматра да нехат постоји када је дело извршено против дужности услед непажње не узимајући у обзир и на знање последице сопствене инкриминисане радње. Непажња је противна дужности када учинилац не поштује мере предострожности које је дужно поштовати према објективним околностима или према својим личним својствима (А.В. Серебренникова, Н. Ф. Кузнецова, Уголовниј кодекс Шведцарији, Зерцало, Москва, 2000. године, стр.9 )

<sup>33</sup> Нехатна одговорност је најчешће везана за наступање последице кривичног дела па се нехатна дела најчешће и сматрају материјалним кривичним делима. У том случају се нехат може одредити према повређивању односно према угрожавању заштићеног добра. Но, у посебном делу кривичних законика су могући случајеви и да се кажњава за саму нехатно предузету радњу (без остварења последице). То су формална кривична дела (П. Новоселец, Опћи дио казног права, оп. cit. стр.236)

<sup>34</sup> C.Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, Munchen, 1997. године, стр. 920

својом радњом може учинити дело иако је према околностима под којима је оно учињено и према својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности (члан 26. КЗ РС).<sup>35</sup> Наше кривично право разликује две врсте нехата: свесни и несвесни нехат, док правна теорија познаје и професионални нехат.

Свесни нехат (*luxuria* или лакомисленост)<sup>36</sup> постоји када је учинилац био свестан да својом радњом може учинити кривично дело, али је олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи спречити.<sup>37</sup> Свесни нехат чине два елемента: 1) свест о могућности да се учини дело (односно свест о могућности наступања последице кривичног дела) и 2) олако држање (веровање) да последица дела ипак неће наступити или да ће је он моћи отклонити. Свест код свесног нехата обухвата све стварне околности које чине биће кривичног дела. Ова се свест по садржини подудара са садржајем свести код евентуалног умишљаја. А оно по чему се разликују свесни нехат и умишљај јесте управо недостатак вољног односа на страни учиниоца у случају нехатног проузроковања последице кривичног дела. Код евентуалног умишљаја учинилац дела не жели последицу али пристаје на њено наступање, док код свесног нехата он не пристаје на њено наступање, већ само олако држи (верује) да она неће

---

<sup>35</sup> Нехат се у судској пракси јављао у следећим случајевима : за постојање убиства из нехата потребно је да код оптуженог постоји нехат како у погледу објективне тако и у погледу субјективне стране дела (пресуда Врховног суда Србије Кж. 483/2003 од 7.5.2003. године); када у лову на зеца окривљени усмрти другог ловца кога није могао видети са друге стране кукурузишта, а који место где се налазио није по правилима ловачког друштва напустио без претходног оглашавања и нађе се ван места на коме је требало да стоји, окривљени када је пуцао није могао претпоставити да ће се оштећени наћи на том месту (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2784/2003 од 24.10.2003. године); окривљена је као лекар анестезиолог при пружању лекарске помоћи у току операције несавесно поступала јер није обезбедила довољну количину кисеоника у току давања опште анестезије иако је била свесна да може проузроковати погоршање здравственог стања болеснице која је оперисана па је тиме проузроковала оштећење можданих центара што је довело до смртног исхода (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 3053/2003 од 17.11.2003. године)

<sup>36</sup> Свесни нехат се у судској пракси јављао у следећим случајевима : лична својства окривљеног и околности случаја опредељују закључак о постојању свесног нехата (пресуда Окружног суда у Ваљеву Кж. 249/2002 од 5.9.2002. године); учинилац који је управљао у јавном саобраћају аутобусом са неисправним кочницама поступао је са свесним нехатом у односу на основно дело и у односу на тежу последицу – смрт оштећеног јер је био свестан да управљајући моторним возилом утврђеног степена неисправности може угрозити јавни саобраћај, али је олако држао да до тога неће доћи (пресуда Врховног суда Србије Кж. 1571/2002 од 1.4.2003. године)

<sup>37</sup> М. Бабовић, Нехат у кривичном праву, *op. cit.* стр.82

наступити или да ће је он сам моћи отклонити, тј. спречити њено наступање.<sup>38</sup>

Управо због сличности свесног нехата и евентуалног умишљаја потребно је одредити критеријум за разграничење ова два института (јер се за умишљај увек кажњава, а за нехат само када то закон изричито предвиди и то по правилу блаже). Тај је критеријум утврдио Рајнхард Франк под називом "Франкова формула".<sup>39</sup> Према правилима садржаним у Франковој формули суд узимајући у обзир све околности конкретног случаја које су постојале у време извршења кривичног дела процењује да ли би се учинилац кривичног дела уздржао од предузимања радње извршења да је био сигуран да ће последица дела наступити. Ако се на основу утврђених околности при извршењу кривичног дела може закључити да се учинилац не би уздржао од извршења радње чак и да је био сигуран да ће последица наступити, тада постоји пристајање односно евентуални умишљај. Но, ако суд утврди да би се учинилац при постојећим околностима уздржао од извршења радње да је био сигуран да ће последица дела наступити, тада постоји свесни нехат. Али ако се не може са сигурношћу утврдити да ли би се учинилац дела уздржао или не би у време предузимања радње извршења (дакле када постоји сумња у поступање учиниоца), тада се узима да је на страни учиниоца постојао свесни нехат сходно принципу *in dubio pro reo* (у сумњи блаже за окривљеног).

Несвесни нехат (*negligentia*),<sup>40</sup> немар, непажња постоји када учинилац није био свестан да својом радњом може учинити кривично дело иако је према околностима под којима је дело учињено и према својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности. Несвесни нехат такође чине два елемента од којих је један негативно, а други позитивно одређен: 1) негативно елемент несвесног нехата је непостојање свести, представе код учиниоца да може учинити кривично дело.<sup>41</sup> Он нема правилну и потпуну представу о могућности наступања

<sup>38</sup> М.Сингер, Прилог проблему разграничења евентуалног умишљаја од свијесног нехата, Наша законист, Загреб, број 1-2/1960.године, стр.11-19

<sup>39</sup> Љ. Јовановић, Границе између евентуалног умишљаја и свесног нехата, Зборник радова Полицијске академије, Београд, број 1/1995. године, стр. 7-19

<sup>40</sup> J. Kloter, T. Edward, Criminal law, Cincinnati, 1998. године, стр.35-41.

<sup>41</sup> код несвесног нехата нема никаквог психолошког односа учиниоца према оствареном кривичном делу па се у теорији озбиљно и поставља питање да ли је то уопште облик (вид) кривице на коме почива субјективна кривична одговорност у савременом кривичном праву. Сматра се наиме да је кроз овај нехат у кривично право "на мала врата" уведена објективна одговорност која се заснива на проузроковању последице. Они аутори који прихватају постојање несвесног нехата разликују : тежак (*culpa lata*), лак (*culpa levis*) и

последнице услед предузете радње извршења. Пошто нема свест о последици, он нема никакав вољни однос у односу на њено наступање и 2) позитивни елеменат значи да је учинилац према околностима под којима је дело учињено и према својим личним својствима био дужан и могао бити свестан могућности наступања последице кривичног дела. Дужност поседовања свести о могућности наступања последице се процењује на основу објективног критеријума – према пажњи коју поседује сваки просечно способан човек, док се могућност поседовања свести у конкретном случају процењује на основу субјективног критеријума – према личним својствима и карактеристикама учиниоца дела.<sup>42</sup>

Професионални нехат (професионална непажња) је нехат лица које је у вршењу делатности из оквира свог позива, занимања или професије дужно да буде пажљивије од других просечних људи приликом предузимања радње из делокруга свог позива, занимања или професије управо због поседовања посебних, специјалних или додатних знања и вештина. Пошто се код професионалног нехата тражи већа пажљивост он се у правној теорији и судској пракси сматра тежим обликом нехата. Наше кривично право не предвиђа ову врсту нехата, али његово присуство у конкретном случају на страни учиниоца дела представља отежавајућу околност код одмеравања казне.<sup>43</sup>

### 3. ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА КРИВИЦЕ

Кривица је субјективни елеменат кривичног дела, али и основ кажњивости. Стога кривице ни кривичног дела нема ако је у конкретном случају при дејству одређених околности искључено свесно и вољно поступање учиниоца кривичног дела<sup>44</sup>. Те околности које искључују постојање кривице представљају заправо и субјективне основе искључења кривичног дела.<sup>45</sup> То су: 1) неурачунљивост, 2) сила и претња који у неким

---

особито, врло лак (*culpa levisima*) нехат. (Ј. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, *op. cit.* стр.90)

<sup>42</sup> Тако Швајцарски кривични законик говори о постојању несвесног нехата с обзиром на околности и лични положај учиниоца дела. (*Schweizerisches Strafgesetzbuch Stand am 1. April 1996., Bern, 1997. године*)

<sup>43</sup> Неки инострани кривични законици (нпр. у чл. 131. Кривични законик Бугарске и у чл. 221. Кривични законик Јапана) предвиђају кажњавање за проузроковање смрти услед ове врсте нехата.

<sup>44</sup> J.Kloter – T. Edwards, *Criminal law, Cincinnati, 1998. године, стр.38-41.*

<sup>45</sup> Нека инострана законодавства изричито предвиђају искључење кривичне одговорности ако је кривично дело последица легитимне одбране која је предузета у циљу да се заустави незаконита повреда државног или јавног интереса или права других лица или њихове имовине. Такво решење познаје Кривични законик НР Кине у чл. 20. Но,

иностраним законима (као физичка и психичка принуда) представљају основе који искључује противправност кривичног дела,<sup>46</sup> 3) стварна заблуда и 4) правна заблуда.

### 3.1. Неурачунљивост

Урачунљивост представља основни елемент кривице. Њено постојање се код пунолетног учиниоца кривичног дела увек претпоставља. Стога кривични законик и не одређује појам урачунљивости већ управо појам неурачунљивости при чему законик изричито одређује да није кривично дело оно дело које је учињено у стању неурачунљивости. Неурачунљивост<sup>47</sup> је психичко стање учиниоца које постоји у време извршења кривичног дела у коме он није могао да схвати значај свога дела или није могао да управља својим поступцима услед душевне болести, привремене душевне поремећености, засталог душевног развоја или друге теже душевне поремећености (члан 23. КЗ РС).<sup>48</sup> Дакле, ово психичко стање учиниоца одређују две компоненте:

игледа да се овде ипак ради о основу за искључење постојања кривичног дела услед примене института нужне одбране. Француски кривични законик набраја више основа који искључују кривичну одговорност : неурачунљивост у чл. 122-2, правна заблуда у чл. 122-3, нужна одбрана у чл. 122-5, крајња нужда у чл. 122-7, предузимање законских радњи у вршењу службе или по наређењу власти у чл. 122-4, узраст до 13 година у чл. 122-8 и принуда у чл. 122-9. Грчки кривични законик од основа искључења виности познаје у чл. 30. стварну заблуду, а у чл. 31. правну заблуду. Пољски кривични законик у чл. 24. предвиђа следеће основе искључења кривичне одговорности: 1) неурачунљивост, 2) нужну одбрану, 3) крајњу нужду, 4) незнатну друштвену опасност, 5) стварну заблуду и 6) правну заблуду ( Kodeks Karny, Warszawa, 1994. године). Швајцарски кривични законик међу овим основима разликује : 1) службену или професионалну дужност прописана законом – чл.32., 2) нужну одбрану – чл. 33 и 3) крајњу нужду – чл. 34.

<sup>46</sup> Такво решење је прихваћено у чл.40.Кривичног законика Руске федерације,чл.31.Казненог законика Хрватске, чл.13. Казенског законика Републике Словеније и чл.21.Кривичног законика Израела.

<sup>47</sup> Неурачунљивост треба разликовати од неспособности за радњу. Када неко лице оствари обележје бића кривичног дела у дубоком сну или хипнотизиран, нема кривичног дела због непостојања радње извршења. Неурачунљиво лице је способно да предузме радњу јер је његово понашање израз његове воље, али је та воља последица одређених душевних сметњи па се таквом лицу не може упутити прекор због учињеног дела (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, *op. cit.* стр. 214)

<sup>48</sup> Неки инострани кривични законици на другачији начин одређују урачунљивост. Тако Кривични законик Италије у чл. 89. познаје урачунљивост, неурачунљивост и делимично душевно растројство (које постоји када се лице у време извршења кривичног дела због болести налази у стању да је способност разумевања и воље знатно смањена, али није искључена) –Codice penale, giuff. edit. Milano, 1981-82. године; Француски кривични законик у чл. 122-1 неурачунљивим лицем сматра лице чији су поступци у време извршења кривичног дела били узроковани психичким или нервним формама болести лишавајући



биолошка и психолошка. Биолошка садржина неурачунљивости се изражава кроз ненормално стање душевног здравља, као постојање одређеног облика и вида душевне поремећености, док се психолошка садржина огледа у поремећају психичких функција у сфери расуђивања или одлучивања. Обе ове садржине кумулативно испуњене заправо чине услове неурачунљивости.<sup>49</sup>

У кривичном праву постоји презумпција урачунљивости јер се полази од претпоставке да је сваки пунолетан учинилац кривичног дела урачунљив. То значи да се код сваког учиниоца кривичног дела у кривичном поступку не утврђује урачунљивост, већ неурачунљивост и то само оног учиниоца у чију се нормалност посумња на бази његовог понашања. За утврђивање неурачунљивости се користе три метода: 1) психолошки (симптоматички) метод којим се утврђује постојање психичких сметњи у нормалном одвијању психичких функција и њиховог утицаја на способност за расуђивање и одлучивање учиниоца кривичног дела. При томе се ненормална психичка стања која доводе до психичких сметњи не утврђују овим методом, 2) биолошки (етиолошки) метод којим се утврђују ненормална психичка стања, али се не утврђује и њихов утицај на нормално одвијање психичких функција учиниоца кривичног дела<sup>50</sup> и 3) мешовити (психолошко-биолошки) метод који укључује психолошки и биолошки критеријум за утврђивање неурачунљивости. Према овом методу се прво утврђује постојање ненормалних психичких стања учиниоца у време извршења кривичног дела, а затим се утврђује да ли су и у којој мери та стања утицала на нормално одвијање психичких функција.<sup>51</sup>

Неурачунљивост<sup>52</sup> се утврђује с обзиром на време извршења кривичног дела и с обзиром на конкретно извршено кривично дело. Само постојање неурачунљивости за време предузимања радње, искључује

---

га способности за расуђивање и одлучивање. ( В. Geninet, L indispensable du droit penal, Studyrama, Paris, 2002. године); Швајцарски кривични законик у чл. 10. под неурачунљивим лицем сматра оно лице које у време извршења кривичног дела услед дејства душевне болести, слабоумља или тешког помућења свести није могло схватити противправност радње или деловати са свешћу о противправности (Н.Ф. Кузњецова, А.В. Серебреникова, Уголовниј кодекс Швецарије, Зерцало, Норма, Москва, 2000. године, стр.14)

<sup>49</sup> Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, оп. cit. стр.71

<sup>50</sup> Биолошки метод утврђивања неурачунљивости познаје Кривични законик Јапана у чл. 39 (The Penal Code, Ministry of Justice, Tokio, 1970. године, стр.7)

<sup>51</sup> Мешовити метод утврђивања неурачунљивости познаје Швајцарски кривични законик у чл. 11. (А. В. Серебреникова, Н.Ф. Кузњецова, Уголовниј кодекс Швецарије, Зерцало, оп. cit. стр.15)

<sup>52</sup> Кривична одговорност учиниоца кривичног дела не постоји ако је он неурачунљив (решење Врховног суда Србије Кж. 1371/96 од 20.11.1996. године)

постојање кривице односно искључује постојање кривичног дела. Неурачунљивост која је постојала пре извршења радње кривичног дела, као и неурачунљивост која је наступила после њеног извршења је без утицаја на постојање кривичног дела (накнадна неурачунљивост има кривично-процесни, али не и кривичноправни карактер јер представља основ за обуставу кривичног поступка). Процена урачунљивости се не врши уопштено, већ с обзиром на конкретно извршено кривично дело. То значи, да једно лице може да буде у исто време неурачунљиво за једно кривично дело, а урачунљиво за друго.<sup>53</sup>

До неурачунљивости доводи један од четири законом предвиђена облика душевне поремећености. Душевна болест је анатомско-физиолошка промена у мозгу (посебно у мозданој кори) услед које не могу нормално да се одвијају психичке функције. Оно се јавља као нарушавање структуре и функционисања централног нервног система.<sup>54</sup> С обзиром на временско трајање душевне болести разликује се: трајна, привремена, повремена или периодична. Трајна душевна болест је ментални поремећај који се сматра неизлечивим или се код ње не може прецизно одредити трајање и степен опоравка. Углавном има хронични и прогресивни карактер и током његове еволуције долази до значајног степена поремећаја психичких функција све до тешке деградације и детериорације личности (схизофренија, хронична психоза нарочито параноја, парафренија и деменције посебно васкуларна и сенилна). Привремена душевна болест је ментални поремећај код кога се измене већине или свих психичких функција испољавају привремено и имају ограничено трајање. Код ње симптоми и знаци болести перзистирају у краћем или дужем временском периоду, а након тога долази до њиховог потпуног повлачења и нормализације психичког стања, спонтано или услед предузетих терапијских поступака. Повремена душевна болест је ментални поремећај који се јавља повремено у неправилним временским интервалима (реактивне или симптоматске психозе, психозе наркомана или алкохоличара, епилептично сумрачно стање). Периодична душевна болест је ментални поремећај који се јавља у одређеном периодичитету, у приближно једнаким временским интервалима између којих постоје слободни интервали, интервали душевног здравља - *lucida intervala* (биполарни - манично-деперсивна психоза, униполарни - депресивне или

---

<sup>53</sup> М. Петровић, Урачунљивост као услов за кривичну одговорност у судској пракси, Бранич, Београд, број 3/1995. године, стр. 16-19; Г. Марјановић, Македонско кривично право, *op. cit.* стр.164-165

<sup>54</sup> Љ.Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, *op. cit.*стр.72

маничне епизоде).<sup>55</sup> С обзиром на узрок, душевне болести се деле на егзогене и ендogene. Егзогене су душевне болести које изазивају спољни фактори, а ендogene душевне болести изазивају унутрашњи узроци.

Привремена душевна поремећеност је привремено поремећење већине психичких функција разума, воље, осећања које настаје под дејством ендогеног или егзогеног изазивача које се после краћег или дужег времена може залечити или излечити без видљивих или трајнијих последица.<sup>56</sup>

Заостали душевни развој (олигофренија) је стање недовољне душевне развијености у смислу урођеног или стеченог дефекта интелектуалних способности (ментална ретардација) која је проузрокована закржљалошћу централног нервног система (првенствено мозга и чула), ненормалношћу ендокриних жлезда или изолацијом из социјалне средине. Ради се о душевној поремећености која је углавном патолошког карактера. Узроци овог стања могу бити бројни и различити. Заостали душевни развој се може степеновати према вредностима које се добијају на психолошким тестовима за мерење интелигенције. Тако се разликује : лака (када се коефицијент интелигенције испитиваног лица на овим тестовима креће између 70 и 85), средња (када се коефицијент креће између 50 и 70) и тешка заосталост (када се коефицијент креће од 0 до 50).<sup>57</sup> Овај институт треба разликовати од евентуалне непотпуне душевне развијености млађих пунолетних лица<sup>58</sup> која су незнатније прекорачила границе пунолетства, али се још нису потпуно душевно развила услед индивидуалних својстава или спољних утицаја.<sup>59</sup>

Ново кривично законодавство као облик душевне поремећености предвиђа и друге теже душевне поремећености. То су различити облици поремећења нормалног одвијања психичких функција ван напред наведених: душевни поремећаји, настраности, девијације, нагонске

<sup>55</sup> З. Ђирић, Основи судске психијатрије, оп. cit. стр.27

<sup>56</sup> Овде се ради о тежим поремећајима свести који су изазвани узроцима који припадају нормалној психологији : исцрпљеност, умор, бунило, хипноза, потресни доживљаји или акутна опијеност. Овде се убрајају и сумрачна стања као и афекти (мржња, страх, љубомора, стрес), а посебну врсту радње у афекту чине радње кратког споја (када учинилац на ирационалан начин радњом која је потпуно страна његовој личности жели разрешити своју унутрашњу напетост (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, оп. cit. стр.218)

<sup>57</sup> Ч. Хајдуковић, Судска психијатрија, Београд-Зајечар, 1981. године, стр. 104-106

<sup>58</sup> Чињеница да је окривљени млад, сама за себе без других показатеља не доводи у сумњу његову душевну развијеност, а самим тим ни урачуњљивост (пресуда Врховног суда Србије Кж. 1143/2001 од 19.2.2002. године)

<sup>59</sup> М. Сингер, Казненоправна одговорност младежи, Загреб, 1998. године, стр. 113-126

аномалије који утичу на интелектуалне или вољне способности, који морају да у конкретном случају имају карактер "теже" поремећености, што значи да трају дуже време или да се манифестују у већем обиму, јачем степену или интензитету. У ове душевне сметње спадају: поремећаји личности (психопатије), поремећаји нагона (посебно сексуалног нагона), тешке неурозе.<sup>60</sup>

Неурачунљивост се утврђује у кривичном поступку уз помоћ лекара вештака судско психијатријске струке који дају налаз о постојању стања душевне поремећености и мишљење о могућности односно немогућности расуђивања и одлучивања.<sup>61</sup> На основу датих налаза и мишљења од стране вештака суд доноси одлуку о неурачунљивости, смањеној урачунљивости или урачунљивости учиниоца кривичног дела у време извршења кривичног дела.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> П. Новоселец, Опћи дио казненог права, ор. cit. стр. 219; Д. Козарић Ковачић, И. Грубишић Илић и В. Грозданић, ор. cit. стр. 28

<sup>61</sup> Судско психијатријско вештачење је доказна радња у судском поступку којом се даје стручно мишљење о одређеним питањима из области психијатрије односно врши процена психичког стања лица и њених способности у односу на поједини законски пропис (З. Тирић, Основи судске психијатрије, ор. cit. стр.17) или вештачење психијатријским прегледом окривљеног је процесна радња којом се уз помоћ вештака даје налаз и мишљење ако се појави сумња да је искључена или смањена урачунљивост окривљеног или да је он услед зависности од алкохола или опојних дрога извршио кривично дело или да је расправно неспособан због душевних поремећаја (Д. Козарић Ковачић, И. Грубишић Илић и В. Грозданић, ор. cit. стр. 22)

<sup>62</sup> Није имало основа да се обави вештачење у погледу урачунљивости у време извршења кривичног дела када из извештаја центра за социјални рад произилази да је окривљени био на неуропсихијатријској опсервацији због симптома суманутих идеја где је констатовано да лечење није потребно и да се не ради о душевној болести (пресуда Врховног суда Србије Кж. 491/2000 од 16.5.2000. године); кривично је одговоран учинилац кривичног дела када је у време извршења кривичног дела био урачунљив. Када се у налазу и мишљењу лекара вештака неуропсихијатра наведе да је оптужени у време прегледа био урачунљив, онда урачунљивост оптуженог у време извршења кривичног дела није утврђена на правилан начин (пресуда Врховног суда Србије Кж. 1456/2000 од 15.3.2001. године); психијатријско вештачење је потребно када се појави сумња да је урачунљивост смањена или искључена (пресуда Врховног суда Србије К. 1903/2002 од 15.4.2003. године); суд не може без помоћи вештака да утврди постојање околности које искључују кривичну одговорност – да због пијанства учинилац у време извршења кривичног дела није био урачунљив (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 3022/2003 од 24.10.2003. године); када је у току поступка вештачењем од вештака неуропсихијатра утврђено да је оптужени у време извршења кривичног дела био у стању привремене душевне поремећености, а другим доказима је утврђено да је био изгубљен и да није препознао полицајца приликом легитимисања, тада је суд утврдио да је оптужени био неурачунљив без обзира што је вештак неуропсихијатар нашао да је способност оптуженог да схвати значај свога дела и да управља својим поступцима била битно смањена (пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 476/2004 од 12.1.2005. године)

### 3.2. Сила и претња

Сила и претња представљају само облике принуде која у кривичном праву има вишеструки значај. Принуда је заправо притисак на вољу учиниоца дела који долази споља, а који може бити изазван природном силом и животињском снагом (права или природна принуда – права *vis maior*) и људском радњом (неправа принуда или неправа *vis maior*). По карактеру дејства разликује се физичка и психичка принуда. Физичком принудом се делује на тело човека приморавајући га да изврши кривично дело, док се психичком принудом делује на свест, вољу и осећања човека приморавајући га да изврши кривично дело.

Наше ново кривично законодавство у члану 21. КЗ РС предвиђа силу и претњу (као облике принуде) одређујући да није кривично дело оно дело које је учињено под дејством неодољиве силе. Дакле, неодољива сила представља основ искључења кривице односно субјективни основ искључења кривичног дела.

Сила је употреба физичке, механичке или друге снаге (звучне, светлосне, топлотне енергије) једног лица према другом лицу са циљем да се ово принуди на неко чињење или нечињење које доводи до проузроковања забрањене последице тј. до остварења кривичног дела. Под силом се у смислу члана 112. став 12. КЗ РС подразумева и примена хипнозе или омамљујућих средстава са циљем да се неко против своје воље доведе у несвесно стање или да се онеспособи за отпор. Она се најчешће употребљава ради савладавања отпора неког лица при чему није битно да ли је отпор постојао или се само очекивао.<sup>63</sup> Дакле, сила се састоји у сваком деловању на вољу односно телесни интегритет којим се непосредно или посредно утиче на слободу одлучивања таквог лица и које је подобно да га принуди на извршење кривичног дела. То значи да дејство силе мора бити неодољиво, што значи да сила мора бити по својој снази, обиму и интензитету таква да јој се учинилац кривичног дела при постојећим околностима није могао одупрети. У том случају неодољива сила представља основ који искључује постојање кривичног дела. Ако је пак сила била одољива, односно такве снаге и интензитета да се учинилац њој могао супротставити или је отклонити, али није, тада кривично дело постоји, али се учиниоцу дела казна може ублажити. То значи да извршење кривичног дела под дејством отклоњиве силе представља факултативни основ за блаже кажњавање.

<sup>63</sup> Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, *op. cit.* стр.65

Сила може бити: 1) апсолутна (физичка сила или *vis absoluta*) која постоји када је притисак на вољу другог лица такав да га потпуно лишава могућности да донесе одлуку о чињењу или нечињењу или је лишен способности за остваривање вољног акта, тако да се предузимање (или непредузимање) телесног покрета не сматра као његов, већ као туђ акт. Лице према коме се врши апсолутна сила сматра се као средство за извршење кривичног дела које није његово, већ онога лица које примењује ову силу. У таквом случају се као извршилац кривичног дела сматра управо лице које је применило неодољиву силу (посредни извршилац) и 2) компулзивна (психичка, релативна сила или *vis compulsiva*) која постоји када је притисак на вољу другог лица такав да оно има способност за одлучивање, али је његова одлука да предузме (или пропусти) радњу извршења кривичног дела изнуђена тако да није акт његове слободне воље. Компулзивна сила може да буде непосредна и посредна зависно од тога према ком лицу је сила примењена ( да ли непосредно према учиниоцу кривичног дела или према другом, њему блиском лицу).

Претња<sup>64</sup> је други, блажи облик принуде. То је најавла зла, изјава којом се другом лицу ставља у изглед nanoшење неког зла које је подобно, довољно да утиче на његову вољу тако да оно донесе одлуку да предузме, односно пропусти одређену радњу и тиме проузрокује забрањену последицу кривичног дела. Стављањем у изглед неког зла другом лицу утиче се на слободу његовог одлучивања, а пре свега, на усмеравање одлуке у одређеном правцу. За постојање претње је битно да лице које је износи управо буде и лице које ће најављено зло непосредно нанети другом лицу. У противном, нема претње, већ таква најавла зла које ће бити нането од стране другог лица, представља само опомену (упозорење).

Претња може бити учињена усмено, писмено или на симболичан начин (гестовима, мимиком, конклюдентном радњом). Да би претња

---

<sup>64</sup> У правној теорији нема јединственог схватања о правној природи и дејству компулзивне силе и претње : према једном схватању они могу да искључе или умање урачуљивост или пак кривицу лица према коме су примењене (Ј. Таховић, Кривично право, Општи део, Београд, 1961. године, стр. 190-191) , према другом схватању значај компулзивне силе и претње треба процењивати у оквиру института нужне одбране и крајње нужде, а ако нису испуњени услови за њихову примену онда се дејство компулзивне силе и претње процењује као околност од значаја за одмеравање казне (Н. Срзентић, А. Стајић, Кривично право ФНРЈ, Општи део, Београд, 1957. године, стр. 217), према трећем схватању они су основи искључења подобности за урачуљивост (Т. Живановић, Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део, књига друга, Београд, 1937. године, стр.131), а према четвртном схватању они искључују друштвену опасност или противправност, а само изузетно искључују кривичну одговорност учиниоца (Ј. Бавцом, Ј. Шелих, Казенско право, Сплошниј дел, Љубљана, 1987. године, стр. 156)

представљала факултативни основ за блаже кажњавање учиниоца кривичног дела потребно је да она испуњава одређене услове и то да је: 1) озбиљна. Озбиљност претње се процењује са становишта лица коме је упућена, односно да ли ју је пасивни субјект схватио озбиљно без обзира да ли лице које прети има озбиљну намеру да је спроведе, 2) могућа ако се најављено зло стварно, реално може остварити, 3) садашња што значи да најављено зло непосредно предстоји, да ће бити нането у садашњости или у непосредној блиској будућности. Нема претње ако зло које се ставља у изглед треба да се догоди у далекој будућности, јер она тиме губи реални значај да утиче на вољу другог лица и 4) неотклоњива што значи да се најављено зло није могло у конкретним околностима отклонити на други начин (на пример позивањем у помоћ, пријављивањем лица које прети, применом нужне одбране, бекством, променом места боравка), већ само извршењем кривичног дела. Уколико је учинилац на неки начин могао да избегне најављено зло, али није, тада одговара за извршење кривичног дела из нехата.

### 3.3. Стварна заблуда

Стварна заблуда (*error facti*) је постојање погрешне или непотпуне представе о некој стварној околности кривичног дела.<sup>65</sup> Будући да постоје две врсте стварних околности кривичног дела: 1) околности које чине елементе бића кривичног дела и 2) околности које се налазе ван бића кривичног дела, али које имају одређени кривичноправни значај за извршење дела, то се и разликују две врсте стварне заблуде : 1) стварна заблуда у ужем смислу – заблуда о стварним околностима које чине обележја бића кривичног дела и 2) стварна заблуда у ширем смислу (заблуда о основима оправдања дела) – заблуда о стварним околностима које не представљају елемент бића кривичног дела. Учиниоца је свестан свих обележја бића кривичног дела, али има погрешну или непотпуну представу о постојању неке стварне околности ван бића кривичног дела која би искључивала постојање кривичног дела.

Дело које је учињено у стварној заблуду (у ужем или у ширем смислу) која је неотклоњива није кривично дело што значи да је стварна

---

<sup>65</sup> Стварна заблуда је непредвидљива грешка у односу на радњу кривичног дела која искључује кривичну одговорност сходно чл. 14. Кривичног законика Шпаније, (Н.Ф. Кузњецова, Ф.М. Решетников, Уголовниј кодекс Испанији, Зерцало, Норма, Москва, 1998. године). Она може да се односи само на неко објективно обележје бића кривичног дела, а никако и у односу на субјективно биће кривичног дела. Она даље може да постоји и у односу на дескриптивно и у односу на нормативно обележје бића кривичног дела (З. Стојановић, Кривично право, Општи део, *op. cit.* стр.176)

заблуда субјективни основ искључења кривичног дела. А стварна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да избегне заблуду у погледу неке стварне околности која представља обележје кривичног дела или у погледу неке стварне околности која би да је заиста постојала чинила дело дозвољеним (члан 28. КЗ РС).<sup>66</sup> Ако је пак учинилац дела при предузимању радње извршења кривичног дела био у стварној заблуди услед нехата ( због недовољне пажње или напора воље), тада постоји кривично дело учињено из нехата под условом да сам закон предвиђа постојање таквог кривичног дела. Дакле, насупротив неотклоњивој стварној заблуди (која искључује кривично дело) постоји и отклоњива стварна заблуда када је учинилац кривичног дела имао погрешну представу о обележјима кривичног дела или о околностима које искључују противправност дела иако је био дужан и могао да има правилну представу о тим околностима.

