

ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година СXXXV • Нова серија

Број 1/2022

Београд

2022

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.aks.org.rs

Досадашњи главни и одговорни уредници:

Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890);
Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ
(1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934);
Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар
МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984);
Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995);
Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002); Др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ (2002–2017)

Главни и одговорни уредник

———— * —————

др Мирослав ПАУНОВИЋ

адвокат

Уређивачки одбор

———— * —————

Тихомир ХРЊАК, адвокат, **Оливер Б. ИЊАЦ**, адвокат,
Милош ЦВЕЈИЋ, адвокат, **Драган СОКНИЋ**, адвокат

Припрема за штампу: Душан Ћасић

Адреса редакције

———— * —————

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.aks.org.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com

БРАНИЧ излази тромесечно. Годишња претплата износи 800 динара, а појединачни
број је 250 динара. Рукописи се не враћају. Сарадња у часопису се не хонорише.

Претплатица: **Адвокатска комора Србије** – 11000 Београд, Дечанска 13/II,
са назнаком: за Бранич. Жиро-рачун број: 205-12358-68

На основу мишљења Републичког министарства за културу, број 413-00-1737/2001-04,
од 21. 12. 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.

Штампано у 10.100 примерака

Штампа Службени гласник, Београд

Овај број *Бранича* штампан је у мају 2022. године.

ISSN 0353-9644



Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

Journal of Legal Theory and Practice
of the Bar Association of Serbia

Year CXXXV • New series

Number 1/2022

Belgrade

2022

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, Dečanska 13/II
Telephone: +381 11 32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.aks.org.rs

Previous editors-in-chief:

Milan St. MARKOVIĆ (1887 and 1897–1901); Đorđe NENADOVIĆ (1888–1890); Dobrivoje – Dobra PETKOVIĆ (1902–1906 and 1925–1926); Ljubomir STEFANOVIĆ (1927–1930); Obrad BLAGOJEVIĆ, PhD (1931–1933); Vidan BLAGOJEVIĆ, PhD (1934); Radoje VUKČEVIĆ, PhD (1935–1937); Vladimir SIMIĆ (1938–1941); Aleksandar MIKULIĆ, PhD (Advocacy; 1976–1981); Gorazd OGUREK (Advocacy; 1982–1984); Mihailo MLADENOVIĆ (Advocacy, 1985–1990); Miroslav DINČIĆ (1991–1995); Živojin ŠESTIĆ (1995–2002); Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD (2002–2017)

Editor-in-chief

— * —

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at law

Editorial Board:

— * —

Tihomir HRNJAK, attorney at law, **Oliver B. INJAC**, attorney at law,
Miloš CVEJIĆ, attorney at law, **Dragan SOKNIĆ**, attorney at law

Prepress: **Dušan Ćasić**

Address of the Redaction

— * —

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE

11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082

www.aks.org.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com

Branich is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars. Manuscripts are withheld. Contributions to the journal are not paid.

Subscription: **ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE** – 11000 Beograd, Dečanska 13/II, attention: *for Branich*. Bank account number: 205-12358-68

According to the opinion of the Ministry of Culture of the Republic of Serbia, number 413-00-1737/2001-04, of December 21st 2001, the journal is exempt from paying VAT.

Circulation: 10.100 copies

Printed by Službeni glasnik, Belgrade

САДРЖАЈ

Увод	9
 ЧЛАНЦИ	
<i>Мр Данило Р. Пашајлић</i> Напомене о уставној жалби	11
<i>Владимир П. Миљевић</i> Обавеза издржавања деце после развода брака или прекида ванбрачне заједнице и вршење родитељског права	28
<i>Др Ђорђе Сараџа</i> Меродавно право за завештање	44
<i>Марко Штамбук</i> Поступак екстрадиције – између права и политике	50
<i>Марија М. Пешовић</i> Озакоњење објеката	65
<i>Владимир Уршич</i> Пословна тајна (know-how) у праву Србије	73
<i>Бојдан Д. Тодоровић</i> Појам дисциплинске одговорности запосленог	89
<i>Павле Ставрешивић</i> Члан 3 Бечке конвенције у међународним трговинским арбитражама	115

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА*Др Мирослав Пауновић*

Арбитражни поступак у случају одсутности једне странке 129

ПРИКАЗИ*Др Вељко Делибашић*Бласфемија геноцида са посебним освртом на пресуде
о геноциду у Сребреници – приказ монографије
адвоката др Слободана П. Стојановића 145

TABLE OF CONTENTS

Introduction	9
ARTICLES	
<i>Danilo R. Pašajlić, MA</i>	
Notes on Constitutional Complaint	11
<i>Vladimir P. Miljević</i>	
Obligation of Children Maintenance after Divorce or Termination of Extramarital Union and Exercising of Parental Rights	28
<i>Dorđe Sarapa, PhD</i>	
Applicable Law for Testament	44
<i>Marko Štambuk</i>	
The Extradition Procedure – between Law and Politics	50
<i>Marija M. Pešović</i>	
The Legalization of Buildings	65
<i>Vladimir Uršič, LL.M.</i>	
Know-how in Serbian Law	73
<i>Bogdan D. Todorović, LL.M.</i>	
Notion of Disciplinary Liability of Employee	89
<i>Pavle Stavretović</i>	
Application of Article 3 of Vienna Convention in International Commercial Arbitration	115

COMMENTARIES, DISCUSSIONS, RESEARCHES*Miroslav Paunović, PhD*

Arbitration Proceedings in Absence of one Party 129

REVIEWS*Veljko Delibašić, PhD*Blasphemy of Genocide (with Specific Analysis of Judgments
related to Genocide in Srebrenica) - Review of Monography
by Slobodan P. Stojanović, PhD 145

УВОД

Поштоване колегинице и колеге,

„Бранич“ који је пред вама је последњи који је уредио Уређивачки одбор именован 2018. године. Према Правилнику о часопису „Бранич“ и другим издањима и интернет презентацији Адвокатске коморе Србије мандат чланова Уређивачког одбора траје четири године.

На крају мандата, Уређивачки одбор са задовољством може да констатује да су теме које су обрађиване у часопису проширене и на области права којима се адвокати све више баве, које су значајне за адвокатуру и ширу заједницу, те које се тичу професионалног ангажовања адвоката, њиховог положаја и друштвене одговорности.

Развој догађаја свакодневно је показивао колико су прилози у „Браничу“ одраз стања у друштву. Неки чланци (о заштити природе, о изигравању прописа о јавним набавкама, о злоупотреби прописа о узбуњивачима од стране власти, о покушајима да се уставним променама укине самосталност судске власти, о неуставном увођењу ванредног стања и о неодговарајућем начину борбе против пандемије – да се подсетимо само неких од многобројних обрађених тема) показују колико су адвокати, па и њихов часопис, на страни заштите владавине права.

Настојећи да следи овај приступ Уређивачки одбор је успевао да обезбеди прилоге са критичким приказом одређених појава, те нових прописа, или нацрта прописа, који су од значаја не само за адвокатуру, већ и за друштво у целини.

Уређивачки одбор посебно истиче чињеницу да у „Браничу“ сарађује све више младих адвоката, те да је часопис отворен за припаднике свих правосудних професија и за чланове академске заједнице.

Крај марта 2022. године

Уређивачки одбор

UDK: 347.956:342.565.2(497.11)

Мр Данило Р. Пашајлић

адвокат у Београду

НАПОМЕНЕ О УСТАВНОЈ ЖАЛБИ

Сажетак:

У раду се износе основе концепта института уставне жалбе. Аутор приказује надлежност Уставног суда, да поред решавања о уставности закона и уставности и законитости осталих прописа и других општих аката, поступа по жалбама изјављеним против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена средства за њихову заштиту. Рад садржи преглед уставних и законских одредби о условима за изјављивање уставне жалбе, садржини жалбе, поступку по жалби, те о правним дејствима одлуке Уставног суда по жалби. Аутор посебно указује на разлику између уставне жалбе и жалбе Уставном суду (којом се непосредно штити право на поштовање воље бирачког тела изражено на изборима).

Кључне речи: Устав, Уставни суд, уставни спор, уставност, законитост, уставна жалба, људска и мањинска права и слободе, жалба Уставном суду

І. Увод

Уставни суд, као самосталан и независан државни орган, „штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе”.¹

¹ Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 166 ст. 1.

Основна, типична надлежност Уставног суда, због које је 1963. године уведен у наш уставни систем као посебан државни орган, јесте решавање такозваних уставних спорова, а то су спорови о уставности закона и уставности и законитости осталих прописа и других општих аката.²

Међутим, из оваквог уставног одређења положаја и улоге Уставног суда произилази да Уставни суд Републике Србије не врши само контролу уставности закона, него штити Устав „*од свих облика његове повреде, било да њу чини закон, било појединачни правни акти, чак и материјалне радње*”.³ У том смислу, надлежност Уставног суда знатно је проширена у поређењу с Уставом Србије од 1990. године.

Једна од нових надлежности Уставног суда јесте уставна жалба, о којој ће у овом раду бити речи.

II. Појам и услови за изјављивање уставне жалбе

Према одредби члана 170 Устава, уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускрађују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена средства за њихову заштиту.

Услови за коришћење уставне жалбе су следећи:

- 1) она се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења;
- (2) када се тим актима или радњама повређују или ускрађују људска и мањинска права и слободе зајемчене Уставом Републике Србије;
- (3) кад су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.

Овај трећи услов („*ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту*”) тако је широко постављен да је уставна жалба од изузетног средства заштите од повреде људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом извршеним појединачним актима или радњама постала редовно правно средство. Од изузетка (како је било замишљено и какво решење углавном постоји у упоредном праву), уставна жалба постала је правило, јер се може изјавити увек кад год су

² Види Устав, чл. 167 ст. 1 тач. 1–5.

³ Ратко Марковић, *Уставно право*, Приручник за полагање правосудног испита, четрнаесто осавременењено издање, књига 1, *Службени власник РС*, 2013, 181.

„исцрпљена” правна средства за заштиту људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом Републике Србије.

Закон о Уставном суду је проширио Уставом утврђену супсидијарност уставне жалбе тако што је уставну формулацију допунио синтагмом „или је законом искључено право на њихову судску заштити”.⁴

За уставну жалбу може се рећи да је она посебно, супсидијарно, правно средство којим се покреће поступак пред Уставним судом ради заштите људских или мањинских права и слобода зајемчених Уставом.⁵

Тиме што је Уставном суду дато у надлежност да решава спорове о повреди или ускраћивању Уставом зајемчених људских или мањинских права, Уставни суд постаје својеврсни „жалбени суд”.⁶

Поједини аутори оспоравају право Уставног суда да по основу уставне жалбе поништава судске одлуке, иако је неспорно да су судови државни органи, а судске одлуке појединачни акти. Аргументацију за такав став налазе у уставној одредби да су „судске одлуке обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле”⁷ и да Уставни суд не врши судску власт, јер она „припада судовима ошће и посебне надлежности”.⁸ Уставни суд није био истог мишљења, па је по уставним жалбама поништавао појединачне судске одлуке, укључујући и пресуде Врховног касационог суда.

Изменама Закона о Уставном суду од 2011. године, судска одлука је била изузета од санкције поништавања, која важи за све друге појединачне акте кад Уставни суд утврди да су њима повређена или ускраћена људска права.

Међутим, Уставни суд је одлуком I Уз-97/2012 утврдио да

„законско елиминисање судских одлука из домашаја поништавајуће одлуке Уставног суда ускраћује претпоставке за ефективно дејство одлуке Уставног суда у великом броју случајева и обезвређује уставни смисао увођења института уставне жалбе као универзалног правног средства за заштиту уставних права и слобода од повреда учињених актима и радњама било ког носиоца јавне власти”.

⁴ Закон о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 109/2007, 99/72011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015 и 40/2015 – др. закон, чл. 82 *in fine*.

⁵ Радован Безбрадица, „Маргиналије о уставној жалби”, *Правни информатор*, фебруар 2010, 3.

⁶ Боса Ненадић, „Надлежност и поступци пред Уставним судом Србије по новом Уставу”, *Зборник радова*, Београд, 2006, 19.

⁷ Устав, чл. 145, ст. 3.

⁸ Устав, чл. 143, ст. 1.

Због тога је Уставни суд утврдио да та законска одредба није у сагласности с Уставом, па је престала да важи даном објављивања одлуке Уставног суда.⁹

Да би се отклонила свака дилема око питања преиначавања судских одлука од стране Уставног суда, Амандманом IV Акта о промени Устава Републике Србије замењен је назив члана 142, па овај члан 142 Устава сада гласи (*истичицање догађај*):

„Начела судства

Судска област припада судовима који су самостални и независни.//

Судска власт је јединствена на територији Републике Србије.//

Судске одлуке доносе се у име народа.//

Судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку, као и Уставни суд у поступку по уставној жалби.//

Расправљање пред судом је јавно, а јавност се може искључити у складу са Уставом.//

Законом се може прописати да поред судије суде и судије поротници”.

III. Поступак по уставној жалби

Поступак по уставној жалби детаљно је уређен одредбама Закона о Уставном суду,¹⁰ као и одредбама Пословника о раду Уставног суда.¹¹

Уставну жалбу може изјавити свако лице које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, или у његово име на основу његовог писменог овлашћења друго физичко лице, односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода.

Уставна жалба се може изјавити у року од 30 дана од дана достављања појединачног акта, односно од дана предузимања радње којом се повређује или ускраћује људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом.¹²

Лицу које из оправданих разлога пропусти рок за подношење уставне жалбе, Уставни суд ће дозволити *повраћај у уређајне стање* ако то лице

⁹ Ова одлука објављена је у *Службеном гласнику РС*, бр. 18/2013.

¹⁰ Закон о Уставном суду, чл. 82–89.

¹¹ Пословник о раду Уставног суда, *Службени гласник РС*, бр. 103/2013, чл. 76–78.

¹² Устав, чл. 84 ст. 1.

у року од 15 дана од дана престанка разлога који је изазвао пропуштање, поднесе предлог за повраћај у пређашње стање и ако истовремено са предлогом поднесе и уставну жалбу, с тим што се после *истека рока од три месеца* од дана пропуштања не може тражити повраћај у пређашње стање. Према томе, Закон прописује краћи *субјективни рок* од 15 дана, који се мора кретати у оквиру *дужег – објективног рока* од три месеца.¹³

1. Обавезна садржина уставне жалбе

Обавезни елементи уставне жалбе утврђени су Законом о Уставном суду.¹⁴ Уставна жалба мора да садржи:

- податке о подносиоцу уставне жалбе – и то за физичко лице: име и презиме, јединствени матични број грађана, пребивалиште или боравиште, као и податке о пуномоћнику, ако подносилац има пуномоћника;
- за правно лице: назив и седиште, порески идентификациони број (ПИБ) и законског заступника;
- податке о појединачном акту који се оспорава, са назнаком назива и доносиоца појединачног акта, броја и датума акта против кога је жалба изјављена, радња државног органа или носиоца јавног овлашћења, назнаку људског или мањинског права или слободе зајемчене Уставом за које се тврди да је повређено са ознаком одредбе Устава којом се то право или слобода јемчи, разлога жалбе и навода у чему се састоји повреда или ускраћивање, захтев о коме Уставни суд треба да одлучи и потпис подносиоца уставне жалбе, односно лица коме је издато специјално пуномоћје за подношење уставне жалбе.

Уз уставну жалбу подноси се и препис оспореног појединачног акта, докази да су исцрпљена правна средства, докази о висини материјалне штете као и други докази од значаја за одлучивање.

Када се тражи накнада штете, подносилац захтева треба да истакне висину и основ накнаде материјалне или нематеријалне штете и доказ о висини материјалне штете.

Законом о Уставном суду је прописано да захтев за накнаду штете може бити постављен само истовремено са подношењем уставне жалбе.¹⁵

¹³ Закон о Уставном суду, чл. 84 ст. 2 и 3.

¹⁴ Закон о Уставном суду, чл. 85.

¹⁵ Закон о Уставном суду, чл. 85 ст. 3.

2. Услови за допуштеност уставне жалбе

Да би једна уставна жалба била допуштена, што значи да би се Уставни суд могао упустити у расправљање и одлучивање о предмету спора, потребно је да се испуне одређене претпоставке. У науци се процесне претпоставке дефинишу као „услови који треба да буду испуњени да би вјужање вјравне заштити било доушћено”.

Услови допуштености уставне жалбе утврђени су Уставом Републике Србије и Законом о Уставном суду.

Према Уставу,¹⁶ услови за допуштеност уставне жалбе су:

врви, предмет уставне жалбе – предмет уставне жалбе може бити само појединачни акт или радња државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење;

дрући, предмет спора – предмет спора пред Уставним судом поводом уставне жалбе може бити само повреда или ускраћивање људског или мањинског права и слобода зајемчене Уставом, као и оних права и слобода које су потврђене међународним уговорима;¹⁷

врећи, да су исцрпљена или да нису предвиђена друга правна средства за заштиту повређених или ускраћених права и слобода.

Закон о Уставном суду утврђује и друге услове за допуштеност уставне жалбе:¹⁸

врви, да се уставна жалба може изјавити и ако је законом искључено право на судску заштиту повређених или ускраћених права и слобода;

дрући, да уставну жалбу може изјавити свако лице (физичко или правно) које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом;

врећи, да се уставна жалба може изјавити у одређеном року;

четврћи, да уставна жалба мора имати одређену садржину;

пети, да уставна жалба мора са формалне стране бити уредна (да је разумљива и потпуна).

¹⁶ Устав, чл. 170.

¹⁷ Потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом (чл. 16 ст. 2 Устава).

¹⁸ Закон о Уставном суду, чл. 82 *in fine* до чл. 85.

Постоје и други услови допуштености уставне жалбе, који нису експлицитно утврђени односно именовани законом, већ се могу подвести под општу синтагму „*друге процесне претпоставке*”. Њих је дефинисала пракса Уставног суда.

Сматра се да се под такозване „друге процесне претпоставке” могу уврстити:¹⁹

- а) непостојање литиспенденције (да о истој правној ствари између истих страна у спору не тече уставносудски поступак),
- б) уставносудска ствар не сме бити *res iudicata* (пресуђена ствар).

3. Одлучивање Уставног суда по уставној жалби

Као што је напред наведено, да би се Уставни суд упустио у расправљање и одлучивање, потребно је да постоје одређене процесне претпоставке неопходне за вођење поступка у циљу мериторног одлучивања. Стога, непостојање процесних претпоставки повлачи одређене процесне последице.

Према Закону о Уставном суду, Уставни суд ће одбацити поднесак којим се иницира и покреће поступак пред Уставним судом, па тиме и уставну жалбу:²⁰

- 1) кад утврди да Уставни суд није надлежан за одлучивање;
- 2) ако није поднета у одређеном року;
- 3) ако је поднесак анониман;
- 4) кад у остављеном року подносилац уставне жалбе није отклонио недостатке који онемогућавају поступање;
- 5) кад утврди да је поднесак очигледно неоснован;
- 6) ако утврди да се поднеском злоупотребљава право;
- 7) кад за вођење поступка и одлучивање не постоје друге претпоставке утврђене законом.

а) *Претходни поступак* – *испљивање процесних претпоставки*

Уставна жалба прима се у Уставном суду и евидентира у писарници, према астрономском рачунању времена.

Уз уставну жалбу која се изјављује преко пуномоћника доставља се специјално писмено овлашћење за изјављивање уставне жалбе.

¹⁹ Р. Безбрадица (2010), 4.

²⁰ Закон о Уставном суду, чл. 36.

Тако формиран судски предмет распоређује се судији известиоцу према редоследу пријема и врсти уставносудског поступка, врсти оспореног акта и азбучном реду презимена судија.²¹

По пријему предмета у рад судија известилац утврђује да ли су испуњене процесне претпоставке за поступање суда по уставној жалби.

Уставна жалба која има недостатака који онемогућавају поступање суда, а која је на захтев судије известиоца уређена поднеском предатим по протеку рока утврђеног за уређење уставне жалбе, биће одбачена.²²

Изузетно, повраћај у пређашње стање због пропуштања рока за уређење уставне жалбе може се дозволити под прописаним условима.²³

Ако не постоје процесне претпоставке за поступање по уставној жалби, судија известилац припрема предлог решења о одбацивању уставне жалбе и доставља га председнику Малог већа ради заказивања седнице. Уставни суд решењем одбацује уставну жалбу ако нису испуњене процесне претпоставке.

У пракси Уставног суда формиран је један специфичан услов прихватљивости уставне жалбе – да уставна жалба није очигледно неоснована, по угледу на праксу Европског суда за људска права у Стразбуру, преточену у правило садржано у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода.²⁴ Правило је из Конвенције преузето и уведено у правни поредак Републике Србије. То је учињено одредбом која предвиђа да ће Уставни суд одбацивати сваки поднесак којим се иницира или покреће поступак пред Уставним судом – *кад утврди да је поднесак очигледно неоснован*.²⁵

Овај услов (очигледно неоснована уставна жалба), последица је суштине и сврхе уставне жалбе као супсидијарног правног средства за заштиту Уставом зајемчених права и слобода.

²¹ Начин рада и ближе поступање Уставног суда уређени су Пословником о раду Уставног суда.

²² Закон о Уставном суду, чл. 36 ст. 1 тач.4, Пословник о раду Уставног суда, чл. 76.

²³ Закон о Уставном суду, чл. 84 ст. 1 и 2.

²⁴ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр., и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 10/2010 и 10/2015; правило садржано у чл. 35. ст. 3 тач. (а) Конвенције гласи: „Суд проглашава неприхватљивом сваку појединачну представку коју подноси на основу члана 34, ако (а) сматра да је представка очигледно неоснована ...”.

²⁵ Закон о Уставном суду, чл. 36 ст. 1 тач. 5. Измена је извршена Законом о изменама и допунама Закона о Уставном суду од децембра 2011. године, *Службени гласник РС*, бр. 99/11 – чл. 16 је мењан чл. 36 основног текста Закона.

Наиме, Уставни суд поводом уставне жалбе не поступа као инстанциони (ревизиони) суд. Он тада не улази у меритум судског спора окончаног судском одлуком (утврђивање чињеничног стања и примена материјалног прописа у циљу решавања судског спора), не одлучује о правном односу коју је решавао суд, него испитује судску одлуку само с гледишта повреде или ускраћивања људског или мањинског права зајемченог Уставом, што је нови, уставни спор. А то су две различите „*йравне ствари*“.²⁶

Решавајући по уставним жалбама Уставни суд не наступа као суперапелациони суд, него као суд који разматра и санкционише искључиво повреде Устава, „*а не обичне йравне йрешке*“.²⁷

Због тога се у многим решењима Уставног суда наглашава:

„Сагласно одредби члана 170. Устава Републике Србије, којом је уставна жалба установљена као посебно и изузетно правно средство за заштиту Уставом зајемчених права и слобода, наводи уставне жалбе *prima facie*, морају да указују на основану сумњу да је оспореним појединачним актом и радњом подносиоцу уставне жалбе повређено или ускраћено Уставом зајемчено право и слобода ...

Уставни суд претходно указује на то да у поступку пружања уставносудске заштите Уставом зајемчених права и слобода није надлежан да преиспитује правилност утврђеног чињеничног стања, нити да врши инстанциону контролу законитости донетих судских одлука, уколико из разлога наведених у уставној жалби и приложених доказа, не произилази да је њихово закључивање у оспореним одлукама било очигледно произвољно, односно да судски поступак у целини није био правичан.“²⁸

Овај услов прихватљивости један је од оних који се односе на саму суштину предмета, то јест на меритум саме ствари, будући да Уставни суд у поступку испитивања прихватљивости устане жалбе испитује и основаност навода који су у њој садржани. Наиме, чак и у случају када уставна жалба испуњава све друге формалне услове прихватљивости, Уставни суд ипак може да прогласи ту уставну жалбу неприхватљивом из разлога који су у вези са испитивањем меритума, (суштине), јер се од уставне жалбе захтева да садржи минималну уставно

²⁶ Р. Марковић (2013), 189.

²⁷ Ратко Марковић, „Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године“, *Анали Правној факултету у Београду*, година LV, бр. 2, 2007, 36.

²⁸ Решење Уставног суда број Уж-1054/2016 од 15. децембра 2017. године.

правну аргументацију, да не би била одбачена у претходном поступку, као очигледно неоснована.²⁹ 13)

Према томе, у овом случају ради се о уставној жалби за коју Уставни суд већ у фази испитивања допуштености уставне жалбе у претходном поступку испитује и њен меритум, након чега се закључује да нема повреде права, па се уставна жалба као неприхватљива још у тој раној фази поступка одбацује, јер је очигледно неоснована. У пракси Уставног суда се таква одлука неформално назива „мали меритум“.³⁰

Због своје специфичности поставља се питање смисла њеног постојања. Наиме, ако се већ утврди неоснованост уставне жалбе у меритуму, у суштини, па макар то било и очигледно, поставља се питање зашто се уставна жалба не одбије као неоснована, како се то иначе ради у судским поступцима. Домаћа правна доктрина, као ни пракса Уставног суда, нису се бавили одговором на ово питање.

Но, има и аутора који отварају ово питање на основу анализе праксе Уставног суда и праксе Европског суда за људска права у Стразбуру. Анализирајући праксу Уставног суда у примени правила установљеног одредбом члана 36. став 1. тачка 5) Закона о Уставном суду, аутор Радован Безбрадица је дошао до закључка да је Уставни суд створио праксу према којој би се могле разликовати три врсте уставних жалби које суд одбацује као очигледно неосноване и то оне код којих:

1. не постоји произвољност и неправичност (непоштеност) поступка,
2. не постоји несразмера између легитимног циља и средстава којима се тај циљ настојао постићи, и
3. дође до губитка статуса жртве.³¹

По нашем мишљењу, разлог за широко коришћење овог института налази се у тежњи Уставног суда да се поступак по уставној жалби убрза и скрати, да се одлука донесе већ на седници Малог већа, те да се Уставни суд растерети од превеликог коришћења овог изузетног правног средства.

Колики је значај и обим примене овог услова прихватљивости уставне жалбе, говори податак да су, примера ради, од 8.992 предмета која је Уставни суд у поступку по уставним жалбама решио у 2016. години, у само 20.94% или 1.883 предмета уставне жалбе испуниле услов

²⁹ Радован Безбрадица, „Очигледно неоснована уставна жалба” *Едиција – Билтен Уставног суда за 2017. годину*, Београд, април 2019, 980.

³⁰ Р. Безбрадица (2019), 981.

³¹ Р. Безбрадица, *истио*, 25.

прихватљивости (наиме, толико предмета је окончано мериторном одлуком), док чак у 79.06% или 7.109 предмета уставне жалбе нису испуниле услов прихватљивости (толико предмета је окончано немериторно, одбацивањем уставне жалбе или на други процесни начин).³²

О значају услова прихватљивости уставне жалбе као и потреби подробнијег упознавања лаичке, као и стручне јавности „*йосебно йовори и забрињава чињеница да је недоуустйиво велики број устйавних жалби које не испуњавају йрешйостйавке за вођење йосйуйка изјављен од стйране йуномоћника који су адвокати, дакле стйручна лица*“.³³

(б) Разматрање устйавне жалбе на Одбору за устйавне жалбе

Према Закону о Уставном суду, Уставни суд одлучује о питањима из своје надлежности на седници Уставног суда, седници Великог већа или седници Малог већа.³⁴

Уставни суд може, ради разјашњења ствари у предмету, одржати и припремне седнице, консултативне састанке и друге седнице у складу са Пословником.

Уставни суд на седници Уставног суда, коју чине све судије Уставног суда, поред осталог, доноси одлуке из члана 45. тачке 1) до 5), тачке 8), 11), 14) и 15) Закона о Уставном суду, одлучује кад није постигнута једногласност у одлучивању Великог већа. Одлуке се доносе већином гласова свих судија Уставног суда.

За ово разматрање, у погледу рада и одлучивања на седници Великог већа и на седници Малог већа, битно је да се истакне да Уставни суд на седници Великог већа, које чине председник Уставног суда и седам судија, одлучује ако није постигнута једногласност у одлучивању Малог већа.

Мало веће чине троје судија Уставног суда од којих је један председник већа. На седници Малог већа решења и закључци доносе се једногласно. Ако се не постигне једногласност чланова Малог већа, решење, односно закључак доноси Велико веће.

Уставни суд образује комисије и одборе као стална радна тела, а може образовати и повремена радна тела, у складу са Пословником.³⁵

³² Преглед рада Уставног суда у 2016. години, цитирано према наведеном раду Р. Безбрадице.

³³ Р. Безбрадица у наведеном раду (2019) с правом на ово указује.

³⁴ Закон о Уставном суду, чл. 42 ст. 1.

³⁵ Закон о Уставном суду, чл. 43.

На основу наведеног законског овлашћења, Пословником о раду Уставног суда образовани су одбори за уставне жалбе као стална радна тела.³⁶

Одбори за уставне жалбе су:

- 1) Одбор за уставне жалбе из области грађанског права;
- 2) Одбор за уставне жалбе из области кривичног права;
- 3) Одбор за уставне жалбе из области управног права.

Суд може образовати и друге одборе за уставне жалбе, а по потреби и два одбора за исту правну област.

Одбори за уставне жалбе имају председника и два члана, од којих је један заменик председника одбора.

Одбор за уставне жалбе разматра предлог судије известиоца сачињен у предмету по уставној жалби и даје мишљење о предлогу.³⁷

После испитивања уставне жалбе, уколико предлог није усмерен на одбацивање уставне жалбе, поступак се наставља предузимањем радњи које воде утврђивању предлога одлуке за мериторно одлучивање.

Судија известилац може одлучити да се уставна жалба достави на одговор државном органу, односно организацији којој су поверена јавна овлашћења, против чијег појединачног акта или радње је жалба изјављена и одредити рок за достављање одговора, списка предмета, других доказа и обавештења неопходних за одлучивање.

Ако су, дакле, испуњене процесне претпоставке за вођење поступка по уставној жалби, судија известилац припрема предлог одлуке који се доставља председнику одговарајућег одбора за уставне жалбе.

Приликом разматрања уставне жалбе на одбору, може се од судије известиоца затражити да прибави додатне податке и обавештења од значаја за одлучивање о уставној жалби.

Кад Одбор за уставне жалбе оцени да је у предмету потпуно разјашњено уставно-правно питање, даје мишљење о предлогу одлуке.

После тога, предлог одлуке, са мишљењем Одбора и документацијом од значаја за одлучивање, судија известилац доставља председнику Суда ради одлучивања на седници.

4. Правно дејство одлуке Уставног суда по уставној жалби

Према Закону о Уставном суду, Уставни суд одлуком одлучује о уставној жалби.³⁸

³⁶ Пословник о раду Уставног суда, чл. 37.

³⁷ Пословник Уставног суда, чл. 38 ст. 1.

³⁸ Закон о Уставном суду, чл. 45 ст. 2 тач. 9.

Одлуком се уставна жалба усваја или одбија као неоснована.³⁹

Одлука Уставног суда по уставној жалби је коначна, јер се предмет решен одлуком Уставног суда не може поново решавати од стране Уставног суда, нити од стране неког другог суда, органа или тела. Против одлуке Уставног суда не може се изјавити жалба нити се она може побити било којим правним леком. Одлука Уставног суда је извршна.⁴⁰

Кад Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом, односно радњом, повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом *иоништин* појединачни акт, односно забраниће даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивање зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца.⁴¹

Одлука Уставног суда којом је уважена уставна жалба има правно дејство од дана достављања учесницима у поступку.

Одлука Уставног суда по уставној жалби о поништавању појединачног акта или радње има конститутивно дејство. Поништавањем појединачног акта поништавају се и правне последице са дејством *ex iure*; дакле, одлука Уставног суда има повратно дејство и делује од момента настанка повреде или ускраћивања каквог људског или мањинског права.⁴²

У случају уставне жалбе, одлука Уставног суда делује на учеснике у поступку – *inter partes*. То дејство се проширује и на остала лица која нису учествовали у поступку – *erga omnes*, у случају

„ако је појединачним актом или радњом повређено или ускраћено Уставом зајемчено људско или мањинско право и слобода више лица, а само неки од њих су поднели уставну жалбу, одлука Уставног суда односи се и на лица која нису поднела уставну жалбу, *ако се налазе у истој ситуацији*“.⁴³

Уставна жалба, по правилу, не спречава примену појединачног акта или радње против кога је изјављена. Изузетно, Уставни суд може одложити извршење појединачног акта или радње против кога је уставна жалба изјављена под условом:

- а) да подносилац предлаже (тражи) одлагање,
- б) да би извршење проузроковало ненадокнадиву штету подносиоцу,

³⁹ Закон о Уставном суду, чл. 89 ст. 1.

⁴⁰ Према Уставу, одлуке Уставног суда су коначне, извршне и опште обавезујуће (чл. 166 ст. 2).

⁴¹ Закон о Уставном суду, чл. 89 ст. 2.

⁴² Р. Безбрадица (2010), 7.

⁴³ Закон о Уставном суду, чл. 87 (*иодвлачење догађај*).

в) да одлагање није супротно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела штета трећем лицу.

Иначе, институт одлагања извршења појединачног акта или радње предузете на основу закона или другог општег акта чију уставност или законитост Уставни суд оцењује, до одношења одлуке Уставног суда, предвиђен је Уставом.⁴⁴

О предлогу подносиоца уставне жалбе за одлагање извршења појединачног акта или радње против којих је уставна жалба изјављена, Суд ће одлучити у примереном року, водећи рачуна о разлозима и последицама које производи појединачни акт или радња.⁴⁵

Одлука Уставног суда којом се усваја уставна жалба је основ за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете, када је такав захтев постављен и то, важно је истаћи, само ако је постављен „*истовремено са одношењем уставне жалбе*“.⁴⁶

Кад Уставни суд усвоји захтев за накнаду штете, одређује у одлуци и орган који је обавезан да исплати накнаду материјалне и нематеријалне штете и одређује рок од четири месеца од дана достављања одлуке том органу у коме он договорно може да плати накнаду штете.

Поступак за принудно извршење накнаде материјалне или нематеријалне штете може почети тек ако накнада материјалне, односно нематеријалне штете не буде добровољно плаћена у року од четири месеца од дана достављања одлуке.⁴⁷

Подносилац Уставне жалбе може да поднесе захтев за накнаду штете Комисији за накнаду штете ради постизања споразума о висини накнаде.⁴⁸

IV. Разликовање уставне жалбе од жалбе Уставном суду

Устав Републике Србије предвидео је неколико ситуација у којима се Уставном суду може изјавити непосредно жалба.

То су следећи случајеви:

⁴⁴ Устав, чл. 168 ст. 4.

⁴⁵ Пословник о раду Уставног суда, чл. 78.

⁴⁶ Закон о Уставном суду, чл. 95 ст. 3.

⁴⁷ Закон о Уставном суду, чл. 89 ст. 3.

⁴⁸ Састав и рад Комисије ближе су уређени Пословником о саставу и раду Комисије за накнаду штете на основу одлуке Уставног суда којом је усвојена уставна жалба, *Службени гласник РС*, бр. 27/2008.

- 1) жалба Уставном суду на одлуку донесену у вези са потврђивањем мандата народног посланика (наиме, Народна скупштина на првој седници потврђује посланичке мандате, а Устав је прописао да је у вези са потврђивањем мандата допуштена жалба Уставном суду, који по њој одлучује у року од 72 сата);⁴⁹
- 2) жалба Уставном суду против одлуке Високог савета судства о престанку функције судије, на коју има право судија;⁵⁰
- 3) жалба Уставном суду против одлуке Високог савета судства о премештају или упућивању судије у други суд, на коју има право судија;⁵¹
- 4) жалба Уставном суду на одлуку о престанку мандата члана Високог савета судства, коју доноси Високи савет судства;⁵²
- 5) жалба Уставном суду против одлуке Високог савета тужилаца о престанку функције јавног тужиоца који руководи јавним тужилаштвом;⁵³
- 6) жалба Уставном суду против одлуке Високог савета тужилаца о престанку функције јавног тужиоца;⁵⁴
- 7) жалба Уставном суду против одлуке Високог савета тужилаца, у случајевима прописаним Уставом и законом;⁵⁵
- 8) жалба Уставном суду, на коју има право орган одређен статутом аутономне покрајине, ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа јединице локалне самоуправе онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине;⁵⁶
- 9) жалба Уставном суду, на коју има право орган одређен статутом општине ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа јединице локалне самоуправе онемогућава вршење надлежности општине.⁵⁷

По овоме се види да је реч о различитим правним средствима, односно о различитој надлежности Уставног суда.⁵⁸ Разлике између жалбе Уставном суду и уставне жалбе су како процесно-правне, тако и материјално-правне природе.

⁴⁹ Устав, чл. 101 ст. 5.

⁵⁰ Устав, чл. 146 ст. 6.

⁵¹ Устав, чл. 147 ст. 6.

⁵² Устав, чл. 152 ст. 4.

⁵³ Устав, чл. 159 ст. 7.

