

Г Л А С Н И К

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Година LXXXVI

Нови Сад, април 2014

Књига 74

Број 4

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Др Предраг Благојевић

Међународни аспект историјског развоја
помиловања / 231

Едина Кочан

Појам и основне карактеристике
стварних службености / 246

РАСПРАВЕ

Мр Невена Јанковић

Основно право јавног тужиоца и начело
ne bis in idem / 262

Илија Рилаковић

Једнак и равноправан третман страних
улагача / 278

ПРАВНИ АФОРИЗМИ

Мирослав Здјелар

Правни афоризми / 291



*Указом Председништва СФРЈ бр. 64 од 12. јула 1988,
поводом 60-годишњице излажења,
„ГЛАСНИК” Адвокатске коморе Војводине
о д л и к о в а н ј е
Орденом заслуга за народ са сребрном звездом.*

CONTENTS

ARTICLES

- | | |
|----------------------------------|--|
| Predrag Blagojević Ph. D. | The International Aspect of the Historical Development of Pardon / 231 |
| Edina Kočan | Definition and Basic Characteristics of Real Easements in Domestic Law / 246 |

DISCUSSIONS

- | | |
|-------------------------------|---|
| Nevena Janković LL. M. | Primary Right of Public Prosecutor and the Principle of <i>Ne Bis in Idem</i> / 262 |
| Ilija Rilaković | Fair and Equitable Treatment Standard for Foreign Investors / 278 |

LEGAL APHORISM

- | | |
|-------------------------|-----------------------|
| Miroslav Zdjelar | Legal Aphorisms / 291 |
|-------------------------|-----------------------|

АДВОКАТСКА КОМОРА ВОЈВОДИНЕ



Основана 1921. у Новом Саду

ГЛАСНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

Покренут 1. јуна 1928.

Главни и одговорни уредници

Др Косџа Мајински (1928–1932), др Никола Николић (1933–1936), др Василије Сџанковић (1936), др Славко М. Ђурић (1937), Владимир К. Хаџи (1937–1941), Милорад Бојић (1952–1972), Сава Савић (1973–1987), Мирослав Здјелар (1987–1994), др Слободан Бељански (1994–2004)

Уређивачки одбор

Др ЈАНКО КУБИЊЕЦ

главни и одговорни уредник
адвокат у Новом Саду

Др Енике Веџ, адвокат у Новом Саду, Милан Добросављевић, адвокат у Новом Саду, др Жељко Фајфрић, адвокат у Шиду, др Славен Бачић, адвокат у Суботици, мр Вукица Мидоровић, адвокат у Кикинди

Технички уредник

Јелица Недић

Адреса Уредништва
21000 Нови Сад, Змај Јовина 20/1
Телефон: 021/521-235; факс: 021/529-459
e-mail: panonija@eunet.rs
Рукописи се не враћају.

Г Л А С Н И К

А Д В О К А Т С К Е К О М О Р Е В О Ј В О Д И Н Е

Ч А С О П И С З А П Р А В Н У Т Е О Р И Ј У И П Р А К С У

Година LXXXVI

Нови Сад, април 2014

Књига 74

Број 4

Ч Л А Н Ц И

UDC 34(37)(091)
343.292

Др Предраг Блажојевић,
Министарство културе и информисања

МЕЂУНАРОДНИ АСПЕКТ ИСТОРИЈСКОГ РАЗВОЈА ПОМИЛОВАЊА*

САЖЕТАК: За институт помиловања, као једну од опште-познатих правних установа савременог законодавства, може се рећи да спада у групу оних појмова који имају изузетно богату и значајну традицију. Узимајући у обзир сам карактер ове установе, такође се јасно намеће закључак да се он у својој суштини не може везати ни за један правни систем посебно. Наиме, помиловање се и у функционалном, али и у историјском смислу слободно може посматрати као појам универзалног карактера. Због тога је за схватање саме суштине данашњег значења појма помиловања, изузетно важно истражити и основне аспекте његовог историјског развоја, и то у међународним оквирима. У том контексту ћемо у овом раду изложити историјски развој установе помиловања у римском праву, а након тога ћемо даље пратити генезу развоја помиловања у оним државама света које представљају карактеристичне примере значајне за разумевање теме коју овде обрађујемо. Истовремено ћемо схватити и колико је важно користити потенцијале помиловања на правилан и ефикасан начин, јер нас управо историја његове употребе упозорава и на опасности од злоупотребе заиста огромних могућности које помиловање реално има.

Кључне речи: Помиловање, историја, универзалност, традиција, римско право, држава, кривично право, кривични законик, председник

* Рад је примљен: 16. 12. 2013. године.

МЕЂУНАРОДНИ АСПЕКТ ИСТОРИЈСКОГ РАЗВОЈА ПОМИЛОВАЊА У СВЕТУ

Увод

Установа помиловања као једна од карика у ланцу сачињеног од класичних института кривичног права уопште, свакако спада у ону групу појмова који су на један уобичајен и непосредан начин често присутни и у свакодневној комуникацији међу људима. Помиловати неког значи нешто му опростити, што без икакве дилеме представља један од облика позитивних догађања у широком спектру интерактивних односа који се свакодневно одвијају међу различитим субјектима. Када томе додамо и верски значај самог чина опраштања, јер се оно као такво налази на пиједесталу различитих религија као један од њених основних захтева, јасно уочавамо универзалност саме суштине помиловања и самим тим међународни карактер његовог егзистирања у различитим правним системима.

Иначе, за институт помиловања, као једну од општепознатих правних установа савременог законодавства, може се рећи да спада у групу оних појмова који имају изузетно богату традицију. Тако се захваљујући неким историјским изворима зна да његова примена досеже до далеко у прошлост, тачније речено, још до периода постојања старе античке државе када су се користила нека дејства којима помиловање располаже. У складу с тим можемо рећи да се још у чувеном Солоновом закону наводи могућност по којој су осуђеници обележени инфамијом могли бити рехабилитовани и пре свог судовања. Као што се види, овде се помиње реч „рехабилитација”, али се на основу анализе ондашње њене примене, може рећи да се ту пре радило о помиловању и амнестији.¹ Из тог најранијег периода почетака развоја помиловања се још може навести и извод из једног закона непознатог аутора, према коме су осуђеници могли бити ослобођени на исти начин као и у претходном случају, с тим што је услов био да то претходно одобри скупштина Атињана.² У сваком случају можемо рећи да поред карактера функционалне универзалности, установа помиловања у историјском контексту има изузетно дугу традицију која се заснива на њеној примени у најразличитијим периодима и у најразличитијим врстама државних уређења. Због тога ћемо прво изложити историјски развој установе помиловања у римском праву, а након тога ћемо пратити генезу развоја помиловања у оним државама света које представљају карактеристичне примере значајне за разумевање теме коју овде обрађујемо.

¹ Јаковљевић, Душан, *Рехабилитација у кривичном праву*, Београд, 1990, 7.

² *Ibid.*, 8.

Помиловање у римском праву

Најчешће се настанак установе помиловања везује за римско право, што је по нашем мишљењу последица извесне конфузије у тумачењу разлика између појмова рехабилитације и помиловања. У сваком случају, с обзиром да су у то време оба ова појма била у свом зачетку са још неискристалисаном формом и дејствима, логична последица тога је одређена неодређеност њихових функција. Међутим, неспорно је да је римско право дало одређени допринос развоју установе помиловања, наравно узимајући у обзиром чињеницу да су институти кривичног права били у сенци института приватног права које су римљани максимално развили и који су по неким својим решењима и данас актуелни.

Оно што се може конкретније рећи у вези са овим питањем, јесте податак да се помиловање, са неким својим специфичностима, помињало већ у доба Римске републике. Постојала су два случаја која су омогућавала његову примену и то један који се односио на лица која су била прогнана (егзилирана) из заједнице и случај који се односио на лица осуђена на смрт која су на путу за извршење казне срели весталинку. Тада се таква једна установа, која је омогућавала ослобођење од ових, иначе врло сурових казни, звала *restitutio damnatorum*, а надлежност за њено давање је била у рукама посебне изборне комисије римских грађана, што је било у складу с тадашњим државним уређењем Рима.³

Касније, у доба Римске царевине, са променом државног уређења дошло је и до промена у функцијама које је до тада имало помиловање. Тада је цар имао неограничено овлашћење да користи дејства помиловања (*indulgentia, intercessio, venia*), а такође су и проширене могућности у којима се ова установа користила.⁴ Очигледно да су овим путем тадашњи цареви доказивали своју моћ и то обично после победа у рату или поводом неких других радосних догађања (*ob idem insignem*).⁵

Поред ових случајева треба поменути и још једну установу која је егзистирала и у доба Римске републике и Империје, а која се звала *restitutio in integrum*. Она је имала одређена дејства за која се може рећи да су била на граници између појмова рехабилитације и помиловања (о чему смо већ говорили), тако да је различити аутори због тога и третирају на различите начине. *Restitutio in integrum* је омогућавао лицима која су изгубила статус римских грађана (што је била изузетно тешка казна), да овим путем врате

³ Живановић, Тома, *Основи кривичног права*, (друга књига), Београд, 1937, 409.

⁴ *Ibid.*, 10.

⁵ Влада ФНРЈ, *Објашњење уз нацрт Кривичног закона ФНРЈ*, Београд, 1951, 158.

своја права и достојанство. Додуше, треба рећи да је та примена била изузетно ретка и да су је добијали само заслужни грађани.⁶

Иначе, интересантан је из тог периода и догађај из Јеванђеља о помиловању Вараве, с обзиром да је јерусалимском народу било дато право да о Ускрсу, дакле једном годишње, моле за ослобађање одређеног броја осуђеника.⁷

Историјски развој помиловања у појединим државама света

Кад је у питању период средњег века, претходно треба нагласити да је због његовог дугог трајања и специфичности функционисања појединих држава тога доба, врло тешко дати карактеристике генерализујућег типа којима би се дефинисали било који правни институти, па самим тим и институт помиловања. Имајући то у виду, можемо рећи да је почетком овог периода била присутна појава рецепције римског права, што је довело и до примене одређених облика помиловања из тог система у правним системима неких средњовековних држава. Ту се, међутим, сви ти облици прилагођавају новом друштвено-политичком амбијенту који се знатно разликовао од старовековног доба. Тако се тада помиловање развијало под сасвим другим околностима, што наравно доводи и до појаве одређених специфичности које раније нису биле карактеристичне за ову установу.

За сам почетни период средњег века нема много података о примени помиловања у тадашњим државама. По неким изворима, у оквиру канонског права које је доминирало у том периоду, за пријем у свештенички ред могао се користити систем укидања правних последица из римског царског периода.⁸ Међутим, треба обратити пажњу на питање односа рехабилитације и помиловања с обзиром да се и у овом случају ова два појма у извесној мери преклапају.

У средњем веку закони су били сматрани као општа правила обавезна за све, али се зато ипак признавало владаоцу, као носиоцу суверенитета, право да отклони примену конкретне правне норме према одређеном лицу кроз акт о помиловању.⁹

Према томе, може се рећи да су у контексту огромне власти коју су у то време поседовали краљеви, они имали и неограничену слободу располагања са свим могућностима које је тада пружала установа помиловања.

⁶ Душан Јаковљевић, *op. cit.*, 10.

⁷ Радбрух, Густав, *Филозофија права*, Београд, 1980, 224.

⁸ Душан Јаковљевић, *op. cit.*, 11.

⁹ Трифуновић, Миодраг, *Уставно-правни и политички аспекти институција помиловања*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд 3, 4, 5/1945, 251.

Краљеви су у то време користили могућност да на судове преносе привилегију доношења правде у конкретним ситуацијама, али су били овлашћени да право судова ограниче вршењем амнестије и помиловања.¹⁰

Интересантно је издвојити из тог периода једну специфичну примену установе помиловања која је егзистирала у Дубровачкој републици у шеснаестом веку. Ту се помиловање темељило на систему привилегија, тако да су носиоци тих погодности могли да неко лице које је починило злочин учине носиоцем помиловања. То право се могло преносити на друга лица пословима *inter vivos* и *mortis causa*, иако се то преношење сматрало неморалним чином. Иначе, исправа која је била доказ за привилегију поседовања права помиловања уносила се у нотарске књиге.¹¹

Што се тиче развоја установе помиловања у даљем периоду, тј. на прелазу из феудализма у нови век и даље, чини се да је методолошки најисправније пратити га уз помоћ приказа тог истог развоја у оквиру појединих држава које по свом значају то и заслужују.

Немачка.– Немачка је земља са богатом правном традицијом која је у том погледу дуго служила као узор многим мање развијеним земљама. Овде је помиловање у почетку било у надлежности судова да би касније, под утицајем римског права, та надлежност све више прелазила у руке немачког цара и покрајинских владалаца.¹² С обзиром да је Немачка до уједињења била подељена на више покрајина, може се рећи да је сваки од тих ентитета имао своје кривичне законе, а самим тим и аутономна решења за примену установе помиловања. Тако је и једна од немачких покрајина Баден имала свој Кривични законик из 1845. године, где је чл. 24. регулисала питање помиловања и његове примене.¹³ Баварска је, такође, имала свој Кривични закон из 1861. године, где је на свој начин регулисала примену установе помиловања. Међутим, ипак се може рећи да су у основи сва та решења била слична, као што је пример из пруског Кривичног законика, где је осуђеник у случају губитка грађанских права (осим оних сталежских), могао остварити рехабилитацију само путем помиловања.¹⁴

Јединствени немачки Кривични законик је донет 1870. године, а 1877. године и Закон о кривичном поступку, тако да је на тај начин дошло до

¹⁰ Којадиновић, Слободан, *Помиловање (ојшњи семинар)* – Библиотека Правног факултета, Београд, 1.

¹¹ Кестерчанек, Фрањо, *Право помиловања и успујање шог права грађанима у Републици Дубровнику*, Дубровник, 1978, 19.

¹² Живановић, Тома, *op. cit.*, 410.

¹³ Душан Јаковљевић, *op. cit.*, 29.

¹⁴ *Ibid.*, 30.

унификације Немачког кривичног законодавства. Према овим законима сва питања која су била у вези са помиловањем прешла су у надлежност немачког цара.

Интересантно је напоменути да се и поред разних критика на рачун установе помиловања које су долазиле од стране неких врло угледних немачких теоретичара (Кант, Хегел итд.), помиловање у Немачкој одржало током читаве њене историје.

Иначе, што се тиче данашње позиције установе помиловања у немачком законодавству, можемо рећи да се она не разликује много од начина на који се помиловање регулише у другим савременим законодавствима, јер се оно налази у надлежности извршне власти немачких државних органа. С обзиром на то да се Немачка састоји из више покрајина, самим тим у немачком законодавству постоји подељена надлежност за давање помиловања између савезне државе и покрајина. Тако се у чл. 452. Закона о кривичном поступку СР Немачке из 1987. године каже: „У кривичним предметима у којима је у првом степену судовање вршила савезна држава, право на давање помиловања припада савезној држави. У свим другим случајевима право помиловања припада државама чланицама савезне државе.”¹⁵ Као што се види, принцип за одређивање надлежности за давање помиловања заснива се на критеријумима подељене судске надлежности између савезне и држава чланица СР Немачке, што у крајњој линији представља такође једно од уобичајених решења у државама федералног типа.

ФРАНЦУСКА.– Француска представља земљу за коју се може рећи да је њена државно-правна историја често била у великој мери путоказ за развој права у целом свету. Имајући то у виду можемо рећи да је помиловање, поред амнестије, било присутно у старом француском праву, и то пре свега као право краљева, што је представљало атрибут њиховог суверенитета.¹⁶ Опште је познато да су краљеви тада дуго времена имали неограничену власт, што је неминовно доводило до непрекидног гушења основних људских слобода и права грађана. Тако је деценијама гомилан јаз између неограничене монархове власти и осталог грађанства довео и до чувене Француске буржоаске револуције из 1789. године, која је довела до драматичних промена у свим областима друштвеног живота тадашњег времена, па између осталог и у праву. Чини нам се да би се могло закључити да је један од узрока таквог незадовољства грађана било и неограничено злоупотребавање установе помиловања од стране краљева, на шта су пре тога

¹⁵ ЗКП СР Немачке, Центар маркетинг – Београд, 1997, 137.

¹⁶ Тома Живановић, *op. cit.*, 410.