### 3.4. Правна заблуда

Последњи субјективни основ који искључује постојање кривичног дела је правна заблуда ( *error iuris*). То је погрешна или непотпуна представа учиниоца о забрањености извршеног дела<sup>67</sup> или погрешна представа о правном значају дела. Према томе, нема кривичног дела ако се учинилац налазио у неотклоњивој заблуди (члан 29. КЗ РС) односно ако није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено.<sup>68</sup> Овде је учинилац у време предузимања радње извршења свестан правилно и потпуно свих стварних околности које чине обележја бића кривичног дела, али не зна да је његово дело забрањено, нити је био дужан нити је могао да зна за такву забрањеност дела.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Стварна заблуда се у судској пракси јављала у следећим случајевима : како се отклоњива стварна заблуда појављује ка нехатна стварна заблуда, кривично је одговоран учинилац који у таквој заблуди изврши кривично дело несавесног рада у служби (пресуда Врховног суда Србије Кж. 88/92 од 14.4.1992. године); неотклоњива је стварна заблуда када је до ње дошло без кривице учиниоца дела, а када је учинилац био у стварној заблуди услед свога нехата он је у отклоњивој стварној заблуди (пресуда Врховног суда Црне Горе Кж. 194/95 од 26.12.1995. године)

<sup>67</sup> И појам правне заблуде дефинише Шпански кривични законик у чл. 14. Према овој законској одредби то је непредвидљива грешка у односу на противправност радње која искључује кривичну одговорност, док се предвидљива грешка блаже кажњава. (Н.Ф. Кузњецова, Ф.М. Решетников, Уголовниј кодекс Испанији, Зерцало, Норма, Москва, 1998. године, стр.15)

<sup>68</sup> Правна заблуда није могућа код понашања која представљају зло сама по себи (*malum in se*), која дакле представљају кривична дела у свим друштвима – природна или атаквистичка кривична дела (З. Стојановић, Кривично право, Општи део, *op. cit.* стр. 178)

<sup>69</sup> Д. Атанацковић, Појам заблуде у кривичном праву, Југословенска ревија за



Правна заблуда може да постоји у следећим случајевима: 1) када учинилац има погрешну представу о одређености дела у закону, односно када није свестан да је дело које је учинио одређено у закону као кривично дело, 2) када учинилац није свестан да је дело које је учинио противправно. Учинио је у овом случају свестан да својом радњом остварује обележја кривичног дела предвиђеног у закону, али погрешно сматра да је у конкретном случају због дејства неких околности противправност искључена односно да је дело дозвољено,<sup>70</sup> 3) када је учинилац у заблуди о "бланкетном кривичном делу" односно када није свестан неког ванкривично правног прописа (законског или подзаконског карактера) који одређује или допуњује обележје бића кривичног дела, 4) када учинилац погрешно тумачи неку околност која је законско обележје бића кривичног дела. Он је наике свестан њеног постојања, али јој приписује другачије значење и дејство које би заиста када би било такво искључивало забрањеност дела и 5) када учинилац погрешно процењује значај учињеног дела сматрајући да нека посебна околност чини његово дело дозвољеним услед малог значаја дела.<sup>71</sup>

Ново кривично законодавство је из темеља променило дејство и значај правне заблуде.<sup>72</sup> Док је раније правна заблуда из оправданих разлога (неотклоњива правна заблуда) представља факултативни основ за ослобођење од казне или за блаже кажњавање учиниоца кривичног дела не дирајући при томе у постојање самога дела, према новом законском

---

криминологију и кривично право, Београд, број 1/1977.године, стр.47-53; П. Новоселец, Одредба о правној заблуди у Кривичном закону СФРЈ, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 1/1985. године, стр. 85-91; С. Пихлер, Правна заблуда и принцип субјективне одговорности, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 7-8/1988. године, стр.39-42

<sup>70</sup> Са дозволом за ношење ватреног оружја коју је издао надлежни орган у Републици Српској, не може се носити ватрено оружје на подручју Републике Србије те је такво ношење оружја недозвољено у смислу Закона о оружју и муницији (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1646/92 од 12.10.1992. године)

<sup>71</sup> Ј. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар кривичног законика Републике Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр.78-79

<sup>72</sup> Правна теорија познаје и следеће врсте правне заблуде : 1) директна заблуда о противправности која постоји као заблуда о постојању нормe. Учиниоца наике зна шта чини, али не зна да постоји правна норма која забрањује такво понашање, 2) индиректна заблуда о противправности или заблуда о постојању неког разлога који искључује противправност. Овде учинилац замишља да постоји неки разлог који би искључивао противправност, али он у ствари не постоји и 3) заблуда о супсумицији или заблуда о кажњивости понашања која постоји када је учинилац на ланчки начин свестан значења неког обележја кривичног дела, али због преуског тумачења таквог обележја дође до закључка да се његово понашање не може подвести (супсумирати) под одговарајући опис кривичног дела (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, оп. cit.стр. 259-260)

решењу неотклоњива правна заблуда искључује постојање кривичног дела. То је дакле субјективни основ искључења кривичног дела (основ који искључује кривицу).<sup>73</sup> Неотклоњива правна заблуда постоји када учинилац дела није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено правним прописима. Наравно, нема неотклоњиве правне заблуде ако се ради о поступцима који су противни општим интересима или општем схватању људи, односно средине у којој учинилац живи. Међутим, ако се ради о поступцима о којима не постоји општепознат негативан став, а они су ипак забрањени недавно донетим прописом, тада постоји ова правна заблуда.<sup>74</sup>

Отклоњива правна заблуда је факултативни основ за блаже кажњавање. Она постоји када учинилац у време предузимања радње извршења није знао да је његово дело забрањено, али је то могао и био дужан да зна. У ствари оно што се овде мора практично утврђивати није дужност, јер она увек постоји, већ могућност учиниоца, с обзиром на конкретне околности учињеног дела и конкретне околности у којима је учинилац живео и радио пре извршења кривичног дела, да зна за ову забрањеност.<sup>75</sup> Процену да ли је учинилац био у правној заблуди из оправданих или неоправданих разлога врши суд у сваком конкретном случају узимајући у обзир околности под којима је учинилац живео, околности под којима је извршио дело као и његова лична својства. То значи да се оцена о оправданости или неоправданости постојања правне заблуде мора дати на основу објективно-субјективног критеријума.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Прихватајући објективно-субјективни формални појам кривичног дела, нови Кривични законик Републике Србије је на битно другачијој основи поставио институт кривице. На бази усвојеног психолошко-нормативног схватања појма кривице, она је заменила дуго времена коришћен термин "кривична одговорност" и сада као виши појам укључује у свој састав урачунљивост, умишљај односно нехат као и свест и дужност или могућност постојања свести о противправности дела. Тек по испуњењу

<sup>73</sup> М. Cremona, *Criminal Law*, London, Macmillan Education, 1989. године, стр. 219-223

<sup>74</sup> Д. Јовашевић, О правној заблуди у кривичном праву, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 9/1997. године, стр. 311-327

<sup>75</sup> Потпуно је ирелевантно када учинилац погрешно сматра да је учињено дело забрањено, а оно у ствари није забрањено (код тзв. путативног, уображеног деликта). Такав случај постоји када учинилац погрешно држи да је прељуба забрањена или погрешно држи да је забрањено нанети повреду нападачу приликом одбијања противправног напада (Ј. Јовановић, Д. Јовашевић, *Кривично право*, *op. cit.* стр. 212)

ових услова за лице које је својом радњом чињења или нечињења у спољном свету проузроковало последицу која је у закону предвиђена као обележје бића неког кривичног дела може се рећи да је криво за учињено дело односно да му се таква последица може приписати у кривицу.

У случају одсуства неког и то било код од ових конститутивних елемената у конкретном случају постоји само објективно проузрокована последица која нема карактер кривичног дела па се и његов учинилац не може казнити. Околности које доводе до искључења кривице, а тиме и до искључења постојања кривичног дела су различите. Има их више врста и оне могу да буду опште и посебне. То су: неурачунљивост (као стање супротно душевном здрављу), недољива (апсолутна) сила, стварна и правна заблуда чије постојање у сваком конкретном случају утврђује судско веће на бази изведених личних и материјалних извора доказа.

Dragan Jovašević, LLD, Associate Professor  
Borislav Petrović, LLD, Assistant Professor

## NEW CONCEPT OF GUILT IN SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE

### *Summary*

By enacting the new Criminal Code of the Republic of Serbia, the concept of crime was determined differently. That caused changes in numerous institutes of the general part of Criminal Law, especially regarding guilt. The understanding of guilt is now two-folded: 1) it's a subjective element of the concept of crime, inexistence of which causes the inexistence of crime, and 2) it's a basis for application of punishment and measures of warning. In determining the concept of guilt, it's now accepted the psychological normative standing, which brought about the changes in the status and importance of unaccountability and legal error of the offender, which now represent the basis for exclusion of guilt, i.e. subjective basis for exclusion of crime. This paper addresses the notion and the characteristics of guilt, as one of the most important notions of Criminal Law, as well as the basis for exclusion thereof.

**Key words:** Criminal Code, crime, awareness, will, awareness of illegality, guilt, exclusion of guilt, unaccountability, error

## РЕСТОРАТИВНА ПРАВДА У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ\*

### *Апстракт*

*Промене у кривичном законодавству у односу на пунолетне и малолетне учиниоце кривичних дела уносе извесне конкретне елементе ресторативне правде у домаћи, традиционално ретрибутивни кривичноправни систем.*

*КЗ Републике Србије прописује ослобођење од казне у чл. 58. Суд може ослободити од казне и учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до пет година, ако после извршеног кривичног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони последице дела или надокнади штету проузроковану кривичним делом. Законик о кривичном поступку Републике Србије чланом 23б. уводи начело опортунитета у случају кривичног гоњења пунолетних учинилаца кривичних дела. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица РС предвиђа алтернативне моделе реакције на малолетничку делинквенцију. Овај модел значи удаљавање малолетника од кривичног правосуђа и избегавање стигматизације малолетника вођењем кривичног поступка, изрицањем васпитних мера и казне. Тако, васпитним мерама упозорења и усмеравања припадају и посебне обавезе које се могу изрећи малолетнику када суд оцени да је одговарајућим захтевима или забранама*

---

\* Ванредна професорка Правног факултета у Нишу.

\* Овај рад представља резултат истраживања на пројекту „Пристап правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

*потребно утицати на малолетника и његово понашање (чл. 14). Један од предлога за будућа решења у домаћем кривичном законодавству односи се на примену ресторативне правде у затворима.*

*Кључне речи: ресторативна правда, кривично дело, малолетничка делинквенција, васпитне мере.*

### Уводна разматрања

Систем кривичног правосуђа, спроводећи ретрибутивну правду, усмерен је да одговори на питања о томе који је закон прекршен, ко га је прекршио и како санкционисати кривца тако да се постигне специјална превенција. Приступ ресторативне правде састоји се у стратегији окупљања и дискусије у оквиру локалне заједнице, окренут је појединцу и може се применити и у ширим градским срединама. Циљ је постизање јединствених решења која су прихватљива за људе у одређеним околностима и с обзиром на културне прилике које владају. Временом, у теоријским расправама и практичној примени, ресторативна правда, као појам и процес, добила је значење кључног елемента друштвене правде. Ресторативној правди приписује се способност враћања правде у друштвену заједницу у којој је традиционални кривичноправни систем повезан са мерама опресије унутар заједнице. Те мере изричу органи формалне друштвене контроле у централизованом, статичном кривичном поступку који своје оправдање налази у општој, за све грађане доступној правди.<sup>1</sup>

Теоријска разматрања о стандардима, вредностима и обезбеђивању спровођења ресторативне правде често истичу занемаривање социјалних тежњи и традиције приликом усвајања овог процеса. Ресторативна правда се некада разматра само као могућност остваривања већег обима права жртава поред утемељеног кривичноправног система ретрибутивне правде, а некада опет као равнотежа између права делинквената и права жртава.

Ипак и поред извесних несугласица и недоследности у спровођењу, ресторативна правда применом својих принципа обезбеђује реституцију жртава и друштвене заједнице, промовише реинтеграцију делинквената и поправљање односа између жртве, делинквента и друштвене заједнице. У процесу ресторативне правде предвиђена је

<sup>1</sup> Видети: Костић, М., „Ресторативна правда – смисао и могућности примене“, *Социјална мисао*, часопис за теорију и критику социјалних идеја и праксе, Београд, април-септембар, 2-3/2005., стр. 45.

могућност да се делинквентна понашања доживе као крајње озбиљна делања према којима ће се поступати без повишене репресије и без искључивања делинквената из друштвене заједнице и процеса реституције жртава. Како неки аутори истичу, ресторативна правда даје изглед на избегавање тзв. "нултог износа", при чему бенефиције жртава погађају делинквента, не у његовим правима, већ у повећаном обиму обавеза због свог понашања.<sup>2</sup>

Данас се највећи број различитих активности у процесу ресторативне правде одвија од стране агенција за пружање друштвених услуга, школа, законодавних органа и одељења за превенцију. Ове активности повезују заједнички елементи: лечење, посредовање између жртве и учиниоца, извињење (осећање стида) и реинтеграција. Зато је приликом дефинисања ресторативне правде неопходно садржајно објединити све ове процесе. Ресторативна правда се одређује као „процес помоћу кога стране, од којих свака учествује у дотичном кривичном делу, приступају заједно да колективно реше како да савладају последице злочина и његове импликације у будућности”.<sup>3</sup>

Ресторативна правда захтева потпуно учешће и сагласност свих оних који су на било који начин били погођени извршењем кривичног дела – жртве, делинквента, њихових породица и пријатеља, као и особа из друштвене заједнице. Затим, ресторативна правда покушава да исцели оно што је уништено. Зато се процес усмерава на потребе жртве (шта је потребно учинити да се траума зацели; повраћај осећања сигурности), делинквента (шта је потребно урадити да се зло више никада не понови; шта предузети да се делинквент понаша у сагласности са постигнутим договором) и чланова заједнице (шта ће им помоћи да се они осећају сигурно; које кораке треба предузети за унапређење заједнице тако да има мање изгледа да се злочин догоди у будућности). Следеће што је неопходно је да постоји потпуна и непосредна одговорност свих учесника. Оптужене особе суочавају се са својим жртвама и другима који трпе последице злочина и којима је дата могућност да објасне своје понашање, преузму пуну одговорност и буду део процеса који одлучује о начину како да обједини потребе свих заинтересованих. Такође, ресторативна правда тежи да врати у целину све оно што је било „раздвојено”, уништено кривичним делом. Наиме, злочин дели чланове једне друштвене заједнице на „ми-они”

<sup>2</sup> McEvoy, K., Mika, H., Hudson, B., „Introduction – Practice, Reformance and Prospects for Restorative Justice”, *Brit. J. Criminol.* (2002) 42, стр. 469.

<sup>3</sup> Cavanagh, T., *Adopting New Values for the Courts: What is Restorative Justice? The Court Manager*, (1998), 13/ 2/3, p. 24-27. Williamsburg, VA: National Association for Court Management.

начин размишљања. Ресторативне расправе налазе начина да превазиђу ту разлику, тако да „ми и они” буду поново повезани унутар једне друштвене заједнице постављене на здравим основама. Повраћај у једну целину свих чланова заједнице онемогућава изолацију унутар заједнице. Изолација се иначе јавља као природан пратилац злочина. То је отуђеност коју осећају како делинквент и жртва, тако и остали чланови друштвене заједнице који трпе последице. Међутим, ресторативна расправа не може да повеже жртву и делинквента у нешто што је већ постојало као нездрав, злостављајући однос. На крају, расправа у ресторативној правди стреми ка томе да оснажи заједницу у циљу да се спречи даље повређивање тиме „што ће изградити односе и обратити пажњу на значајна социјална питања која су на првом месту узроци злочина“.<sup>4</sup>

У литератури постоји и мишљење по коме је ресторативна правда „начин размишљања, начин понашања и начин расуђивања”.<sup>5</sup> Током деведесетих година прошлога века неки писци су описали ресторативну правду као одговор на криминално понашање које захтева да буду надокнађени губици као последице злочина од којих су патиле жртве, да се олакша успостављање мира и остваре мирољубиви односи између супротних страна. Током 1991. у Канади ресторативна правда је описивана као постојање принципа који подржавају и обештећују жртву уз посредовање, обештећују друштвену заједницу и уз помоћ којих се учествује у рехабилитацији делинквената уз ограничену употребу рестрикција и надзора.<sup>6</sup>

### **Новине у домаћем кривичном законодавству**

Пратећи сва она достигнућа теорије и праксе кривичноправног реаговања на криминалитет, у домаћем кривичном законодавству дошло је до извесних промена које указују на постепено, али доследно прихватање свих оних условно „новина“ које прате увођење и примену процеса ресторативне правде у нас. С друге стране, чак и законска решења која изричито прописују могућност примене процеса ресторативне правде наилазе на отпор, и стручне и опште јавности, где се објективни недостатак подзаконских аката често узима као субјективни изговор у непримењивању појединих решења.

---

<sup>4</sup> Stephanie Coward, „Restorative Justice in Cases of Domestic Violence: Healing Justice?” *Directed Interdisciplinary Studies*, Carleton University, Decembar 2000., с. 7.

<sup>5</sup> Bria Huculak, судија из Канаде који је учествовао на PATHS конференцији изложио је ову дефиницију 1995. Види: *ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*



Промене у кривичном законодавству у односу на пунолетне и малолетне учиниоце кривичних дела уносе извесне конкретне елементе ресторативне правде у домаћи, традиционално ретрибутивни кривичноправни систем.

Кривичним законом РС<sup>7</sup> предвиђено је више могућности отклањања или ублажавања штете причињене кривичним делом. Тако, одустајање од кажњавања представља меру која се најчешће примењује да би се избегло изрицање кратке казне затвора, уколико тежина дела, лична својства учиниоца и његово понашање после извршеног дела указују да се таквом казном не би постигла сврха кажњавања. Ова мера се примењује у току трајања кривичног поступка и њени најчешћи облици су: одлагање изрицања казне и ослобођење од казне.

Одлагање изрицања казне постоји, на пример, у кривичном законодавству Француске, када постоје услови за остварење социјалног рекламана кривца, за надокнаду штете настале извршењем дела или за отклањање сметњи проузрокованих кривичним делом. Суд у поступку одређује датум када ће одлучивати о казни и тада учиниоцу може да изрекне казну која је прописана законом, може га ослободити од казне или одложити изрицање казне. Одлагање може бити праћено обавезом учиниоца дела да испуни неки судски налог. Испуњавање тих налога у року који је одредио суд може бити основ да суд преступника ослободи од казне. Посебна могућност је да код одлагања изрицања казне буде одређено проверавање понашања преступника у трајању од шест месеци до две године.<sup>8</sup>

Ослобођење од казне постоји када суд у кривичном поступку утврди да је једно лице извршило кривично дело за које је кривично одговорно, али га ослобађа од казне. Тада се доноси осуђујућа пресуда и учинилац се сматра осуђеним лицем, без обзира на то што је ослобођен од казне. Осуда се уводи у казнену евиденцију и брише после одређеног временског периода, уколико осуђено лице не изврши ново кривично дело. Изрицање мера безбедности уз ослобађање од казне није искључено, мада се у пракси ретко примењује.<sup>9</sup>

КЗ Републике Србије прописује ослобођење од казне у чл. 58. Наиме, суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дела само

<sup>7</sup> Кривични законик РС, „Службени гласник РС“, бр. 85, Београд, 6. октобар 2005.

<sup>8</sup> Цит. према: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, I издање, СВЕН, Ниш, 2006., стр. 261.

<sup>9</sup> Јовановић, Љ., Јовашевић, Д., *Кривично право I, Отити део*, Полицијска академија, Београд, 2003., стр. 278-279.

када закон то изричито предвиђа.<sup>10</sup> Закоником је прописано ослобођење од казне и у случају поравнања учиниоца и оштећеног, када суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна ако је на основу постигнутог споразума сам оштећени испунио све обавезе из тог споразума (чл. 59). Суд може ослободити од казне и учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до пет година, ако после извршеног кривичног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони последице дела или надокнади штету проузроковану кривичним делом. Примена овог решења води скретању тока кривичног поступка у каснијој фази, на главном престресу и доводи до значајне улоге саме жртве која има значајно, активно учешће у делу који се односи на постизање споразума између жртве, односно оштећеног и учиниоца о обавезама које учинилац треба да испуни. Важно је да се подзаконским актима регулише сам ток постизања споразума, чији механизам још није заживео у пракси.

Следећа новина коју уводи законодавац јесте извршење једне или више обавеза које чине садржину заштитног надзора, а изричу се уз условну осуду са заштитним надзором.

Условна осуда са заштитним надзором или пробација (probation) је карактеристична за англоамеричка законодавства. Пробација значи условно одлагање казне и стављање осуђеника на пробу током одређеног времена уз вршење надзора. Пробација се примењује од средине XIX века у земљама англо-америчког подручја, као административна мера предузета према осуђеним лицима током преваспитног третмана или као једна од мера социјалне заштите, када се примењује према криминалцима и према лицима код којих постоје социјално-патолошке појаве. Предност пробације у односу на условну осуду је у успостављању заштитног надзора. У току заштитног надзора осуђеном се могу наметати извесне обавезе: да редовно или телефонски контактира са полицијом; да не напушта пребивалиште; да не излази из куће у вечерњим часовима; да врати предмет одузет кривичним делом; да накнади причињену штету оштећеном или да се подвргне лечењу од болести зависности. Ове обавезе уз условну осуду са заштитним надзором извршавају се у оквиру локалне заједнице.

---

<sup>10</sup> Суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дела из нехата кад последице тог дела тако тешко погађају учиниоца да изрицање казне у таквом случају очигледно не би одговарало сврси кажњавања. Осим тога, законодавац је предвидео ослобођење од казне у следећим случајевима: прекорачење нужне одбране (чл. 19 ст. 3), прекорачење крајње нужде (чл. 20 ст. 3), неподобни покушај (чл. 31), добровољни одустанак и добровољни одустанак од саучесништва (чл. 32).

Без обзира на свој назив, условна осуда са заштитним надзором није само варијанта условне осуде, већ посебна кривична санкција. И једна и друга имају исти ужи заједнички циљ. Ипак, засебност ове кривичне санкције огледа се у посебном начину њене примене и заштитном надзору који је неопходан за њено спровођење. Условна осуда са заштитним надзором подразумева додатно учешће државе у односу на учиниоца кривичног дела ради његовог друштвеног прилагођавања, чиме она добија другачији смисао у односу на саму условну осуду.<sup>11</sup> Примарна улога друштвеног ангажмана у заштитном надзору над осуђеним лицем одређује њену аутентичност. Њена примена ипак захтева углавном исте претпоставке као и примена условне осуде. Ову санкцију треба применити према делинквенту коме није целисходно изрећи условну осуду. Због пропуста начињених током његовог васпитања, њему је потребно осигурати помоћ и надзор у циљу поправљања, преваспитања и спречавања поврата. Тако, од једне алтернативне мере у односу на казну затвора, условна осуда прераста у врсту третмана на слободи. Тиме она губи карактер мере која има за циљ генералну превенцију, што је њена основна мањкавост у односу на савремене мере криминалне политике. Примена ове алтернативне санкције захтева добро упознавање личности делинквента клиничком методом, којом ће бити утврђени сви релевантни ендогени и егзогени фактори који су довели до извршења дела. Међутим, важно је организовати службу која ће се бавити спровођењем ове мере, што излази из оквира класичног пенитенцијарног третмана или ванинституционалног третмана, било пунолетних било малолетних делинквената. Такође, у неким пенолошким расправама о овој санкцији присутан је став који говори против давања потпуне слободе учиниоцу, већ се инсистира на ограниченој слободи која ће представљати мањи изазов за осуђеника. Зато се моменат судске индивидуализације сматра одлучујућим приликом доношења одлуке о примени ове мере.

Кривични законик РС прописује у чл. 71 условну осуду са заштитним надзором и предвиђа могућност суда да одреди стављање под заштитни надзор учиниоца коме је изречена условна осуда за одређено време у току времена проверавања. У чл. 73 прописане су обавезе обухваћене заштитним надзором, од којих су за реституцију односа учиниоца и жртве посебно значајне: испуњење обавеза издржавања породице, чувања и васпитања деце и других породичних обавеза, као и отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, а нарочито измирење са жртвом учињеног кривичног дела (т. 4 и 10).

<sup>11</sup> Видети опширније: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, стр. 257-258.

Законик о кривичном поступку Републике Србије<sup>12</sup> чланом 236. уводи начело опортунитета у случају кривичног гоњења пунолетних учинилаца кривичних дела. Овим се чланом предвиђа да јавни тужилац може, уз сагласност суда, одложити кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године, ако осумњичени прихвати једну или више од следећих мера, од којих су са становишта жртве значајне: да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету, да плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе, да обави одређени друштвено корисни или хуманитарни рад, да испуни доспеле обавезе издржавања. Осумњичени је дужан да прихваћену обавезу изврши у року који не може бити дужи од шест месеци. Ако осумњичени изврши ове обавезе, јавни тужилац ће одбацити кривичну пријаву, тако да се решење може посматрати као облик скретања традиционалног кривичног поступка, односно као диверзиона мера. У случају кривичних дела из члана 236, јавни тужилац може одбацити кривичну пријаву ако је осумњичени, услед стварног кајања, спречио наступање штете или је штету у потпуности већ надокнадио, а јавни тужилац, према околностима случаја, оцени да изрицање кривичне санкције не би било правично (чл. 237). На научним и стручним скуповима организованим на тему ресторативне правде од стране Виктимолошког друштва Србије<sup>13</sup> могла су се чути размишљања о томе да се ово начело ретко када примењује у пракси, јавни тужиоци нису заинтересовани за примену ових одредби, сматрају их сувише компликованим, а посебно постоји примена високог степена аутоцензуре, као последице страха да ће, поступајући по одредбама Законика, бити жигосани као корумпирани.

За разлику од ранијих одредби закона о материјалном, процесном и извршном кривичном праву у односу на малолетне извршиоце кривичних дела, које су се заснивале на традиционалном систему заштите права малолетника и третирања малолетних делинквената на класичан начин, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица РС,<sup>14</sup> предвиђа алтернативне моделе реакције на

<sup>12</sup> Законик о кривичном поступку, „Сл. лист СРЈ“ 70/2001 и 68/2002; „Сл. гласник РС“, бр. 58/2004 од 28. маја 2004. године; 85/2005; 115/2006.

<sup>13</sup> Округли сто „Ресторативна правда и права жртава“, Виктимолошко друштво Србије, Правни факултет у Нишу – Катедра за кривичноправне науке, Ниш, 23. новембар 2006. године; Округли сто „Ресторативна правда и права жртава“, Виктимолошко друштво Србије, Крагујевац, 7. децембар 2006. године

<sup>14</sup> Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица РС, „Службени гласник РС“, бр. 85, Београд, 6. октобар 2005.

малолетничку делинквенцију. Овај модел значи удаљавање малолетника од кривичног правосуђа и избегавање стигматизације малолетника вођењем кривичног поступка, изрицањем васпитних мера и казне.<sup>15</sup>

Диверзионе мере су васпитни налози који су предвиђени Законом у чл. 5, 6, 7 и 8. Услови за примену једног или више васпитних налога су:

1. да је малолетник извршио кривично дело за које је законом прописана новчана казна или казна затвора до пет година;
2. да је малолетник признао извршење кривичног дела,
3. да је препознао своју одговорност према оштећеном с обзиром на кривично дело које је извршио.

Сврха васпитних налога је да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се покренути поступак обустави, да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не би чинио кривична дела. Закон предвиђа више врста васпитних налога, од којих је са становишта жртве посебно значајно поравнање са оштећеним, како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела; а са становишта локалне заједнице укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја.<sup>16</sup>

Васпитни налог према малолетнику може применити надлежни јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике. Приликом избора васпитног налога узмеће у обзир у целини интерес малолетника и оштећеног. Осим тога, примењивањем једног или више васпитних налога не сме да се омета школовање или запослење малолетника. Трајање васпитног налога је одређено на временски период од најдуже шест месеци у ком року се може заменити другим васпитним налогом или укинати. Приликом избора и примене васпитних налога потребна је сарадња родитеља, усвојиоца или стараоца малолетника. Закон не предвиђа у чему ће се састојати та сарадња, као начин на који ће се спроводити ове диверзионе мере, тако да је остало да се подзаконским актима регулише низ питања везаних за конкретну примену васпитних налога.

<sup>15</sup> Видети: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Извршење казни и других кривичних санкција у Републици Србији*, I издање, СВЕН, Ниш, 2006., стр. 95.

<sup>16</sup> Осим тога, као васпитни налози предвиђени су: редовно похађање школе или редовно одлажење на посао, подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога, укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

Васпитним мерама упозорења и усмеравања припадају и посебне обавезе које се могу изрећи малолетнику када суд оцени да је одговарајућим захтевима или забранама потребно утицати на малолетника и његово понашање (чл. 14). Закон таксативно набраја десет посебних обавеза и предвиђа да се малолетнику може изрећи једна или више ових обавеза, од којих су са становишта жртве посебно значајне: извињење оштећеном; и надокнада проузроковане штете у оквиру сопствених могућности; а са становишта локалне заједнице волонтерско укључивање у рад хуманитарних организација или у послове социјалног, локалног или еколошког садржаја.

Критеријуми за избор посебних обавеза су: карактеристике личности малолетника, прилике у којима малолетник живи и спремност малолетника да сарађује у остваривању обавеза. Суд води рачуна о овим критеријумима и одлучује коју ће обавезу изрећи малолетнику уз васпитну меру, затим упозорава малолетника да му у случају неиспуњења једне или више посебних обавеза оне могу бити замењене неком другом обавезом, односно другом васпитном мером и такође врши надзор над извршењем посебних обавеза (судија за малолетнике суда који је судио у првом степену) о чему може тражити и мишљење органа старатељства (чл. 14 ст. 3, 7 и 8, чл. 101 ст. 1 и 2).

У случају изрицања посебне обавезе која се састоји у накнади проузроковане штете, суд ће одредити висину и начин накнаде штете радом малолетника и то највише шездесет часова у периоду од три месеца, колико може трајати ова посебна обавеза, али тако да тај рад не омета школовање или запослење малолетника (чл. 14 ст. 5). У овим случајевима не тражи се престанак жртве, а када се ради о примени обавезе накнаде штете, суд одређује висину и начин накнаде штете радом малолетника, тако да се жртва не појављује као активни актер нити се узимају у обзир њене потребе, осећања и размишљања. Посебне обавезе се могу изрећи малолетнику приликом изрицања било које од васпитних мера, не само мера појачаног надзора. Сврха изрицања посебних обавеза је да малолетник преузме већи степен одговорности за своје понашање и да се над његовим понашањем врши одређени надзор од суда и стране стручних лица. Постоји извесна сличност између посебних обавеза и диверзионих мера, али се оне не могу изједначити. Смисао изрицања диверзионих мера је да се оне изричу уместо санкције, не уз санкцију и да на њих малолетник сам пристаје. Посебне обавезе се изричу у току кривичног поступка и за њихово изрицање није потребна сагласност или престанак малолетника.

### Уместо закључка

Ресторативна правда, уместо ретрибуцији тежи ка поновном успостављању стања нарушеног извршењем кривичног дела, што се постиже применом разних метода: посредовањем између учиниоца кривичног дела и жртве, извињењем, мирењем, накнадом штете или другим облицима надокнаде причињене штете жртви. Оно што не постоји у одредбама домаћег кривичног законодавства јесте примена ресторативне правде у затворима, што би био један од предлога за будућа законска решења.

Ресторативна правда се примењује у неким земљама у установама за извршење казне затвора као посебан систем или као део казне.

С обзиром на то да се у оквиру концепције ресторативне правде криминалитет сагледава као повреда или нането зло, извршилац кривичног дела треба да настоји да отклони или исправи последице учињеног дела. При томе се потенцирају потребе жртве и шири утицај криминалитета на друштво у коме преступник живи, како би се постојећи конфликт разрешио на најбољи могући начин.

На први поглед изгледа да је примена казне затвора антитеза идеала примене ресторативне правде и да се принцип ресторативне правде не може применити у затворској средини и на осуђеничку популацију. Међутим, када затвор сагледамо као институцију у којој се осуђеници припремају да се врате у друштво и да више не врше кривична дела, онда затвор може да буде сагледан и као идеална околина за практичну примену ресторативног процеса.

Постоји неколико различитих начина како се принципи ресторативне правде могу применити унутар самог затворског контекста. Најпре је неопходно препознати да криминалитет није нешто што се дешава само унутар затворских зидина и применити методе ресторативне правде у оним случајевима када осуђеници признају извршено дело за које се налазе у затвору и сматрају се одговорним за своје поступке. Други услов за примену ресторативне правде је одређена врста извршеног деликта. У практичној примени ресторативно пресуђење се примењује у следећим случајевима: 1. оштећење имовине, 2. вербални деликти (претње и увреде), 3. туче, 4. делинквенција малолетника.<sup>17</sup>

За спровођење процеса ресторативног пресуђења одговорно је затворско особље које је завршило мултидисциплинарну обуку и које

---

<sup>17</sup> *Restorative Justice in Prisons*, „With a little imagination and a lot of courage, prisons could become a natural setting for Restorative Justice” Kimmitt Edgar, Oxford Centre for Criminological Research, Prison Service Journal / Resource Book and Report, 2002.

поступа по посебним протоколима. Протоколима се предвиђају основни принципи примене ресторативне правде у затворским условима. У три затвора у Енглеској – Бристол, Норвич и Винчестер (Bristol, Norwich и Winchester) у протоколима је предвиђено да је за примену ресторативног процеса потребно присуство „службеника извештача” тј. особе одговорне за извештај о затворенику, самог затвореника, било које жртве која може да буде оштећена, гувернера који пресуђује и могуће групе особља затворског крила. Сва ова лица треба да дају пристанак да учествују у овом процесу и ако било ко од њих одустане, процес се зауставља без обзира на фазу у којој се налази и наставља се са кривичном процедуром. Протоколом је такође предвиђено:

- за иницирање ресторативног процеса неопходно је признање кривице затвореника, ако затвореник против кога се води поступак не призна одговорност, било би пожељно да се традиционално пресуђује;

- када не може да се постигне договор о репарацији не треба никога присиљавати у доношењу одлуке, преговарање може да се настави или може да се размисли о алтернативним начинима решавања ситуације;

- сви састанци морају да буду добровољни и да све странке дају свој пристанак;

- затвореник не сме да буде приморан да потписује било какве споразуме и, уколико се то догоди, може да обустави даљу сарадњу;

- споразуми о репарацији треба да се односе на околности случаја и да не буду у несугласности са преступником;

- док води састанак, фацилитатор не треба да показује на чијој је страни, да исказује своја мишљења или усмерава поступак.