⁵⁴ Устав, чл. 161 ст. 5.

⁵⁵ Устав, чл. 154 ст. 3.

⁵⁶ Устав, чл. 187 ст. 1.

⁵⁷ Устав, чл. 193 ст. 1.

⁵⁸ Р. Марковић (2013), 189.

Процесно-правна разлика је у томе што се жалба Уставном суду, за разлику од уставне жалбе, изјављује непосредно Уставном суду на основу овлашћења директно садржаног у Уставу, а не тек када су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за заштиту људских и мањинских права зајемчених Уставом Републике Србије.

Да се ради о различитим правним средствима види се и по томе што се у шест од девет наведених случајева изричито каже „*да изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе*”.

Разлика материјално-правне природе састоји се у томе што жалба Суду није, као уставна жалба, правно средство за заштиту људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом, него неких других права зајемчених Уставом.

Жалбом Уставном суду се штите права на поштовање воље бирачког тела изражене на парламентарним изборима, права на сталност судске функције, на непреместивост судије, права на поштовање Уставом прописаних услова и основа престанка судијске или јавнотужилачке функције, права на покрајинску аутономију и права на локалну самоуправу.

Занимљиво је да је Законом о Уставном суду прописано да се одредбе овог Закона (које уређују поступак по уставној жалби) сходно примењују у поступку по жалби органа одређеног статутом аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа локалне самоуправе, онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине, односно локалне самоуправе.⁵⁹

Правно дејство одлуке Уставног суда по жалби органа одређеног статутом аутономне покрајине, односно локалне самоуправе одређено је Законом о Уставном суду.⁶⁰ Кад Уставни суд утврди да је појединачним актом или радњом државног органа или органа локалне самоуправе онемогућено вршење надлежности аутономне покрајине, односно локалне самоуправе, поништиће појединачни акт, односно забраниће даље вршење или наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице.

Одлука Уставног суда има правно дејство од дана достављања учесницима у поступку.

⁵⁹ Закон о Уставном суду, чл. 91 у вези са чл. 82 до 88.

⁶⁰ Закон о Уставном суду, чл. 92.

Danilo R. Pašajlić, MA
attorney at law in Belgrade

NOTES ON CONSTITUTIONAL COMPLAINT

Summary:

Basics of concept of constitutional complaint are analyzed in the article. Author presents jurisdiction of the Constitutional Court to decide (in addition to its competence to deliberate on constitutionality of the laws and constitutionality and legality of other laws and regulations) on complaints challenging individual decisions and acts of state bodies or organizations entrusted with public authorities violating or denying human and minority rights and freedoms guaranteed by the Constitution, provided that remedies for their protection are exhausted. Paper reviews constitutional and legal provisions regulating conditions for submitting constitutional complaint, content of complaint, procedure for handling complaint, and legal effects of decision of Constitutional Court on complaint. The author particularly stresses the difference between constitutional complaint and direct appeal to Constitutional Court (aimed to protection of right to respect will of voters expressed on the elections).

Key words: Constitution, Constitutional Court, constitutional proceedings, constitutionality, legality, constitutional complaint, human and minority rights and freedoms, appeal to Constitutional Court

UDK 347.615(497.11)

Владимир П. Миљевић

адвокат из Београда

ОБАВЕЗА ИЗДРЖАВАЊА ДЕЦЕ ПОСЛЕ РАЗВОДА БРАКА ИЛИ ПРЕКИДА ВАНБРАЧНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ И ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Сажетак:

Примена Породичног закона Републике Србије у пракси је крајње проблематична. Пре свега, не поштују се најбољи интерес детета и начело хитности. Када је реч о обавези издржавања деце после развода брака или прекида ванбрачне заједнице, често се доносе одлуке које не узимају довољно у обзир реалне потребе повериоца издржавања и могућности дужника издржавања, док се судови пречесто олако придржавају минималне суме издржавања коју као накнаду за храненике односно за лица на породичном смештају периодично утврђује министарство надлежно за породичну заштиту. Права родитеља коме није поверено вршење родитељског права се често занемарују од стране другог родитеља, посебно када је реч о промени пребивалишта, преласку државне границе, школовању детета и медицинским интервенцијама. Последице сукоба између родитеља након престанка брачне или ванбрачне заједнице могу да се одразе на психичко здравље детета, па у том смислу наводимо синдром „деца змајеви“, психолошко отуђење детета од другог родитеља и „Минхаузенев синдром преко посредника“.

Кључне речи: издржавање деце, дужник издржавања, поверилац издржавања, минимална сума издржавања, вршење родитељског права, промена пребивалишта, прелазак државне границе, школовање детета, медицинске интервенције, психолошко отуђење детета од другог родитеља, „Минхаузенев синдром преко посредника“

I. Увод

Два начела дефинисана Породичним законом која су од кључног значаја за његову примену у пракси представљају мртво слово на папиру.

1. Најбољи интерес детета

Породични закон у члану 6 прописује да је „Свако дужан да се руководи најбољим интересом деце у свим активностима које се тичу деце”. У члану 266 став 1 Породичног закона се наводи: „У спору за заштитну права деце и у спору за вршење односно лишење родитељској права суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом деце”.¹ А једна сентенца из решења Врховног суда Србије гласи: „У спору по тужби за вршење родитељској права, суд ће се првенствено руководити интересом малолетној деце, а не потребама родитеља”.²

Међутим, у пракси није тако. Ово начело, нажалост, највише служи као украс образложења пресуда, уместо да буде руководни принцип који би допринео да се заиста одлучује у интересу деце.

2. Хитност поступка

Један од главних разлога што се интерес детета не остварује, јесте спорост поступка.

А Породични закон предвиђа да суд мора хитно да одлучује у породичним споровима. Тако члан 204 гласи: „Поступак у вези са породичним односима хитан је ако се односи на деце или родитеља који врши родитељско право”, а у следећим ставовима се додаје да ће се поступак по правилу спровести на највише два рочишта, да се прво рочиште заказује тако да се одржи у року од 15 дана од дана када су тужба или предлог примљени у суду, те да је другостепени суд дужан да донесе одлуку у року од 30 дана од дана када му је достављена жалба.

У члану 269 став 1 Породичног закона се каже: „Поступак за заштитну права деце и поступак за лишење родитељској права нарочито су хитни”.

Код поступка у спору за издржавање члан 280 став 1 прописује да је он „нарочито хитан”.

Нажалост, ово су само лепе жеље законодавца из више разлога од којих ћемо прво навести онај који сматрамо очигледним. Мали број већа специјализованих за породичне односе доводи до ситуације да судија не може довољну пажњу да посвети свим предметима и тако се отме искушењу да пресуди након оскудно спроведеног доказног по-

¹ Породични закон, Службени гласник РС, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

² Из решења Врховног суда у Београду, Рев. 3218/07 од 5. децембра 2007. године – Билтен судске праксе Врховној суда Србије бр. 4/2007.

ступка и недовољно утврђених релевантних чињеница за доношење правичне пресуде. Немогуће је поштовати рокове за одлучивање у породичним споровима који су кратки. Такође се и по жалбама на решења о привременим мерама и пресудама одлучује по неколико месеци.

Хитност поступка је законодавац уградио у закон јер деца расту и развијају се, па се околности некада драстично мењају између дана када је поднета тужба и дана када суд треба да пресуди, јер, када су посебно у питању деца нижег узраста, две-три године значе много више него у животу одраслих. Одлучивање о поверавању детета и моделу вршења родитељског права је хитно, јер несугласице између родитеља око тог значајног питања су посебно стресне за дете које ионако не зна „ком царству да се приклони“, а сваки притисак од стране једног или оба родитеља има далекосежне негативне психолошке последице по дете. Тако спорост у одлучивању утиче на продубљивање рђавих односа између родитеља који се лоше рефлектују на дете.

Додајемо и да је проблем хитног решавања спорова код поверавања детета, одређивања модела виђања или насиља у породици и тај што је суд у обавези да на основу члана 270. Породичног закона затражи мишљење надлежног центра за социјални рад, а рад ових установа је толико спор да се месецима чека на налаз и стручно мишљење. У међувремену се сукоби и насиље између родитеља интензивирају, па су деца услед спорог рада суда и институција надлежних за бригу о породици изложена додатним траумама.

II. Издржавање деце

1. Површно утврђивање могућности дужника издржавања и потреба повериоца издржавања

У предметима ради развода брака и споровима ради издржавања приликом одмеравања висине доприноса веома често се полази од минималне суме издржавања која припада храњеницима, уместо да се пре свега цене реалне материјалне могућности даваоца издржавања, најчешће очева, које нису увек скромне као што то они често желе да прикажу. Судови у бројним случајевима иду линијом мањег отпора, не утврђују ванредне приходе које родитељ остварује, нити узимају у обзир да родитељ коме је поверено дете (најчешће мајка), од својих прихода и месечног доприноса за издржавање треба да плаћа и комуналне трошкове становања, струју, одржавање стана у коме живи заједничко дете,

бензин уколико дете води колима у школу или на ваннаставне активности и томе слично. Судови, по правилу, искључиво утврђују трошкове исхране детета, гардеробе, школског прибора, евентуално ваннаставних активности, не полазећи од тога да родитељ са којим дете живи улаже свакодневне напоре да дете васпитава, што сам преузима скоро комплетну бригу о његовом васпитању, школовању и здрављу и предузима све што је потребно да би се заједничко дете правилно развијало. Све ово, када се преточи у сате проведене дневно са дететом, би требало да буде узето у обзир од стране суда и да самим тим већи део издржавања сноси родитељ који не живи са дететом уколико то његове могућности дозвољавају. Ствари су, дакле, постављене накарадно, тако што се на леђа једног родитеља сваљују готово све обавезе, а да је при томе други родитељ ослобођен од сваког озбиљнијег доприноса у издржавању детета, али и оног који подразумева пре свега временско ангажовање. Ово и поред једне експлицитне одлуке Врховног суда Србије у којој се, између осталог, наводи да се „...у висину доприноса урачунава и свакодневна нега и старање о малолетној деци”.³ Да ствари буду горе и запањујуће, аутор овог текста је чуо на рочишту коментар судије која је туженој супрузи у бракоразводној парници препоручила да се радно више ангажује, а не да потражује већи износ на име издржавања од супруга који живи и ради у иностранству, те остварује пристојне приходе, наводећи себе као пример уз коментар да, када би она била на месту тужене, не би себи дозволила да се око тога тако упорно парнични!

2. Минимална сума издржавања

У члану 160 Породичног закона у ставу 1 се наводи да се „[и]здржавање одређује према потребама повериоца и могућностима дужника издржавања, при чему се води рачуна о минималној суми издржавања”, а у члану 160 став 4 да „[м]инимална сума издржавања представља суму коју као накнаду за храњенике односно за лица на породичном смештају периодично утврђује министарство надлежно за породичну заштиту, у складу са законом”.

Тако се у образложењима судских одлука често наводи, на пример, да је давалац издржавања обавезан на износ који представља половину или је незнатно виши у односу на законом прописани минимум, док ће преостала средства обезбедити мајка која је, поред свакодневне бриге

³ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3463/08 од 17. децембра 2008. године.

о детету, дужна да и новчано доприноси његовом издржавању, и када је незапослена, али и онда када давалац издржавања живи и ради у иностранству или остварује у Србији знатно веће приходе од мајке којој је поверено дете. Карактеристично је да се судови често осврћу на минималну суму издржавања као на неко златно правило и онда када је давалац издржавања објективно у могућности да доприноси са већим месечним износом. Једноставно, никако да се изађе из сиротињског менталитета где је једино часно бити сиромашан, па и онда када је дужник издржавања у могућности да доприноси на начин који би дететов квалитет живота учинио бољим од просечног и тако га приближио ономе који је имао у време трајања брачне заједнице. И тако дете постаје губитник, јер суд често заборавља на члан 162 став 3 Породичног закона који гласи: *„Ако је ѿверилац издржавања деце, висина издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за деце какав ужива родитељ дужник издржавања”*. Ово и поред заузетог става Врховног суда Србије у ревизијској одлуци у којој се каже да *„Минимална сума издржавања је оријентационо мерило за утврђење укупног износа за задовољење месечних потреба издржаваног лица, а не основица у односу на коју се одређује висина обавезе даваоца издржавања”*.⁴

3. Могућности дужника издржавања

Судови, често, као најрелевантнији критеријум узимају редовна месечна примања дужника издржавања, при чему се не утврђују други евентуални извори прихода, пре свега могућности за запослење и стицање зараде. Ваља споменути једну пресуду Окружног суда у Ужицу у којој се наводи да *„[ч]ињеница да је дужнику издржавања малолетног детета престао радни однос не може да утиче на раније донету одлуку о висини издржавања у ситуацији када дужник својим радом може да обезбеди та средства а да тиме не угрози сопствену егзистенцију”*.⁵

Одредба из члана 160. став 3 Породичног закона где се наводи да се могућности дужника издржавања цене, између осталог, и на основу његове имовине, прихода које остварује од те имовине, могућности запослења, такође се недовољно примењује. Тако се поставља питање да ли ће дужник издржавања бити у обавези да прода скуповени аутомобил ако не остварује довољне приходе или је незапослен, да би стекао

⁴ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2545/08 од 1. октобра 2008. године, *Билтен Врховног суда Србије*, број 1/20.

⁵ Пресуда Окружног суда у Ужицу Гж. 1479/2008 од 26. јуна 2008. године.

могућност да на адекватан начин издржава своје дете. Ако је у могућности да остварује барем половину минималне суме издржавања што је равно социјалној помоћи или нешто мало више од тога, суд неће детаљно утврђивати његово укупно имовинско стање. А заправо родитељ би био дужан да дете издржава и по цену своје оскудице, што је оправдано радикалан став који судови често не подржавају својим одлукама. Напротив, након површно изведеног доказног поступка судови закључују расправљање и често пресуђују тако што само воде рачуна да се задовољи форма.

Поставља се питање чему стреми наше друштво ако занемарује потребе родитеља којима остаје тежак задатак да сами подижу децу, јер после развода често остају сами суочени са свим животним обавезама и главобољама.

4. Допринос родитеља коме је поверено дете

Судови често само спомену допринос родитеља коме су поверена деца, али истовремено наводе да је и он дужан да доприноси издржавању деце са једном половином укупног износа који им припада, па ствари остају нејасне и контрадикторне. Сматрамо да би у том погледу судска пракса морала коренито да се мења у правцу признања бриге и васпитања детета као искључивог или делимичног доприноса тог родитеља издржавању детета.

Тако се у једној одлуци Врховног суда Србије наводи: *„Ограничене су могућности стицања зараде родитеља коме је поверено вршење родитељској права, ако се ради о малолетном детету коме је због узраста ишребно свакодневно старање мајке, које се посебно узима у обзир као њен допринос у издржавању детета”*.⁶

5. Закључак

Сукоби између родитеља су по правилу на штету деце. Тако се мајке неретко одлучују да ништа не предузимају пред судом када је у питању издржавање детета, објашњавајући то чињеницом да не желе да се понижавају. Очеви се, пак, често боре да суд досуди што нижи износ издржавања како тај новац не би тобоже трошила бивша супруга. Све у свему, далеко смо од најбољег интереса детета који би у спорном односу између родитеља суд могао најбоље да препозна.

⁶ Одлука ВС Србије Гж. 383/85, *Збирка судских одлука из области браћанској права 1973–1986*, 1014.

Држава би морала да на све расположиве начине утиче на заустављање демографског пада становништва у Србији како би се млади људи одлучили да живе породичним животом и стварају потомство. Лоша законска решења и судска пракса стварају осећај несигурности, посебно код жена, које знају да у случају развода или престанка заједничког живота могу лако да остану материјално необезбеђене. А 2021. је била година са највећим бројем преминулих у Србији још од Другог светског рата.⁷ Дакле, прошло је и оних „пет минута до дванаест” и више ничему не служе статистике и радови наших учених глава о демографским проблемима.

III. Родитељско право и његово вршење

1. Увод

Према члану 68 ставови 1 и 2 Породичног закона родитељско право представља право и дужност родитеља да се старају о детету које обухвата чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање, те управљање и располагање имовином детета.

Члан 78 Породичног закона у ставу 3 прописује да „[р]одитељ који не врши родитељско право има право и дужности да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на животно дете одлучује заједнички и разумно са родитељем који врши родитељско право”. У ставу 4 се ово конкретизује тако што се наводи да „[и] питањима која битно утичу на животно дете, у смислу овог закона, смањрају се нарочито: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности”.

Законодавац се није упуштао у даљу конкретизацију садржине родитељског права, препуштајући то судској пракси, а још више самим родитељима који неретко показују у том погледу потпуну неодговорност.

⁷ Др Горан Панев за „Спутник” 26. јануар 2022. године је навео да са 62.062 живорођене деце негативан природни прираштај у 2021. години износи 73.839, или 219 умрлих на 100 живорођене деце, и један је од највећих у последњих неколико деценија. Ако се овоме додају и спољне миграције које се за 2021. годину процењују на најмање 30.000, онда је јасно да је хитна подршка породици предуслов опстанка Србије.

Тако се судови задовољавају тиме да одреде време виђења детета у току недеље, за празнике и годишње одморе за родитеља са којим дете не живи, при чему за непоштовање тог налога не постоји санкција која би била делотворна. Наиме, немогућавање родитељу који не врши родитељско право да види дете у време које је одређено судском пресудом може да има као последицу принудно извршење чије је спровођење временски много дуже од једног викенда, празника или чак и годишњег одмора, тако да је поштовање судске одлуке у том погледу у пракси препуштено одговорности родитеља коме је дете поверено.

Даље, јасно је да вршење родитељског права даје родитељу који не живи са дететом одређена права као што су, на пример, обавеза другог родитеља да га консултује када над дететом треба да се изврше озбиљне лекарске интервенције, када је реч о школовању, промени пребивалишта и путовања у иностранство.

Не постоје санкције за родитеља који је на своју руку одлучио да се над дететом изврши хируршка интервенција или било који озбиљнији медицински захват, или је сам уписао дете у основну школу без консултације са другим родитељем, па и када дете промени пребивалиште.

Укратко, родитељско право, онако како га је дефинисао закон, је једна љуштурa без садржине, мртво слово на папиру чије је вршење препуштено искључиво родитељима, а што је лоше решење у случајевима када родитељи не показују довољно или нимало спремности на сарадњу.

Нужна је конкретизација овог права уз увођење прекршајних санкција за родитеља који се оглушује о своју обавезу да поштује право другог родитеља, а то би посебно требало да важи у ситуацијама које ћемо навести.

2. Промена пребивалишта детета

Закон о пребивалишту и боравишту грађана⁸ у члану 4 став 3 прописује, када је реч о пријави и одјави малолетне деце, да „[а]ко родитељи немају исту адресу становања, пријаву и одјаву подноси један од родитеља уз сагласност другог родитеља или родитељ који у складу са законом самостално врши родитељско право”.

Родитељи који немају исту адресу становања су раздвојени јер не живе и не раде у истом месту из различитих разлога, а претпоставка је

⁸ Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011.

да нису растављени или разведени, односно да није уређен начин вршења родитељског права. Али када се зна који родитељ самостално врши родитељско право, тада према овој законској одредби, он није у обавези да тражи сагласност од другог родитеља. Многи разлози говоре у прилог томе да је ово решење оправдано, али се поставља питање обавезе родитеља који је променио пребивалиште са дететом да о томе обавести другог родитеља. Сматрамо да би то требало да буде законска обавеза уз прекршајну санкцију за њено непоштовање.

Када је аутор овог текста затражио једном приликом од суда да унесе у изреку пресуде о разводу брака и обавезу родитеља коме је поверено дете да обавести другог родитеља о свакој евентуалној промени пребивалишта детета, судија је на то пристао уз коментар да то није уобичајено. Сама чињеница да је таква обавеза постала саставни део пресуде представљала је неку врсту моралног притиска на родитеља коме је дете поверено, па је касније успостављена нормална комуникација између родитеља и у погледу других питања која су се тичала интереса детета.

3. Школовање детета

Полазак детета у први разред основне школе је значајно питање утолико што се школе налазе у различитим деловима града, не предају се исти језици као први и други, а чињеница је и да не пружају све основне школе исти квалитет наставе. Постоје јавне и приватне основне школе, затим националне и стране школе, основне музичке и балетске школе. А недавно је уведена и настава на даљину, па тако у члану 38-а Закона о основном образовању и васпитању⁹ стоји следеће: „*Родитељ, односно група законски заступник може да се одреде да његово дете основно школско образовање и васпитање стииче наставом на даљину*”.

Из овог разлога сматрамо да родитељ који самостално врши родитељско право треба да тражи сагласност другог родитеља, те да, уколико је не добије, о томе треба да коначну одлуку донесе стручна педагошка служба.

Закон о основном образовању и васпитању само предвиђа у члану 5 став 1 да је основно образовање и васпитање обавезно, па би га свакако требало допунити на начин који смо изнели.

Неслагање између родитеља може да постоји и када је у питању упис у средњу школу. Чињеница је и да резултати школовања у основној

⁹ Закон о основном образовању и васпитању, *Службени гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018, 129/2021.

школи представљају основу за даље усмерење детета, али и његове жеље и показани афинитети. Сматрамо да би у овом случају, узимајући пре свега у обзир узраст детета, требало одлуку препустити детету и родитељу које самостално врши родитељско право.

Додајемо да према члану 63 став 2 Породичног закона *„[g]еше које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити коју ће средњу школу похађати”*.

4. Медицинске интервенције

И поред тога што законом нису прецизно предвиђене обавезе родитеља коме је поверено дете да другог родитеља обавештава о здрављу детета и медицинским интервенцијама, стиче се утисак да када је реч, на пример, о хируршким захватима, родитељи размењују информације и усаглашавају ставове. Ово наравно не може да важи у случају када је, примера ради, потребно дете подвргнути хитној операцији или када је други родитељ недоступан.

Закон о здравственој заштити¹⁰ ништа не говори о праву и обавези родитеља да обоје дају сагласност да се дете лечи или оперише у болничкој установи или пак дају сагласност да се дете вакцинише у ситуацији када вакцинација није обавезна. Само се у члану 20 став 2 наводи да *„[на]чело поштовања права деце подразумева руковођење најбољим интересом деце у свим активностима супружца здравствене заштите, обезбеђивање здравствених услуга и процедура прилагодених деци, као и право деце на правилан развој и заштити од свих облика насиља, злостављања, занемаривања и искоришћавања”*. Ово би се веома широким тумачењем могло разумети и као обавеза здравствене установе да у одређеним ситуацијама консултује оба родитеља, али је свакако недовољно као законско одређење.

Морала би да постоји законска обавеза родитеља коме је поверено самостално вршење родитељског права да о свим озбиљнијим медицинским захватима над дететом који нису хитни тражи сагласност од другог родитеља, а под претњом прекршајног кажњавања. Други родитељ не сме бити искључен из живота детета када су озбиљни догађаји у питању.

Напомињемо да према члану 62 став 2 Породичног закона *„[g]еше које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може дати пристојанак за предузимање медицинској захвата”*.

¹⁰ Закон о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 25/2019.

5. Прелазак државне границе

Закон о граничној контроли¹¹ у члану 54 став 2 прописује следеће: „За прелазак државне границе малолетно дете, држављанин Републике Србије до навршене 16. године живота, када пушће само или у праћени групи лица које му није родитељ или законски заштитник, мора поседовати оверену сагласност оба родитеља, ако заједнички врше родитељско право, или законској заштитника”.

Тумачењем ове одредбе закључујемо да дете које није навршило 16 година живота може да путује у пратњи родитеља који самостално врши родитељско право без сагласности другог родитеља. Сматрамо да у овом случају треба да постоји обавеза прибављања сагласности другог родитеља, те да, у случају њеног одбијања, коначну одлуку треба поверити надлежном центру за социјални рад који би истовремено имао и увид у кретање детета и био у могућности да скрене пажњу надлежним органима на могуће злоупотребе. Наиме, разлози за недавање сагласности могу да буду како неоправдани, тако и основани.

Препуштање свих ових одлука родитељу који самостално врши родитељско право без сагласности другог родитеља је један од начина да се други родитељ искључи из живота детета, што је за њега веома фрустрирајуће, јер се на тај начин родитељ који не врши самостално родитељско право осећа као родитељ другог реда.

Сва ова питања, као што смо објаснили, нису детаљно регулисана законом, све је препуштено стихији и доброј вољи родитеља да комуницирају или не. То није у интересу детета које мора да буде вишеструко заштићено законом и од стране надлежних институција уколико самовоља једног родитеља или неслагање родитеља може да му проузрокује штету. Свакако да би веће ангажовање државе подразумевало више труда и рада оних који су позвани да се баве овом проблематиком. И не би било превише очекивати да деца не буду жртве сталних родитељских неспоразума. Немамо нереалних очекивања да би држава требало да се меша у свакодневни живот појединаца и проблематичних породица, али постоје ситуације када би то било неопходно у интересу деце, њиховог спокоја и правилног развоја.

¹¹ Закон о граничној контроли, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018.

IV. Измена одлуке о поверавању детета

Одлука о поверавању детета може бити измењена судском одлуком уколико родитељ коме је дете поверено не испуњава своје родитељске дужности, па и онда када не дозвољава другом родитељу да одржава личне контакте са дететом.¹² Ово може бити разлог и за потпуно лишење родитељског права на основу члана 81 став 3 тачка 3 Породичног закона у коме стоји да се под грубим занемаривањем дужности из садржине родитељског права сматра, између осталог, и када родитељ „...*сиречава одржавање личних односа дејшеца и родитеља са којим деце не живи*”.

Ове мучне парнице пре свега нису у интересу детета, јер судске поступке прати и интензивна напетост између родитеља коју дете осећа и која не доприноси његовом психофизичком развоју. Како суд не може да донесе исправну одлуку без мишљења надлежног центра за социјални рад и вештачења, овакав поступак у данашњим условима „склеротичног” правосуђа и његовог спорог рада, сигурно неће брзо разрешити ово осетљиво питање.

Ипак, у најдрастичнијим случајевима занемаривања интереса детета (физичко, сексуално или емоционално злостављање детета, подстицање на вршење кривичних дела итд.) измена одлуке о поверавању детета и лишење родитељског права су једина могућа решења.

V. Негативне последице по развој деце

Навешћемо у наставку текста неке карактеристичне негативне последице „лоших развода” по развој деце, како бисмо скренули пажњу на опасности које их вребају када родитељи нису способни да сагледају да њихов интерес треба да ставе испред свог, а судови и друге институције веома споро, неодлучно и млако учествују, макар у покушају решавања њихових нагомиланих проблема. Не треба заборавити да се све трзавице између родитеља око битних питања вршења родитељског права директно одражавају на психу детета, и то тако што се дете осећа усамљеним, дезоријентисаним и фрустрираним. И што спорови дуже трају, теже су и компликованије нагомилане последице са аспекта проблема у развоју деце.

¹² Из решења Окружног суда у Новом Саду Гж. 201/05 од 20. јануара 2005. године: „*Родитељ који сиречава другој родитеља да са малолетним дејшецом одржава личне односе није погодан да му се деце повери на чување, васпитање и издржавање*”.

1. „Деца змајеви”

Једна од најтежих последица развода брака јесте када се дете потпуно отргне родитељској контроли. Такву децу у стручној литератури аутори називају „деца змајеви”. Можда је најбоље да цитирамо изванредни уводни део поглавља рада посвећеног овој теми од стране дечијег психолога Џули Лин-Еванс:¹³

„Када се под налетом емоционалне олује коју изазива раскид дуге везе заштитни обруч родитељства распадне на делиће, постоји могућност да дете постане несавладиво. Када се родитељи свађају и сукобљавају, када не могу да се договоре око основних ограничења или казни, када купују љубав и наклоност деце или их користе као пионе у токсичним бракоразводним парницама, деца постају све јача и јача, и све усамљенија и усамљенија. Сувише су млада да би имала контролу, одређивала правила, рекла шта хоће а шта неће, кога ће виђати а кога не, шта ће јести а шта неће – а ипак као да нико нема моћ да их заустави. Уколико овај вакум контроле предуго траје, онда однос моћи у већ уздрманом дому постаје потпуно поремећен и уз огроман проблем развода долази и огроман проблем који ја називам „дете змај”. Виђала сам децу која неће да иду у школу, која својој породици прете оружјем и која допуштају себи да излазе из куће и лутају без пратње, а да родитељи не знају где су”.

2. Психолошко отуђење детета од другог родитеља као облик породичног насиља

*„Отуђење (детишта) од родитеља је процес и последица психолошке манипулације детишта, које показује неоправдан страх, непоштовање или непријатељство према родитељу и/или другим члановима породице”.*¹⁴

„У синдром отуђења од родитеља уврштено је свако понашање којим се дете удаљава од једног родитеља под утицајем другог, од онога где се само говори лоше о родитељу пред дететом, па до тога да се намерно и директно дете инструише на мржњу ка једном родитељу и ускраћује му се контакт са њим. Последице удаљавања од једног родитеља под притиском другог неретко остављају неизбрисиве трагове у детету”.¹⁵

Постоје три степена отуђења од родитеља, од првог када однос са родитељем још увек није сасвим поремећен, преко другог када дете

¹³ Џули Ли-Еванс, *Развод. А шта са децом?*, Психополис институт д.о.о., Нови Сад, 2010, 171.

¹⁴ Richard A. Warshak, *Ошров развода: Заштита односа између родитеља и детишта од осветљубивој бившеј паршнера*, 2010, New York: HarperCollins.

¹⁵ Драгана Милетић, „Синдром отуђења од родитеља” <http://www.akademijausherha.com>.

једног родитеља види као потпуно доброг, док је други потпуно лош, па до трећег када остаје само мржња детета према родитељу.

Стенли Клавар, клинички социолог и Брин Ривлин, клинички социјални радник, у књизи „Деца држана као шаоци” овакво дете називају психолошки киднапованим дететом.¹⁶ Други аутор ово назива „*виртуелним убиством родитеља при чему су деца задужена да обаве емиграцију*”.¹⁷

3. „Минхаузенoв синдром преко посредника”

„Минхаузенoв синдром преко посредника” (*Munchausen Syndrome by Proxy*)¹⁸ је форма злостављања детета где родитељ или старатељ (најчешће мајка) представља дете болеснијим и немоћнијим него што оно фактички јесте, а у екстремним облицима намерно га разбољева. Ови родитељи су обично јако брижни и посвећени и због тога се овакво понашање врло ретко препознаје као облик злостављања. Други родитељ (најчешће отац) није укључен у лечење детета и када је његово стање озбиљно.

Начини на које се манифестује овај синдром су разноврсни. Најтежи су лагање о симптомима болести код детета, промена резултата медицинских налаза како би се дете представило као болесно, физичко повређивање детета како би се произвели симптоми, честа промена лекара и томе слично. Последице могу да буду веома озбиљне по физичко и психичко здравље детета.

Охрабрујуће је да су центри за социјални рад, тужилаштва и судови почели да препознају овај синдром, али је свакако потребна додатна едукација како би се ова врста злостављања деце од стране родитеља благовремено препознала и што је могуће успешније спречавала или барем ограничавала.

VI. Закључак

Рат између полова је често неизбежна последица растава и развода, а жртве су, поред деце, како жене, тако и мушкарци. Сматрамо да хитно

¹⁶ Извор: Патко Топаловић, Б92, <http://www.b92.net/zivot/antitabu>.

¹⁷ Bénédicte Goudard, „Le syndrome de l'aliénation parentale – Une forme moderne de l'inceste”, Martin Média, *Le journal des psychologues*, <https://www.cairn.info/revue-le-journal-des-psychologues-2012-1-page-20.htm>

¹⁸ Види *Healthwise Staff* (/health-library/support-about#content-team), *Medical Review*: (<https://www.healthwise.org/mdreviewboard.aspx?lang=en-us>) Kathleen Romito, MD – Family Medicine & Lisa S. Weinstock, MD Psychiatry.

реаговање судова доношењем адекватних одлука, те већа ангажованост центара за социјални рад може да спречи или ублажи последице родитељске неслоге. Стиче се утисак да парализа у раду судова и институција које треба да воде бригу о деци, поред социјалне и економске кризе, доприносе све већем незнању, јер се не може рачунати на државу да макар колико-толико помогне у решавању нагомиланих проблема које растављени супружници не могу сами да превазиђу, па ни онда када би интерес деце трабало да им буде заједнички.

Деца су често жртве родитељских размирица и неслоге. Ствари свакако не треба идеализовати, јер деца остају у родитељским рукама и њихов развој зависи пре свега од тога да ли ће отац и мајка успети да успоставе, ако не хармоничан однос после развода, а оно барем однос сарадње који ће бити користан за правилан развој детета.

Али управо би судови и центри за социјални рад трабало хитно и делотворно да интервенишу како би штетне последице по децу биле што мање, а то често није случај. И ако бисмо се сложили са Достојевским да „Сви идеали светла не вреде сузе једној девици“, онда би држава, законодавац и судови морали хитно много тога да реформишу, јер је непотребно проливених суза и негативних последица по децу до сада било превише.

Vladimir P. Miljević

attorney at law in Belgrade

OBLIGATION OF CHILDREN MAINTENANCE AFTER DIVORCE OR TERMINATION OF EXTRAMARITAL UNION AND EXERCISING OF PARENTAL RIGHTS

Summary:

Implementation of the Family Act of the Republic of Serbia in practice is extremely problematic. Before all, interest of child and the principle of emergency are not adhered. When it comes to the obligation of child maintenance after divorce or termination of extramarital union, decisions are often rendered not considering sufficiently actual needs of maintenance creditor and possibilities of maintenance debtor whilst courts most often easily abide by minimum maintenance amount, which, as allowance for foster children, *i.e.* children in foster family, is periodically established by the ministry in charge of the family protection. The rights of a parent who is deprived of exercising of the parental rights are often neglected by other parent, especially when it comes to changing of residence, crossing of the state border, education of child and medical interventions. Consequence of conflict between parents upon termination of marital and extramarital union can be reflected

to child's state of mind and, in this term, we mention the "Child-Dragons" Syndrome, psychological alienation of child from other parent and the "Munchausen Syndrome through proxy".

Key words: maintenance of child, maintenance debtor, minimum maintenance amount, exercising of parental rights, change of residence, crossing of state border, education of child, medical interventions, alienation of child from other parent, „Munchausen Syndrome through proxy”.

UDK 341.94:347.67

Др Ђорђе Сараја
адвокат у Београду

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ЗАВЕШТАЊЕ

Сажетак:

У раду се даје аналитички приказ позитивних законских решења из Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у вези са меродавним правом за завештање. Меродавно право за завештајну способност је *lex patriae* у часу сачињавања завештања. За облик завештања меродавна су права *lex loci actus*, *lex patriae*, *lex domicilii*, право боравишта, *lex fori* и *lex rei sitae*. Одређивање релативно великог броја меродавних права за облик завештања је *in favorem* одржања пуноважности завештања. За опозивање завештања меродавна су сва права према којима је завештање могло бити пуноважно сачињено. Позитивна законска решења у вези са меродавним правом за завештање у складу су са теоријом и науком међународног приватног права.

Кључне речи: завештање, завештајна способност, облик завештања, меродавно право

I. Уводна напомена

Завештање је једнострано и опозива, строго лична формална изјава воље за то способног лица којом оно лукративно распоређује своју имовину *mortis causa* ради постизања наследноправног ефекта, у законом одређеном облику.

Завештањем се у знатној мери може изменити законски ред наслеђивања. С обзиром на степен сродства завештаоца и наследника, завештањем се одређене категорије законских наследника могу изнаследити, без могућности да наследе било који део имовине. Без обзира што се имовином лукративно распоређује, завештањем се могу наследницима наметнути обавезе које не би имали у случају наслеђивања на основу закона. Такође, завештањем се може за наследника одредити лице које није законски наследник.

Завештање може сачинити лице које је навршило одређене године живота и које је способно за расуђивање. Старосна граница је објективни услов, и она је активна завештајна способност (*testamentio factio activa*). Способност за расуђивање је субјективни услов, јер је везана за способност конкретног завештаоца да схвати последице сачињања завештања.

С обзиром да је завештање формална изјава воље, да би производило намераване правне последице, поред тога што завешталац мора да има завештајну способности, завештање мора да буде сачињено у законом прописаном облику.

II. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља

1. Меродавно право за завештајну способност

У смислу одредбе члана 30 став 2 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља¹ „за способности за управљење шестаменџа меродавно је право државе које је држављанство завешталац имао у моменту састављања шестаменџа”.²

Као најближу везу законодавац узима држављанство завештаоца у часу састављања завештања, и као једино меродавно право одређује *lex patriae*. Ово решење је основано, јер је завештајна способност везана за особу завештаоца, а држављанство је најужа веза појединца за државом, па тиме и правним поретком државе чији је држављанин. Релевантно је

¹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982 и 72/1982 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/1996 и *Службени лист РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

У Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља наводи се као држава Савезна Република Југославија, иако је Савезна Република Југославија престала постојати 2003. године. Из тог разлога, без обзира на законски текст, у раду се не наводи Савеза Република Југославија него Република Србија.