стално упозоравали највећи мислиоци тога доба, који су сматрали да се том злоупотребом пре свега руше принципи праведности. Таква и слична схватања довела су до тога да је после Француске револуције дошло до укидања установе помиловања, што је и изричито наведено у чл. 7. Кривичног законика из 1791. године.¹⁷

Међутим, убрзо се схватило да је погрешно олако одбацити један такав институт који је неопходан за нормално функционисање било ког озбиљнијег правног система, па је помиловање поново враћено на место које му и припада. Оно што је ипак измењено, јесте логична промена надлежности за доношење помиловања, тако да је тада уместо монарха ту улогу преузео први конзул као представник управне власти, да би од тада помиловање заувек остало и сматрано као акт управне власти.¹⁸

Интересантно је напоменути да је у време укидања помиловања амнестија наставила да егзистира, што је с обзиром на њихову блискост помало чудно. Једино рационално објашњење за такву ситуацију било би повезано са самим карактером помиловања које је више везано за управну власт, тј. које је било директно подређено монарховим овлашћењима, за разлику од амнестије која је била више везана за представничке органе власти. Самим тим, у револуционарном заносу када је уништавано све што је и у најмањој мери било везано за краљевску апсолутну владавину, помиловање је било укинута, да би у тренутку када је дошло до постреволуционарног отрежњења и смиривања психолошког набоја међу грађанством, оно једноставно било реактивирано.

Касније је у Француској долазило до даљег утемељења схватања да помиловање треба да буде у надлежности шефа извршне власти и да се даје декретом. То је било и озакоњено, тако што је ово правило нашло своје место у тадашњим правним актима Француске (у Закону из 1871. и Уставу из 1875. године). У складу са тим решењима треба посматрати и садашњу позицију установе помиловања у овој земљи, с обзиром да је надлежност за давање помиловања у домену председника Француске републике. Међутим, поред тога пракса је установила још један институт који стоји негде између амнестије и помиловања и који се зове амнестирајуће помиловање – (*la grace amnestiante*). Према овом институту представничко тело даје амнестију, али препушта извршном органу да одреди лице које заслужује да буде амнестирано.¹⁹

¹⁷ *Ibid.*, 410.

¹⁸ *Ibid.*, 410.

¹⁹ Срзентић, Никола, *Кривично право ФНРЈ – Оштини део*, Београд, 1953, 497.

СЈЕДИЊЕНЕ АМЕРИЧКЕ ДРЖАВЕ.— Познато је да се амерички правни систем заснива на Уставу из 1787. године, који са уставним амандманима донетим након тога важи и данас. То практично значи да већина правних института у овој земљи нису подложни честим изменама као што је то случај у неким другим земљама које немају тако стабилне правне системе (што се нарочито односи на земље бившег источног блока). Иначе, САД се састоје од више држава које имају сопствене законе који се често у великој мери разликују од закона других држава чланица америчке федерације. Поред тога, важно је знати да у САД постоји председнички систем власти због чега су овлашћења председника САД изузетно велика, с тим што треба рећи да и овлашћења гувернера чланица САД нису занемарљива. У том контексту треба посматрати и институцију помиловања која у америчком праву заузима значајну позицију, што доказује и чињеница по којој се она регулише, како у Уставу САД, тако и у уставима држава чланица САД.

Оно што је заједничко за све државе чланице ове федерације, а што је везано за установу помиловања, јесте чињеница подељене надлежности за давање помиловања између савезних органа и органа држава чланица америчке федерације. Таква подела надлежности је регулисана тако да је, у односу на кривична дела из савезног закона, право на давање помиловања у надлежности председника САД, док је за кривична дела из закона држава чланица надлежност у рукама гувернера сваке од њих. Тако се у Уставу САД у члану II, одељак II (1), наводи да председник САД има право да одлаже извршење казни и да даје помиловање за кривична дела против Сједињених Држава, осим у случају дисквалификације (*impeachment*) од стране Конгреса.²⁰

С друге стране, свака од држава чланица САД у оквиру својих устава регулишу питање помиловања које је у надлежности гувернера ових држава. Тако нпр. држава Калифорнија у оквиру свог Устава у члану V, одељак 8 (а), има решење по коме гувернер има право на помиловање, осим у случају дисквалификације (*impeachment*) од стране Конгреса те државе.²¹

Што се тиче дејстава установе помиловања у САД, може се рећи да се њиме могу вратити сва права која су изгубљена пресудом, или у неким земљама већина тих права. Тако се нпр. у неким државама не могу повратити привилегије гласања ако је пресуда била због кривичног дела кривоклетства

²⁰ Збирка новијих устава, *Устав САД од 1787. године – Инститиути за ујоредно право*, Београд, 1966, 63.

²¹ Више о томе: *The constitution of the state of California*, 1879.

или због бешчасног злочина, док се у другим државама не дозвољава поновно вршење јавних функција или заузимање неког почасног места.²²

Оно што је такође специфично у америчком праву, тачније речено у праву неких држава САД, јесте могућност гувернера да помилује неко лице и то као замену за пуштање на условну слободу.²³ Иначе, помиловање ту има шире дејство од условне слободе, јер враћа и нека грађанска права која се условном осудом не могу повратити, тако да су осуђеници имали више интереса да добију помиловање него условну осуду.

У САД, институт помиловања има шире дејство него што је то случај у другим земљама. Разлог томе је што институт рехабилитације чини садржину помиловања, тако да се њиме фактички постижу дејства која се у другим земљама постижу установом рехабилитације.

Оно што је такође интересантно напоменути, јесте чињеница по којој се овлашћени органи САД за доношење одлуке о помиловању врло ретко одлучују за такву могућност, што потврђује чињеницу да је правни систем ове државе у вођењу своје криминалне политике још увек резервисан према широј употреби дејстава помиловања. Међутим, интересантан је податак по коме је бивши председник САД Бил Клинтон последњег дана обављања функције председника, доделио 141 помиловање, што свакако није у складу са рестриктивном политиком коришћења установе помиловања.²⁴

Познато је да су у САД врло прагматични у коришћењу различитих ефеката које им могу пружити многи правни институти. Тако се често дешава да се гувернери многих америчких држава у току саме предизборне кампање користе дејствима помиловања, дајући га разним категоријама осуђеника и то у циљу добијања политичких поена, што представља нову димензију у приказивању значаја које помиловање може имати уопште. У том контексту бисмо могли поменути интересантан пример са почетка 1996. године, који се догодио у држави Илиноис. Тамо је извесна Генвер Гарсија, која је била осуђена на смртну казну и која једноставно није желела да користи право на тражење помиловања, ипак помилована и против своје воље. (Као што је познато, у нашем праву се у оваквим случајевима не узима у обзир мишљење осуђеника који не жели да поднесе молбу за помиловање, док се у праву неких држава САД, па и државе Илиноис о којој сада говоримо, уважава право осуђеника да не тражи помиловање). Гувернер државе Илиноис је одлучио да ипак помилује поменути осуђеницу и то тако што јој је заменио смртну казну казном доживотног затвора без

²² Душан, Јаковљевић, *op. cit.*, 156.

²³ *Ibid.*, 156.

²⁴ Дневни лист *Блиц*, 16. 2. 2001.

права на жалбу. Интересантно је било и образложење његове одлуке, које је гласило: „Одговорност државе није да испуњава жеље осуђеника, већ да обезбеди правилно коришћење смртне казне.”²⁵ Овај случај је индикативан и због тога што су се за решавање једног тако комплексног питања као што је примена смртне казне, користила дејства установе помиловања, што само потврђује тезу о њеном огромном значају у праву уопште.

У САД такође постоји и институт амнестије, за чије доношење је надлежан амерички Конгрес када су у питању кривична дела из савезног закона, као и Конгреси држава чланица америчке федерације, за дела предвиђена у њиховим кривичним законима.

РУСКА ФЕДЕРАЦИЈА.– Кад се говори о развоју института помиловања у Русији, онда се претходно мора нешто рећи и о развоју помиловања у СССР-у, с обзиром на значајан период у коме се Русија налазила у овом државном савезу.

У том контексту можемо рећи да је институт помиловања имао врло важну улогу у правном систему СССР, а такође и неке специфичности у практичној примени у односу на позицију помиловања у другим земљама света. Оно што никако не треба заборавити јесте чињеница да су се у СССР, за разлику од САД, одиграле бурне промене током XX века у погледу државно-правног система. Познато је да је Русија пре стварања СССР била царевина, да би после Октобарске револуције она у оквиру СССР добила социјалистичко државно уређење. То је свакако морало утицати на целокупно законодавство, а самим тим и на кривично-правне установе као што је и помиловање. Међутим, иако се може рећи да установа помиловања спада у групу оних института који су најосетљивији на промене таквог типа, индикативно је да се у свим тим превирањима никад нису потезала и питања оправданости постојања установе помиловања. За СССР је у почетку било карактеристично мешање установе амнестије и помиловања, што је иначе било присутно код већине источноевропских држава у том периоду. Са развојем правног система ове државе упоредо је текао и развој диференцијације ова два поменута института, што је уједно значило и даље усавршавање саме установе помиловања.

У периоду после другог светског рата, амнестија и помиловање су могли довести до ослобођења осуђеника који су били осуђени на дуже временске казне. Амнестија је била акт врховне власти којом се, потпуно или делимично, ослобађао од казне велики број лица која су се после тог чина сматрала неосуђиваним. С друге стране, помиловање је представљало ин-

²⁵ Дневни лист *Политика*, 20. 1. 1996. година.

ститут којим су се, такође, вршила потпуна или делимична ослобођења, али се то односило на поједина лица.²⁶

Касније у Основама кривичног законодавства Савеза ССР и савезних република из 1958. године, постојао је тренд даљег проширивања поља дејстава помиловања, а такође и тенденција која је ишла у правцу дозвољавања и другим органима да располажу могућностима које пружа ова уставна. Тако се нпр. у чл. 46. истог закона каже да се ослобађање осуђеног од извршења казне, као и њено смањивање, може извршити и од стране суда, с тим што се сматрало да је ово право одвојено од амнестије и помиловања. Слично томе, код питања евентуалног брисања осуде из казног регистра постојала је могућност да се одређеној особи она брише и пре редовних рокова уколико се то лице примерено понашало и уколико су за то постојале препоруке од стране разних друштвених организација.

У периоду до распада СССР постојала је подељена надлежност за доношење одлуке о помиловању између савезних и републичких органа. Тако је за кривична дела из савезног кривичног закона надлежност била у рукама председништва Врховног совјета, а за кривична дела из републичких закона надлежност је припадала Врховним совјетима сваке републике. Као што је познато, у оквиру неких савезних република СССР постојале су и аутономне републике, које су такође имале право на давање помиловања, али тек уз претходно одобрење совјета матичних република.²⁷

После распада СССР, Русија је још неко време задржала совјетски Устав из 1978. године, да би због друштвено-политичких промена у земљи, у децембру 1993. године, донела нови Устав Русије (званичан назив државе је Руска Федерација – Русија). Тај Устав није проузроковао значајније промене у домену проблематике помиловања, јер је оно као што је уобичајено, у надлежности извршних органа власт, а по новом Уставу председника Русије, а амнестија у скупштинској надлежности, док је у скоро свим другим областима који су од значаја за развој руске државе дошло до значајних промена у односу на ранији период.²⁸ Поред тога, важно је напоменути и постојање Комисије за помиловање која представља саветодавни орган председника Русије и чије одлуке имају карактер препоруке.

²⁶ *Совјетско кривично право*, Београд, 1946, 86.

²⁷ Таховић, Јанко, *Закон о давању амнестије и помиловања*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 3, 4, 5/1945, 238.

²⁸ Више о томе: Марковић, Ратко, *Устав Русије*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 6/1993, 677.

ШЕРИЈАТСКО ПРАВО.— Помиловање је установа која постоји и у неким правним системима који се разликују од система које смо до сада обрађивали. Тако нпр. у земљама у којима влада шеријатско право, које је иначе једно од најспецифичнијих светских права уопште, установа помиловања такође постоји, али са неким карактеристичним обележјима. Овде је помиловање такође у надлежности врховних извршних органа власти, али оно за разлику од других светских законодавстава, има једну значајну верску димензију. У складу с тим, помиловање се обично даје приликом важнијих верских празника, какав је нпр. био случај из 1996. године, када је на исламски верски празник рамазан у Саудијској Арабији овим путем ослобођено даљег издржавања казни шест хиљада затвореника.

По шеријатском праву је предвиђено да породица жртве кривичног дела убиства може тражити за убицу смртну казну или када је он већ осуђен једноставно откупити његову казну тако што ће одредити новчани еквивалент за који се убици може доделити помиловање. То практично значи да осуђеник у оваквим случајевима више не зависи од државног апарата, већ од одлуке чланова жртвине породице који у замену за новац могу одредити на који ће се начин осуђеник помиловати, тј. да ли ће се потпуно или делимично ослободити, или ће му се казна заменити другом.

ЗАКЉУЧАК

Посматрајући општи историјски развој, као и досадашњу примену установе помиловања у свим развијенијим државно-правним системима у свету, чини се да је лако закључити колики је утицај ове установе на развој целокупног правног система, али и на систем сваке државе посебно. Потврда тога је и чињеница да помиловање данас углавном представља и уставни, али и кривично-правни институт, с обзиром да се најчешће регулише, као ретко која правна установа, како у Уставу, тако и у кривичном закону (као нпр. институт лишења слободе, начело законитости итд.). Кад се поред тога узме у обзир и чињеница по којој дејство помиловања понекад може бити јаче и од самог кривичног закона, овај утисак се још више појачава. Уосталом, из прегледа његовог историјског развоја, врло јасно се могу уочити и одређене могућности помиловања да индиректно утиче на сам развој друштвено-политичких односа у свету. Као илустрација свега што је речено у корист значаја установе помиловања може послужити и Кантова мисао, да је „помиловање најосетљивије од свих права, која нападају суверену”.²⁹

²⁹ Пихлер, Станко, *Прилози расправи о помиловању*, Правни живот, Београд, 6–7/1987, 690.

Иначе, генерално посматрано, можемо са сигурношћу закључити да је установа помиловања у светским оквирима имала јасан континуитет свог развоја који (осим у кратком периоду после Француске буржоаске револуције), ниједног тренутка није доводио у питање потребу постојања ове установе. У том контексту треба рећи да је данас веома тешко наћи пример неке земље која није имала у оквиру свог правног система и установу помиловања. Иначе, неке од држава су ову установу уносиле у своје кривичне законике, друге у кривични поступак, а треће у посебне законе.³⁰

Поред тога, оно што се намеће као закључак приликом посматрања историјског развоја установе помиловања у различитим земљама света, је-сте евидентна сличност у начину на који је помиловање регулисано у тим земљама. Тако се нпр. у једном периоду за већину „буржоаских” правних система може рећи да је право на давање помиловања припадало шефу државе, а с друге стране, право на амнестију председничким телима.³¹ Оне разлике које су биле присутне у овој области тичале су се, пре свега, ширине дејстава помиловања, значаја које оно има за одређена законодавства, као и самог облика његове садржине.

Помиловање је кроз историју често мењало своју форму, али се свакако може закључити да је временом све јасније сазревала свест о његовом везивању за врховне извршне органе власти чиме се и кристализовала основна разлика у односу на амнестију, која се природно позиционирала у оквирима надлежности законодавних органа власти. Самим тим се данас, без икакве дилеме, може закључити да помиловање представља једно од најважнијих права председника држава чак и оних земаља у коме они немају велики значаја (као што је у државама у којима је на снази канцеларски систем власти попут Немачке).

Историјски развој ове установе такође указује на још један веома важан аспект примене помиловања о коме треба водити рачуна, а који може бити присутан у сваком правном систему на свету. Наиме, због својих изузетно широких и интензивних потенцијала, који чак могу да, различитим видовима злоупотребе коришћења помиловања, угрозе и правну сигурност и најутемељенијег правног система у свету, веома је значајно да се оно користи искључиво у духу и у складу са својом правном природом. Због тога су дејства помиловања одувек била под посебном пажњом јавности, али је и поред тога понекад долазило до очигледних облика његове погрешне употребе. То се посебно односи на потенцијале једног од облика помиловања – аболицију, којом су овлашћени органи у позицији да ослободе даљег

³⁰ Влада ФНРЈ, *op. cit.*, 158.

³¹ Срзентић, *op. cit.*, 490.

кривичног гоњења било ког појединца и пре него што се донесе правоснажна пресуда и то тако да се након тога ни на који начин овај поступак не може обновити.

У сваком случају, можемо рећи да нам међународни аспект историјског развоја помиловања у свету потврђује тезу да нимало није случајно што установа помиловања и данас има тако стабилну позицију у свим правним системима модерних држава света и што без обзира на државно уређење тих земаља, ниједна од њих не спори неопходност постојања у својим законима дејстава која има помиловање.

ЛИТЕРАТУРА

- Влада ФНРЈ, *Објашњење уз нацрт Кривичног закона ФНРЈ*, Београд, 1951.
Дневни лист *Блиц*, 16. 2. 2001.
Дневни лист *Политика*, 20. 1. 1996.
Живановић, Тома, *Основи кривичног права, (друга књига)*, Београд, 1937.
ЗКП СР Немачке, Центар маркетинг – Београд, 1997.
Збирка новијих устава, *Устав САД од 1787. године*, Институт за упоредно право, Београд, 1966.
Јаковљевић, Душан, *Рехабилитација у кривичном праву*, Београд, 1990.
Кестерчанек, Фрањо, *Право помиловања и устјување тог права грађанима у Рејублицу Дубровнику*, Дубровник, 1978.
Којадиновић, Слободан, *Помиловање (ошћи семинар)*, Библиотека Правног факултета, Београд.
Марковић, Ратко, *Устав Русије*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 6/1993.
Пихлер, Станко, *Прилог расправи о помиловању*, *Правни живот*, Београд, 6–7/1987.
Радбрух, Густав, *Филозофија права*, Београд, 1980.
Совјетско кривично право, Београд, 1946.
Срзентић, Никола, *Кривично право ФНРЈ – ошћи део*, Београд, 1953.
Таховић, Јанко, *Закон о давању амнестије и помиловања*, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 3, 4, 5/1945.
Трифуновић, Миодраг, *Уставно-правни и политички аспекти инстјуија помиловања*, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд 3, 4, 5/1945.
The constitution of the state of California – 1879.