У ресторативном процесу приликом примене ресторативне правде неопходно је придржавати се следећих принципа:

1. укључивање жртве, затвореника и чланова затворске средине у процес;

2. обезбеђивање сигурне околине за рад;

3. претходно прихватање одговорности од стране затвореника;

4. све стране учествују у потпуности на добровољној бази;

5. све стране имају пуну подршку пре, за време и после процеса;

6. затвореник активно учествује;

7. пажљива припрема свих странака;

8. сви фацилитатори треба да буду искусни и тренирани;

9. закључци са састанака треба да имају елементе репарације;



10. требало би да постоји повратни одговор о процесу како од особља, тако и од затвореника.<sup>18</sup>

Примена ресторативне правде у затворским условима вишеструко користи затвореницима. Могућност репарације развија код затвореника сопствени смисао вредности јер су у ситуацији да помогну другима, својој породици и друштву. Способност да буду великодушни битан је део хуманости. Затим, ресторативна правда уводи друштво у затвор и затворенике чини видљивијим онима који су ван затворских зидина. Ресторативна правда омогућава да друштво препозна своју одговорност према затвореницима јер су затвори део друштвеног контекста. Ипак, најважније је да примена ресторативне правде омогућава да затвореници на прави начин сагледају своје понашање и штету коју је такво понашање проузроковало. Уколико се ресторативан приступ користи за решавање дисциплинских престапа затвореника, онда циљ није једноставно кажњавање затвореника који је прекршио неко затворско правило, већ је циљ да се затворенику помогне да разуме како да живи као део друштва унутар затвора.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> *Restorative Justice in Prisons*, op. cit., стр. 80.

<sup>19</sup> Видети опширније: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., op. cit., стр. 111-113.

**Miomira Kostić, LLD, Associate professor**

## RESTORATIVE JUSTICE IN DOMESTIC LEGISLATION

### *Summary*

The changes in criminal legislation concerning minor, as well as adult offenders bring about certain specific elements of restorative justice in domestic, traditionally retributive, criminal law system.

The Criminal Code of the Republic of Serbia, in article 58, provides acquittal. The court may acquit the offender, if the crime he committed is sanctioned with up to five years imprisonment, if after committing the crime, and before finding out he was discovered, he eliminates the consequences of the crime or compensates the damages caused by the crime. The Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia, by article 236, introduces the principle of opportunity in the case of criminal prosecution of adult offenders. The Statute on Minor Offenders and Criminal Law Protection of Minors of the Republic of Serbia provides for the alternative method of reaction to minor delinquency. This model means distancing the minor from the criminal court system as well as avoiding the stigmatization of minor by prosecution, which can be achieved through correction measures and fines. Hence, the correction measures of warning and directing encompass the specific duties which can be imposed on minors when the court assesses such measures are necessary in order to influence the minor and his behavior (art. 14). One of the suggestions for the reform of domestic criminal legislation refers to application of the restorative justice in prisons.

**Key words:** restorative justice, crime, minor delinquency measures, corrective measures

## ПАТЕНТИРАЊЕ ПРОИЗВОДА БИОТЕХНОЛОГИЈЕ

### *Апстракт*

Доба у коме живимо обележила је научно-технолошка револуција, нарочито у области информационе технологије и биотехнологије. Под биотехнологијом у ужем смислу подразумевамо примену организама, биолошких система и биопроцеса у индустријској производњи. Биотехнологија је мултидисциплинарна област која обухвата хемијске, биолошке и инжењерске науке. Централни део биотехнологије представља генетски инжењеринг, који се још назива и клонирање гена.

У раду су обрађена најважнија правна питања у вези са могућношћу патентне заштите биотехнолошких производа (ДНК низа, гена и др.). Поред изношења научне аргументације *pro et contra* патентне заштите за ови врсту проналазака, дат је и приказ националне и међународне легислативе у овој области.

**Кључне речи:** биотехнологија, проналазак, патент, ДНК низ, ген.

### Основни појмови у биотехнологији

Појам “биотехнологија” односи се на широко подручје употребе живих организама: од микроорганизама коришћених при ферментацији пива до софистицираних метода генске терапије. У најширем смислу, биотехнологија означава многе процесе примењене биологије. Међутим,

---

\* Асистент Правног факултета у Нишу.

под биотехнологијом у ужем смислу, подразумева се примена организама, биолошких система и биопроцеса у индустријској производњи.<sup>1</sup>

Биотехнолошке методе можемо поделити на традиционалне и савремене. Традиционална биотехнологија поред разних видова ферментације (пиво, вино, млеко и млечни производи), обухвата и манипулацију генима путем тзв. конвенционалних метода оплемењивања. Реч је о тзв. вертикалном преносу гена с родитеља на потомство унутар исте врсте. Савремена биотехнологија или генетски инжењеринг је вид вештачке (неприродне) манипулације и преноса гена између индивидуа различитих несродних врста.<sup>2</sup> Генетски инжењеринг обухвата технолошке поступке којима се вештачким путем, коришћењем посебних вектора (вируса, плазида или распонзона) савладавају заштитне баријере неке врсте и у њу преносе делотворни гени друге несродне врсте, с циљем добијања нових организама. Два су основна вида генетског инжењеринга: генетско побољшање и генска терапија. Генетско побољшање подразумева додавање гена који контролише одређено пожељно својство са жељом унапређења (побољшања) одређеног организма. Сврха генске терапије је замена штетног гена у организму с намером лечења наследне (генетски узроковане) болести. Овако схваћена биотехнологија је мултидисциплинарна област која обухвата хемијске, биолошке и инжењерске науке.

Да би се схватило шта се све може учинити уз помоћ биотехнологије, нужно је познавање основних хемијских начела живота, нарочито структуре и функције беланчевина и генетског материјала, односно ДНК. Основна јединица биолошке организације на нашој планети је ћелија. Људско тело изграђује око 100 милијарди ћелија, подељених у стотинак разних типова од којих сваки има свој задатак. Супротно томе, већина организама који се користе у биотехнологији, што ће рећи микроби, једноћелијски су. Свет микроба чини више типова организама, од којих су три групе битне за биотехнологију: бактерије, алге и гљиве.

У сложеним хемијским реакцијама кључну улогу имају молекули протеина које називамо ензимима – биолошким акцелераторима, односно катализаторима. Живи организми садрже на хиљаде ензима. Сви ензими су протеини, који могу бити различите структуре. Протеине изграђује 20 различитих врста аминокиселина. У ланцу (низу) који садржи само 12

---

<sup>1</sup> Биотехнологија налази своју примену, нарочито, у медицини, прехранбеној индустрији, производњи пластичних маса, индустрији енергената итд.

<sup>2</sup> Генетски инжењеринг који се још назива клонирање гена, обухвата генетичко манипулисање, повезивање гена или истраживање рекомбинантне ДНК. Тиме, научници могу захватити саму срж живота.

различитих аминокиселина (од укупно 20), оне се могу нанизати у милијардама различитих пермутација.

Нуклеинске киселине су сложени биомакромолекули велике молекулске масе. Оне су хемијски носиоци генетских информација у свим организмима. Постоје две врсте нуклеинских киселина: дезоксирибонуклеинска киселина – ДНК и рибонуклеинска киселина – РНК, које су по саставу и структури сличне, али им се функције разликују. Функција ДНК је очување и тачно преношење генетских информација са генерације на генерацију живих организама. РНК врши "преписивање" генетских информација са ДНК и њихово "превођење" у структуру протеина.

Људски геном је сет есенцијалних шематских планова који се користе у креирању људског бића. Геном представља генетски садржај једног организма (скуп свих гена у организму).<sup>3</sup> Расветљавање функције сваког његовог непознатог гена може довести до лека за карцином, срчане болести, дијабетес итд.

Скоро сваки организам, укључујући и људски, чува своју генетску информацију у геному који се базира на ДНК. Молекул ДНК<sup>4</sup> се налази у срцу живота, јер садржи неопходне инструкције за настанак живих бића. Генетска конституција (генотип) једног живог бића одређује његов изглед и његове физичке карактеристике (фенотип), у уском садејству са средином. При том, ДНК су у ћелијама виших организама "спаковане" у посебне органеле које се зову хромозоми. Сваки хромозом садржи хиљаде гена, а сваки ген садржи одређену комбинацију ДНК низа. Ген је основна јединица биолошког наслеђа. Он представља посебни фрагмент ДНК који садржи неопходне инструкције за израду, односно синтезу одређеног протеина.<sup>5</sup> ДНК омогућава нашем геному да пренесе наследне информације новим генерацијама.

Развој "рекомбинантне ДНК технологије" 1973. године, био је још једно значајно откриће на пољу генетике. Научници Herbert Boyer и Stanley Cohen утврдили су да се ген једног бактеријског организма може изместити и рекомбиновати "in vitro" са ДНК другог бактеријског организма. Рекомбиновани ДНК би се, затим, могао поново убацити у

---

<sup>3</sup> Број гена варира од једног до другог организма. Бактерије имају око 5.000 гена, пивски квасац 7.573, док људско биће има око 80.000 гена.

<sup>4</sup> ДНК има једноставну структуру и састоји се од четири типа нуклеотида, које су суштини базе: аденин (А), тимин (Т), цитозин (Ц) и гуанин (Г), који се међусобно повезују у низ. РНК уместо тимина има урацил (У).

<sup>5</sup> Данас познат као примарни молекул живота, ДНК је открио Frederick Miescher, почетком 19. века, али су тек 1958. године истраживачи James Watson и Francis Crick дали савремен модел ДНК.

први организам, како би потврдио генске карактерне особине. Иако је ово откриће представљало "рађање" био-технолошке ере, према данашњим стандардима, употреба рекомбинантне ДНК технологије је тривијална када се примењује на бактеријске системе. Манипулисање генима виших организама као што су људски, представља много значајнији изазов.

### Патент и биотехнологија

Технике генетске модификације омогућавају уношење нових својстава у организме, али контроверзно је питање у којој мери је могуће патентирање тако добијених модификованих живих облика. Америчко право, као и ЕУ, омогућавају патентну заштиту за све модификоване организме.

Израз "технологија рекомбинантне ДНК" обухвата низ техника које могу бити коришћене за модификацију генетског наслеђа организама, уметањем или одсецањем фрагмената ДНК. Пажња је, најпре, била фокусирана на микроорганизме и извештан број комерцијалних поступака тренутно користи генетске микроорганизме програмиране за производњу супстанци које се у природи не производе (нпр. инсулин, хормон људског раста или неки ензими).

Што се тиче биљака, традиционална селекција и генетски инжењеринг имају исти циљ - уношење нових својстава у њу, уметањем у њен геном или модификовањем истог.

Генетска модификација животиња за узгој и риба још је експерименталној фази. Циљеви истраживања обухватају резистенцију на инфекције и брзину раста.<sup>6</sup>

У домену људских болести проузрокованих генетском аномалијом, примена метода рекомбинантне ДНК се фокусира на поље дијагностицирања, али у току су истраживања и терапеутских примена.<sup>7</sup>

Програм генске терапије на ембриону (заметку), врло је радикалан и контроверзан. Овај тип манипулације носиће модификације генетског садржаја овуле или сперматозоида и биће преносив на будуће генерације.

---

<sup>6</sup> Једна метода производње фармацеутских супстанци на бази млека домаћих животиња, је у напредној фази. Иначе, прва генетски модификована животиња за коју је одобрена патентна заштита, а која може бити корисна за медицинска истраживања, био је миш који је био предиспониран за канцер, ради вршења канцерогених проба.

<sup>7</sup> Први покушај модификације ћелија људског тела (радило се о ћелијама коштане сржи) трансфером гена, учињен 1984. у САД, доживео је неуспех. Али, 1990. успешно је коришћена слична метода за генетско модификовање белих крвних зрнаца.

## 2.1. Патенти у биотехнологији

Научни проналазачи и индустријски произвођачи имају снажан и чини се оправдан интерес да своје производе из области биотехнологије патентирају.

**Природне супстанце** уколико представљају сложена једињења природног порекла, могу, у принципу, бити патентирани када су изоловане из њихове природне средине, идентификоване и дате први пут на располагање и када је развијен поступак за њихову производњу и употребу у практичне сврхе. Једнако важи и за неживе супстанце.

**Микро-организми** се тренутно могу патентирати у САД-у, Европи и у Јапану. Иако је 1873. године Пастеру био одобрен патент за "квасац ослобођен из клица болести, као индустријски производ", амерички судови су касније сматрали да се "откриће дела природе" не може патентирати. У случају Chakrabarty, Врховни суд САД је одлучио да се један микроорганизам не може искључити из заштите само зато што је био жив.<sup>8</sup>

**Патенти за биљке**, такође, могу бити одобрени. У САД-у је 1985. године, у случају Hibberd одобрен патент за генетски модификовану биљку. У Европи је 60-их година 20-ог века донета посебна конвенција која се тиче права узгајивача биљака (тзв. "Права на биљне врсте"), а 1961. године је створена Међународна унија за заштиту биљних врста. Првобитно, конвенција није пружала заштиту биљних варијетета, али је ревизијом из 1991. године омогућена двострука заштита путем сертификата биљне врсте и путем патента.

**Животињске врсте** су почев од 1987. године, када је у САД-у заузет став да генетски модификоване животиње могу бити заштићене патентом, почеле да добијају заштиту. Први патент за једну животињу одобрен је Харвардском универзитету, 1988. године, за онко-миша (oncomouse).<sup>9</sup> Касније је и Биро за Европске патенте у Минхену одобрио овај патент.

**Патенти за гене** могу бити добијени у свим областима биотехнологије. У случају проналаска у области рекомбинантне ДНК, патент описује низ нуклеотида, који кодира производњу протеина, векторе (нпр. плаزمида који садржи овај низ), микроорганизме или више организме трансформисане уз помоћ овог низа, или поступак по коме низ

---

<sup>8</sup> Дакле, једна бактерија (*Pseudomonas*) модификована тако да садржи више од једног плаزمида који контролише разградњу hydrocarbона, постала је нова бактерија, различита од оних које постоје у природи.

<sup>9</sup> Иначе, прва клонирана животиња била је овца. То је учињено у другој половини 20-ог века у Енглеској.

производи сам себе (нормално само ако је производ нов *per se*). Патентбилност ДНК низа чија је функција непозната, остаје дискутабилна. Међународна организација за људски геном (HGO), противи се патентирању фрагмената ДНК низа, чија улога није дефинисана.

## 2.2. Услови патентне заштите

Национални патентни закони преко органа надлежног за одобравање патената,<sup>10</sup> признају заштиту за одређени проналазак уз испуњеност формалних и материјалних услова. У нашем праву, материјалноправни услови су: новост, инвентивни ниво и применљивост. Исти услови предвиђени су и у ТРИПС-у. У праву САД, проналазак мора да испуни законске услове у погледу предмета заштите, корисности, новости и неочигледности. Осим тога, проналазач мора да испуни и захтеве из Упутства Управе за патенте и жигове (Patent and Trademark office-PTO), у погледу захтева корисности (за све проналаске), док подносилац захтева за патентирање гена има обавезу да научи друге како да користе његов проналазак на најмање један начин.<sup>11</sup>

Захтев за патентирање одређеног проналаска треба да буде исказан на такав начин да нарочито истиче и јасно тражи патент за предмет који подносилац сматра својим проналаском. Релевантни захтеви у биотехнологији могу се односити на протеине, ДНК молекуле, ћелије, антитела, методе третмана, методе рекомбиновања производа, олигосахариде, олигонуклеотиде итд. Такође, могу се односити на уређаје за испитивање, хроматографске стубове, методе вођења електрофорезе, пептидне плоче и дијагностичке методе. Све ово може представљати "законске предмете захтева за патенте".

## 2.3. Основ и услови патентирања гена

Патентирање гена се разликује од патентирања неког хемијског једињења или процеса за коришћење или мењање генетског производа, иако и то може бити део захтева. Генетски патенти покривају молекуле ДНК, али не и код за његов генетски низ.

Према америчком праву (а слично је и у другим правима), патентом се може заштитити сваки нови и користан процес, машина, производ или склоп производа или свако њихово ново и корисно

---

<sup>10</sup> У нашој земљи надлежан је Савезни завод за интелектуалну својину, у САД-у је то Управа за патенте и жигове (Patent and Trademark office - PTO).

<sup>11</sup> Utility Examination Guidelines, 66 Fed. Reg. 1092, 1092 (Jan. 5, 2001).



унапређење. У нашем Закону о патентима, из 2004. године, предмет проналаска је производ или поступак. Законски предмет заштите не обухвата природне феномене или производе. Због тога је, раније, код многих у биотехнолошкој индустрији владао страх да ће гени, као производ природе бити искључени из патентне заштите.

Врховни суд САД је у случају *Diamond v. Chakrabarty*<sup>12</sup> одлучио да се микроорганизам добијен генетским инжењерингом може патентирати. Иако је бактеријски организам само трансформисан уз помоћ гена који кодирају протеине коришћене у обради сировог уља, класификација бактерије као "људског производа", насупрот "природног производа", испуњава законске захтеве (законског предмета заштите), јер тај организам није постојао у природи са додатним генима. Гени садржани у новом организму били су заштићени патентом.

Да би могао да добије патентну заштиту, ген мора да испуни услове који се траже за сваки проналазак. Ови услови се, углавном, могу свести на три најзначајнија.

**Новост** - Основни услов који мора да испуни сваки проналазак тиче се новости. Научни истраживачи у области биотехнологије су се плашили да ген неће испунити овај захтев, зато што генетски низ, онакав какав постоји у бази података, јесте ранија творевина. Схватајући разлику између патентираног гена и оног који се може наћи у бази података или у геномима природних организама, можемо рећи да је захтев новости испуњен у случајевима у којима је патентирани ген измештен из свог окружења.

Према поменутом Упутству америчке Управе за патенте и жигове, генски низ се може патентирати онда када научник одвоји део који кодира протеин од ирелевантне информације из генског низа. Примењено на људски геном, научник мора да изврши значајне измене сировог генетског низа, како би изоловао ген који га занима. У овом случају, савремена политика патентирања гена третира новоизоливане генске низове попут природних хемикалија и могу се патентирати у изолованом или пречишћеном облику, што представља концепт који је већ законски познат.

**Не-очигледност** - Да би проналазак добио патентну заштиту мора да задовољи и захтев не-очигледности. Овај услов се захтева у праву САД, а он одговара инвентивном нивоу - услову који познају национална европска права. Амерички Амандман о патентима из 1995. године,

---

<sup>12</sup> *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 305-06 (1980).

захтева да се принцип не-очигледности примењује како на процес, тако и на сам предмет захтева.

Обесхрабрани подносиоци захтева за патентирање гена одахнули су када је Апелациони суд на федералном нивоу изрекао да "општа мотивација да се трага за неким геном који већ постоји, не чини нужно очигледним посебно дефинисани ген, који је накнадно добијен као резултат тог истраживања".<sup>13</sup> Стога, било је могуће патентирати ген користећи методу очигледности.

**Корисност** - Услов корисности из америчког права који представља пандан применљивости у континенталној Европи је, можда, најважнији, али и до сада највише злоупотребљаван захтев у патентним пријавама гена. Према поменутом Упутству, корисност сада обухвата захтеве "специфичности, битности и уверљивости". Поступак испитивања корисности генског проналаска спроводи се у четири фазе. У првој фази се врши провера испуњености законског предмета заштите и провера постојања очигледне и добро утврђене корисности. У другој фази врши се установљивање специфичне и битне корисности која је уверљива. Захтев ће се одбити ако је корисност занемарљива, безначајна или неуверљива. Уверљивост се може добити остваривањем само једне специфичне и значајне корисности која би се видела у подацима са теста, писменим исказима експерата или штампаним публикацијама. Уколико се то не оствари захтев ће се одбити. Коначно, испитивач мора да прегледа све доказе и утврди да ли би просечан познавалац сматрао ту корисност специфичном, битном и уверљивом.<sup>14</sup>

Поставља се питање колики треба да буде ниво корисности за одређену методу или једињење. По овом питању треба навести случај *Brenner v. Manson*.<sup>15</sup> Овај последњи је изумео процес за стварање стероида који је хомологан са једним другим стероидом који инхибира ефекте тумора код мишева. Суд је одлучио да је то недовољно да покаже да би стероид направљен процесом за који он подноси захтев, такође имао такав ефекат. Суд је донео одлуку да процес његове производње није користан. Тиме је, очигледно, желео да заустави оно што је протумачено као плима нетражења доказивања корисности. Апелациони суд за патенте је изрекао,

<sup>13</sup> *In re Deuel*, 51 F 3d 1552 (Fed. Cir. 1995).

<sup>14</sup> Нема сумње, да уколико се докаже да, нпр, неко једињење уништава коров, или умањује бол или лечи инфекцију, оно се сматра корисним за потрошаче. Исто тако, уколико је неко једињење корисно као лабораторијски реагенс, нпр. као боја за детектовање присуства протеина на хроматограму, оно је корисно за научно-истраживачку заједницу. Међутим, јасно је да уколико је неко једињење "корисно" само да би се открило за шта је оно добро, таква "корисност" није довољна.

<sup>15</sup> *Brenner v. Manson*, 383 U. S. 519 (1996)

да корисност мора да постоји уколико процес за који се тражи патент резултира жељеним производом и уколико тај производ није штетан по јавност. Међутим, Врховни суд је "преокренуо" правну ситуацију и донео сасвим другачију одлуку, устврдивши да "уколико процес није, и све док не буде рафиниран и развијен до тачке где постоји одређена корист у форми која је тренутно расположива – не постоји довољно оправдања да се подносиоцу пријаве призна право за нешто што може бити заиста широка област".

Импликације наведене одлуке су, заиста, прилично нејасне, осим једноставне изјаве да "није довољно задовољити захтев корисности само да би се доказало да процес за који се тражи патент успешно производи свој жељени производ, ако не постоји никаква конкретна или позната употреба тог производа". Овај случај чврсто држи до тога да екстраполација из хомологних једињења није довољна. Али, потпуно је нем по питању да ли су "in vivo" и "in vitro" тестови потребни да би се установила терапеутска корисност стероида или других једињења. Заправо, елемент адекватног доказа терапеутске корисности, задаје највеће проблеме пријавиоцима који настоје да заштите своје биотехнолошке проналаске. Уред за патенте и жигове (РТО) САД-а често захтева такве нивое доказа који су за пријавиоца или превише скупи или захтевају много времена за прикупљање доказа. У случају "Ex parte Balzarini",<sup>16</sup> одбијен је захтев за заштиту фармацеутског састава за кога се тврдило да је ефикасан у лечењу ретро-вирусних болести код људи и животиња. Спецификација је садржала само "in vitro" тестове. Овакав приступ РТО чини се савим природним, нарочито када се ради о саставима као што су вакцине, анти-вирусна и анти-туморска средства и сл.

Дилема са којом се суочава пријавилац патента за ново терапеутско једињење, често се разрешава откривањем, поред праве намене његовог проналаска и "сигурне" корисности која се може установити без икаквих проблема. Тако, нпр. једињење које се сматра токсичним за ћелије рака, могло би бити корисно у методи праћења фактора који доводе до раста ћелија рака које су отпорне на ефекте таквог токсина. ДНК молекула би се могао сматрати корисним реагенсом за припремање ДНК анализе на контролисани начин у процесу стварања нарочито везивног ДНК из комбинација једињења. Понекад, стварање ових "сигурних" корисности успева. Понекад, међутим, РТО не жели да их прихвати.

---

<sup>16</sup> 21 U. S. P. Q. 2d 1892 (BPAI 1992).

Питање која се то корисност може патентирати стално се поставља у вези са великим бројем фрагмената гена ("expression sequence tags" - ESTs), за које су се недавно тражили патенти од Националних здравствених института.

Према новом Упутству РТО, није довољно само издвојити ген из његовог природног статуса у геному и нагађати његову функцију. Патентирани ген мора имати "специфичну, битну и уверљиву" употребу. Овај "нови" стандард делом је утемељен у Одлуци Врховног суда САД (у поменутом случају *Brenner v. Manson*), према којој се корисност неког проналаска не утврђује само доказивањем да је дати производ резултат научног испитивања. У наведеном случају, тај производ није био ген, већ хемијски синтетизовано једињење, за које је проналазач тражио заштиту. Суд је одлучио да тај проналазак не може добити патентну заштиту, јер "он не представља награду за истраживање, већ компензацију за његово успешно окончање". Јавност не би имала никакву корист из стварања таквог монопола над будућим научним знањем.<sup>17</sup>

Чак и пре завршетка људског генома, технологија комбиновања ДНК, из 90-их, омогућила је патентирање фрагмената гена (ESTs). У суштини, ови ESTs нису имали никакву биолошку функцију, већ су представљали оно што се сматрало делом целог гена.<sup>18</sup> У патентним пријавама се тврдило да се они користе у научним испитивањима, за проналажење гена или других ESTs, или за уцртавање гена у хромозоме. У неким пријавама се ишло толико далеко, да се тврдило да се ESTs користе у испитивањима за употребу у псећој храни и шампону (што би се тешко могло назвати "специфичном, битном и уверљивом користи", због недостатка комерцијалне одрживости). Истраживачи су се оштро побунили против захтева за патентирање ESTs, зато што се они лако добијају, а постоји опасност да би власник патента за ESTs могао да спречи остале истраживаче да добију патенте за читав генски низ, што би било контрапродуктивно. Тиме би се са мало улагања створио широк монопол са доста друштвеног профита.

---

<sup>17</sup> У недавном случају *Amgen v. Hoechst Marion Roussel, Inc* (126 F. Supp. 2d 69 (D. Mass. 2001)), Окружни суд Масачусетса је судио поводом спора око инвалидитета и недостатка способности по питању рекомбинантног ДНК патента, који је поседовао Amgen. Овај последњи је тражио осуду туженика који су нарушили извесна његова права на патент за њихов најпродаванији лек Ероген. Amgen је први открио и произвео овај рекомбинантни ДНК производ који је сличан људском изолованом еритропротеину и данас се користи у великом броју медицинских третмана. Суд је прихватио већину Amgenovih захтева.

<sup>18</sup> Просечни EST садржи 300-500 база, што представља 10-30% целе дужине гена у његовој уплетеној форми, а само 3-5% од његове пуне геномске величине.

Патентирање других типова корисних, али ипак некодирајућих генетских информација, ће на исти начин подстицати проналаске, а смањивати непотребна истраживања.<sup>19</sup> Стога, многи од њих немају никакав ефекат на функцију гена, али се верује да носе предиспозиције појединца за одређене болести или да утичу на њихову реакцију на одређене болести

Међутим, геном у свом природном облику и даље се сматра природном супстанцом. Давање монопола над читавим геномом довело би до неадекватне награде, уништило циљеве најповољније расподеле и спречило проналаске у новим областима, тиме што би за будуће истраживаче увело огромне цене за добијање дозвола. Зато, мало је вероватно у будућности добијање заштите за читав људски геном.

Власници патената, данас, страхују да због тога што минималне промене у ДНК низовима често воде до безначајних промена у протеинима, патентна заштита може постати, суштински, бескорисна. Овај проблем може се превазићи, како применом нових упутстава о корисности, тако и стандардом не-очигледности: Овакав патент може се издати само ако проналазач докаже нову "специфичну, битну и уверљиву" употребу.

### 3. МЕЂУНАРОДНИ ОКВИР

#### 3.1. Конвенција ун о биолошкој разноврсности

На светском нивоу најзначајнији извор права у области биотехнологије представља Конвенција УН о биолошкој разноврсности (донета јуна 1992. године, а ступила на снагу децембра 1996.), коју је до данас ратификовао највећи број држава. Циљ конвенције је гарантовање очувања биолошке разноврсности, разумно коришћење генетских ресурса и правично дељење добити из таквог коришћења.

Генетски ресурси су означени као "заједничка тековина човечанства која треба да буде очувана и слободна на располагање свима, за употребу у корист садашњих и будућих генерација." Ипак, у чл. 15, конвенције признаје се суверено право држава над њиховим природним ресурсима и да одреди начин њиховог коришћења.

---

<sup>19</sup> Тако, нпр. појединачни нуклеотидни полиморфизми (ПНП), јесу геномски низови у којима је појединачни нуклеотид измењен. ПНП-и се налазе како у кодирајућим, тако и у некодирајућим областима и то обично на свакој стотој до хиљадитој бази у геному.

У замену за приступ ресурсима, држава донор ће извучити корист преко три механизма:

- учешће у истраживању (чл. 15, ст. 6);
- дељење резултата истраживања и прихода од њиховог комерцијалног искоришћавања (чл. 15, ст. 7) и
- приступ произведеној технологији и њен трансфер (чл. 16, ст. 1).

У реализовању наведених циљева, конвенција признаје легитимну улогу интелектуалне својине.

Наведена конвенција обезбеђује основу за развој међународних уговора којима се регулише прекогранично кретање генетски модификованих живих организама. Ово питање је регулисано у Протоколу који је закључен у Монтреалу, крајем 2000. године. Протокол обезбеђује да генетски модификовани организми не доведу у опасност биолошку разноврсност у држави пријема. Такође, он треба да отклони претње по људско здравље. Протокол примарно регулише питање увоза трансгенских клица. Захтева се од државе извознице да обезбеди довољно научних информација да би се смањили ризици по државу увознику. Новоустановљена институција "Biosafety Clearing House", која сакупља и дистрибуира релевантне информације, дефинисана је овим Протоколом.

### **3.2. Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (трипс)**

ТРИПС, који је усвојен 1994. године, уређује материју патената у области биотехнологије. У чл. 27, ст. 1, прописано је да ће се патенти одобравати за све проналаске без обзира да ли се ради о производу или поступку из свих грана технологије, под условом да су нови, представљају резултат инвентивности и индустријски применљиви.

У ст. 2, истог члана, дато је право државама чланицама да могу изузети из патентне заштите проналаске ако је њихово искоришћавање противно јавном поретку или моралу, укључујући заштиту живота или здравља људи, животиња или биљака или ради избегавања озбиљне штете по околину, под претпоставком да се такав изузетак не учини само зато што је искоришћавање забрањено њеним прописима.

Најзад, у чл. 27, ст. 3, т. (б), дата је могућност чланицама да могу изузети од патентирања биљке и животиње осим микроорганизама, и битно биолошке поступке за производњу биљака или животиња осим небиолошких и микробиолошких поступака. Међутим, чланице ће пружити заштиту биљних врста било патентима или правом *suī generis* или комбинацијом њих. Уз то, одредбе ове тачке биће преиспитане у року од 4 године од ступања на снагу Споразума о Светској трговинској организацији.

### 3.3. Директива ЕУ

Имајући у виду значај биотехнологије, на нивоу ЕУ донета је Директива Министарског Савета и Европског Парламента (98/44/ЕС, од 27. јула 1994.), о законској заштити биотехнолошких проналазака, тзв. "Директива о биотехнолошком патенту".

Према директиви, откриће ДНК и људског генома не може се патентирати, зато што то нису проналасци већ нешто што је већ постојало. Такође, истиче се, да патентбилност једног индустријског процеса или производа добијеног на основу тог процеса се не спречава само пуком чињеницом да се за време ове индустријске примене користи ДНК. У ствари, у овом случају није ДНК, као таква, која се патентира већ индустријска примена или издвојени поступак коришћења ДНК.

Доиста, сви биотехнолошки изуми који се тичу, људских, биљних или животињских гена који укључују материје које већ постоје у природи, не могу се изумети већ само открити. Открића која не проширују људску способност већ само људско знање, не могу се, по својој природи, патентирати. Ово је сигурно случај са пуким распоређивањем генома који припадају области открића и, из тог разлога, сами не могу бити предмет патентне заштите.

Ствари, међутим, посве другачије стоје ако се ДНК низ ослобађа у свом природном окружењу помоћу техничког поступка и по први пут је расположив за комерцијалну примену. Овде је начињен корак од познавања ка људској моћи (вештини). Такав ген је нов у патентном смислу и могуће га је патентирати, ако није претходно био доступан јавности као такав, и тако није био технички употребљив.

Став који је заузет од стране Европског Парламента и Савета Министара, након много дискусија, био је да за проналаске који се састоје од или су засновани на распореду (низ)у гена, треба омогућити патентну заштиту. Овакав став узео је у обзир мишљење групе саветника о етичким импликацијама биотехнологије. Ова група је у потпуности уважила стимуланс патената за медицинско истраживање.

Дакле, директива обезбеђује да проналасци засновани на или сачињени од низа гена или делимичних низова гена, могу бити патентирани под условом да испуњавају опште критеријуме за било који проналазак: новост, инвентивни ниво и применљивост. У погледу овог последњег, директива је узела у обзир контроверзну оgradu за неке од ранијих патентних примена за низове гена који су одобрени пре доношења директиве. У директиви се посебно наглашава да не треба одобрити патентну заштиту кад год примена не укључује специфичну референцу за индустријску примену генског низа.

Кључну одредбу директиве представља чл. 5. Међутим, постоје одређене недоумице око тога да ли су можда 1. и 2. параграф наведеног члана у одређеној контрадикцији. Први параграф прописује да људско тело, у различитим фазама свога формирања и развоја, као и просто откриће неког од његових елемената, укључујући низ или делимичан низ, не може конституисати проналазак који се може патентирати. Овакав став кореспондира са општим правилом да се открића не могу патентирати.

Други параграф истиче, да елемент изолован из људског тела или другачије произведен техничким поступком, укључујући низ или делимичан низ гена, може конституисати проналазак који се може патентирати, чак и да је структура тог елемента идентична структури природног елемента. Као што је подвучено, проналазак потиче из изолације посебног гена из његовог природног окружења технолошким поступком. Наравно, да би се могао патентирати, такав проналазак мора испунити опште услове, као и сви други проналасци.

На основу изнетог, параграф 1 и 2 су конзистентни и нису противуречни. Узмимо један хипотетичан случај. Пошто људски геном обезбеђује информације везане за раст и обнављање, могуће је да преузме ДНК низ и да изолује из њега посебан ген који је у вези са губитком косе. Компанија А жели да направи шампон против ћелавости. Она успешно развија начин да изолује ген одговоран за ћелавост, из низа ДНК. У овом случају, основни генетски материјал остаје слободан – и други истраживачи могу радити на расту и обнављању косе.

Али, техника развијена да изолује ген, укључујући идентификацију, прочишћавање и класификацију је доста сложена. Без људске интервенције било би немогуће изоловати ген. За поступак изолације не може да се каже да се дешава у природи и такав производ – изоловани ген може се патентирати, јер испуњава законске услове.

Поставља се питање, да ли постоји опасност да техника изоловања као и утврђивања функција посебних гена не постане рутинска? Брз напредак технологије и наше поимање ове области су учинили изолацију и производњу гена још отворенијом. Сада је, чак, могуће утврдити функцију гена на основу компјутерског поређења са другим генима. Овај напредак технологије користи се нарочито када се проналазак проверава у погледу испуњености услова инвентивног нивоа неопходног за патентну заштиту.