² У Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља за завештање се користи термин „тестамент”. С обзиром да Закон о наслеђивању (*Службени лист РС*, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015), којим је регисрана материја у вези са завештањем, за тестамент користи српску реч „завештање”, у раду се користи термин „завештање”.

У Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља користе се појмови „прављење тестаментa” и „састављање тестаментa”. У раду се користи термин „сачињавање завештања”, а с обзиром на то да се тај појам користи у Закону о наслеђивању.

lex patriae у часу сачињавања завештања, и оно остаје и у случају ако завешталац након сачињавања завештања промени држављанство. Ако је завешталац имао завештајну способност у часу сачињавања завештања по *lex patriae*, такво завештање је ваљано. Уколико је након тога дошло до промене држављанства, то не доводи у питање пуноважност завештања, јер је у часу сачињавања тестаментa по *lex patriae* постојала завештајна способност завештаоца.

2. Меродавно право за пуноважност облика завештања

За разлику од једино меродавног *lex patriae* за завештајну способност, за пуноважност завештања у погледу облика меродавно је шест права. Одређивање више од једног меродавног права за облик завештања произилази из суштинске разлике између завештајне способности и облика завештања. Завештајна способност битна је за саму суштину завештања, а облик завештања је начин на који се она формалноправно материјализује.

Члан 31 став 1 Закона о решавању сукоба закона са приписима других земаља одређује меродавно право за облик завештања и опозивања завештања:

„Тестамент је пуноважан у погледу облика ако је пуноважан по једном од следећих права:

- 1) по праву места где је тестамент састављен;
- 2) по праву државе чији је држављанин био завешталац било у време располагања тестаментом било у време смрти;
- 3) по праву завештаоачевог пребивалишта било у време располагања тестаментом било у време смрти;
- 4) по праву завештаоачевог боравишта било у време располагања тестаментом било у време смрти;
- 5) по праву Савезне Републике Југославије;
- 6) за непокретност – и по праву места где се непокретност налази.

Опозивање тестаментa је пуноважно у погледу облика ако је тај облик пуноважан по било ком праву према коме је, у складу са одредбом става 1. овог члана, тестамент могао бити пуноважно састављен.”

а) Право места где је завештање састављено

Оправдана је примена *lex loci actus*. За облик правног посла уобичајено је да се као меродавно право одређује закон места предузимања правног

посла (*locus regit actum*). Иако завештање није правни посао него једнострана изјава воље, завештањем се одређују наследноправни односи имовинског карактера, који се могу регулисати и правним пословима *inter vivos*. Зато, ако је за правне послове меродавно *lex loci actus*, нема разлога да исто право не буде меродавно и за завештање као једнострану изјаву воље којом се распоређује имовина *mortis causa*.

б) *Право државе чији је држављанин био завешталац, било у време располагања шестаменом било у време смрти*

Меродавно право је *lex patriae*. Држављанство је најужа веза за одређивање меродавног права. С обзиром да је одређено као једино меродавно право за завештајну способност, не би било логично да не буде одређено као једно од меродавних права и за облик завештања.

Специфичност је у томе да је меродавно право *lex patriae* у време располагања завештањем и *lex patriae* у часу смрти завештаоца. Овакво законско решење даје могућност да се сматра пуноважним завештање сачињено у облику који не задовољава законске услове по *lex patriae* у време располагања завештањем, али је пуноважно по *lex patriae* у часу смрти, и обратно. Очигледно је да је овакво законско одређење *in favorem* пуноважности завештања, респектујући пре свега вољу завештаоца.

в) *Право завештаоцевој пребивалишћу било у време располагања шестаменом било у време смрти*

Меродавна су два права, *lex domicilii* у време располагања завештањем и *lex domicilii* у време смрти завештаоца. И у овом случају завештање је пуноважно у погледу облика ако је пуноважно по *lex domicilii* у време располагања завештањем или *lex domicilii* у време смрти завештаоца, без обзира када је сачињено.

У смислу члана 3 став 1 тачка 2) Закона о пребивалишту и боравишту грађана, „*пребивалиште је место у коме се грађанин настанио са намером да у њему стално живи, односно место у коме се налази центар његових животних активности, професионалних, економских, социјалних и других веза које доказују његову трајну повезаност с местом у коме се настанио.*”³

Држављанство није услов да се има пребивалиште на територији државе чији резидент није држављанин. Одређујући као меродавно

³ Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011.

право *lex domicilii*, законодавац је респектовао везу завештаоца са местом пребивања, као фактички однос са местом у ком се налази центар његових животних активности и веза које доказују трајну повезаност са местом у којем се настанио.

ѿ) Право завештаоцевој боравишћу било у време расцолоања шестнаменћом било у време смрћи

Према члану 3 став 1 тачка 3) Закона о пребивалишту и боравишту грађана „боравишће је место у коме грађанин привремено борави ван места свој пребивалишћа дуже од 90 дана.”

И у овом случају, одлучна је веза завештаоца са одређеним местом, без обзира на држављанство. Овим се иде даље од везе са пребивалиштем, те се прихвата и веза са местом где завешталац привремено борави дуже од 90 дана.

г) Право Републике Србије

Као једно од меродавних права је право Републике Србије. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља садржи одредбе о одређивању меродавног права за односе са међународним елементом. Као *lex lata* примењује се у Републици Србији. Зато је логично да, као једно од меродавних права за облик завештања са међународним обележјем, буде и право Републике Србије, као *lex fori*, што је у складу са територијалним принципом.

ђ) За непокретност – и право места где се непокретност налази

Ако се завештањем распоређује непокретност, за облик завештања меродавно је и право *lex rei sitae*. Наведено решење је у складу са општеприхваћеним становиштем науке међународног приватног права, по ком је најужа веза непокретности управо са правом места где се непокретност налази.

3. Меродавно право за опозивање завештања

Члан 30 став 2 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља одређује да је опозивање тестаментa пуноважно у погледу облика ако је сачињено у облику пуноважном по било ком праву према ком је завештање могло бити пуноважно сачињено.

Логично је да су меродавна права за опозивање завештања сва права меродавна за облик завештања. Било би неосновано за облик опозивања

завештања одредити као меродавно право било које право које није меродавно за облик сачињења завештања, али исто тако и изоставити било које од тих права. Општеприхваћени правни стандард је да се допуне и измене, као и раскиди правних послова, сачињавају у облику одређеном за сачињење истих. Зато је то примењиво и за опозивање завештања, иако оно није правни посао него једнострана изјава воље.

III. Закључак

Одредбе Закона о сукобу закона са прописима других земаља у вези са меродавним правом за завештање у складу су са становиштем теорије и науке међународног приватног права.

За облик завештања одређен је релативно велики број меродавних права, што је *in favorem* одржања пуноважности завештања.

Ђорђе Сарапа, PhD

attorney at law in Belgrade

APPLICABLE LAW FOR TESTAMENT

Summary:

The paper presents an analytical review of positive legal solutions from the Law on Resolving Conflicts of Laws with Regulations of Other Countries regarding the applicable law to testament. The applicable law for probate is the *lex patriae* at the time of making the testament. The law *lex loci actus*, *lex patriae*, *lex domicilii*, law of residence, *lex fori* and *lex rei sitae* are applicable for the form of testament. Determining a relatively large number of applicable laws for a form of testament is in favor of maintaining its validity. All laws under which a testament could be validly made are relevant for the revocation of a testament. Positive legal solutions regarding the applicable law of testament are in line with the theory and science of private international law.

Key words: testament, testamentary capacity, form of testament, applicable law

UDK 341.44

Марко Штамбук

адвокат из Београда

ПОСТУПАК ЕКСТРАДИЦИЈЕ – ИЗМЕЂУ ПРАВА И ПОЛИТИКЕ

Сажетак:

Поступци изручења, односно екстрадиције често изазивају заинтересованост стручне и опште јавности, а нарочито када се окривљени тражи због кривичних дела против уставног уређења и безбедности државе. У таквим случајевима, увек постоји бојазан да ће превагнути политички интереси у односу на право. Ахмед Џафар Мохамед Али (*Ali Ahmed Jaafar Mohamed*), рођен у Краљевини Бахреин, изручен је тој држави 24. јануара 2022. године, иако је од поступајућих органа Републике Србије безуспешно тражио да поднесе захтев за азил и упркос чињеници да је, тим поводом, на снази била привремена мера Европског суда за људска права. Пред читаоцима је чланак који даје приказ наведеног поступка, уз претходни преглед кључних норми Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима и Закона о азилу и привременој заштити. Рад има за циљ да укаже на значај права на азил у контексту поступка екстрадиције, али и у погледу поштовања међународних и домаћих прописа.

Кључне речи: изручење, екстрадиција, азил, привремена мера, Европски суд за људска права, Ахмед Џафар Мохамед Али, Краљевина Бахреин

І. Увод

Шта повезује Романа Поланског, Аугуста Пиночеа, Џулијана Асанжа и Драгана Васиљковића познатијег по надимку Капетан Драган? Против све четворице се води(о) поступак екстрадиције, као најзначајнији облик сарадње између држава у погледу сузбијања међународних, али и других кривичних дела. Екстрадиција би се могла дефинисати као формално издавање окривљених и осуђених особа другој држави, а њен основни циљ је спречавање ових лица да се преласком државне границе ослободе кривичног гоњења или извршења санкције.¹ У теорији кривичног права

¹ Војин Димитријевић, Обрад Рачић, Владимир Ђерић, Татјана Папић, Весна Петровић, Саша Обрадовић, *Основи међународној јавној права*, друго издање, Београдски центар за људска права, Досије, Београд, 2007, 252–253.

постоје законска и уговорна екстрадиција. Законска екстрадиција је пружање међународне правне помоћи између појединих држава, али у складу са одредбама устава и закона те државе. Уговорна екстрадиција је пружање међународне кривично-правне помоћи између појединих држава на бази претходно закљученог уговора.² Заправо, ову материју претежно регулишу билатерални и мултилатерални споразуми којима се даје предност у односу на домаће правне акте. Према историјским изворима, први забележени уговор о екстрадицији закључен је 1268. године пре н. е. између египатског фараона Рамзеса II и принца хетитског царства Хатушилиа III, у којем су стране свечано обећале да ће једна другој издавати бегунце од правде. Интересантан је и податак да су велики жупан Стефан Немањић и град Дубровник потписали сличан такав споразум 1215. године.³

II. Прописи од значаја за поступак изручења у Републици Србији

У Републици Србији поступак изручења окривљеног или осуђеног представља релативно атипичну кривичну ствар, подељену у две фазе у којима одлучују судови и министар надлежан за правосуђе. Другим речима, у његовом спровођењу заједно учествују органи судске и извршне власти. Поступак изручења уређују Законик о кривичном поступку⁴ и Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима,⁵ у случајевима када не постоји потврђени међународни уговор или када одређена питања њиме нису уређена.⁶ Исти пропис такође дефинише

² Драган Јовашевић, *Лексикон кривичног права – шреће измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2006, 103–104.

³ Владимир–Ђуро Деган, Берислав Павишић, Виолета Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Службени гласник, Београд, 2011, 422.

⁴ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

⁵ Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима – ЗМПКС, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009.

⁶ Примера ради, између Републике Србије и Сједињених Америчких Држава постоји билатерални уговор о изручењу (Закон о потврђивању уговора између Републике Србије и Сједињених Америчких Држава о изручењу, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 2/2019), путем којег су државе уговорнице додатно уредиле ову материју.

и остале облике међународне правне помоћи, попут преузимања и уступања кривичног гођења, као и извршења кривичне пресуде. Од међународних уговора који се тичу изручења, примењује се Европска конвенција о екстрадицији и њени допунски протоколи.⁷

У складу са чланом 13 ЗМППКС изручење окривљеног или осуђеног страном држави дозвољава се ради вођења кривичног поступка за кривично дело за које се према закону Републике Србије и закону државе молиће може изрећи казна затвора од годину дана или тежа казна, као и ради извршења кривичне санкције коју је суд државе молиће изрекао за такво кривично дело и то у трајању од најмање четири месеца. У пракси се најчешће дешава да лице буде тражено и лишено слободе на основу потернице коју је расписала држава молиља. Важну улогу, у том смислу, има Међународна организација криминалистичке полиције (Интерпол) и њен систем међународних обавештења/потерница (енгл. *Interpol notice*). Окривљени се изводи пред судију за претходни поступак надлежног вишег суда,⁸ а ради саслушања о свим околностима битним за утврђивање постојања претпоставки за изручење (личним приликама, држављанству, односу према држави молиљи и самом захтеву за изручење). Истом приликом доноси се и одлука о мери за обезбеђење присуства лица чије се изручење захтева. Окривљени има право да сам изабере свог браниоца или да му бранилац буде постављен по службеној дужности. Држава која тражи изручење дужна је да достави замолницу,⁹ као и сву неопходну пратећу документацију.¹⁰

⁷ Закон о потврђивању Европске конвенције о екстрадицији са додатним протоколима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 10/2001 и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и Закон о потврђивању Четвртог додатног протокола уз Европску конвенцију о екстрадицији, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 13/2013.

⁸ То је, по ЗМППКС, Окружни суд; овај Закон још увек није усклађен са тренутно важећим Законом о уређењу судова.

⁹ Замолница мора да садржи: 1) назив органа који је сачинио замолницу; 2) назив органа коме се замолница упућује, а уколико није познат његов тачан назив, ознаку „надлежни државни орган”, уз назив замољене државе; 3) правни основ за пружање међународне правне помоћи; 4) ознаку кривичног предмета, законски назив кривичног дела, текст одговарајуће одредбе закона и сажет опис чињеничног стања; 5) опис радње међународне правне помоћи која се тражи и разлог за подношење замолнице; 6) податке о држављанству и друге личне податке лица, односно назив и седиште правног лица у односу на које се тражи међународна правна помоћ, као и његово својство у поступку; 7) друге податке који могу да буду од значаја за поступање по замолници.

¹⁰ Средства за утврђивање истоветности окривљеног или осуђеног (тачан опис,

У овој фази, окривљени може добровољно пристати да се изручи по поједностављеном поступку. О томе ће се саставити записник који се даље доставља ванпретресном већу састављеном од тројице судија, ради доношења решења о испуњености претпоставки за изручење, а против којег није дозвољена жалба. Одлука се затим, на даље поступање, прослеђује министру надлежном за правосуђе.

У супротном, судија за претходни поступак ће предузети одговарајуће радње ради утврђивања да ли постоје претпоставке за изручење и списе предмета доставити ванпретресном већу ради доношења решења. Сходно члану 7 ЗМППКС, поступајући суд пре свега испитује да ли кривично дело, поводом којег се захтева пружање међународне правне помоћи, представља кривично дело по закону Републике Србије; да ли је у вези са истим кривичним делом правноснажно окончан поступак пред домаћим судом, односно да ли је кривична санкција у потпуности извршена; као и да ли је кривично гоњење, односно извршење кривичне санкције искључено због застарелости, амнестије или помиловања. Поред тога, суд додатно проверава и испуњеност осам децидно постављених услова.¹¹

Ако је изручење одбијено, ванпретресно веће доноси одлуку о томе и без одлагања је доставља апелационом суду. С друге стране, уколико се утврди да су испуњене све претпоставке за изручење, окривљеном се

фотографија, отисци прстију и сл.); уверење или други подаци о држављанству окривљеног или осуђеног; одлуку о покретању кривичног поступка, оптужницу, одлуку о притвору или пресуду уз навођење доказа о постојању основане сумње.

¹¹ Члан 16 ЗМППКС прописује да се мора испитати и: 1) да лице чије се изручење захтева није држављанин Републике Србије (премда је држављанство Републике Србије разлог за одбијање захтева за изручење окривљеног, он се може искључити међународним уговором попут оног који је тренутно на снази између Републике Србије и Сједињених Америчких Држава); 2) да дело поводом којег се захтева изручење није извршено на територији Републике Србије, против ње или њеног држављанина; 3) да се против истог лица у Републици Србији не води кривични поступак због кривичног дела поводом којег се захтева изручење; 4) да по домаћем закону постоје услови за понављање кривичног поступка за кривично дело поводом којег се захтева изручење лица против којег је правноснажно окончан поступак пред домаћим судом; 5) да је утврђена истоветност лица чије се изручење захтева; 6) да има довољно доказа за основу сумњу односно да постоји правноснажна судска одлука да је лице чије се изручење тражи учинило кривично дело поводом којег се захтева изручење; 7) да је држава молила дала гаранције да ће у случају осуде у одсуству поступак бити поновљен у присуству изрученог лица и 8) да је држава молила дала гаранције да смртна казна која је прописана за кривично дело поводом којег се захтева изручење неће бити изречена, односно извршена.

оставља рок од три дана за подношење жалбе. У оба случаја, апелациони суд заказује рочиште и саслушава јавног тужиоца и браниоца окривљеног, након чега потврђује, укида или преиначује решење.

Другостепено решење о одбијању изручења доставља се министру надлежном за правосуђе, који о томе само обавештава државу молићу. Правноснажна одлука којом се, пак, утврђује да су испуњене претпоставке, прослеђује се истом министру ради оцене да ли се захтев за пружање међународне правне помоћи односи на политичко кривично дело или дело повезано са политичким кривичним делом, односно на кривично дело које се састоји искључиво у повреди војних дужности, као и да ли би пружање међународне правне помоћи повредило суверенитет, безбедност, јавни поредак или друге интересе од суштинског значаја за Републику Србију. Када је захтеваном лицу суђено у одсуству, овај инокосни државни орган проверава и да ли су у том поступку поштоване гаранције правичног суђења. Ако су испуњена и ова три услова, екстрадиција се коначно дозвољава и извршава од стране министарства надлежног за унутрашње послове у року од 30 дана од дана доношења решења.

Међутим, ток поступка се може изменити уколико окривљени затражи азил (уточиште или супсидијарну заштиту) у Републици Србији, када се активирају норме из области избегличког права и права људских права. Наиме, сваки странац који страхује од прогона због своје расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности, припадности одређеној друштвеној групи или због својих политичких уверења може да затражи азил у Републици Србији. У случају постојања ових околности, тражиоцу азила се одобрава право на уточиште, чије темеље је поставила Конвенција о статусу избеглица из 1951. године. Поред тога, право на азил обухвата и супсидијарну заштиту као други облик међународне заштите намењен онима којима прети смртна казна, мучење, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање, као и озбиљна и индивидуална претња по живот изазвана насиљем општих размера у ситуацијама међународног или унутрашњег оружаног сукоба. Тиме је обезбеђена и заштита оних особа које не испуњавају услове за доделу уточишта по једном од седам набројаних основа, али којима ипак прети ризик од трпљења неке озбиљне неправде.

Поступајући органи у овом управносудском поступку су Канцеларија за азил,¹² Комисија за азил¹³ и Управни суд.¹⁴ Примарни прописи који

¹² Канцеларија за азил је организациона јединица унутар Министарства унутрашњих послова, Дирекције полиције, Управе граничне полиције.

се примењују су Закон о азилу и привременој заштити),¹⁵ Закон о општем управном поступку¹⁶ и Закон о управним споровима.¹⁷ Да се одлука о захтеву за азил појављује као својеврсно претходно питање, а на начин на који то предвиђа члан 17 ЗКП-а, потврђује и пракса Вишег суда у Београду. Прецизније, решењем из јула 2017. године одбијена је молба за изручење држављанина Републике Румуније, управо из разлога што је окривљеном додељено уточиште у Републици Србији.¹⁸ У складу са наведеним ставом, који је потврдио Апелациони суд у Београду, одлука у поступку азила представља правно питање од одлучујућег значаја за доношење правилног и законитог решења по молби за изручење.

Заштита људских права постала је обавезна компонента савременог права о екстрадицији, будући да се у поступку изручења задире у многа права и слободе особа чије се изручење тражи.¹⁹ Следствено томе, од утицаја на екстрадициони поступак може имати и рад међународних тела, попут Европског суда за људска права са седиштем у Стразбуру (даље у тексту: ЕСЉП) чија је улога да се стара о томе да државе потписнице поштују одредбе Европске конвенције о људским правима (даље у тексту: ЕКЉП). У складу са правилом 39 Пословника Суда, ЕСЉП може изрећи привремену меру када постоје околности које указују на непосредну опасност од настанка озбиљне и ненадокнадиве штете. Стога је највећи број привремених мера донет у предметима који се односе на протеривање или изручење особа у државе у којима им прети опасност од смрти или мучења.²⁰ ЕСЉП у тим ситуацијама указује да појединца не треба протерати/изручити до одређеног датума или док овај суд не оцени да ли би у том случају дошло до повреде норми ЕКЉП. Ипак, ЕСЉП је врло рестриктиван у погледу примене правила 39 По-

¹³ Комисија за азил је независно тело основано од стране Владе Републике Србије и чине га председник и осам чланова. Комисија за азил као другостепени орган испитује жалбе које се подносе против одлука Канцеларије за азил.

¹⁴ Против одлука Комисије за азил може се покренути управни спор у року од 30 дана од дана достављања одлуке.

¹⁵ Закон о азилу и привременој заштити – ЗАПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018.

¹⁶ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018.

¹⁷ Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

¹⁸ Решење Вишег суда у Београду Кре. 7/17, Кв. бр. 902/18 од 6. јула 2017. године.

¹⁹ В. Ђ. Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, 430.

²⁰ Чл. 2 и чл. 3 Европске конвенције о људским правима.

словника и користи га у изузетним ситуацијама, имајући у виду да се његовом применом може одложити или чак спречити извршење одлуке коју су донели органи једне суверене државе. Република Србија је 3. априла 2003. године потписала, а тачно годину дана касније и ратификовала наведени правни акт.²¹ Тим чином је уједно и прихваћена надлежност ЕСЉП, па су судови и други државни органи Републике Србије дужни да примењују стандарде који произилазе из његове праксе.

III. Случај изручења окривљеног пореклом из Краљевине Бахреин

Све од наведеног важно је у контексту једног конкретног предмета у којем су поступали Виши суд у Београду, Апелациони суд у Београду и Министарство правде. Почетком новембра 2021. године у Београду је, на основу Интерполове црвене потернице расписане од стране Националног централног бироа у Краљевини Бахреин, ухапшен Али Ахмед Џафар Мохамед рођен 1973. године у Манами, главном граду те острвске државе. Према подацима из потернице, Краљевина Бахреин је за њим трагала још од 2015. године ради издржавања доживотне казне затвора која му је изречена 2013. године због производње, коришћења и поседовања експлозивних направа, угрожавања живота опште јавности и наношења штете јавној и приватној имовини.

1. Поступак пред Вишим судом и Апелационим судом у Београду

Али Ахмед Џафар Мохамеду најпре је постављен бранилац по службеној дужности, да би затим био саслушан од стране судије за прет-

²¹ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Службени лист СЦГ – међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС – међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015.

ходни поступак, пред којим је искористио своје право да се брани ћутањем. У циљу обезбеђења његовог присуства и несметаног вођења кривичног поступка, одређен му је притвор. Карактеристично је да у поступку екстрадиције, ова мера не може да траје дуже од годину дана од дана притварања. Тачније, након истека овог времена, она мора бити укинута и евентуално замењена неком блажом мером, уколико се поступак изручења не оконча у том року. Неколико најчешћих разлога које судови наводе приликом одређивања притвора, су да окривљени нема пребивалиште или боравиште на територији Републике Србије и да нема интерес (пословне активности или породичне односе) који га везује за територију Републике Србије, због чега постоји опасност да ће особа чије се изручење захтева, сакрити или побећи. Поступајући суд на свака два месеца, по службеној дужности, испитује да ли ће најтежу меру продужити, одредити неку другу²² или је укинута.²³

Одбијајући жалбу на решење о одређивању притвора, Виши суд у Београду је као неосноване оценио браниоачеве наводе да је „*реч о лицу који је политички осуђеник и које је као такво погодно да захтев азил у РС*”, нашавши да исти нису од утицаја на другачију одлуку, будући да „*из сјиса предмета не произилази да је окривљени поднео захтев за азил, ниши да је таквом захтеву удовољено*”. Ово је једини пут да је било која од три инстанце размотрила питање азила и остаје чињеница да ништа више није учињено тим поводом.

Дана 15. новембра 2021. године у Виши суд у Београду стигло је прво, од укупно пет писама, колико ће Али Ахмед Џафар Мохамед упутити поступајућим судовима у Републици Србији. У свом првом обраћању надлежним органима, он је на српском језику оспорио кривична дела која су му стављена на терет и навео да је у Краљевини Бахреин лажно оптужен да је терориста. Даље је истакао да је по вероисповести муслиман шиит и политички активисти који се у држави порекла борио против „тиранске” власти муслимана сунита. Од суда је затражио да му

²² Члан 188 ЗКП-а предвиђа седам мера које се могу предузети према окривљеном за обезбеђење његовог присуства и за несметано вођење кривичног поступка: позив, довођење, забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посеђивања одређених места, забрана напуштања боравишта, јемство, забрана напуштања стана и притвор.

²³ Према ставу ЕСЉП-а, ако је једини разлог за продужење притвора страх да ће окривљени побећи и на тај начин избећи појављивање на суђењу, мора се наредити његово пуштање на слободу пре првостепене пресуде, ако се од њега могу добити додатне гаранције да ће се појавити на суђењу (*Мерабишвили против Грузије*, представка бр. 72508/13, ЕСЉП, пресуда од 29. новембра 2017. године).

омогући телефонски позив, како би контактирао своју породицу, која би му омогућила новац за приватног адвоката. На крају је експлицитно затражио заштиту и азил, напомињујући да ће га у случају екстрадиције, власти у његовој држави прво мучити, па убити. У последњој реченици је такође додао и да му је режим у Краљевини Бахреин одузео држављанство. Међутим, суд тим поводом није предузео ни једну конкретну радњу, већ је писмо које је правилно адресирано на Виши суд у Београду и поступајућег судију за претходни поступак, само проследио његовом браниоцу по службеној дужности на упознавање. О томе нису обавештене институције меродавне за поступак азила, нити је Али Ахмед Џафар Мохамед добио могућност да контактира своју породицу и ангажује изабраног браниоца. На тај начин, започет је низ пропуста које су поступајући органи Републике Србије начинили у току поступка.

Амбасада Краљевине Бахреин у Москви је 12. новембра 2021. године доставила замолницу на арапском језику Министарству спољних послова Републике Србије – Одељењу за конзуларне послове, а иста је четири дана касније прослеђена Вишем суду у Београду од стране Министарства правде – Сектора за међународну правну помоћ. Из кратког приказа чињеница случаја произилази да је Али Ахмед Џафар Мохамед оптужен због *„организовања групе чији је циљ био рушење уставног поретка, закона и институција државе, напад на слободе, нарушавање реда и угрожавање сигурности и безбедности Краљевине“*. Према приложеној пресуди, осуђен је зато што је организовао и руководио терористичком ћелијом „Коалиција 14. фебруар“ и обезбеђивао средства, алате и материјале неопходне за прављење експлозива. Поред тога, њему је на терет стављено и да је обучавао друге како да производе и користе експлозивне направе, као и да је лично учествовао у бомбашким нападима у Манами и другим деловима Краљевине Бахреин.

Иако институције надлежне за поступак изручења немају изричиту обавезу да оцењује квалитет пресуда које се односе на осуђене, за доношење правилне одлуке ипак је неопходно сагледати знатно ширу слику од оне коју пружа неколицина прописа из области екстрадиционог права.

Пре свега, Краљевина Бахреин је острвска држава која се налази у Персијском заливу. Богата је нафтом и природним гасом, ресурсима који највише доприносе њеном економском развоју. По државном уређењу је уставна монархија, на чијем челу се налази сунитска династија ал-Калифа дуже од 250 година. За Краљевину Бахреин је карактеристично да већински део популације чине муслимани шиити, док је власт заправо у рукама мањинске верске групе. На томе и почива подела у

којој шиити оптужују суните за системску дискриминацију и репресију. Током 2011. године избили су масовни антивладини протести, а затим и побуна коју је режим зауставио распрострањеним кршењем људских права. Према подацима из различитих извора, том приликом је усмрћено око 200 људи, око 8.000 је рањено, док је близу 20.000 особа лишено слободе. Томе треба додати и отпуштање радника, избацивање студената из образовних установа, али и примере одузимања држављанства.

Превод замолнице на српски језик предат је Вишем суду у Београду 6. децембра 2021. године када је, између осталог, и потврђено да је Али Ахмед Џафар Мохамед лишен држављанства државе молиље. На овом месту битно је истаћи да се особе без држављанства – апатриди сматрају за посебно рањиву категорију лица. После само једног дана од пријема превода замолнице донето је првостепено решење да су испуњени сви услови за изручење у Краљевину Бахреин у складу са чланом 7 став 1 тачке 1, 2 и 3 и чланом 16 ЗМППКС. У образложењу одлуке било је наведено да су од државе молиље добијене гаранције да ће окривљеном поступак бити поновљен у његовом присуству. Али Ахмед Џафар Мохамед се Вишем суду у Београду обратио још три пута и то поднесцима од 9, 14. и 16. децембра 2021. године. Он је у тим писмима још једном навео да је у Краљевини Бахреин осуђен искључиво због тога што је политички активиста у области права радника и да је са породицом избегао у Иран након горе поменутих протеста, јер му је живот био угрожен. Поново је затражио да се јави породици, али и замолио да му се помогне да се састане са „Канцеларијом за људска права Уједињених нација”, јер је у Републику Србију дошао да тражи азил. Без обзира на то, Виши суд у Београду остао је пасиван у погледу предузимања било које радње којом би му се омогућило да искористи своја Уставом и законом загарантовано права.

Бранилац по службеној дужности уложио је жалбу на првостепено решење, поводом које је 29. децембра 2021. године заказано рочиште већа Апелационог суда у Београду, али оно није одржано због обуставе рада адвоката на територији Града Београда.²⁴ Правним леком је указано на лош положај шиита у Краљевини Бахреин, као и на одредбе ЗАПЗ које забрањују протеривање или враћање лица на територију где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког уверења, али и где постоји ризик да

²⁴ *Одлука о обустави рада на територији Града Београда*, Адвокатска комора Београда, дел. број 11262/2021 од 21. децембра 2021. године.

ће бити подвргнуто мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.

Апелациони суд у Београду заказао је ново рочиште за 17. јануар 2022. године, на којем је одбрана указала на недостатке првостепеног решења. Том приликом, Али Ахмед Џафар Мохамед је предао писмо и судијама Апелационог суда у Београду, у којем је поступајућим већу указао на све битне околности свог случаја, чињеницу да му у држави порекла прети опасност, али и да нема контакт са породицом и могућност да ангажује изабраног браниоца. Исто је изјавио и усмено на записник. Међутим, ни другостепени суд није узео наведено у разматрање, већ је истог дана донео решење којим је одбио жалбу адвоката и потврдио став Вишег суда у Београду. Одлука је браниоцу по службеној дужности достављена одмах сутрадан, чиме је поступак пред правосудним органима правноснажно окончан.

2. Поступак пред министром надлежним за правосуђе и Европским судом за људска права

Истог дана, дакле 18. јануара 2022. године, списи предмета су достављени и Министарству правде као последњој инстанци у поступку изручења. Министар правде је без одлагања донео решење којим се дозвољава изручење по замолници Краљевине Бахреин. Из образложења решења се не може закључити да ли је испитано да ли се захтев за пружање међународне правне помоћи односи на политичко кривично дело или дело повезано са политичким кривичним делом, односно на кривично дело које се састоји искључиво у повреди војних дужности, као ни да ли би пружање међународне правне помоћи у конкретном случају повредило суверенитет, безбедност, јавни поредак или друге интересе од суштинског значаја за Републику Србију. Министар правде био је дужан то да утврди сходно члану 7 став 3 ЗМППКС. На основу садржине списка предмета, ипак се може претпоставити да је на ефикасност и експедитивност Вишег суда у Београду, Апелационог суда у Београду и Министарства правде утицало више ургенција које је Амбасада Краљевине Бахреин у Москви упутила Министарству спољних послова Републике Србије. Вероватно би све било окончано и знатно раније, да на снази није била одлука Скупштине Адвокатске коморе Београда о обустави рада. С тим у вези, промптно одлучивање у овако комплексним предметима оправдано ствара сумњу у квалитет и законитост рада надлежних. Решење којим се дозвољава изручење достављено је окривљеном 21. јануара 2022. године, када је и Министарство унутрашњих послова

обавестило Виши суд у Београду да је изручење окривљеног планирано за уторак, 25. јануар 2022. године.

Сестра Алија Ахмеда Џафара Мохамеда је 20. јануара 2022. године ступила у контакт са изабраним браниоцима и Београдским центром за људска права од којих је затражила помоћ за свог брата.²⁵ Она је том приликом рекла да од 3. новембра 2021. године нема контакт са њим, да не зна где се налази и шта му се тачно догодило. Следећег дана, Виши суд у Београду је обавештен о томе да окривљени има нове правне заступнике, који су га истог дана посетили у Окружном затвору у Београду. Тада им је Али Ахмед Џафар Мохамед саопштио да није добио дозволу да се јави породици, да је више пута изјављивао да жели да тражи азил у Републици Србији и да му није било дозвољено да ангажује браниоца по свом избору. Од Управе граничне полиције и Канцеларије за азил одмах је писаним путем затражено да му се омогући приступ поступку азила, али до тога никада није дошло због догађаја који су уследили.

Одбрана је од Европског суда за људска права истовремено затражила и изрицање привремене мере, имајући у виду да судови и министар правде нису испитали да ли постоји опасност од прогона, мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања у случају изручења окривљеног, као и због тога што му није било омогућено да самостално изабере браниоца и приступи поступку азила. ЕСЉП је у вечерњим сатима тог 21. јануара 2022. године усвојио захтев и од Републике Србије затражио да не изручује окривљеног до 25. фебруара 2022. године, као и да одговори на питања следеће садржине:

- 1) Да ли је Али Ахмед Џафар Мохамед осуђен на доживотну казну затвора која искључује превремено пуштање и/или условни отпуст у Краљевини Бахреин?
- 2) Који су конкретни механизми, ако исти постоје, и по којем основу Али Ахмед Џафар Мохамед има право на ревизију доживотне казне затвора у Краљевини Бахреин?
- 3) Да ли је Влада затражила или добила доказе или уверења која потврђују да ће Али Ахмед Џафар Мохамед, у случају изручења, имати приступ „механизму који националним власиима намеће оба-

²⁵ Београдски центар за људска права од 2012. године, као извршни партнер Високог комесара Уједињених нација за избеглица (енгл. *United Nations High Commissioner for Refugees*, UNHCR), пружа бесплатну правну помоћ тражиоцима азила и избеглицама у Републици Србији.

везу да, на основу објективних и унапред утврђених критеријума о којима је окривљени ујознаи у шренушкy изрицања доживошње казне зашвора, исийијају да ли се он шоком њеној издржавања йроменио и найредовао у шој мери, да се насшавак истје не може више ойравдаши леиштимним йенолошким разлозима"? Који је значај ноте Амбасаде Краљевине Бахреин на коју се позива подносилац захтева, а која садржи гаранцију да ће имати право да му се понови кривични поступак?

- 4) Да ли су српски судови узели у обзир могуће опасности од мучења и/или злостављања са којима би се подносилац захтева суочио у случају изручења у Краљевину Бахреин? Да ли је подносилац захтева српским судовима у довољној мери указао на те ризике?
- 5) Да ли је подносиоцу захтева омогућен приступ поступку азила у Републици Србији?

Држави је такође јасно скренута пажња да непоштовање привремене мере може довести до кршења члана 39 ЕКЉП. Привремена мера је достављена Државном правобранилаштву – Одељењу за заступање пред Европским судом за људска права у 19:57 часова, коју је агент даље послао свим надлежним органима.

У суботу 22. јануара 2022. године, дан након доношења привремене мере, Министарство унутрашњих послова је обавестило Виши суд у Београду да је дошло до промене датума изручења, које је било планирано за 25. јануар 2022. године и да ће се оно обавити дан раније, у раним јутарњим часовима 24. јануара 2022. године. Зашто је дошло до изненадног померања датума и убрзања процедуре изручења, евентуални одговор се намеће сам. У недељу 23. јануара 2022. године, припадник Министарства унутрашњих послова одређен за извршење изручења обавестио је поступајућег судију за претходни поступак Вишег суда у Београду да је ЕСЉП донео привремену меру и упитао да ли суд „*може коначно да реши ову ствар*”. Он је даље упућен на Министарство правде, као једино надлежно за поступање у предмету након доношења решења којим је дозвољено изручење окривљеног, али се из судских списа не може установити да ли је и како даље текла комуникација.