THE INTERNATIONAL ASPECT OF THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF PARDON

Predrag Blagojevic Ph. D.
Ministry of Culture and Information

S u m m a r y

The institute of pardon, as one of the well-known legal institutions of the modern legislature, may be considered to belong to the group of terms which have had an extremely rich tradition of implementation. The character of this institution is such that it clearly suggests that it cannot be linked essentially to any individual legal system. Because of that fact, pardon is able to be viewed functionally and historically as an institution of universal character. For understanding the essence of the modern meaning of pardon, it is important to examine the basic aspects of its historical development in international settings. In this context, in this paper we will expose the historical development of pardon in the Roman law, and after that we will continue to follow the genesis of the development of pardon in some countries which represent typical examples relevant for understanding the issues that are the focus of this paper. At the same time we will realize the importance of using the potential of pardon on proper and efficient manner, because the history of using pardon warns us on the possibility of its abuse, which is a major threat to the future survival of this institution.

Keywords: pardon, history, universality, tradition, Roman law, state, criminal law, criminal code, president

Edina Kočan,
doktorant Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu

POJAM I OSNOVNE KARAKTERISTIKE STVARNIH SLUŽBENOSTI*

SAŽETAK: Definisane stvarnih službenosti neophodno je iz prostog razloga što one predstavljaju ograničenje prava svojine i po mišljenju mnogih najveći oblik zahvatanja u privatnu svojinu od strane trećih lica. Ne postoji tačno određen broj stvarnih službenosti (*servitutum numerus non est clausus*). U Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa nalazi se definicija stvarnih službenosti, ali nijedna nije pojedinačno definisana, niti su u istom nabrojane. Najčešće se manifestuju kao pravo službenosti prolaza, pravo uzimanja vode i slično. Suočeni sa ovako oskudnim definisanjem jednog ozbiljnog instituta kao što je stvarna službenost pravnici su se posvetili definisanju i iscrpnom izlaganju osnovnih karakteristika stvarnih službenosti, kroz sudsku praksu i pravnu nauku. Upravo će Nacrt zakona o svojini i ostalim stvarnim pravima učiniti veliki korak napred u pogledu prevazilaženja određenih neslaganja koja postoje u pravnoj nauci kada je u pitanju definisanje ovog instituta, jer isti nudi rešenja koja su prilagođena modernom društvu kao i društvenim odnosima koji u takvom društvu nastaju, jer mogućnost pojave novih stvarnih službenosti nije isključena. Cilj ovog rada je da detaljnije predstavi karakteristike stvarnih službenosti, jer su sporovi u sudskoj praksi u vezi sa ovim pitanjem vrlo učestali, a neke od karakteristika mogu biti presudan faktor pri odlučivanju o pravnoj sudbini određene nepokretnosti.

Ključne reči: službenosti, stvarne službenosti, karakteristike, načela stvarnih službenosti

* Rad je primljen 25. 10. 2013 godine.

UVODNA RAZMATRANJA

Pored prava svojine kao najpotpunijeg i najvažnijeg stvarnog prava na vlastitoj stvari, postoje i stvarna prava na tuđoj stvari (službenosti, založno pravo, realni tereti, pravo građenja, pravo preče kupovine i dr.). Ova prava izvedena su iz svojine zbog čega se i zovu sektorska prava.

Rimljani su sva prava koja imaju stvarnopravno dejstvo, a nisu svojina, nazivali zajedničkim nazivom *iura in re aliena*. Stvarna prava na tuđim stvarima čine prava koja imaju stvarnopravni karakter, i koja obuhvataju deo ovlašćenja koja ima vlasnik stvari. Zbog toga se i nazivaju sektorskim pravima, jer obuhvataju deo ili „sektor” prava koje ima i sam vlasnik stvari. Spadaju u stvarna prava jer su *in rem* i deluju *erga omnes*.

Postojale su tri grupe *iure in re aliena*: službenosti (*servitutes*), nekoliko oblika dugoročnog zakupa zemljišta (*superficies*, *ius in agro vectigali* i *emphyteusis*) i založno pravo (*fiducia*, *pignus* i *hypotheca*).

Dakle, pravo stvarne službenosti predstavlja pravo vlasnika jedne nepokretnosti da za potrebe te nepokretnosti (povlasno dobro) u određenoj meri koristi nepokretnost koja pripada drugom vlasniku (poslužno dobro), ili da zahteva od vlasnika poslužnog dobra da se uzdrži od vršenja određenih radnji na koje bi po prirodnom toku stvari imao pravo. Najstarija vrsta stvarnih prava na tuđoj stvari su službenosti (*servitutes*). Skučenost varoških naselja u mediteranskoj oblasti i sitni zamljoposed sa oskudicom vode i dobrih puteva iziskivao je od pamtiveka kod Grka i Rimljana potrebu da se tačno definišu službenosti.

U rimskom pravu najpre su se pojavile zemljišne službenosti. Sa pojavom privatne svojine, do koje je došlo deobom do tada zajedničke, kolektivne svojine, ukazala se potreba za njima. Naime, bilo je evidentno da se u pojedinim situacijama ljudi nisu mogli koristiti svojim stvarima bez upotrebe onih koji su se nalazile u svojini drugog lica, ili su se otežano mogli koristiti. U mnogim se slučajevima videlo da se pojedinim zemljištem može gospodariti samo tako da se ujedno posluži i susednim, jer je ono prvo ostalo bez pristupnog puta ili je već postojeći put sasvim neprikladan za gospodarske potrebe, ili bi se nekim zemljištem puno bolje gospodarilo, ako bi se moglo poslužiti i susednim, preko kojeg bi se npr. odvodila i dovodila voda. Tako nastaju i najstarije zemljišne službenosti puta i dovođenja vode.

Pored zemljišnih službenosti stare su i gradske službenosti. Sa razvitkom gradova ukazala se potreba za njihovim postojanjem, čiji je cilj bio da olakšaju život u gradu.

Rimljani su službenosti podelili na zemljišne i gradske, u zavisnosti od konkretne namene povlasnog dobra, da li je ono poljoprivredno ili građevinsko

zemljište. Seoske su one koje su obično namenjene lakšem poljoprivrednom iskorišćavanju povlasnog dobra, a gradske stanovanju i izgradnji.

Službenosti su, u savremenim pravima, jedinstven institut koji čine stvarne i lične službenosti. Podela na stvarne i lične službenosti izvršena je u odnosu na to da li su konstituisane u korist tačno određenog lica (lične službenosti) ili u korist dobra, odnosno nepokretnosti (stvarne službenosti).

Definisanje stvarnih službenosti neophodno je iz prostog razloga što one predstavljaju ograničenje prava svojine i po mišljenju mnogih predstavljaju najveći oblik zahvatanja u privatnu svojinu od strane trećih lica. Dakle, jedno lice je ovlašćeno da se koristi stvarima koje mu ne pripadaju dok, s druge strane, vlasnik te stvari to korišćenje mora da trpi. Načelo apsolutnosti prava svojine u direktnoj je suprotnosti sa ovakvom sadržinom prava stvarne službenosti, ali su još Rimljani takvo ovlašćenje pravdali mogućnošću da vlasnik poslužnog dobra u nekoj drugoj situaciji može biti vlasnik povlasnog dobra.

Ne postoji tačno određen broj stvarnih službenosti (*servitutum numerus non est clausus*), s obzirom na to da dinamika života svakog dana nameće nove društvene situacije i odnose, tako da pravo ne može predvideti svaku od njih koja se može definisati i kao pravni odnos. U vremenu u kojem živimo svedoci smo da se društvo vrlo brzo tehnološki razvija, pa nije isključena mogućnost nastanka novih službenosti.

U Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa nalazi se definicija stvarnih službenosti, ali nijedna nije pojedinačno definisana, niti su u istom nabrojane. Najčešće se manifestuju kao pravo službenosti prolaza, pravo uzimanja vode i slično. Suočeni sa ovako oskudnim definisanjem jednog ozbiljnog instituta kao što je stvarna službenost, pravnici su se posvetili definisanju i iscrpnom izlaganju osnovnih karakteristika stvarnih službenosti, kroz sudsku praksu i pravnu nauku. Upravo će Nacrt zakona o svojini i ostalim stvarnim pravima učiniti veliki korak napred u pogledu prevazilaženja određenih neslaganja koja postoje u pravnoj nauci kada je u pitanju definisanje ovog instituta, jer isti nudi rešenja koja su prilagođena modernom društvu kao i društvenim odnosima koji u takvom društvu nastaju, jer, kao što je već rečeno, mogućnost pojave novih stvarnih službenosti nije isključena. S obzirom da nam do usvajanja navedenog Nacrta ne preostaje ništa drugo nego da se služimo onim što već imamo, cilj ovog rada je da detaljnije predstavi karakteristike stvarnih službenosti, jer su sporovi u sudskoj praksi po ovom pitanju vrlo učestali, a neke od karakteristika mogu biti presudan faktor pri odlučivanju o pravnoj sudbini određene nepokretnosti.

1. POJAM SLUŽBENOSTI

Pravo svojine je skup najširih ovlašćenja u pogledu posedovanja, korišćenja i raspolaganja nekom stvari, ali je to pravo ipak podvrgnuto raznim ograničenjima, među koja spada i pravo službenosti. Službenosti se manifestuju kao ograničenje vlasničkog prava na taj način što je vlasnik dužan da trpi da se titular prava službenosti na neki način koristi njegovom stvari, što takođe povlači za sobom i smanjenje opsega korišćenja stvari od strane njenog vlasnika na određeno vreme.¹

Pod službenostima (*servitutes*) se podrazumevaju različiti oblici stvarnih prava na tuđim stvarima, pa se i nazivaju službenostima zato što nekome nečija stvar služi, zapravo, neko ima pravo da se koristi stvarima koje mu ne pripadaju, koje nisu u njegovoj svojini. To korišćenje se može sastojati u upotrebi, pribiranjju plodova ili u zahtevu od vlasnika stvari da svoju stvar ne upotrebljava na neki način.

Postoje dve vrste službenosti predviđene Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa² i to lične i stvarne službenosti.

Lične službenosti (*servitutes personarum*) su stvarna prava na tuđim stvarima, koja su ustanovljena u korist tačno određenog lica.

Stvarne službenosti (*servitutes praediorum*) su pravo vlasnika određene nepokretnosti da za potrebe te nepokretnosti koja se zove povlasno dobro koristi određenu drugu nepokretnost koja se zove poslužno dobro, ili da zahteva od vlasnika poslužnog dobra da ne vrši određene radnje na koje bi inače imao pravo po pravilima prava svojine. Od vlasnika poslužnog dobra ne može se zahtevati činjenje u korist vlasnika povlasnog dobra.

Pored stvarnih i ličnih službenosti postoje i *neprave stvarne službenosti*. Neki zakonici predviđaju da se može konstruisati službenost koja po svojoj sadržini i prirodi predstavlja stvarnu službenost, ali se kao takva konstruiše u korist tačno odedenog lica. Nacrt zakona o svojini i ostalim stvarnim pravima ih definiše kao „pravo lica da, za svoje potrebe, tuđu nepokretnu stvar (poslužno dobro) upotrebljava na određeni način i u određenoj meri, zahteva od njenog vlasnika da trpi upotrebu nekog drugog dobra na određeni način i u određenoj meri ili koju drugu radnju koju bi inače imao pravo da zabrani ili da zahteva od njega da poslužno dobro ne upotrebljava na određeni način i u određenoj meri.”³

¹ „Pravo službenosti predstavlja ograničenje prava svojine vlasnika odnosno prava korisnika na poslužnom, pa u izreci sudske odluke, kojom se ustanovljava pravo stvarne službenosti, mora biti navedeno da se radi o sezonskoj ili stalnoj službenosti” (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 277/80).

² *Službeni list SRJ*, br. 29/1996.

³ Čl. 341. Nacrta zakona o svojini i ostalim stvarnim pravima.

U Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa ne nalazi se dovoljan broj odredbi koje bi u potpunosti regulisale ovaj pravni institut, o čemu je već bilo reči u uvodnim razmatranjima. Takav propust zakonodavca u praksi može stvoriti probleme prilikom definisanja određenog ponašanja nekog subjekta: teško je utvrditi da li konkretno ponašanje predstavlja vršenje prava službenosti ili ne.

2. POJAM STVARNIH SLUŽBENOSTI

Stvarne službenosti predstavljaju vrstu *iure in re aliena*.

Stvarna službenost je pravo vlasnika jedne nepokretnosti (povlasno dobro) da za potrebe te nepokretnosti vrši određene radnje na nepokretnosti drugog vlasnika (poslužno dobro) ili da zahteva od vlasnika poslužnog dobra da se uzdrži od vršenja određenih radnji koje bi inače imao pravo vršiti na svojoj nepokretnosti.⁴

U našem pravu stvarne službenosti regulisane su Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa kao i Nacrtom zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima.

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa sadrži definiciju stvarne službenosti, ali ne određuje sadržinu konkretno ni za jednu stvarnu službenost, odnosno ne određuje vrste stvarnih službenosti. Zbog toga je veliki značaj i uloga suda da u svakoj konkretnoj situaciji, imajući u vidu razvoj društva i promene u načinu i sredstvima kojima se vrši obrada nepokretnosti, oceni da li je neka radnja vršenja stvarne službenosti ili ne.

U pogledu pravne prirode prava stvarne službenosti postoje različita mišljenja. Neki pravni teoretičari su mišljenja da su službenosti uopšte limitirana ili parcijalna prava. Iako ih neki nazivaju parcijalnim pravima, to ne znači da je reč o „delovima” prava svojine. Ova prava imaju autonomni pravni značaj i smatraju se različitim u odnosu na osnovno pravo uz koje idu.⁵

Dilema postoji i o tome da li stvarne službenosti predstavljaju ograničenja svojine ili tek vršenje prava svojine na nepokretnostima. Apsolutnost prava svojine izražava njeno svojstvo kao najpotpunije pravne vlasti na stvari i, polazeći od toga, moglo bi se reći da prava stvarne službenosti predstavljaju zahvatanje u privatnu svojinu određenog lica. Naime, njihovim konstituisanjem vlasnik gubi potpunu pravnu vlast na delu nepokretnosti koji je opterećen ovim pravom, te su službenosti u rimskom periodu tretirane kao jedino ograničenje prava svojine, jer su Rimljani uvideli da se u određenim situacijama ne može

⁴ Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 49. st. 1; ZOSO CG, čl. 194.

⁵ Z. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2000, 278.

u potpunosti koristiti svoje dobro bez upotrebe dobra drugog vlasnika. Ovakvo ograničenje našlo je opravdanje u mogućnosti da vlasnik, koji je obavezan da trpi korišćenje svog dobra u jednoj situaciji, u drugoj situaciji može biti vlasnik u korist čijeg dobra je ustanovljena stvarna službenost.⁶

Stvarna službenost postoji u korist stvari (zemljišta i zgrade), pa zato i predstavlja pravo svakodobnog vlasnika jedne nepokretnosti da na određen način i u određenoj meri koristi tuđu napokretnost bez obzira ko je njen vlasnik.

Kako bi došlo do stvarne službenosti potrebno je postojanje dve nepokretnosti: poslužnog i povlasnog dobra. U toj funkciji mogu se pojaviti zemljišta i zgrade, a isključeni su: pokretne stvari, nepokretnosti po nameni, brodovi i vazduhoplovi.⁷ U rimskom pravu stvarna službenost mogla je biti ustanovljena samo ako se radilo o susednim nepokretnostima (*perpetua causa* – večita veza). Ovo pravilo je napušteno, tako da se stvarne službenosti mogu konstituisati na nepokretnostima koje su fizički udaljene i ne dodiruju se.

Takođe, prema Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, stvarne službenosti mogu se zasnovati i na dobrima u opštoj upotrebi ako se tome ne protivi njihova priroda.⁸

Rimsko pravo je stajalo na stanovištu da broj službenosti nije ograničen. Zato se umesto razmatranja pojedinih oblika stvarne službenosti izlažu principi i karakteristike, koji imaju za cilj da konstituisanje stvarnih službenosti dopuste samo u određenim slučajevima, kako se ne bi preterano ograničavalo pravo privatne svojine.⁹ Ne treba zaboraviti da živimo u vremenu u kojem se društvo brzo tehnološki razvija, pa samim tim nije isključena mogućnost nastanka novih službenosti.