Поставља се, такође, питање, да ли ће патенти за проналаске засноване на генима спречити истраживања у области технологије гена и ограничити приступ и употребу података о људском геному? Сирови фундаментални подаци о људском геному, као што смо видели, не могу се заштитити. Приступ таквим подацима и њихова употреба остаће слободни



за даља истраживања и улагања у циљу добијања нових производа у области биотехнологије. Шта више, сви европски патентни системи укључују изузетке патентних овлашћења у циљу истраживања и експериментисања, па то правило важи и за област биотехнологије.

Коначно, захтев да се потпуно обелодани проналазак у патентној примени, износи у домен јавности информације подобне за коришћење од стране других истраживача.

Једно од најактуелнијих питања данашњице, не само у области биотехнологије, већ уопште, јесте да ли директива допушта могућност да методе клонирања људског бића буду патентирани? Члан 6, директиве истиче да се не могу заштити патентом, јер би њихова комерцијална експлоатација била у супротности са јавним поретком или моралом:

- поступак клонирања људских бића;
- поступак модификовања генетског идентитета ембриона људских бића;
- употреба људских ембриона у индустријске и комерцијалне сврхе;
- поступак за модификовање генетског идентитета животиња, за који је вероватно да може проузроковати патњу за животињу, а без битне медицинске користи за људи или животиње уопште, као и за животиње које су резултат таквих поступака.<sup>20</sup>

Директива само одређује шта се може а шта не може заштитити патентом. Искоришћавање проналаска и, наравно, истраживање и развој који воде таквом проналаску, још увек се регулишу путем националних закона (који су засновани на међународним изворима). Узмимо, нпр, случај генетски модификованих организама (ГМО). Директива за биотехнолошке патенте, омогућава да се модификује поступак за генетски модификоване биљке, а такође и за биљке које се добијају као резултат тог поступка, чак и када се не ради о посебној врсти биљке. Међутим, ако држава чланица, ипак, донесе закон против сађења ГМО усева, онда власник патента не може да гаји тај усев у тој држави чланици.

### 3.4. Стање у Средњој и Источној Европи

Руска федерација је својом легислативом уредила област биотехнологије. Руска Дума је јуна 1996. године донела пропис под називом: "Федерални закон Руске федерације о регулисању стања које се односи на коришћење генетског инжењеринга". Основни циљ наведеног

---

<sup>20</sup> На основу овога, Европски патент (EP 69 53 51) о трансгенском соју ћелије, одобрен од Бироа за Европски патент, за Универзитет у Единбургу, децембра 1999. године, на основу чл. 6 директиве, био би незаконит.

закона је промовисање развоја у области генетског инжењеринга, уз истовремену потпуну заштиту здравља људи и животне средине. Закон се заснива на следећим поставкама:

- производи добијени биотехнологијом морају бити потчињени уобичајеним националним законима који се односе на здравље и безбедност;

- закон се не односи на примену генетског инжењеринга на људско тело, ћелије и људско ткиво. Ова област ће бити уређена посебним прописом;

- предузећа или други субјекти који користе методу генетског инжењеринга у обавези су да на захтев заинтересованих лица, обезбеде информације о нивоу ризика такве употребе и о предвиђеним мерама безбедности.

**Мађарска** је прва земља Средње Европе која је донела посебан закон у области генетског инжењеринга. Закон о генетској технологији је ступио на снагу 1. 1. 1999. године, а њега прати истовремено формирање једног консултативног органа под именом Комитет за генетску технологију. Основне карактеристике овог закона могу се изложити у следећим принципима :

- лабораторије које користе методе генетског инжењеринга морају бити акредитоване за такву делатност;

- генетска модификација је подвргнута процени ризика који она носи и може бити извршена само од лица које је добило ауторизацију;

- закон захтева регистровање свих ГМО (генетски модификованих организама) и свака храна која садржи генетски модификоване компоненте, мора бити етикетирана, почев од 1. јула 1999. године;

- створен је Комитет за процену биотехнолошких поступака, који има функцију консултативног органа;

- предузећа и друге организације које користе генетски инжењеринг биће потчињени истим одредбама у погледу одговорности и индустријских ризика;

- годишњи извештај о употреби генетског инжењеринга мора бити објављен у званичном гласилу Академије наука.

**Бугарска** је августа 1996. године донела Закон о опрезној дисеминацији генетски модификованих виших биљака. Највећи значај овог закона је што је по први пут створен један орган за контролу генетске дисеминације, који има више законски прописаних функција

### 3.5. Домаће законодавство

Србија и Црна Гора је 2004. године донела нови Закон о патентима.<sup>21</sup> У њему је на одговарајући начин регулисана патентна заштита производа из области биотехнологије.

У чл. 5, ст. 2, т.1, 2 и 3, наведеног Закона прописано је да предмет проналаска који се штити патентом може бити производ који се састоји од биолошког материјала или садржи биолошки материјал, поступак којим је биолошки материјал произведен, обрађен или коришћен, као и биолошки материјал изолован из природне средине, или произведен техничким поступком, чак и када је већ постојао у природи. При том, по слову закона, под биолошким материјалом подразумева се материјал који садржи генетску информацију и који је способан да сам себе репродукује или да буде репродукован у биолошком систему (нпр. микроорганизми, биљне или животињске ћелијске културе, секвенце (низови) гена и сл.) (чл. 5, ст. 3).

У чл. 6, ст. 1, прописано је да се људско тело у ма ком свом стадијуму формирања и развоја, као и откриће неког од његових елемената, укључујући потпуне или делимичне низове гена, не сматра проналаском.

Елемент изолован из људског тела или произведен техничким путем, укључујући низове или делимичне низове гена, може добити патентну заштиту, чак и ако је структура тог елемента идентична структури елемента који се већ налази у природи (чл. 6, ст. 2).

Уз све то, проналазач мора у патентној пријави у тренутку њеног подношења навести индустријску примену низа или делимичног низа гена (ст. 2, истог члана).

Члан 7, Закона о патентима, који носи назив "Изузеци од патентбилности", такође је, у знатној мери, посвећен области биотехнологије. У том смислу, експлицитно је прописано да се патентом не могу заштитити:

- поступци клонирања људских бића;
- поступци за промену генетског идентитета герминативних (клициних) ћелија људског бића;
- коришћење људског ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе и
- поступци промене генетског идентитета животиња, ако они само изазивају патњу за животињу, без значајније медицинске користе за људе или животиње.

<sup>21</sup> Закон је објављен у "Сл. листу СЦГ" бр. 32, од 2. јула 2004. године.

У истом чл. (7), изузети су из патентне заштите биљна сорта или животињска врста (пасмина) или битно биолошки поступак за добијање биљке или животиње, осим:

- биотехнолошког поступка који се односи на биљку или животињу, ако техничка изводљивост проналаска није ограничена на одређену биљну сорту или животињску пасмину, и

- микробиолошког или другог техничког поступка или производа добијеног таквим поступком.

Иначе, у смислу Закона о патентима, битно биолошки поступак за добијање биљака или животиња је онај поступак који се у потпуности састоји од природних појава, таквих као што су укрштање или селекција. Под микробиолошким поступком, пак, подразумева се такав поступак који обухвата или се изводи на микробиолошком материјалу или чији је производ такав материјал.

Што се тиче поступка заштите производа биотехнологије он је исти као и за све друге проналаске и спроводи се пред Заводом за интелектуалну својину, по одредбама Закона о општем управном поступку.

## 5. ЗАКЉУЧАК

У вези са заштитом творевина из области биотехнологије путем патената чини се да нема спора да ДНК као типична биотехнолошка творевина испуњава законске услове који се траже за проналазак, па сходно томе може добити патентну заштиту. У америчком праву овакво гледиште апсолутно доминира, а такав тренд се све више примећује и у другим развијеним земљама. Директива ЕУ о биотехнолошком патенту, такође, допушта могућност патентирања гена.

На самом крају, за очекивање је да ће се, упркос одређеним недоумицама правне и етичке природе, тренд пружања одређене правне заштите делима из области биотехнологије, у виду патената или некој другој форми, наставити. Брзина таквог тренда зависиће од развоја биотехнологије и снаге њеног утицаја на креирање и промене целокупног живог света. Треба напоменути да су научници успели да у потпуности декодирају генетску мапу људског генома (скуп свих гена у људском организму). На основу тога, верује се да ће за десетак година главни бизнис развијеног света бити биотехнологија (нарочито трговина легално

произведеним вештачким људским органима, тзв. трансплататима), који ће, чак, надмашити internet и информатику.

С обзиром на чињеницу да биотехнологија представља перманентну револуцију у служби човека, логично је да ће свака држава и шири ентитети настојати да заштите творевине из ове области и тако "приграбе" за себе и своје истраживаче монопол над моћи да мењају свет. У супротном, отпаће сваки интерес за истраживањем и улагањем у области биотехнологије.

**Vidoje Miladinović, LLD, Assistant**

## **PATENT PROTECTION OF BIOTECHNOLOGY PRODUCTS**

### *Summary*

The age we live in is marked with scientific and technological revolution, especially in the field of information technology and biotechnology. Biotechnology, in the narrow sense, refers to the application of organisms, biological systems and bioprocesses in industrial production. Biotechnology is the multidisciplinary field, which include chemical, biological and engineering science. The central part of biotechnology is the genetic engineering, which is also called the gene-cloning.

This paper addresses the most important legal issues concerning the possibility of biotechnological products patent protection (DNA series, genes, etc). Besides presenting the *pro et contra* legal argumentation relating to the patent protection of these inventions, this paper reviews both national and international legislation in this field.

**Key words:** biotechnology, invention, patent, DNA series, gene.

## УРЕДБА КАО ИЗВОР ПРАВА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

### Апстракт

У раду се анализира уредба као подзаконски акт општег карактера и као веома значајан извор права. Пажњу аутора нарочито привлачи правна природа уредбе која је доста нејасна и о чему у теорији права постоје различита гледишта. Може се рећи да се као резултат многобројних расправа и супротстављања мишљења намеће закључак да је уредба са материјалноправног аспекта закон – јер садржи опште правне норме, док са формалног она то није, већ представља подзаконски правни акт, акт највиших органа извршне власти. Иако се у новије време јављају захтеви за јачање уредбодавне делатности, аутор као и већина теоретичара сматра да се закону мора дати значај који осигурава правну сигурност и законитост.

**Кључне речи:** закон, уредба, извор права, општи правни акт, подзаконски правни акт, правни систем.

Поред устава као основне норме, почетног правног акта и закона, под изворима права у формалном смислу, подразумевају се, између осталог, и подзаконски правни акти општег карактера. Подзаконске правне акте општег карактера "сачињава низ аката различитих по називу, у извесној мери по својствима, и пре свега - по правној природи."<sup>1</sup> Свим

\* Асистент на Правном факултету у Нишу

<sup>1</sup> М. Јовичић, Закон и законитост, Београд, 1977. стр.105-107, при чему С. Лилић и Н. Стјепановић у Управном праву, Београд, 1991. стр. 59. истичу да су подзаконски акти "генерални назив за прописе слабије правне снаге од закона, те да их доносе, по правилу, незаконодавни, извршни и управни органи, а уколико их доносе законодавни органи, онда их не доносе по поступку по коме доносе законе, него по поступку мање сложеном од

овим актима заједничко је то да их " доносе други органи државне власти, а не парламент" , као и то " што су они мање правне снаге од закона"<sup>2</sup> Најзначајније међу овим актима су свакако уредбе. Доста је нејасна правна природа уредбе, те се са доста сигурности може рећи да "представља једно од сложенијих питања у теорији права, односно да је то питање једно од најспорнијих у науци јавног права".<sup>3</sup> Покушаћемо овом приликом баш због тога, рећи нешто више о томе, као и о врстама уредаба и њиховом значају као извору права у правном систему Републике Србије.

Проблеми у јасном одређивању правне природе уредбе долазе, пре свега, због тога што већина позитивних прописа савремених држава дефинише само појам уредбе у формалном смислу, док о материјалном не говоре.<sup>4</sup> Сигурно је да овом приликом не треба заборавити да се исти проблеми јављају и код одређивања појма осталих правних аката.

У том смислу уредба се одређује као највиши општи правни акт после закона, који доноси шеф државе или владе, дакле највиши орган извршне власти. Из овога се може закључити да оно што није спорно и "где се правна наука и правна пракса слажу", јесте то да "је уредба један правни акт који има моћ мању од закона"<sup>5</sup>. Оно што је спорно и око чега се сукобљавају у правној теорији различита мишљења јесте питање "њене унутрашње правне природе"<sup>6</sup>. Тако већина аутора сматра да је уредба, посматрано са материјалноправног аспекта, извор права, односно закон, и то " закон који има само законску садржину"<sup>7</sup>. Аутори који заступају овакво гледиште полазе од дуалистичког схватања закона у формалном и закона у материјалном смислу,<sup>8</sup> док се старија правна теорија овим проблемом бавила, пре свега, постављајући питање да ли су уредбе чисто управни акти управне власти који се не могу подвести под категорију управних аката (*Verwaltungsakt*, *l'acte administratif*). Управо стога је,

---

законодавног поступка", те да "постојање подзаконских прописа претпоставља постојање закона".

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Д: Данић, О уредбама, Архив за правне и друштвене науке, 1-6/1939. стр.121.

<sup>4</sup> Ibid, уз напомену да се, уколико се то чини, углавном одређују само питања која не могу ући у садржину једног акта - дакле системом негативне дефиниције.

<sup>5</sup> Ibid, при чему је неопходно истаћи чињеницу да та мања моћ долази због тога што је доносе органи нижи од законодавног (извршујући - како их назива С. Јовановић у свом делу О држави - основи једне правне теорије, Београд, 1922.) и по поступку знатно другачијим од законодавног, односно зато што су и надлежност за доношење и сам поступак доношења прописани законом (уставом) као највишим правним актом.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Р.Д. Лукић, Увод у право, Београд, 1991.



говорећи о правној природи уредбе, неопходно рећи нешто више о појму закона у материјалноправном и формалноправном смислу.

Сматра се да је у правној науци проблем разликовања закона у материјалном и закона у формалном смислу формулисан претварањем уставне државе у парламентарну, те се у том смислу истиче да " за појам закона у материјалном смислу... није потребно да је он искључиво акт законодавне власти" , већ је довољно " да је то једна заповест државне власти упућена било појединцима, било органима власти, која садржи једно опште правило"<sup>9</sup> На другој страни се појам закона у формалном смислу одређује тако да се закон посматра искључиво као акт законодавне власти донет по законодавном поступку. Такви акти, односно акти које доносе законодавни органи по законодавном поступку у већини случајева садрже опште правне норме, те представљају истовремено и законе у материјалном и законе у формалном смислу речи. Чини се да је очигледно да ту нема неких већих проблема. Међутим, законодавни органи могу у форми закона доносити и акте који не садрже опште правне норме, као што могу постојати и они који садрже опште правне норме, али их не доносе законодавни органи по законодавном поступку. Баш због тога се у правној теорији прихвата мишљење да је разлика између закона у формалном и закона у материјалном смислу, пре свега, "разлика у садржини"<sup>10</sup>.

Из оваквог разликовања појма закона, уредба се схвата као закон у материјалном смислу, при чему се мора имати у виду да је она "само секундарно, подређено законодавство са једном мањом правном моћи од закона",<sup>11</sup> пре свега због тога што уредбе доносе највиши органи извршне власти, па се самим тим она по својој сврси и циљу, налази у функцији извршења закона. Но, ако је то њен основни задатак, имајући у виду њен материјалноправни аспект, мора се водити рачуна и о томе да је уредба са аспекта своје садржине (садржи опште правне норме) специфичан акт.<sup>12</sup>

Ако, дакле, уредбу схватимо као закон у материјалном смислу, поставља се питање како одредити њену садржину, прецизније како њену садржину разграничити од законске. У теорији права постоји мишљење да се то може учинити доводећи је у везу баш са законом у формалном

<sup>9</sup> Д. Данић, *op. cit.* стр. 121.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, стр. 122.

<sup>12</sup> Наиме, ове норме, и ако опште, по правилу би требало да служе конкретизацији и разради закона, па би у том смислу претстављале одређену допуну закона која се увек ослања на сам закон.

смислу.<sup>13</sup> Уредбе се на тај начин могу схватити као "управна власт која није законодавна", управо зато "што је законодавац опуномоћено управну власт да их она пропише, али као један акт управе, акт њене надлежности".<sup>14</sup> Тако се уредбе схватају као закон "зато што садрже једно опште правило, тј. зато што имају законску садржину, а с друге опет, оне ипак остају управна акта зато што их издају управни органи".<sup>15</sup> У том смислу се прихвата да класичне уредбе за извршење представљају несамосталне акте који се изводе из закона, конкретизују га, при чему увек морају остати у границама тог закона. Зато се према неким ауторима<sup>16</sup> може говорити о уредбама само као о "секундарним и деривативним актима". На тај начин би се уредба, "регулишући општим нормама начин, поступак и средства остваривања закона...налазила у функцији њиховог извршења",<sup>17</sup> те би у сваком случају остала "строга извршни акт".<sup>18</sup>

Иако закон у материјалном смислу па самим тим и извор права, уредба се, разликује од закона, пре свега по својим спољним обележјима, прецизније по свом формалном појму, тј. по надлежности органа за њено доношење и по поступку по ком се доноси. Како смо већ рекли, њен формални појам, није дакле споран. Споран је у сваком случају, материјалноправни аспект, исказује се односом легислативе и егzekутиве којим се и једино може у крајњој линији разумети.

Према мишљењу неких аутора, у овом случају се ради о преносу надлежности са легислативе на егzekутиву, док други пак сматрају да је такав пренос немогућ те да се ту ради о давању овлашћења егzekутиви од стране легислативе. Сматра се, наиме, да се овде ради о ситуацији у којој законодавна власт овлашћује управну власт да изда једну уредбу, она је, у ствари, не овлашћује него обавезује да то учини. Она не преноси на управну власт своју надлежност и не даје јој овлашћење за један

---

<sup>13</sup> Колико је ово тачно види се по томе што је и код заступника опште теорије права наступио спор око тога да ли су уредбе закони или управни акти, како то истиче Д. Данић, *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, стр. 203.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> С. Јовановић, *op.cit.* стр. 209. Р. Д. Лукић, *op.cit.* уз шта С. Лилић и Н. Стјепановић, *Ibid.* истичу да се подзаконским актима не може уређивати материја која претходно већ није била уређена законом. Њима се не могу утврђивати овлашћења и обавезе субјеката мимо оних утврђених законима, њима се само омогућава њихово (тј. закона) извршење..... "Због тога се они увек доносе на основу и у сагласности са законом".

<sup>17</sup> С. Јовановић, *op.cit.* стр. 209.

<sup>18</sup> *Ibid.*

законодавни акт, него јој наређује један акт њене, управне надлежности, који је до те наредбе управна власт могла али није морала учинити.<sup>19</sup>

Ако пођемо од става да је "законодавство апстрактно формулисање државних интереса у посебним случајевима",<sup>20</sup> произилази да се "законом ствара дужност за управну власт да изда заповести које су у њену надлежност стављене", те да "управа стоји као један практичан посао према једном теоријском послу".<sup>21</sup> Тако законодавац може "унапред тачно да одреди шта треба да уради - управна власт тада има само да изврши закон, или пак да законодавац оставља управној власти да уради што буде држала за најцелисходније, онда управна власт има тако рећи да допуни, а не само да изврши закон".<sup>22</sup> У првом случају радња управне власти је везана а у другом слободна. С обзиром на овлашћење датој извршној власти да доноси и уредбе - законе у малом, логично је да однос регулативне моћи закона и уредбе, пре свега, зависи од друштвених околности и односа политичких снага у парламенту и влади, од облика државне власти, као и од облика политичког режима. У демократским режимима та се релација углавном креће у границама начела уставности и законитости док, напротив у аутократским режимима постоји изразита надмоћ извршне власти и њене уредбодавне делатности, па се законодавна активност представничког тела појављује као пука формалност. Искуства показују да се нека оптимална пропорција у односу закона и уредбе показује у државама у којима је влада и реално, а не само формално, извршно тело скупштине (парламента), па уредбе за спровођење закона надмашују уредбе - законе, мада се ове последње не могу избећи ни у демократским режимима, нарочито у ванредним околностима и ситуацијама у којима постоји ратно стање или стање непосредне ратне опасности.

Као што смо видели, и ако о правној природи уредбе, постоје најмање три различита гледишта,<sup>23</sup> мора се имати у виду да у модерној

<sup>19</sup> В. Иванчевић у Институције управног права, књ.1, Загреб, 1983.стр.93. истиче да је карактеристично за правну доктрину да она приступа проблему типологије подзаконских аката управе најчешће под углом проматрања односа између легислативе и егзекутиве, обично имајући пред очима владу као могућег носиоца нормативних овлашћења, те да су "ријетка питања у правној теорији која су изазвала толико различитих схватања и остала уз то толико нерашчистићена као питање уредбе".

<sup>20</sup> С. Јовановић, *op. cit.* стр. 214.

<sup>21</sup> *Ibid.* стр. 238.

<sup>22</sup> *Ibid.* стр. 240.

<sup>23</sup> То су гледишта да је уредба законодавни акт (јер има законску садржину), да је она нешто мешовито, између законодавног и управног акта (садржи опште правно правило - *la règle de droit*) или пак само управни акт, јер га доносе органи управе као акт своје надлежности, о чему видети код Д.Данића, *op.cit.*

држави законодавна и управна власт, и ако различите, имају нешто заједничко - изналажење државног интереса и одржање правног поретка, с тим што је тај однос "у земљама са парламентарним режимом однос узајамности између законодавне и управне функције".<sup>24</sup> Управо из овог односа зависности "најлепше се види, да се разлика међу њиховим респективним актима своди на разлику по степену њихове моћи... зато се уредбе не могу схватити као законодавна акта, већ као акта управних органа, управна акта",<sup>25</sup> и ако су то истовремено општа правна акта, дакле извори права.

Имајући у виду да "нижи извор има улогу да прецизира виши (оно што је у овом неодређено) и да га тумачи, да га даље развија, конкретизујући опште принципе у све мање опште, и најзад, да га попуни кад има празнина, осим ако виши извор пропише да се о том питању више неће расправљати према позитивним прописима",<sup>26</sup> логично је закључити да уредбе по својој правној природи "остају оно што су, акта управне власти" и "будући акти са мањом правном снагом од закона", акта која од закона "црпе сву своју правну моћ".<sup>27</sup>

Проучавајући литературу која се бави овом проблематиком и позитивне прописе већине земаља, када је реч о врстама уредаба, може се приметити да старија правна наука све уредбе класификује по неколико критеријума.<sup>28</sup> Тако су се у старијој немачкој правној теорији све уредбе делиле на правне и административне. Ова класификација вуче корене још од Лабанда и Јелинека, представника теорије о појму закона у материјалном смислу, по којој се разликовање уредбе и закона заснива на чињеници да само закон ствара право и да уредба не уноси никакав нови елемент у постојећи правни поредак. С обзиром на ово по њима је само закон правни пропис ( *Rechtssatz*),<sup>29</sup> док уредба није *Rechtssatz*, већ, напротив *Verordnung*. Она није закон, правни пропис, пре свега због тога што не ствара ново право, ни објективно ни субјективно узето. С обзиром на овакво схватање закона, уредбе, како они сматрају могу да буду

---

<sup>24</sup> *Ibid* уз напомену да се она као таква увек издају у оквиру законске заповести.

<sup>25</sup> *Ibid*, уз напомену да су се нормативне функције егzekутиве у науци увек постављале као проблем, у првом реду с обзиром на положај и значај егzekутиве у политичком систему, њеном деловању с аспекта принципа законитости, значају односа егzekутиве и грађана и сл.

<sup>26</sup> Ђ.Тасић, Увод у правне науке, Класици југословенског права, Београд, 1995. стр.309.

<sup>27</sup> Д.Данић, *op.cit.* стр.213.

<sup>28</sup> То су у првом реду критеријум правног основа или овлашћења и критеријум садржине, при чему је у свим класификацијама одлучујући моменат однос легислативе и егzekутиве, односно везаност уредбе за закон.

<sup>29</sup> Laband, *Deutsches Reihssatzsrecht*, Tubingen, 1909. p. 130, b.2.

материјални закони, јер садрже "Rechtssatz", те, и ако немају форму закона, оне имају његову суштину. То су правне уредбе у правом смислу, само административне уредбе, тј. такви акти који се издају само управним органима, а не упућују се појединцима, другим субјектима права. Слично схватање уредаба и њихову класификацију заступао је и наш познати теоретичар С. Јовановић, као и Л. Костић и Д. Данић,<sup>30</sup> док их други (И. Крбек, Ј. Стефановић, Ј. Питамиц и Ђ. Тасић) одбацују.<sup>31</sup> Ови теоретичари у оквир правних уредаба убрајају уредбе са привременом законском снагом и уредбе за извршење.<sup>32</sup> Разлика између ових уредби је у томе што уредбе са привременом законском снагом могу суспендовати или привремено укинути законске прописе, док уредбе за извршење не могу дерогирати одредбе важећих закона.

Ако погледамо нашу правну теорију и праксу можемо приметити да и ту постоје различите класификације уредаба. Поред већ поменуте С. Јовановића, треба истаћи мишљење Д. Данића који сматра да постоје правне и административне уредбе, при чему истиче да постоје мишљења која говоре да у ту групу спадају и полицијске уредбе као посебна врста правних уредаба, или пак као самосталне врсте уредаба.<sup>33</sup> И. Крбек говори о уредбама које управна власт доноси по свом уставном овлашћењу, где није потребно посебно законско овлашћење уставне (спонтане) уредбе и о уредбама које се доносе на основу законског овлашћења - законске уредбе.<sup>34</sup> Р. Лукић говори о три врсте уредаба: о уредби-закону, уредби за извршење закона и о уредбама из нужде,<sup>35</sup> док В. Иванчевић говори о уредбама које се доносе на основу уставних овлашћења и о оним које се доносе по законском овлашћењу,<sup>36</sup> а Б. Перић помиње уредбе за примену

<sup>30</sup> С. Јовановић *op. cit.* Д. Данић *op. cit.* и Л. Костић, уредбе, Правни зборник 1-2/1934.

<sup>31</sup> Ђ. Тасић, о уредбама, нарочито с обзиром на питање о преношењу (делегацији) власти, архив за правне и друштвене науке, 1925. стр. 184.

<sup>32</sup> Тако С. Јовановић, *op. cit.* стр. 210. истиче да су уредбе које имају карактер привремених закона уредбе по нужди, те да се не везују ни за какав закон чија би основна начела имале да развијају. Оне постоје само за себе. Као законска допуна оне се јављају кад је законодавна власт поставила само основна начела остављајући управној власти да прецизира појединости. Ове уредбе представљају врсту подређеног, везаног законодавства, док Д. Данић, *op. cit.* стр. 121. такође говори о подели на правне и управне уредбе. Правне се опет, по њему, деле на оне које имају карактер законских допуна и на оне које су у самој ствари привремени закони. У ред правних уредаба сврставају се и полицијске уредбе.

<sup>33</sup> Д. Данић, *op. cit.* стр. 123.

<sup>34</sup> И. Крбек, Уредбе од нужде, изнимно стање и проблем ратификације уредбе, Архив за правне и друштвене науке, 1-6/1938. стр. 279. и даље.

<sup>35</sup> Р. Д. Лукић, Увод у право, Београд, 1991.

<sup>36</sup> В. Иванчевић, *op. cit.* стр. 93-94.

закона, уредбе које се доносе на основу законског овлашћења, уредбе за случај нужде, као и уредбе на основу специјалног уставног овлашћења.<sup>37</sup>

У савременој теорији права, као и у позитивном праву већине земаља, уобичајено је разликовање уредаба на уредбе за спровођење закона, које би у правом смислу биле акти органа извршне власти, уредаба-закона (декрет - закон, уредба са законском снагом), које су изузетне, и као посебне врсте уредаба са законском снагом - уредбе из нужде, које се доносе у ванредним ситуацијама, како им говори и сам назив,<sup>38</sup> (за разлику од класификација које постоје у науци управног права).<sup>39</sup>

Уредбе за спровођење закона настају на основу извршне клаузуле помоћу које законодавац овлашћује највиши орган извршне власти или му пак изричито налаже да донесе уредбу којом ће у оквиру датих овлашћења ближе уредити одређену власт. Кад доноси ове уредбе извршна власт мора да се креће у оквиру датих овлашћења. Ова овлашћења трају колико и закон, али се закон може примењивати чак и ако она не буду искоришћена. Уредба ове врсте нема самосталан правни живот, то значи да се гаси кад и сам закон на основу кога је донета.

Уредба - закон сасвим је другачије правне природе. Овде је орган извршне власти овлашћен од стране законодавца да уредбом регулише односе који би иначе били уређени законом, тако парламент део своје законодавне надлежности преноси на извршни орган. Ова уредба има самосталну егзистенцију и не гаси се с нестанком закона на основу кога је донета. Овлашћење за преношење надлежности ( ако се уопште ради о преносу надлежности ) може се налазити у уставу и тада није нужно поново га прописати законом, али ако оно није прописано уставом, у теорији се сматра да законодавац није овлашћен да га сам преноси, иако има и таквих случајева.

Трећа врста уредаба су уредбе по нужди које се доносе у хитним случајевима када се парламент не може састати и донети одговарајући законски акт, или чак није у стању да овласти орган извршне власти за његово доношење. Ове уредбе се доносе у ванредним околностима као што је избијање рата, стање непосредне ратне опасности, нереди, побуна или пак великих елементарних непогода. Овим уредбама се могу, за

<sup>37</sup> Б. Перић, Структура права, Загреб, 1991.

<sup>38</sup> Р. Д. Лукић, *op. cit.*, Ф. Мухић, Теорија права, Сарајево, 1987, стр.99, М. Живковић, Теорија државе и права, Београд, 1977, стр.255. и други.

<sup>39</sup> С Поповић - Б. Марковић - М. Петровић, Управно право, општи део, Београд, 1995; З. Р. Томић, Управно право, Београд, 1995, Н. Стјепановић - С. Лилић, Управно право, Београд, и други.

разлику од уредби са законском снагом, мењати често и саме уставне одредбе, посебно оне о правима и слободама грађана. Ове уредбе се, по правилу, морају поднети законодавном телу на потврду. Могућност доношења оваквих уредаба предвиђају готово сва законодавства у свету. Сматра се да су оне нужност у одржавању континуитета друштвеног живота у ванредним околностима.

Када је реч о правном систему Републике Србије, може се рећи да овлашћење за доношење уредаба према Уставу Републике Србије<sup>40</sup> има Влада Републике Србије. Уставно овлашћење Владе, утврђено тачком 3. члана 123. Устава, говори да је уредбодавна делатност извршне власти у основи омеђена законом, односно да су општи правни акти које влада доноси ради извршења закона опредељени у погледу циља, предмета и основне садржине, и то управо законом ради чијег извршења се доносе. Значи, уредбе за извршење су акти који се доносе ради извршења закона из важећег правног система. Генерално овлашћење дато у Уставу не треба посматрати као овлашћење за доношење прописа за извршење закона у целини, већ само појединих одредаба закона и то конкретизовањем и прецизирањем тих одредби. Оне су општи акти којима се уопштене и апстрактне одредбе закона конкретизују и "прилагођавају" за примену. Оваквој врсти овлашћења извршних органа власти често се приговара да је она основ ширења њихове уредбодавне делатности. Тешко би било оспорити чињеницу да генерално уредбодавно овлашћење Владе за доношење подзаконских прописа реално пружа могућност ширења уредбодавне делатности Владе. Но сигурно је и то да је та могућност, у сваком случају, знатно мања када извршна власт располаже овлашћењем за доношење подзаконских прописа само на основу тзв. специјалног позива законодавца. Међутим генерално уредбодавно овлашћење Владе је више у духу система поделе власти и уставне позиције Владе, која треба да има одређену слободу, што је нужна претпоставка ефикасне и одговорне извршне власти. Ако је једна од главних функција Владе извршење закона, она мора имати могућност да слободно цени који закон, како и када ће бити конкретизован уредбом да би могао да се примени. Постоје закони који не треба да буду конкретизовани подзаконским нормама, но не треба прећутати чињеницу да у савременој пракси преовлађују закони који претпостављају доношење подзаконских прописа ради њихове јединствене примене у пракси. Хоће ли Влада остати у границама Устава, тј. у границама уредбодавног домена при вршењу своје нормативне делатности, пре свега је ствар контроле уставности и

<sup>40</sup> "Сл. Гласник Републике Србије", број 98/2006.

законитости општих правних аката Владе од стране Уставног суда, али и политичке контроле Народне скупштине над радом Владе.

Формулација одредбе чл. 123, тачке 3. Устава, нужно намеће питање да ли увек постоји обавеза Владе да донесе уредбу за примену неког закона чим је он усвојен. Има мишљења да увек постоји обавеза Владе да донесе уредбу за примену неког закона чим је он усвојен.<sup>41</sup> Када се доноси уредба за извршење закона, као акт који је у непосредној вези са законом, оправдано се поставља питање до које границе се одређена материја, која је уређена законом за чије извршење се доноси уредба, може регулисати уредбом? Строго узев, уредба као закон садржи норме општег карактера и може захватати материју коју захвата и сам закон, но она увек мора остати у границама које су јој одређене Уставом и остављене законом. По својој суштини уредба је акт извршења чији је циљ извршење претходно утврђене воље законодавца.