Али Ахмед Џафар Мохамед је, упркос постојању привремене мере ЕСЉП, изручен Краљевини Бахреин у раним јутарњим часовима 24. јануара 2022. године. Њега су преузели представници Краљевине Бахреин на Аеродрому „Никола Тесла” у Београду око 5:00 часова ујутру и он је чартер летом директно пребачен у Манаму. Авион је припадао флоти луксузне авио-компаније „РојалЏет” (енгл. *RoyalJet*) на чијем

челу је члан владајуће породице Абу Дабија и која је у делимичном власништву компаније „Президеншал Флајт” (енгл. *Presidential Flight*), компаније задужене за превоз чланова Владе Абу Дабија. Министарство унутрашњих послова Краљевине Бахреин је истог дана издало саопштење да је уз помоћ једне пријатељске државе враћен бегунац Али Ахмед Цафар Мохамед, који је осуђен на три доживотне и једну казну затвора у трајању од десет година.

Након што је ЕСЉП обавештен о изручењу, од Републике Србије је затражено изјашњење на ову околност. У свом одговору, држава је навела да је привремену меру примила у петак, 21. јануара 2022. године у 19:57 часова, али да је до непоступања по истој дошло услед „*крајњој временској размака између њеној издавања и саме екстрадиције*”. У одговору се наводи и да је Република Србија до сада увек поштовала привремене мере ЕСЉП-а. Међутим, ови аргументи државе тешко да се могу прихватити као оправдавајући. Пре свега, опште је познато да је привремена мера ЕСЉП-а, по својој природи, таква да захтева хитност у поступању. Свест о томе сасвим сигурно постоји код свих надлежних органа који су били укључени у овај процес, имајући у виду да се тај механизам веома често користи у пракси. Према томе, може се претпоставити да су представници извршних власти умишљајно прекршили ЕКЉП, што ће потенцијално довести до одговорности државе и обавезе накнаде штете на терет свих пореских обвезника Републике Србије. Исто тако, не може се прихватити ни одговор да је Република Србија до сада поштовала привремене мере ЕСЉП-а, будући да је до истог пропуста дошло и 2016. године када је окривљени са двојним држављанством Канаде и Босне и Херцеговине изручен Сједињеним Америчким Државама, упркос постојању привремене мере.²⁶ У децембру 2017. године, Република Србија је изручила држављанина Турске Цевдета Ајаза (*Cevdet Ayaz*), иако је Комитет против тортуре Уједињених нација (енгл. *Committee against Torture – CAT*) затражио од Републике Србије да то не чини све до окончања поступка пред тим међународним телом за заштиту људских права.²⁷ Тако се „пријатељски” односи са моћним државама заснивају и баштине на кршењу сопственог правног поретка као једног од стубова државне суверености.

²⁶ *Анђић прошив Србије*, ЕСЉП, представка број 41655/16.

²⁷ Ана Трукуља, „Значај ставова Комитета Уједињених нација против тортуре у поступку екстрадиције”, *Бранич*, бр. 1/2020, 34.

IV. Уместо закључка

У светлу свега наведеног, постоји довољно основа за тврдњу да су судски и извршни органи у овом случају прекршили Устав Републике Србије, ЕКЉП и ЗАПЗ, будући да окривљеном није било омогућено да поднесе захтев за азил, нити су испитани његови наводи да му у држави порекла прети опасност од прогона и мучења, а уз то је прекршена и привремена мера ЕСЉП-а. Због тога ће овај предмет добити епилог и пред Уставним судом Републике Србије и ЕСЉП, јер су пуномоћници окривљеног накнадно иницирали поступке и пред тим институцијама, подношењем уставне жалбе и представке. У тренутку писања овог чланка, Али Ахмед Џафар Мохамед се налази у затвору Јау (енгл. *Jau/Jaw Prison*) у којем, према наводима његове породице, нема право на посету сродника и адвоката.²⁸ Његова даља судбина није позната, као ни то да ли ће власти Краљевине Бахреин поштовати гаранције дате Републици Србији у току поступка изручења.

Marko Štambuk

attorney at law in Belgrade

THE EXTRADITION PROCEDURE – BETWEEN LAW AND POLITICS

Summary:

Extradition procedures often arouse interest of experts and general public, especially when defendants are wanted for crimes against the constitution order and state security. In such cases, there is always a fear that political interests will prevail over law. Ahmed Jaafar Mohamed Ali, born in the Kingdom of Bahrain, was extradited to that country on 24 January 2022, even though he unsuccessfully attempted to seek asylum before the responsible authorities of the Republic of Serbia and despite the fact that the European Court for Human Rights granted interim measure in that regard. The article provides a review of the this procedure, including an overview of the key provisions of the Law on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters and the Law on Asylum and Temporary Protection. The paper aims to point out the importance of the right to asylum in the context of the extradition procedure, but also in terms of compliance with international and domestic regulations.

Keywords: extradition, asylum, interim measure, European Court of Human Rights, Ahmed Jaafar Mohamed Ali, Kingdom of Bahrain

²⁸ Затвор Јау се у медијима често спомиње као установа у којој владају лоши материјални услови и чије особље злоставља и здравствено занемарује лица лишена слободе.

UDK 347.235(497.11)
351.778.511(497.11)
349.442(497.11)

Марија М. Пешовић

адвокат из Београда

ОЗАКОЊЕЊЕ ОБЈЕКТА

Сажетак:

Легализација, односно озакоњење објекта је увек актуелно питање од великог значаја како за грађане, тако и за саму државу. Разлози који оправдавају настанак ове појаве леже у политичким и социјалним приликама које су владале крајем двадесетог века на нашим просторима. Мотиви појединаца су различити, а оно што им је свима заједничко јесте непостојање адекватних санкција од стране државе. Власт је у прошлости покушала да реши питање бесправне градње доношењем неколико закона који су регулисали ову материју, али су ефекти свих тих закона били скромни. У овом тексту аутор анализира тренутно важећу законску регулативу у области озакоњења објекта и њену примену у пракси.

Кључне речи: озакоњење, легализација, нелегални објекти, бесправна градња, грађевинска дозвола, употребна дозвола.

I. Уводне напомене

До данас није утврђен стваран број нелегалних објекта који су изграђени на територији Републике Србије. Стручна јавност лицитира разним цифрама, чак и до 5 милиона нелегалних објекта, док је Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре у оквиру прве фазе решавања питања озакоњења направило базу незаконито изграђених објекта која броји 2.050.614 објекта. База незаконито изграђених објекта доступна је на званичном интернет сајту Министарства грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре.¹

Проблем нелегалне градње датира неколико деценија уназад, а прави процват доживљава деведесетих година прошлог века, када се

¹ <https://www.mgsi.gov.rs/cir/dokumenti/baza-nezakonito-izgradjenih-objekata>

бележи масовна градња без грађевинске дозволе. Узрок се на првом месту може тражити у пасивности државе по овом питању, односно у недостатку контроле над бесправном градњом, али и у непостојању планске документације која би омогућила закониту изградњу објеката.

Први пут се питањем легализације бави Закон о изградњи објеката,² који је изменама из 1997. године прописао посебне услове за добијање грађевинске, односно употребне дозволе за одређене објекте. Овај закон је био на снази до 2003. године, када је престао да важи доношењем Закона о планирању и изградњи,³ чији су саставни део биле и одредбе о легализацији. Посебни Закон о легализацији објеката⁴ донет је 2013. године. Сви ови прописи за циљ су имали регулисање изградње и омогућавали су нелегалним објектима враћање у законске оквире, али у пракси нису довели до значајног напретка. Документација потребна за подношење захтева за легализацију (геодетски снимак, пројекат изведеног објекта) је била прилично сложена и узроковала је велике трошкове ангажовања стручних лица. Такође, накнада за уређење грађевинског земљишта, републичке административне таксе и таксе за упис имовине у катастар биле су изузетно високе. Са друге стране, грађевинска дозвола је такође захтевала високе трошкове и сложу процедуру. Држава није спроводила санкције у случају бесправне градње, а такви објекти су несметано могли да се прометују, чак су били и веома атрактивни на тржишту због својих значајно ниских цена. Имајући у виду све околности, не чуди што грађани нелегалну градњу нису доживљавали као проблем, нити су имали реални интерес за улазак у поступак легализације.

Закон о озакоњењу објеката из 2015. године,⁵ уз измене закона из 2018. године, које забрањују промет објеката који су у поступку озакоњења, има потенцијал да овом проблему стане на крај јер први пут власницима бесправних објеката даје реалан интерес да своје објекте озаконе.

² Закон о изградњи објеката, *Службени гласник РС*, бр. 44/95, 24/96, 16/97 и 43/2001.

³ Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр.47/2003, 34/2006, 39/2009 – одлука УС и 72/2009 – др.закон и Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012.

⁴ Закон о легализацији објеката, *Службени гласник РС* – ЗЛО, бр. 95/2013 и 117/2014.

⁵ Закон о озакоњењу објеката, *Службени гласник РС* – ЗОО, бр. 96/15, 83/18 и 81/20 – одлука УС.

II. Разлика између озакоњења и легализације

Тренутно важећи закон није дао прецизну дефиницију појма озакоњења као што је претходни дефинисао појам легализације.⁶ Закон о легализацији из 2013. године легализацију дефинише као накнадно издавање грађевинске и употребне дозволе за објекат или део објекта који је изграђен, реконструисан или дограђен без грађевинске дозволе, односно који се користи без употребне дозволе.

Тумачећи Закон о озакоњењу, посредно можемо закључити да озакоњење објеката представља накнадно одобрење изведених радова за објекат или део објекта који је изграђен, реконструисан или дограђен без грађевинске дозволе, односно који се користи без употребне дозволе.

Дакле, крајњи исход је у оба поступка исти – убацивање објекта у законит режим, односно озакоњење. Разлика између ова два појма јесте у томе што се легализацијом накнадно добијала грађевинска или употребна дозвола, и то је даље омогућавало упис у катастар непокретности по редовној процедури. Озакоњењем се, са друге стране, не добија ни грађевинска, нити употребна дозвола, већ се самим решењем о озакоњењу стиче услов за упис у катастар непокретности. Поступак озакоњења је тиме знатно поједностављен, уз битно смањене трошкове.

Озакоњење, у смислу Закона о озакоњењу, дефинисано је као јавни интерес за Републику Србију.⁷ Циљ овог закона јесте да доведе до враћања у законске оквире великог броја нелегално изграђених објеката и заустављања даље изградње објеката без грађевинске дозволе, што представља јавни интерес и вишеструку корист за Републику Србију. Враћање у законске оквире незаконито изграђеног објекта могуће је на два начина, озакоњењем или рушењем објекта.

III. Који објекти могу да се озакоње

Закон о озакоњењу врло јасно прецизира услове које објекти морају да испуњавају како би били озакоњени. Предмет озакоњења могу бити објекти изграђени без грађевинске дозволе или објекти који имају грађевинску дозволу од које је одступљено током изградње, и то само објекти који су завршени у грађевинском смислу.⁸ Уколико се ради о згради, предмет озакоњења може бити и зграда на којој су изведени

⁶ ЗЛО, чл. 4.

⁷ ЗОО, чл. 2.

⁸ ЗОО, чл. 3 ст. 1.

конструктивни грађевински радови (темељ, армиранобетонски или челични стубови са гредама, односно армиранобетонска таваница, кровна конструкција) са или без завршене фасаде.⁹

Објекти који су изграђени на земљишту неповољном за градњу (клизишта, мочварно тло), као и објекти изграђени од материјала који не обезбеђују трајност и сигурност, добиће решење о рушењу. Такође, за озакоњење нису погодни ни објекти који су изграђени на површинама јавне намене или на земљишту на коме је предвиђено да се изграде објекти јавне намене, објекти изграђени у зонама заштите природног или културног добра, зонама санитарне заштите изворишта водоснабдевања, објекти изграђени у војним комплексима и др.

Један од услова који објекат мора да испуњава како би могао бити предмет озакоњења јесте и то се налази на сателитском снимку територије Републике Србије из 2015. године. Дакле, сви објекти који су изграђени након 27. новембра 2015. године¹⁰ без грађевинске дозволе или решења о одобрењу извођења радова не могу бити озакоњени и на њих се не односи Закон о озакоњењу, већ Закон о планирању и изградњи,¹¹ на основу кога надлежни грађевински инспектор доноси решење о рушењу.

Такође, објекат мора бити у сагласности са важећим планским документом у погледу намене и спратности.

IV. Поступак озакоњења

Сходно Закону о озакоњењу захтев за озакоњење је било могуће поднети до 29. јануара 2016. године, односно сматра се да је захтев поднет уколико је објекат видљив на сателитском снимку територије Републике Србије из 2015. године. Провера видљивости на сателитском снимку обавезна је за све објекте који су предмет озакоњења. Проверу постојања објекта на сателитском снимку врши орган надлежан за послове озакоњења, а сателитски снимак мора бити доступан на увид грађанима у електронском облику.

⁹ ЗОО, чл. 3 ст. 2.

¹⁰ Закон о озакоњењу објеката, *Службени гласник РС*, бр. 96/2015, ступио је на снагу 27. новембра 2015. године.

¹¹ Закон о планирању и изградњи – ЗПИ, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009, 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 – др. закон, 9/2020 и 52/2021.

Изменама закона из 2018. године поступак озакоњења почиње када орган надлежан за послове државног премера и катастра достави обавештење о видљивости објекта на сателитском снимку органу надлежном за послове озакоњења. Након покретања поступка, надлежни орган испитује испуњеност услова за озакоњење.

У оквиру техничке документације прибавља се извештај о затеченом стању објекта, као први корак поступка. Саставни део извештаја о затеченом стању је степен изграђености објекта. Надлежни орган, као претходно питање, испитује да ли је незаконито изграђен објекат био предмет легализације, у складу са раније важећи прописима и да ли је донето решење којим се одбија захтев за легализацију, а које је правноснажно у управном поступку. По утврђењу испуњености претходних услова, утврђује се постојање правног основа власника незаконито изграђеног објекта, доставља се елаборат изведених радова и након плаћања такси, доноси се решење о озакоњењу, чиме бесправан објекат постаје легалан.

Од документације која је потребна за озакоњење објекта, неопходно је приложити и доказ о одговарајућем праву на земљишту или објекту. Одговарајућим правом на земљишту или објекту сматра се правноснажна судска пресуда којом је утврђено право својине на земљишту (за објекат изграђен на земљишту у својини другог лица); уговор о преносу права коришћења, односно куповини земљишта, као и други уговори којима је вршено располагање земљиштем (за објекат изграђен на грађевинском земљишту); уговор о куповини објекта или куповини објекта у изградњи; уговор о суинвестирању изградње објекта; акт министарства надлежног за послове одбране о додели „нужног смештаја”; правноснажно решење о наслеђивању; правноснажно решење о статусној промени привредног друштва, из кога се на неспоран начин може утврдити правни континуитет подносиоца захтева, односно власника незаконито изграђеног објекта; сви други правни послови на основу којих се на несумњив начин може утврдити правни континуитет промета земљишта, објекта, односно посебног дела објекта.

Када је предмет озакоњења надзиђивање, претварање заједничких просторија зграде у стан или пословни простор или припајање заједничких просторија суседном стану, као доказ о одговарајућем праву доставља се извод из листа непокретности за зграду и све посебне делове зграде и доказ о регулисању међусобних односа између власника незаконито изграђеног објекта и скупштине стамбене заједнице.

Уколико је објекат изграђен на земљишту на коме постоји право сусвојине, као доказ о одређеном праву доставља се и писмена саглас-

ност свих сувласника. Закон је у овом случају предвидео и ситуацију да уколико је сувласник знао или могао знати за изградњу објекта, односно извођење радова који су предмет озакоњења, али се у време изградње није томе противио, сматраће се да постоји сагласност за озакоњење, те се у том случају не доставља писмена сагласност. Међутим, Уставни суд је ову одредбу прогласио неуставном,¹² након чега је она престала да важи.

Када надлежни орган утврди да су испуњени услови за озакоњење, а пре доношења решења о озакоњењу, власник незаконито изграђеног објекта доставља доказ да је за свој објекат поднео пријаву за утврђивање пореза на имовину.

По достављању доказа о поднетој пореској пријави, надлежни орган обавештава подносиоца захтева о висини таксе за озакоњење. Висина таксе зависи од намене и површине објекта за озакоњење и одређује је надлежни орган у поступку озакоњења.¹³ Законом је прописано да за незаконито изграђене објекте корисне површине до 100 м² такса за озакоњење износи 5.000 динара. Након што власник објекта достави доказ о плаћеној такси за озакоњење, надлежни орган издаје решење о озакоњењу.

Као једна од олакшица уведена новим законом, јесте обавеза органа надлежног за озакоњење да по службеној дужности проследи решење о озакоњењу катастру непокретности, који право својине на објекту уписује у јавну евиденцију. Орган надлежан за озакоњење, по службеној дужности, у року од 3 дана од дана правноснажности решења о озакоњењу, доставља елаборат геодетских радова и примерак правноснажног решења о озакоњењу органу надлежном за послове државног премера и катастра, као и предлог за брисане забележбе забране отуђења. Орган надлежан за послове државног премера и катастра доноси решење о кућном броју и врши упис права својине на објекту, односно посебним деловима објекта.

V. Дејства забележбе забране отуђења

Самосталним чланом 28 ЗОО¹⁴ прописана је обавеза надлежног органа да у року од 6 месеци од ступања на снагу овог закона достави

¹² Одлука Уставног суда бр. IUZ-316/2015, *Службени гласник РС*, бр. 81/20.

¹³ ЗОО, чл 33.

¹⁴ Закон о изменама и допунама Закона о озакоњењу објеката, *Службени гласник РС*, бр. 83/18.

надлежној служби за послове државног премера и катастра потврду да је објекат у поступку озакоњења, како би се уписала забележба забране отуђења ових објеката.

Чланом 38 ЗОО¹⁵ прописана је обавеза уписа забележбе забране отуђења и за оне објекте за које је донето решење којим се одбацује или одбија захтев за озакоњење. Са друге стране, Закон о планирању и изградњи прописује забрану отуђења за објекте који су изграђени након ступања на снагу Закона о озакоњењу¹⁶ без решења о грађевинској дозволи или решења о одобрењу извођења радова.

Забрана отуђења у закон је унета тек изменама из 2018. године и најснажнији је подстицај до сада за власнике да своје објекте озакоње, будући да су онемогућени да продају своје непокретности све док се поступак озакоњења не заврши. Јавни бележници одбијају солемнизацију уговора о купопродаји непокретности које су у поступку озакоњења, упркос томе што је ова одредба у потпуној супротности са Законом о промету непокретности¹⁷ који прописује да је јавни бележник овлашћен да одбије оверу уговора о купопродаји непокретности која је у поступку озакоњења само ако се уговорне стране противе уношењу упозорења о овој чињеници у уговор.

VI. Уместо закључка

Јасно је да је притисак на државу да убрза завршетак поступка озакоњења све већи, будући да је одређен рок од 5 година, дакле до 2023. године, у оквиру кога започети поступци озакоњења морају бити окончани; у супротном ће се донети решење којим се захтев за озакоњење одбија, након чега се приступа рушењу. Крај рока се ближи, а чини се да надлежни органи у поступку озакоњења не напредују ни за педаљ.

Држава је деценијама затварала очи на бесправну градњу, а сада под притиском покушава рестриктивним мерама да исправи пропусте и неправде нанете грађанима. Закон којим се гасе пожари из прошлости не може бити оличење правичности, нити морални компас будућим нараштајима, те се о његовој (не)правичности може само теоријски расправљати. Међутим, упркос критикама и очигледним недостацима, од овог закона се много очекује. Време ће показати да ли су та очекивања

¹⁵ ЗОО, чл. 38 ст. 5.

¹⁶ ЗПИ, самостални чл. 106.

¹⁷ Чл. 4а Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/14, 121/14 и 6/15.

оправдана и да ли ће се најлибералнији међу легализацијским законима изборити са вишедеценијским проблемом бесправне градње или ће ући у историју са својим претходницима који су то само покушали.

Marija M. Pešović
attorney at law in Belgrade

THE LEGALIZATION OF BUILDINGS

Summary:

The legalization of buildings is always a topical issue of great importance, both for the citizens and for the state itself. The reasons that justify the emergence of this phenomenon lie in the political and social circumstances that prevailed at the end of the twentieth century in our region. The motives of individuals are different, and what they all have in common is the lack of adequate sanctions by the state. In the past, the government tried to solve the issue of illegal construction by passing several laws that regulated this matter, but the effects of all those laws were modest. In this text, the author analyzes the current legal regulations in the field of legalization of buildings and their application in practice.

Key words: legalization of buildings, illegal buildings, illegal construction, construction permit, usage permit.

UDK 347.775(497.11)

Владимир Уршич

мастер права

адвокат у Београду

ПОСЛОВНА ТАЈНА (*KNOW-HOW*) У ПРАВУ СРБИЈЕ

Сажетак:

Последњих деценија сведоци смо убрзаног развоја технологије и све веће глобалне трговинске размене робе. Информације, технологија и роба данас стижу у сваки кутак света. Због тога, компаније све више поједина своја техничка знања и искуства, искуства из области финансијског пословања, итд. морају да чувају као пословну тајну (*know-how*). Пословна тајна ствара конкурентску предност на тржишту, све док подаци који су њом обухваћени остану тајни. Рад се бави заштитом пословне тајне у праву Србије.

Кључне речи: пословна тајна, информација, држалац пословне тајне, повреда пословне тајне, заштита пословне тајне

І. Увод

Пословна тајна је у нашем праву регулисана Законом о заштити пословне тајне.¹ У свету и код нас се за овај институт користи англосаксонски термин *know-how* („знати како“). Термин *know-how* се не преводи на друге језике, већ се у оригиналу користи у правном и пословном језику. Пословна тајна спада у право интелектуалне својине.

По члану 2 став 1 тачка 1 Закона о заштити пословне тајне пословном тајном се сматрају информације које испуњавају следеће услове:

- 1) да представљају тајну јер нису у целини или у погледу структуре и скупа њихових саставних делова опште познате или лако доступне лицима која у оквиру својих активности уобичајено долазе у контакт са таквом врстом информација;
- 2) да имају комерцијалну вредност јер представљају тајну;
- 3) да је лице које их законито контролише у датим околностима предузело разумне мере како би сачувало њихову тајност.

¹ Закон о заштити пословне тајне, *Службени гласник РС*, бр. 53/ 2021.

Информације из ове законске одредбе обухватају знање и искуство, технолошке информације, пословне информације, итд. Разумним мерама за очување тајности информација сматрају се мере физичке или електронске заштите приступа и руковања пословном тајном, означавање докумената ознаком „пословна тајна” или сличном ознаком, итд.²

Осврнућемо се на овом месту и на друге појмове које користи Закон о заштити пословне тајне:

- 1) држалац пословне тајне је физичко и правно лице под чијом је законитом контролом пословна тајна;
- 2) лице које је повредило пословну тајну је физичко или правно лице које је незаконито прибавило, користило или открило пословну тајну;
- 3) лице за које се сумња да је повредило пословну тајну је физичко или правно лице за које се сумња да је незаконито прибавило, користило или открило пословну тајну;
- 4) роба којом је извршена повреда је роба чији су начин функционисања, дизајн, карактеристике, итд. у значајној мери остварени захваљујући пословној тајни која је незаконито прибављена, коришћена или откривена.³

Пошто је пословна тајна корисна пословна информација која није доступна заинтересованим лицима, њени битни елементи су: информација, пословни карактер информације, корисност информације и тајност.

Информација је нематеријално добро. То значи да се она мора разликовати од свог телесног носача или другог материјалног облика обавештавања. Пословна тајна као информација има својство да се може саопштити другоме на начин да стицалац може да је примени. Тиме се пословна тајна разликује од вештине и талента појединца, који нису одвојиви од личности и стога су непреносиви.

Пословни карактер информације значи да се пословна тајна односи на информацију која је значајна за привредно пословање и конкурентски положај њеног корисника. Стога, информацијом се сматрају финансијски, технолошки, производни и други подаци, студије, тестови, резултати истраживања, укључујући формулу, цртеж, план, пројекат, код, итд.

Корисност информације је главни разлог због којег она има својство пословне тајне. Онај ко жели да користи пословну тајну очекује да тиме

² Закона о заштити пословне тајне, чл. 3 ст. 2 и 3.

³ Закона о заштити пословне тајне, чл. 2 ст. 2 тач. 2, 3, 4 и 5.

унапреди своје пословање, очува или ојача свој конкурентски положај. Отуда, корисност информације је разлог за њено чување у тајности, са једне стране, и жеља других да је сазнају, са друге стране.

Тајност значи недоступност информације заинтересованим лицима. Међутим, не може се увек говорити о апсолутној тајности. Често једну тајну информацију зна више међусобно независних лица. Исто тако, информација је такве природе да би заинтересовани субјект могао и сопственим истраживачким радом да дође до ње. Стога, кад се говори о пословној тајни, сматра се да је довољно да информација није без знатних тешкоћа доступна заинтересованим лицима. Зато, ималац тајне информације предузима одговарајуће правне и фактичке мере у циљу чувања тајности. Ефикасност ових мера је важна, јер објављивање тајне значи престанак тајности.⁴

У правној теорији постоје два схватања у погледу подручја примене пословне тајне. По једном схватању, пословна тајна представља скуп техничких знања и искуства која се могу употребити у индустријској или некој другој производњи. По овом схватању, само *know-how* који обухвата знања и искуства техничке природе, примењив у индустријској или другој производњи, сматра се пословном тајном у смислу права индустријске својине.

Друго схватање, које је ново, сматра да у пословну тајну спада, поред техничког знања и искуства, и знања и искуства из области организације финансијског пословања, комерцијалног пословања, испитивање и обрада тржишта, итд. Ово схватање је прихваћено у једном делу теорије и пословне праксе западноевропских држава и САД.⁵

Know-how се разликује од појма *good-will*, који је књиговодствени појам. *Good-will* је нематеријално добро чија вредност прелази такозвану књиговодствену нето вредност капитала предузећа, а која се може остварити приликом купопродаје правног лица. Тиме, *good-will* једног предузећа обухвата права интелектуалне својине заштићене на име тог предузећа, *know-how* које предузеће поседује, високо специјализовану и образовану радну снагу запослену у предузећу, пословни углед на домаћем и страном тржишту и репутацију код потрошача.⁶

⁴ Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, 306.

⁵ Весна Бесаровић, *Интелектуална својина*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, 2005, 118.

⁶ *Ibid.*, стр. 116.

II. Прибављање, коришћење и откривање пословне тајне

1. Законито прибављање, коришћење и откривање пословне тајне

Према члану 3 Закона о заштити пословне тајне, прибављање пословне тајне се сматра законитим ако је пословна тајна прибављена на један од следећих начина:

- 1) независним открићем или стварањем;
- 2) посматрањем, проучавањем, растављањем или тестирањем производа или предмета који је учињен доступним јавности или који је законито у државини прибавиоца информације („обрнути инжењеринг“), који није везан правно важећом обавезом да ограничи прибављање пословне тајне или који није везан правно важећом обавезом забране вршења обрнутог инжењеринга;
- 3) остваривањем права запослених или представника запослених на информисање и консултовање у складу са посебним прописима;
- 4) другом радњом која је у околностима конкретног случаја у складу са добрим пословним обичајима.

2. Незаконито прибављање, коришћење и откривање пословне тајне

Прибављање пословне тајне без сагласности држаоца пословне тајне сматра се, по члану 4 Закона о заштити пословне тајне, незаконитим ако је учињено на следећи начин:

- 1) неовлашћеним приступом, присвајањем или умножавањем докумената, предмета, материјала, супстанци или електронских датотека који су под законитом контролом држаоца пословне тајне, а садрже пословну тајну или се пословна тајна из њих може извести, или
- 2) другим поступањем за које се, у датим околностима, сматра да је у супротности са добрим пословним обичајима.

Коришћење или откривање пословне тајне сматра се незаконитим ако га без сагласности држаоца пословне тајне врши лице за које се установи да је:

- 1) пословну тајну прибавио незаконито;

- 2) прекршило споразум о поверљивости или другу обавезу која се односи на забрану откривања пословне тајне;
- 3) прекршио уговорну или другу обавезу којом се ограничава коришћење пословне тајне.

Прибављање, коришћење или откривање пословне тајне сматра се незаконитим ако је лице у тренутку прибављања, коришћења или откривања знало или је у датим околностима морало да зна да је пословна тајна прибављена директно или индиректно од другог лица које је пословну тајну незаконито користило или открило. Као незаконито коришћење пословне тајне сматра се и производња, нуђење или стављање у промет робе којом је извршена повреда, затим увоз, извоз или складиштење робе којом се врши повреда, у сврхе производње, нуђења или стављања робе у промет, ако је лице које је обављало ове активности знало или је у датим околностима морало да зна да је пословна тајна коришћена незаконито.

3. Начин законитог прибављања пословне тајне

Пословна тајна је предмет фактичког (економског) промета. С обзиром да је овај фактички промет најчешће праћен уговором о условима под којима се пословна тајна саопштава, то не значи да стицалац тајне постаје правни следбеник преносиоца тајне. Овај уговор садржи одредбе о износу накнаде за саопштавање тајне, територијална, временска, предметна и садржинска ограничења у погледу коришћења пословне тајне од стране стицаоца и обавезу обе уговорне стране да чувају тајну. Реч је о уговору који производи само облигационоправне последице. Стога, ако користи тајну изван уговорних ограничења, стицалац тајне тиме само крши своје уговорне обавезе.⁷

У сложеним уговорима о трансферу технологије се, по правилу, другом лицу уступа право на коришћење патентираног проналаска уз истовремено преношење пословне тајне у виду необјављених техничких информација. Такав уговор има правну природу уговора о лиценци патентираног проналаска, комбинованог са елементима уговора о преносу пословне тајне.⁸

⁷ С. Марковић, Д. Поповић, 308.

⁸ *Ibid.*

III Заштита пословне тајне

1. Тужба због повреде пословне тајне и рок за подношење тужбе

У случају повреде пословне тајне држалац пословне тајне може тужбом захтевати (члан 5 Закона о заштити пословне тајне):

- 1) утврђивање повреде;
- 2) престанак повреде или у зависности од случаја забрану коришћења или откривања пословне тајне;
- 3) забрану производње, нуђења, стављања у промет или коришћења робе којом је извршена повреда и забрану увоза, извоза или складиштења робе којом је извршена повреда у сврхе производње, нуђења, стављања у промет или коришћења робе;
- 4) одређивање мера које се односе на робу којом је извршена повреда, као што су повлачење такве робе са тржишта, уништење робе којом је извршена повреда, итд. које се објављују о трошку лица који је повредио пословну тајну, осим ако суд не одреди другачије;
- 5) уништење у целини или делимично докумената, предмета, материјала, супстанци или електронских докумената који садрже пословну тајну или који сами представљају пословну тајну, о трошку лица које је повредило пословну тајну, осим ако суд не одреди другачије, или предају тужиоцу тих докумената, предмета, материјала, супстанци или електронских докумената у целини или делимично. Код повлачења робе са тржишта, тужилац може да захтева да се роба преда држаоцу пословне тајне или добротворним организацијама.

Тужба може да се поднесе и против посредника који пружа услуге које треће лице користи у радњама којима незаконито прибавља, користи или открива пословну тајну или чије предузимање представља непосредну претњу за незаконито прибављање, коришћење или откривање пословне тајне. Осим држаоца пословне тајне, тужбу може поднети и стицалац лиценце, ако је на то овлашћен на основу уговора или закона.

Тужба због повреде пословне тајне се, према члану 6 Закона, подноси у року од годину дана од дана кад је тужилац сазнао за повреду и лице за које се сумња да је повредило пословну тајну, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде или од дана учињене последње повреде ако се повреда врши континуирано. Поступак по овој тужби је хитан.

2. Одлучивање о тужбеним захтевима

Приликом одлучивања о тужбеном захтеву суд, како је одређено чланом 7 Закона о заштити пословне тајне, води рачуна да мере буду у сразмери са природом и интензитетом повреде, при чему води рачуна о посебним околностима случаја, које могу обухватити:

- 1) вредност и друге карактеристике пословне тајне;
- 2) мере предузете ради заштите пословне тајне;
- 3) понашање лица које је повредило пословну тајну приликом прибављања, коришћења или откривања пословне тајне;
- 4) последице незаконитог коришћења или откривања пословне тајне;
- 5) оправдане интересе странака и последице које би усвајање или одбијање тужбеног захтева могло да има по њих;
- 6) оправдане интересе трећих лица;
- 7) јавни интерес;
- 8) заштиту основних права.

Ако суд ограничи трајање мера наложених на основу тужбених захтева, то трајање мора бити довољно за уклањање сваке трговинске или привредне предности коју би лице које је повредило пословну тајну могло да оствари незаконитим прибављањем, коришћењем или откривањем пословне тајне.

Суд може, на захтев лица које је повредило пословну тајну, према околностима конкретног случаја, уместо мера наложених на основу тужбеног захтева (из чана 5 Закона), наложити плаћање новчане накнаде оштећеној странци, ако су испуњени услови:

- 1) да лице које повредило пословну тајну у тренутку коришћења или откривања пословне тајне није знало, нити је у датим околностима морало да зна да је пословна тајна прибављена од другог лица које је пословну тајну незаконито користио или открио;
- 2) да би извршењем мера (из члана 5) била нанета несразмерна штета лицу које је повредило пословну тајну.

Ако уместо мера наложених на основу тужбених захтева суд досуди плаћање новчане накнаде, она не сме да премаши износ накнаде који би лице које је повредило пословну тајну платило да је законито користило пословну тајну за временски период у коме коришћење пословне тајне није било дозвољено.

3. Накнада штете

Закон о заштити пословне тајне уређује, у члану 8, и питање накнаде штете због повреде пословне тајне, Против лица које је повредило пословну тајну, а знало је или морало да зна да учествује у незаконитом прибављању, коришћењу или откривању пословне тајне, држалац пословне тајне или стицалац лиценце може тужбом да захтева накнаду штете. Држалац пословне тајне или стицалац лиценце има право на накнаду нематеријалне штете која је проузрокована незаконитим прибављањем, коришћењем или откривањем пословне тајне. Ако суд не може да утврди висину накнаде штете, узеће у обзир висину накнаде коју би лице које је повредило пословну тајну платило за законито коришћење пословне тајне.

4. Објављивање пресуде

Држалац пословне тајне може тужбом захтевати да правоснажна пресуда којом су у целини или делимично усвојени тужбени захтеви буде објављена у целини или делимично у средствима јавног информисања о трошку туженог (члан 9 Закона о заштити пословне тајне). Ако суд одлучи да се објави само део пресуде, у границама тужбеног захтева ће одредити да се објави изрека и део пресуде из ког је видљиво каква је повреда учињена.

Приликом доношења одлуке да ли ће одредити меру објављивања пресуде и процењивања њене сразмере према учињеној повреди суд узима у обзир вредност пословне тајне, поступање лица које је повредило пословну тајну приликом прибављања, коришћења или откривања пословне тајне, итд. Објављивање пресуде мора бити учињено на начин да се очува поверљивост пословне тајне.

5. Привремене мере

На предлог држаоца пословне тајне који учини вероватним да пословна тајна постоји, да је он држалац пословне тајне и да је дошло или ће доћи до незаконитог прибављања, коришћења или откривања пословне тајне суд може (према члану 10 Закона о заштити пословне тајне) да одреди привремену меру:

- 1) престанка или забране коришћења или откривања пословне тајне;
- 2) забрана производње, нуђења, стављање у промет или коришћење робе којом је извршена повреда или забрана увоза, извоза или

складиштења робе којом је извршена повреда у сврхе производње, нуђења, стављања у промет или коришћења робе;

- 3) одузимања робе за коју се сумња да је њом извршена повреда, укључујући и увезену робу, како би се спречило њено стављање у промет.

Уместо ових мера, суд може да дозволи лицу за које се сумња да је повредило пословну тајну да настави да користи пословну тајну под условом да положи јемство ради осигурања накнаде штете држаоцу пословне тајне. Полагањем јемства не стиче се право на откривање пословне тајне другима. Привремену меру престанка или забране коришћења или откривања пословне тајне суд може да одреди и против посредника чије услуге користе трећа лица да би незаконито прибавила, користила или открила пословну тајну.

На предлог држаоца пословне тајне који учини вероватним да је пословна тајна незаконито прибављена, коришћена или откривена у обављању делатности, ради прибављања привредне или економске користи, те да му због такве повреде прети ненадокнадива штета, суд може да одреди и:

- 1) заплону покретних и непокретних ствари од лица против кога се предлаже одређивање привремене мере;
- 2) забрану исплате новчаних средстава са рачуна лица против кога се предлаже одређивање привремене мере.

Ради одређивања привремених мера, суд може да наложи достављање банкарских, финансијских, пословних или других докумената и података или да наложи да се омогући приступ тим документима и подацима. Суд је дужан да обезбеди чување тајности ових података. Суд може да одреди привремену меру одмах по пријему предлога за одређивање привремене мере и без претходног изјашњења противне странке, а нарочито ако постоји опасност да због одлагања предлагач претрпи ненадокнадиву штету. Решење којим је одређена привремена мера се доставља странкама у поступку без одлагања, а најкасније по спровођењу мере.

6. Укидање привремене мере и накнаде штете

Ова материја уређена је у члану 11 Закона о заштити пословне тајне.