Postojanje stvarnih službenosti ima svoj cilj, svoj značaj, a to je bez sumnje ekonomsko iskorišćavanje povlasnog dobra.¹⁰ Pomoću službenosti omogućava se vlasniku povlasnog dobra bolje korišćenje tog dobra ili prenošenje viška koristi sa poslužnog na povlasno dobro u cilju poravnjanja između viška koristi na jednoj i nedostatka na drugoj strani. Stvarne službenosti obezbeđuju veći komfor vlasniku povlasnog dobra, u tome se ogleda privredna i ekonomska funkcija ovog instituta.¹¹

⁶ D. Popov, *Državina prava stvarne službenosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 37, br. 3, 2003, 105.

⁷ O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, 180.

⁸ Čl. 308., 5.

⁹ R. Kovačević-Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2009, 169.

¹⁰ D. Lazarević, *Stvarne službenosti*, Pravni život, god. 50, knj. 462, br. 10, 2001, 75.

¹¹ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac, 2008, 180.

3. KARAKTERISTIKE STVARNIH SLUŽBENOSTI

Budući da oblici prava stvarne službenosti nisu uređeni zakonom u pogledu sadržine još od rimskog prava, o čemu je već bilo reči, to se kod prava stvarne službenosti govori o načelima i karakteristikama. One su „brana” od preteranog ograničenja prava svojine na nepokretnostima i u slučajevima kada za to ne postoji potreba.

Kao što je već pomenuto, rimsko pravo je stajalo na stanovištu da broj službenosti nije ograničen – *servitutum numerus non est clausus*, odnosno da broj službenosti nije zatvoren. Ovo pravilo zastupljeno je i u našem pozitivnom pravu. Zato se umesto razmatranja pojedinih oblika stvarne službenosti izlažu principi i karakteristike, koji imaju za cilj da konstituisanje stvarnih službenosti dopuste samo u određenim slučajevima, kako se ne bi preterano ograničavalo pravo privatne svojine. Svojina bi trebalo da predstavlja nepovrediv institut, odnosno, jedno apsolutno pravo sa dejstvom *erga omnes*, ali postojeća ograničenja koja se odnose na vlasnika određene nepokretnosti i koja Zakon priznaje dokazuju da i ta apsolutnost može biti, uslovno rečeno, ugrožena. Kako bi se smanjio obim sužavanja pravne vlasti nekog lica na sopstvenoj stvari, i na taj način zaštitila privatna svojina, iskristalisale su se određene karakteristike stvarnih službenosti kao instituta kojim se ograničava pravo svojine.

3.1. Službenost se ustanovljava radi boljeg korišćenja povlasnog dobra (*praedio utilis*)

Stvarne službenosti se konstituišu sa ciljem da povlasnom dobru pruže određenu korist (*praedio utilis*) a nikako da vlasniku povlasnog dobra pruže ličnu korist. To znači da stvarna službenost ne može postojati radi udobnosti, već samo kada je to nužno i potrebno. Stvarna službenost koja ne bi predstavljala korist za poslužno dobro ne bi opravdala svoje postojanje, tako da bi njen opstanak značio zloupotrebu prava, u izvesnom smislu to bi bilo šikaniranje.¹² Nije dozvoljeno konstituisanje službenosti radi zadovoljenja ličnih potreba ili ličnih interesa vlasnika povlasnog dobra, npr. stvarna službenost radi štednje. Dakle, ne mogu se uzeti u obzir lične potrebe vlasnika prilikom konstituisanja stvarnih službenosti, jer bi se onda radilo o ličnim a ne o stvarnim službenostima. Prema sudskoj praksi, postojanje seoskog puta do povlasnog dobra koji nije dovoljno udoban ne predstavlja razlog za ustanovljenje prava stvarne slu-

¹² Pravo službenosti kao ovlašćenje koristiti se tuđom stvari može kao svrhu imati udobnost za titulara tog prava (Vrhovni sud Hrvatske Rev. br. 160/88 od 18. 9. 1989. godine).

žbenosti na poslužnom dobru drugog vlasnika, jer udobnost nije cilj stvarnih službenosti.¹³ Stvarne službenosti moraju biti objektivno korisne, i njihov cilj je bolje ekonomsko iskorišćavanje povlasnog dobra, ali se ne može od poslužnog dobra zahtevati da postane žrtva. Ovo je faktičko pitanje, tako da sud u svakom pojedinačnom slučaju ceni opravdanost konstituisanja stvarne službenosti. Prestanak objektivne potrebe može dovesti do ukidanja stvarne službenosti, odnosno, u tom slučaju je vlasnik poslužnog dobra u mogućnosti da njeno ukidanje traži.¹⁴

3.2. Načelo poštede u vršenju prava stvarne službenosti (*fundus fundo servit*)

Vlasnik povlasnog dobra ovlašćen je da pravo koje je ustanovljeno vrši radi boljeg korišćenja svog dobra. U tome on ne sme biti ograničavan od strane vlasnika poslužnog dobra, kao ni od strane trećih lica. Pošto stvarne službenosti predstavljaju prava koja se odnose na tuđe stvari, titular prava stvarne službenosti mora to svoje pravo vršiti na način koji najmanje opterećuje poslužno dobro, i treba da ih koristi pažljivo, onako kako je to svojstveno dobrom domaćinu. Načelo poštede ili restrikcije se uvek javlja kada u vršenju prava postoji određena zajednica, a upravo je to slučaj kod stvarnih službenosti.

U rimskom pravu je stvoreno pravilo da titular prava službenosti treba da koristi svoje pravo kao savestan građanin (*servitus civiliter exercenda est*), odnosno kao dobar domaćin (npr. ako neko ima pravo prolaza pešice, on ne može tuda provoditi stoku, ili ako neko ima pravo prolaza sa stokom to ne znači da ima pravo prolaza motornim vozilom).

Stvarne službenosti se ne smeju proširivati. Na to ne utiču nove potrebe povlasnog dobra, ako nisu posledica normalnog razvijanja i iskorišćavanja povlasnog dobra.¹⁵ Prema Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, dozvoljeno je proširivanje obima ovlašćenja vlasnika povlasnog dobra, koji se najpre reguliše aktom zasnivanja, s tim što je za takvo postupanje neophodno da se promene i potrebe povlasnog dobra, kao i da te potrebe ne terete poslužno dobro više nego što koriste povlasnom dobru.¹⁶ U skladu sa načelom restrikcije,

¹³ Okružni sud u Kraljevu Gž. br. 47/87.

¹⁴ Odluka Vrhovnog suda Srbije Gzz. br. 321/77.

¹⁵ „Vlasnik povlasnog dobra ima pravo da na ulazu službenog puta postavi kapiju, koja se ne zaključava, ako to ne predstavlja znatno otežavanje titularu prava službenosti puta u vršenju njegovog prava, jer se obaveza vlasnika poslužnog dobra sastoji u trpljenju, a ne u nepreduzimanju pozitivnih radnji usmerenih ka obezbeđivanju i zaštiti opterećene nepokretnosti” (odluka Vrhovnog suda Srbije, GZZ 2/78).

¹⁶ Nacrt zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, čl. 310. st. 1. i 2.

ukoliko postoji sumnja o obimu stvarne službenosti, uzeće se ono što je pogodnije za vlasnika poslužnog dobra. Ovakvo rešenje je sasvim opravdano ako se ima u vidu činjenica da je upravo vlasnik povlasnog dobra strana koja u ovom pravnom odnosu trpi, dok naspram njega stoji vlasnik povlasnog dobra, koji proširuje svoj obim ovlašćenja na „štetu” prvog. Takođe, vlasnik poslužnog dobra može zahtevati premeštanje mesta vršenja stvarne službenosti, ukoliko za to ima interesa, a takav postupak ne ugrožava niti otežava vršenje prava stvarne službenosti.¹⁷

Zbog toga što one predstavljaju teret za vlasnika poslužnog dobra, lice koja ima pravo stvarne službenosti mora voditi računa o interesima vlasnika, tako što će što je više moguće štedeti poslužno dobro i ne ugrožavati ga. Kada je u pitanju pošteta poslužnog dobra, titular prava stvarne službenosti mora da ima u vidu načelo restrikcije, odnosno sužavanja prava stvarne službenosti. Titular prava stvarne službenosti koji zanemaruje ovo načelo vrši zloupotrebu prava, s obzirom da se ovo pravo mora vršiti savesno i pošteno.

3.3. Postojanje više službenosti na istoj stvari

Na jednom povlasnom dobru može da postoji više službenosti iste ili različite vrste, a opet istovrsne službenosti mogu biti jednake ili različite. Međutim, u slučaju da se prilike promene pa usled toga nastupi nemogućnost vršenja svih službenosti u punom obimu, prednost će imati ona službenost koja je ranije stečena. Ovde važi pravilo *prior tempore potior iure* – ustanovljenjem nove službenosti ne sme se krnjiti već postojeća službenost. Dakle, važi pravilo da je ranije stečeno pravo jače od docnije stečenog prava. Poslednja službenost se sužava u svom obimu, a može i da prestane i tako redom počev od ranije ka docnijoj. Ako su dve službenosti istovremeno stečene, ali izvršavanje jedne ometa izvršavanje druge i pritom titulari službenosti ne postignu sporazum, svaki od njih može zahtevati da sud uredi izvršavanje sadržaja službenosti vodeći računa o interesima oba titulara.¹⁸ Prema hrvatskom Zakonu o vlasništvu, jedna nekretnina može biti opterećena sa više službenosti, ali novija službenost ne može ograničiti izvršavanje onih koje su pre nje u prvenstvenom redu.¹⁹

Stvarna službenost se može zasnovati na više poslužnih dobara istovremeno.²⁰

¹⁷ O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, 185–186.

¹⁸ D. Lazarević, *Vrste stvarnih službenosti*, god. 22, 2/3, 2005, 82.

¹⁹ *Op. cit.*, čl. 180.

²⁰ Nacrt zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, čl. 317.

3.4. Nema službenosti na svojoj stvari (*nulli res sua servit*)

Službenost se ne može imati na svojoj nepokretnosti (*nulli res sua servit*). I rimsko pravo stajalo je na istom stanovištu. S obzirom da stvarna službenost predstavlja pravni odnos između vlasnika dve nepokretnosti, logično je da ona ne može biti konstituisana na sopstvenoj stvari, već samo na tuđoj. Vlasnik stvari u pogledu svoje stvari ima skup najširih ovlašćenja, koja su daleko šira od onih koje ima titular službenosti, pa tako njemu službenost nije ni potrebna.²¹ Kada je u pitanju nepodeljena nepokretnost u suvlasništvu, sve do razvrnuća suvlasništva fizičkim putem, suvlasnici zajedno koriste nepodeljenu nepokretnost, tako da u tom slučaju ne mogu biti titulari prava stvarne službenosti na istoj.²²

U postupku deobe suvlasnici mogu sporazumno ili na osnovu sudske odluke da na fizički odvojenim delovima konstituišu službenost.

Prema našem pravu, nijedno lice ne može imati službenost na vlastitoj nepokretnosti, pa samim tim ni na nepokretnosti koja je u zajedničkom vlasništvu, tako da sud neće pružiti zaštitu prava službenosti prolaza na nekretnini koja je u zajedničkom vlasništvu stranaka. Stvarna službenost se ustanovljava samo u situaciji kada vlasnik povlasnog dobra bez ograničenja prava svojine vlasnika poslužnog dobra ne može uopšte ili ne može bez nesrazmerne štete da vrši ekonomsko iskorišćavanje svog dobra.

Međutim, neka prava, kao što je švajcarsko, dopuštaju mogućnost postojanja službenosti na svojoj stvari. Prema ŠGZ-u, vlasnik dve nepokretnosti ima pravo da upisom u zemljišne knjige konstituiše službenost na jednoj u korist druge nepokretnosti, što ima praktičan značaj, jer otuđenjem jedne od nepokretnosti službenost se automatski aktivira.²³

Svojinske službenosti poznaju i francusko, nemačko i austrijsko pravo, pod određenim uslovima.

Prema Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima isto lice može biti vlasnik povlasnog i poslužnog dobra (svojinska službenost).²⁴

Pošto se pravo stvarne službenosti stiče upisom u katastar ili na drugi način određen zakonom, to će pravo postojati dokle god je upisano u javnu knjigu, bez obzira na faktičko stanje.²⁵

²¹ I. Grbin, *Pravo služnosti*, Narodne novine, propisi i praksa, Zagreb, 1991, 156.

²² Niko ne može imati službenost na vlastitoj stvari, a dosledno tome ni na stvari koja je u zajedničkom vlasništvu stranaka, zbog čega tužilac ne može ostvarivati zaštitu prava službenosti prolaza na nekretnini koja je u zajedničkom vlasništvu stranaka (Okružni sud u Zadru, Gž. br. 830/88).

²³ Švajcarski građanski zakonik, čl. 733.

²⁴ Nacrt zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, čl. 309.

²⁵ Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 52; ZOSPO CG, čl. 202.

Srpsko pravo ne poznaje svojinske službenosti, ali ovakva regulativa nije naišla na podršku u pravnoj teoriji. Njihovo postojanje je samo potencijalno, odnosno, aktiviraju se samo u slučaju da dođe do promene vlasnika jedne od nepokretnosti, tako da u tom smislu njihovo postojanje kao užeg prava od prava svojine na spopstvenoj stvari ne predstavlja apsurd. Službenost prestaje kada ista osoba postane vlasnik poslužnog i povlasnog dobra (sjedinenje). Izuzetak od ovog pravila postoji kao posledica odredaba zemljišnoknjižnog sistema, jer ako je službenost upisana u zemljišnim knjigama, postojaće sve dok se ne izbriše, makar došlo i do sjedinjenja.

Takođe, svojinska službenost može nastati na osnovu pravnog posla, odnosno, na osnovu testamenta. Ostavilac svojom poslednjom voljom može konstituisati pravo stvarne službenosti na nekoj nepokretnosti, kako bi izbegao da kasnije među naslednicima dođe do sukoba interesa. Ali i takva službenost se aktivira tek nakon podele ostaviočeve nepokretnosti među njima.²⁶

3.5. Nedeljivost prava stvarne službenosti

Stvarna službenost može postojati samo u korist, odnosno na teret cele nepokretnosti, a nikako samo jednog njenog dela. U tome se ogleda nedeljivost stvarnih službenosti. One se ne mogu ni sticati, ni gubiti u alikvotnim delovima, odnosno u korist ili na teret dela zemljišta. Dakle, ne može jedan od suvlasnika nepokretnosti, koja bi trebala postati poslužno dobro, zasnovati službenost na svom idealnom suvlasničkom delu te nekretnine. Takođe, nijedan od suvlasnika ne može steći stvarnu službenost u korist svog dela nepokretnosti (*servitus per partes squiri non potest*)²⁷, zato što suvlasnik ima pravo svojine na svakom delu suvlasničke stvari, srazmerno svom suvlasničkom udelu (idealni deo). Princip nedeljivosti službenosti proizilazi iz prirode službenosti po kojoj je korist koja se ostvaruje službenošću nedeljiva. Podelom povlasnog dobra ne sme se uvećati teret na poslužnom dobru, jer je obim službenosti određen aktom konstituisanja.²⁸ U slučaju da dođe do deobe poslužnog dobra službenost će teretiti sve novoformirane nepokretnosti, a ako se njeno vršenje faktički prostire samo na neke, vlasnici ostalih mogu zahtevati brisanje službenosti sa svojih parcela.²⁹ Prema Opštem imovinskom zakonu za Knjaževinu Crnu Goru, pravo poslužja dok god traje ostaje celokupno. Po tome, i „kad se razdijeli bilo

²⁶ R. Kovačević-Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2009, 178; O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, 193.

²⁷ I. Grbin, *Zakonitost*, br. 9–10/90, 1097.

²⁸ R. Kovačević-Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2009, 174.

²⁹ Zakon o osnovama svojinsko pravnih odnosa, čl. 59.

povlasno, bilo poslužno dobro, sve što se poslužja tiče ostaje kako je i prije bilo, osim ako bi prema vrsti poslužja samom diobom neki dio poslužnog dobra, a bez štete povlasnog postao slobodan” (čl. 153).