Данас се у свету све више јавља тенденција повећања значаја државних аката нижих од закона, посебно уредаба. До овог, између осталог, долази због велике сложености модерног друштвеног живота који на неки начин умртвљује законодавца који је не може обухватити, те због тога препушта другим, експедитивнијим органима да доносе опште правне норме. Законодавно тело је веома често претрпано, а спор и сложен поступак доношења закона и његово претежно бављење чисто политичким питањима, са предугачким и неконструктивним расправама, онемогућава га да на време реагује и на друштвене промене и да брзо и ефикасно доноси нове законе. Отуда појава неких, истина ретких, теоријских захтева да се закон као извор права уопште напусти и пређе на друге, еластичније облике стварања права. Упркос овом захтеву мора се констатовати да је закон ипак, и поред својих недостатака, још увек незаменљив као извор права, нарочито због тога што најпоузданије обезбеђује правну сигурност и једнакост, а тиме и слободе и права грађана, о чему би при изградњи правног система Републике Србије, данас у другачијим околностима, посебно требало водити рачуна. Због тога би се морала напустити досадашња пракса да органи извршне власти, за шта сада немају ни уставна овлашћења, доносе акте законске садржине, и да се они формалноправно одређују као закони, што је до сада био случај. Акте који су до сада донети и који су великим делом још увек на снази, требало би подвргнути контроли и барем их формално конвалидирати, дајући им форму закона, а у будућности се строго држати уставних одредаба, које су, према нашем мишљењу, довољна гаранција да смо на правом путу законитости и демократије.

---

<sup>41</sup> Д. Врбан: Држава и право, Загреб, 2003. стр. 85.



Mira Simović, LL.M, Assistant

## BYLAWS AS LEGAL SOURCE IN SERBIAN LEGAL SYSTEM

### *Summary*

This paper analyses the bylaws as a general sub-legal act and a very significant source of law. The author focuses her attention on the legal nature of bylaws, which is considerably unclear, and causes differentiation of theoretical standpoints. It can be said that numerous controversies and disputes lead to the conclusion that from substantive aspect bylaw is the law, since it contains general legal norms, but on the other hand, from formal point of view, it is not the law, but the sub-legal act – act of the supreme executive authorities. In spite of the present demands for strengthening the bylaw issuing activities, the author, as well as the majority of scholars, holds that supremacy of the law has to be maintained, since it provides legality and legal certainty.

**Key words:** law, bylaw, source of law, general legal act, sub-legal act, legal system.



*Мр Дејан Јанићијевић\**

## РЕШАВАЊЕ ТЗВ. КЛАСНИХ СПОРОВА У ПАРНИЧНОМ И АРБИТРАЖНОМ ПОСТУПКУ

### *Апстракт*

*Тзв. класни спорови, који настају када се истоветним понашањем одређеног правног субјекта тангира правна сфера великог броја лица, могу настати у различитим правним областима, као што су нелојална конкуренција, људска права, осигурање, права потрошача, уговорна одговорност, еколошко право и одговорност за штету од производа. За покретање поступка у којима се овакви спорови решавају у појединим правним системима користи се класна тужба, која представља средство којим се тужиоцу омогућава да оствари правну заштиту како за себе, тако и за друга лица, чија су права на исти начин повређена од стране истог правног субјекта. Класне тужбе веома су популарне у САД, где се њима може покренути како парнични, тако и арбитражни поступак, а највећи број њих садржи захтев за накнаду штете.*

*Кључне речи: класна тужба, арбитража, парница, арбитражни споразум, општи услови пословања*

### **1. Општа разматрања о класној тужби**

Чињеница је да је правној науци, посебно у областима које не носе епитет међународних, инхерентна опасност да упадне у замку аутизма и да феномене и институте којима се бави посматра као неком вишом вољом једнозначно одређене, непроменљиве величине, чија је сва разноврсност обухваћена националном регулативом и јудикатуром. Притом се заборавља да је право, у ствари, цивилизацијски производ, који је човек

---

\* Асистент на Правном факултету у Нишу

створио за своје потребе, и да различитост друштвених прилика, па и самих креатора, неминовно условљава диференцираност правних система и шароликост правних установа које их чине. Тако, на пример, у области уговорног права, у државама континенталноевропског правног круга, основ уговора представља битан услов његовог пуноважног настанка и опстанка,<sup>1</sup> док државе *Common Law* система овакав значај придају узајамности чинидби – институту који се терминолошки означава као *consideration*. На плану домаће цивилне процедуре, са друге стране, правило да парница отпочиње достављањем тужбе туженом представља аксиом којем се придаје својство неприкосновености. Међутим, из компаративноправне перспективе посматрано, поменуто правило само је једна од равноправних варијанти, будући да се у многим правним системима моментом отпочињања парнице сматра тренутак подизања тужбе или нотификације (овере) поднесене тужбе од стране суда.<sup>2</sup>

Један од процесних института о којем се у нашој доктрини до сада није писало и који многим теоретичарима и практичарима представља апсолутну непознаницу је и класна тужба, којом се може иницирати не само парнични, већ и арбитражни поступак.

Будући да већина држава *Civil Law* система и даље не познаје институт класне тужбе, дискусија о могућности њеног подизања ради решавања класних спорова у парничном или арбитражном поступку, из практичних разлога, углавном је фокусирана на америчка правна правила и јудикатуру.

Када је у питању право Европске уније, регулатива која се односи на заштиту права потрошача већ годинама омогућава одређеним административним телима и организацијама за заштиту ових права покретање поступака пред државним судовима у циљу заштите потрошача од недозвољене или неправичне комерцијалне праксе. И легислатива чланица Европске уније постепено се реформише у правцу инкорпорисања одредаба Директиве 98/27/ЕС, која омогућава организацијама за заштиту права потрошача да пред судовима других држава чланица остварују правну заштиту од повреда трговинских директива, које се, између осталог, односе и на рекламирање којим се потрошачи доводе у заблуду, неправичне услове уговора, потрошачке кредите, туристичке аранжмане и потрошачке гаранције. Ове организације процесно су легитимисане за покретање поступака за заштиту права потрошача уколико су повреде

<sup>1</sup> Тако Радишић, Ј. – Облигационо право – општи део, Београд, 1982. година, стр. 66.

<sup>2</sup> Видети Ракић-Водинелић, В. – Прилагођавање југословенског грађанског процесног права праву Европске уније, Актуелна питања југословенског процесног законодавства, Београд, 1996. година, стр. 83.

учињене у држави у којој организација има седиште, и то од стране правног субјекта који има националну припадност државе чијем се суду она обраћа. Међутим, у овим случајевима не ради се о класним, већ о тзв. репрезентативним поступцима, који се од класних прилично разликују.

Иако су неке државе донеле прописе о класним парницама,<sup>3</sup> домен и фреквентност примене ових правила у већини њих веома су ограничени. Једини европски правни системи у којима постоји значајније искуство везано за класне парнице су они у државама *Common Law* традиције – Енглеској и Велсу.

Водећу улогу у области примене класних тужби и решавања спорова у класним парницама имају САД, чији је модел усвојен у Канади и Аустралији, али се он у тим земљама не примењује са истим успехом. Зато није изненађујуће ни то што је питање допуштености класних арбитража, то јест питање да ли се класни спорови могу решавати и применом арбитраже, постављено најпре управо у Америци. Овом проблему у последње време посвећује се значајна пажња на свим нивоима, па је и на доктринарном плану активност интензивна и плодотворна.<sup>4</sup>

Класна тужба представља процесни инструмент којим се тужиоцу омогућава да иницира грађански судски поступак, не само у своје име, због повреде својих права, већ, исто тако, и у име других лица која се налазе у истој или сличној правној ситуацији, зато што су њихова права на исти начин повређена од стране истог субјекта. Оправдање овог института налази се у томе што се сматра да традиционална конструкција грађанског судског поступка није прилагођена ситуацијама у којима захтеви великог броја лица настају као последица истог понашања туженог. Инсистирање на индивидуалној реализацији правне заштите могло би да доведе до фактичког ускраћивања могућности да се право на правну заштиту оствари у ситуацијама када би трошкови поступка премашивали вредност предмета спора. Класна тужба, исто тако, омогућава тужиоцима да уједињени наступе против туженог и повећају његов ризик од губитка у

<sup>3</sup> Sherman, E. – *Group Litigation Under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Class Actions*, De Paul L. Rev., бр. 52, 2002. година, стр. 403, где аутор наводи да су једине европске државе у којима је класна тужба регулисана Холандија, Енглеска и Велс.

<sup>4</sup> Видети, на пример, Dienelt, J. – Middleton, M. – *Settling Franchise Class Actions*, Franchise L. J., бр. 21, 2002. година, стр. 113; Estreicher, S. – Turnbull, K. – *Class Actions and Arbitration*, NY L.J., бр. 3, 2000. година, стр. 233; Jeydel, R. – *Consolidation, Joinder and Class Actions*, Disp. Res. J., бр. 24, 2003. година, стр. 57; Lockridge, A. – *Note, The Silent Treatment: Removing the Class Action from the Plaintiff's Toolbox Without Ever Saying a Word*, Disp. Res. J., 2003. година, стр. 255. и др.

поступку. Са друге стране, она неизбежно увећава комплексност процедуре.<sup>5</sup>

Класне тужбе веома су популарне у САД, а највећим бројем њих захтева се накнада штете. Класни спорови потичу из различитих правних области, као што су нелојална конкуренција, људска права, осигурање, права потрошача, уговорна одговорност, еколошко право и одговорност за штету од производа.

У САД, услови за допуштеност класне тужбе садржани су у одредби чл. 23. Федералних правила цивилне процедуре, а свака од федералних јединица има и сопствене прописе, који су, без изузетака, моделирани према овој одредби. Поступак у класним парницама иницира самоименовани представник класе, који са својим заступником одлучује да подигне тужбу у име дефинисане групе потенцијалних тужилаца (класе). Пре него што се класа сертифициује, одсутним члановима мора се доставити обавештење о покретању класног поступка.<sup>6</sup> У случајевима када се обавештавање не може извршити индивидуално (на пример, ако су припадници класе потрошачи или се ради о одговорности за штету од производа – када не постоје подаци о свим купцима), оно се врши путем објављивања огласа у штампи, на радију или телевизији, односно истицањем обавештења на местима где се сматра да ће бити доступно потенцијалним припадницима класе.

У обавештењу се наводи да чланови класе неће морати да предузимају индивидуалне кораке у циљу остварења својих права, и да ће, осим у случају да се одреде за неприпадање класи (*opt out*), бити везани резултатима поступка. Ако неко од потенцијалних чланова одлучи да се не придружи класи, њему ће на располагању бити могућност да самостално подигне тужбу. Накнаде за пуномоћнике класе одређује суд и оне су најчешће веома високе, што је предмет најозбиљнијих критика које се упућују на рачун класних парница.<sup>7</sup>

Следи одржавање рочишта на којем суд одређује да ли се парница може сертифицивати као класна, за шта је неопходно да буду испуњена четири услова: 1) **бројност** – класа мора бити толико бројна да примена института супарничарства из практичних разлога није примерена

---

<sup>5</sup> За детаљну листу предности и недостатака класне тужбе видети Weinstein, J. – *Compensating Large Numbers of People for Inflicted Harms*, Duke J. Comp. & Int'l L., бр. 11, 2001. година, стр. 172–173.

<sup>6</sup> Федерална правила цивилне процедуре, чл. 23 (с).

<sup>7</sup> Sherman, E. – *op. cit.*, стр. 411 – 412.

конкретној ситуацији;<sup>8</sup> 2) **заједница фактичких и правних питања**, при чему је важно да ли ће решавање управо ових питања бити у фокусу парничне делатности; 3) **типичност захтева** – захтеви представника класе морају имати исте основне карактеристике као и захтеви осталих чланова и 4) **репрезентативност** – представник класе мора бити посвећен вођењу поступка у интересу класе, а заступник мора бити компетентан и у финансијском смислу способан за заступање класе. Притом, сукоба интереса између представника и чланова класе не сме бити.<sup>9</sup>

Утврђивање висине штете у поступку покренутом класном тужбом може наметнути потребу за индивидуалним презентовањем доказа од стране припадника класе. На пример, у парницама поводом одштетних захтева који се заснивају на општој забрани ношења штете другоме (вануговорна одговорност) може се показати неопходним да се докаже висина штете коју је претрпео сваки индивидуални припадник класе, или, када је реч о парницама поводом повреде уговора, може се јавити потреба за доказивањем висине измакле добити за сваког од припадника. Са друге стране, у неким случајевима висина штете може бити утврђена извођењем доказа ради утврђивања чињеница које се односе на читаву класу путем таквих метода као што су примена модела, односно формула, екстраполација или метод стандардних цена, при чему је потребно ангажовање вештака.<sup>10</sup> Међутим, чак и ако се у конкретној ситуацији оцени да је индивидуално презентовање доказа потребно, тиме се не затварају врата класној парници. Судови у неким случајевима сертифицију класе ради утврђивања одговорности у јединственом поступку, остављајући процену износа штете за касније судске или административне поступке у којима ће учествовати поједини чланови класе или мање групе њих. У неким случајевима, у циљу избегавања посебних парница, коришћени су и методи насумично одабраних узорака, као и утврђивање степена вероватноће (на пример, у класним предметима који су се тicali оштећења здравља азбестом). Коначно, када суд донесе пресуду којом усваја захтев класе, он утврђује и начин накнађивања штете њеним члановима.

Досадашња пракса показује да се у највећем броју класних предмета спор решава поравнањем, којим се, између осталог, утврђује и начин обештећења чланова класе.<sup>11</sup> У вези с тим, закон намеће суду

<sup>8</sup> Према Sherman-у, најмањи број припадника класе је 25. – видети Sherman, E. – op. cit, стр. 412.

<sup>9</sup> Федерална правила цивилне процедуре, чл. 23(а).

<sup>10</sup> Sherman, E. – op. cit, стр. 414 – 415.

<sup>11</sup> Ibid, стр. 415 – 417.

дужност да, након одржавања рочишта ради утврђивања правичности поравнања, одобри свако поравнање постигнуто у овим предметима.

## 2. Проблеми везани за допуштеност класне арбитраже

Америчка теорија и пракса, на пољу класних арбитража, редовно се суочавају са неколицином основних проблема и питања. Међу њима, као једно од фундаменталних, истиче се, на пример, питање да ли је допуштено подићи класну тужбу или тужиоци морају покренути посебне арбитражне поступке када општи услови за закључење правног посла предвиђају арбитражно решавање спорова.<sup>12</sup> За решавање овог проблема нарочито је значајно претходно одговорити на питања да ли је арбитража која обухвата читаву класу допуштена ако арбитражна клаузула не регулише ову могућност и да ли су арбитражне клаузуле којима се искључује класна тужба пуноважне и извршиве. Исто тако, од велике важности су и питања ко има овлашћење да одлучи о првом питању, тј. хоће ли државни суд који се суочи са овим проблемом његово решавање препустити арбитражном суду, и, ако је класна арбитража допуштена, у којој ће мери асистенција државних судова у њеном спровођењу бити неопходна.<sup>13</sup>

И у практичном смислу, један од проблема везаних за класне арбитраже, како истичу многи амерички теоретичари, јесте и сумња у њену ефикасност, чему је разлог неповерење у могућност арбитра да, приликом спровођења класних арбитража, без интервенције државних судова, испуне захтеве које намећу основни процесни принципи.<sup>14</sup> Арбитражно решавање класних спорова заиста ствара низ проблема везаних за начело правичног суђења, нарочито због тога што представља драстично одступање од општег правила да нико не може бити везан одлуком донесеном у поступку у којем није био странка. Класна арбитража зато намеће потребу за нарочитим мерама заштите права и интереса оних лица која су се определила да не припадају класи у арбитражном поступку.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Видети Sternlight, J. – *Should an Arbitration Provision Trump the Class Action*, Disp. Res. Magazine, бр. 8(3), 2002. година, стр. 55 – 56.

<sup>13</sup> Видети Nanotiau, B. – *A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration*, Arb. Int'l, бр. 1, 2004. година, стр. 40 – 41.

<sup>14</sup> Видети Sternlight, J. – *op. cit.*, стр. 111. и даље.

<sup>15</sup> На пример, у предмету *Phillips Petroleum Co. vs. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), Врховни суд САД заузео је став да, барем у случају захтева за новчане одштете, принцип правичног суђења имплицира да одсутним члановима класе мора бити достављено обавештење о поступку, да им мора бити пружена могућност да буду саслушани и да учествују у



### 3. Овлашћење за одлучивање да ли се поступак по класној тужби може водити пред арбитражним судом

Услед све веће популарности класних парница, креатори стандардних уговора (општих услова) у САД, управо у циљу њиховог избегавања, што је редовно у интересу великих корпорација, све чешће предвиђају да се сваки спор који настане поводом уговорних односа страна има решавати у арбитражи, рачунајући, притом, на недопуштеност решавања класних спорова применом овог метода и резонујући да ће на овај начин преостати једино могућност вођења одвојених поступака, тј. да ће се искључити могућност подизања класне тужбе. Међутим, судећи према недавној одлуци Врховног суда САД,<sup>16</sup> оваква стратегија није више делотворна, будући да је, под одређеним условима, и класна арбитража допуштена, без обзира на то што њено спровођење намеће велики број деликатних питања и практичних проблема.

Питање да ли је арбитражна клаузула отворила или затворила врата класној арбитражи, према америчкој пракси, која је у складу са универзалним арбитражним принципима, а пре свега идеји да арбитражни суд сам одлучује о својој надлежности, решава арбитражни, а не државни суд. У поменутом случају из праксе америчких судова, у којем су државни судови у два одвојена поступка сертифициовали класе и упутили странке на арбитражу, Врховни суд Јужне Каролине је нашао је да уговори у питању, пошто су били неми у погледу класне арбитраже, нису искључили могућност њене примене и да је законито то што је по одлуци државног суда овај вид арбитраже у конкретном случају спроведен.

Врховни суд САД, међутим, већинском одлуком, укинуо је ову одлуку, а предмет је враћен арбитрама, да би питање да ли споразум странака омогућава класну арбитражу решили они сами (а не државни суд). Врховни суд САД заузео је став да је Врховни суд Јужне Каролине оправдано одбацио тврдњу једне од странака да арбитражна клаузула, својим ћутањем, искључује класну арбитражу. Са друге стране, врховни федерални судски орган стао је на становиште да се не може аутоматски прихватити начин на који су судови ове федералне јединице решили проблем везан за интерпретацију уговора. Спорови о значењу арбитражног споразума, према ставу највише судске инстанце САД, у

---

поступку или да се одреде да не учествују у класи (*opt out*), као и да одређени тужилац – представник класе – мора све време заступати интересе одсутних чланова.

<sup>16</sup> Предмет *Green Tree Financial Corp. vs. Bazzle*, 123 S. Ct. 2402 (2003).

сваком случају били су спорови који се односе на уговор, за чије решавање овлашћење има арбитражни – а не државни суд.<sup>17</sup>

У једном од предмета у овом случају, наиме, класна арбитража била је наметнута странкама и арбитрау од стране државног суда Јужне Каролине, док одлука арбитра у другом предмету није била аутономно арбитражна, већ је представљала реафирмацију и прихватање одлуке из првог предмета. Другим речима, у оба предмета одлука арбитра вероватно је пре рефлектовала тумачење арбитражног споразума од стране државног суда него што је била резултат аутономне интерпретативне делатности арбитра. Из ових разлога, Врховни суд САД нашао је да одлука Врховног суда Јужне Каролине није била у складу са арбитражним споразумом и принципима арбитраже, па је предмет враћен арбитрама ради отклањања ових недостатака.

Потребно је нагласити да је у овим предметима меродаван био Федерални арбитражни закон, према чијим се одредбама споразуми којима се предвиђа арбитражно решавање спорова, који настану поводом поморских послова и комерцијалних трансакција, извршавају на исти начин као и ма који други уговор. Федерални арбитражни закон САД дерогира себи конфликтне одредбе закона федералних јединица и намеће дужност судовима држава чланица да изврше арбитражне споразуме, без обзира на евентуалну супротност са њиховим сопственим законима или правном политиком. Шта више, како се према Федералном арбитражном пропису, арбитражни споразуми морају извршити у складу са њиховим одредбама, државни суд неће имати овлашћење и дужност да упути странке на арбитражу само ако би то у конкретном случају било у супротности са одредбама споразума.<sup>18</sup> Ако, пак, постоји сумња у погледу допуштености арбитражног решавања спора, ово питање се решава у корист арбитраже.<sup>19</sup> Може се, дакле, закључити да судови САД непостојање одредаба о класној арбитражи у арбитражном споразуму не сматрају искључењем могућности да се она примени.

---

<sup>17</sup> Ово питање решено је у предмету *First options of Chicago, Inc. vs. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943, 115 S.Ct. 1920, 131 L.Ed.2d 985 (1995). Питања која решава државни суд су само да ли уопште постоји пуноважни арбитражни споразум и да ли се он односи на спор који се решава – видети предмете *Howsam vs. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79, 83, 123 S.Ct. 588, 154 L.Ed. 2d 491 (2002); *John Wiley & Sons, Inc. vs. Livingston*, 376 U.S. 543, 546–547, 84 S.Ct. 909, 11 L.Ed. 2d 898 (1964), *AT&T Technologies, Inc. vs. Communications Workers*, 475 U.S. 643, 649, 106 S.Ct. 1415, 89 L.Ed. 2d 648 (1986).

<sup>18</sup> Видети, на пример, *Champ vs. Siegel Trading Co.*, 55 F.3d 269 (7th Cir. 1995).

<sup>19</sup> Предмет *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 626, 105 S.Ct. 3346, 87 L.Ed. 2d 444 (1985).

#### 4. Утврђивање да ли конкретни споразум допушта класну арбитражу

Уколико не постоје неки нарочити проблеми садржинске природе, највећи број државних судова у САД сматраће арбитражне клаузуле садржане у адхезионим уговорима валидним основом иницирања класних арбитража. То је случај чак и када је арбитражна клаузула одштампана ситним словима и на недовољно видљивом месту у стандардном – формуларном уговору. Арбитражна клаузула може се наћи и у приручницима за запослене, флајерима садржаним у пошљкама у којима се налазе рачуни, пакетима у којима се испоручују компјутери, као и у медицинским формуларима.

У пракси је било покушаја одбране од класне арбитраже истицањем аргумента да се, без обзира на пуноважност арбитражне клаузуле, класна арбитража не може водити ако би се тиме тужиоцима ускратило право да подигну класну тужбу пред државним судом. Начелно, овај аргумент није се показао успешним. Већина судова заузела је став да сама чињеница да се тужба може окарактерисати као класна не значи да се она не може подићи пред арбитражним судом.<sup>20</sup>

Само је мањи број нижих судова прихватио становиште да класни спорови нису арбитрабилни, али су њихове одлуке, изузев једног случаја,<sup>21</sup> успешно оспорене у поступцима пред вишим судовима.<sup>22</sup>

Уколико је класна арбитража предвиђена арбитражном клаузулом, никаквих нарочитих проблема везаних за њену примену не би требало да буде – због постојања сагласности свих страна основног уговора на решавање арбитражног спора применом овог вида арбитраже. Стога је, у том случају, потребно само да се арбитражна клаузула изврши у складу са својим одредбама. Међутим, у пракси су овакви споразуми веома ретки због тога што већина компанија које састављају формуларне уговоре покушава да арбитражу искористи управо као средство избегавања класних тужби.

Имајући у виду одлуку Врховног суда САД донесену у предмету *Green Tree*, веома је вероватно да ће америчке корпорације убрзо променити садржину својих стандардних арбитражних споразума уношењем одредбе којом се њихови запослени или потрошачи одричу

<sup>20</sup> Видети предмет *Keating vs. Superior Court*, 21 645 P.2d 1192 (Cal. 1982)

<sup>21</sup> 24 229 B.R. 821 (Bankr. N.D. Ala. 1999).

<sup>22</sup> *Vernon vs. Drexel Burnham & Co.*, 125 Cal. Rptr. 147 (Cal. Ct. App. 1975) и *Izzi vs. Mesquite Country Club*, 231 Cal. Rptr. 315 (Cal. Ct. App. 1986).

класне тужбе у арбитражи, или чак и у арбитражи и у парници. Зато се намеће питање да ли би овакве одредбе биле пуноважне.

Већ сада, правила одређених грана индустрије у САД предвиђају да класни спорови нису арбитрабилни зато што би њихово арбитражно решавање значило велике губитке новца и времена.<sup>23</sup> Велики број судова тумачио је ова правила тако да значе да тужиоци могу подизати класне тужбе пред парничним судом, а да им је арбитража на располагању само у погледу индивидуалних захтева.<sup>24</sup>

Тако је у једном предмету из 1999. године,<sup>25</sup> у којем је арбитражни споразум изричито искључивао класну арбитражу, осим у случају пристанка свих потенцијалних странака, државни суд наредио спровођење индивидуалних арбитража. Он је одбацио аргумент тужилаца да је забрана противна јавном поретку и закључио да ништа не спречава тужиоце да се одрекну права на класну тужбу.

Ипак, у два скорија предмета, извршење оваквих одредаба арбитражног споразума одбијено је управо зато што је заузет став да је онемогућавање тужиоцима да у поступку наступе као класа представљало повреду начела савесности.<sup>26</sup> У једном од ових предмета (*Powertel*) суд је навео да „Класна тужба обезбеђује најекономичније решење спора у питању. Вредности предмета индивидуалних спорова премале су за вођење одвојених поступака... Уговарајући арбитражно решавање спорова компанија је желела преклудирати могућност да група њених потрошача заједнички захтева обештећење, које је практично немогућно издејствовати индивидуално...“

Изгледа да постоји сагласност да се, у случајевима када корпорација покуша да наметне својим потрошачима уговорну клаузулу којом би преклудирала коришћење класне тужбе у ма ком форуму, може очекивати да ће таква клаузула најчешће бити неизвршива, било услед тога што је противна начелу савесности, било зато што је противречна одредбама, историји доношења или сврси одређеног закона.<sup>27</sup> Ипак, уколико околности случаја то оправдавају, споразум којим се стране обавезују да неће покретати класни поступак може бити и пуноважан и извршив.

<sup>23</sup> Видети Sternlight, J. – op. cit, стр. 45 – 49

<sup>24</sup> Видети предмете *Nielsen vs. Piper, Jaffray & Hopwood*, 66 F3d 145, 148 (7th Cir. 1995) и *Olde Discount Corp. vs. Hubbard*, 4 F.

<sup>25</sup> *Zawikowski vs. Beneficial Nat'l Bank*, 1999 WL 35304 (N.D. Ill. 1999).

<sup>26</sup> *Powertel, Inc. vs. Bexley*, 743 So. 2d 570 (Fla. Dist. Ct. App. 1999) и *Ramirez vs. Circuit City Stores*, 90 Cal. Rptr. 2d 916 (Cal. Ct. App. 1999), 94 Cal. Rptr. 2d 1 (Cal. 2000), 101 Cal. Rptr. 2d 199 (Cal. 2000).

<sup>27</sup> Видети Sternlight, J. – op. cit, стр. 92

Када споразум странака предвиђа арбитражно решавање свих спорова, али ћути у погледу класне арбитраже, неколико судова (готово сви судови Калифорније) стали су на становиште да је класна арбитража допуштена.<sup>28</sup> Другим речима, према одлукама ових судова, ћутање арбитражног споразума не може се схватити као искључивање класне арбитраже. Заштита слабије стране од неправичног третмана, као и правна политика фаворизовања арбитраже, навођени су као подршка оваквом ставу.<sup>29</sup>

Међутим, неколицина федералних судова и судова федералних јединица дошли су до супротног закључка, сматрајући да у случају када арбитражни споразум ћути државни суд не може наредити класну арбитражу. У предмету *Champ vs. Siegel Trading Co.*<sup>30</sup> Жалбени суд Седмог округа потврдио је одлуку нижег суда којом је тужилац упућен на арбитражу, али којом је одбијен захтев за сертифицивање арбитраже као класне. Образложење суда заснивало се на томе што се, према Федералном арбитражном закону, споразум странака мора извршити онако како гласи, а тај принцип треба да има преимућство у односу на потребу за ефикасношћу. Суд је тада повукао и паралелу са федералном судском праксом, према којој суд не може спојити арбитражне поступке ако споразум странака консолидацију не предвиђа, иако би се применом овог процесног института постигла већа експедитивност у решавању спорова. Ову одлуку следили су и други федерални судови у Седмом округу, као и многи судови федералних јединица.<sup>31</sup>

Међутим, питање правне утемељености одлуке у предмету *Champ* и даље је отворено. Чак је и у самом Седмом округу, у предмету *Connecticut General Life Insurance Co. vs. Sun Life Assurance Co. of Canada*,<sup>32</sup> један од судова ограничио њену важност као извора права и заузео став да неми и двосмислени споразуми могу бити интерпретирани тако да омогућавају консолидацију.

Ипак, уколико се за тренутак напусти сфера правног формализма и закорачи у зону сврсисходности, примећује се да је једно питање да ли је решавање спорова у класној арбитражи у одређеном случају правно допуштено, а сасвим друго да ли је овај вид арбитраже пожељан. Одговор на ово друго питање зависи од могућних процедуралних тешкоћа и

<sup>28</sup> Ibid, стр. 67.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> 55 F. 3d 269 (7th Cir. 1995).

<sup>31</sup> Видети Sternlight, J. – op. cit, стр. 269 – 272. и 328.

<sup>32</sup> 210 F. 3d 771 (7th Cir. 2000).

проблема који се могу јавити у њеном спровођењу, а који су углавном везани за реализацију права на правично суђење (*due process*).

Области у којима се класна арбитража сматра непожељном свакако постоје. Неки теоретичари и практичари и начелно оспоравају делотворност овом облику арбитраже, позивајући се на принцип правичног суђења и аргумент да се у пракси класна арбитража веома мало разликује од класне парнице, па изостају предности арбитражног решавања спорова.

Како су у великом броју предмета судови стали на становиште да је интервенција државних судова од великог значаја за спровођење класних арбитража, у теорији је изграђен став о хибридном карактеру поступака у њима.<sup>33</sup> Тако, према *Sternlight*-у,<sup>34</sup> искључивање државних судова из класних арбитража и омогућавање арбитрама да самостално одлучују о свим процесним питањима није у складу са принципом правичног суђења. Како представник класе, или чешће адвокат, има овлашћење да именује арбитра у име одсутних чланова класе, без судске контроле формирања арбитражног суда и спровођења арбитражног поступка, одсутни чланови класе били би везани одлуком арбитра на чији одабир и поступање нису имали никаквог утицаја – нити они, нити органи државне судске власти. Овај аутор наглашава и комплексност поступка сертификације класе, резонујући да би се, чак и када би арбитар могао успешно да обавља све неопходне послове, поставило питање да ли би то било у складу са уставним нормама о правичном суђењу.<sup>35</sup>

И адвокати који су учествовали у класним арбитражама извештавају да у њима државни судови практично задржавају овлашћења за решавање свих значајнијих процедуралних питања (они одлучују да ли се ствар може решити у класној арбитражи, дефинишу класу, дају дозволу да се упути обавештење о покретању поступка члановима класе и сл). У предметима у којима су спорови решени споразумно, државни судови одобравали су закључена поравнања. Државни судови решавали су и питања важна за спровођење доказног поступка. Ипак, према овим известиоцима, без обзира на свој хибридни карактер, овакви поступци одвијали су се без већих проблема.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> *Keating vs. Superior Court of Alameda County*, 58 167 Cal. Rptr. 481 (Cal. Ct. App. 1980), 645 P.2d 1192 (Cal. 1982) и *Dickler vs. Shearson Lehman Hutton Inc.*, 60 596 A. 2d 860 (Pa. Super. 1991).

<sup>34</sup> *Sternlight*, J. – op. cit, стр. 40.

<sup>35</sup> *Ibid*, стр. 110 – 117.

<sup>36</sup> *Ibid*, стр. 52.

Међутим, недостатак поверења у способност арбитра да самостално успешно спроведу класну арбитражу није својствен свим теоретичарима и практичарима, тако да постоје многи аутори који сматрају да арбитражи могу без тешкоћа спроводити поступак и решавати сва важна процесна питања у класној арбитражи, да је арбитражни модел у стању да обезбеди правично суђење у класним предметима и да арбитражи лако могу предупредити евентуалне злоупотребе поступка (барем исто тако ефикасно као и државни судови).<sup>37</sup>

Тако, *Hanotiau* сматра да искусни арбитражи могу обезбедити правично суђење у свим случајевима, и да улогу државних судову у класним арбитражама треба свести на најмању могућу меру, као и у ма којој другој арбитражи.<sup>38</sup> Према овом аутору, ван сваке је сумње да су класне арбитраже комплексне, али су, са друге стране, и арбитражи стручни, па се евентуални проблеми увек могу савладати.

Када је у питању остварење права на правично суђење, потенцијалним странкама би у иницијалним фазама поступка требало омогућити да истичу да конкретна класна арбитража неће обезбедити нормално вршење овог права члановима класе који се одреде за неучествовање. Негативна одлука о овом питању стекла би својство *res judicata* па се касније не би могла оспоравати индивидуално.

## 5. Завршне напомене

С обзиром на младост класне арбитраже и њену географску ограниченост, прерано је доносити коначан суд о њеној сврсисходности и потенцијалима за експанзију на друге правне системе. У којој ће се мери класна арбитража у пракси показати као ефикасан метод решавања класних спорова и колика је заиста потреба за интервенцијом државних судову у циљу њеног успешног и на основним процесним принципима заснованог спровођења остаје тек да се види.

Интенција аутора овог рада била је да прикаже основна обележја процесног института у погледу којег у домаћој литератури постоји празнина. На оправдавање потребе упознавања научне и стручне јавности са компаративноправним установама и феноменима непотребно је трошити много речи, будући да је реалност правног промета, који у све мањој мери уважава постојање државних граница, чини очигледном.

<sup>37</sup> *Hanotiau*, В. – *op. cit.*, стр. 54.

<sup>38</sup> *Ibid.*

Dejan Janićijević, LL.M, Assistant

## RESOLVING SO-CALLED CLASS DISPUTES IN LITIGATION AND ARBITRATION PROCEEDINGS

### *Summary*

The class action is a procedural device available in the US and some other countries that allows plaintiffs to sue not only for injury done to them, but also on behalf of other persons similarly situated for injury done to them. The traditional two-party model of adjudication is not well-suited to situations where the claims of many individuals arise from the same conduct of the same legal entity. In particular, it may lead to denial of legal recourse when the cost of individual litigation exceeds possible recovery. The class action model gives plaintiffs much greater leverage by enlarging the defendant's risk of loss. On the other hand, it undoubtedly increases the complexity of the proceedings.