Ако је привремена мера одређена пре покретања парничног поступка, тужба за покретање поступка због повреде пословне тајне мора се поднети у року од 30 дана од дана достављања решења о одређивању

привремене мере. Ако тужба не буде поднета у том року, суд ће на предлог лица против кога је привремена мера одређена обуставити поступак и укинути спроведене радње. Ако је привремена мера одређена без изјашњења противне странке, суд ће одредити рок да се противна странка изјасни о привременој мери, након чега може обуставити поступак и укинути спроведене радње или изменити меру која је одређена.

Ако поступак буде обустављен и спроведене радње буду укинуте или ако суд утврди да повреда права није учињена или да није постојала озбиљна претња да ће право бити повређено, лице против кога је одређена привремена мера има право на накнаду штете која му је нанета привременом мером. Суд може да услови одређивање привремене мере полагањем јемства као средства обезбеђења за штету која би лицу против кога се привремена мера предлаже могла бити нанета одређивањем и спровођењем привремене мере.

7. Прибављање доказа

Када се странка у парничном поступку позива на исправе или друге доказе и тврди да се они налазе у државини друге странке или трећег лица или су им доступни, суд ће та лица позвати да у одређеном року поднесу исправе или друге доказе, под условом да поверљиве информације буду заштићене. У предлогу за прибављање доказа странка мора учинити вероватним да се ти докази налазе код друге странке или трећег лица или да су им доступни. У случају да је право повређено у обављању привредне делатности, на предлог странке која се позива на доказе који се налазе у државини друге странке или трећег лица или су им доступни, суд ће позвати другу странку или треће лице да достави банкарске, финансијске и пословне документе који се налазе у њиховој државини или који су им доступни, под условом да поверљиве информације буду заштићене. Ова питања су уређена чланом 12 Закона о заштити пословне тајне.

8. Обезбеђење доказа

Наредни чланови Закона о заштити пословне тајне (чланови 13 и 14) даље разрађују материју прибављања доказа одредбама о обезбеђењу доказа.

На предлог држаоца пословне тајне који учини вероватним да пословна тајна постоји, да је он држалац пословне тајне и да је дошло или ће доћи до незаконитог прибављања, коришћења или откривања по-

словне тајне, суд може пре покретања и у току парничног поступка да одреди обезбеђење доказа, под условом да поверљиве информације буду заштићене.

Обезбеђењем доказа се сматра:

- 1) узимање детаљног описа предмета којима се повређује пословна тајна, са или без узимања узорака тих предмета;
- 2) одузимање предмета или дела предмета којима се повређује пословна тајна, а ако је то оправдано, одузимање докумената, материјала и предмета претежно употребљених у стварању или стављању у промет предмета којима се повређује пословна тајна;
- 3) преглед просторија, возила, књига, докумената и база података;
- 4) испитивање сведока и судских вештака.

Када је обезбеђење доказа одређено пре покретања парничног поступка, тужба због повреде пословне тајне се мора поднети у року од 30 дана од дана достављања решења којим се усваја предлог за обезбеђење доказа. Лицу од кога се докази прикупљају судско решење којим се усваја предлог за обезбеђење доказа доставља се у тренутку прикупљања доказа.

Одсутном лицу се достављање врши на следећи начин: у случају неуспешног достављања, суд ће позвати странку путем огласне табле да у року од осам дана од дана објављивања позива непосредно у суду предузме поднесак или одлуку. Ако у року од осам дана странка не предузме поднесак или одлуку, сматраће се да је достављање извршено истеком осмог дана од дана објављивања позива за преузимање поднеска или одлуке на огласној табли суда.⁹

Суд може одредити обезбеђење доказа одмах по пријему предлога за обезбеђење доказа и без изјашњења противне странке, а нарочито ако постоји опасност да због одлагања предлагач претрпи ненадокнадиву штету или да неки доказ неће моћи да се изведе или да ће његово касније извођење бити отежано. Решење којим се усваја предлог за обезбеђење доказа доставиће се странкама у поступку без одлагања.

Ако тужба због повреде пословне тајне не буде поднета у року од 30 дана од дана достављања решења којим се усваја предлог за обезбеђење доказа, суд ће на предлог лица од кога се докази прибављају обуставити поступак и укинути спроведене радње. Ако је обезбеђење доказа одређено без изјашњења противне странке, суд ће одредити рок да се та странка изјасни о решењу којим се усваја предлог за обезбеђење доказа, након

⁹ Закон о заштити пословне тајне, чл. 16 ст. 2 и 3.

чега може да обустави поступак и укине спроведене радње или да измени одређено обезбеђење доказа.

Ако поступак буде обустављен и спроведене радње буду укинуте или ако суд утврди да повреда права није учињена или да није постојала озбиљна претња да ће право бити повређено, странка против које је одређено обезбеђење доказа има право на накнаду штете која јој је нанета обезбеђењем доказа. Суд може условити усвајање предлога за обезбеђење доказа полагањем јемства као средства обезбеђења за штету која би противној странци могла бити нанета обезбеђењем доказа.

9. Обавеза пружања информација

Суд може, на оправдан захтев лица чије је право повређено, да наложи лицу које је повредило пословну тајну да пружи информације о трећим лицима која су учествовала у повреди пословне тајне и о њиховим дистрибутивним каналима или да преда документе који су у вези са повредом пословне тајне (члан 15 Закона о заштити пословне тајне).

Осим лица које је повредило пословну тајну, пружање информација и предају докумената суд може наложити и лицу:

- 1) код кога је пронађена роба којом се у обављању привредне делатности повређује пословна тајна;
- 2) које у обављању привредне делатности користи услуге којима се повређује пословна тајна;
- 3) које у обављању привредне делатности пружа услуге које се користе у активностима којима се повређује пословна тајна;
- 4) које је наведено као лице укључено у производњу или дистрибуцију роба или пружању услуга којима се повређује пословна тајна.

Под информацијама сматрају се нарочито:

- 1) подаци о произвођачима, дистрибутерима, добављачима и другим лицима која су била укључена у производњу или дистрибуцију робе или пружања услуга, као и продавцима којима је роба намењена;
- 2) подаци о количинама произведене, испоручене или наручене робе или услуга, као и о ценама наплаћеним за ту робу или услуге.

Ако ова лица из оправданих разлога не поступе по налогу суда и не пруже тражене информације или не предају документе, неће одговорати за штету која на тај начин настане.

10. Изузеци

Закон о заштити пословне тајне предвиђа и изузетке од примене напред наведених мера у следећим случајевима (члан 17):

- 1) ради остваривања права на слободу изражавања и обавештавања, у складу са Уставом Републике Србије, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и пресудама Европског суда за људска права, Повељом Европске уније о основним правима, законом којим се уређује право на приступ информација од јавног значаја и законом којим се уређују јавно информисање и медији, а у складу са слободом и разноврсношћу медија.¹⁰
- 2) ради откривања кажњивих дела и других незаконитих радњи, под условом да је лице које је прибавило, користило или открило пословну тајну деловало у сврху заштите јавног интереса;
- 3) ради откривања пословне тајне од стране запослених њиховим представницима у оквиру законитог вршења функције представника, под условом да је откривање пословне тајне било неопходно за законито вршење функције представника;
- 4) у циљу заштите права признатих посебним законима; или
- 5) у вези са пружањем правне помоћи адвоката у складу са прописима којима се уређује положај адвокатуре.

11. Очување тајности у судском поступку

Питањима очувања тајности у судском поступку посвећене су одредбе члана 19 Закона о заштити пословне тајне.

Странке, њихови адвокати, судски службеници, сведоци, судски вештаци и друга лица која учествују у судском поступку због незаконитог прибављања, коришћења или откривања пословне тајне или која имају приступ документима који су саставни део судског поступка, не смеју користити или открити пословну тајну или информацију која може да представља пословну тајну коју је суд, на образложен захтев странке утврдио као поверљиву и за коју су та лица сазнала због учествовања у судском поступку. Ова лица су дужна да чувају пословну тајну и након окончања судског поступка.

Обавеза чувања пословне тајне престаје:

¹⁰ По чл. 23 ст. 1 Закона о заштити пословне тајне, одредбе чл. 17 тач. 1, које се односе на примену прописа Европске уније, примењиваће се код нас од дана приступања Републике Србије Европској унији.

- 1) ако се правоснажном одлуком суда утврди да информација која може да представља пословну тајну не испуњава услове да се штити као пословна тајна; или
- 2) ако информације које чине пословну тајну током времена постану опште познате или лако доступне лицима која се уобичајено баве том врстом информација.

Суд на образложен захтев странке може да одреди посебне мере за очување тајности пословне тајне или информације која може да представља пословну тајну која се користи или на коју се упућује у току поступка који се односи на незаконито прибављање, коришћење или откривање пословне тајне. Ове мере су:

- 1) искључење јавности из целог судског поступка или дела поступка;
- 2) ограничење броја лица која имају, у целини или делимично, приступ документима које су поднеле странке у поступку или трећа лица, а који садрже пословну тајну или информацију која може да представља пословну тајну. Суд ће упозорити лица којима је дозволио приступ документима на обавезу чувања тајности података;
- 3) ограничење броја лица која присуствују рочиштима на којима би се пословна тајна или информација која може да представља пословну тајну могла открити и ограничење приступа записнику са тих рочишта;
- 4) забрана да се судска одлука, у којој одломци који садрже пословну тајну нису уклоњени или учињени нечитљивим, учини доступном трећим лицима.

Приликом одлучивања о овим мерама и процене њихове оправданости, суд узима у обзир потребу да се обезбеди право странака на стручну помоћ и на правично суђење, оправдане интересе странака и трећих лица и могућност настанка штете за једну од странака или треће лице, која ми могла настати због одређивања или неодређивања тих мера.

12. Права страних лица на заштиту пословне тајне

Према члану 20 Закона о заштити пословне тајне, стране физичко и правно лице у погледу заштите пословне тајне ужива иста права као и домаће физичко и правно лице, ако то произлази из међународних уговора који се примењују у Републици Србији или из начела узајамности. Постојање узајамности доказује лице које се на узајамност позива.

13. Казнене одредбе

Казнене одредбе садржи члан 21 Закона о заштити пословне тајне.

Правно лице које незаконито прибави, користи или открије пословну тајну казниће се за привредни преступ новчаном казном од 100.000 динара до 3.000.000 динара. Одговорно лице у правном лицу које незаконито прибави, користи или открије пословну тајну казниће се за привредни преступ новчаном казном од 50.000 динара до 200.000 динара.

Предузетник који незаконито прибави, користи или открије пословну тајну казниће се за прекршај новчаном казном од 50.000 динара до 500.000 динара. Физичко лице које незаконито прибави, користи или открије пословну тајну казниће се за прекршај новчаном казном од 20.000 динара до 150.000 динара.

Предмети извршења привредног преступа или прекршаја биће одузети и уништени, а предмети који су били употребљени за извршење привредног преступа или прекршаја биће одузети.

IV. Закључак

Пословна тајна (*know-how*) је специфично право интелектуалне својине. Њена специфичност је у томе што се пословном тајном штити тајна информација. Ималац пословне тајне предузима одговарајуће правне и фактичке мере у циљу очувања тајности. Ефикасност ових мера је од значаја за пословну тајну, јер сазнање за тајну информацију доводи до губитка тајности информације.

Однос пословне тајне и других права интелектуалне својине је такође специфичан. Већина права интелектуалне својине (као што су ауторска права, сродна права, жигови, дизајн, итд.) не могу бити предмет заштите путем пословне тајне. Разлог томе је што почетак привредног коришћења ових интелектуалних добара подразумева њихово објављивање.

Нови проналасци могу, поред заштите путем патента, бити заштићени и путем пословне тајне. Међутим, код нових проналазака постоји дилема да ли их заштитити путем патента или пословне тајне. Два су разлога за то. Прво, патентна заштита је скупа, подразумева објављивање тајне, ограничена је само на државе у којима постоји патент и траје ограничено време, док чување тајне не кошта ништа, нема рока трајања и делује у целом свету. Друго, тајна носи са собом ризик да буде откривена, после чега проналазак постаје слободно интелектуално добро, без заштите у целом свету.

Зато се у пракси често прибегава комбиновању патента и пословне тајне. Наиме, сложена нова технологија се рашчлани на патентбилни проналазак и пратећа техничка знања. Проналазак се заштити патентом, а пратећа техничка знања која не испуњавају услове за патентну заштиту се чувају као пословна тајна. Тиме се постиже двоструки ефекат заштите. Лице које је заинтересовано за коришћење овакве технологије, са једне стране мора да прибави лиценцу за патентирани проналазак, а са друге стране мора да прибави пословну тајну, како би проналазак могао ефикасно, економично и сигурно да користи.¹¹

Vladimir Uršič, LL.M.
attorney at law in Belgrade

KNOW-HOW IN SERBIAN LAW

Summary:

Over the last few decades, we witnessed accelerated development of technology and increasing global trade of goods. Today, information, technology and goods are reaching every corner of the globe. For that reason, companies are increasingly in the position of having to keep some of their technical knowledge and experiences, experiences from the field of financial operations, *etc.* as a know-how. Know-how creates a competitive advantage in the market as long as the data protected by it remain secret. The paper discusses protection of know-how in Serbian law.

Key words: know-how, information, know-how holder, violation of know-how, protection of know-how

¹¹ С. Марковић, Д. Поповић, 307.

UDK 349.22:331.108.6(497.11)

Бојдан Д. Тодоровић

адвокат у Београду
мастер права*

ПОЈАМ ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗАПОСЛЕНОГ

Сажетак:

У тексту пред читаоцима размотрена су, са теоријског аспекта, питања дисциплинске одговорности запосленог, те појам повреде радне обавезе и разграничења повреде радне обавезе од непоштовања радне дисциплине. Представљена је и материја правног режима дисциплинске одговорности у праву Републике Србије (правни оквир за уређивање дисциплинске одговорности запослених, основ дисциплинске одговорности, услови који се морају испунити да би дисциплинска одговорност постојала, разлози за искључење постојања одговорности за учињене повреде радних обавеза).

Кључне речи: запослени, дисциплинска одговорност, радна дисциплина, повреда радне обавезе, дисциплинско право, дисциплински поступак, радно право, радни односи

I. Опште о појму дисциплинске одговорности

Како питање дисциплинске одговорности није дефинисано на један општи, јединствени начин, већ је она дефинисана на различите начине од стране многих аутора, најпре треба указати на то да је област у праву која регулише питање дисциплинске одговорности запосленог област дисциплинског права.

Дисциплинско право је област у којој се искључиво регулише понашање запосленог на раду и у вези са радом, дакле радна дисциплина, као и дисциплински поступак у вези са наведеним.¹

* Мастер права у области Јавноправног модула, подмодул за Радно и социјално право, на Правном факултету Универзитета у Београду

¹ Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1967, 233.

Дисциплинска одговорност, уз грађанску, кривичну, прекршајну и друге облике, јесте лична одговорност, при чему наведени облици одговорности уједно представљају и облик правне одговорности под којом се подразумева подвргавање одговорног лица претпостављеном лицу и као таква има три функције: превентивну (да одврати од противзаконитог поступања), репресивну (да санкционише противправно поступање) и компензациону (да надокнади штету проузроковану противправним поступањем).² Дисциплинска одговорност, као посебна врста правне одговорности запосленог, претпоставља његово подвргавање дисциплинској мери за случај да учини скривљену повреду радне обавезе која је била унапред утврђена меродавним изворима права. Дакле, у конкретном случају, дисциплинска одговорност представља одговорност лица које предузима радњу која је незаконита и противправна, па самим тим према њему треба да се примени правна санкција.³

Као један од облика правне одговорности, дисциплинска одговорност представља одговорност запосленог за извршено дисциплинско дело. Треба имати у виду да је реч о једном од најосновнијих питања које је од заједничког интереса за све запослене.⁴ Дисциплинско дело је појам чији су битни елементи прописаност радне дисциплине, затим да је запослени извршилац повреде радне обавезе, да је оно извршено на раду или у вези са радом и да постоји кривица.⁵ Запослени бива обухваћен дисциплинском одговорношћу од момента заснивања радног односа, па све до његовог престанка. Као таква, она је унапред утврђена меродавним изворима права.

Основ на коме се заснива дисциплинска одговорност представља уговор о раду. Наиме, закључењем уговора послодавац и запослени, као уговорне стране, преузимају обавезу да своја права и обавезе извршавају *bona fidei*, тј. у доброј вери. С обзиром да је радни однос лични однос који се успоставља између запосленог и послодавца, дисциплинска одговорност запосленог произилази управо из његово личне подређености послодавцу, тј. из субординације као једног од обележја уговора о раду. Дакле, тамо где постоји субординација, постоји и дисциплинска одговорност; и обрнуто.

² Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: Radni odnosi* (I), Narodne novine, Zagreb, 1969, 578.

³ Ђорђе Лазин, „Кривично правна заштита радних односа”, у: Катица Бобар (ур.), *Одговорности у раду*, Глосаријум, Београд, 2004, 92.

⁴ Теодор Томић, „Дисциплинска и материјална одговорност радника у удруженом раду”, *Приредно правни приручник*, Београд, 1986, 10.

⁵ Душан Р. Паравина, *Радно право, Службени гласник*, Београд, 1998, 124.

Самим закључењем уговора о раду запослени ставља себе и своје радне способности на располагање послодавцу, а истовремено преузима обавезу да ради у име, за рачун и под влашћу послодавца.⁶ Субординација, односно правна подређеност запосленог према послодавцу, значи да је запослени дужан да своје радне обавезе извршава под влашћу и надзором послодавца, а послодавац контролише извршење радних обавеза, тј. понашање запосленог на раду и у вези са радом.⁷ Правна подређеност произилази из економске потребе запосленог која се заснива на подређености послодавцу, тј. његовим циљевима и захтевима радне дисциплине.⁸ Међутим, циљ саме подређености запосленог послодавцу јесте да запослени својим радом ствара добра за читаво друштво, а истовремено и за себе.⁹ Границе подређености запосленог послодавцу постављене су одредбама колективног уговора о раду чијим закључивањем се правилник о раду ставља на страну, тј. престаје да важи.¹⁰ Правна субординација представља битан елемент уговора о раду који закључују послодавац и запослени. Поред тога, обележја уговора о раду јесу и добровољност, тј. слобода рада која се заснива на слободном заснивању радног односа и слободи престанка истог, као и лично извршавање рада од стране запосленог за које он добија плату, тј. зараду која представља треће обележје уговора о раду.¹¹ Да би све наведено осликало однос запосленог и послодавца, потребно је и постојање специфичног режима који се успоставља непосредном и истовременом применом, тј. прожимањем норми приватног, јавног и међународног права.¹² То је кључна тачка која прави разлику између радно-правног режима и, на пример, облигационог односа који се такође успоставља између два лица.¹³

⁶ Љубинка Ковачевић, „Престанак радног односа као дисциплинска мера у општем режиму радних односа”, у Игњатовић Ђ. (ур.), *Казнена реакција у Србији*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 219.

⁷ Лидија Ђукић, „Отказ уговора о раду из дисциплинских разлога”, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, број 3/2007, 374.

⁸ Бранко Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалоју*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 22.

⁹ Мирослав Д. Миљковић, „Дисциплинска одговорност у радним односима СФРЈ”, докторска дисертација (необјављена), Ниш, 1965, 68.

¹⁰ Б. Лубарда (2013), 23.

¹¹ *Ibid.*, 19.

¹² *Ibid.*, стр. 36.

¹³ *Ibid.*

Као посебна врста правне одговорности, дисциплинска одговорност запосленог, како за повреду радне обавезе, тако и за непоштовање радне дисциплине, унапред је утврђена меродавним изворима права.

Дисциплинска одговорност запослених за повреде радних обавеза регулисана је изворима радног права, како хетерономним (закони, подзаконски општи акти), тако и аутономним (колективни уговори, правилници о раду које доноси послодавац, кодекси понашања, обичаји послодавца). Сама повреда права, тј. неизвршавање обавеза из радног односа, покреће прописе о одговорности запосленог или послодавца.¹⁴ Међутим, дисциплинска одговорност не односи се и не може погодити лица која нису у радном односу, на пример лица која обављају привремене или повремене послове. Таква лица може погодити прекршајна, кривична или друга одговорност, док лице које се налази у радном односу може дисциплински одговарати само за своја чињења и нечињења која су у вези са радним односом у ком се оно налази.¹⁵

Дакле, из наведеног се да закључити да је дисциплинска одговорност „сачињена” од три основна елемента: материјалноправни елемент који описује дело које за собом повлачи дисциплинску одговорност, процесно-правни елемент који се односи на сам дисциплински поступак, док на крају стоји извршно-правни елемент који се односи на дисциплинске санкције и мере које се изричу по окончању поступка.¹⁶

Наше раније право предвиђало је поделу на дисциплинско-материјалну одговорност, као посебну одговорност, и кривичну одговорност, а која подела је произилазила по основу радног односа и положаја запослених у том односу.¹⁷ Наиме, у радном праву одговорност представља однос између послодавца којима се полажу рачуни и запослених који за свој рад рачуне полажу, тј. одговарају послодавцу за своја чињења и нечињења. То значи да, уколико нема неправилности у раду запосленог, он тада неће ни одговарати.¹⁸ Из наведеног произилази да основ дис-

¹⁴ Слободанка Ковачевић Перић, *Дисциплинска одговорност запослених*, магистарска теза (необјављена), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2004, 23.

¹⁵ Ivica Crnić, *Disciplinska odgovornost radnika u udruženom radu*. Priručnik s propisima, objašnjenjima i sudskom praksom, СР, Zagreb, 1983, 12.

¹⁶ Цвијетин Ђорђић, „Одговорност осуђених лица за теже дисциплинске преступе (са критичким освртом на актуелне прописе)”, *Избор судске праксе*, број 5/2011, стр. 22.

¹⁷ А. Балтић, М. Деспотовић, стр. 238.

¹⁸ Боривоје Шундерић, *Радни однос. Теорија, норма, пракса*, Култура, Београд, 1990, стр. 227.

циплинске власти послодавца над радном средином и члановима који ту средину чине, представљају жеља послодавца, његова тежња, као потреба да обезбеди заштиту и добробит свима онима који су њему подређени.¹⁹

Дисциплинску одговорност запосленог треба разликовати од кривичне одговорности, материјалне одговорности, одговорности за прекршаје, као и одговорности за привредни преступ. Кривично право за циљ има заштиту читавог правног поретка, док дисциплинско право има за циљ заштиту радног односа. Према Закону о прекршајима, прекршај је противправно дело које је законом или другим прописом надлежног органа одређено као такво и за које је прописана прекршајна санкција и за који могу одговарати физичко лице, предузетник, правно лице и одговорно лице у правном лицу, док Закон о привредним преступима прописује да је привредни преступ друштвено штетна повреда прописа о привредном или финансијском пословању која је проузроковала или је могла проузроковати теже последице и која је прописом надлежног органа одређена као привредни преступ. Одговорно може бити правно лице или одговорно лице у правном лицу.

На основу свега изнетог, може се рећи да дисциплинска одговорност представља, као посебан облик одговорности који се формира од тренутка ступања запосленог у радни однос, па до његовог престанка, облик одговорности запосленог који изврши повреду радне обавезе за коју је предвиђена посебна дисциплинска санкција која се изриче по окончању дисциплинског поступка.

Дакле, дисциплинска одговорност је искључиво везана за својство запосленог, па се као таква не може односити на лица која то својство немају, тј. на лица која изврше кажњиво дело, а нису у својству запослених, јер такво дело повлачи за собом један од других облика пеналних одговорности: кривичну одговорност, прекршајну одговорност, одговорност за привредни преступ.

У страним правима, већина законодаваца уређује услове дисциплинске одговорности и основна начела дисциплинског поступка, док се остали сегменти дисциплинског права уређују аутономним изворима радног права. Изузетак представља француски Законик о раду којим је детаљно уређен скоро целокупни систем дисциплинског права.²⁰

¹⁹ Љ. Ковачевић (2010), стр. 221.

²⁰ Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 183.

Дисциплинска одговорност се јавља у свим питањима која се тичу односа послодавца и запосленог, увек је индивидуална, па је као таква примењива само против лица која се налазе у радном односу, односно против лица која се налазе у односу субординације.²¹ Поред тога, у савременим правним системима правила о дисциплинској одговорности, у општем режиму радних односа, нису и не морају бити детаљно разрађена, за разлику од правила која важе у посебном режиму радних односа.²² Такође, већина послодаваца уређује услове за постојање дисциплинске одговорности и правила која се односе на сам дисциплински поступак, што указује да се не уређују сви аспекти дисциплинске одговорности, па самим тим ни дисциплинског права.²³

1. Појам повреде радне обавезе

Повреда радне обавезе представља последицу оне радње која је предузета од стране запосленог лица приликом обављања послова радног места, што значи да је реч о узрочно-последичној вези између радње запосленог и настале повреде. Она као таква представља дисциплински кажњиво дело и повлачи дисциплинску одговорност запосленог.

Као што у кривичном праву важи принцип *nullum crimen nulla poena sine lege*, тј. нема кривичног дела ни казне без закона, може се рећи да исто важи и у материји дисциплинског права које предвиђа да запослени може одговорати само у случају када повреди радну обавезу која је претходно уговором о раду, правилником о раду или колективним уговором као таква била предвиђена.

Да би постојала повреда радне обавезе потребно је да је извршена на раду или у вези са радом, тј. на начин, у месту и у време са радом повезаним, што су разлози предвиђени у претходно закљученом уговору о раду између послодавца и запосленог, правилником о раду или кодексом понашања донетим од стране послодавца. Оне могу бити прописане интегралним одредбама које саме одређују радњу повреде или бланкетним одредбама када упућују на кажњиву радњу која је предвиђена као кривично дело, прекршај или привредни преступ.²⁴ Интегрално утвр-

²¹ С. Ковачевић Перић (2004), 19.

²² Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за ошказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 355.

²³ *Ibid.*

²⁴ Зоран Ивошевић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд, 2012, 265.

ђивање повреда радних обавеза представља редован начин, док се бланкетно утврђивање повреда радних обавеза користи ретко.²⁵

Професор Јовановић истиче да повреда радне обавезе постоји када запослени својим понашањем на раду прекрши правило о радној дисциплини, при чему су битни елементи повреде постојање утврђене радне дисциплине, напад на исту извршен од стране запосленог лица, као и постојање узрочне везе између понашања запосленог и настале повреде радне обавезе, тј. радне дисциплине.²⁶

У нашем позитивном праву, у члану 179 став 1 тачке 2 и 3 Закона о раду предвиђени су отказни разлози чији основ представља дисциплинска одговорност запосленог и због којих послодавац може отказати уговор о раду. Први отказни разлог јесте случај у ком запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду, а други отказни разлог је случај у ком запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца. Наведени отказни разлози су најчешће примењивани отказни разлози из групе разлога који се тичу понашања запосленог.

Критеријуми за утврђивање постојања повреде радне обавезе јесу начин, место и време извршења. Начин извршења повреде радне обавезе јесте скривљено понашање запосленог које за последицу има повреду радне обавезе која је утврђена општим актом или законом. Реч је о постојању узрочно-последичне везе између понашања запосленог, које представља узрок, и настале повреде радне обавезе, која представља последицу скривљеног поступања запосленог.²⁷ Место на ком је радна обавеза повређена јесте место где је запослени извршио повреду радне обавезе или место где је био дужан да предузме радњу коју је пропустио.²⁸

Време извршења повреде радне обавезе јесте време у које је радник предузео радњу повреде радне обавезе или време у ком је пропустио радњу коју је био дужан да предузме.²⁹

²⁵ Милан Ивошевић, „Дисциплински отказни разлози”, у: Зоран Ивошевић (ур.), *Заштита права из области рада*, Глосаријум, Београд, 2011, 196.

²⁶ Предрог П. Јовановић, *Радно право*, четврто издање, *Службени гласник РС*, Београд, 2002, 303.

²⁷ Зоран Ивошевић, *Дисциплинска и материјална одговорност*, Правно економски центар, Београд, 1991, 13.

²⁸ *Ibid.*, 14.

²⁹ *Ibid.*

Све изнето указује на то да запослени може одговарати само због оних повреда радних обавеза које су се догодиле у оквиру наведених разлога. Према томе, начин, место и време извршења повреде радне обавезе јесу критеријуми који представљају и границу између приватности запосленог и његовог професионалног живота, тако да послодавац не може санкционисати запосленог због његових поступања која нису у вези са радним односом, тј. због поступања у приватном животу.

Међутим, понашање запосленог ван радног места и радног времена може бити утврђено као повреда радне обавеза само у случају да има или може да има негативан утицај на сам процес рада, међусобне односе на раду и извршавање радних обавеза.³⁰

Сама по себи, повреда радне обавезе може довести и до одговорности запосленог за штету коју је послодавац претрпео, при чему се његова кривица претпоставља.³¹ Наиме, према Закону о раду, који у односу на Закон о облигационим односима представља *lex specialis*, јер је у питању накнада штете која је настала током рада, запослени је одговоран за штету коју је на раду или у вези с радом, намерно или крајњом непажњом, проузроковао послодавцу.³² У случају ако штету проузрокује више запослених, сваки запослени је одговоран за део штете коју је проузроковао, а ако је она проузрокована кривичним делом, запослени ће одговарати солидарно.³³ Ако се за запосленог не може утврдити део штете коју је проузроковао, сматра се да су сви запослени подједнако одговорни и штету накнађују у једнаким деловима.³⁴ Само постојање штете, њену висину, околности под којима је настала, ко је штету проузроковао и како се накнађује – утврђује послодавац, у складу са општим актом, односно уговором о раду, а ако се накнада штете не оствари на тај начин, о накнади штете одлучује надлежни суд.³⁵ Запослени који је на раду или у вези с радом намерно или крајњом непажњом проузроковао штету трећем лицу, а коју је накнадио послодавац, дужан је да послодавцу накнади износ исплаћене штете.³⁶ Како би се утврдило

³⁰ Одлука Уставног суда Војводине У-171/83 од 20. септембра 1984. године.

³¹ Alexandre Berenstein, *Law & Business*, Wolters Kluwer, The Hague, 2011, 105.

³² Закон о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, чл. 163 ст. 1.

³³ ЗР, чл. 163 ст. 2 и 4.

³⁴ ЗР, чл. 163 ст. 3.

³⁵ ЗР, чл. 163 ст. 5 и 6.

³⁶ ЗР, чл. 163 ст. 7.

постојање повреде радне обавезе, неопходно је у обзир узети све околности конкретног случаја, како објективне, с једне стране, тако и субјективне, са друге.³⁷ Прва од објективних околности која се узима у обзир јесте професионални ризик, односно чињеница да одговорност у обављању посла може бити смањена или чак потиснута у зависности од важности самог посла, што за собом повлачи и ризик, док је друга објективна околност ниво образовања или техничког знања потребног за рад, јер је одговорност запосленог отежана ако је он обавезан да обави посао, а не располаже тим потребним нивоом. Када је реч о субјективним околностима, оне се односе на личност запосленог. Наиме, послодавац не може отказати уговор о раду запосленом због повреде радне обавезе ако га је ангажовао, а знао је да запослени нема потребне способности и карактеристике за дати посао, или када му није било ни стало до тога да ли је запослени имао или није наведене способности и квалитете.³⁸

Имајући у виду да повреде радних обавеза нису истог значаја, као и то да немају исте последице, постоје закони који разликују лакше и теже повреде радних обавеза, тј. дужности, за разлику од Закона о раду који такву поделу не познаје. Тако, Закон о државним службеницима прописује да повреде дужности из радног односа могу бити лакше и теже,³⁹ Закон о полицији да полицијски службеници и остали запослени у Министарству одговарају дисциплински за лаке и тешке повреде службене дужности,⁴⁰ док Закон о Војсци Србије прописује да повреде дужности из службе могу бити лакше – дисциплинске грешке и теже – дисциплински преступи.⁴¹ Постоје и закони који се примењују у посебном режиму радних односа, а који не познају овакву поделу. То су Закон о судијама и Закон о јавном тужилаштву који познају дисциплинске прекршаје.

Наше законодавство, попут закона који се примењују у другим земљама, не предвиђа као оправдани разлог за отказ уговора о раду понашање запосленог у приватном животу. Ипак, упоредно право предвиђа изузетак од овог правила. Дисциплинско кажњавање запосле-

³⁷ А. Berenstein, 105.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Закон о државним службеницима – ЗДС, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008, 104/2009 и 99/2014, чл. 107 ст. 3.

⁴⁰ Закон о полицији – ЗП, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 63/2009 – одлука УС, 92/2011 и 64/2015, чл. 202.

⁴¹ Закон о Војсци Србије – ЗВС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 – др. закон и 10/2015, чл. 145 ст. 2.

ног поводом чињеница из приватног живота је допуштено једино у случају ако су испуњена два услова: ако је одређена чињеница из приватног живота повезана са радом за послодавца и ако је због ње настао прави поремећај у предузећу.⁴²

СТИЦАЈ повреда радних обавеза постоји када један запослени са више радњи учини више повреда радних обавеза (реални стицај) или када једном радњом учини више повреда радних обавеза (идеални стицај). За повреде учињене у стицају изриче се јединствена дисциплинска санкција.⁴³

Продужена повреда радне обавезе постоји када један запослени изврши две или више истоврсних повреда радних обавеза које су међусобно временски повезане и које као такве представљају целину.⁴⁴

У случају да запослени одговара истовремено за више извршених повреда радних обавеза, за сваку од њих се посебно мора утврдити постојање одговорности, а не за све повреде целокупно. Ово из разлога што се дисциплинска мера може изрећи и за једну од одговорности чије се постојање утврди.⁴⁵

Дакле, повреда радне обавезе представља сваку ону радњу чињења или нечињења чијим се извршењем повређују обавезе и радни задаци које запослени има у вези са својим радним местом, а која повреда радне обавезе је као таква претходно утврђена као кажњиво понашање уговором о раду, колективним уговором, кодексом понашања или правилником о раду.⁴⁶

Иначе, у теорији постоји више критеријума по којима се класификују повреде радних обавеза. Пре свега треба истаћи да је главна обавеза запосленог у радном односу та да стави на располагање послодавцу своје радне способности. Поред главне радне обавезе формирају се споредне радне обавезе, као што је, на пример, марљиво и савесно извршавање поверених задатака и слично. Друге обавезе које се образују поред споредних радних обавеза за циљ имају допуну и гаранцију радних обавеза, а једна од тих обавеза јесте обавеза верности.⁴⁷

У новијој литератури, под утицајем решења прихваћених у упоредном праву, преовлађује разврставање повреда радних обавеза у две ос-

⁴² Љ. Ковачевић (2013), 537.

⁴³ I. Crnić, (1983), 28.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Л. Ђукић, 375.

⁴⁶ Љ. Ковачевић (2010), 216, 223.

⁴⁷ *Ibid.*, 217.

новне категорије: прву категорију чине понашања која се непосредно или посредно тичу неодговарајућег испуњавања обавеза и дужности, док друга група повреда у оквиру ове класификације обухвата различите облике непримереног понашања којим се узрокује поремећај у радној средини или на други начин негативно утиче на извршавање рада.⁴⁸

Професор Лубарда класификује повреде радних обавеза у пет група: повреда обавезе извршавања рада, повреда обавеза према имовини послодавца, повреда обавезе лојалности послодавцу, повреда обавезе неконфликтности интереса и повреда обавезе дисциплине понашања.⁴⁹

Постоје и поделе повреда радних обавеза које се не заснивају на тежини повреде, већ за основ имају други критеријум. Један од тих критеријума јесте недисциплина, па се на основу њега разликују трајне повреде које доводе до успостављања стања недисциплине (пример је немарно вршење послова) и тренутне повреде радних обавеза које представљају акте недисциплине (пример је вређање запосленог).⁵⁰

Када је реч класификацији повреда радних обавеза у домаћем позитивном праву, може се приметити да наше законодавство у општем режиму радних односа, где се примењује Закон о раду као *lex generalis*, не прави разлику између лакших и тежих повреда радних обавеза, док је у посебном режиму радних односа ситуација другачија. Наиме, у посебном режиму радних односа примењују се посебни закони, тзв. *lex specialis*, а у односу на њих и закони који су још посебнији, тј. *lex specialissimus*, а који имају предност у примени. *Lex specialis* у односу на Закон о раду представља Закон о државним службеницима, а закони који су још посебнији, тј. *lex specialissimus*, јесу, како је наведено, Закон о полицији и Закон о Војсци Србије. Сваки од тих закона повреде радних обавеза класификују управо на лакше и теже, неки од њих не стриктно, али се лако да закључити да таква подела постоји. Поред њих, постоје и други закони који се примењују у посебном режиму радних односа, а који садрже одредбе које се односе на дисциплинску одговорност и дисциплински поступак, на пример, Закон о основама система образовања и васпитања, Закон о извршењу кривичних санкција и други.

Која ће повреда радне обавезе бити класификована као лакша, а која као тежа, зависи пре свега од делатности којом се послодавац бави, али и од врсте послова и задатака које запослени обавља, што доводи до

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ Б. Лубарда (2013), 625.

⁵⁰ З. Ивошевић (1991), 13.