3.6. Obaveza vlasnika poslužnog dobra ne može se sastojati u činjenju (*servitus in faciendo consistere nequit*)

Obaveza vlasnika poslužnog dobra ne može se sastojati u činjenju (*servitus in faciendo consistere nequit*). Ovo načelo stvoreno je još u rimskom pravu: „Sve službenosti su stvarna prava. Zbog toga titular službenosti ne može tražiti nikakvu pozitivnu delatnost od sopstvenika poslužnog dobra. On samo može sprečiti sopstvenika da nešto uradi što škodi službenosti i tražiti od sopstvenika da ga ne sprečava u korišćenju službenosti.”³⁰

Pravo stvarne službenosti daje pravo vlasniku povlasnog dobra da može da zahteva od vlasnika poslužnog dobra neko trpljenje ili uzdržavanje, ali vlasnik povlasnik dobra nikako ne može zahtevati neko činjenje.³¹ Stvarnim pravima nikad ne odgovara obaveza na pozitivnu radnju obaveznoga, samo iz te obaveze ističe nova obaveza da se obaveza otkloni.³²

Međutim, od ovog pravila postoji odstupanje. Moderna prava suočila su se sa situacijama u kojima je potrebno neko činjenje, tj. pozitivna radnja, od strane vlasnika poslužnog dobra kako bi se samo pravo stvarne službenosti moglo vršiti. To se činjenje može manifestovati kao održavanje vodovodnih cevi, bunara, puta i slično. Ukoliko je za korišćenje službenosti potrebna upotreba određenog uređaja, onda troškove oko održavanja tog uređaja snosi titular stvarne službenosti, ali ako taj uređaj jednako koristi i vlasniku povlasnog i vlasniku poslužnog dobra, onda troškove oko njegovog održavanja snose podjednako. U Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima takođe je predviđeno da, pored već navedenih troškova u vezi sa korišćenjem uređaja, vlasnici povlasnog i poslužnog dobra srazmerno snose i troškove uklanjanja takvog uređaja po prestanku potrebe za istim.³³

³⁰ D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1966, 141.

³¹ A ako je neko činjenje zabranjeno kao glavna sadržina službenosti, ona nije zabranjena kao sporedna obaveza sopstvenika poslužnog dobra, tako može sopstvenik biti dužan da odredi mesto odakle će imalac službenosti vaditi zemlju ili da odredi drveće koje će seći. L. Marković, *Stvarno pravo*, Beograd, 1928, 443.

³² A. Đorđević, *Sistem privatnog (građanskog) prava*, 415.

³³ Nacrt zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, čl. 323. st. 1. i 2.

Ovakve obaveze titulara (pozitivne) su dopuštene ukoliko su sporedne i ukoliko se njima bitno ne utiče na pravilo *servitus in faciendo consistere nequit*, dakle, njima se ne sme menjati pravna priroda prava stvarne službenosti. Svedoci smo da se u današnje vreme potrebe menjaju ubrzanim tempom, pa samim tim i ova obaveza vlasnika poslužnog dobra u svom obimu može s vremenom postati mnogo veća od one koja je postojala na početku i tako predstavljati veliki teret za njega. U tom slučaju, prema nekim građanskim zakonicima, vlasnik opterećene nepokretnosti može se osloboditi službenosti, dela nepokretnosti koja je opterećena službenošću ili čak i cele nepokretnosti koja predstavlja poslužno dobro, po principu abandona (pravo napuštanja svojine).

Prema Nacrtu o svojini i drugim stvarnim pravima, obim stvarne službenosti može se proširivati u skladu sa potrebama koje su nastale u normalnim okolnostima, sve do trenutka kada to proširenje nesrazmerno više bude na štetu poslužnog dobra u odnosu na korist koju time dobija povlasno dobro.³⁴

3.7. Pravo stvarne službenosti je akcesorno pravo

Stvarna službenost deli sudbinu povlasnog, odnosno poslužnog dobra. Stvarne službenosti ni u kom slučaju ne mogu odvojiti ili otuđiti od dobra na kojem su konstituisane, zato što su tesno vezane za poslužno dobro, tako da u pravnom prometu imaju zajedničku pravnu sudbinu. Stvarna službenost se prilikom otuđenja pojavljuje kao pripadak povlasnog dobra, kao njegov atribut. Sama promena vlasnika povlasnog ili poslužnog dobra, ili oba, ne menja sadržinu stvarne službenosti, jer se ovde ne radi o pravu jednog određenog lica, već se radi o promeni vlasnika čija je promena dozvoljena.³⁵ Službenost kao stvarno pravo je apsolutno pravo i deluje prema svima (*erga omnes*), a ne samo između određenih lica, bez obzira ko je vlasnik poslužnog dobra, i bez obzira da li vlasnik poslužnog dobra ili neko treće lice vređa ili pak osporava pravo službenosti vlasniku povlasnog dobra. Stvarna službenost je stvarno pravo, te se otuđenjem nepokretnosti i promenom prava svojine automatski vrši i prenos stvarne službenosti, tako da nije potrebna posebna odredba o tome, i u tome se vidi akcesornost stvarnih službenosti.³⁶

³⁴ Nacrt zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, čl. 310.

³⁵ Prema hrvatskom zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima: čl. 186. (2) Stvarna službenost osnovana u korist neke nekretnine kao povlasne ne može se razdvojiti od vlasništva te nekretnine, te je njezin pripadak prenosiv samo zajedno sa tom nekretninom.

³⁶ M. Orlić, O. Stanković, *Stvarno pravo*, Beograd, 1994, 181.

3.8. Neprenosivost prava stvarne službenosti

Stvarna službenost je sama za sebe neprenosiva i kao takva tereti celo poslužno dobro i vezana je za celo povlasno dobro. Neprenosivost stvarne službenosti znači da se stvarna službenost ne može preneti i odvojiti sa povlasnog dobra na neku drugu nepokretnost. Stvarna službenost prati povlasno i poslužno dobro, tako da njihovim otuđenjem dolazi samo do promene vlasnika istih, odnosno pojavljuju se nova lica kao nosioci tih prava. Dakle, ovde važe sledeća dva pravila: a) vlasnik povlasne stvari, bez obzira po kom pravnom osnovu bude stekao stvar, istovremeno stiče pravo stvarne službenosti kao njen pripadnik; b) ko stekne pravo svojine na poslužnoj stvari po bilo kom pravnom osnovu, stiče je sa postojećom stvarnom službenošću, koja predstavlja teret na poslužnom dobru. U skladu sa takvom karakteristikom, stvarne službenosti se ne mogu ni hipotekovati, jer time bi došlo do njihovog odvajanja od samog povlasnog dobra, a već je ranije rečeno da one predstavljaju akcesorna prava i da kao takva dele pravnu sudbinu povlasnog odnosno poslužnog dobra.

4. ZAKLJUČAK

Teško je odrediti da li pravo stvarne službenosti predstavlja ograničenje prava svojine ili samo jedan način vršenja prava svojine na nepokretnostima.

Za vlasnika poslužnog dobra, službenost nesumnjivo predstavlja ograničenje prava svojine, jer se vlasnik stvari koja je opterećena stvarnom službenošću ne može više njome koristiti onako kako je to mogao dok stvar nije bila opterećena službenošću. One ne predstavljaju ograničenje prava svojine u pravno-tehničkom smislu, već u širem, odnosno, faktičkom smislu.

Za vlasnika povlasnog dobra, službenost je samo način vršenja prava svojine na nepokretnosti, iako se ta nepokretnost (poslužno dobro), u pravnom smislu, ne nalazi u njegovoj svojini, ali bez obzira na tu činjenicu, vlasnik povlasnog dobra ima pravo da se njome na određeni način koristi.

Dakle, službenost se po svojoj sadržini pojavljuje kao pravo koje njenom titularu daje pravo na pozitivno ili negativno iskorišćavanje poslužnog dobra, ali na drugoj strani i kao obaveza koja se nalazi na strani vlasnika poslužnog dobra da trpi takvo iskorišćavanje. Danas stvarno pravo postojanje instituta službenosti opravdava i daje mu pravnu zaštitu s ciljem da se susedna dobra racionalno koriste ili pak da se vlasniku povlasnog dobra omogući udobno korišćenje njegovog dobra.

Poslužno dobro treba da omogući, olakša ili poveća upotrebu povlasnog dobra, ili jednog određenog načina njegovog uživanja, ali sve to na način na

koji se najmanje žrtvuje povlasno dobro. Zato stvarne službenosti ne mogu imati za svrhu da služe vlasniku povlasnog dobra, već samo samom dobru. U suprotnom, radilo bi se o ličnim službenostima, čiji je cilj upravo da služe vlasniku, s obzirom na njegova lična svojstva.

Zakonodavac je to iskorišćavanje tuđeg dobra pokušao da svede na najmanju moguću meru putem određenih načela, u prvom redu putem načela restrikcije, kojim se u osnovi zabranjuje proširivanje već ustanovljene službenosti. Načelo restrikcije ili poštede poslužnog dobra nesumnjivo predstavlja jedno od najvažnijih načela stvarnih službenosti, imajući u vidu da se službenosti u jednom kontekstu pojavljuju kao ograničenje prava svojine i teret koji je nametnut poslužnom dobru.

Naš Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa nije posvetio odgovarajuću pažnju načelu restrikcije, jer je izostavio detaljnu razradu ovog načela, za razliku od pravnih pravila pre 1941. godine, što dodatno stvara probleme u praksi i, naravno, otežava rad sudijama. Činjenica je da titular prava koji ne uvažava načelo restrikcije očigledno vrši zloupotrebu prava, s obzirom na to da pravo službenosti mora da se vrši pošteno i savesno. Savesnost i poštenje su osnovna načela građanskog prava, bez kojih bi funkcionisanje pojedinih instituta prava bilo nezamislivo. Ovde se to u prvom redu odnosi na titulara prava stvarne službenosti, koji, da bi što bolje ekonomski iskoristio svoje dobro, koristi i dobro drugog lica. Tim se svojim pravom mora služiti u skladu sa navedenim načelom, jer se samo na taj način mogu očuvati dobri društveni odnosi. Ljudsko postupanje je i najmanje što se može očekivati od vlasnika povlasnog dobra, koji sebi omogućava bolji položaj, ali tek na teret vlasnika poslužnog dobra, koji je u tom slučaju na gubitku zbog sužavanja njegovih vlasničkih ovlašćenja.

LITERATURA

Bilten Vrhovnog suda Srbije

Grbin, I., *Pravo službenosti*, Narodne novine, propisi i praksa, Zagreb, 1991.

Grbin, I., *Zakonitosti*, Narodne novine, propisi i praksa, Zagreb.

Đorđević, A., *Sistem privatnog (građanskog) prava*, Beograd, 1996.

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, *Službeni list SRJ*, br. 29/1996, Beograd, 1996.

Kovačević, R., Lazić, M., *Stvarno pravo*, Niš, 2009.

Lazarević, D., *Službenosti i susedsko pravo*, 1. Izdanje, Poslovni biro, Beograd, 2010.

Lazarević, D., *Vrste stvarnih službenosti*, Pravni život, knj. 462, br. 10, Beograd, 2001.

Marković, L., *Građansko pravo – opšti deo i stvarno pravo*, Beograd, 1928.

Nacrt zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, Beograd, 2007.

- Popov, D., *Državina prava stvarne službenosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 37, br. 3, 2003.
- Rašović, Z., *Stvarno pravo*, Podgorica, 2000.
- Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1999.
- Stojanović, D., *Stvarno pravo*, Kragujevac, 2008.
- Stojčević, D., *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1966.

WEB stranice

www.sudksapraksa.com

www.informator.rs

www.vrhovni.sud.srbija.yu

DEFINITION AND BASIC CHARACTERISTICS OF REAL EASEMENTS IN DOMESTIC LAW

Edina Kocan, Ph. D. student,
University of Nis, Faculty of Law

S u m m a r y

Definition of real easements is necessary because it presents a limitation of private property and in the opinion of many people it presents the biggest form of overtaking by the third person in private property. There is no exact number of a real easements (*servitutum numerus nin est clausus*). There is a definition of real easements in the Law on Basics of Real Property, but none of them is defined in detail or even enumerated. Most often they are manifested through easement of passing, right of taking water etc. As jurists were confronted with this deficient definition of one serious legal institute of real easement, they were dedicated in defining and comprehensive elaborating of principal characteristics of real easements through the case law and jurisprudence. The draft Law on private property and other real rights will present a great step forward in overcoming the discrepancies that exist in the case law that relate to definitions of this institute, because the draft law offers solutions which are adjusted to the modern society and social relations that exist in the modern society, because the possibility that the new easements will occur cannot be excluded. The goal of this paper is to present in details the characteristics of real easements, because there is lot of disputes in practice regarding this issue, and some of the characteristics may be crucial factor in deciding about legal destiny of certain real estate.

Key words: easements, real easements, characteristics, principles of real easements.

Мр Невена М. Јанковић,
адвокат из Пожеге

ОСНОВНО ПРАВО ЈАВНОГ ТУЖИОЦА И НАЧЕЛО *NE BIS IN IDEM**

САЖЕТАК: Аутор у раду анализира нову праксу судова и јавних тужилаца у Републици Србији у погледу примене начела забране поновног суђења, настале након доношења пресуде Европског суда за људска права у случају *Марестији против Хрватске*. За разлику од наше досадашње праксе када је било дозвољено и гоњење и кажњавање за кривично дело, лица које је пре тога правноснажно осуђено за прекршај из истог догађаја, нова пракса показује да се у тим случајевима кривичне пријаве одбацују, а ако је ипак покренут кривични поступак суд доноси решење о обустављању, односно другу одговарајућу одлуку у зависности у којој је фази поступак. Основно право јавног тужиоца јесте гоњење учинилаца кривичних дела. Са оваквим проширењем важења начела забране поновног суђења ово право јавног тужиоца трпи значајна ограничења, а и интереси и права оштећеног су повређени. Законодавац је новим Законом о прекршајима покушао да помири захтев међународног начела израженог у прихваћеном Протоколу бр. 7. уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама и основно право јавног тужиоца. Аутор у раду, тумачећи одредбеовог закона, указује на одређене недостатке који би у пракси могли довести до тога да се право јавног тужиоца не остварује. Такође, аутор у раду скреће пажњу на значај питања за опстанак привредних преступа и прекршаја, као казних деликата, поред кривичних дела, као најтеже врсте деликата.

Кључне речи: забрана поновног суђења, начело *ne bis in idem*, јавни тужилац, кривично гоњење, кршење основних људских права, прекршај, кривично дело, окривљени

* Рад је примљен 1. 11. 2013. године.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У нашој досадашњој пракси било је дозвољено и гоњење и кажњавање за кривично дело, лица које је пре тога правноснажно осуђено за прекршај из истог догађаја. Обавеза суда је била да у осуђујућој пресуди урачуна изречену прекршајну казну. Међутим, пракса се променила након доношења пресуде Европског суда за људска права у случају *Маресџи против Хрватске*.¹ Нова пракса показује да у случајевима претходне прекршајне осуде, јавни тужиоци одбацују кривичне пријаве, а ако је кривични поступак ипак покренут, суд доноси решење о обустављању поступка, односно другу одговарајућу одлуку у зависности од тога у којој је фази кривични поступак.

Законом о кривичном поступку² прописано је да је основно право и основна дужност јавног тужиоца гоњење учинилаца кривичних дела (чл. 43).

Проширење важења начела забране поновног суђења, на основу тумачења и примене пресуда Европског суда у Стразбуру, доводи до значајних ограничења овог права јавног тужиоца, али и повреде права и интереса лица које је тим делом оштећено.

Са циљем да не дозволи забрану осуде за више (кривично дело), ако је претходно то исто лице из истог догађаја осуђено за мање (прекршај), законодавац је решење нашао у Закону о прекршајима³ и изјашњењу јавног тужиоца, у одређеним ситуацијама, за коју врсту деликата ће да гони.

Циљ овог рада јесте да прикаже да ли измену праксе у примени међународног начела израженог у чл. 4. Протокола бр. 7. уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама,⁴ морају пратити и измене уставне одредбе, односно измене одредбе закона којим је уређен кривични поступак, у коме примена овог начела управо долази до изражаја, односно какве последице проширење важења забране поновног суђења у односу на нашу досадашњу праксу има на питање задржавања поделе деликата на кривична дела, привредне преступе и прекршаје.

¹ Пресуда у случају *Маресџи против Хрватске*, од 23. 07. 2009. и пресуда *Томасовић против Хрватске* од 18. 10. 2011, доступно на www.vlada.hr, дана 24. 10. 2013. Све пресуде Европског суда за људска права (ЕСЈП) у Стразбуру, види на <http://www.echr.coe.int/echr>. С обзиром на сличност наших кривично-правних система, у Србији је практично примењено тумачење начела изражено у овим пресудама.

² Законик о кривичном поступку (ЗКП), *Службени гласник РС* бр. 72 од 28. 9. 2011.

³ Закон о прекршајима (ЗОП), *Службени гласник РС* бр. 65/2013.

⁴ Указ о проглашењу Закона о ратификацији Европске конвенције о људским правима и основним слободама (ЕКЈП) и Протокола бр. 7. уз ову Конвенцију, *Службени лист СЦГ, Међународни уговори*, бр. 9/2003, од 26. 12. 2003. Осим забране поновног суђења од стране различитих казних органа исте државе, ово начело има своју примену и у случају гоњења и кажњавања у различитим државама, чланицама Савета Европе; више о томе Зоран Бурић, *Начело ne bis in idem, у Еуропском казненом праву – правни извори и судска пракса еуропског суда*, Зборник Правног факултета у Загребу, год. 60, бр. 3/4, 2010, 819–859.