In order to avoid class proceedings, drafters of standard agreements often provide in their general terms that any dispute between the parties should be submitted to arbitration, hoping that in such case only individual proceedings could be initiated, to the exclusion of class actions. But, as evidenced by the recent court decisions in the US, this strategy proves ineffective, since it has been ruled that classwide arbitration is possible, even if it raises a number of delicate issues and practical concerns.

However, to what extent class arbitration is an efficient method of handling class actions and to what extent court intervention is necessary remains to be determined in the future, together with many other theoretical and practical issues.

*Key words: class action, arbitration, litigation, arbitration agreement, general terms*



Александар Ђорђевић\*

## ПОРОДИЧНА ЗАДРУГА У СРПСКОМ СРЕДЊОВЕКОВНОМ ПРАВУ

### *Апстракт*

*Породична задруга била је карактеристична за многе индоевропске народе и порекло води из најдревнијег периода који је претходио времену писаних историјских извора. Ова породичноправна установа постојала је у у Риму и грчким полисима, али и знатно касније – међу германским и посебно словенским народима. У српским земљама средњег века позната је као "кућа". Помиње се у многим правноисторијским изворима као што су повеље српских владара, статуту градова и Душанов законик.*

**Кључне речи:** *породична задруга, "кућа", повеље српских владара, Душанов законик, сродство, село.*

Породична задруга ("кућа") постојала је код многих индоевропских народа и карактеристична је углавном за почетак друштвеног развоја. Општа тенденција била је постепено смањење чланова породице, тако да инокосна породица, хронолошки посматрано, долази тек на крају еволутивног развоја породице. То потврђује и развој римске породичне заједнице, која је прошла кроз три облика – конзорцијум (*consortium*), агнатску (*familia*) и когнатску породицу. Конзорцијум или патријархална породична задруга своје порекло води вероватно из првобитне заједнице. Родовско-племенско уређење наметнуло је и организацију прве породичне заједнице – породична својина припадала је свим пуноправним члановима, а заједнички рад био је услов опстанка. Старешина породице, обично најстарији брат, није имао неограничену власт као касније *paterfamilias*, већ је на основу добијених овлашћења само управљао заједничком имовином. Агнатска породица је подразумевала неограничену власт

---

\* Асистент-приправник на Правном факултету у Нишу.

породичног старешине (*paterfamilias-a*) над онима који су живели под његовим кровом (жена, деца, усвојеници, робови). Његова имовинска и лична овлашћења према потчињеним агнатима (*patria potestas*) су доживотна; искључиво он располаже својном породице и чак има право на живот и смрт својих поданика (*ius vitae ac necis*). Когнатска породица одликује се слабљењем власти породичног старешине и и доминацијом крвног сродства у односу на заједницу живота и рада. Положај жене постаје бољи, деца више нису под влашћу оца. Утицај религије је много мањи, тржишна робно-новчана привреда јача приватну својину, битно различиту од заједничке породичне својине. Многе велике породичне заједнице престају да постоје деобом на мање когнатске породице.

Шира породична заједница, у одређеним друштвеним околностима, јавља се и на каснијем степену друштвеног и државноправног развоја неких народа. Власт старешине породице код Германа и Словена никада није била ни приближна власти патерфамилијаса у Риму. Породичне заједнице словенских народа у средњем веку имале су много више додирних тачака са уређењем конзорцијума, него са апсолутно неограниченим личним и имовинским овлашћењима једног човека у име породичног колектива. Задруга је више била заједница једнаких чланова.<sup>1</sup>

Породична задруга у Србији средњег века представља заједницу живота и рада далеко већег броја сродника него што је то случај са инокосном породицом која обухвата родитеље и децу. Она је, дакле, заједница више инокосних, простих породица. Подразумева заједнички живот више генерација, по правилу повезаних блиским крвнородничким везама. Обично је настајала када би се основна породица ширила тако што би синови (ређе кћери) са својим женама и децом настављали живот под кровом свог оца или евентуално старијег брата који је уједно био господар, старешина "куће", како се у средњовековној Србији назива породична задруга.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Старешина задруге, по речима Валтазара Богишића, није имао право да располаже породичном имовином без пристанка задругара; могао је бити замењен одлуком пуноправних чланова породице; сваки мушкарац из задруге могао је тражити деобу задруге и поделу заједничке имовине.

В. Богишић, Правни чланци и расправе, О инокостини у сеоској породици, Београд 1927, 171-172.

<sup>2</sup> Термин "задруга" први пут је у Србији употребио Вук Стефановић Караџић у свом Српском рјечнику из 1818. године. Задруга је, од тог времена, назив који се може срести само код Јужних Словена. У руским изворима среће се реч "печице" којом се на руском северу најпре означавала породична задруга, а у XVI-XVIII веку облик власништва на земљи и сеоског насеља које се састојало од неколико сродничких сеоских породица. Славјанский мир I-XVI века, Москва 2001, под "печице".

Историјски извори код Срба сведоче о постојању шире породичне задруге, а има података да се она, у нешто измењеном облику, али суштински таква иста, одржала чак и до првих деценија XX века.<sup>3</sup> Због тога је веома важно указати на постојање српске породичне задруге у најстарије доба и задржати се на њеној правној регулативи у повељама српских владара и Душановом законуку. Притом треба увек имати у виду да су одредбе о њој преузете из знатно старијег, неписаног права Срба. Породичну задругу, ипак, никако не треба сматрати искључиво српском породично-правном установом. Српско обичајно право познавало је ову сложenu породичну заједницу, али задруга јесте институт обичајног права и многих других индоевропских народа. У прилог томе, К. Јиречек наводи да је породична задруга била позната у обичајном праву кавкаских народа (Ибера и Грузијаца), Балтичких Словена, Арбанаса, Влаха, а тврди да се помиње чак и у византијском законодавству.<sup>4</sup> Њено порекло очигледно је у најстаријем обичајном праву и то у дуготрајном периоду преласка конкретног друштва из родовско-племенског уређења ка раној држави. Због тога се присуство породичне задруге у средњовековним повељама и Душановом законуку може тумачити као преживљај из још старијег (обичајног) српског права, а њено опстајање у пракси потоњих времена још једном показује огромну постојаност правних старина и обичаја.

Феномену породичне задруге у историји српског права, Т. Тарановски је у својој "Историји српског права у Немањинској држави" посветио изузетну пажњу. Каже да је задруга била заступљена у повељама које су углавном претходиле доношењу Душановог законика (Светостефанска из 1313-18, Дечанска из 1330, Хтетовска из 1346, Аранђеловска из 1348-53. године). То ће послужити као основ творцима Душановог законодавства да сходно својим потребама забележе неколико правних правила која се тичу породичне задруге и њених чланова. Како истиче Тарановски, у Србији је преовладавао тип мале задруге. Велике породичне задруге заправо су одговарале некадашњем братству, које се, међутим, и сада појављује као субјект права у Хиландарској хрисовуљи

<sup>3</sup> У првој половини XIX века на Балканском полуострву постоје шире породичне заједнице где су очеви, браћа, синови, зетови и унуди са својим женама живели под надзором домаћина. У српским и хрватским областима то је "кућа", а у Бугарској "род". Задруге су у просеку имале 20-ак чланова и биле су распрострањене у Херцеговини, Црној Гори, неким крајевима Босне, код Паштровића на Јадранском мору, Конавлима, северној Далмацији, аустријској војној граници, читавој Србији, западној Бугарској и у северној Македонији, пише К. Јиречек у својој Историји Срба, књ. II, Београд 1998, 49-50.

<sup>4</sup> Исто, 51-52. Иначе, Еклога, закон византијског цара Лава III Исавријског из 726. године помиње постојање шире породичне заједнице и у Византији.

приликом куповине непокретности.<sup>5</sup> Ово још више поткрепљује тврђење да је српска породична задруга поникла у најдревнијим временима, у периоду владавине крвнородничког принципа као преовлађујућег и тада јединог постојећег начина друштвеног организовања.

Феудална држава чинила је уступке друштвеној реалности наслеђеној из дубоке старине. Порези и натуралне ренте распоређивали су се по "кућама", па је било пожељно да свака има што више радно способних мушкараца. Члан 55. Светостефанске повеље краља Милутина из 1313-1318. године прописује: "И који не имају сина, или брата, или работника, јединаци, два да се стиштета,<sup>6</sup> ако и разну работу и земљу имата, но на ине работе, а ораније и виноград разно. Такожде и сокалници и кои љубо мајсторије".<sup>7</sup> Мање или слабије задружне заједнице могле су да се спајају у једну, јачу "кућу". Иако је владару и патримонијалном господару било у интересу стварање што већег броја корисних зависних заједница, будући да је свака породица дувала натуралне ренте, у овом члану Повеље може се приметити управо супротна тенденција. Законодавац дозвољава формирање једне велике породичне задруге од две мање. Разлог је вероватно био у немоћи мањих заједница да опстану, те је дозвољено различитим категоријама зависног становништва да кроз једну "работу" (натуралну ренту) испуне обавезу према патримонијалном господару.

Процес деобе задруга међу влашким катунима види се и у хрисовуљи краља Милутина Хиландару из 1302-1307. године. Пописи влашких задруга показују да су старешине тада већ инокосних породица сродници који су некада били у заједници и издвојили се.<sup>8</sup> Деоба задруге била је прописана још раније, у хрисовуљи краља Владислава манастиру св. Богородице на Бистрици у Полимљу 1234-1243. године у члану 8: "И син с оцем да седи, оженив се, три года...". После три године од венчања, син је морао да напусти оца, да изађе из породичне задруге и заснује своју инокосну породицу. Овде се примећује сасвим другачија тенденција. Владар, доношењем оваквог прописа, обезбеђује манастиру веће приходе и више радне снаге стварањем две од једне зависне "куће".

Значајан правни документ који сведочи о постојању сеоске породичне задруге у средњовековној Србији је Дечанска хрисовуља из 1330. године, донета за време владавине краља Стефана Дечанског. Њу је

<sup>5</sup> Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, Београд 1996, 586.

<sup>6</sup> Да се стиштета – да се здруже (у једну "кућу")

<sup>7</sup> С. Новаковић, Законски споменици српских држава средњег века, Београд 1912, стр 626.

<sup>8</sup> Т. Тарановски, исто, стр. 587.

касније потврдио и његов син, краљ и цар Душан. Детаљан попис преко две хиљаде зависних "кућа" на властелинству манастира потврђује да је породична задруга била веома распрострањена.<sup>9</sup> По Дечанској хрисовуљи, задругу чине отац са синовима или унуцима, браћа са својим синовима или братанцима, понекад чак и сестрићима, па и зетовима.

Задруга није била својствена само зависним људима. И српска властела је живела у већим породичним заједницама. О томе сведочи, између осталог, и једна одредба Хтетовске повеље краља Душана из 1346. године. Члан 24. прописује: "И село Крапена, што приложи краљевство ми светој Богородици Хтетовској, Прибца с црквију светим Георгијем, с родом и с дворани...".<sup>10</sup> Формулација *с родом* недвосмислено показује да је властелин Прибца живео у задружној заједници.

Једино ограничење у погледу важења свих поменутих прописа било је то што су они саставни делови повеља или хрисовуља које су српски владари издавали као привилегије манастирима и црквама. Поставља се питање да ли су, и под којим условима, то могла бити правна правила која су била општеприхваћена на читавој државној територији. Норме које прописују структуру породичне задруге у Србији средњег века, њену заступљеност, као и промене облика породичне заједнице деобом на инокосне породице добиле су свој коначан облик у Душановом законнику.

У Законнику, породична задруга се такође означава термином "кућа" и помиње се у неколико чланова. Чланови 52. и 71. ДЗ прописују кривичну одговорност чланова задруге и можда најпотпуније одсликавају односе међу задругарима. Први од њих гласи: "За неверу сваку, сагрешеније, брат за брата и отац за сина, родим за родима, кто су оделни од онога-зи у својих кућах, кто је не сагрешил, та-зи да не плати ништа, разве он-зи који је сагрешил, тогова и кућа да плати". Законик, дакле, наређује да одговорност за другога, за члана породичне задруге траје само док су задругари у породичној заједници, тј. у истој "кући". Деоба породичне задруге била је раскидни услов за објективну ("задружну") кривичну одговорност, тј. одговорност за другога и без кривице. Очигледно да је "кућа" (тачније господар, старешина куће) као правни субјект сносила одговорност за свог члана. То није трајало неограничено, већ се деобом, поделом породичне заједнице, трајно губила и објективна породична одговорност. Убудуће, дакле након поделе "куће", бивши задругари нису одговарали једни за друге зато што су некада заједно живели у широј породичној заједници. Објективна одговорност трајала је

<sup>9</sup> С. Новаковић, Село, Часопис СКА бр. XXIV, Београд 1891, стр. 130-132.

<sup>10</sup> С. Новаковић, Законски споменици, 659.

док је трајала задруга. Из овога члана Законика уочава се да је задруга била распрострањена и међу властелом, јер је познато да су учиниоци кривичног дела невере (издаје владара и државе), могли бити само из редова владајуће класе.

На поменуте одредбе надовезује се члан 71. Законика, који такође говори о објективној ("задружној") кривичној одговорности старешине породице: "И кто зло учини, брат или син, или родим који су у јединој куће, все да плати господар куће или да даст који је зло учинио". С. Новаковић поводом овога члана каже: "Ова иста мисао о одговорности куће за све своје чланове казана је другим начином у члану 52".<sup>11</sup> И заиста, текст члана 71. ДЗ само је на јасан начин поновио правило формулисано у члану 52. Разлика је у томе што се овде говори о престанку одговорности за задругаре, па разлогом супротности и логичним закључивањем долазимо до тога да је објективна одговорност постојала само док је трајала породична задруга. Члан 71. јаснији је и прецизнији, јер нема потребе за додатним тумачењем. Он недвосмислено прописује постојање објективне кривичне одговорности господара куће за дела чланова задруге. Законодавац изричито наглашава речи *они који су у јединој кући*, тако да се из самог текста јасно види да се мисли искључиво на чланове задруге која још увек траје. Законик у овом члану ипак прописује и једну новину – препушта могућност избора господару "куће" да ли да кривца преда (вероватно) оштећеном или да сам, али у име делинквента, плати одговарајућу новчану казну.

И члан 66. Законика надовезује се на садржину претходних одредби. Он говори о међусобном заступању чланова породичне задруге пред судом, као и о процесној способности задругара: "Братенци који су заједно у јединој куће, кад их кто позове на дому, који од њих приде, та-зи да отпира; ако ли га обрете на двору цареву или судијину, да приде и рече: 'Дати ћу брата старијега на суд', да му да; силе да му не отпирати". Дакле, установљена је могућност да *братенци који су заједно у јединој куће* (браћа која живе у саставу исте породичне задруге) имају овлашћење да заступају једни друге. Из тога следи да су у српској породичној задрузи везе међу члановима биле врло јаке и да је задруга била правни субјект. Задруга одговара пред судом за дела својих чланова. У овом случају, нема изричитог помена господара, старешине "куће". Једино чињеница да се помиње старији брат наводи на претпоставку да се ту можда подразумевало да је и он могао бити старешина "куће". У супротном, ако се не прихвати ова хипотеза, намеће се као једини закључак да је

---

<sup>11</sup> С. Новаковић, Законик Стефана Душана, цара српског 1349. и 1354, Београд 1898, 190.

појединац који би се по неком основу нашао пред судом имао могућност да старијег брата из задруге одреди за свог "заступника". Са друге стране, одредбе члана 66. ДЗ значајне су јер доказују да су одрасли мушкарци, иако чланови породичне задруге, имали парничну способност. Законик их није приморавао да одреде брата за заступника; они су имали право избора, тј. могли су пуноправно да сами, у своје име и за свој рачун, заступају своје интересе пред државним судом. По свему судећи, и овај члан Законика представља компромис старих српских обичаја, рецепираног римско-византијског права и нових настојања државне власти. Заправо, он представља синтезу на први поглед противречних правних категорија – солидарности између чланова породичне задруге укорене у старом српском обичајном праву и индивидуализма византијског права.

И члан 70. ДЗ такође говори о српској породичној задрузи: "И кто се обрете у јединој куће или братенци, или отац от синов, или ин кто оделен хлебом и иманијем, и ако буде на једном огњишти, а тем-зи одељен, да работа јако ини мали људије". У овом случају Законик говори о породичној заједници себара, одн. зависног становништва, јер се помињу о "работе малих људи". Поменута одредба прописује и поделу имања између чланова задруге. Међутим, и поред поделе имања, обавезе себара према господару нису могле да се угасе.

Члан 51. Законика подсећа на некадашње постојање дружиничких односа, али и велике породичне задруге у средњовековној Србији: "И кто преда сина или брата у двор, и упроси га цар: 'Веровати ли га ћу?' и рече: 'Веруј колико и мене'..." Овде је јасно да се говори и о породичној задрузи, јер је неко "предавао у двор" брата или сина као сведока или као јемца. Сасвим је очигледно, с друге стране, да је између некадашњих дружиника постојао близак однос пун поверења. Због тога се много водило рачуна о моралном кредибилитету будућих дворских службеника, па су лица блиска српском владару давала неку врсту личног јемства за своју браћу или синове, тј. јемчила су цару својим угледом и имовином за понашање својих ближњих. Управо због оваквог решења у Законику, јавља се оправдана сумња да се у члану 51. заправо описује један прастари обичај који се одржао до средине XIV века – обавеза специфичног породичног јемства за службу на двору. Тиме се посредно доказује тврдња о постојању породичне задруге међу властелом. Односи између "јемаца" и владара карактеристични су за много ранији период државног и друштвеног развитка и неодољиво подсећају на односе владара, вероватно још некадашњих жупана и њихових дружиника, те се и на овом месту може говорити о остацима старог српског права у Душановом законуку.

\* \* \*

Породична задруга, карактеристична за најстарије почетке друштвене организације свих Словена, па самим тим и Срба. Она се, међутим, појављује и у каснијим периодима њиховог друштвеног и државноправног живота. Средњовековне српске земље биле су погодно тло за развој овог друштвеног феномена. О томе сведоче многобројни правни извори, од којих су најважније манастирске повеље српских владара из XIII и XIV века, али и сам Душанов законик. У највећем броју ових извора, шира породична заједница означена је термином "кућа". Имала је једну врсту правног субјективитета. Разлози за њено постојање и дуготрајно опстајање су вишеструки. Заједница живота и рада била је наслеђена из родовско-племенског уређења и често је представљала услов за сам опстанак. Феудална држава чинила је уступке друштвеној реалности наслеђеној из дубоке старине. Порези и натуралне ренте распоређивали су се по "кућама", па је било пожељно да свака има што више радно способних мушкараца. Има података да је и властела такође живела у ширим породичним заједницама. На српском селу породична задруга се одржала све до почетка прошлог века, што још више повећава значај њеног изучавања. О томе у научној литератури сведоче бројна истраживања и радови словенских правних историчара, не само наших, већ и оних из Русије, Чешке и Пољске. Ови други су, услед непостојања поузданих правноисторијских извора о породичним задругама код Источних и Западних Словена (а за које се поуздано претпоставља да су и тамо постојале) своја истраживања, применом метода аналогije, најчешће усмеравали ка јужнословенској задрузи.



Aleksandar Đorđević, Assistant

## FAMILY CO-OPERATIVE IN SERBIAN MEDIEVAL LAW

### *Summary*

The family co-operative was featured in numerous Hindu-European nations. It originates from the most ancient period, which precedes the time of written sources. This family institution existed in the antique times – in Rome and Greek city-states, but it was present even much later – among Germanic and, especially, Slavic peoples. In Serbian medieval lands it was known as the “House”. It is mentioned in historical legal sources, as charters of Serbian rulers, city statutes, and Dusan’s Code.

**Key words:** family co-operative, “the House”, charters of Serbian rulers, Dusan’s Code, kinship, village.



*Душица Миладиновић\**

## ОСВРТ НА КОНЦЕПТ ПОМИЛОВАЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

### *Апстракт*

*Старост института помиловања и његова континуирана присутност у праву Србије, која се може пратити од периода средњег века до позитивног права, не треба да буду препреке критичком сагледавању овог института, јер сами по себи не морају донети савршеност нормативног уређења. Тако се, по мишљењу ауторке, и у материјалној и у процесној сфери помиловања могу пронаћи одређени недостаци и нелогичности, почевши од неубичајено широке садржине, где се као посебно споран елемент јавља аболација, све до амбивалентног положаја првостепеног суда и изостанка механизма контроле.*

**Кључне речи:** *садржина помиловања, покретање и обустављање поступка, хитност, првостепени суд, комисија за помиловања*

### **I.**

Помиловање спада у ред института кривичног права са дугом и богатом историјом, чији се развој може пратити од најстаријих познатих правних извора. Прво регулисање помиловања у праву Србије датира из периода средњег века,<sup>1</sup> када су и настали најзначајнији акти, при чему се не мисли само на доношење чувеног Душановог законика, већ и на превод и прераду у оно доба најновијег и најбољег византијског зборника –

---

\* Асистент-приправник на Правном факултету у Нишу.

<sup>1</sup> Нажалост, о периоду раног средњег века, када је и формирана српска држава, нема довољно података. Може се само претпоставити да је примењивано данас недовољно познато обичајно право, као и да је преовладала приватна реакција, која је са јачањем државе почела да уступа место јавној.

Синтагме јеромонаха Матије Властара из 1335. године. Дуг историјски развој, сам по себи, намеће питање да ли су старост и континуирана присутност института у домаћем правном систему изнедриле добра решења, или још увек постоје недостаци који остављају простор за даље усавршавање, изградњу исправнијег и логичнијег концепта помиловања.

## II.

Константу у послератном развоју помиловања код нас представља стално проширивање садржине, која је обухватила не само друге кривичне санкције, попут мера безбедности, већ и неке кривичноправне мере, чиме се помиловање прилично удаљило од класичног појма, по којем представља основ за гашење казне.<sup>2</sup> Посебно споран елемент садржине, који је некако измакао пажњи домаћој теорији, представља ослобођење од кривичног гоњења. У компаративном праву се овакво дејство ретко везује за помиловање, јер је по правилу дато другом институту тј. амнестији.<sup>3</sup> Разумљиви су разлози наведених решења; аболација искључује примену закона на конкретни случај, спречава вођење кривичног поступка према одређеном лицу, иако су за то испуњене правне претпоставке. Природније је тако значајно и изузетно овлашћење дати законодавном телу, оно ствара законе и може да искључи њихову примену. Закон може да стави закон ван снаге, неоправдано је да се такво дејство постиже појединачним актом органа управе.<sup>4</sup> На основу изнетог, може се рећи да обухватање аболације

---

<sup>2</sup> Кривични закон из 1947. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 106/47*) дефинисао је помиловање као потпуно или делимично ослобођење од извршења правоснажно изречене казне или замену изречене казне блажом. Новим Кривичним законом из 1951. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 13/51*) садржина је допуњена ослобођењем од кривичног гоњења и укидањем правних последица осуде, док Кривични закон СФРЈ (*Службени лист СФРЈ, бр. 44/76*), иначе темељ позитивноправних решења, омогућава замену казне условном осудом, одређивање краћег трајања правних последица осуде, укидање и одређивање краћег трајања одређених мера безбедности и брисање осуде.

<sup>3</sup> Такве примере налазимо у законодавствима Француске, Италије, Немачке, Белгије, Аустрије, Грчке, Швајцарске, Русије. Неке бивше републике СФРЈ, после реформе кривичног законодавства избацују аболацију из окриља помиловања, попут Хрватске и Босне и Херцеговине. Чак и када поједини системи дозвољавају ослобођење од кривичног гоњења помиловањем, редовно постављају и неке додатне услове, као што је потврда законодавног тела, у неким државама САД. Детаљније о правном дејству помиловања у упоредном праву видети L. Sebba: *The Pardoning Power, A World Survey, The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 66, no. 1, 1977, стр. 85. и надаље.

<sup>4</sup> Интересантно је да у оквиру расправе о сагласности помиловања са начелом поделе власти Бекарија износи став да је читаво овлашћење да опрашта казне погрешно дато извршној власти: "треба имати на уму да је милост врлина законодавца, а не онога који законе примењује" Ч. Бекарија: *О злочинима и казнама*, Сплит, 1984. године, стр. 132.

доводи до замагљивања класичног појма помиловања и његовог тежег одвајања од амнестије, као прерогативе законодавног тела. Разлика између помиловања и амнестије у позитивном праву постоји у домену надлежности,<sup>5</sup> али је изгледа заборављено да подела надлежности није само случајност или пука формална чињеница, већ је изникла из битно различите садржине и природе ових института. Ово тим пре треба поменути, јер Кривични законик Србије<sup>6</sup> неоправдано још више приближава амнестију и помиловање у материјалном смислу.

У прилог брисања аболиције из садржаја помиловања може се навести и захтев спречавања дискриминације. Није тешко замислити случај у којем би неким учесницима у кривичном делу било дато ослобођење од кривичног гоњења, а другима не, што је последица неекстензивног дејства помиловања односно непостојања последице спајања (*beneficium cohaesionis*) предвиђене у процесном праву. Не чини се баш оправданим да привилегију опраштања ужива учинилац кривичног дела, а не и његов саучесник, помагач на пример. Сасвим је друга ствар са амнестијом, она представља општи правни акт, закон и у формалном и у материјалном смислу (истина *lex specialis*), којим се искључује примена важећих правних норми, тако да се њоме обухватају сви учиниоци у кривичном делу, како извршилац, тако и саучесници.

Коначно, треба се запитати да ли је ослобођење од кривичног гоњења у складу са презумпцијом невиности, по којој се лице сматра невиним све док се кривица не докаже правноснажном судском одлуком. Проблем искрсава из чињенице да је акт аболиције потпуно индиферентан када је у питању кривична одговорност лица на које се односи. Из њега се, логично, не може сазнати да ли је помиловани крив или не, па остаје, слободно названа, "неправна" сумња у његову кривицу. Треба додати и да је ослобођење од кривичног гоњења трајно, против истог лица за исто кривично дело се не може поново покренути поступак, чак и када би само аболирано лице то желело, јер има интерес да докаже своју невиност, а и када би се тако нешто десило био би истакнут приговор *res iudicata*. Тако испада да се од аболиције, иако је у питању акт *in favorem* једног лица, може претрпети морална, нематеријална штета услед несагласности правног и фактичког положаја аболираног лица. Отуда је у нашој старијој

<sup>5</sup> За разлику од права Краљевине Југославије, на пример, где су и помиловање и амнестија спадали у надлежност монарха, дакле извршне власти. Прим. аут.

<sup>6</sup> *Службени гласник РС*, бр. 86/05.

теорији настао предлог да се тражи његова сагласност,<sup>7</sup> што је тешко прихватити кад се узме у обзир да је једна од основних карактеристика помиловања управо обавезност, која се управо манифестује у томе што уопште не зависи од воље лица на које се односи.

Заступаној тези иде у прилог и један аргумент чисто практичне природе. Наиме, и домаћа и страна пракса указују на често коришћење аболиције ради превазилажења и решавања политичких напетости и криза.<sup>8</sup> Јасно је само по себи да се такав циљ неупоредиво ефикасније и лакше остварује доношењем општег акта, него читавим низом појединачних аката помиловања.

Почетна напомена о изостанку критичког преиспитивања аболиције у домаћој теорији кривичног права не важи за нека друга дејства из садржине овог института. Поједини аутори су приметили неспојивост помиловања и мера безбедности.<sup>9</sup> Ако се пође од прихваћеног става да су мере безбедности, за разлику од казне, санкције неретрибутивне природе, усмерене ка отклањању стања или услова који могу утицати да учинилац убудуће врши кривична дела, закључује се да њима нема места под окриљем помиловања. Такође, помиловање (у овом контексту читати милосрђе!) нужно логички претпоставља да постоји какво зло или макар претња злом у односу на активног субјекта кривичног дела. Полазећи од наведених премиса да се извести алтернативно постављен закључак: или је концепт помиловања у нашем праву противречан општој идеји помиловања или прихваћеном концепту мера безбедности! Из истих разлога се препоручује и преиспитивање дејства помиловања на правне последице осуде односно брисање осуде.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Из наведених разлога аболиција је окарактерисана као најгори облик помиловања, мада је истовремено сматрана прихватљивом једино код политичких деликвената. М. Аћимовић: *Кривично право, Општи део, Књига I*, Суботица, 1937. године, стр. 174.

<sup>8</sup> Илустративни примери политичке употребе помиловања налазе се код В. Hoffstadt: *Normalizing the Federal Clemency Power*, Tex. L. Review, vol. 79, is. 3, 2001. године, стр. 589. и Р. S. Ruckman: *Keys to Clemency Reform; Knowledge, Transparency*, 2001. године, стр. 2. Извор: <http://www.jurist.law.pitt.edu/pardonop5.htm>, а исту појаву помињу и неки домаћи аутори: Т. Живановић: *Кривично право Краљевине Југославије, Општи део*, Београд, 1937. године, стр. 400, Б. Чејовић и В. Миладиновић: *Кривично право, Општи део*, Ниш, 1995. године, стр. 551, З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2003. године, стр. 371. и др.

<sup>9</sup> С. Пихлер: *Прилог расправи о помиловању*, Правни живот, бр. 6-7, Београд, 1987. године, стр. 695.

<sup>10</sup> Исто и Ђ. Марјановић: *О суштини правних последица осуде*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 1-2, 1982. године, стр. 39. и надаље, и Д. Јаковљевић: *Брисање осуде*, Правни живот, бр. 2, 1982. године, стр. 186.

Даља анализа садржине помиловања наводи на закључак да ни концепт замене условном осудом не представља добро решење, ваљда зато и представља реткост у упоредном праву.<sup>11</sup> Посебно треба додати да у домаћем позитивном праву, услед укидања ранијег савезног Закона о помиловању<sup>12</sup>, више нема изричитих одступања од општег режима, па може бити дискутабилно како сада изгледа условна осуда дата помиловањем. Хипотетички, будуће допуне материје помиловања се гранају у три потпуно различита правца – постављање одступања у односу на општи режим, пратећи линију старих решења (искључење могућности заштитног надзора и налагања посебних обавеза, фиксирање рока проверавања); предвиђање обавезе да се приликом замене поштују општа правила Кривичног законика<sup>13</sup>, што би у крајњем довело до опозивости помиловања; или у најрадикалнијој верзији, укидање могућности да се казна замени условном осудом. Трећа солуција се чини врло логичном, јер се тако избегава контрадикторност, да се помиловањем може дати условна осуда, али да се истовремено не може опозвати, јер је само помиловање неопозиво. На такав начин институт условне осуде губи своју суштину и не може да оствари основну идеју на којој почива, да се претња казном остварује, ако осуђени не поштује одређене услове. И друга алтернатива има неко своје оправдање, доносилац одлуке о помиловању не треба да ужива апсолутну слободу, већ мора да поступа у складу са општим начелима и правилима кривичног законодавства, док прва изгледа као најмање добро решење.

Посебан проблем представља рехабилитација. Доношење Кривичног законика, како је већ истакнуто, нису пратиле очекиване промене у материји помиловања, тако да није јасно да ли се услови везани за овај институт примењују и у случају милости. Будућим изменама би требало изричито да искључити њихово важење, што би омогућило превремену рехабилитацију која не би, за разлику од "редовне", зависила од протекла рокова. Истовремено били би одбачени и услови да се рехабилитација не може дати ако споредна казна још није извршена или

<sup>11</sup> Замена казне условном осудом је изгледа реликт из ранијег законодавства СФРЈ, тако да се поменуто решење редовно налази у законодавствима њених бивших чланица, са изузетком БиХ (видети Закон о помиловању, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 9/96, 13/97, 47/01, 28/04).

<sup>12</sup> Укинут је Законом о престанку важења појединих закона, *Службени лист СЦГ*, бр. 135/04.

<sup>13</sup> Поједина права изричито намећу обавезу примењивања одредаба општег дела КЗ-а и у случају замене казне блажом. Видети на пример Закон о помиловању, *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 175/03, Закон о pomilostitvi, *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 45/95, 86/04. и 23/05.

још трају мере безбедности, односно да се рехабилитација даје само лицима која раније нису била осуђивана или се по закону сматрају неосуђиваним,<sup>14</sup> када се ради о осудама из круга законске рехабилитације. Ово тим пре што нема општег правила које повратницима одузима привилегију опраштања, па нема разлога да се такво ограничење постави за било који вид помиловања појединачно.

Могућност замене казне новоуведеним казнама – радом у јавном интересу (чл. 52. КЗ-а) и одузимањем возачке дозволе (чл. 53 КЗ-а) такође припада кругу спорних питања. Овлашћење да казну замени радом у јавном интересу дато је прво суду, ако се ради о кривичним делима за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна, узимајући у обзир врсту учињеног дела, личност учиниоца и његову спремност да обавља рад. Из свега следи да је нова казна намењена учиниоцима кривичних дела "којима се не остварује тежа последица и чија личност указује да за остваривање сврхе кажњавања није потребно изрицати казну затвора или новчану казну".<sup>15</sup> Поставља се питање да ли треба поштовати постављена ограничења и код одлучивања о помиловању или треба дати пуну слободу надлежном органу? Природа рада у јавном интересу и сврха коју му је законодавац наменио, упућују на неоправданост замене без поштовања постављених услова. И на овом примеру са још једном показује потреба постојања такве норме у Закону о помиловању, којом би била постављена обавеза поштовања општих правила предвиђених Кривичним закоником у случају замене казне, чиме би се избегле евентуалне дилеме приликом тумачења и примене помиловања. Нажалост, ово није једини проблем хипотетичке замене. Не сме се заборавити да се рад у јавном интересу изриче само уз пристанак учиниоца кривичног дела, што је последица забране принудног рада,<sup>16</sup> из чега проистиче да би се у случају евентуалне замене морао тражити пристанак лица на које се односи, што је противно основном правилу да помиловање не зависи од воље помилованог лица. Са друге стране, замена без пристанка би акт

---

<sup>14</sup> Ради појашњења, неосуђиваним се по Закоником сматрају лица којим је као самостална санкција изречена васпитна мера, мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи, односно лице којем је за раније кривично дело наступила рехабилитација.