закључка да се исто понашање у различитим условима рада не мора, а у појединим случајевима и не може класификовати на један начин. У сваком случају, иако се у наведеним прописима користи различита законска терминологија, суштинских разлика међу њима нема.

2. Разграничење повреде радне обавезе од непоштовања радне дисциплине

Имајући у виду да је овај део рада посвећен појму повреде радне обавезе, треба указати да од тог разлога који за собом повлачи дисциплинску одговорност запосленог треба разликовати непоштовање радне дисциплине. У својој основи они представљају дисциплинске преступе.⁵¹

Дакле, повреда радне обавезе и непоштовање радне дисциплине представљају разлоге услед чијег постојања запослени подлеже дисциплинској одговорности и које као такве познаје наше законодавство.

Наиме, повреда радне обавезе представља сваку ону радњу чињења или нечињења чијим се извршењем повређују обавезе и радни задаци које запослени има у вези са својим радним местом, а која повреда радне обавезе је као таква претходно утврђена као кажњиво понашање уговором о раду, колективним уговором, кодексом понашања или правилником о раду. Са друге стране, непоштовање радне дисциплине може се одредити као скривљена повреда радне обавезе, било главне, било споредне, која је противправна и коју је запослени извршио на раду или у вези са радом. То је такво понашање чија је последица да запослени не може да настави рад код послодавца. Да би оно постојало, тј. за његово постојање као отказног разлога, довољно је да се запослени не понаша у складу са неким од извора аутономног радног права.⁵² Дакле, као такво, за разлику од повреде радне обавезе, оно не мора бити утврђено као кажњиво понашање.⁵³

Оно што је заједничко за повреду радне обавезе и непоштовање радне дисциплине јесте да су то разлози који за собом повлаче дисциплинску одговорност запосленог, а самим тим и санкционисање (о којем ће посебно речи бити у каснијем делу рада).⁵⁴

⁵¹ Горан Обрадовић и Слободанка Ковачевић Перић, *Радна дисциплина и дисциплинска одговорност*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2016, 106.

⁵² Љ. Ковачевић (2016), 371.

⁵³ *Ibid.*, 370.

⁵⁴ Ke Chen, *Law & Business*, Wolters Kluwer, The Hague, 2013, 63.

Законом о раду таксативно су наведени разлози због којих послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који не поштује радну дисциплину.⁵⁵ Један од тих наведених разлога који је последњим изменама и допунама Закона о раду квалификован као нарушавање радне дисциплине, а који се најчешће среће у пракси, услед чијег постојања запосленом може престати радни однос, јесте случај када он злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад. Злоупотреба права на одсуство због привремене спречености за рад представља злоупотреба права на боловање.

Како место предузимања радње повреде радне обавезе у највећем броју случајева одговара месту рада, а време извршења повреде радне обавезе радном времену, то произилази да понашање запосленог ван радног места и ван радног времена не подлеже дисциплинској одговорности. Међутим, повреда радне обавезе постојаће и том случају, под условом да је сама радња повреде или последица која је наступила повезана са радом. Тако треба схватити злоупотребу права на боловање.

Наиме, боловање представља право запосленог на плаћено одсуство са рада настало услед привремене спречености за рад због болести, повреде или неког другог здравственог разлога. Злоупотреба права на боловање огледа се у понашању запосленог, тј. чињењу као да није на боловању, односно у обављању привредне или друге активности којом остварује приход, било за себе, било за другог. Такво понашање запосленог је контрадикторно понашању у које послодавац може основано да се поузда.⁵⁶

Уколико послодавац посумња да је запослени злоупотребио право на боловање, он има овлашћење да запосленог упути у овлашћену здравствену установу или здравствену установу коју сам одреди, о свом трошку, а ради анализе и утврђивања оправданости боловања, односно утврђивања да ли је запослени злоупотребио право на боловање.⁵⁷ Одбијање запосленог да се одазове на позив послодавца да изврши наведену анализу у здравственој установи сматраће се повредом радне дисциплине због које послодавац има право да откаже запосленом уговор о раду.⁵⁸

⁵⁵ ЗР, чл. 179 ст. 3.

⁵⁶ Љ. Ковачевић (2010), 225.

⁵⁷ Бојан Јанковић, *Пресшанак радног односа независно од воље запосленог и воље послодавца*, мастер рад (необјављен), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 59.

⁵⁸ ЗР, чл. 179 ст. 4.

У судској пракси заузето је становиште да злоупотреба права коришћења боловања постоји када се запослени понаша као да није неспособан за рад, па за време боловања ради код другог послодавца.⁵⁹

Стога, злоупотребу права на боловање, имајући у виду да се њоме повређује обавеза лојалности послодавцу, као и класификацију повреда радних обавеза коју предлаже професор Лубарда, можемо сврстати у групу повреда обавезе лојалности послодавцу.⁶⁰

У нашем праву, у општем режиму радних односа, према Закону о раду једна од основних обавеза запосленог је да савесно и одговорно обавља послове на којима ради. Одредбама важећег Закона о раду злоупотреба права на одсуство због привремене спречености за рад изричито се квалификује као један од видова непоштовања радне дисциплине и као оправдани разлог за отказ уговора о раду од стране послодавца.⁶¹

Ако имамо у виду да се под злоупотребом права подразумева право које се врши супротно циљу због ког је заправо и законом установљено или признато, произилази да под наведени отказни разлог спада и злоупотреба права на боловање.

У посебном режиму радних односа, према Закону о полицији, злоупотреба права одсуствовања у случају болести предвиђена је као тешка повреда дужности полицијских службеника.⁶²

Дакле, злоупотреба права на боловање представља повреду радне обавезе, може се рећи повреду обавезе лојалности послодавцу, како у општем, тако и у посебном режиму радних односа, па као таква представља разлог за отказ уговора о раду уколико се установи да запослени не користи боловање ради лечења, већ да за то време ради код другог послодавца или за свој рачун, што све наведено и повлачи за собом дисциплинску одговорност запосленог.

⁵⁹ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 97/02 од 25. јануара 2002. године.

⁶⁰ Б. Лубарда (2013), 636.

⁶¹ ЗР, чл. 179 ст. 3 тач. 3.

⁶² ЗП, чл. 157.

II. Правни режим дисциплинске одговорности у домаћем праву

1. Правни оквир за уређивање дисциплинске одговорности запослених

У материји дисциплинске одговорности у нашем праву прави се разлика у зависности од тога да ли је реч о општем или посебном режиму радних односа.

Наше законодавство, у општем режиму радних односа, не садржи закон који регулише дисциплинску одговорност запослених. Закон о раду, иако *lex generalis*, не уређује ову област непосредно, већ поједине одредбе које се односе на отказ уговора о раду у себи садрже институте који представљају основ дисциплинске одговорности: скривљена повреда радне обавезе, непоштовање радне дисциплине, кривично дело учињено на раду или у вези са радом. Закон о раду уређује питање дисциплинске одговорности запослених само у оквиру института престанка радног односа, тако да су дисциплинске мере уређене као мере које се могу изрећи запосленом уместо отказа уговора о раду. Дакле, можемо закључити да у нашем законодавству не постоји закон који експлицитно и искључиво регулише дисциплинску одговорност и дисциплински поступак.

Са друге стране, у посебном правном режиму радних односа, област дисциплинске одговорности уређена је путем „посебних”, и још „посебнијих” закона, као посебан правни институт, што је изведено окупљањем одредаба које се односе на дисциплинску одговорност, дисциплински поступак и дисциплинске казне под окриље посебне главе Закона о државним службеницима. Према ранијим законским решењима, руководилац сваког државног органа је самостално, пошто утврди да је одређено понашање кажњиво, изрицао дисциплинске мере државним службеницима који повреду радну обавезу. Оно што разликује одредбе *lex specialissimus* од одредаба које садржи *lex specialis*, тј. Закон о државним службеницима и *lex generalis*, тј. Закон о раду, јесте чињеница да оне у целини уређују дисциплинску одговорност запослених у Министарству унутрашњих послова Републике Србије и као такве представљају *lex specialissimus* у односу на одредбе Закона о државним службеницима и Закона о раду.

Дакле, на основу наведеног, може се извести закључак да дисциплинска одговорност представља посебну врсту одговорности државних

службеника, док би повреде радних обавеза у општем режиму радних односа требало квалификовати као разлог за отказ уговора о раду.

У упоредном праву, као и у нашем, државни службеници одговорни су за своје радње и пропусте који представљају повреду законских обавеза. Они се могу срести са три врсте одговорности: дисциплинском, кривичном, грађанском.⁶³ Државни службеник може извршити и кривично дело које нема везе са службеном дужношћу, па ће у том случају бити третиран као било који други грађанин, а уколико такво дело за последицу има доживотну или привремену немогућност запошљавања у јавној управи, он ће добити отказ или ће бити суспендован са свог радног места за време издржавања казне без накнаде зараде.⁶⁴

Ближе одредбе о дисциплинској одговорности и дисциплинском поступку садржане су, како је наведено, у Закону о државним службеницима, који представља *lex specialis* у односу на Закон о раду, као и у Закону о полицији и Закону о Војсци Србије и другим законима који представљају *lex specialisimus* у односу на Закон о државним службеницима.

Према Закону о државним службеницима, државни службеник дисциплински одговора за повреде дужности из радног односа, одговорност за кривично дело или прекршај не искључује дисциплинску одговорност, а повреде дужности из радног односа могу бити лакше и теже.⁶⁵ Раније је сматрано да, када је реч о дисциплинској одговорности државних службеника, дисциплинска власт државе проистиче из њене потребе да регулише и одржи посебан поредак установљен у односима јавне службе.⁶⁶ Иво Крбек заузима став да, снагом своје службене власти, држава врши дисциплинску власт над државним службеницима. Овај аутор такође сматра да свака од службеничких одговорности значи повреду неке службеничке дужности.⁶⁷ Наиме, за разлику од кривичне одговорности где је она од стране окривљеног уперена ка појединцу, дисциплинска одговорност представља одговорност службеника према тачно одређеној јавно-правној корпорацији која је искључиви и једини носилац субјективног дисциплинског права, па ће тако она престати оног

⁶³ Francisco Cardona, *Obveze i stega državnih službenika*, SIGMA, siječanj 2003, Osijek, 2.

⁶⁴ *Ibid.*, 3.

⁶⁵ ЗДС, чл. 107.

⁶⁶ Лаза М. Костић, „Однос кривичне и дисциплинске одговорности јавних службеника”, *Правосуђе*, бр. 7–8/1939 (посебан отисак), 3.

⁶⁷ Ivo Krbek, *Lica u državnoj službi*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1948, 86.

момента када престане тај службенички однос, док та околност нема никаквог значаја за опстанак грађанске и кривичне одговорности.⁶⁸

Закон о полицији, као један од закона који садржи одредбе о дисциплинској одговорности, прописује да за извршене лаке и тешке повреде службене дужности полицијски службеници и други запослени у Министарству одговарају дисциплински.⁶⁹

Закон о Војсци Србије прописује да је припадник Војске Србије дисциплински одговоран за повреде дужности из службе.⁷⁰ Повреде дужности из службе могу бити лакше – дисциплинске грешке и теже – дисциплински преступи. За повреду дужности из службе одговоран је припадник Војске Србије док је у служби.

Дакле, дисциплинско право је део права који прописује правила понашања запосленог на раду и у вези са радом, а дисциплинска одговорност јесте одговорност запосленог за извршено дисциплинско дело, тј. учињене повреде тих правила, односно утврђених радних обавеза.

2. Основ дисциплинске одговорности запослених

Основ дисциплинске одговорности запосленог, а истовремено и један од услова који мора бити испуњен да би одговорност постојала, представља постојање кривице у тренутку извршења повреде радне обавезе. Кривица представља психички однос запосленог према повреди радне обавезе коју је учинио. Такав психички однос може успоставити само оно лице које је урачунљиво, тј. лице способно да схвати значај свог дела и управља својим поступцима.⁷¹ Два су основна облика кривице: умишљај и нехат.

Умишљај је тежи облик кривице и постоји када је запослени био свестан свог дела и хтео његово извршење (директни) или када је био свестан да услед свог чињења може доћи до повреде радне обавезе, па је на то пристао (евентуални умишљај).

Нехат представља блажи облик кривице и постоји када је запослени био свестан да услед његовог чињења може доћи до повреде радне обавезе, али је олако држао да до ње неће доћи, тј. да ће моћи да спречи наступање последице (свесни нехат) или када није био свестан да услед његовог чињења може доћи до повреде радне обавезе, иако је према

⁶⁸ Л. М. Костић, 6.

⁶⁹ ЗП, чл. 155.

⁷⁰ ЗВС, чл. 145.

⁷¹ З. Ивошевић (2012), 266.

околностима конкретног случају и према својим личним особинама, био дужан и могао бити свестан наступања те последице.⁷²

Основ дисциплинске одговорности, тј. кривицу, искључују неурачунљивост и стварна заблуда.

Неурачунљивост постоји када запослени због душевног обољења, привремене душевне поремећености или заосталог душевног развоја, није био у стању да схвати значај свог дела нити је могао да управља својим поступцима. У таквој ситуацији, када се налази у таквом стању, запослени не може бити одговоран за повреду радне обавезе.

Стварна заблуда постоји када запослени учини повреду радне обавезе, погрешно сматрајући да постоје околности према којима би, ако би стварно постојале, предузета радња била допуштена.

3. Услови за утврђивање дисциплинске одговорности запослених

Поред постојања кривице као основа, услови за наступање дисциплинске одговорности јесу постојање повреде радне обавезе и непоштовање радне дисциплине, тј. скривљено понашање запосленог, као и урачунљивост на страни запосленог. Дакле, из наведеног произилази да су претпоставке одговорности одређене на исти начин као и у кривичном поступку.⁷³ Запослени ће одговарати за учињену повреду радне обавезе само у случају да су наведени услови кумулативно испуњени.⁷⁴

Такво понашање запосленог за последицу има да на његов положај у радном односу утичу оне радње које су извршене на раду, у току радног времена, као и оне радње које су на какав други начин повезане са његовим радним обавезама, при чему и од овог општег правила постоје изузеци о којима ће се посебно разматрати у каснијем делу рада.⁷⁵

Повреда радне обавезе подразумева повреду обавеза на раду или у вези са радом, које су утврђене законом, колективним уговором, правилником о раду, кодексом понашања, уговором о раду, професионалним обичајем, ако не постоје разлози за искључење.⁷⁶

⁷² З. Ивошевић (1991), 19.

⁷³ Ђ. Лазин, 93.

⁷⁴ П. П. Јовановић, (2002), стр. 304.

⁷⁵ Љ. Ковачевић (2016), стр. 350.

⁷⁶ Б. Лубарда (2013), 622.

Непоштовање радне дисциплине подразумева понашање запосленог које је у супротности са налозима из било ког послодавчевог акта (одлуке, упутства, кодекса понашања).⁷⁷

Један од услова који се мора испунити да би запослени био дисциплински одговоран јесте урачунљивост у време извршења повреде радне обавезе, под којом се подразумева способност запосленог да расуђује и одлучује о својим поступцима у моменту извршења повреде радне обавезе, односно непостојање неурачунљивости која, поред стварне заблуде, искључује одговорност запосленог.⁷⁸

Поред наведених услова, Ивица Црнић предвиђа и постојање четвртог услова, а то је постојање противправности радње чињења или нечињења. Радња је противправна уколико је у супротности са актом којим је одређен начин извршења радне обавезе. У супротном, уколико нема противправности, нема места ни дисциплинској одговорности на страни запосленог.⁷⁹

Када је реч о противправности, на овом месту ваља указати да дисциплинској одговорности не могу подлећи и не подлежу запослени узбуњивачи. Наиме, запослени нису дужни, нити су овлашћени, да поступају у складу са послодавчевим упутствима, ако су она противна принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, тако да последично, не могу бити дисциплински кажњени за неизвршавање таквих упутстава.⁸⁰

Једна од основних обавеза послодавца састоји се у обезбеђивању безбедне и здраве радне средине. Стога запослени не чини повреду радне обавезе ако одбије да извршава радне задатке који угрожавају његово здравље или за које није здравствено способан.⁸¹

Када остваре своје право на узбуњивање, узбуњивачи отклањају пре свега моралну дилему, а остварују и потребу да спрече угрожавање јавног интереса, па из тих разлога уживају већи степен слободе изражавања свог мишљења, при чему им је из тих разлога неопходно обезбедити посебну заштиту, јер их такво њихово поступање излаже дискриминацији.⁸²

⁷⁷ *Ibid.*, стр. 623.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ I. Crnić (1983), стр. 10.

⁸⁰ Љ. Ковачевић (2016), стр. 363.

⁸¹ *Ibid.*, стр. 364.

⁸² Бранко Лубарда, „Посебна заштита запосленог узбуњивача. Европско, упоредно и домаће право и пракса”, у: Стеван Лилић (прир.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије – књига I*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 110.

Устав Републике Србије, као највиши правни акт, јемчи слободу мишљења и изражавања, као и слободу да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају и шире обавештења и идеје, а уз то прокламује да се слобода изражавања може законом ограничити, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала демократског друштва и националне безбедности Републике Србије.⁸³ Међутим, уколико запослени прибегне узбуњивању без разумне сумње да је повређен јавни интерес или је реч о корупционом понашању, законом су предвиђене санкције.

Однос између послодавца и запосленог заснива се на њиховој заједничкој повезаности, те су због тога обавезни да се уздрже од било каквог поступања које би могло да штети другој страни, као и да предузимају оне радње које су неопходне како би се заштитили заједнички интереси.⁸⁴ То за запослене значи да морају да се уздржавају од откривања било каквих информација јавности које би могли нанети штету репутацији и интересима свог послодавца.⁸⁵

Наше право представља пример правног система у коме важи посебан закон посвећен заштити запослених узбуњивача. У праву Републике Србије 2015. године почео је да се примењује Закон о заштити узбуњивача.⁸⁶ Према том закону, појам „узбуњивање” представља откривање информације о кршењу прописа, кршењу људских права, вршењу јавног овлашћења противно сврси због које је поверено, опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, као и ради спречавања штете великих размера.⁸⁷ Један од два основна појма у овој области је „узбуњивач” који се дефинише као физичко лице које изврши узбуњивање у вези са својим радним ангажовањем, поступком запошљавања, коришћењем услуга државних и других органа, носилаца јавних овлашћења или јавних служби, пословном сарадњом и правом власништва на привредном друштву.⁸⁸

⁸³ Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, број 98/2006), члан 46.

⁸⁴ Igor Vuković, Ljubinka Kovačević, Vuk Radović, „Legal status of whistle-blowers in the Republic of Serbia: From fragmented protection of civil servants to the fullscale protection model”, *„Transylvanian Review of Administrative Sciences”*, No. 53 E/2018, 108.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Закон о заштити узбуњивача – ЗЗУ, *Службени гласник РС*, бр.128/2014.

⁸⁷ ЗЗУ, чл. 2 тач. 1.

⁸⁸ ЗЗУ, чл. 2 тач. 2.

Дакле, реч је о лицима која се с правом називају узбуњивачи, имајући у виду да својим активностима упозоравају и скрећу пажњу широј јавности на штетне и противправне појаве које су од значаја за свако друштво које је усмерено у правцу здравог развоја и напретка. Наиме, заштитом узбуњивача даје се друштвена подршка овој категорији лица. Њиховом заштитом у највећој мери се штите и јавни интереси, с обзиром на то да су узбуњивачи лица која пријављују корупцију, због чега они не смеју трпети штетне последице, па им је неопходно пружити одговарајућу правну заштиту. Значај узбуњивача за борбу против корупције је огроман, што се огледа у томе да би многе афере у свету привреде остале неоткривене да није било оних који су на афере први указали.

Закон о заштити узбуњивача садржи посебан део који се односи на заштиту узбуњивача, а чије одредбе прописују да је забрањено стављање узбуњивача у неповољнији положај, затим да има право на накнаду штете, као и да има право на судску заштиту.⁸⁹

Поједине одредбе о узбуњивачима садржи и Законик о кривичном поступку⁹⁰ према коме они уживају заштиту када се појављују као сведоци пред судом. Одређену заштиту узбуњивача предвиђа и обезбеђује Закон о раду који као неоправдан отказни разлог квалификује обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду.⁹¹

Ипак, у посебном правном режиму радних односа Закон о државним службеницима садржи посебне одредбе о заштити узбуњивача. Чланом 23а зајемчена је заштита државних службеника и намештеника који писмено обавесте непосредно претпостављеног или руководиоца да су, у вези са обављањем послова радног места, дошли до сазнања да је функционер, државни службеник или намештеник у државном органу у којем раде извршио радње корупције. Од дана подношења писменог обавештења он ужива заштиту у складу са законом. Уз то, посебну заштиту предвиђа и Кодекс понашања државних службеника.⁹²

У судској пракси се заузима истоветни став према ком запослени не чини повреду радне обавезе ако одбије да изврши незаконито наређење.

⁸⁹ ЗЗУ, Глава 4, чл. 21, 22 и 23.

⁹⁰ Закон о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

⁹¹ ЗР, чл. 183 тач. 6.

⁹² Кодекс понашања државних службеника, *Службени гласник РС*, бр. 29/2008 и 30/2015.

Тако се у образложењу једне од одлука Врховног суда Србије, између осталог, наводи да је запосленом тужиоцу чији је послодавац Република Србија – Министарство унутрашњих послова, незаконито престао радни однос јер није извршио тежу повреду радних обавеза и дужности из Закона о унутрашњим пословима, нити другу тежу повреду радних обавеза из Закона о радним односима у државним органима, а из разлога што његово поступање којим је одбио да извршава задатке ван граница Републике Србије, не представља кршење Закона о територијалној организацији Републике Србије и локалној самоуправи, према ком се надлежност Републике Србије и њених органа простире само на општине и територију града Београда, а органи Републике Србије у које спада тужено Министарство унутрашњих послова Републике Србије у коме је био запослен тужилац, могу законито деловати само на територији Републике Србије.⁹³

Дакле, у таквом поступању запослених нема противправности, а самим тим ни одговорности, што значи да се запослени не може дисциплински кажњавати од стране послодавца, јер он за циљ има да својим неизвршавањем обавеза укаже послодавцу и да га упозори на недостатке и опасности које прете радној средини. Међутим, уколико узбуњивач има личну корист од узбуњивања или пак уцењује послодавца како би му побољшао услове за рад, тада се не може сматрати да запослени поступа у доброј вери, већ је такво његово понашање недопуштено, па се мора санкционисати.

4. Разлози који искључују постојање одговорности за учињене повреде радних обавеза

Како повреда радне обавезе мора бити последица кривице запосленог и урачунљивости, такво понашање запосленог против његове воље не представља повреду радне обавезе, при чему се кривица утврђује код отказа до ког долази услед учињене повреде радне обавезе, док се код непоштовања радне дисциплине не утврђује.

Овде најпре треба поменути да кривица представља психички однос учиниоца кривичног дела према повреди радне обавезе и њеним последицама, што значи да такав однос може успоставити само урачунљиво лице, тј. лице које је способно да расуђује, односно да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима.⁹⁴

⁹³ Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1211/2004, од 16. марта 2004. године.

⁹⁴ М. Ивошевић, З. Ивошевић (2011), 198.

Иначе, према општем правилу, урачунљивост лица у време извршења кривичног дела се претпоставља, при чему се може доказивати супротно, а терет доказивања стоји на страни тог лица, у овом случају запосленог.

Поред неурачунљивости која искључује постојање повреде радне обавезе, повреда неће постојати уколико постоји и неки од разлога за искључење дисциплинске одговорности. Ти разлози су принуда, стварна заблуда, нужна одбрана, крајња нужда, одсуство везе са радом и одсуство противправности.⁹⁵

Поведа радне обавезе извршена под принудом, тј. изнуђена радња, јесте разлог који искључује постојање повреде радне обавезе извршене од стране запосленог.

Разлог који такође искључује постојање повреде радне обавезе извршене од стране запосленог јесте и стварна заблуда. Стварна заблуда постоји када је запослени учинио повреду радне обавезе, погрешно сматрајући да постоје околности према којима би, ако би оне стварно постојале, предузета радња била допуштена.

Дисциплинску одговорност запосленог искључује и нужна одбрана која представља одбрану запосленог и која је неопходна како би он од себе или другог лица одбио истовремени противправни напад.

Крајња нужда као основ који искључује постојање повреде радне обавезе јесте ситуација у којој сам запослени предузима повреду радне обавезе како би од себе или другог лица одбио истовремену противправну опасност која се на други начин није могла отклонити и под условом да учињено зло није веће од оног зла које је запосленом претитило.

На крају, разлози који искључују постојање повреде радне обавезе јесу и одсуство везе са радом које постоји када између предузете радње и наступања повреде радне обавезе нема узрочно-последичне везе, као и одсуство противправности која као разлог повреду радне обавезе чини легалном, тако да онај ко и предузима такву радњу, последице за исту не може ни сносити.

Да запослени не може бити одговоран за повреду радне обавезе коју учини у стању неурачунљивости, јер такво стање искључује одговорност, потврђује и судска пракса. Наиме, у једном од случајева, запослени је физички напао свог послодавца и том приликом га више пута ударио у пределу носа. То је био разлог због ког је запосленом изречена мера престанка радног односа, а истовремено је покренут и дисциплински поступак против њега. Током спровођења дисциплинског поступка,

⁹⁵ З. Ивошевић (2012), 266.

неуропсихијатријским вештачењем је утврђено да је запослени у време извршења повреде радне обавезе био у неурачунљивом стању, па је из тог разлога од стране запосленог суду поднета тужба ради поништаја решења којим је тужиоцу изречена мера престанка радног односа. Суд је усвојио тужбени захтев тужиоца, па је као незаконито поништио решење о престанку радног односа донето од стране послодавца као туженог.⁹⁶

III. Закључак

Како је запослени слабија страна у радном односу јер је подређен послодавцу, тј. управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца, то је његова обавеза и дужност да поштује одлуке које послодавац доноси, док ће одговарати у случајевима када те одредбе, на којима се обавеза заснива, угрози и повреди, те из тог разлога законодавац тежи ка томе да запосленом пружи заштиту, али и да истовремено заштити интересе послодавца.

Запослени може одговарати са више аспеката гледано: са грађанског, кривичног, дисциплинског.

Најопштије посматрано, повреда радне обавезе може се дефинисати као последица чињења или нечињења запосленог лица приликом обављања задатка, што значи да је реч о узрочно-последичној вези између радње односно пропуста запосленог и настале последице. Ово представља дисциплински кажњиво дело и повлачи за собом дисциплинску одговорност запосленог. Свака повреда радне обавезе представља случај за себе, тако да тежину, тј. озбиљност сваке повреде, као и последице које је она произвела, треба ценити засебно. Слично повреди радне обавезе, као облик скривљеног понашања запосленог али које се разликује, јесте непоштовање радне дисциплине. Непоштовање радне дисциплине се може одредити као скривљена повреда радне обавезе која је противправна и коју је запослени извршио на раду или у вези са радом. Она, попут повреде радне обавезе, представља разлог услед чијег наступања може доћи до престанка радног односа запосленог.

Поред наведеног, треба имати у виду и чињеницу да повреда радне обавезе може представљати и кривично дело, прекршај или привредни преступ.

⁹⁶ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 730/2001 од 18. септембра 2002. године.

Међутим, између дисциплинске и кривичне одговорности запосленог постоји и много разлика. Оно што их пре свега разликује јесте то што немају исти циљ. Наиме, дисциплинска одговорност представља одговорност која се санкционише ради заштите радне средине, послодавца и других запослених лица, док кривична одговорност изазива санкционисање оних повреда које се односе на читаво друштво; из овога се да закључити да је дисциплинска одговорност ужа од кривичне, као и то да је реч о облицима одговорности који су независни један од другог.

Дисциплинска одговорност запосленог престаје престанком радног односа, док кривична одговорност због кривичног дела које је учињено на раду или у вези са радом егзистира уколико се утврди након спроведеног кривичног поступка и по престанку радног односа запосленог; ово указује на то да се општи појам и елементи бића кривичног дела не могу поистоветити са појмом и елементима повреде радне обавезе, што се аутоматски рефлектује и на однос дисциплинске и кривичне одговорности које се због тога не могу изједначити, нити једна другу искључити, због њихове различите правне природе.

С обзиром да понашање запосленог за последицу може имати оба поменута облика одговорности, то неће аутоматски за последицу имати да непостојање конкретног кривичног дела за собом повлачи и непостојање елемената који чине биће повреде радне обавезе. Дисциплинска одговорност може бити паралелна са кривичном одговорношћу, тако да је могуће и паралелно постојање кривичне и дисциплинске одговорности које се заснивају на истој радњи која је сама по себи забрањена, па је самим тим и допуштено, а и могуће истовремено кажњавање за оба деликта.

Како у нашем законодавству нема посебног закона који регулише дисциплинску одговорност и дисциплински поступак, одредбе о овоме садржане су у законима који регулишу посебан режим радних односа, између осталог и у Закону о државним службеницима, Закону о полицији и Закону о Војсци Србије, као и другим законима који се примењују у посебном режиму радних односа. С друге стране, Закон о раду, који се примењује у општем режиму радних односа, не садржи правила која регулишу ову материју.

То што дисциплинска одговорност заузима централну позицију радног законодавства сваке државе, што је радно законодавство уско повезано са укупним односима унутар сваког друштва, те што рад представља основ опстанка запосленог и његове породице, као и то што је запослени слабија страна у радном односу, јасно указује на велики

значај који ова одговорност има. Како наше законодавство нема посебан закон посвећен дисциплинској одговорности и дисциплинском поступку, остаје нада да ће у блиској будућности законодавна власт Републике Србије попунити постојеће празнине у овој области права одговарајућим законским решењима и на тај начин ову област ставити под пуну контролу и унапредити је, а самим тим и односе у друштву подићи на виши степен.

Bogdan D. Todorović, LL.M.

attorney at law in Belgrade

NOTION OF DISCIPLINARY LIABILITY OF EMPLOYEE

Summary:

Matter of disciplinary liability of employees in Serbian law is presented in the article, both from theoretical and practical aspect. The author examines legal regime of disciplinary liability of employees (legal framework, basis of liability, conditions for existence of liability, reasons for exclusion of liability) and explains main notions in this field of law and difference between breach of work duty and non-compliance with work discipline.

Key words: employee, disciplinary liability, work discipline, breach of work duty, discipline law, disciplinary action, labour law, labour relations

UDK 341.63:339.5
341.241.8

Павле Шаврешиновић

адвокатски приправник у Београду*

ЧЛАН 3 БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВИНСКИМ АРБИТРАЖАМА**

Сажетак:

Тема рада је анализа члана 3 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција), кроз доктринарна схватања и арбитражну праксу. Аутор раду приступа афирмишући примену Бечке конвенције, као једног врло често примењивог материјалног права у међународним трговинским арбитражама. Члан 3 представља норму захваљујући којој Бечка конвенција поседује потенцијал да буде примењена на граничне случајеве у којима је на први поглед нејасно да ли се ради о уговору о продаји робе или пак о неком другом уговору на који се Бечка конвенција не примењује. Аутор објашњава критеријуме и мерила за примену Бечке конвенције кроз њен трећи члан, што често представља важно питање са којим се сусрећу учесници арбитражног поступка.

Кључне речи: примена Бечке конвенције, мешовити уговори, међународне трговинске арбитраже, међународна продаја робе

І. Увод

Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (позната као Бечка конвенција) је међународна конвенција која је, захваљујући принципу аутономне интерпретације који је у њу инкорпориран у члану 7 став 2,¹ подобна да буде тумачена тако да оствари своју

* Адвокатска канцеларија „ТСГ Томић Синђелић Гроза”.

** Рад награђен на Конкурсу „Гашо Кнежевић” за најбоље радове студената основних и мастер студија Правног факултета Универзитета у Београду на теме из области алтернативног решавања спорова.

¹ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem – *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (4th Edition), Oxford Legal

примену на нове околности. Главни мотив израде ове Конвенције био је успостављање универзалног сета правила који би регулисао међународне уговоре о продаји робе.² Правна сигурност је апсолутни имепратив у околностима непрестаног развоја међународне размене (продаје), а Бечка конвенција је управо донета са циљем да се створи правна извесност и могућност ефикасне правне заштите.³ Посебан значај овој Конвенцији даје чињеница да се она веома често примењује у арбитражној пракси,⁴ те је њена функција директно везана за арбитражно решавање спорова, свуда у свету. Основни услови примене Бечке конвенције могу се свести на неколико кумулативних услова, садржаних у члановима 1 и 6 Конвенције. *Прво*, потребно је да се ради о уговору о међународној продаји робе, то јест да уговорници имају своја седишта на територијама различитих држава; *друго*, државе у којима уговорници имају своја седишта морају бити државе уговорнице Бечке конвенције или да правила међународног приватног права упућују на примену Бечке конвенције; и *треће*, потребно је да уговорници нису искључили примену Бечке конвенције.

Након члана 2 Бечке конвенције, који таксативно набраја на које се уговоре о продаји конвенција не примењује, члан 3 представља својеврсни *ultima ratio* за њену примену у граничним случајевима – оним случајевима код којих је правна природа уговора вишеструка (мешовита), а самим тим је упитна и сама примена Бечке конвенције.

Члан 3 регулише две ситуације. *Са једне стране*, члан 3 у ставу 1 предвиђа да уговор којим се један уговорник обавезује да за другог изради или произведе одређени производ представља уговор о продаји робе у смислу Бечке конвенције. У том случају, уговорник који има да изради одређени производ за другог је продавац, независно од тога да ли је обавезан да производ изради ручно или на други начин. Дакле, у овом случају, ради се о продаји робе која у тренутку закључења уговора још увек не постоји, већ се тек има израдити или произвести.

Research Library, 2016, 328 (e-version); Larry DiMatteo – *International Sales Law, a Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge, University Press, 2005, 12; исто тако и Немачки савезни суд у својој пресуди BGH, 2 May 2005, CISG-online 999.

² Преамбула Бечке конвенције.

³ Kistina Fausing Kylljaer – *The applicability of the CISG on transactions of software*, 29, доступно на сајту School of Business and Social Sciences – Aarhus Universitet: https://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/forskning/rettid/Afh_2019/afh6-2019.pdf.

⁴ Peter Huber, Alastair Mullis – *The CISG, A new textbook for students and practitioners*, European Law Publishers, 2007, 66.

Са групе *стране*, став 2 истог члана бави се уговорима који у себи садрже, поред права и обавеза из уговора о продаји, и обавезу или обавезе које се састоје од одређеног рада или услуге, због чега овакве уговоре називамо мешовитим, управо због оних обавеза у њима које нису типичне за уговор о продаји. Због тога, овакви *sui generis* уговори⁵, чине посебно занимљивим питање примене Бечке конвенције.

II. Уговор о испоруци робе која треба да се изради или произведе

Члан 3 став 1 Бечке конвенције гласи: „Уговорима о продаји сматрају се и уговори о испоруци робе која треба да се изради или произведе, изузев ако је страна која је робу наручила преузела обавезу да испоручи битан део материјала потребних за ту израду или производњу.”

Модерна трговина подразумева не само продају добара која су финализирана као готов производ у моменту закључења уговора, већ и продају добара која се тек имају произвести, те тако ова врста уговора *de facto* представља типичан уговор о продаји робе⁶.

Оно што је кључно за примену Бечке конвенције у погледу оваквих уговора, у којима се једна страна уговорница обавезала на израду, односно производњу одређене робе, независно од тога да ли је у питању продаја по спецификацији купца или производња генеричне робе јесте да јој други уговорник не доставља битан део материјала потребних за ту израду или производњу.⁷ Ова формулација заправо, са аспекта примене Конвенције, представља својеврстан негативни услов за њену примену. То значи да је услов за примену Конвенције одсуство снабдевања

⁵ Christoph Brunner, Michael Feit – *Article 3 [Goods to be Manufactured; Services]*, in Christoph Brunner, Benjamin Gottlieb (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International 2019, 37; P. Schlechtriem, P. Butler – *UN Law on International Sales – The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer Berlin, 2009, 23.

⁶ Franco Ferrari, *Contracts for the sale of made-to-order goods and services*, in Ferrari/Flechtner/Brand (eds.), *Draft UNCITRAL digest and beyond: cases, analysis and unresolved issues in the U.N. sales convention*, European Law Publishers Munich 2008, 65,67; Jan Ramberg, *International Commercial Transactions ICC*, Norstedts Juridik AB Stockholm 2011, 38; Frank Diedrich, “The CISG and Computer Software Revisited”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, Supplement*, 2002, 60; Peter Huber – *Scope of Application of the Convention*, in Huber/Mullis (eds.), *The CISG – A New Textbook for students and practitioners*, European Law Publishers Munich 2007, 44.

⁷ I. Schwenzer, P. Hachem, 64.

продавца од странке купца, и то битним делом материјала који је потребан за стварање те робе која је предмет уговора.