У раду се приказује примена начела *ne bis in idem*⁵ са аспекта права и дужности јавног тужиоца, као и заштите права лица које је оштећено кривичним делом, при чему се тежи дати одговор на питање на који начин обезбедити остваривање права и јавног тужиоца и оштећеног, а да се при том не крше основна људска права окривљеног лица, односно лица у погледу кога је већ донета једна од изричито законом предвиђених коначних одлука у поступку за прекршај, односно за привредни преступ.

NE BIS IN IDEM У ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Важећим Законом о кривичном поступку Републике Србије, из 2011. године. (ЗКП) прописано је једно од основних начела кривичног поступка, начело забране поновног суђења. Наиме, у ст. 1. чл. 4. овог закона одређено је да нико не може бити гоњен за кривично дело за које је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен.

И ЗКП из 2001.⁶ је прописивао начело забране поновног суђења. У чл. 6. било је одређено да нико не може да буде гоњен и кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или је за то дело поступак против њега правноснажно обустављен или је оптужба правноснажно одбијена.

Законодавац је у важећем ЗКП изоставио реч „кажњен”, те у начелу оставио само реч „гоњен”, вероватно подразумевајући да онај који не може бити гоњен, не може бити ни кажњен.⁷ Осим ове разлике, одредбе ових законика којима се прописује начело забране поновног суђења су исте.

Језичким тумачењем норме⁸ којом је прописано начело не двапут, не у истом, може се закључити да је законодавац подразумевао само да је претходно против истог лица од стране кривичног суда донета изричито наведена одлука, и то за исто кривично дело, за које се захтева поновно

⁵ Не (суди) двапут о истој ствари, Цицерон, види Слободанка Живковић, *Латински цићатаи: in aeternum*, Феникс Либрис, Београд, 2005, 149.

⁶ Законик о кривичном поступку из 2001, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС* бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10.

⁷ Обрнуто, забрана само поновног кажњавања није довољна, јер нови поступак може да буде завршен санкцијом која није казна (судска опомена, условна осуда, мера безбедности и сл.), види Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Јустинијан, Београд, 2005, 36.

⁸ „Тумачење закона као најважнијег извора права увек започиње тумачењем речи које је творац закона употребио.” Више о томе: Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 388–391.

кривично гоњење.⁹ Законодавац јасно наводи „за кривично дело за које је”, што практично значи „за кривично дело за које кривично дело је...”, односно одредба практично гласи „нико не може бити гоњен за кривично дело за које кривично дело је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које кривично дело је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен.”

Може се закључити да је важећим ЗКП прописано начело забране поновног суђења, односно, начело *ne bis in idem*, како је названо у самом закону, али да се та забрана не примењује уколико је донета одлука за друге казнене деликте у нашем праву, односно на прекршаје и привредне преступе.

Ово питање нарочито долази до изражаја ако је неко лице осуђено за прекршај. Тумачећи на овакав начин одредбу важећег ЗКП произилази да неко лице може бити гоњено и осуђено за кривично дело, иако је пре тога осуђено за прекршај.

Да то јесте намера законодавца произлазило је и из досадашње судске праксе у Републици Србији. Суд је у том случају, у кривичну санкцију коју изриче осуђеном урачунавао санкцију коју је изрекао прекршајни суд за прекршај, односно за привредни преступ.¹⁰ Право јавног тужиоца да гони учиниоца кривичног дела, који је осуђен за прекршај, није довођено у питање.

NE BIS IN IDEM KAO USTAVNO NACHELO

Начело *ne bis in idem* је и уставно начело. Устав Републике Србије из 2006.¹¹ прописује начело забране поновног суђења као једно од основних Уставом гарантованих људских права.¹² Чл. 34. Устава прописано је

⁹ „Начело *ne bis in idem* означава да се истом лицу не може два пута судити за исто кривично дело. Проф. др. Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, четврто издање, Приручник за полагање правосудног испита, Службени гласник, 2013, 53.

¹⁰ Затвор или новчана казна коју је осуђени издржао, односно платио за прекршај или привредни преступ, као и казна или дисциплинска мера лишења слободe коју је издржао због повреде војне дисциплине урачунава се у казну изречену за кривично дело чија обележја обухватају и обележја прекршаја, привредног преступа, односно повреде војне дисциплине, прописано је важећим Кривичним закоником (КЗ), *Службени гласник РС* бр. 85 од 6. 10. 2005, 88/05, 107/05, 72/09, 11/09 и 121/1.

¹¹ Устав РС, *Службени гласник РС* бр. 98. од 10. новембра 2006.

¹² Први пут ово право прописано је у Уставу из 1992, види: Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2012, 67.

да „нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правоснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правоснажно одбијена или поступак правоснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку.” Видимо да је одредба Устава истоветна одредби претходно важећег ЗКП из 2001.

Одредба Устава садржи и следећу реченицу: „Истим забранама подлеже вођење поступка за неко друго кажњиво дело.”

Поставља се питање да ли можда ова одредба Устава забрањује поновно суђење за кривично дело, ако је, на пример, то исто лице било правоснажно осуђено за прекршај?

Тумачењем норме Устава може се закључити да је уставотворац подразумевао да је начело *ne bis in idem* основно начело не само кривичног, већ и прекршајног поступка, у коме се расправља о постојању друге две врсте деликата, те да нико не може поново бити гоњен за прекршај за који прекршај је донета законом предвиђена одлука. У Уставу је јасно наведено, на првом месту и одвојено, начело забране поновног суђења за исто кривично дело за које кривично дело је већ претходно донета једна од изричито наведених одлука. Може се закључити да намера уставотворца није била да додавањем ове реченице измени начело које се односи на кривична дела, и то у смислу забране поновног суђења уколико је исто лице, на пример, претходно правоснажно осуђено за било коју од ове две врсте деликата.¹³

ЗАБРАНА ПОНОВНОГ СУЂЕЊА НА ОСНОВУ ПРОТОКОЛА бр. 7. УЗ ЕВРОПСКУ КОНВЕНЦИЈУ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА И ОСНОВНИМ СЛОБОДАМА

Устав и важећи Законик о кривичном поступку Републике Србије садрже скоро истоветне одредбе (осим изостављања речи „кажњен” у ЗКП, за разлику од Устава), односно на исти начин одређују начело *ne bis in idem* (не двапут, не у истом), као основно људско право и основно начело кривичног поступка.

Спор у погледу дефинисања овог начела у нашем националном законодавству, није настао ни након потписивања и ратификовања Протокола бр. 7. уз ЕКЉП, којим је у чл. 4. одређено начело *ne bis in idem* (*right not to be tried or punished twice*).

¹³ Супротно: Милунка Цветковић, *Кажњива дела и начело ne bis in idem*, Билтен Врховног касационог суда, бр. 2, Intermex, Београд, 2011, 139.

Наиме, одређење овог начела није промењено ни у Уставу, ни у ЗКП након прихватања Протокола 2003, а и важећи Устав и важећи Законик о кривичном поступку донети су (не само мењани) после тога: Устав је донет 2006, а ЗКП 2011. године.

Може се закључити да законодавац сматра да досадашњу праксу не би требало мењати, јер је у складу не само са Уставом и законом, већ и са ЕКЉП, односно наведеним Протоколом бр. 7.

Међутим, спор настаје након поменуте пресуде Европског суда за људска права против Републике Хрватске и тумачења те пресуде од стране и теоретичара и практичара у нашој земљи.

СУДСКА ПРАКСА У СРБИЈИ НАКОН ПРЕСУДЕ *МАРЕСТИ ПРОТИВ ХРВАТСКЕ*

Судска пракса у судовима у Републици Србији, на основу примене начела забране поновног суђења након наведене пресуде, је промењена. Не само да судови доносе решења о обустављању поступка, због, како наводе правноснажно пресуђене ствари,¹⁴ у ситуацијама када је исто лице правноснажно осуђено за прекршај, већ и јавни тужиоци одбацују кривичне пријаве,¹⁵ како не би уопште гонили лице, које је претходно правноснажно осуђено за прекршај.

Своје одлуке заснивају на тумачењу чл. 4. Протокола 7. уз ЕКЉП од стране Европског суда за људска права, израженом у пресуди против Хрватске.

СПОРНА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ПРИМЕНОМ НАЧЕЛА *NE BIS IN IDEM*

I

Полазећи од пресуде Европског суда за људска права у случају *Марестии против Хрватске* и од наше нове судске праксе, поставља се питање: да ли је забрана гоњења за кривично дело лица које је претходно правноснажно осуђено за прекршај, у супротности са основним правом јавног ту-

¹⁴ На пример решење Вишег суда у Ваљеву, Км бр. 32/11 од 14. 10. 2013, доступно на www.visisudva.com, дана 24. 10. 2013, као и Решење Апелационог суда у Београду, Кжм бр. 86/11 од 22. 12. 2011, доступно на www.podaci.net, дана 24. 10. 2013.

¹⁵ На пример Решење о одбачају кривичне пријаве Основног јавног тужиоца у Пожеги, Кт бр. 709/11 од 22. 02. 2013.

жиоца да гони учиниоце кривичних дела, односно да ли законодавац може спречити „праштање” кривичних дела и избегавање кривичних санкција од стране учиниоца тих кривичних дела, а да при томе не прекрши начело забране поновног суђења?

Одговор на питање дао је већ сам законодавац када је прописао три врсте деликата, затим приликом уређења питања забране поновног суђења, а нарочито потврђивањем праксе која је дозвољавала осуду и за кривично дело након осуде за прекршај, као законите.¹⁶

Тиме је јасно да супротно схватање и поступање у пракси онемогућава јавног тужиоца да врши своје основно право, односно да гони учиниоце кривичних дела. Тиме није повређено само право јавног тужиоца, већ и право оштећеног да се утврди постојање кривичног дела и кривица лица које је то кривично дело учинило и да се то лице санкционише тачно одређеном кривичном санкцијом.¹⁷

Постоји мишљење да је решење донео нови Закон о прекршајима из 2013. те да „осим што је начелно у чл. 8. искључена могућност накнадног вођења прекршајног поступка после кривичног, односно поступка за привредни преступ, у доцнијим процесним одредбама предвиђена је обавеза надлежних органа да обавесте јавног тужиоца како би на време, код казних деликата са сличним обележјима који се могу истом учиниоцу ставити на терет, одлучио хоће ли према учиниоцу покренути прекршајни, кривични поступак или поступак за привредни преступ.”¹⁸

Чл. 128. ст. 3. Закона о прекршајима прописано је да је други надлежни орган који је поднео захтев за покретање прекршајног поступка дужан да обавести јавног тужиоца, и то само ако је за прекршај прописана казна затвора, како би јавни тужилац одлучио о преузимању гоњења.¹⁹

¹⁶ Види Решење Апелационог суда у Новом Саду, Кж бр. 3680/10 од 31. 08. 2010, доступно на www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/150-zi-368010, дана 24. 10. 2013.

¹⁷ Право оштећеног није само повређено у случају када је овлашћени тужилац. Наиме, његово право може бити повређено и ако за дело гони јавни тужилац, јер оштећени, у поступку не учествује као помагач туђег захтева, већ ради остваривања свог права да се према извршиоцу примени државно право на кривичну санкцију. Више о томе Невена Јанковић, *Положај оштећеног као могућег тужиоца у кривичном процесу*, магистарски рад, 2011, 149.

¹⁸ Проф. др Наташа Мрвић Петровић, Материјално-правне одредбе Закона о прекршајима, у *Примена нових одредаби у Закону о прекршајима* – програм обуке за судије прекршајних судова, Правосудна академија, 2013, 10–11, доступно на www.usudprek.ras/pub/download/M1_Prigena_novih_odredbi_u_ZOP_web.pdf, дана 24. 10. 2013.

¹⁹ Чл. 183. истог закона прописано је да када захтев садржи податке о томе да је поводом истог догађаја покренут кривични поступак или поступак за привредни преступ, прекршајни суд ће списе предмета доставити надлежном суду на даље поступање и о томе обавестити подносиоца захтева. На начин из ст. 2. овог члана суд ће поступити и када у току поступка сазна да се поводом истог догађаја води кривични поступак или поступак за

Видимо да је законодавац одредио да ће јавни тужилац бити обавештен о покретању прекршајног поступка само ако је поднет захтев за покретање поступка за прекршај за који је прописана казна затвора, не и друга казна, као што је новчана.²⁰

Може се закључити да је у том случају могуће гонити учиниоца кривичног дела и поред осуде за прекршај, јер је за тај прекршај прописана и изречена новчана казна, односно да се у том случају не примењује начело забране поновног суђења.²¹

У закону није предвиђено да је прекршајни суд дужан да обавести јавног тужиоца, већ то чини подносилац захтева за покретање прекршаја. Због тога се поставља питање да ли подносилац истовремено обавештава и суд да је обавестио јавног тужиоца или не, а све због пропуштања ове радње или њене неблаговремености. Законодавац није прописао никаква овлашћења ни одговорности прекршајног суда у погледу права јавног тужиоца на избор гоњења. Такође, законом није прописана никаква санкција за лице које не обавести јавног тужиоца уопште или то обавештење не учини благовремено.

Тиме, на овакав начин уређена одредба закона, у пракси може довести до изигравања права јавног тужиоца да гони учиниоца за кривично дело.

Било би добро у закону детаљније уредити ово питање, тако да не остане простора да се у пракси поступа другачије и тиме злоупотреби начело забране поновног суђења, што доводи до неке врсте опроштаја за кривично дело, и у том смислу неправедног исхода према лицу које је тим делом оштећено. Ако је надлежни орган који је овлашћен да поднесе захтев за покретање прекршаја, увек, када су у питању прекршаји за која је прописана казна затвора, дужан да о томе обавести јавног тужиоца, могуће решење је да тај захтев подноси преко јавног тужиоца, у виду прекршајне пријаве или неке врсте иницијативе. Тиме би се избегло предузимање више радњи од стране тог органа, чиме би се време за поступање скратило, а што је најважније не би могло доћи до пропуштања да јавни тужилац сазна да је поднет захтев за покретање, односно да је већ покренут прекршајни поступак. Тиме би јавни тужилац могао несметано да врши своје основно право, а и интерес оштећеног био би задовољен. Такође, требало би преиспитати и ограничење у погледу прописане казне.

привредни преступ, види ЗОП, *op. cit.* Значи, кривични поступак је већ покренут, па нема дилеме да ли је јавни тужилац сазнао за догађај на основу кога би донео одлуку за који деликт ће да предузме гоњење.

²⁰ Казна затвора изречена за прекршај искључује гоњење за кривично дело које потиче из истог догађаја, види Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *op. cit.*, 38. Прекршајне санкције прописане су у чл. 32, ЗОП, *Службени гласник РС* бр. 65/2013.

²¹ Што је у супротности са пресудом Европског суда у Стразбуру у случају *Томасовић против Хрватске*, *op. cit.*, 8.

II

Полазећи од Уставом и законом одређеног начела и судске пресуде Европског суда у случају *Маресџи против Хрватске*²² поставља се питање:

Да ли је намера законодавца изражена у одредби чл. 4. ЗКП да забрана поновног суђења за кривично дело не важи као правило у случају да је исто лице претходно осуђено за прекршај или привредни пресидиј, односно ако је донећа нека друга одговарајућа одлука, већ да се у сваком конкретном случају утврђује истовешности елемената тих дела и донесе законити одлука?

Полазећи од пресуде Европског суда против Републике Хрватске, могло би се закључити да ни намера тог суда није да се кривичне пријаве аутоматски одбацују, односно да се кривични поступци обустављају, уколико је неко лице на пример осуђено за прекршај, већ управо да се утврђује истовешност свих чињеница, као битних елемената дела.²³

Наиме, у пресуди *Маресџи против Хрватске* је наведено да „суд узима становиште да се чл. 4. Протокола бр. 7. мора тумачити на начин да забрањује кривични прогон или суђење за друго 'дело' уколико оно произилази из истих чињеница или чињеница које су у бити исте. Гаранција уграђена у чл. 4. Протокола бр. 7. постаје релевантна на почетку новог кривичног прогона, кад је претходна ослобађајућа или осуђујућа одлука постала по својој снази *res iudicata*. На тој тачки у поступку доступни материјал ће се нужно састојати од одлуке којом је први 'казнени поступак' окончан и пописа оптужби подигнутих против подносиоца захтева у новом поступку. Ти документи редовно садрже изјаву о чињеницама које се односе и на дело за које је подносиоцу захтева већ суђено и на дело за које је оптужен или оптужена. По мишљењу Суда, такве изјаве о чињеницама одговарајућа су полазна тачка за његову одлуку о питању јесу ли чињенице у та оба поступка биле истовешне или битно исте.”²⁴

²² Ни у Уставу, ни у ЗКП, нису мењане одредбе ради усклађивања са чл. 4. Протокола бр. 7, односно тумачењима начела израженог у Протоколу, иако су донети након прихватања наведеног протокола. У новом ЗКП није мењана одредба чак ни након пресуде Европског суда за људска права у случају *Маресџи против Хрватске*, а донет је 2 године након доношења наведене пресуде.