<sup>15</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006. године, стр. 329.

<sup>16</sup> Принудни рад је изричито забрањен Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама (чл. 13.) *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03. и Европском конвенцијом за заштиту људских права и грађанских слобода (чл. 4), *Службени лист СЦГ*, *Међународни уговори*, бр. 9/03.



помиловања учинила неуставним. Па и када би дозволили тражење пристанка, проблем не би био решен, јер би остало питање шта би се десило ако помиловани не врши рад. Да ли ће помиловање бити опозвано, упркос јединственом ставу свих аутора у домаћој теорији, да је неопозиво?

Раније законодавство није познавало ни казну одузимања возачке дозволе, која је тако нормативно постављена, да ако се изриче као главна заправо представља супститут казне затвора до две године, услед правила да се за једно кривично дело не могу изрећи две главне казне. Ако се суд определио да изрекне казну затвора као главну, када се ради о кривичном делу у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило, да ли има простора да се помиловањем изречена казна замени одузимањем возачке дозволе, као блажом? Потврдан одговор треба да буде праћен напоменом да приликом замене мора бити поштован предвиђени минимум и максимум за ову врсту казне, која не може да траје краће од једне нити дуже од три године. И ако прихватимо да замена сама по себи и изоловано није спорна, проблем у примени помиловања се може јавити касније, ако лице којем је казна замењена одузимањем возачке дозволе управља возилом док траје казна. Да ли ће сада она, по општем правилу (чл. 53. ст. 4. КЗ-а), бити замењена казном затвора, што претпоставља опозив помиловања? *Circulus vitiosus*, какав постоји и у случају замене казне радом у јавном интересу или условном осудом, још једном сугерише потребу детаљног преиспитивања ових законских решења супротних класичном концепту помиловања. Можда се може рећи да је решавање ових проблема пре везано за преиспитивање легислативног уређења наведених санкција него легислативног уређења самог помиловања. Сама природа ових санкција је таква да има више оправдања да буду сврстане у парапеналне мере, него да им се додели статус казне, како је Закоником учињено, а на тај начин би отпале и све нелогичности и дилеме везане за случај када се изречена казна њима замењује.

Врло значајно питање о којем уопште није расправљано у домаћој теорији јесте тзв. општи домен примене помиловања. Са аспекта позитивног права, он је одређен формулацијом "за кривична дела прописана законима Србије", тако да се предмет помиловања одређује према критеријуму предвиђености дела. Нека права, која на исти начин одређују домен помиловања, садрже и допунска правила, по којим се помиловање даје и за кривична дела предвиђена страним законима, ако је учинилац домаћи држављанин и ако је то предвиђено међународним уговорима, са изузетком лица осуђених од стране Међународног

кривичног суда.<sup>17</sup> Али, упоредно право пружа и другачије примере. Домен се може одредити полазећи од кривичне санкције, изречене од домаћих судова или које се извршавају у земљи (подразумева се да су обухваћене и правне последице проистекле из ових санкција).<sup>18</sup> Не може остати незапажено да би се тако подручје примене помиловања проширило на сва лица која у Републици Србији издржавају санкцију, без обзира на то који је суд и на основу којег закона донео првостепену пресуду. Такође, оваква одредба би истовремено представљала законско утемељење помиловања за кривична дела предвиђена законима који су укинута.

На крају, треба поменути и неке друге предлоге за реформисање помиловања, изнете у домаћој кривичноправној теорији. По мишљењу појединих аутора логичка веза између казне и помиловања (милости) нужно отвара још једну дилему. Казна је, као облик формалне друштвене реакције, предвиђена не само за кривична дела, већ и друге јавноправне деликте – привредне преступе и прекршаје. Да ли то значи да би помиловање требало да има примену у оквиру права привредних преступа односно прекршајног права? Неколико разлога је истакнуто у прилог овој тези.<sup>19</sup> Прво, није немогуће да се за привредни преступ односно за прекршај изрекне тежа казна него на пример за неко лакше кривично дело. Где наћи оправдање за то да лакша казна може да ужива привилегију опраштања, а тежа не? Друго, апсурдно је да учинилац кривичног дела које у себи обухвата обележја неког преступа или прекршаја, има повољнији положај због могућег помиловања, у односу на учиниоца "чистог" привредног преступа тј. прекршаја. Треће, исте оне околности које помиловање за кривично дело чине оправданим, могу се стећи и код учинилаца других јавноправних деликата. Међутим, ма како разложно деловали аргументи у прилог преношења института из кривичног права у прекршајно право и право привредних преступа, ипак не би требало одустајати од општеприхваћеног решења, јер би тиме још више био закомпликован и онако непотребно оптерећен концепт помиловања.

Поједини аутори заступају став да материју помиловања треба допунити постављањем услова за његову примену. Ради се о предлозима супротним природи овог института, који би онемогућили и спутали

<sup>17</sup> Такав случај постоји рецимо у кривичном законодавству Словеније (чл. 1. ст. 2. и 3. *Zakona o pomilostitvi*). Изузимање лица осуђених које је осудио Међународни кривични суд је потекло из Римског статута, који изричито забрањује државама где се издржава казна да ослободе лице пре истека изречене казне (чл. 110. ст. 3).

<sup>18</sup> Видети чл. 1. ст. 2. Закона о помиловању Републике Хрватске.

<sup>19</sup> Детаљније о томе Р. Свилар: *Ограничење права на помиловање на привредне преступе и прекршаје*, Правни живот, бр. 2, Београд, 1982. године, стр. 243.

еластичност, неопходну ради остваривања функција ради којих је и учињен делом система кривичног права. Негативне стране таквог решења не леже само у томе што води рестриктивнијој примени института, него и у његовом поистовећивању и непотребном преплитању са неким другим институтима кривичног права.

Истој групи неприхватљивих предлога припада и захтев за преиспитивање правила о субјективној универзалности института, на основу које се може применити на све категорије учинилаца, па и на вишеструке повратнике или учиниоце појединих кривичних дела на пример. Ограничења ове врсте су одавно део историје помиловања. Евентуално ускраћивање помиловања на националном нивоу за учиниоце кривичних дела против међународног права не представља ускраћивање у правом смислу, они уживају погодност помиловања, само што је другачије и на другом (наднационалном) нивоу остварују.

Једна од идеја истакнутих у домаћој теорији у вези са реформисањем помиловања, јесте и проширивање његове примене на условну осуду. Ако се помиловање схвати као инструмент за гашење казне, онда нема разлога да се обухвати само изречена казна, а да се казна утврђена условном осудом остави по страни. Међутим, мора се приметити да би овај вид проширења садржаја помиловања представљао само још један у низу излишних експеримената. Неоправдано је изречену казну поредити са утврђеном казном, јер је прва реалност и она се редовно извршава, док је друга само евентуална будућа реалност, могућност која се може али уопште и не мора остварити. Како постоји став да се помиловањем постиже и олакшавање казни, треба се запитати није ли онда захтев за стављање условне осуде у његове оквире, сликовито речено, у истој равни са захтевом умишљеног болесника ад прими терапију иако не показује симптоме болести? Полазећи са филозофскоправног аспекта, треба приметити да услед извршења условне осуде не настају такво зло и трпљење, који изискују и оправдавају примену милости, како би били олакшани.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Исти разлог се може навести у прилог ускраћивању могућности да се покрене поступак помиловања у току трајања условног отпуста. Ако се инсистира на потпуној доследности и чистоти правног уређења помиловања такво правило се намеће само по себи. *Code of Federal Regulation* (у даљем тексту CFR), акт којим је регулисан поступак помиловања у САД, искључује могућност покретања поступка за време док се осуђени налази на условном отпусту или на пробацији, као и у свим случајевима када је осуђеном на располагању неки други вид управне или судске коректуре изречене казне (§ 1.2. CFR). Извор:<http://www.usdoj.gov/pardon/clemencyregulations.htm>

### III.

Поступак помиловања, такође, пружа одређени простор за даљи развој. Најзначајнија измена у процесној сфери односила би се на улогу суда, јер се основано може тврдити да је његов положај, по позитивноправним решењима, најблаже речено, веома деликатан. Пошто је донео одлуку у првом степену, суд у поступку помиловања прво прикупља и проверава све чињенице, релевантне за доношење одлуке. Поставља се питање да ли је оправдано суду доделити улогу припремања материјала за доношење одлуке о помиловању и на тај начин га начинити "сервисом" органа управе. Чак би се могло рећи да таква улога доводи, у извесном смислу, до деградације судова.

Са друге стране, још је проблематичнија његова обавеза да даје своје мишљење о оправданости помиловања, где се може издвојити више спорних момената. Први се састоји у томе што се суд нагони да два пута разматра исту ствар, али са дијаметрално различитих полазишта. Док је првостепену одлуку донео поштујући принцип законитости, мишљење о оправданости молбе, логично мора да заснује на принципу целисходности. Суд наравно тиме не трансформише сопствену одлуку, али процењује опортуност њеног даљег извршавања, поступајући као орган управе, односно као да и сам има дискреционо овлашћење. *Inter alia*, треба поменути и реалну могућност несагласности мишљења суда и одлуке о помиловању, када незавидан положај суда још интензивније долази до изражаја. Ако помиловање буде дато упркос негативном мишљењу (или обрнуто) није искључено да суд у оваквом случају одлуку о помиловању на неки начин доживи као управну корекцију сопственог рада. Није неосновано ни довести у сумњу квалитет судског мишљења о предмету, о којем је већ коначно дао свој став доношењем првостепене одлуке. Логично је упитати се колико суд може да буде објективан и непристрасан у ситуацији где практично процењује сопствени рад, поготову што се мишљење заснива на мање-више сличним чињеницама, узетим у обзир током судског поступка.

Преуређивање улоге суда у поступку помиловања *de lege ferenda* може бити изведено на различите начине. Основна измена би се односила на искључивање обавезе суда да оцењује оправданост, али му се истовремено може оставити право да, уколико сматра потребним, да своје мишљење поводом молбе.<sup>21</sup> Искључивањем суда из претходног поступка,

---

<sup>21</sup> Такво решење постоји у америчком моделу, где надлежни орган (гувернер или председник) само обавештава првостепени суд о поднетој молби, који може ако то сматра потребним да да своје мишљење или неке информације о конкретном случају.

остаје упражњена функција припремања одлуке, па се отвара питање коме је поверити. Овде се практично отварају две могућности, на које указују и решења из компаративног права. Тако претходни поступак може да спроводи посебно тело формирано при Министарству правде (попут *Office of Pardon Attorney* у америчком праву), које би било овлашћено да прикупи и провери све релевантне чињенице, сачини предлог одлуке и упути је Председнику. У другој варијанти ова обавеза би прешла са суда на државно тужилаштво, аналогно решењима у француском праву, где Министарство правосуђа увек доставља молбу тужилаштву надлежног суда, које отвара досије, скупља све чињенице и даје мишљење о оправданости.<sup>22</sup>

Промене у положају суда се чине заиста оправданим. Помиловање свакако треба одвојити од правосуђа, јер се оно даје не само из различитих разлога, од оних разматраних у поступку по жалби на пример, већ и у другој врсти поступка, а све у циљу добијања логичнијег и чистијег решења.

Укидање ослобођења од кривичног гоњења, као промена у материјалној, садржинској страни помиловања, повлачи са собом и промену у поступку. Наиме, аболиција је једини случај покретања поступка по службеној дужности, па би се њеним укидањем, поступак логично покретао само молбом. Но, овде настаје дилема да ли би требало задржати покретање *ex officio*, с тим што би сада било везано за неки други случај помиловања. Раније је по службеној дужности увек покретан поступак помиловања у случају осуде на смртну казну, али како је она укинута, поставља се питање да ли овакав начин покретања поступка треба везати за њен супститут, тј. казну затвора од четрдесет година, или сада најтежу казну у нашем систему, казну затвора од тридесет до четрдесет година. Иако има и таквих размишљања, чини се неоправданим поистовећивање казне затвора и смртне казне, тим пре што нема никаквих препрека да само осуђено или друго овлашћено лице поднесе молбу и тако оствари модификацију казне у поступку извршења. Немогућност покретања поступка по службеној дужности решава истовремено и раније присутни спор о томе ко може покренути иницијативу односно дати предлог за помиловање *ex officio*. Из свега логично следи да би се молба будуће могла поднети само након правноснажности пресуде.

---

<sup>22</sup> Детаљније о поступку помиловања у Француској Р. Conte, Р. М. Chambon: *Droit Penal Général*; Paris, 2002. године, стр. 349, М. L. Rassat: *Droit Pénal*, Paris, 1987. године, стр. 369. и А. Chavanne: *Le Droit Français- extinction des peines*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, no. 3-4, vol. 61, 1990. године, стр. 552.

Када се већ говори о покретању поступка помиловања, уочен је недостатак позитивног права у вези са кругом лица овлашћених за подношење молбе. Логично решење подразумева да сва лица, активно легитимисана за подношење жалбе у корист осуђеног, имају и овлашћење да понесу молбу за помиловање. Аналогно изнетом ставу, круг овлашћених лица би био проширен укључивањем браниоца осуђеног. Његово изостављање није логично, пошто бранилац на пример може да изјави жалбу у корист оптуженог и без његовог посебног овлашћења, мада не и против његове воље, а од општег правила је постављен и један изузетак, када је оптуженом изречена казна затвора од четрдесет година, када се не би могао одрећи права на жалбу нити одустати од већ изјављене жалбе (чл. 364. ст. 6. ЗКП-а). Бранилац малолетника је овлашћен да изјави жалбу чак и против његове воље, што је последица посебног процесног положаја малолетника, предвиђеног у циљу његове заштите. Наша пракса је, иначе, прихватала молбе браниоца, али само ако су поднете на основу специјалног овлашћења осуђеног.<sup>23</sup> Несумњиво је да би давање законског овлашћења браниоцу поједноставило покретање поступка, а истовремено би се тиме се посредно утицало и на ефикасност поступка помиловања. Ако је бранилац поднео молбу у име осуђеног лица, иако за то није имао посебно овлашћење, суд ће је третирати као недозвољену, мада је неће одмах одбацити, већ ће оставити разуман рок браниоцу да прибави овлашћење. Практика је чак изградила правило по коме бранилац може да тражи продужење рока, ако из оправданих разлога није био у могућности да добије овлашћење.<sup>24</sup>

Такође, када се већ говори о лицима овлашћеним за покретање поступка помиловања, има идеја да се у овај круг уведе и ванбрачни друг осуђеника, што је у складу са интенцијом изједначавања правног положаја брачне и ванбрачне заједнице.

Детаљна анализа процесних одредаба указује на постојање правне празнине, када се ради о обустављању поступка. Тако су без правила остали сви они случајеви, када након подношења молбе престају да постоје процесне претпоставке за даље вођење поступка. Тако би, као основе обустављања, требало предвидети оне околности које даље вођење поступка чине бесмисленим и беспредметним. У листу основа би свакако требало уврстити: смрт осуђеника, повлачење молбе, али и околност да је

---

<sup>23</sup> Д. Јовашевић: *Амнестија и помиловање*, Београд, 2001. године, стр. 49. и М. Петровић, С. Батрићевић: *Коментар Закона о помиловању СФРЈ и Коментар Закона о помиловању СРС*, Београд, 1986. године, стр. 7.

<sup>24</sup> М. Петровић, С. Батрићевић: *op. cit.*, стр. 11.

кривична санкција већ у потпуности извршена, односно да је престала правна последица осуде.

Можда највећа разлика између материје помиловања у правном поретку Србије и проучаваним порецима других земаља, постоји у сегменту контроле. Домаће позитивно право не предвиђа ниједан механизам контроле, што уопште није оправдано. Многи су приметили да је ова установа јако "згодна" за различите злоупотребе, услед тога што не зависи од испуњења материјално-правних услова, а и сама одлука о помиловању не садржи образложење, тако да се из ње не може сазнати којим се разлозима надлежни орган руководи приликом њеног доношења.<sup>25</sup> Подаци о пракси помиловања код нас су врло оскудни, а одлуке о помиловању углавном обавијене велом тајне, као да се ради о приватном, а не о јавном поступку. Иако би се оправдано могло очекивати да се макар елементарне информације о примени института могу наћи у званичним статистикама, то код нас није случај. Недоступност ових података је помало чудна и збуњујућа, када се узме у обзир да спадамо у ред земаља са прилично отвореним системом информисања о чињеницама које се, на пример, региструју у оквиру судске статистике. На основу недоступности, међутим не би ваљало исхитрено извући закључак да се примена помиловања не прати и не проучава. Врло је вероватно да се тако нешто дешава у оквиру одговарајућих ресора, али то нажалост није познато ни стручној ни широј јавности. Једини доступни подаци јесу они дати средствима јавног информисања, уз констатацију да се то чини врло ретко и врло штуро.<sup>26</sup>

Са друге стране, природа помиловања не допушта претерано правно уобличавање, јер би се тиме спутало и гушило остваривање

---

<sup>25</sup> Уочене злоупотребе у примени помиловања инспирисале су размишљања о успостављању механизма контроле. Упоредно право указује на четири могућа начина ограничења примене помиловања, која се остварују кроз деловање законодавне, судске, других органа извршне власти, док се као четврти механизам може јавити сам утицај јавности, који има пре свега политички значај и претпоставља постојање развијених демократских механизма као и сензибилитет јавности на учињене злоупотребе.

<sup>26</sup> Из штампе је познато да је председник Тадић од почетка свог мандата помиловао укупно 97 људи. Од 720 примљених молби за помиловање одбијено је 590, док 33 молбе уопште нису узете у разматрање, јер су осуђени у међувремену издржали читав износ казне. Исти извор расветљава и околности, које се узимају као оправдане за давање помиловања. Актуелна председница Комисије за помиловања наводи да Комисија генерално уважава следеће разлоге: да је дело учињено из нехата, да је осуђени издржао већи део казне, да се ради о делу које по новом закону више не постоји или је његова друштвена опасност током времена смањена, да је осуђени у међувремену оболео од тешке, неизлечиве болести, односно да постоје петиције грађана и организација за његово ослобођење. Извор: <http://www.blic.co.yu/arhiva/2006-02-06/strane/politika.htm>

његових функција, што компликује дилему који механизам контроле усвојити. Он треба да помири крајње различите захтеве, да остави довољно слободног простора за одлучивање, али и да спречи прерастање ове председничке прерогативе у самовољу. Наведени разлози иду у прилог постављања јавности, као механизма контроле, па би убудуће све одлуке о помиловању требало да буду објављене у службеном гласилу. Тиме би се отворио пут политичкој контроли помиловања, о којој се сада само говори, али која због објективних препрека није могла да заживи.

Друга крупна разлика, о којој је можда прво требало говорити, јер се идући хронолошки кроз поступак помиловања, примећује пре него недостатак механизма контроле, јесте непостојање правила о Комисији за помиловања. Компаративно посматрано, саветодавна, консултативна тела су обично правно уобличена, познат је и њихов састав и обавезе у поступку помиловања. Закон о помиловању<sup>27</sup> и Упутство о поступању судова и установа за издржавање казне у поступку помиловања<sup>28</sup> ни у једној одредби не помињу Комисију, која тако готово да прераста у "фантомски" орган у поступку.<sup>29</sup> Када се свему дода претпоставка да је њено мишљење у пракси вероватно врло значајно, да не кажемо одлучујуће, тешко је наћи речи оправдања за постојање овакве правне празнине. Треба ли допустити да овако "уређена" Комисија практично води главну реч, треба ли свести надлежни орган само на пуког потписника и формалног доносиоца одлуке, пошто је вероватно да се због обима послова он не може детаљно бавити преиспитивањем предлога Комисије и разлога на којима је он заснован?

Ранија нормативна решења садржала су одредбу о хитности поступка помиловања. Позитивно право нема начелно правило о овом питању, нити прецизно постављане рокове за већину радњи, али се зато у неким одредбама, којима се поједине од њих регулишу, наводи да морају бити учињене "без одлагања". Општа назнака о хитности би можда одиграла одређену улогу у случају када се помиловање тражи за кратке казне затвора или за кратак остатак казне, да би се предупредила пат позиција у којој одуговлачење поступка доводи до немогућности и осујећења примене помиловања услед потпуног извршења казне.

<sup>27</sup> *Службени гласник РС, бр. 49/95. и 50/95.*

<sup>28</sup> *Службени гласник РС, бр. 6/98. и 7/98.*

<sup>29</sup> Али, то не значи да је њено укључивање у поступак противно праву, оно је утемељено на уставној одредби да Председник Републике има право да "образује стручне и друге службе за послове из своје надлежности" (чл. 83. тач. 11. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС, бр. 1/90.*)



#### IV.

Закључна реч разматрања о недостацима и могућим правцима развоја института помиловања може се изразити констатацијом да листа приговора, навођењем претходних, вероватно није исцрпљена, као и да понуђена решења не претендују да буду једина и искључиво исправна. Сигурно је само да је концепт помиловања оптерећен многим сумњама и проблемима, који намећу нужност темељног преиспитивања постојећих решења.

Dušica Miladinović, Assistant

## REVIEW OF CONCEPT OF PARDON IN SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION

### *Summary*

The institute of pardon's age and its continuous presence in Serbian Law, which can be tracked down from the medieval period and followed through the positive legislation, should not be obstacles to critical analysis of this institute, since they don't necessarily bring about the perfection in normative regulation. Hence, in author's opinion, both in substantive and procedural sphere of pardon certain flaws and illogicalities may be found, starting from uncommonly broad contents, where particularly controversial element is abolition, to ambivalent position of the first instance court and lack of control mechanisms.

**Key words:** content of pardon, initiation and termination of proceedings, urgency, first instance court, pardon commission

## *Прикази*

---

---



*Др Горан Обрадовић\**

## ПРИКАЗ

**ASSISTANT PROF. DR. SENAD JASAREVIC: SERBIA AND MONTENEGRO, INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LAW, SOCIAL SECURITY LAW, SUPPL. 48\, KLUWER LAW INTERNATIONAL, THE HAGUE/LONDON/NEW YORK, 2004. PP. 188.**

Социјално осигурање је основна институција индустријализованих друштва и с правом се, уз закон о раду, сматра најзначајнијим правним проналаском двадесетог века (А. Супио). Његова сврха је да заштити становништво од озбиљних здравствених и финансијских ризика. Ради постизања тог циља, право социјалног осигурања уређује односе између предузећа и осталих економских бића, с једне стране, и породица и појединаца, с друге. Његова правила извршавају се кроз сложену мрежу јавних и приватних институција, разрађених националним правом.

Монографија „Србија и Црна Гора“, аутора доц. др Сенада Јашаревића, представља четрдесет и осму књигу дела који се односи на Право социјалног осигурања Међународне енциклопедије права. Она, у суштини, пружа информације и смернице о шеми социјалног осигурања у Србији и Црној Гори, омогућавајући, на тај начин, њено упоређивање са шемама у другим земљама.

На почетку књиге, аутор износи општи поглед о Србији и Црној Гори, са историјском позадином и изворима права социјалног осигурања. Институције социјалног осигурања обрађене су у посебном делу. Централно место заузимају, наравно, јавне институције, с обзиром да се управљање системом социјалног осигурања у Србији и Црној Гори и даље одвија под окриљем државе (изузев у области здравствене заштите). Као разлог оваквог стања аутор, с правом, наводи педесетогодишњу традицију државног управљања тим системом, али и неповерење у приватне финансијске институције, као последица бројних случајева корупције и превара у приватном банкарству у задњој деценији двадесетог века.

У делу посвећеном доприносима и финансирању социјалног осигурања, износе се неке особине карактеристичне за нашу земљу, иако се сам систем заснива на Бизмарковом моделу. Једна од основних карактеристика је и да се социјално осигурање не финансира са

---

\* Доцент Правног факултета у Нишу

заједничког рачуна, већ се доприноси сакупљају за сваку грану посебно. Систем садржи велики број изузетака, што га чини компликованим и не много систематичним.

Посебно су обрађене области здравственог осигурања, породичних давања, спречености за рад, несрећа на раду и професионалних болести, незапослености, пензија, давања хендикепираним лицима, као и минималних давања. На крају, посебно је обрађен поступак спровођења, контроле и признавања права.

Библиографија је пажљиво одабрана, и укључује најзначајније прописе, судске одлуке, књиге и периодику.

Монографија др Сенада Јашаревића представља критички приказ система социјалног осигурања у Србији и Црној Гори. Њена посебна вредност је у томе што на сажет и јасан начин успева да код читаоца створи јасну слику овог система, пружајући му најзначајније чињенице потребне за разумевање једне тако сложене области као што је социјално осигурање.

Сама чињеница да је монографија штампана на енглеском језику, од стране познатог међународног издавача и у оквиру једне веома значајне серије, отвара широке могућности за упознавање страних стручњака са нашим системом социјалног осигурања, што још више доприноси њеној вредности.

*Мр Марко Трајковић\**

**ПРАВНО-ЕТИЧКО СТАНОВИШТЕ РОНАЛДА ДВОРКИНА**  
**Роналд Дворкин, Суштина индивидуалних права,**  
**ЦИД, Подгорица, 2001, 451 стр.**

**УВОД**

Новина теорије Роналда Дворкинова је враћање права ка својим моралним основама и потреби судије да има сталну рефлексију (а нарочито у тешким случајевима) о тим моралним основама права. Дакле, новина Дворкинове теорије, је у томе да правна правила имају своје порекло у принципима политичког морала. Међутим, велики је проблем код њега одредити какви су ти принципи, као што је велики проблем рећи шта за њега значи „морал“. За почетак можемо рећи да и (политички) морал и појединачне моралне принципе схвата конструктивистички, дакле као производе друштвеног живота, историје и праксе. Али то не значи да су они релативистички, просто ствар волунтаристичке одлуке или неразложних преференци неке групе или појединачног актера.

**ДЕФИНИЦИЈА МОРАЛА**

Појам „морал“ Дворкин користи веома широко. Употребљава га и у дескриптивном и у нормативном смислу. Користи га уз придеве, као „друштвени морал“ или „политички морал“ или „популарни морал“, што је за многе филозофе морала светогрђе. Не упушта се у покушај дефинисања појма морала, а као што ћемо видети потпуно игнорише и заобилази питања о природи и онтолошком статусу моралних принципа и самог морала. Мотив је напад на позитивистички схваћен либерализам који је прилично оштро делио право од морала и моралних питања.

Дворкин се залаже за конструктивистички начин схватања морала који моралност у ширем смислу посматра као производ друштва који је стално подложен ревизији и преиспитивању у складу са независним критеријумима. Ово широко схватање моралности може се објаснити мотивом везивања права за све врсте нормативних друштвених правила која обитавају у једном друштвеном систему. Право има свој извор у свим облицима нормативности. На пример, у америчком и енглеском

---

\* Асистент на Правном факултету у Нишу.

правосудном систему битну улогу и даље играју неки закони или преседани установљени и пре више од сто година и у њима су наслаге које свој извор имају и у неким религијским нормама, а нарочито у многим давним системима популарне моралности или обичајности. Сматра се да када судија покуша да реши један случај, мора да консултује све те различите системе нормативности, од којих неки потичу из историје а други из савременог друштвеног живота и његових подсистема. Дворкин има и јачу тезу, да се правило не може просто применити већ да је увек потребно знати морални принцип (у ширем смислу) који стоји иза њега. То, по њему, није само нормативна већ пре свега дескриптивна теза; судије не могу уопште да раде у америчкој пракси, ако се не позивају на неке моралне принципе.<sup>1</sup>

Међутим, то не значи да сви системи нормативности или моралности у ширем смислу имају подједнаку вредност приликом просуђивања о правима и дужностима. Позитивистичка правна теорија, односно теорија друштвеног правила, пропушта да уочи разлику између две врсте друштвеног морала које он назива заједнички, истовремени и конвенционални морал. Заједница испољава заједнички морал када су њени чланови сагласни у потврђивању истог, или у већини истог, нормативног правила, али чињеницу слагања не рачунају као суштински део њихових основа за тврђење тог правила. Она испољава конвенционални морал када се чињеница слагања рачуна. Разлика између ове две врсте моралности одговара разлици између критичке моралности у ужем смислу и дескриптивне популарне моралности. Дворкину је битно да покаже да судије, бар у неким случајевима, користе заједнички морал, односно да критички вреднују и усвајају моралне принципе и законска правила, а не само да некритички примењују захтеве конвенционалног морала оличене у одлукама законодавних органа. Хартова теорија друштвеног правила, према њему, може да се позива само на конвенционални, а не на критички, заједнички морал, јер за Харта, каже Дворкин: „правило је конституисано прилагођавајућим понашањем великог дела становништва“.<sup>2</sup> Сматра да теорија друштвеног правила није чак ни адекватан приказ конвенционалног морала, јер не може да објасни чињеницу да чак и кад људи сматрају друштвену праксу нужним делом разлога за тврђење неке дужности, они се још увек могу не слагати о опсегу те дужности.

Дворкин сматра, да нормативни судови често претпостављају друштвену праксу као суштински део свог оправдања. Али теорија

---

<sup>1</sup> Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 58.

<sup>2</sup> Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 68.



друштвеног правила, према њему, погрешно сматра да друштвена пракса конституише правило које нормативни суд усваја; у ствари друштвена пракса помаже у оправдању правила које нормативни суд формулише. Оно што овим жели да истакне је да правило и пракса не морају да имају потпуно исти садржај.

Ове његове формулације у којима не прави разлику између различитих употреба термина „правило“, „нормативно правило“, „друштвено правило“, „морално правило“ могу бити прилично збуњујуће. Јасан је његов мотив да нормативна правила којима судија треба да просуђује праксу одвоји од конвенција, односно да судија мора да задржи критичку дистанцу према обичајима, конвенцијама, правилима које заступа већина, те отуд инсистира на томе да нормативна правила могу бити оправдана само праксом, а не попут друштвених конвенција просто преузета из праксе. Поставља се питање одређења моралних принципа, нормативних правила које судија треба да следи. Морални принципи су ипак конституисани друштвеном праксом. Међутим, они нису конституисани простом друштвеном праксом и пресликани у правни систем по једнозначном, статичном принципу какав би класични позитивизам затупао. Ради се о далеко сложенијем процесу. Постоји читав корпус разних традиција које судији омогућавају легитимно позивање на одређени скуп принципа прихваћен у традицији те заједнице и јуриспруденцији и помоћу којих он може просуђивати конвенционална правила и схватања већине. Он мора довољно и адекватно да води рачуна и о тим правилима и принципима, зато што су она одраз промењених животних околности, моралних и правних, па некада могу бити исправнија и моралнија од застарелих традиционалних принципа.

### **КЛАСИФИКАЦИЈА НОРМАТИВНИХ ПРАВИЛА**

Ако покушамо да класификујемо врсте нормативних правила које су у овом правном процесу у игри, можемо говорити о три нивоа или три групе тих принципа. На најнижем нивоу су конвенционална правила којих се придржава велика већина чланова заједнице и према којима се одвија највећи део друштвеног живота. На вишем нивоу су ова нормативна правила која се могу назвати принципима и која су, иако такође конституисана друштвеном праксом, далеко снажнија и принципијелнија јер је пракса и провера која стоји иза њих далеко дужа и јача. То су углавном друштвена правила политичког морала дубоко усађена у наше правно-политичке системе. На њима се заснива цео правни живот једног друштвено-правног система и њима се судије руководе, нарочито у

тешким случајевима. Ови принципи се мењају у складу са животом и образовањем људи, релативни су и мењају се како се мења заједничка основа институција у које имамо поверење. Они су спорни, њихова тежина је од највеће важности, безбројни су, и померају се и мењају тако брзо да би почетак наше листе био застарео пре него што бисмо дошли до средине. Када Дворкин говори о одвајању принципа од правила и политике, мисли на ова нормативна правила, принципе другог реда.

Конечно, на највишем нивоу су фундаментални, основни морални принципи који су толико дубоко усађени у нашу цивилизацију да их сматрамо готово урођеним категоријама. То су практично неки основни логички и морални принципи као што су кохеренција, доследност, разложност, добра воља и који морају подједнако функционисати на свим поменутих нивоима. То су они критеријуми којима се руководимо када уређујемо систем нормативних и друштвених правила. То су они „независни критеријуми“, како их Дворкин назива, којима судија, али и сви остали учесници у моралној и правној пракси морају да се руководе. Баш та чињеница, да судија дели са грађанима ове највише принципе али и готово исти скуп принципа другог реда, омогућава му да легитимно направи критичку дистанцу од конвенционалних схватања и да се понекад са правом одупре вољи већине.

Дворкин прихвата Хартово настојање да право објасни не само позивањем на моралне судове обичног човека. Дворкин ту врсту анализе сматра нужном у припреми критичке процене права и општег морала на коме оно почива. Док нам не буде јасно коју моралну праксу или став одражава право, не можемо га разложно критиковати; али кад то схватимо, преостаје нам само да питамо имају ли ова пракса или ставови смисла, јесу ли засновани и у складу са осталим принципима за које право тврди да им служи. Сматра да Харт греши кад одбацује теорију виности. Он је на тај начин по Дворкиновом мишљењу, помешао два основа на којима кршење закона може бити морално погрешно. Погрешно је прекршити закон јер је дело које се осуђује зло по себи. Оно такође може бити зло иако дело које се осуђује није зло по себи, него само зато што га право забрањује.<sup>3</sup> Наравно, то не значи да је неко морално крив кад год учини нешто што закон забрањује. Он не мора бити крив кад је закон толико пристрасан и неправедан да нормална морална обавеза нестаје. Према њему, правници се обично чврсто ослањају на међусобно повезане појмове законског права и обавезе. Међутим, наше разумевање ових

---

<sup>3</sup> Може, на пример, према Дворкину, бити спорно да ли је мудро или правично да Енглеска национализује своју железницу; но, и поред тога, још увек је тачно да свако има моралну обавезу да поштује већ донети закон.