Дакле, није *a priori* искључена свака могућност снабдевања произвођача (продавца) неком врстом материјала од којег би се сачинио производ (роба) који је предмет уговора, већ само оног материјала који представља битан део од укупног коришћеног материјала за његову израду. Да би се боље терминолошки разумело шта представља битан део материјала, корисно је осврнути се на стране преводе Бечке конвенције. Тако, енглеска верзија Конвенције овај услов формулише као субстанцијални *geo материјала* (*substantial part of the materials necessary for such production*), док немачки превод конвенције користи термин који би се могао превести као *знајни, бијан или есенцијални geo материјала* (*wesentlicher Teilderfür die Herstellung/Erzeugung notwendigen Stoffe*) – у том смислу се може рећи да се заправо ради о знатном, субстанцијалном, кључном, круцијалном, есенцијалном делу материјала који је неопходан за производњу такве робе.

У спору, терет доказивања да одређени уговор није уговор о продаји робе је на страни која тврди да овај негативан услов за примену Бечке конвенције није испуњен, односно на оној страни која тврди да је испоручила битан део материјала потребних за израду или производњу робе која се продаје.⁸ Због оваквог својеврсног *in favorem conventionis* правила, у потенцијалном спору би страна која претендује на примену Бечке конвенције имала бољу стартну позицију. Сада, када знамо да овакви уговори у начелу јесу уговори о продаји робе, те да се Конвенција примењује у случају да се не докаже супротно, потребно је анализирати детаљно одлучујући појам од чијег тумачења зависи примена читаве Конвенције – *бијној дела материјала неопходној за производњу или израду робе*.

1. Критеријуми за дефинисање појма *бијној дела материјала* у смислу члана 3 став 1

Доктрина и пракса су изнедриле критеријуме који дају одговор на питање шта представља битан (супстанцијални) део материјала у смислу члана 3 став 1 Бечке конвенције. Два најважнија критеријума који се

⁸ I. Schwenzer, P. Hachem, 71; Milena Djordjević – Article 4, in Kröll/Mistelis/Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Commentary*, Second Edition, C.H. Beck-Hart-Nomos Publishers Munich 2018, 82, 83.

помињу су *економска вредност* материјала и *функционална важност* дела материјала у погледу креирања финалног производа.

Већина виђених међународних аутора из ове области преферира тест економске вредности, те предлаже његову примену као полазну тачку.⁹ Тест економске вредности се састоји у поређењу вредности материјала које је доставио уговорник који наручује производњу или израду одређене робе, са вредношћу осталих материјала који су коришћени за ту производњу или израду од стране продавца (произвођача), према вредности тих материјала у тренутку закључења уговора. Сходно томе, битан део материјала ће у том смислу представљати онај део материјала чија вредности прелази 50% од укупне вредности материјала који су коришћени за производњу или израду. Само такав део материјала би се могао сматрати довољно битним, и само тада би било оправдано сматрати да се не ради о уговору о продаји робе.

Ипак, у сваком појединачном случају, ни други критеријум не би смео бити занемарен. Наиме, веома је важно утврдити да ли је материјал који је достављен произвођачу од есенцијалног значаја за функционисање производа који ће бити израђен или произведен, при чему ће често индикација тога бити квантитативно мерило,¹⁰ што је најбоље представљено у примеру број 2 у наставку текста.

Пример 1: Као пример за први критеријум (*економска вредност* материјала) нам може послужити случај из арбитражне праксе Арбитражног трибунала Мађарске коморе за индустрију и трговину у којем је решено у корист примене Бечке конвенције помоћу економског критеријума:¹¹ У овом арбитражном спору, купац из Аустрије и продавац из Мађарске су се, између осталог, спорили и у погледу примене Бечке конвенције на уговор који су закључили. Наиме, предмет уговора о продаји било је дванаест контејнера које је тужилац (продавац) испоручио туженом (купцу), док је тужени снабдео продавца са кованим пратећим елементима за контејнере који су били инкорпорирани у контејнере приликом њихове израде. Поређењем укупне вредности свих пратећих елемената (23.000 шилинга) са укупном вредношћу контејнера, без пратећих елемената који су достављени од стране купца (сваки од контејнера је вре-

⁹ P. Schlechtriem, P. Butler, 25; CISG-AC, Op 4 Perales Viscasillas, коментар 2.6.; тако и у саветодавном мишљењу Саветодавног тела, CISG-AC, Op 4 Perales Viscasillas, коментар 2.6; и у пресуди Вишег суда у Инсбруку: OLG Innsbruck, 18 December 2007, CISG-online 1735.

¹⁰ P. Huber, A. Mullis, 44; I. Schwenzer, P. Hachem (2016), 65.

¹¹ Случај *Arbitral Tribunal of the Hungarian Chamber for Industry and Commerce Budapest*, 5 December 1995, CISG-online 163.

део у просеку између 12 и 20.000 шилинга), дошло се до закључка да ови пратећи елементи не могу представљати супстанцијални део финалног производа. Пошто стране нису искључиле примену Бечке конвенције, она је као део позитивног права Мађарске, на бази овог чењеничног стања и тумачења арбитражног трибунала, била примењена као меродавно право у конкретном спору.

Пример 2: Као пример за други критеријум (*функционална важност* дела материјала) могао би послужити случај у којем је арбитражни трибунал при Кинеској међународној економској и трговинској арбитражној комисији, служећи се њиме, позитивно одлучио о примени Бечке конвенције на конкретан уговор.¹² Уговор поводом којег је настао спор је за предмет имао продају извесних добара (изостављено из текста одлуке због поверљивости трансакције). Наиме, купац из Кине (тузилац у спору) је доставио одређене неопходне састојке за производњу одређене робе која је предмет уговора о продаји, те је тврдио да самим достављањем тих материјала предметни уговор не представља уговор о продаји робе у смислу Бечке конвенције. Тужени продавац из Сингапура је, како констатује арбитражни трибунал, обезбедио сав остали (квантитативно већи) неопходан материјал од којег је сачињена роба која је предмет уговора о продаји. Стога се материјал који је тужилац доставио не може сматрати суштинским у квантитативном, а ни функционалном смислу, јер нема већи функционални значај од осталих материјала који су коришћени у изради робе.

Сасвим је могуће замислити спорове који извиру из уговора о наруџбини одређених производа, које је могуће израдити искључиво уз узајамну високотехнолошку сарадњу оба уговорника. Могло би се тако, као пример за то, поставити реторичко питање – под претпоставком испуњености свих општих услова за примену Бечке конвенције, да ли би уговор о продаји робе у смислу Бечке конвенције био уговор у којем наручилац наручује од произвођача робу у виду вакцина, притом достављајући том произвођачу одређене биолошке (физичке) компоненте које представљају резултат истраживања и развоја од стране наручиоца. Да ли би у том случају одређена компонента вакцине представљала битан део материјала који је коришћен у једном таквом комплексном уговору?

Одговор на то, као и на бројна друга хипотетичка и стварна питања која се могу појавити у пракси, дао би члан 3 у ставу 1. Бечка конвенција

¹² У питању је случај *CIETAC – China International Economic & Trade Arbitration Commission, CISG-online 1707, 13-Jun-2005.*

ће се, дакле, уколико су испуњени општи услови њене примене, применити по аутоматизму и на уговоре којима се произвођач обавезује наручиоцу да за њега изради одређену робу, осим уколико наручилац применом претходно описаних критеријума не успе да докаже да је доставио битан део материјала за ту производњу.

2. Ситуације у којима члан 3 став 1 нема примену

Доктрина и пракса су додатно протумачиле садржину члана 3 став 1. Тако, планови, *know-how*, и сличне ставке које купац доставља или којима снабдева продавца, не представљају материјале у смислу члана 3 став 1 Бечке конвенције, чак и када имају вредност која надмашује вредност материјала који се користе у производњи робе. Овакво схватање представља доминантно модерно становиште доктрине, иако је у прошлости било и супротних одлука¹³.

Тако уговори о интелектуалним услугама, попут припреме научног истраживања, не спадају у дефиницију робе у смислу ове Конвенције због одсуства својства покретности и физичке форме, те су стога искључени из њене примене. Супротно, уколико се ради о физичком предмету који је само плод (резултат) интелектуалног рада, те поседује нужна својства робе (материјална форма и преносивост), такав предмет може представљати робу у смислу Конвенције.¹⁴

Из претходног се може закључити да ће страна у спору којој одговара примена Бечке конвенције, поново имати бољи почетни положај. Чак и уколико је у питању сложени, модерни уговор којим се приликом уговорене трансакције доставља *know-how* или одређени планови који су неопходни за израду робе која се наручује, Бечка конвенција ће и у том случају бити примењена, у случају испуњености општих услова њене примене.

III. Мешовити уговори

Члан 3 став 2 Бечке конвенције гласи: „Ова конвенција се не примењује на уговоре у којима се претходно дефинисана роба обавезује доставити робу састојци у извршењу неког рада или пружању неких услуга.”

¹³ Р. Schlechtriem, Р. Butler, 24; С. Brunner, М. Feit, 39; примери супротних одлука: *Cour d'appel de Chambéry 25 May 1993, CISG-online 223; Tribunal de première instance Genève, 30.03.2015, 15–16, CISG-online 2713.*

¹⁴ С. Brunner, М. Feit, 40.

Став 2 се бави такозваним *мешовитим уговорима*, уговорима који у себи садрже комбинацију елемената уговора о продаји и уговора о вршењу одређених услуга или неког рада.¹⁵ Најпре, важно је нагласити да је општеприхваћено да се под појмом услуге подразумевају и други елементи уговора који се не састоје нужно од услуга у ужем смислу, то јест да појам услуге треба схватити у најширем смислу те речи.¹⁶ Управо је овај шири појам услуге кључан за примену Бечке конвенције на свакојаке мешовите уговоре, посебно оне врсте уговора који се у будућности могу потенцијално појавити. Став 2 такође може бити окарактерисан као негативан услов за примену Бечке конвенције у том смислу што је за њену примену неопходно да предметни уговор не представља уговор којим се претежно пружају услуге или врши одређени рад. Стога, у смислу Бечке конвенције, уговор ће представљати уговор о продаји робе када роба која је предмет уговора чини претежни део уговора, то јест када она чини више од 50% уговора у време закључења уговора.¹⁷

И у овом случају се полази од претпоставке примене Бечке конвенције на тај начин што је терет доказивања да се Конвенција не примењује на оном уговорнику који тврди да се уговор претежно састоји од услуге или рада.¹⁸

¹⁵ L. Mistelis, A. Raymond – *Article 1*, in Kröll/Mistelis/Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Second Edition Munich 2018, 58; Peter Huber – *Scope of Application of the Convention*, in Huber/Mullis (eds.), *The CISG – A New Textbook for students and practitioners*, European Law Publishers Munich 2007, 42; Mariel Dimsey – *Article 3*, in Schwenzner/Fountoulakis/Dimsey (eds.), *International Sales Law*, Routledge Cavendish New York 2007, 41; J. Ramberg, 40.

¹⁶ I. Schwenzner, P. Hachem, 71; P. Huber, 42; Herbert Bernstein, Joseph Lookofsky – *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International The Hague 1997, 15.

¹⁷ L. Mistelis, A. Raymond, 55, 59; I. Schwenzner, P. Hachem, 70; P. Huber, 46; Ray August, *International Business Law*, Fourth Edition, Pearson Education International New Jersey 2004, 542; Eldon Reiley, *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law*, Carolina Academic Press Durham 2008, 34.

¹⁸ I. Schwenzner, P. Hachem, 72; Franco Ferrari, Marco Torsello, *International Sales Law – CISG in a Nutshell*, Second Edition West Academic Publishing St. Paul 2018, 123; Francesco Mazzotta, *Article 3*, in Baasch Andersen/Mazzotta/Zeller (eds.), *A Practitioner's Guide to the CISG* JurisNet, LLC New York 2010, 43; Ппотврђено у одлуци Врховног суда Аустрије: *OGH, 8 Nov 2005, CISG-online 1156*; као и у одлуци Вишег суда у Олденбургу: *OLG Oldenburg, 20 Dec 2007, CISG-online 1644*.

1. Критеријуми за одређивање појма претежног дела обавезе у смислу члана 3 став 2

Критеријум који је најзаступљенији у пракси и теорији је критеријум *економске вредности* који сугерише поређење вредности елемената (обавеза) уговора о продаји робе, са једне, и уговора о пружању услуга или рада, са друге стране, као да су у питању два одвојена уговора.¹⁹

Пример 3: Као добар пример незаобилазности примене члана 3 у споровима представља и случај из праксе Арбитражног трибунала при Трибуналу међународне трговинске арбитраже Руске федерације, у спору продавца из Немачке и купца из Русије.²⁰ Конкретним уговором је била уговорена продаја одређене опреме, а уз то и извршење одређених услуга које су се састојале, између осталог, у обавези обављања неких грађевинских радова, балансирању, пуштању у рад опреме, геодетских и сличних радова. Кључна тачка спорења између ове две стране није била због саме примене Бечке конвенције, већ због физичких недостатака испоручене робе, али је Арбитражни трибунал свакако морао да примени, и у својој одлуци то и учинио, економски критеријум поредивши вредност испоручене опреме са вредношћу услуга које су уједно уговорене, како би уопште установио да ли је Бечка конвенција меродавно право у конкретном арбитражном спору. Овај случај представља добар пример тога да се анализа члана 3 не може избећи у оваквим уговорима, ма који који конкретан повод за избијање спора био.

Ипак, други критеријум који никако не би требало занемарити приликом анализе става 2 је *воља уговорника*. Воља уговорника се тумачи према члану 8 Конвенције и може представљати, према неким ауторима допунски, а у одређеним околностима и пресудни показатељ да ли одређени уговор јесте или није претежно уговор о продаји робе.²¹ Како је намера, односно воља уговорника критеријум који може превладати или допунити пуку економску рачуницу, важно је утврдити да ли је у конкретном уговору који је предмет анализе на било који начин изражена воља уговорника спрам правне природе уговора, у складу са чла-

¹⁹ I. Schwenzer, P. Hachem, 69; F. Ferrari, M. Torsello, 122; L. Mistelis, A. Raymond, 55, 59; F. Mazzota, 43; C. Brunner, M. Feit, 41, 42; P. Huber, L. Di Matteo, 227; исто тако и у одлукама *Landesgericht (LG) Mainz, 26 Nov 1998, CISG-online 563; Kantonsgericht (KG) Zug, 14 Dec 2009, CISG-online 2026.*

²⁰ Ради се о следећем случају из руске арбитражне праксе: *TICARFCCI (Russian Federation), 30 May 2000, CISG-online 1077.*

²¹ I. Schwenzer, P. Hachem, 67, 70, 139; P. Huber, 47; L. Mistelis, A. Raymond, 59; F. Ferrari, M. Torsello, 122; P. Schlechtriem, P. Butler, 26.

ном 8 Конвенције. Члан 8 предвиђа две врсте интерпретационих правила помоћу којих се настоји открити права намера уговорника. У ставу 1, налази се такозвани *субјективни шесџ*, док се у другом ставу налази такозвани *објективни шесџ*.²²

Пример 4: Пример за случај у којем је суд приликом одлучивања о природи уговора анализирао вољу уговорника представља и случај из немачке праксе.²³ У овом случају, предмет уговора је била производња, продаја и достава својеврсног „креп цилиндра”. Суд је анализирао текст уговора, те је, поред осталог, констатовао да су стране морале бити свесне да је производња, продаја, достава и евентуална инсталација машине природни и саставни део оваквих уговора у којима је тежиште уговора на самој роби која је предмет продаје. Поред анализе вредности обавеза у уговору (први критеријум), суд се у овом случају осврнуо, као на секундарни критеријум и на претпостављену намеру уговорника, анализирајући текст уговора и остале околности случаја.

Надовезујући се на пример о вакцинама који је дат раније у тексту, замислимо ситуацију у којој би купац уговорио са продавцем куповину одређеног броја вакцина, али уз саму продају истовремено уговорио и обавезу продавца да изврши одређено истраживање и развој на самим вакцинама, користећи за те сврхе своје техничке капацитете. У таквом уговору би истовремено били присутни елементи уговора о продаји (вакцина) и уговора о услузи која би се састојала у вршењу рада на истраживању и развоју вакцина од стране продавца. На питање да ли се на овакав или сличан мешовити уговор примењује Бечка конвенција, адекватан одговор би дала анализа описаних мерила и критеријума члана 3 став 2 Конвенције.

2. Тумачење намере уговорника у погледу природе уговора према члану 8 Бечке конвенције

Како је воља уговорника често кључан критеријум за разазнавање стварне (превалентне) природе уговора, потребно је осврнути се и на члан 8 Бечке конвенције, који своју примену у овом питању дугује једногласним ставовима праксе и доктрине.

Субјективни шесџ, предвиђен ставом 1 члана 8 састоји се у томе да ће се изјаве и друга понашања једне стране тумачити у складу са њеном

²² F. Ferrari, M. Torsello, 156.

²³ Ради се о следећем случају: *Case Law on UNCITRAL Texts – CLOUT case No. 346 – Landgericht Mainz, Germany, 26 November 1998.*

намером када је друга страна знала ту намеру или јој та намера није могла бити непозната. Према ставу Апелационог суда у Навари, члан 8 став 1 Конвенције, препознајући субјективне критеријуме за тумачење, позива на истрагу стварне намере страна, али искључује употребу дубинских психолошких истрага. Стога, ако су термини коришћени у уговору јасни, мораће им се дати њихово дословно значење, па странке касније не могу тврдити да њихова неизјављена намера треба да превлада.²⁴

Објективни шест, предвиђен ставом 2, налаже да, чак и ако субјективна намера страна остаје нејасна, изјаве и друга понашања једне стране тумачиће се онако како би их разумело лице истих својстава као друга страна схватила у истим околностима. Немачки савезни суд је у једном случају утврдио да услужни део уговора чини његов претежни део ако се набавка робе врши само ради омогућавања обављања услуга.²⁵ Објективна намера уговорника се, дакле, може утврдити посредно, рецимо анализом функције коју роба има у односу на услужну обавезу коју врши уговорник (продавац) који је доставља. Уколико је функција робе таква да она представља пуко средство за вршење уговорене услуге, онда би објективна намера уговорника претежно била усмерена на услугу као главну сврху уговора. Супротно, уколико би се роба достављала ради себе саме, а притом је уговорено и вршење одређене услуге од стране продавца која би за циљ имала омогућавање функционисања или стављање у погон одређене робе (машине/строја), то би се према објективном тумачењу требало квалификовати као уговор о продаји.

Члан 8 Конвенције отвара врата широком спектру инструмената и правила које је изнедрила пракса и доктрина, а путем којих се настоји изнаћи стварна воља уговорника. Природу уговора у спорним случајевима често може открити значење употребљених израза и појединих уговорних одредби, те је питање њиховог тумачења уједно значајно и за примену Бечке конвенције на мешовите уговоре. Као један од таквих примера представља правило *contra proferentem*. Доктрина и судска пракса стоје на становишту да *contra proferentem* интерпретационо правило има своју примену и у Бечкој конвенцији.²⁶ *Contra proferentem* под-

²⁴ Случај: *Audiencia Provincial de Navarra*, 27 Dec 2007, *CISG-online* 1798.

²⁵ Ради се о одлуци немачког савезног суда: BGH, 7 Dec 2017, објављеној на: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bb3d53c9&Sort=2057&Seite=1882&nr=80482&pos=56469&anz=57817&lan=1.pdf>.

²⁶ P. Huber, 15.

разумева да тумачење одређеног термина или уговорне одредбе у сумњи треба тумачити на штету стране уговорнице која је одговорна за његово састављање или интегрисање у уговор.²⁷ Уколико би, рецимо, одређени уговор по приступу, односно уговор чију садржину у потпуности формира један уговорник, ово интерпретационо правило би налагало да се свака нејасноћа у погледу тумачења одређене одредбе или термина има тумачити на штету те (јаче) стране, то јест да би тај уговорник сносио штетне последице недоказаног значења такве једне одредбе или искоришћеног термина. Исто тако је могуће замислити ситуацију где је једна уговорна страна у преговорима инсистирала на увођењу одређене клаузуле у уговор, која би потом у случају спора морала сносити ризик и последице нејасноће такве одредбе. Користећи се овим и бројним другим методама које доктрина и пракса нуде, изналажењем објективне намере уговорника би се могло решити питање природе мешовитог уговора, а самим тим и питање примене Бечке конвенције на њега.

III. Закључак

У сваком конкретном случају, када је предмет анализе сложени (*sui generis*) уговор са елементима који га чине *мешовитим*, или пак уговор којим се врше поруцбине одређене робе која се тек има произвести од *материјала које снабдевају обе уговорне стране*, постоји могућност за примену Бечке конвенције, уколико се питању њене примене приступи систематично и на претходно описан начин.

Право настоји да унесе ред у свет око нас, али то често тек пошто објективна стварност својим променама то услови. Идеалан пропис би био онај који је способан да одоли зубу времена, да одише флексибилношћу, те да стога може да одговори динамичним променама стварности. Сведоци смо све веће специјализације, развоја технологије, те сталне експанзије међународне трговине – скупа све то представља изазове модерног доба, за модерно право, право које већ данас одликује огромна сложеност и изобиље прописа.

²⁷ Martin Schmidt-Kessel – Article 8, in Schlechtriem/Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)*, Fourth Edition, Oxford University Press New York 2016, 170; C. Brunner, C. Hurni, M. Kissling – Article 8, in Brunner/Gottlieb (eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, The Hague, 2019, 98; потврђено у пресуди немачког савезно суда: *BGH, 28 May 2014, CISG-online 251*; такође и у саветодавном мишљењу *AC Opinion No. 13, Rule 9*.

Ако су одрживост, флексибилност и универзалност вредности које би један правни пропис чиниле изузетним, може се донети закључак да члан 3 представља механизам који Бечку конвенцију повезује са тим вредностима.

Члан 3 Бечке конвенције, у духу њене аутономне интерпретације, као Конвенције која је најчешће материјално право у међународним трговинским арбитражама, може бити кључан за њену одрживу примену у све комплекснијој (уговорној) стварности.

Pavle Stavretović

apprentice in law in Belgrade
(Law Office „Tomić Sindelić Groza”)

APPLICATION OF ARTICLE 3 OF VIENNA CONVENTION IN
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Summary:

The topic of this paper is the analysis of Article 3 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention), through doctrinal considerations and arbitration practice. Author affirms in the paper the application of the Vienna Convention, as one of the most applicable substantive law in international commercial arbitrations. Article 3 represents the norm by which the Vienna Convention has the potential to be applied to borderline cases in which it can be unclear whether the contract in question is the contract for the sale of goods or some other contract to which the Vienna Convention does not apply. The said provision of the Vienna Convention is a mechanism which plays a major role in deciding whether the Vienna Convention should be applied and is, therefore, of great importance in international commercial arbitrations.

Key words: application of Vienna Convention, mixed contracts, international commercial arbitration, international sale of goods

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

UDK: 347.917

Др Мирослав Пауновић

адвокат у Београду

АРБИТРАЖНИ ПОСТУПАК У СЛУЧАЈУ ОДСУТНОСТИ ЈЕДНЕ СТРАНКЕ

Сажетак:

У чланку се разматра питање спровођења арбитражног поступка у случају да једна странка (по правилу туженик), иако јој је омогућено да у арбитражи учествује, одбије или пропусти да то учини. Основни став који аутор износи је да у арбитражи не може да се донесе пресуда односно одлука на основу изостанка. Овај приступ се илуструје решењима из правилника арбитражних институција којима је основни циљ да се спречи покушај туженика да, неучествовањем, осујети одвијање арбитраже на коју је пристао закључујући арбитражни споразум. У прилогу се износе специфичности положаја и поступања арбитра у оваквим ситуацијама, те анализирају услови за доношење одлуке у случају одсутности странке којој је омогућено да у поступку учествује.

Кључне речи: арбитража, арбитражни поступак, изостанак странке из арбитражног поступка, пропуштање странке да учествује у поступку, туженик у арбитражи, арбитражни правилник, арбитражна институција, арбитражна одлука

I. Увод

Арбитража је начин решавања спорова који се ослања на сагласност страна; отуда је и за одвијање арбитраже потребна њихова кооперативност. Но, дух сарадње из кога је потекао арбитражни споразум често, у току извршења посла односно уговора, из разних разлога, нестане.

Могуће је, и дешава се, да једна од странака (по правилу тужена страна) настоји да спречи вођење арбитражног поступка који је покренула друга страна. Она може покушати да омете конституисање арбитражног трибунала тако што не именује или одуговлачи са именовањем свог арбитра односно са давањем сагласности за одређивањем арбитра појединца. У прописима о арбитражи налазе се механизми да се овакво поступање спречи.¹

И правилници домаћих и познатих међународних арбитражних институција садрже одредбе којима је циљ да се обезбеди организовање арбитраже ако то, услед пропуста странака да се о томе договоре или ако једна странка одбије да у поступку учествује, то није могуће; правилници предвиђају такозвани „орган именовања” који одређује арбитра када то странке не учини.² Тиме је знатно смањена могућност да једна

¹ Модел УНЦИТРАЛ-овог закона о арбитражи у чл. 6 предвиђа да ће суд вршити одређене функције „помоћи и контроле” арбитраже међу које спада и именовање арбитра ако саме странке то нису обезбедиле. И Закон о арбитражи (*Службени гласник РС*, бр. 46/2006), у чл. 16 и 17 одређује да је суд надлежан за одређивање броја арбитра (ако то странке нису учиниле); суд одређује и поступак именовања арбитра ако се странке о томе нису споразумеле, те врши именовање ако једна од странака не именује свог арбитра у одређеном року.

² Правилник о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије у чл. 17 и 18 одређује рокове за именовање арбитра и предвиђа да, ако странке то пропусте да учине, именовање врши председник Сталне арбитраже, чиме се обезбеђује отпочињање поступка уколико саме стране не организују арбитражу. Слична правила садржи и Правилник Београдског арбитражног центра – „Београдска правила” (арбитражна институција коју је организовало српско Удружење за арбитражно право) у чл. 15 до 17 (орган именовања је Председништво Арбитражног центра). Београдска правила уређују у чл. 18 и питање именовања арбитра код вишестраних арбитража (када се на тужилачкој или туженој страни налази више лица) у случају да странке које имају исти процесни положај не могу да се договоре о именовању заједничког арбитра – и тада арбитра именује Председништво. Идентична или слична правила садрже и чл. 20 и 21 Правилника Међународног трговинског арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори Руске федерације, Арбитражни правилник МТК где је као орган именовања одређен Међународни арбитражни суд као стално тело МТК (чл. 12), Арбитражни правилник Лондонског суда за међународну арбитражу (чл. 7.2). По Швајцарским арбитражним правилима, ако се странке не договоре о броју арбитра или пропусте да именују арбитра или арбитра, то ће уместо њих учинити стални орган Швајцарског арбитражног центра (чл. 9 до 11). УНЦИТРАЛ-ова арбитражна правила (за *ad hoc* арбитраже) у члану 6 предвиђају да је орган именовања (када се поступак одвија по тим Правилима), ако странке нису саме одредиле тај орган, бити генерални секретар Сталног арбитражног суда у Хагу; орган именовања (кога су изабрале странке или који је одређен према Правилима) одређује број арбитра и именује

странка, туженик, омета конституисање арбитраже односно отпочињање арбитражног процеса.

Но, и када се арбитража, уз учешће странке или без ње, конституише, једна од страна може се држати пасивно у поступку, односно може одбити или пропустити да у њему учествује. Нема сумње да је и ово својеврсно ометање спровођења арбитраже. Поставља се питање како арбитрари треба да поступе у оваквој ситуацији.

Код разматрања овог питања треба имати на уму да је једно од основних начела арбитраже да се странкама мора обезбедити једнак третман, право на одбрану, на изношење аргументације и доказа.³

Арбитражни правилници посветили су доста пажње неким ситуацијама и проблемима у раду међународних арбитража у привредним стварима и, на прилично уједначен начин, одговорили на питања која су се у пракси показала као спорна (на пример, поступак у ситуацијама када од странака именовани арбитра не могу да се договоре о избору трећег арбитра, када арбитражно веће остане „крње” односно када један од арбитра није у могућности да врши функцију и када се створе услови за замену арбитра, питање привремених мера и мера обезбеђења које доноси односно наређује арбитража, дефиниција седишта арбитраже и др.).

Но, правилници су нешто мање пажње посветили питањима спровођења арбитражног поступка када само једна странка у њему учествује

их ако странке пропусте да то саме учине (чл. 7 до 10). И правила која уређује инвестиционе арбитраже не остављају могућност да странке опструирају започети поступак – тако чл. 37 Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. предвиђа да арбитражни суд треба да се образује у „најкраћем року после регистравања тужбе”, али истовремено у чл. 38 одређује да ће генерални секретар именовати арбитра односно арбитра који нису именовани уколико арбитражно веће није образовано у року од 90 дана и то „уз консултацију са обе стране” (Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006).

³ Закон о арбитражи ово начело врло јасно изражава у члану 33: „У ипостуиуку њред арбитражним судом стране су равнойравне. // Арбитражни суд је дужан да свакој страници омогући да изнесе своје ставове и доказе, као и да се изјасни о радњама и предлозима противне стране.” Исте одредбе садрже и правилници арбитражних институција. Арбитражни правилник МТК налаже да арбитражни трибунал „ипостуиуи на фер и нейриситрасан начин њако да обезбеди да свака страна има разумну могућност да изнесе свој случај”. (чл. 22.4). И Арбитражни правилник Лондонског суда за међународну арбитражу јасно одређује обавезу арбитра да „делају фер и нейрситрасно међу странкама дајући свакој разумну могућност да изнесе свој случај ње да одговори на наводе свој противника” (чл. 14.1 ii).

(а пошто су странке арбитраже именовале, саме или је у томе интервенисао суд или орган именовања). Ово одсуство прецизнијих упутстава у арбитражним правилницима може се, вероватно, објаснити суптилношћу проблема које доноси бојкот поступка од стране једног учесника односа, који је добровољно прихватио арбитражно судовање; ова материја, отуда, „измиче” детаљном уређивању путем чврсто утврђених правила. Но, у правилницима се, ипак, налази довољно упутстава која омогућавају арбитражима (па и судовима у накнадној контроли арбитражних одлука) да се очува првобитна намера странака да спорове из својих пословних односа изузму из надлежности државних судова и повере их на решавање арбитражи.

Овај рад је покушај да се размотре нека од питања и правила за поступања арбитра у ситуацијама када једна од странака, по правилу туженик) не учествује у поступку после конституисања арбитраже (избегавање тужиоца да, пошто иницира поступак, у њему даље учествује, врло је ретка ситуација).⁴

Рад се бави такозваним трговачким арбитражама. У инвестиционим арбитражама, где је тужена страна по правилу држава и које се одвијају на основу међународних конвенција и билатералних споразума о заштити инвестиција, појава неучествовања странке у арбитражном поступку није толико изражена.

II. Када се сматра да странка не учествује у поступку (облици бојкота арбитраже)

Поставља се, најпре, питање када се може сматрати да странка не учествује у поступку пред међународном трговинском арбитражом.

Правила поступка пред судовима прописују обавезе страна у погледу појединих процесних радњи и рокова, те садрже детаљна упутства о томе када се сматра да туженик не учествује у поступку и какве су

⁴ Закон о арбитражи Србије о последици пропуштања самог тужиоца садржи одредбу по којој, ако тужилац, после подношења захтева за арбитражу (којим је започео арбитражни поступак и изнео основне ставове и захтеве), не поднесе тужбу, арбитражни суд може да обустави поступак (чл. 42 тач. 1). Швајцарска арбитражна правила одређују да ће арбитражно веће, ако тужилац пропусти да поднесе тужбу (пошто је отпочео поступак), окончати арбитражни поступак (чл. 30.1). Исту одредбу садржи и Арбитражни правилник Арбитражног института Штокхолма (чл. 35.1).

последнице такве ситуације. Прописи одређују и правна средства која стоје на располагању тужиоцу, као и самом туженику у тим околностима, те специфицирају услове за њихово коришћење.⁵

Но, питање одсуствовања тужене стране у поступку међународне трговинске арбитраже и последнице овакве ситуације битно се разликују од неучествовања туженика у редовном поступку пред судовима. За разлику од решења за поступак пред судом, арбитражни поступак, по општеприхваћеном начелу, треба спровести без обзира на пропуст тужене стране да у њему учествује; овај став на различите је начине изражен у арбитражним правилницима односно, мање или више директно, из њих произилази.⁶

У овом погледу могуће су разне ситуације.

Најпре, могуће је да се већ само одбијање да се учествује у конституисању арбитраже (именовање арбитра појединца или арбитражног већа) сматра, како је наведено, неучествовањем у поступку.

Потом, пропуст да се одговори на тужбу у одређеном року представља знак одустајања тужиоца од учешћа у поступку, а могуће је да се као одустајање квалификује и непојављивање на расправи.

⁵ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 350 који уређује материју пресуде због изостанка.

⁶ Тако, по чл. 30.1 УНЦИТРАЛ-ових арбитражних правила, „ако у року који је одређен овим правилима тужена страна, без озбиљног разлога, пропусти да достави свој одговор ... на тужбу, арбитражни трибунал ће наложити да се поштују настави”; при том, арбитражни трибунал неће сматрати да је пропуст сам по себи признање тужбених навода. По чл. 26.2 Арбитражног правилника МТК, „ако се једна од странака, иако уредно позвана, без оправданог разлога пропусти да се појави, арбитражни трибунал је овлашћен да настави са усменом расправом”. По Правилнику Сталне арбитраже при ПКС, „ако једна или обе стране, иако уредно позване, не дођу на усмену расправу, арбитражи, ипшито утврде да су странке уредно позване и да не постоје оправдани разлози за њихово одсуство, могу иприспуити расправљању спора као да су странке присушне” (чл. 32.6). По Правилнику Београдског арбитражног центра, ако тужени не поднесе одговор на тужбу, поступак се наставља (чл. 12.7). Швајцарска арбитражна правила одређују да ће арбитражно веће продужити да поступком и ако тужена страна, без оправданог разлога не поднесе одговор на тужбу (чл. 30.1 *in fine*), те да ће тако поступити и ако једна од странака не приступи усменој расправи (чл. 30.2). Исте одредбу садржи и Арбитражни правилник Арбитражног института Трговинске коморе Штокхолма (чл. 35). Правилник за трговинску арбитражу америчког Удружења за арбитражу прецизира да се, ако одговор на тужбу није поднет у прописаном року, сматра да је тужена страна оспорила тужбени захтев и додаје да то не може довести до кашњења у арбитражном поступку (чл. R-5a).

У ствари, ради се о различитим облицима одбијања односно неучествовања у поступку које арбитражни правилници помињу.⁷

Међутим, делимично или спорадично учешће у поступку (одбијање да се узме учешће у почетним фазама поступка, а појављивање у каснијим стадијумима, као и обрнута ситуација – одустајање у току поступка) правилницима није уређено, као што се не помиње ни ситуација када се странка у почетку упусти у расправљање да би оспорила надлежност арбитраже, а када се она огласи надлежном, одустане од учешћа у поступку. О противречностима ситуације у којој се налази странка која оспорава надлежност арбитраже из разлога што није, на пример, потписала арбитражни споразум, и дилемама и ризицима учествовања односно неучествовања у поступку у таквим околностима арбитражни правилници се, по правилу, не изјашњавају.

Арбитражни правилници арбитражних институција садрже, редовно, и правила за разрешавање питања која, уколико се странке о њима не договоре, такође, могу угрозити одвијање арбитраже (питање језика поступка, надлежног права, седишта арбитраже и др.). Правилници у оваквим ситуацијама дају широка овлашћења арбитрама да спорна питања уреде својим одлукама.

III. Процедуралне последице неучествовања странке у поступку

Арбитри у начелу могу да поступају много флексибилније од судова тако да имају и више слободе да продужавају рокове за извршење појединих радњи које су сами одредили, по правилу уз консултацију са странкама, или који су предвиђени арбитражним правилницима и процесним правилима која се на поступак примењују. Арбитри сигурно настоје да донесу своју одлуку у поступку у коме учествују обе стране, па вероватно теже да присуство странака и обезбеде.

Но, правилници арбитражних институција посебно инсистирају на томе да се арбитражни поступак води на ефикасан начин, како би се

⁷ Према Арбитражном правилнику МТК, ако нека од странака одбија да учествује у изради такозваних услова задатка или акта мисије (*terms of reference*) или да потпише тај документ, одобриће га Стални арбитражни суд МТК. Интерсантан је став из образложења једне одлуке из спора пред ранијом Спољно-трговинском арбитражом при ПКЈ (бр. Т-7/94 од 4. децембра 1996. године) по коме то што је именовано свог арбитра не може да се сматра да се тужени упустио у расправљање пред арбитражом – ово би могло значити да пропуст да се именује арбитар не значи да је туженик одустао од учешћа и расправљања пред арбитражом.