²³ „Основни проблем са поновним суђењем за исто дело је погрешна и заводљива претпоставка да „чињенице” случаја (или „догађај”) постоје као такви и независно од селективне аперцепције коју на догађај примењује његов посматрач: полицајац, тужилац, адвокат одбране, судија и сл.”, Боштјан Зупанчић, *Ne bis in idem (забрана поновног суђења за исто дело)*, *la belle dame sans merci*, Crimen: часопис за кривичне науке, год. 2, бр. 2, Правни факултет: Институт за упоредно право, Београд, 2011, 173.

²⁴ Пресуда Европског суда за људска права у случају *Маресџи против Хрватске*, *op. cit.*, 62. Овакво схватање суда у потпуној је сагласности са схватањем израженим у другим одлукама, као што је на пример у одлуци *Оливеира против Швајцарске*. Без обзира

И затим такво становиште примењује на конкретан случај са следећим закључком: „С тим у вези суд примењује да дефиниција прекршаја на основу чл. 6. Закона о прекршајима против јавног реда и мира, не садржи као таква наношење телесне повреде, док је тај елеменат пресудан за кривично дело наношење тешке телесне повреде из чл. 99. Казненог закона.”²⁵

Међутим, даљи закључци суда контрадикторни су са претходно наведеним.²⁶ Без обзира на утврђење да прекршај не садржи наношење телесне повреде, која је пресудан елеменат кривичног дела, чиме се јасно наводи да за ту повреду окривљени није ни гоњен, ни кажњен, суд ипак наводи следеће: „У вези овог предмета, Суд примењује да је подносилац захтева у односу на прекршај и кривично дело проглашен кривим као исти окривљени за исто понашање и у истом временском оквиру. Прекршајни суд у Пазину у својој је одлуци изричито навео да је подносилац захтева крив, *inter alia*, и за ударање Д. Р. у главу својим шакама, те за то што га је шакама и ногама ударао по целом телу. Физички напад на Д. Р. је тако представљао елемент прекршаја за који је подносилац захтева проглашен кривим. У кривичном поступку пред Опћинским судом подносилац захтева је поново проглашен кривим, за *inter alia*, ударање Д. Р. Догађаји описани у одлукама донесеним у оба поступка догодили су се на аутобуској станици у Пазину 15. јуна 2006. године око 19 сати. Очигледно је да се обе одлуке односе на тачно исти догађај и на исте радње.”²⁷

Нити су чињенице исте, нити су битно исте. Напротив, оне су битно различите. „Тешка телесна повреда” није и не може бити иста са радњом „ударања”.

што је кривичном поступку претходило кажњавање од стране полиције, суд је изразио мишљење да „с обзиром да се ради о различитим заштићеним вредностима, које се штите различитим прописима, суд закључује да није повређен чл. 4 Протокола бр. 7”, наведено према и више о томе Ана Гарачић, Меланија Гргић, *Ne bis in idem, у закону, конвенцијама и судској пракси*, 2008, 18, доступно на http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic_Ne-Bis-In-Idem_Opatija_Zagreb_2008.pdf дана 24. 10. 2013.

²⁵ Пресуда Европског суда у случају *Маресџи против Хрватске*, *op. cit.*, 63.

²⁶ „Питање идентитета кажњивих дела у „првом” и „поновном” суђењу вјеројатно је једно од најсложенијих питања примене начела *ne bis in idem*...” што произилази и из „Јудикатуре Европског суда за људска права која неријетко не показује увијек досљедност у примјени споменутих критерија. Што више, ту јудикатуру аутори неријетко сматрају неконзистентном, па и контрадикторном, позивајући се при томе наполе на пресуде у предметима *Градинџер против Аустрије* и *Оливеира против Швајцарске*.” Више о томе: Елизабета Ивичевић Карас, Поводом пресуде Европског суда за људска права у предмету *Маресџи против Хрватске*, анализа могућег утјецаја на реформу прекршајног права у Републици Хрватској, Специјалистичко савјетовање, Примјена прекршајног закона и осталих прописа са подручја прекршајног права у РХ, Хрватско удружење за казнене знаности и праксу, Башка, 2009, 1–19. Такође, види Stefan Trechsel, *Human Rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, 2005, 394.

²⁷ Пресуда Европског суда у случају *Маресџи против Хрватске*, *op. cit.*, 63.

Тачно је да је тешка телесна повреда настала као последица предузимања радње извршења, у конкретном случају ударања.²⁸ Међутим, настала је и последица нарушавања јавног реда и мира. Управо два различита заштитна објекта и потреба заштите оба определила су нашег законодавца да пропише више врста деликата, а због тежине и значаја те повреде и више врста поступака у којима се те повреде утврђују, а одговорна лица санкционишу.

Због тога је и дозвољено осудити за теже дело, ако је претходно осуђен за лакше. Због тога је наша досадашња пракса дозвољавала гоњење и кажњавање учиниоца кривичног дела и поред осуде тог учиниоца за прекршај из истог догађаја.

Усклађеност Уставом и законом прописаног начела *ne bis in idem* са одредбом Протокола бр. 7.

Погледајмо како гласи чл. 4. Протокола бр. 7. уз ЕКЉП и то на енглеском језику, на коме је и потврђен од стране Републике Србије:

„No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”

Ова одредба се уобичајено преводи на следећи начин: „Нико не може бити кривично одговоран или кажњен у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело због кога је већ био коначно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком те државе.”²⁹

Уколико се прихвати оваква дефиниција, може се закључити да онај ко је осуђен за прекршај није осуђен у складу са Кривичним законом и кривичним поступком Републике Србије. То значи да чл. 4. Протокола бр. 7. не забрањује поновно гоњење и кажњавање лица које је претходно осуђено за прекршај, односно у погледу кога је донета друга одговарајућа пресуда.

²⁸ Понашање које проузрокује одређену последицу, по природи ствари, представља први елемент појма кривичног дела. Али не и једини. Појам кривичног дела садржи три обележја: радњу кривичног дела, последицу кривичног дела и узрочни однос између радње и последице кривичног дела, види: Бора Чејовић, Мирко Кулић, *Кривично право*, Службени гласник, Београд, 2011, 106–128, како и о општем појму и елементима кривичног дела више у Зоран Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2012, 62–93.

²⁹ Види Решење Апелационог суда у Новом Саду, Кж број 3680/10 од 31. 08. 2010, доступно на www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/150-zi-368010, дана 24. 10. 2013.

Међутим, на основу пресуде Европског суда у случају *Маресџи против Хрватске*,³⁰ али и одређења овог начела у Протоколу,³¹ може се закључити да суд не мисли у складу са кривичним законом и поступком, већ казним законом и поступком неке државе. У том случају Закон о прекршајима јесте казнени. То значи да се забрана поновног суђења аутоматски примењује и на случајеве када је неко лице претходно осуђено за прекршај, без потребе испитивања да ли су сви елементи из тог догађаја исти у осуди за прекршај, односно у оптужењу за кривично дело, као и без обзира која је санкција прописана за прекршај.

Због тога се намеће питање да ли је и одредба Устава и одредба важећег ЗКП у складу са чл. 4. Протокола бр. 7? Уколико законодавац прихвата мишљење Европског суда у Стразбуру,³² изражено у пресуди *Маресџи против Хрватске*, било би добро у закону тако изричито и прописати.³³ Тако би одредба гласила: „нико не може бити гоњен за казнено дело за које казнено дело је већ правноснажно ослобођен или осуђен или за које казнено дело је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен.” Тиме би се појам „кривични” како га тумачи Европски суд, ускладио са нашим појмом „казнени” и дефинитивно успоставио забрану поновног суђења уколико је претходно донета нека од изричито наведених одлука у погледу све три врсте деликата: и прекршаја и привредног преступа и кривичног дела.

Имајући у виду чињеницу да смо једна од ретких држава са више врста деликата, у том случају оправдано се намеће питање задржавања поделе на више врста деликата.³⁴

³⁰ У којој пресуди суд, између осталог, разматра „да ли је прва казна по својој природи била казнено-правна”. Пресуда Европског суда у Стразбуру у случају *Маресџи против Хрватске*, *op. cit.*, 55–61.

³¹ У самој дефиницији овог начела у Протоколу употребљен је израз „penal” code, Енглеска реч „penal” потиче од латинске речи „poena”, односно грчке речи „poine” што значи казна, доступно на www.etymonline.com/index.php?term=penal, дана 24. 10. 2013. Наука о извршењу казни је пенологија, односно то је наука која изучава функције свих кривичних санкција, правила њиховог извршења и методе употребљене за њихову примену. О дефиницији пенологије, види Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Службени гласник, Београд, 2006, 60.

³² Зашто се поставља питање уколико? Јер, као што је већ речено, одредбе Устава и закона нису измењене након прихватања Протокола бр. 7, нити је одредба важећег ЗКП измењена након наведене пресуде против Хрватске.

³³ Судска пракса у државама које припадају *civil law* систему права, није непосредни извор права, нема обавезну снагу. Пресуда Европског суда за људска права такође није непосредни извор права, већ је то у конкретном случају за нашу државу Европска конвенција, односно Протокол бр. 7, више о изворима права види Коста Чавошки, Радмила Васић, *op. cit.*, 289–331.

³⁴ У случају задржавања наведене поделе јавни тужилац би морао бити овлашћен да сваки догађај (први) испитује и одлучује за које дело (деликт) ће да гони, без обзира на

ЗАКЉУЧАК

У досадашњим радовима на ову тему у потпуности се оправдава тумачење Европског суда за људска права и нова правосудна пракса, а мотив је избегавање кршења основних људских права окривљеног.³⁵

Свакако да се са начелом забране поновног суђења за исто кривично дело слажемо, али не и избегавања суђења за кривично дело уопште, односно не омогућавања таквог суђења као примарног од стране државе у односу на гоњење и кажњавање за лакше деликте. Избегавање кршења људских права окривљеног не би требало да иде на штету оштећеног, што у конкретном случају који је био повод представке Европском суду за људска права против Хрватске, свакако јесте случај.³⁶

То значи да поштовање начела израженог у прихваћеном Протоколу бр. 7. уз ЕКЉП за државу не значи просто прихватање судске праксе Европског суда, већ сложен поступак прилагођавања националног законодавства захтевима које такво мишљење и таква пракса намећу.³⁷ При томе, држава мора да задржи остваривање опште сврхе кривичних санкција, те да путем генералне и специјалне превенције сузбија дела којима се повређују или угрожавају добра заштићена нашим кривичним законодавством, а то су добра највеће вредности у друштву, која нису заштићена ни прекршајним правом, ни правом привредних преступа.

прописане санкције за различите врсте деликата, што значи много детаљније уређење овог питања него што је то већ учињено Законом о прекршајима, односно уређење овог питања у другим законима, на првом месту у ЗКП. О реформи прекршајног права у Хрватској, види Елизабета Ивичевић Карас, *op. cit.*, 1–19. Више о оправданости поделе на три врсте деликата, види: З. Стојановић, *Кривично право, општи део*, Правна књига, 2012, 8–9.

³⁵ „Одрживо је и примењиво тумачење Европског суда за људска права наведено у пресуди *Маресџи пројшив Хрвајске*”, види Милунка Цветковић, *op. cit.*, 141. Такође, Драган Обрадовић, *Могућности истовременоꝝ вођења поступка пред кривичним и прекршајним судом*, Избор судске праксе, бр. 4, Београд, 2012, 27–29.

³⁶ Предмет прекршајног поступка није било утврђивање постојања тешке телесне повреде и лица које је ту повреду нанело, односно његове кривице за ту повреду, чиме је то лице избегло осуду за наношење тешке телесне повреде и санкцију која је за то дело прописана, а та санкција има своју сврху.

³⁷ Мада има аутора који сматрају да се и у оквиру постојећих законских прописа може наћи решење, на пример у бољој координацији полиције и тужилаштва, види Драган Обрадовић, *op. cit.*, 28–29.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге

- Васиљевић, Тихомир, Грубач, Момчило, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Јустинијан, Београд, 2005.
- Живковић, Слободанка, *Латински цитати: in aeternum*, Феникс Либрис, Београд, 2005.
- Игњатовић, Ђорђе, *Криминологија*, Службени гласник, Београд, 2006.
- Илић, Горан П., Мајић, Миодраг, Бељански, Слободан, Трешњев, Александар, *Коментар закона о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2012.
- Јанковић Невена, *Положај оштећеног као моћућег шужиоца у кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду, магистарски рад, 2011.
- Стојановић Зоран, *Коментар кривичног закона*, Службени гласник, Београд, 2012, *Кривично право*, општи део, Правна књига Београд, 2012.
- Trechsel Stefan, *Human Rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, 2005.
- Чавошки, Коста, Васић, Радмила, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.
- Чејовић, Бора, Кулић, Мирко, *Кривично право*, Службени гласник, Београд, 2011.
- Шкулић, Милан, *Кривично процесно право*, четврто издање, Приручник за полагање правосудног испита, Службени гласник, 2013.

Чланци

- Бошгјан, Зупанчић, *Ne bis in idem (забрана поновног суђења за исто дело), la belle dame sans merci*, Crimen: часопис за кривичне науке, год. 2, бр. 2, Правни факултет: Институт за упоредно право, Београд, 2011, 171–178.
- Бурић, Зоран, *Начело ne bis in idem, у Еуројском казненом праву – правни извори и судска пракса еуројског суда*, Зборник Правног факултета у Загребу, год. 60, бр. 3/4, 2010, 819–859.
- Гарачић, Ана, Гргић, Меланија, *Ne bis in idem, у закону, конвенцијама и судској пракси*, 2008, 1–37, доступно на http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic_Ne-Bis-In-Idem_Opatija_Zagreb_2008.pdf дана 24. 10. 2013.
- Ивичевић Карас, Елизабета, *Поводом пресуде Еуројског суда за људска права у предмету Марести и пројив Хрватске, анализа моћућег утијецаја на реформу прекршајног права у Републици Хрватској*, Специјалистичко саветовање, Примјена прекршајног закона и осталих прописа са подручја прекршајног права у РХ, Хрватско удружење за казнене знаности и праксу, Башка, 2009, 1–19.
- Мрвић Петровић, Наташа, *Материјално-правне одредбе Закона о прекршајима, у: Примена нових одредаби у Закону о прекршајима – програм обуке за судије прекршајних судова*, Правосудна академија, 2013, 7–31, доступно на www.usudprek.ras/pub/download/M1_Primena_novih_odredbi_u_ZOP_web.pdf, дана 24. 10. 2013.
- Обрадовић, Драган, *Моћућности истовременог вођења поступка пред кривичним и прекршајним судом*, Избор судске праксе, бр. 4, Београд, 2012, 27–29.
- Цветковић, Милунка, *Кажњива дела и начело ne bis in idem*, Билтен Врховног касационог суда, бр. 2, Intermex, Београд, 2011, 127–141.

Прописи

- Законик о кривичном поступку (ЗКП), *Службени гласник РС* бр. 72. од 28. 9. 2011.
- Законик о кривичном поступку из 2001. г. (ЗКП 2001), *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС* бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10.
- Закон о прекршајима (ЗОП), *Службени гласник РС* бр. 65/2013.
- Кривични законик (КЗ), *Службени гласник РС* бр. 85 од 6. 10. 2005, 88/05, 107/05, 72/09, 11/09 и 121/12.
- Устав РС, *Службени гласник РС* бр. 98. од 10. новембра 2006.
- Указ о проглашењу Закона о ратификацији Европске конвенције о људским правима и основним слободама (ЕКЉП) и Протокола бр. 7. уз ову Конвенцију – *Службени лист СЦГ, Међународни уговори*, бр. 9/2003, од 26. децембра 2003.

СУДСКА ПРАКСА

Пресуде Европског суда за људска права

- Пресуда у случају *Марестии против Хрватске*, од 23. 07. 2009.
- Пресуда *Томасовић против Хрватске* од 18. 10. 2011, доступно на www.vlada.hr, дана 24. 10. 2013. г. или <http://www.echr.coe.int/echr>.

Одлуке домаћих судова и јавних тужилаца

- Решење Вишег суда у Ваљево, Кмбр. 32/11 од 14. 10. 2013, доступно на www.visisudva.com, дана 24. 10. 2013.
- Решење Апелационог суда у Београду, Кжм бр. 86/11 од 22. 12. 2011, доступно на www.podaci.net, дана 24. 10. 2013.
- Решење о одбачају кривичне пријаве Основног јавног тужиоца у Пожеги, Кт бр. 709/11 од 22. 02. 2013.
- Решење Апелационог суда у Новом Саду, Кжбр. 3680/10 од 31. 08. 2010, доступно на www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/150-zi-368010, дана 24. 10. 2013.