појмова веома је крхко тако да се неретко налазимо у невољи при покушају дефинисања законских права и обавеза. При том смо одмах спремни да кажемо како је имати законску обавезу у конкретном случају одређено применом одређеног права на одређене чињенице, али нам тај одговор много не помаже јер исте проблеме имамо и са појмом права.

Овакве невоље Дворкин обично сумира у класичном питању јуриспруденције: Шта је право? Када се две стране не слажу, као што се обично догађа, око неке правне поставке, како одлучити која је од њих у праву? Зашто оно што право каже називамо правном обавезом? Или правна (законска) обавеза има неке везе са моралном обавезом? То је, како он наглашава, извор сталних неприлика и упорни предмет наше пажње при решавању значајних специфичних проблема. Претпоставимо да је нови спорни случај који се односи на право на приватност стигао у судницу и да не постоји одредба у писаном закону, а ни прецедент, на који се позива тужилац. Какву улогу у одлуци суда треба да има чињеница што већина људи обично сматра, како човек као приватно лице има морално право на ову конкретну врсту приватности?<sup>4</sup>

### ЈЕЗИК ИНДИВИДУАЛНИХ ПРАВА

Дворкин сматра да језик индивидуалних или појединачних права данас доминира политичком дебатом. Да ли влада поштује морална и политичка права грађана? Или да ли се владина спољна политика, супротставља овим правима? Да ли мањине чија су права повређена имају право да заузврат прекрше закон? Не изненађује што су ова питања сада избила у први план. Појам индивидуалних, појединачних права, а посебно појам индивидуалних права у односу на власт има своју најприроднију употребу кад је политичко друштво подељено и кад је позивање на сарадњу или заједнички циљ бесмислено.

Расправа не укључује проблем имају ли грађани неко морално право у односу на своју владу. Изгледа да све заинтересоване стране мисле да имају. Конвенционални правници и политичари с поносом истичу да сваки правни систем признаје, на пример, права појединаца на слободу говора, једнакост и законит поступак. Неки филозофи, наравно, одбацују

---

<sup>4</sup> Дворкин претпоставља следећу ситуацију: претпоставимо да суд ослободи затвореника зато што је полиција користила поступке које суд сматра противустановним, мада су у ранијим одлукама суда такви поступци одобравани. Мора ли суд, да би био доследан, ослободити све остале затворенике претходно осуђене уз примену ових истих поступака? Појмовне недоумице око „права“ и „правне (законске) обавезе“ постају посебно важне кад се суд суочава са оваквим или сличним проблемом.

идеју да грађани имају права независно од оних која им закон даје. Бентам је мислио да је идеја моралних права „бесмислица на штулама“. Међутим, то гледиште никад није било део популистичке политичке теорије и политичари се једноставно позивају на право народа како би оправдали оно што желе да ураде.

Према њему, веома је спорно која појединачна права грађани имају. Да ли, на пример, признато право на слободу говора укључује право на учествовање у ометајућим демонстрацијама? У пракси, влада има последњу реч о томе која су права појединаца, зато што ће њена полиција радити оно што њени службеници и судови кажу. То, међутим, не значи да је владино гледиште нужно исправно; свако ко то мисли мора веровати да људи имају само она морална права која влада одлучи да им додели, што значи да они уопште немају никаква морална права.

Устав стапа правне и моралне проблеме тако што важење права чини зависним од одговора на сложене моралне проблеме, као што је онај да ли одређени закон уважава једнакост својствену свим људима. Ово стапање има важне последице за расправу о грађанској непослушности. Међутим, тиме се остављају отвореним два важна питања. Према Дворкину, нема одговора на то да ли устав, чак и исправно протумачен, признаје сва морална права која грађани имају, као ни то да ли ће, као што многи претпостављају, грађани бити дужни да поштују закон чак и када се њиме вређају њихова морална права.<sup>5</sup> Наравно чак и када би устав био савршен и поштован од већине, не значи да би чак и врховни суд могао гарантовати индивидуална права грађана. Одлуке врховног суда су ипак законите одлуке и у њима се узимају у обзир прецеденти и институционална разматрања, а такође и морална схватања. Судска пресуда није нужно и исправна пресуда. Судије имају различите ставове о спорним правним и моралним питањима.

Према томе, мада уставни систем нешто доприноси заштити моралних права у односу на државу, њиме се не гарантују ова права, а ни установљава која су то права. То значи да, у извесним околностима, нека друга грана власти, а не законодавство, има последњу реч у овој материји, што тешко може задовољити онога ко ту грану сматра дубоко погрешном. Наравно, неизбежно је да нека грана власти има коначну реч о томе које право треба применити. Кад се људи слажу о моралним правима не постоји начин да једна страна докаже своју тезу, док се истовремено одлука мора донети ако се не жели анархија. Међутим, овај део ортодоксне мудрости мора бити почетак, а не крај филозофије

---

<sup>5</sup> Оба питања, постају кључна кад мањина тражи морална права која им се законом поричу, на пример право на сопствени школски систем.

законодавства и спровођења закона. Ако не можемо инсистирати на томе да влада пружи исправне одговоре на то која права имају њени грађани, можемо бар на томе да она то покуша. Можемо инсистирати да она та права схвати озбиљно, да се придржава неке кохерентне теорије о томе која су то права и да делује професионално.

Дворкин се бави и проблемом који је најконтроверзнији. Да ли Американац икад има право да прекрши закон?<sup>6</sup> Претпоставимо да неко прихвата да је закон важећи; да ли стога има дужност да га поштује? Они који су покушали да одговоре, изгледа да су подељени у два тора. Конзервативци, како их он зове, изгледа да не одобравају никакав чин непослушности; они су задовољни кад се такво деловање судски гони и разочарани кад су уверења обрнута. Друга група, либерали, имају много више разумевања бар за неке случајеве непослушности; они понекад не одобравају судско гоњење и славе ослобађајуће пресуде.

Одговор који обе стране дају своди се на следеће. У демократији, или бар у демократији која у начелу уважава људска права, сваки грађанин има општу моралну дужност да поштује све законе, иако би желео да су неки од њих другачији. Он ту дужност дугује својим грађанима који поштују, њему у прилог, закон који се њима не свиђа. Међутим, ова општа дужност не може бити апсолутна јер чак и друштво које је у начелу праведно може доносити неправедне законе и спроводити неправедну политику, а човек има и друге дужности осим оних према држави. Човек мора поштовати своју дужност према своме Богу и сопственој савести и, ако су оне у сукобу са његовом дужношћу према држави, онда он има право, на крају крајева, да ради оно што просуди да је исправно. Ако, ипак одлучи да мора прекршити закон, онда се мора подвргнути пресуди и казни коју држава намеће, признајући тиме да је његова дужност према суграђанима била надјачана али не и укинута његовим религијским и моралним обавезама. Наравно, овај општи одговор може се разрадити у веома различитим правцима. Неко ће дужност према држави описати као темељну, дисидента као верског или моралног фанатика. Други ће дужност према држави описати шкртим речима, а онога ко се супротставља представиће као моралног хероја. Но то су разлике у нагласку и став који смо описали представља, мислимо, гледиште већине оних који у конкретном случају одобравају или не одобравају грађанску непослушност.

Не тврдимо да је то свачије гледиште. Мора бити и оних који дужност према држави стављају толико високо да не допуштају никакве

<sup>6</sup> Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица, 2001, 233.

изузетке. Сигурно постоје и они који поричу да човек икад има моралну дужност да се покорава закону. Међутим, ове две позиције су само крајности, а сви они који се налазе између заступају наведену ортодоксну позицију: да човек има дужност да се покорава закону, али има право да следи своју савест кад је она у сукобу са том дужношћу. Међутим, ако је то тако, онда је парадокс у томе што се људи који дају исти одговор на начелно питање толико оштро деле у појединостима. Парадокс иде и дубље јер свака страна, бар у неким случајевима, заузима позицију која изгледа потпуно неспојива са теоријским становиштем које свако од њих заступа. Ово становиште се може проверити на пример, у случајевима избегавања регрутације на основу приговора савести, или случајева подстицања других на злочин. Конзервативци се залажу за то да такви људи морају бити судски гоњени, чак и кад су искрени.<sup>7</sup> Међутим, зашто морају бити гоњени? Зато што друштво не може трпети умањено поштовање закона које њихово деловање проузрокује и подстиче. Укратко, они морају бити судски гоњени да би се обесхрабрили они, и други као они, који би чинили оно што и прекршиоци.

Нису сва законита права а ни уставна права морална права у односу на власт. На пример, ми имамо сада законито право да возимо у оба смера улицом, али власти не греше ако ову улицу учине једносмерном, сматрајући да је то у општем интересу да се учини. Међутим, она уставна права која називамо основним, као што је право на слободу говора, треба да представљају права у односу на власт у стриктном смислу; то је смисао хвалисања да правни систем поштује основна права грађана. Ако грађани имају морално право на слободу говора, онда ће власт учинити лоше ако опозове тај члан закона који га гарантује, чак и из убеђења да би већини било боље ако се слобода говора ограничи.

Досадашња аргументација била је хипотетичка: ако човек има неко посебно морално право у односу на владу, онда то право опстаје упркос законодавству и судству који му противрече. Међутим, овде се не каже која права човек има, познато је да се разложни људи око тога не слажу. Постоји, ипак, широка сагласност у погледу неких јасних случајева; готово сви који уопште верују у индивидуална права на пример, признају да човек има морално право да на непровокативан начин изнесе своје мишљење о стварима од политичког интереса и да је то важно право које држава уз велика одрицања мора да заштитити. Међутим, постоје велики спорови око граница таквих парадигматичних права; о томе сведочи законски акт познат као „Закон против нереда“, повезан са суђењем током

---

<sup>7</sup> Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 257-259.

последње деценије прошлог века чувеној Чикашкој седморици.<sup>8</sup> Да ли право на слободу говора штити ову врсту говора? То је, наравно, правно питање, јер је повезано са одредбом о слободи говора из Првог амандмана на Устав Сједињених Држава. Међутим, оно је и морално питање, зато што, Први амандман морамо третирати као покушај заштите једног моралног права. Саставни део посла владања јесте да се кроз писане законе и судске одлуке дефинише морално право, то јест, званично обзнани опсег који то морално право има у закону. Како различите гране власти треба да поступају у погледу дефинисања моралних права?<sup>9</sup> Треба да почну од става да, ма шта одлучиле, могу да погреше. Историја и они који дођу после њих могу просудити да су, мислећи да не греше, деловали неправедно.

При том је могуће да се одлуче за један од два веома различита модела. Првим моделом се препоручује постизање равнотеже између права појединаца и захтева друштва у целини. Ако влада погази морално право (на пример, тако што дефинише право на слободу говора уже него што то захтева правда), онда она појединцу наноси неправду. С друге стране, ако влада надувава конкретно право (дефинишући га шире него што правда захтева), онда она безразложно ускраћује друштво за неку општу корист, као што су безбедне улице. Дакле, грешка на једној страни је подједнако озбиљна као и грешка на другој. Влада треба да се држи смера који води ка средини, то јест равнотежи између општег добра и личних права.

## ПОПУЛАРНИ МОРАЛ

Питање са којим се правници морају суочити је: да ли већина Американаца и Енглеза мисли да су хомосексуализам, порнографија и објављивање порнографије неморални? Ово замршено питање је потенцирано и контроверзама као што су објављивање Волфендоновог извештаја у Енглеској.<sup>10</sup>

Дворкин поставља питања: „Како се право заједнице разликује од њених популарних моралних или традиционалних вредности“? И „Како се оно разликује од оног што истинска правда захтева од било које државе,

<sup>8</sup> Туженици су били окривљени за заверу, да пређу границу државе чланице са намером изазивања нереди. Ова оптужба је неодређена можда и с гледишта неуставности; ипак, у закону се очигледно као кривично дело дефинишу емоцијама набијени говори у којима се тврди да је насиље оправдано како би се обезбедила политичка једнакост.

<sup>9</sup> Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, стр. 258.

<sup>10</sup> Извештај Комитета о хомосексуалним деликтима и проституцији из 1957. године.

независно од тога каква су популарна уверења и традиције у њој“<sup>11</sup> Наша појмовна оцена нуди кратак одговор на оба ова питања: оно се разликује од било ког од њих и то зато што његов садржај може зависити од оног другог. Претпоставимо да као популарни морала заједнице идентификујемо низ становишта о правди и другим политичким и моралним врлинама које, као лично убеђење, дели већина чланова заједнице или можда нека морална елита унутар ње. Претпоставимо и то да као „моралну традицију“ идентификујемо њен популарни морал у оквиру неког доста дугог временског периода који укључује и садашњост. Разлика између ових идеја и права заједнице је тада довољно јасна. Право више не припада заједници просто пасивно зато што њени чланови имају одређена становишта о томе шта је исправно или погрешно, која су ствар активног обавезивања, будући да званичници заједнице доносе одлуке које обавезују заједницу у погледу права и дужности која чине право. Али једна одређена замисао права ипак може поставити питање, која то права и дужности заиста проистичу из предходних политичких одлука зависном на неки начин, и од популарног морала, као и до изричитог садржаја тих одлука. Или она може порицати постојање такве везе. Појам права, схваћен онако како је Дворкин предложио сам по себи је неутралан, према овим компетитивним објашњењима везе између владајућих становишта заједнице и њених правних обавеза.

Право се разликује и од правде. Код правде, реч је о тачној или најбољој теорији о моралним и политичким правима, а замисао сваког појединца о правди је његова теорија коју намећу његова лична убеђења о томе шта та права заправо представљају. Код права, реч је о томе која наводна права обезбеђују оправдање за примену или одсуство примене колективне силе државе и то зато што су та права укључена или имплицирана у стварним политичким одлукама из прошлости. Међутим, опет је ова формулација различитости неутрална у односу на различите теорије о томе каква треба да буде улога личних убеђења о правди у формирању личних убеђења о праву. Појам права допушта замисли које подсећају на теорије природног права, мада данас то више нису семантичке теорије, већ општа тумачења правне праксе. Он, такође, допушта и супротне замисли, које поричу наводни утицај правде на право и отуда подсећају на правни позитивизам. Тако наша претпоставка да је најопштији смисао права, ако тако нешто уопште постоји, да установи везу између претходних политичких одлука и садашње принуде коју оне оправдавају приказује стару расправу о праву и моралу у новој светлости.

---

<sup>11</sup> Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, стр. 299.



У јуриспруденцији је садржај те расправе представљен као надметање између две семантичке теорије: позитивизма, који инсистира на томе да су право и морал потпуно одељени семантичким правилима која сви прихватају при употреби „права“, и природног права, које инсистира на супротном – да су они тим семантичким правилима сједињени. Стара расправа, заправо, има смисла само ако се схвати као надметање различитих политичких теорија о томе у којој мери претпостављени смисао права захтева, или допушта да виђења грађана и званичника о правди утичу на њихова становишта о томе која су то права створиле претходне политичке одлуке. То спорење није уопште појмовно у нашем смислу речи, али јесте део интерпретативне расправе различитих замисли о праву.

Можемо да говоримо и о Дворкиновом покушају да своју тезу о правима, своје схватање и оправдање права повеже са неким класичним теоријама морала, са деонтолошком и утилитаризмом, али и са неким антрополошким аргументима. Другачије речено, ако смо досад констатовали да у нашој цивилизацији постоје права, да је правна и политичка традиција у тој култури и цивилизацији незамислива без индивидуалних права, којима Дворкин даје централно место, и да правна и политичка традиција која уважава пред-законска права боље и праведније функционише од заједнице која таква права не уважава, сада се питамо откуд уопште права, зашто права или чему служе права.

Размотримо однос према деонтолошкој теорији. Ваља најпре напоменути да се сам термин деонтологија спомиње тек на пар места и да је евидентно да експлицитна деонтолошка теорија не заузима много места у Дворкиновим размишљањима. Односно, да он не придаје превише пажње класичној подели на деонтолошке и телеолошке, односно консеквенцијалистичке, односно утилитаристичке теорије. Та дистинкција је поменута само на једном месту у књизи „Суштина индивидуалних права“. Када у есеју „Правда и појединачна права“ разматра природу Ролсове уговорне теорије, Дворкин истиче да уговор није темељна премиса ове теорије.<sup>12</sup> Он је за њега тек нека врста тачке на пола пута у већем аргументу, производ дубље политичке теорије која се залаже за два принципа посредством, а не на основу уговора. Тражи обележје те дубље теорије чије је уговор тек средство. На том месту, он упућује, на познато разликовање које филозофи праве између два типа моралних теорија, које зову телеолошким и деонтолошким теоријама. Затим своју теорију експлицитно карактерише као деонтолошку тиме што доказује да било

<sup>12</sup> Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 193-203.

која дубља теорија која би оправдала Ролсову употребу уговора мора имати одређену форму деонтолошке теорије, теорије која идеју права схвата толико озбиљно да их чини темељним у политичком моралу. Ако се остане при овој класичној, радикалној дистинкцији између деонтолошких и телеолошких теорија, уз то схваћених у екстремном виду, за Дворкинову теорију би се с правом могло рећи да је деонтолошка теорија, јер је већи део књиге посвећен доказивању да морално и правно, нарочито у тешким споровима, аргументи из принципа имају предност над аргументима из политике, односно да индивидуална права *prima facie* апсолутно надмашују по снази и значају колективне циљеве.

Његов став према телеолошким теоријама, према утилитаризму посебно, изузетно је компликован и двосмислен, и утилитаризам се код њега појављује у мноштву значења и видова, од којих неки имају баш тај анти-утилитаристички набој (штите индивидуална права од колективних гажења) који се на овом месту, а иначе у класичној моралној филозофији, приписује деонтолошким теоријама. Али и сам третман деонтологије је и у овим ретким позивањима на тај појам нејасан. На наведеном месту он деонтолошке теорије, везује за озбиљно схватана права да би их оштро супротставио телеолошким теоријама које права подређују колективним циљевима. Међутим, одмах након тог места Дворкин уводи своју тристинкцију између циљно заснованих, на правима заснованих и дужносно заснованих дубинских теорија. Утилитаризам је, наравно, циљно заснована теорија. Али као пример за на правима засновану теорију не наводи се Кантова, него теорија револуције Томаса Пејна, док Кантов категорички императив чини дужносно засновану теорију. Да ли онда значи да Кантова теорија није деонтолошка, или Дворкин пориче своју малопређашњу тврдњу да је његова теорија, која је на правима заснована теорија, деонтолошка?

И на правима засноване и дужносно засноване теорије појединца смештају у центар, али, према њему, оне „виде појединца у различитом светлу“. За разлику од Кантове, дужносно засноване теорије, која се бави покоравањем деловања појединаца одређеним стандардима понашања, на правима засноване теорије се пре баве људском међузависношћу. Истиче да ове друге штите вредност индивидуалног мишљења и избора. Ово би, вероватно, требало да значи да Кантова теорија то не чини или чини у мањој мери. Обе ове теорије, каже он, употребљавају идеју моралног кодекса понашања кога треба следити у појединим приликама, без узимања у обзир властитог интереса. Али, дужносно засноване теорије третирају такве кодексе понашања као суштину; човек у њиховом центру се мора без обзира на све покоравати том кодексу: *fiat justitia, pere at*

*mundi*. На правима засноване теорије, међутим, третирају кодексе понашања као средства, можда нужна да би се заштитила права других, али без суштинске вредности по себи. Морал је дакле конструктивистички производ који су људи створили због регулисања међусобних односа и то треба имати на уму. Такви кодекси, према Дворкину, немају, значи суштинске вредности по себи те се не морају обожавати и издизати изнад људског саобраћаја. Према овом схватању правда је пре инструмент за изградњу и очување света, односно људи, те се неће следити горе поменута максима о односу правде и света. Дворкин сматра, да човек у центру на правима засноване теорије води живот у складу са врлином, подређујући и саображавајући јој себе.

### ЗАКЉУЧАК

Мора се уочити да Дворкин, своју на правима засновану теорију смешта у простор између различитих екстремних теорија, покушавајући да од њих покупи оно што је употребљиво и да се огради од оног што у њима сматра екстремним и ригидним. Такав је заправо однос и према деонтологији и утилитаризму. Оно што му је потребно од деонтологије је антиутилитаристички набој, придавање примата појединцу над колективним циљевима, које додатно даје могућност појединцу да се у неким случајевима побуни против већинских закона заједнице за које оправдано сматра да су неморални и неправедни што је посебно видљиво у случајевима грађанске непослушности. Он види опасност у потенцијалној претераној ригидности деонтолошких теорија, које издижу морални закон изнад појединаца и превише далеко изнад норми друштвене, интересубјективне комуникације. Деонтолошки приступ, услед своје нефлексибилности може да води и пут моралног фанатизма, односно пут претераног одбијања да се сопствене моралне интуиције ускладе са нормама друштва. Зато се истовремено ограђује од њих, упућујући ка утилитаризму склоно инструменталистичко третирање моралних кодекса; важно му је да упуту на ту ноту уважавања делатног простора интересубјективности коју утилитаризам за разлику од деонтологије има.



*Дејан Вучетић\**

**ПРИКАЗ КЊИГЕ: МИЛАН ПЕТРОВИЋ, НАУКА О  
УПРАВЉАЊУ КАО ПРЕТПОСТАВКА УПРАВНЕ  
ПОЛИТИКЕ (ОПШТИ ДЕО), ЦЕНТАР ЗА  
ПУБЛИКАЦИЈЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, НИШ,  
2006, 404 СТРАНИЦЕ**

„Каква год будућност била, наука о управљању биће суштински инструмент благостања човечанства.” (С. А. Beard, *Public Policy and General Welfare*, New York 1951, 150).<sup>1</sup>

За нову књигу професора Правног факултета Универзитета у Нишу, др Милана Петровића, никако се не може рећи да је још једно дело стандардне „интелектуалне конфекције“, односно тзв. уџбеник „универзитетске продукције“, већ да представља озбиљну научну монографију, која је, по речима, доајена управног права и науке о управљању у нас, покојног професора Славољуба Поповића, „први озбиљан научни рад те врсте у нас“.<sup>2</sup>

Ова књига је и посебна врста „курса“ из науке о управљању, која има и ту врлину да исказује смислену вишедимензионалност и спаја оно што је, на први поглед, неспојиво. Са једне стране, она студенте уводи у предметно-тематске склопове, за које они нису, у теоријском смислу, најспремнији и, истовремено, надилази пуко школско, отварањем читалачких мисаоних хоризоната, снабдевајући их алатима за, евентуална, каснија самостална теоријска захватања. Са друге стране, књига која је пред нама биће од велике спознајне користи и

---

\* Асистент-приправник на Правном факултету у Нишу

<sup>1</sup> Цитирано према: М. Петровић, *Наука о управљању...*, стр. 13.

<sup>2</sup> Овакав став покојног професора још више добија на тежини, уколико се има у виду да је он њиме унизио и сопствени теоријски труд (као и рад колега Б. Марковића и Р. Кузмановића, као коаутора) на расветљавању проблема са којима се наука о управљању суочава, учињен у раду „Основи науке о управљању“ (Београд, 1994. године)

искусним научним мислиоцима, укључујући и оне који се у теоријским просторима науке о управљању осећају одомаћеним,<sup>3</sup> као и тзв. креаторима управно-политичких мера у оквиру српског управног система.

Ауторов приступ предмету изучавања је изразито проблемски оријентисан, уз неопходно, правовремено коришћење историјско-дескриптивног приступа. Петровић је уложио огроман напор да велико градиво систематизује у складну, десетоделну целину. Тим целинама он одређује науку о управљању као техничку науку; расправља о њеном историјском развоју и садашњем стању; дефинише предмет и метод науке о управљању; анализира основна питања управне организације и институције; обрађује основне тенденције у развоју управних институција и организација; бави се проблемима руковођења и вођства у управним организацијама; одређује системе управних радњи; наводи средства јавне управе; објашњава функционисање великих савремених (рационалних) службеничких система; и, на крају, рад затвара анализом питања спољашње контроле управе.

Сваки од делова је затим подељен на низ потцелина (огледа о појединим питањима науке о управљању) којима су обрађене све релевантне теме науке о управљању, али тако да истовремено дају одговоре и постављају нова питања. Овде су издвојене неке од најважнијих потцелина.

У оквиру првог дела „Наука о управљању као техничка наука (технологија управе) и као претпоставка управне политике“, обрађена су питања: појма и врсти техника, теоријских и догматских наука, техничких наука, суштине науке о управљању, науке о управљању и управне политике, правне технике, теорије законодавства и технологије власти.

Потцелине другог дела „Историја и стање науке о управљању“ су: доба камералистике и науке о полицији, гашење првобитне науке о управљању и учење Лоренца фон Штајна (Lorenz von Stein), односно Макса Вебера (Max Weber) као обновитеља науке о управљању, обнова науке о управљању кроз комуналну науку, обнова науке о управљању у Сједињеним

---

<sup>3</sup> Разлог више у прилог аргумента да је рад требало објавити на латиници – и тако га отворити и ка онима који своја знања о науци о управљању темеље на прегалаштву познатог академика некадашње Југославије, Еугена Пусића, и његовим монументалним постигнућима из области теорије науке о управљању, са којима дело које је пред нама може да стоји раме уз раме.

Америчким Државама, теорија организација и теорија система, наука о управљању у Русији, наука о управљању у Србији и некада у Југославији, извори науке о управљању и назив науке о управљању.

У трећем делу „Предмет и метод науке о управљању“ потцелине обухватају следеће проблеме: предмет науке о управљању, наука о организацији и пословању предузећа (наука о економици погона), кибернетика, општи и посебни део науке о управљању, главни и споредни методи науке о управљању.

Четвртим делом „Тенденције у развоју управних институција и организација“ анализирани су: појам тенденције, тенденција увећавања управних институција и организација и држава благостања, тенденција ка диференцијацији (разновидности) управних институција и организација, тенденција ка ширењу улоге јавних служби и дифузији државне власти, тенденција ка бирократизацији и технократизацији управе (у свом историјском и савременом западном обличју) и тенденција ка интернационализацији управе.

У оквир петог дела „Основна питања управне организације и институције“ смештени су: појам организације, организација и институција, организација руковођења (хијерархија и колегијалитет), типологија организација-структура, рашчлањавање управних надлештава, комуникације и информације у управној организацији.

У шестом делу „Руковођење и вођство у управним организацијама“ аутор се бавио питањима појмова руковођења, менаџмента и вођства; стила руковођења и вођства; моделима менаџмента; задацима (функцијама) руковођења и вођства у управним организацијама; мотивацијом персонала; организовањем и вођењем састанака у јавној управи; централизацијом и децентрализацијом, концентрацијом и деконцентрацијом.

У седмом делу „Системи управних радњи“ главне потцелине су: задаци (мисије, циљеви, сврхе, функције) јавне управе, приватизација и квази-приватизација управних задатака (управно квази-тржиште и менаџмент тоталног квалитета), одлука (појам и врсте) и одлучивање, проблем рационалности одлука и одлучивања, одлуке као решења конфликта унутар управе, поступак одлучивања, технике одлучивања, план и планирање (општа питања), типологија планова и планирања, евалуација програма, планирање управног персонала (управних кадрова),

управни надзор над управом (самоконтрола управе), контроле економичности управе (истраживања користи и трошкова), морална одговорност јавних службеника (проблем управног морала или службеничке етике), морална одговорност јавних службеника и интересне скупине (групе за притисак), морална одговорност јавних службеника и политичке странке.

Осми део „Средства јавне управе“ сачињавају следеће битне потцелине: непокретна средства и техничка помагала, остваривање управних задатака уз помоћ информационе технике (компјутера), буџетско и финансијско планирање и буџетска начела.

У деветом делу, посвећеном службенички системима у Европи приказани су: пруско-немачки службенички систем (његов историјски развој и данашње стање), чиновнички систем у Француској, Великој Британији и Русији.

У последњем, десетом делу, „Спољашња контрола управе“ потцелинама је обухваћена: непосредна парламентарна контрола управе, контрола управе путем рачунских судова и контрола управе путем омбудсмана.

Већ на самом почетку се види да је аутор уложио велики напор да избегне уобичајене интерпретативне обрасце приликом одређивања предмета науке о управљању, у чему је отишао јако далеко и, што се ретко среће, одредио место ове науке међу другим наукама, које се, генерално узев, деле на техничке, теоријске и догматске. Наука о управљању у њима налази своју потпору, као и у неколико других „помоћних дисциплина“: јеринговској правној техници, бентамовској теорији законодавства и макијавелистичкој технологији власти. При томе, морамо нагласити да овде посреди никако није тежња ка некаквом теоријском максимализму, већ да аутор жели да нас, уколико смо заборавили, подсети на неодрживост строгих дисциплинарних подела у савременој правно-научној мисли. Орати само своју „њиву“, без свести о њеном положају у „космосу“ других „њива“, никада није било довољно! Аутор, такође, показује да „специјалистичке“ теме науке о управљању свој пуни смисао и оправдање добијају тек када буду повезане са основним питањима науке о држави и догматске јуриспруденције.

Петровић се није либио ни упуштања у нека од најтежих правних питања и размрсивање оних чворова којих се највећи број теоретичара са опрезом клони. Тако, на почетку рада наилазимо на одређење државе као (просторног, временског и персоналног)



важења права, а права (на Хегеловом трагу) као реалног (просторног) поретка субјективних права.

У анализи улоге управе у друштву његова полазна претпоставка је да су појава и развој управе повезани с општим привредним, културним и друштвеним развојем, при чему се разликује двострука улога управе у друштву: она је истовремено инструмент власти и носилац низа друштвено корисних послова којима се задовољавају потребе грађана. Због тога, сматра он, у проучавање управе треба укључити, поред управно-правног и управно-технички правац проучавања, притом обогаћен политиколошким, социолошким и социјално-психолошким сазнањима, као и савременим истраживањима теорије комуникација, информација, одлучивања, система итд. Аутор, веберовски детаљно, на основу богатог историјско-упоредног материјала (од управних система старог Египта и Кине, преко управних система европских апсолутистичких монархија и османлијске Турске до управа развијених земаља као што су САД, Велика Британија, Француска, Русија и Немачка) утврђује општи ток кретања у развоју управе.

Притом, Петровићев циљ није био да покаже све из богате и разнолике појавности управе, већ да изгради конзистентан појмовни и категоријални апарат помоћу кога се та, понекад конфузна, појавност може разумети и да тиме, посредно, допринесе превладавању епохе лаичке управе, стручном усавршавању студената, неговању специфичне етике управних службеника и афирмацији рационалних метода и техника управљања.

Свестан недовршивости пута истински научног мишљења, аутор, на саморазумљив и савремен начин, даје подстицај за оријентисање и упућивањем на широку литературу из најразличитијих области од значаја за претресану проблематику. Коришћењем и упућивањем и на литературу за коју се не може рећи да је литература науке о управљању првог реда – али не у својству ауторитативних извора, већ као грађе за разумевање савремених кретања и за проверу и потврду својих теоријских антиципација – пружена је и додатна перспектива при сагледавању проблема којима се аутор бавио.

Оно што се може узети као још једна значајна карактеристика Петровићевог рада јесте постојано, несвакидашње и у његовом стилу препознатљиво, преплитање различитих

аспеката теоријских излагања, који варирају од упућивања и увођења у систематику предмета излагања, преко виспрених повезивања различитих тематских подручја, која на први поглед не морају показивати нужну међуупућеност, па преко вешто уклопљених историјских реминисценција, до анализа најновије историје и текућих дешавања на међународној позорници. Аутор, без имало теоријског устезања, допушта да се у његовим излагањима сусретну и чисто правна догматска јуриспруденција, политичка теорија у ширем смислу и елементи политичке аналитике, при чему му је јако својствено да се не либи да сваку ствар назове правим именом.<sup>4</sup> Петровића одликује, и, не само у уско стручном погледу, ретко виђена способност уочавања теоријски релевантне грађе, чак и у ономе што је, на први поглед, јако удаљено од научне мисли.

Поред те, хвале вредне, комбинације проницљивости и ерудиције, што се у оцењивању ове књиге још једном неизоставно мора истаћи као њена драгоценост врлина, не би требало пропустити да се напомене да ово дело поседује ноту неубичајене занимљивости, што се не очекује од високо теоријске литературе којој ова књига жанровски припада. Коначно, темељитошћу приступа тематици, преобиљем укључене грађе, ова књига није само сведочанство о ауторовој марљивости и преданости научном раду, већ она својим читаоцима може донети најразличитије интелектуалне користи – и то пре свега онима који се сами баве или се желе бавити озбиљним теоријским радом.

<sup>4</sup> Ово је довољно илустровати једним цитатом: „Диктатура успостављена 1944-45. године имала је низ сличности са совјетским режимом, али се од њега такође и разликовала у одређеним битним тачкама. То није била, као у СССР-у, диктатура Комунистичке партије, већ диктатура једнога човека, коме је Комунистичка партија служила као идеолошки индоктринатор и као апарат масовне контроле, без кога један тоталитарни режим не може да опстане. Ослонац диктатуре било је сељаштво: „Ми не говоримо сељацима о томе да су они најснажнији стуб наше државе, да бисмо евентуално добили њихове гласове, него зато што они у ствари то јесу.“ (Јосип Броз Тито у Загребу, “Борба” од 2. новембра 1946.) Те разлике, као и Титово непријатељство према Совјетском Савезу, довели су и до сукоба југословенског режима са странкама бољшевичкога типа. Тито се приближио Западу. У резолуцији Информационог бироа комунистичких партија о стању у КП Југославије од 28. јуна 1948. године, титократија је окарактерисана као “турски терористички режим”. А у резолуцији Информбироа из новембра 1949. године стоји: “Као резултат контрареволуционарне политике клике Тито-Ранковић, која је узурпирала власт у партији и држави, у Југославији се учврстио антикомунистички, полицијски државни режим фашистичког типа.” (в. стр. 49-50).