штедело време и смањили трошкови. Одговорност за такво поступање стављена је на арбитра и на саме арбитражне институције, а предвиђени су механизми за обезбеђење оваквог понашања.⁸

Могло би се рећи да се у савременој међународној привредној арбитражи начелу економичности поступка у извесном смислу, у одређеним ситуацијама и под одређеним условима, даје предност у односу на нека друга начела поступка, а посебно на начело равноправног третмана страна и контрадикторности поступка.⁹ До овога је, вероватно, дошло и зато што је у пракси брзина разрешења спорног питања (једна често истицана предност арбитража у односу на редовно судство) изгубила на значају, јер се сувише инсистирало на максималној слободи странака у организовању арбитражног процеса што је довело и до непотребног одуговлачења поступка. Ово је посебно истакнуто у околностима када једна од странака не учествује у поступку, а за то су јој обезбеђени сви услови – у таквој ситуацији, превагу је однео принцип обезбеђења брзине и смањења трошкова у решавању спорова; преовладало је становиште да онај ко не учествује у арбитражи преузима ризик за такво своје поступање, те да треба заштити интерес стране која се користи својим правом да

⁸ Тако је и арбитражним правилницима, али и прописима, предвиђено да арбитража треба да се одвија ефикасно и економично. Енглески Закон о арбитражи (1996) прописује обавезу арбитра не само да фер и непристрасно поступају, већ и да избегавају непотребна закашњења и трошкове (чл. 33); овај принцип нашао је одраза и у Арбитражним правилима Лондонског суда за међународну арбитражу у која су унете одредбе по којима је, међу опште обавезе арбитражног трибунала, стављена и дужност да утврди поступак који одговара природи арбитраже, „*избећавајући неопходна закашњења и трошкове*” (чл. 14.1). Правила за трговачку арбитражу Америчког удружења за арбитражу дају широка овлашћења арбитрама да воде поступак на начин да се обезбеди разрешења спора (чл. R-32). Арбитражни правилник МТК садржи правило да и арбитра и странке треба да „*учине сваки најор да се арбитража сроведе на брз и у погледу трошкова ефикасан начин*” (чл. 22.1). Арбитражна правила швајцарских трговинских комора изражавају и сву сложеност ове обавезе арбитра, јер упућују да они морају да воде поступак на правичан, практичан и експедитиван начин, али и да обезбеде да свака страна добије „*довољно моћности да се изјасни у постојећу*” (чл. 23.2). Поред тога, правилници предвиђају и време у коме арбитражни поступак треба да се оконча. По Арбитражном правилнику МТК, арбитра морају донети коначну одлуку у року од шест месеци од дана конституисања арбитражног већа (чл. 31.1). Исту одредбу садржи и Арбитражни правилник Сталне арбитраже при ПКС (чл. 38), те Правилник Београдског арбитражног центра (чл. 32).

⁹ Мирослав Пауновић, „Напомене о ефикасности арбитражног поступка”, у *Изазови у међународном пословном праву и праву ЕУ, Liber Amicorum* у част Радована Д. Вукадиновића, Академија наука и умјетности Републике Српске, 2020, 389 и др.

спорно питање из односа са другом страном, по претходном споразуму са том страном, изнесе на решавање арбитражи. Одредбама прописа и арбитражних правилника арбитрари су ослобођени дилеме да бирају између схватања о ефикасности арбитражног процеса и обезбеђења учешћа странке у том поступку (наравно, увек уз услов да је одсутној странки омогућено да користи своје право учешћа односно одбране).

У прописима и арбитражним правилницима налазе се, како је наведено, одредбе које материјализују идеју о томе да се не може дозволити да једна странка својим одсуством омета поступак који је друга страна отпочела у складу са арбитражним споразумом. Општа идеја, изражена у правилницима, је да се поступак наставља без обзира на пропуст или одбијање тужене стране да у њему сарађује.

Наравно, правило да се арбитражни поступак одвија и када једна од странака у њему не учествује може бити примењено само у једном случају: да је одсутна страна уредно обавештена о поступку односно да јој је омогућено да у поступку учествује.¹⁰ Када је достава писмена (позива, обавештења и других поднесака) извршена, фактичко је питање, које се мора разрешавати у сваком конкретном случају.

Страна која бојкотује арбитражу вероватно би покушала да докаже, у евентуалном поступку за поништај арбитражне одлуке или у поступку за признање и извршење стране арбитражне одлуке, да јој није било омогућено да у арбитражном поступку учествује, чиме је нарушено њено право на одбрану, равноправност страна и повређена друга начела поступка. Да би се овакви покушаји осујетили, мора се арбитражни поступак у одсутности туженог тако водити да му редовно и уредно достављају сви позиви и поднесци друге стране, те да се он обавештава о свим процесним радњама које се пред арбитражом предузимају и о

¹⁰ Ово правило доследно се понавља у свим арбитражним правилницима – в. напомене у фусноти 6. У Швајцарским арбитражним правилима овлашћује се арбитражни трибунал да спроводи арбитражу „на начин који сматра одговарајућим”, уз могућност да предузима све мере којима треба да се обезбеди ефикасност поступка, али уз услов да „*обезбеди једнак шрејшман сйранака и њихово йраво да се изјасне*” (чл. 19.1). Арбитражни правилници домаћих арбитражних институција садрже и правила о спречавању опструкције поступка и у правилима о достављању писмена. Тако Арбитражни правилник Сталне арбитраже при ПКС у одредбама о достављању садржи и одредбу која има за циљ да спречи намерно одуговлачење поступка и злоупотребе при пријему пошиљке: „*Сматра се да је достављања йуноважно извршено и онда када сйранка или њен йуномоћник одбију да йрине йозив и друја йисмена*” (чл. 12.4). Сличну одредбу садржи и Правилник Београдског арбитражног центра (чл. 6.6).

свим активностима арбитраже. О овоме треба да воде рачуна и арбитражни трибунал, али и тужилац као странка која у поступку учествује.

Уколико се тужена страна одлучи да прекине бојкот поступка, арбитражни трибунал треба да прихвати њено учешће у поступку односно да јој омогући да учествује у даљим фазама арбитраже. Из овог става би произашло да и туженик који није одговорио на тужбу у предвиђеном року или није учествовао на расправи има право да се појави на каснијем рочишту и да подноси своје доказе. Међутим, овде би ваљало поставити границе праву странке да изнесе своју одбрану у каснијим фазама поступка: она не би могла тражити да арбитражно веће понови све процедуралне фазе од почетка.¹¹

IV. Изостанак странке и доношење арбитражне одлуке

Када арбитражно веће установи да може да покрене односно отпочне или продужи са поступком и ако је тужена страна изостала, поставља се питање шта и како треба даље да ради.

Детаљна упутства за спровођење арбитражног поступка када туженик није приступио арбитражи правилници не садрже, иако је јасно да је процедура у таквим околностима по много чему особена и да се за њу морају пронаћи, у одређеној мери друкчија, правила у односу на ситуацију када обе странке узимају активно учешће у процесу.

Кључно питање је да ли изостанак тужене стране овлашћује арбитражно веће да донесе одлуку против ње односно у корист тужиоца само на основу чињенице да, иако јој је омогућено да то учини, није учествовала у поступку; речју – да ли је у међународној трговинској арбитражи могућа пресуда због изостанка?

Многи арбитражни правилници само наводе да се, у случају бојкота, са поступком може продужити, док има и правилника који изричито предвиђају да пресуда односно одлука због изостанка није могућа чак

¹¹ Када се достављање туженом не може извршити јер се арбитражи враћају пошиљке, арбитража може одлучити да се даље достављање туженом врши прибијањем писмена на огласну таблу Спољнотрговинске арбитраже – из образложења одлуке од 10. фебруара 1995. у предмету Т-60/84 пред ранијом Спољнотрговинском арбитражом при ПКЈ. У предмету Т-3/93 пред истом Арбитражом 4. априла 1996. донета је одлука у чијем образложењу је наглашено да се расправа пред арбитражом може одржати у одсуству уредно позваног туженог, који је телефаксом потврдио пријем позива за расправу и известио „*да због друкчих обавеза у исто време*” не може да учествује у расправи (у оваквом случају, одсуство са расправе није сматрано оправданим разлогом).

ни ако се једна страна (тужена) не појави на рочишту односно не презентира своју одбрану.¹² И прописи подвлаче ову особеност арбитраже и одређују да, како је речено, изостанак тужене стране сам по себи не значи признање навода тужбе.¹³ Ово значи да се мора спровести поступак у целини, извести докази и утврдити њихова истинитост, те основаност тврдњи које је тужилац изнео у тужби и током поступка.

Дакле, како је наведено, као општи принцип, може се узети да арбитража није овлашћена да доноси пресуде односно одлуке због изостанка само на основу чињенице да је тужена страна пропустила да се појави односно да учествује у поступку.

У случају изостанка тужене стране, арбитража мора да испита ваљаност аргументације и доказа које је понудила странка која учествује у поступку и да се увери да је тужбени захтев чињенично и правно заснован. То је стандард који мора да буде задовољен када туженик изостане са арбитраже. Треба додати да странке својим арбитражним споразумом могу и друкчије уредити ово питање односно предвидети и строже последице бојкота поступка – арбитража не би могла оспорити да се стране споразумеју да се изостанак једне од њих у поступку има сматрати признањем захтева друге стране (наравно, и овде важи правило да се свакој страни мора обезбедити могућност учествовања у поступку, као и под општим условом да је арбитража надлежна за решење спорног питања, о чему она мора да води рачуна све време).

Арбитражни трибунал, дакле, не може сматрати да само непојављивање значи признање навода тужбе од стране туженика, те има обавезу да критички испита чињенице односно доказе које је поднео тужилац и провери да ли су они довољни да се донесе одлука у његову корист.

¹² Правилник за трговинску арбитражу америчког Удружења за трговинску арбитражу садржи и одредбу (са наднасловом „Арбитража у одсуству странке или представника“) према којој „*арбитража може да се настави у одсуству било које странке или представника, који, иако су уредно позвани, појави да се појаве или затраже одлагање*“ (чл. R-31) и која прецизира да „*одлука не може бити донета само на основу одсуства странке*“, те да је „*арбитраж дужан да од странке која учествује затражи да достави доказе потребне за доношење одлуке*“. И Правилник Београдског арбитражног центра садржи исту одредбу по којој се поступак наставља и ако тужени не поднесе одговор на тужбу, „*али се изостанак одговора на тужбу не сматра признањем навода и захтева тужбе*“ (чл. 12.7).

¹³ Тако Закон о арбитражи Србије у одредби са наднасловом „Последице пропуштања“ одређује да „*ако без навођења оправданог разлога ... тужени не поднесе одговор на тужбу..., арбитражну суд ће обуставити поступак*“; додаје се да пропуштање не значи да је тужени признао наводе и захтеве тужбе (члан 42). В. напомене у фуснотама 6 и 7.

Но, листа правила о којима треба да води рачуна арбитража у случају изостанка тужене стране овим није исцрпљена – наведени стандард да се изостанак не сматра признањем треба на одређени начин проширити. Питање које следи је колико далеко у оцени чињеница и тумачењу права које је понудио тужилац арбитража треба да иде односно када арбитража може бити задовољна спроведеним доказним поступком.

Једно од важнијих правила из овог оквира је да се арбитража не може поставити у улогу заступника одсутне тужене стране; ово правило произилази из општег става да арбитражи не заступају странке у спору, па ни оне које су их именовале. Без обзира што је туженик изостао, арбитражно веће мора да остане неутрално и не сме ни покушавати да надомести одбрану одсутног туженика. Међутим, у пракси, ово правило и није тако једноставно за примену. Јер, пошто се докази и аргументи које је поднео тужилац подвргавају критичкој анализи арбитраже, на њена се леђа пребацује и терет њиховог оповргавања. У таквој прилици, арбитражи, хтели – не хтели, морају на ствари гледати и очима туженог, а не само као неутрални пресудитељи који цене наводе и доказе две супротстављене стране и о којима изводе свој суд – једне од страна нема и равнотежа је неминовно, самом логиком утврђивања правог стања ствари, померена у њену „корист“; однос између обавезе непристрасности и обавезе да се „чује и друга страна“ код „крњих“ арбитража није тако једноставан и за извесну нијансу добија „специјално“ обележје у том смислу да је арбитража „на страни“ одсутног.

Има и аутора који, вероватно и на основу ове „опасности“, сматрају да одлука тужене стране да не учествује у поступку не може остати без последица. Предлаже се, на пример, тест по коме треба узети да је туженик који не учествује у поступку прихватио наводе тужбе осим ако не постоје озбиљни разлози да се посумња у њихову тачност. Но, да би утврдио да ли постоје озбиљне сумње у елементе тужбеног захтева, арбитражни трибунал мора да се ослони управо на чињенице које тужилац наводи и доказе којим их потврђује; њих трибунал мора подврћи критичкој анализи и одлучити да ли постоји потреба да се обезбеди и додатни докази од странке која у поступку учествује. На овај начин се, заправо, долази до истог резултата као и применом става да се не може сматрати да бојкотовање арбитраже значи и признање тужбеног захтева.

Чак и када нема туженика у поступку односно када је извесно да он неће учествовати у расправи, арбитражно веће је дужно да рочиште закаже и да саслуша аргументацију тужиоца као и да изведе доказе којима он поткрепљује своје наводе (осим ако и иначе не постоје разлози да се заказује расправа). Наравно, и овде важи правило да се арбитража не

може ставити у улогу адвоката одсутне странке. На усменој расправи странка која учествује у поступку не сме бити третирана као „непријатељска”, односно као „опонент”. Ово посебно значи да арбитража не може користити поједине методе који постоје у правилима поступка појединих земаља и која стоје на располагању само странкама, као што је, на пример, унакрсно испитивање сведока и вештака које су предложиле странке.

Треба имати на уму да арбитража мора у сваком случају водити рачуна о својој надлежности. Без обзира што туженик не учествује у поступку, арбитража мора утврдити да постоји арбитражни споразум, да је случај арбитрабилан, односно мора утврдити да је надлежна за решавање покренутог спора. У овом смислу, арбитража је дужна да испита и све приговоре ненадлежности које би тужена страна, да учествује у спору, могла истаћи.

У даљој разради тезе да арбитража не може да се постави у улогу заступника одсутне странке може се поставити питање како треба да се понашају арбитражи ако из доказа који су им презентирани од стране тужиоца закључе да би тужена страна могла да истакне одређене друге приговоре (осим приговора ненадлежности) у своју одбрану. И овде се мора поставити ограда за обавезу арбитраже да утврди да ли је тужилац довољно образложио и поткрепио доказима свој захтев – ова граница се налази у правилима о терету доказивања која постоје у процесном праву које се примењује у поступку. Уколико по том праву терет доказивања чињеница на којима би се заснивао неки приговор туженика лежи на тој странки, онда арбитража сама, по службеној дужности, не би могла да претпостави да би се туженик на то своје право позвао, те не може такав, „претпостављени приговор”, узети у обзир нити га на било који начин „уводити” у поступак. Овај став се, пре свега, односи на могућ приговор застарелости потраживања који би тужена страна могла изнети да учествује у поступку (уколико, по праву које се примењује на арбитражу, арбитражи о овој околности не воде рачуна по службеној дужности).¹⁴

¹⁴ Уколико се на поступак примењују прописи земље у којој је застарелост материјалноправна категорија (члан 360.3 Закона о облигационим односима), онда се арбитража не може освртати на евентуалну застарелост, чак и када би сазнала, из доказа поднетих од стране тужиоца, да је наступила застарелост потраживања које се остварује арбитражном тужбом; право да се на застарелост позове има само дужник односно тужена страна у спору и ако се она не појављује у поступку, арбитража не може то надоместити тако што би сама утврђивала да ли је застарелост наступила или што би наложила тужиоцу да пружи доказе да је тужба поднета пре овог момента.

Исто тако, арбитражно веће не би могло да тражи од тужиоца да поднесе доказе о чињеницама којима би се могао оспорити тужбени захтев, јер терет доказивања и тих чињеница лежи на туженој страни. Изостанак из поступка не дира у правила о терету доказивања и арбитражни трибунал равнотежу прописану у тој области не би могао да поремети. Значи, у оваквим ситуацијама, арбитража треба једноставно да испита да ли је тужена страна испунила своју дужност да докаже одређене чињенице; ако није, такве чињенице арбитража не може истраживати чак и ако их наслућује, нити узети у обзир и када их јасно види.¹⁵

Наравно, неучествовање тужене стране у спору не утиче на овлашћење арбитражног трибунала да тражи додатна обавештења и доказе од тужиоца који се на арбитражи појавио. При том, из разлога који су напред наведени, не могу се од њега захтевати докази о околностима за које терет доказивања лежи на туженој страни.

Поред тога, арбитражно веће је дужно да стави до знања тужиоцу да ће одлуку, уколико тако мисли, донети на основу правног приступа који не одговара тужичевој правној аргументацији и ако она није оспорена од стране одсутног туженика. Арбитражна одлука не сме да у таквој ситуацији дође као изненађење. Начелно, тужбени захтев не сме бити одбијен од стране арбитражног већа без давања могућности тужиоцу да пружи објашњења у погледу правних питања и приступа који су друкчији од оних која је он у тужбеном захтеву навео, а на којима ће арбитража, по разматрању случаја, засновати своју одлуку.

И на крају, арбитражни трибунал мора, када одлучује о трошковима арбитраже и трошковима заступања, узети у обзир да тужена страна није учествовала у арбитражном поступку. Арбитражни трибунал би требало

¹⁵ Као примери, могу се навести ситуације у којима би туженик могао да се позове на измењене околности као разлог за неизвршење уговорне обавезе. Опште је прихваћено да терет доказивања наступања измењених околности пада на дужника. Према томе, арбитража не би могла по службеној дужности да покрене ово питање уместо одсутне тужене стране. Уколико би се ово питање појавило на основу доказа које је понудио сам тужилац или је приговор ставио туженик у неком од повремених појављивања на арбитражи, али постојање ових околности није довољно расправљено и доказано, арбитража не би могла тражити од тужиоца да он сам прибавља и подноси доказе о постојању ослобађајућих околности које би ишле у корист туженика. Из истих разлога, може се сматрати да арбитражно веће не би могло, приликом досуђивања накнаде штете, да само утврђује да ли је и тужилац као оштећеник допринео да штета настане, те на основу тога да примени правила о подељеној одговорности односно да по том основу смањи тражену накнаду штете.

у оваквој ситуацији да обавезе тужену страну да сноси све трошкове тужиоца који је у поступку учествовао (уз услов да је тужилац успео у спору односно да је одлука донета у његову корист).

V. Закључна напомена

Арбитража се може наћи у ситуацији да туженик одбија да учествује у поступку. Арбитри немају, у прописима и правилницима арбитражних институција, сасвим детаљна правила о томе како у таквој ситуацији треба да поступају, а да осигурају да одлука у поступку издржи тест евентуалног захтева за поништај и проверу у поступку признања и извршења. Једино што је сасвим извесно, то је да арбитража треба да спроведе поступак и у таквој ситуацији односно када једна од странака у поступку не учествује и да донесе одлуку.

Арбитри се у случају неучествовања тужене стране у поступку налазе у врло интересантној, али и деликатној ситуацији, јер су дужни да нађу равнотежу између различитих интереса и начела: да донесу одлуку која је заснована на чврстој аргументацији и зналачкој примени права, а да, с друге стране, омогуће максимално задовољење начела права на изношење одбране и, при том, сачувају интерес странке која у поступку учествује и која не би требало да трпи штетне последице одбијања противне странке да сарађује у арбитражи.

Арбитри се у таквој ситуацији морају држати основног стандарда – да пажљиво испитају све околности случаја и да се увере да је захтев основан, да је поткрепљен доказима и да је правна аргументација тужиоца ваљана; само на тај начин могу се задовољити оба наведена начела.

Поред тога, пажљив третман и странке која не учествује у арбитражи у смислу да се она уредно позива и обавештава о свим елементима поступка, онемогућиће поништај одлуке или тешкоће у поступку признања и извршења.

Miroslav Paunović, PhD
attorney at law in Belgrade

ARBITRATION PROCEEDINGS IN ABSENCE OF ONE PARTY

Summary:

The author considers the issue of conducting the arbitration in situation where one party (respondent), although invited to participate, refuses or fails to take part in the proceedings. The basic concept presented in the article is that that arbitration

award cannot be based solely on the fact that respondent is not participating in the procedure (award due to omission). This thesis is illustrated by the solutions contained in the laws and rules of the arbitration institutions whose purpose is prevention of respondent's attempts to frustrate, by avoiding to take part in the proceedings, the conduct of the arbitration to which it consented by concluding arbitration agreement. The paper examines specifics of arbitrators' position and steps in conducting the proceedings in these situations, and analyzes conditions for promulgation of award in case of absence of party duly called to participate.

Кључне речи: arbitration, arbitration proceedings, absence of party from arbitration proceedings, respondent in arbitration, failure of party to participate in arbitration, arbitration rules, arbitration institution, arbitration award

UDK: 341.485(049.32)
341.322.5(497.6)(049.32)

Др Вељко Делибашић

адвокат у Београду*

БЛАСФЕМИЈА ГЕНОЦИДА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРЕСУДЕ О ГЕНОЦИДУ У СРЕБРЕНИЦИ

Приказ монографије адвоката Др Слободана П. Стојановића

Монографија адвоката др Слободана Стојановића под називом *Бласфемија геноцида* представља бриљантно правничко дело у коме аутор показује, поред огромног правничког знања које неспорно поседује, савршенство анализе и логичког повезивања чињеница, које је пронашао проучавајући стотине хиљада страница судских списа, у складне закључке, који се не могу оспорити ваљаним аргументима. Напротив, закључци које даје аутор могу само да подстакну сваког озбиљног и одговорног правника, без обзира на то у којој улози се појављује у судници, као тужилац, бранилац или судија, али пре свега као бранилац, на додатно ангажовање у разради теза које аутор износи у свом делу. Поред огромног доприноса науци, када је реч о геноциду као правном појму, овај рад може корисно да послужи сваком адвокату који се у судници појављује као пуномоћник оштећеног или као бранилац, да види како се може и треба успротивити квазиауторитетима, како се великим знањем и огромним радом на проучавању списа и прикупљању чињеница може и треба аргументовано и концизно супротставити политичким одлукама, закључцима и на крају пресудама. Свакако, ово

* Научни сарадник, потпредседник Адвокатске коморе Србије.

пионирско дело би било од огромне користи за све српске политичаре, ако би га прочитали, како би се снагом аргумената, а не флоскулама, борили за интересе Србије и српског народа.

Као што се из наслова рада *Бласфемија геноцида* и очекује (грчка реч „бласфемија” значи погрда, хуљење, непоштовање и вређање нечега према чему се саговорник односи као према нечему неповредивом и неприкосновеном), аутор жестоко критикује сам појам геноцида. Прво, лепо описује како је уопште дошло до усвајања Конвенције о геноциду наводећи да је њен аутор човек скромне правничке репутације, са неморалним карактеристикама личности који се за своје политичке циљеве борио и најалост изборио нечасним средствима. Затим аутор јасно указује и на велики проблем злоупотреба појма геноцид у дневнополитичке сврхе наводећи да многи злонамерно тврде да је у одређеном периоду и на одређеном простору било геноцида, при чему ускраћују право онима који сматрају да геноцида није било да истичу своје мишљење, чак и под претњом кривичног гоњења.

У целом раду аутор заступа и врло аргументовано брани тезу да Конвенција о геноциду у основи погодује злочинима и злочинцима, и да озбиљно доприноси опструкцији правосудне функције. На јасне и доказане чињенице о извршењу најтежих злочина она надовезује велики број небулозних, ванправних, недокучивих, територијално и временски флуидних елемената чије се прецизно и потпуно дефинисање намеће судовима као обавезан услов за пресуђење. Према Конвенцији о геноциду, без утврђивања геноцидне намере, без обзира на тежину злочина који могу бити слични или гори од оних описаних у Конвенцији, то дело се не може назвати геноцидом, нити се извршилац таквих дела може осудити за геноцид.

Централно питање овог рада је, уз оспоравање геноцида као правне конструкције, могућност оспоравања геноцида уколико је у конкретном случају донета пресуда надлежног међународног суда. С тим у вези, аутор врло разложно и аргументовано објашњава да се свака правноснажна пресуда, како националних, тако и међународних судова може и мора коментарисати и о њој се могу заузети различита мишљења, што је одраз цивилизацијских тековина у погледу слободе мишљења и изражавања. Ово се посебно односи на правнике, уз констатацију да постоје и ванредни правни лекови којима се увек могу нападати, а самим тим и критиковати и оспоравати правноснажне пресуде (како домаћих, тако и међународних судова), уз напомену да не постоји ниједан разлог да се поштују лоше пресуде, ко год да их је донео; напротив.

Посебно интересантан је онај део монографије који се односи на геноцид у Сребреници. Темељно и детаљно анализирајући пресуде које се односе на Сребреницу, аутор наводи читав низ бесмислица које се могу пронаћи у тим пресудама, при чему снагом аргумената, произишлих из неспорно утврђених чињеница (и то оних које су једнострано утврђивали тужиоци и судије који су по правилу били пристрасни по свим питањима – наравно, на штету Срба), оспорава постојање геноцида над „Сребреничким муслиманима”, уз констатацију да таква група никада није ни постојала. Наиме, већина муслиманских жртава уопште и није била из Сребренице, већ из других крајева Босне и Херцеговине. Ту се наводе и чврсти аргументи за став да „Сребренички муслимани” уопште нису ни обухваћени Конвенцијом о геноциду, с једне стране, а да је уз дословну примену Конвенције на тим просторима неспорно извршен геноцид над Србима, и то пре свега од стране „Сребреничких муслимана”. Тачније, аутор потпуно исправно потенцира да Конвенција о геноциду штити *трућу као шакву*, при чему је акценат на речима „*као шаква*”, и да је, с тим у вези, једини геноцид који је извршен на просторима Социјалистичке Федеративне Републике Југославије онај који је учињен према Југословенима који су постојали као група, а да су уништени као група баш зато што су извршиоци тог геноцида хтели да униште групу Југословена *као шакву*. Не треба посебно објашњавати да су Словенци, Хрвати и Муслимани (Бошњаци) уништили Југословене као такве, не само убиствима (чега је било пуно), већ и другим радњама које санкционише Конвенција о геноциду.

Аутор истиче да је према пресудама за геноцид заштићена група („Сребренички муслимани”) била веома „нестабилна”, супротно карактеру који група мора имати да би била под заштитом Конвенције о геноциду, односно није била ни дефинисана, јер су у групу „Сребренички муслимани” укључени не само избеглице из других крајева, него и непознат, очигледно веома велики број војника који је погинуо у пробоју, дакле у борби, кроз скоро 80 километара дугу територију под снагама Војске Републике Српске. Са дозом горчине, аутор наглашава да суд уопште није интересовала чињеница колике су биле жртве друге стране, војне и цивилне, приликом тог пробоја, а затим поставља и читав низ логичних питања, уз критику рада суда па и самих пресуда. Наиме, да би слика о заштићеном делу групе била јасна и потпуна, судска већа су морала прецизно утврдити шта се догодило са сребреничким Србима којих је у очи самог рата било више од 25% (скоро 30%). Да ли су и они били део неке групе и које? Шта се догодило, при свим тим рачуницама које суд изводи, са више од 25% становништва? То питање је, истиче

аутор, потпуно, очигледно смишљено, избегнуто у пресудама. Зато аутор с правом поставља питање, да ли је јула 1995. године 25% српског становништва које је 1991. године живело у самом граду (што чини 1.500 људи) имало право да се врати у Сребреницу? Зар то не би могао бити легитимни циљ српске војске? Да ли су имали право да истерају уљезе из својих кућа? Такође, аутор с пуним правом потенцира чињеницу да се неговање „Сребреничких муслимана“ за претходно учињене злочине над Србима не истиче као неправда, што свакако јесте, него као велики и сасвим оправдан разлог за одлазак „Сребреничких муслимана“ из града, чиме се ови злочини и на овај начин покушавају прикрити.

Посебна вредност рада је константно истицање аутора да је наратив пресуда Трибунала у Хагу о догађајима у Сребреници у великој супротности са оним што се догодило у том крају у периоду 1992–1995. година, кад је побијено неколико хиљада припадника српског народа, међу којима и велики број жена, деце и старца, што би, имајући на уму искључиво правни приступ, далеко пре требало квалификовати као геноцид. Убијање жена и деце се никако не може приписати намери да се уништи војни потенцијал. Једини разлог да се то чини јесте уништење лица само зато што припадају одређеној групи, у овом случају српском народу. Ту је реч о чињеници да је група сама по себи, тј. као таква, била циљ уништења, а то је најбитнији елемент геноцида.

Наравно, питање геноцида у Сребреници није једини, па ни централни предмет овог рада. Смисао рада је оцена да се може и треба дискутовати о постојању геноцида у Сребреници, без обзира на пресуде међународних судских инстанци и да је дозвољено и легитимно дискутовати и заузимати ставове о том изузетно осетљивом и правно сложеном питању, нарочито од стране правних експерата. У самом раду је указано на низ угледних аутора, пре свега из западних земаља, који сматрају да одлуке по питању геноцида нису ни конзистентне ни убедљиве.

На крају, морам да нагласим да аутор у раду признаје да је присталица (сасвим исправно) онога што је главни тужилац Војног трибунала у Нирнбергу Џексон (*R. Jackson*) изложио у свом уводном излагању – да је вођење агресивног рата злочин над злочинима и да је то извор других злочина. То нужно намеће питање ко је рат на просторима бивше Социјалистичке Федеративне Републике Југославије започео и зашто, а то никако не одговара многим који се заклањају иза злочина који су нужна последица таквог рата.

Све у свему, у самом раду се поставља питање да ли се правноснажне пресуде за геноцид могу критиковати и оспоравати. С пуним правом аутор даје потврдан одговор на ово питање, уз констатацију да

не само да могу, него и да треба да се оспоравају. Наравно, аутор својим ставовима не задире у могућност и потребу изрицања најтежих казни за злочине (на пример, убиство ратних заробљеника) и без правне конструкције геноцида.

Свакако, овај изузетни рад може бити почетни и пионирски у стручној и научној полемици о овом изузетно компликованом правном питању, којим су се до сада, углавном накараднo, бавили сви други који нису правници и то са потпуно погрешним, а понекад злонамерним и погубним закључцима и решењима. Стога је за очекивати да рад адвоката др Слободана Стојановића буде подстрек за све стручне правнике, поготово оне који се баве међународним кривичним правом, да анализирају пресуде за геноцид и о њима дају свој објективни и стручни суд. Зато користим прилику да још једном препоручим ову изузетну монографију свима, како правницима, тако и историчарима, социолозима и политичарима, а пре свега адвокатима, да је прочитају и да им то буде подстрек да и они напишу своје стручне ставове о овој изузетно осетљивој теми.

Посебан квалитет раду даје велики број података који се налазе у фуснотама, као и прилози, пре свега издвојено мишљење судије *Prisce Matimba Nyambe*, која је, врло стручно и аргументовано, заузела став да у Сребреници није било геноцида, бар не од стране Срба над „Сребреничким муслиманима”.

И на самом крају, уз све похвале које аутор овог рада заслужује, морам посебно нагласити да је његова правничка виртуозност посебно дошла до изражаја у овом раду кроз способност да у монографији обима 150 страница искаже велики, импресивни број закључака, базираних на конкретним чињеницама, уз аргументе који се не могу, не само оспорити, него ни довести у питање.

Veljko Delibašić, PhD

attorney at law in Belgrade

vice-president of Bar Association of Serbia

research associate

BLASPHEMY OF GENOCIDE (WITH SPECIFIC ANALYSIS OF JUDGMENTS RELATED TO GENOCIDE IN SREBRENICA)

Review of monography by Slobodan P. Stojanović, PhD, attorney at law in Belgrade

The monograph *Blasphemy of Genocide* written by Slobodan P. Stojanović, PhD, attorney at law in Belgrade, is presented in the paper. The commentator praises

the style, knowledge, thoughtful analysis and brilliant conclusions of the author dedicated to the notion of *genocide*. The misuse of the said legal concept for political goals, as explained in the book, is underlined in the review; this author's position, illustrated by studies of judgments promulgated by international courts in cases related to Srebrenica events, is considered as particular value of the monograph. The reviewer commends the author's advocacy for the free commentaries and criticism of the court decisions in the matter of genocide as the basis for comprehensive understanding of this complex legal issue.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Уређивачки одобр часописа „Бранич” моли своје сараднике да текстове за објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

I. Текстови не би требало да буду дужи од 16 страница. Страница треба да има 28 редова са око 66 словних знакова у реду, односно укупно око 29.500 знакова, фонт *Times New Roman* 12 pt.

1. Текст треба да буде писан на српском језику, ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (коса слова, *Italik*).

2. Текст треба да садржи резиме (сажетак) испод наслова, са основним садржајем и резултатима рада, као и кључне речи (не више од 7 речи) на српском језику, а на крају такође резиме на једном од светских језика, са кључним речима на том језику. Резиме на српском и резиме на страном језику не треба да буду дужи од 20 редова.

3. **Наслов рада** пише се на средини, великим словима (фонт 14). **Наслови унутар рада** треба да имају следећи формат:

- *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (на пример, I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (на пример: 1, 2, 3. итд.); прво слово велико, а остала мала.
- *Трећи ниво наслова* – на средини, курзив; нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом [на пример: а), б), в), итд.]; прво слово велико, а остала мала.
- *Четврти ниво наслова*: на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом [на пример: 1), 2), 3), итд.]; прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I. Напомене о ...

1. Основне поставке ...

а) Основни појмови ...

1) Терминологија ...

4. Име, презиме, академска титула и занимање аутора наводе се у левом углу прве странице изнад наслова; у пропратној фусноти, која се означава звездицом, наводи се организација у којој је аутор запослен и звање аутора.

5. Рад се предаје у електронском облику. Уз рад треба доставити поштанску адресу аутора, електронску адресу и телефон за контакт.
6. Уређивачки одбор задржава право да рад прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског језика (односно страног језика на ком је сачињен сажетак рада).
7. Објављени и необјављени радови се не враћају.

II. Правила цитирања:

1) **Књиге** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране (без додатака попут стр., ст. и сл.); уколико се наводи име издавача, пише се пре места издања.

Примери:

Марко Марковић, *Право ...*, 2. издање, Београд, 2017, 101.

John Johnson, *Law on ...*, 2nd edition, London, 2016, 101.

Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена раздвајају се запетом.

Књига коју је неко лице приредило као уредник цитира се тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник”, односно одговарајућа ознака на језику на коме је књига објављена.

Код поновљеног цитата књиге наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Марковић, 102.

Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања наводи се прво слово имена са тачком и презиме, а потом се у загради ставља година издања, те број стране.

Пример: М. Марковић (2010), 202.

2) **Чланци** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број, година издања, број стране:

Примери:

Марко Марковић, „О неким питањима ...”, *Бранич*, бр. 3–4/2013, 69.

John Johnson, „Legal aspects of ...”, *Law Journal of ...*, Vol. 3, 2017, 101.

Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају запетом.

Чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, цитира се на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник”, „редактор” и сл. (или одговарајућа ознака на страном језику – „editor” и сл.), име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена аутора са тачком и презиме, а потом број стране.

Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком, презиме, потом се у заграду ставља година издања, те број стране.

3) **Прописи** се цитирају на следећи начин: пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” и број одредбе.

Пример: Закон о ..., *Службени гласник РС*, бр. 11/2017, 10/2018, чл. 15 ст. 2

Ако ће наведени пропис бити поново цитиран у раду, приликом првог цитирања се, после назива прописа, наводи скраћеница под којом ће се он даље наводити.

Пример: Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени листи РС*, ... Члан, став и тачка прописа означавају се скраћеницама: „чл.”, „ст.”, „тач.”, а параграф скраћеницом „пар.”.

Прописи на страном језику цитирају се на следећи начин: пун назив прописа преведен на српски језик, година доношења односно објављивања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којим ће се пропис даље наводити, затворена заграда, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” или „пар.” и број одредбе.

4) **Извори са Интернета** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора односно организације која је припремила, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, те број стране.

Приликом поновољеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора односно назив организација која је припремила текст, назив текста и број стране.

5) Уколико се цитира податак са исте стране из истог дела као и у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница *Ibidem*, курзивом, с тачком на крају (или реч *Исио*).

Пример: Ibid. (или: Исио.)

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али су различите стране, користи се латинична скраћеница *Ibid.* (или реч *Исио*), наводи се број стране и ставља тачка на крају.

Пример: Ibid., 21. (или: Исио, 21.)

6) Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после које следи тачка. Уколико се цитира текст са више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву наведену страну наводи се „и даље” с тачком на крају.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе
Србије = Bранич : Journal of Legal Theory and Practice of the Bar
Association of Serbia / главни и одговорни уредник Мирослав
Пауновић. – Н.с., год. 1, бр. 1 (јан.–март 1991)– . – Београд :
Адвокатска комора Србије, 1991– (Београд : Службени гласник).
– 24 cm

Тромесечно.

ISSN 0353–9644 = Бранич (1991)

COBISS.SR-ID 20883970