PRIMARY PRIMARY RIGHT OF PUBLIC PROSECUTOR AND THE PRINCIPLE OF *NE BIS IN IDEM*

Nevena M. Jankovic, LL. M.
Attorney at law in Pozega

Summary

The paper discusses the new practice of courts and prosecutors in Serbia regarding the application of the principle of *ne bis in idem*, resulting from the judgment of the European Court of Human Rights in the case *Maresti vs. Croatia*. In contrast to our previous practice when it was allowed to prosecute and punish the offender for the offense, no matter if the person had previously been convicted of misdemeanor for the same event, new

practice shows that in these cases the criminal charges will be dismissed, and if the criminal proceedings are still pending the court will make a decision on the suspension or other appropriate decision depending on the stage of the process. The fundamental right of the public prosecutor is to prosecute offenders. With the expansion of the principle *ne bis in idem*, this right of the public prosecutor is significantly limited, and the interests and rights of the injured party are violated. The legislature has attempted to reconcile the requirement of international principles expressed in the adopted Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the fundamental right of the public prosecutor, in the new Law on Misdemeanors. The author of this paper, by interpreting the provisions of the law, indicates some difficulties which could lead in practice to jeopardizing the right of the public prosecutor. Also, the author draws attention to the significance of further existence of economic offenses and misdemeanors as criminal offenses, in addition to the crimes, as the most severe type of violations.

Key words: prohibition of repeated trial, the principle *ne bis in idem*, public prosecutor, criminal proceedings, violation of fundamental human rights, misdemeanor, crime, convicted person

Ilija Rilaković,
student master studija Pravnog fakulteta, Univerzitet u Beogradu

JEDNAK I RAVNOPRAVAN TRETMAN STRANIH ULAGAČA*

SAŽETAK: Svetska ekonomska kriza koja traje već više od četiri godine i dalje ima značajan uticaj na razvoj ekonomije u Srbiji. Došlo je do smanjenja stranih direktnih investicija, a privlačenje novih investitora postaje sve teži zadatak. Poznato je da „kapital voli sigurnost” te će strani ulagač pre poslovnog poduhvata u bilo kojoj zemlji dobro proučiti poslovno okruženje koje u njoj vlada. Pošto se uveri da postoji odgovarajući stepen sigurnosti i izvesnosti, odlučice se da uloži u datu zemlju. Izuzetak od tog pravila nije ni Srbija. Stoga važan kriterijum koji mora biti ispunjen jeste zaštita stranog ulagača, odnosno investicije. Cilj ovog rada je da se prikažu najvažniji aspekti tretmana stranih ulagača u svetlu međunarodnih standarda, kao i domaćih propisa.

Cljučne reči: strana ulaganja, jednak i ravnopravan tretman, zaštita ulaganja, Zakon o stranim ulaganjima, bilateralne konvencije

1. UVOD

Sudeći po naslovima pisanih i štampanih medija, Srbija je (postala) raj za strana ulaganja. Čak je i Kristofer Forbs u svojoj poseti Beogradu izjavio da Srbija ima dobre mogućnosti za strana ulaganja. Ako se barem nešto od predviđenog ostvari, u Surčinu ćemo imati najveći kargo centar na Balkanu, najmoderniji teren za polo u Evropi, fabriku čipova u Nišu... Šta će od svega toga biti, pokazaće vreme.

* Rad je primljen 6. 11. 2013. godine.

No, ono što je nama ovde zanimljivo jeste to da se o stranim ulaganjima ili investicijama mnogo više saznaje, kao što smo videli, iz medija i od političara, te da o ovoj temi nema mnogo literature na srpskom jeziku.

Imajući u vidu koliki je privredni značaj ulaganja za našu zemlju, i zemlje u tranziciji, onda je jasno da je ovu oblast potrebno detaljno i pažljivo regulisati, pogotovu jer „kapital voli sigurnost”. To je verovatno i bio razlog da ovo postane ustavna kategorija na osnovu čega strana lica imaju jednak položaj na tržištu kao i domaća. Pored toga, prava stečena ulaganjem kapitala na osnovu zakona, ne mogu zakonom biti umanjena.¹ Detaljnija razrada ustavnih normi se nalazi u Zakonu o stranim ulaganjima, Zakonu u o javno-privatnim partnerstvima i drugim posebnim zakonima². Takođe, značajan izvor prava su bilateralne konvencije (*bilateral investment treaties* – u nastavku BIT) kojima se uređuju odnosi naše zemlje sa drugim zemljama u pogledu zaštite ulagača. Srbija ima značajan broj zaključenih BIT (oko pedesetak), a poslednji u nizu je Sporazum između Republike Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja.³ Strane ugovornice se obavezuju da obezbede, između ostalog, **pravičan i ravnopravan tretman, punu zaštitu i bezbednost** (*fair and equitable standard of treatment [FET] and full protection and security*). Ovo su standardi koji predstavljaju sastavni deo mnogih BIT.

O ovim standardima nije mnogo pisano kod nas, iako imaju veliku važnost. U ovom radu pokušaću da dam odgovore na to kakav je njihov praktičan značaj, šta zapravo znače, čemu služe kao i na mnoga druga pitanja. Najpre ćemo se upoznati sa generalnom funkcijom i regulacijom, zatim kakav je stav teorije, dok će u drugom delu biti reči o tome kakav je sadržaj ovih standarda i kako se najčešće definišu u ugovorima o ulaganju.

Zbog obima materije i relativno malo dostupne literature, za potrebe ovog rada nastojaću da izložim samo najvažnije stvari koje se tiču pravičnog i ravnopravnog tretmana.

2. ZAŠTITA STRANIH ULAGANJA I IZVORI PRAVA

Kao što je već pomenuto, kapital voli sigurnost. Takođe, kapital ne poznaje granice. Zato je važno obezbediti povoljno (poslovno) okruženje, u kojem će postojati izvesnost u pogledu sigurnosti stranih ulaganja. Jedan od najznačajnijih elemenata stabilnog poslovnog okruženja jeste dobar pravni sistem, koji uključuje kvalitetne zakone, njihovo ispravno sprovođenje i efikasnost pravo-

¹ Ustav RS, *Službeni glasnik RS* br. 98/06, čl. 84.

² *Službeni list SRJ*, br. 03/02 i 05/03.

³ *Službeni glasnik*, Međunarodni ugovori br. 03/13.

sudnog sistema. Ukoliko ne postoji pravna sigurnost ili postoje izgledi da ona bude znatno ugrožena (a time automatski biva ugrožena i sigurnost stranih ulaganja), investitora načelno ništa ne sprečava da svoj kapital povuče i preseli u drugu zemlju.

Ovo je samo jedan od mogućih rizika koji prate strana ulaganja. Zato se nameće potreba da se uvedu odgovarajuća pravna sredstva i mehanizmi kojima bi se rizici predupredili ili njihove negativne posledice svele na minimum. Pored zakonske regulacije na nacionalnom nivou, razvijeni su naročiti pravni standardi koji eliminišu potencijalne rizike. Ovi standardi se najčešće nalaze u bilateralnim i multilateralnim ugovorima između država, što čini najvažniji izvor prava u ovoj oblasti.

Bilateralni sporazumi o zaštiti investicija su međunarodni ugovori kojima države ugovornice međusobno garantuju primenu odrađenih standarda u tretmanu investicija subjekata nacionalne pripadnosti jedne strane ugovornice na teritoriji druge.⁴ Ovi ugovori propisuju materijalnopravne standarde zaštite ulaganja stranih državljana i društava, a s druge strane procesnopravne mehanizme za ostvarenje te zaštite u arbitražnom ili sudskom postupku.⁵

Pravni standardi koji su najviše zastupljeni u BIT su zabrana ugrožavanja ulaganja diskriminativnim merama (a naročito zabrana ekspropriacije ili nacionalizacije stranog ulaganja), pravičan i ravnopravan tretman (FET), puna zaštita i bezbednost, klauzula najpovoljnije nacije, kao i nacionalni tretman stranog ulagača. Tako se stranim ulagačima garantuje pravna sigurnost, nezavisno od naknadnih izmena zakona u zemlji domaćina (*host state*). Među navedenim standardima ključno mesto zauzima FET na čijem osnovu je izgrađena bogata arbitražna praksa.

Što se tiče multilateralnih konvencija, one nisu tako brojne kao BIT jer je teško uskladiti više različitih interesa i pravnih sistema, pa tako ne postoji jedan sveobuhvatan dokument koji reguliše tretman stranih ulaganja, kao što je to na primer slučaj sa Bečkom konvencijom koja reguliše međunarodnu prodaju robe. Ipak, postoji nekoliko važnih međunarodnih dokumenata koji se bave pojedinim pitanjima stranih ulaganja – Međunarodni kodeks pravednog tretmana stranih ulaganja iz 1949, Kodeks liberalizacije kretanja kapitala iz 1961, Smernice Međunarodne trgovačke komore za strana ulaganja iz 1976, Sporazum o trgovinskim aspektima stranih ulaganja Svetske trgovinske organizacije iz 1994, Severnoamerički sporazum o slobodnoj trgovini (*North American Free Trade Agreement* – NAFTA) i drugi.⁶ Konvencijom o rešavanju investicionih

⁴ G. Rakić, „Pravna zaštita stranih ulaganja”, magistarski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2010, 19.

⁵ D. Babić, „Pravičan i pošten tretman ulaganja u međunarodnom investicijskom pravu”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2012, 399.

⁶ G. Rakić, *nav. delo*, 20.

sporova između država i državljana drugih država osnovan je Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (ICSID⁷), čiji smo i mi potpisnici.⁸

3. POREKLO FET STANDARDA

Na osnovu dostupne literature, i to uglavnom stranih autora, uglavnom postoji saglasnost da je FET proizvod okolnosti koje su nastale u periodu nakon Drugog svetskog rata. Naime, to je vreme kada počinje period dekolonizacije. U novonastalom posleratnom poretku u novim državama dolazi do direktne eksproprijacije putem nacionalizacije, koja je praćena odbijanjem zemlje domaćina (nove države) da nadoknadi oduzetu imovinu stranom ulagaču (uglavnom iz bivše kolonijalne sile). Želja da se zaštititi novostečena nezavisnost sukobila se sa opštepriznatim ekonomskim koristima koje potiču od stranih ulaganja.⁹ Naravno, ulagači su bili zabrinuti za sigurnost svojih ulaganja, odnosno imovine, zbog mogućih poteza zemlje domaćina koji su mogli imati negativan uticaj na ulagače, tj. njihovu imovinu. U slučaju da usled akcija zemlje domaćina ulagaču bude prouzrokovana šteta, ulagač je jedino mogao da se osloni na diplomatsku zaštitu, koju mu je mogla omogućiti njegova zemlja.¹⁰ To je bio posredni način zaštite prava ulagača koji je zavisio od volje zemlje domaćina da se angažuje u takvom postupku zaštite.¹¹ Svakako da je to poprilično nesiguran način rešavanja problema. Osim toga, postavlja se pitanje kako bi se rešili sporovi sa onim zemljama sa kojim tek oslobođena kolonija nema diplomatsko-konzularne odnose?

Sve navedeno je bio osnov da se počne razmišljati kako da se ovi problemi reše. Tako se krenulo u pronalaženje nekog međunarodnog instrumenta koji bi bio potencijalno prihvatljiv za obe zainteresovane strane (zemlju domaćina i ulagača). Prvi pokušaj da se nešto učini po ovom pitanju je bila Havanska povelja iz 1948. godine, pripremljena kao podloga za osnivanje Svetske trgovinske organizacije (*World Trade Organization* – STO).¹² Smisao Povelje je bio ne samo međunarodna trgovina, već i da se ohrabri ekonomski razvoj, naročito u zemljama u razvoju. U čl. 11. Povelje predviđena je nadležnost organizacije *to assure just and equitable treatment* ulagačima zemalja članica.¹³ Međutim,

⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes

⁸ <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> (pristupljeno 15. 5. 2013).

⁹ I. Tudor, „The Fair and Euitable Treatment in the International Law of Foreign Investment” Oxford Scholarship Online, 2009, 1.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² United Nations „Fair and Equitable Treatment” Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol.III), New York and Geneva, 1999, 14.

¹³ http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf (pristupljeno 15. 5. 2013).

ova Povelja nije ratifikovana zbog nedostatka podrške. Istu sudbinu je doživeo i Ekonomski sporazum iz Bogote (Economic Agreement of Bogota) iz 1948.

Nakon toga, tokom pedesetih godina je zaključen niz sporazuma o prijateljstvu, trgovini i saradnji (*Friendship, Commerce and Navigation treaties* – FCN). Najviše FCN sporazuma su zaključile Sjedinjene Američke Države¹⁴, trasirajući time put za nove vidove saradnje među državama. Tako ni Nacrt konvencije o ulaganju u inostranstvu (Draft Convention on Investments Abroad)¹⁵ nije bio suštinski različit od pomenutih ugovora SAD. On je posebno favorizovao zemlje izvoznice kapitala.

Tokom šesdesetih i sedamdesetih godina su zaključeni brojni BIT, od kojih se prvi samo implicitno „izjašnjavaju” o FET standardu. To se suštinski menja sedamdesetih godina kada najveći broj BIT u sebi sadrži eksplicitno definisan FET standard.¹⁶ Ponovo, neki značajniji uspeh sa multilateralnim sporazumima nije postignut. Međutim, postoje dva značajna sporazuma koja su direktna strana ulaganja regulisala na regionalnom nivou. To su Lomejske konvencije (*Lome Conventions I, II, III and IV*) i NAFTA. Lomejske konvencije su zaključivane između zemalja Pacifika, Afrike i Kariba. NAFTA sporazumom su Kanada i Meksiko dobili pristup tržištu SAD, a kompanije SAD veću slobodu delovanja.

4. ZNAČENJE FET STANDARDA

FET je zamenio eksproprijaciju kao jedan od najvažnijih standarda u zaštiti stranih ulaganja. Na njega se pozivaju u skoro svakoj međunarodnoj investicionoj arbitraži. Danas se dobre tužbe investitora baziraju upravo na ovom standardu.¹⁷

Kao što smo videli, FET nije ništa novo u investicionoj praksi. FET se definiše kao apsolutni standard zaštite koji se primenjuje na investicije u datom slučaju, bez obzira na to kako se druga ulaganja i ulagači tretiraju u zemlji domaćina. Tako se vlada zemlje domaćina ne može odupreti zahtevima koji proističu iz ovog standarda time što bi se pozivala na to da ne postoji razlika u tretmanu koji imaju drugi strani ulagači, koji u njoj posluju.

U vezi sa primenom BIT, primarni cilj i svrha FET standarda je bila zaštita od različitih situacija kroz koje se manifestuje „nepravda”, kao na primer proizvoljno ukidanje dozvola, „uznemiravanje” stranog ulagača naknadama i kazna-

¹⁴ UNCTAD, 14.

¹⁵ <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf> (pristupljeno 15. 5. 2013).

¹⁶ UNCTAD, 15.

¹⁷ http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/99_fair_equit_treatm_zuerich.pdf (pristupljeno 25. 4. 2013).

ma ili pak stvaranjem drugih prepreka koje otežavaju njegovo poslovanje. FET omogućuje popunjavanje pravnih praznina, pošto se ne mogu sva nefer ponašanja države domaćina podvesti pod konkretne norme sadržane u BIT, a koje se tiču zabrane diskriminacije ili zaštite vlasništva stranog ulagača.

Uprkos vrlo razvijenoj sudskoj, odnosno arbitražnoj praksi u ovoj oblasti, kao i velikom broju stručnih radova, ne postoji jedna univerzalno prihvaćena definicija FET standarda. U jednoj studiji Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova, izdvojeno je sedam kategorija različitih (pokušaja) određena FET standarda.¹⁸ Dakle, koje sporazume, odnosno ugovore poznaje praksa:

1. sporazume koji garantuju ulagačima FET bez ikakvog pomena međunarodnog prava ili kakvog kriterijuma za određivanje sadržaja standarda;
2. sporazume kojima se utvrđuje pravo ulagača da imaju FET ne manje povoljan nego što se daje sopstvenim ulagačima ili ulagačima trećih država;
3. sporazume koji povezuju FET sa obavezom da se zemlja domaćin uzdrži od ugrožavanja ulaganja putem nerazumnih i diskriminatornih mera;
4. sporazume kojima se zahteva da garancije FET budu u saglasnosti sa načelima međunarodnog prava;
5. sporazume koji paralelno zahtevaju da FET bude u saglasnosti sa načelima međunarodnog prava, i pored toga izričito identifikuju neke druge zahteve;
6. sporazume koji FET čine zavisnim od zakonodavstva zemlje domaćina; i
7. na kraju, neki od sporazuma skorašnjeg datuma¹⁹ pružaju znatno preciznije odrađen domašaj FET standarda. Oni obavezuju ugovorne strane da usaglase svoje sporazume sa minimumom standarda koje pruža običajno međunarodno pravo.

5. ELEMENTI FET STANDARDA

Kao što je već rečeno, ne postoji jednoobrazna definicija niti određenje FET standarda, koja bi bila dovoljno fleksibilna da obuhvati sve potencijalne povrede ovog standarda. No, zadatak prava i nije da kazuistički nabraja sve potencijalne situacije jer bi u nekom trenutku neki životni događaj ostao neregulisan. Zato se pribegava pravnim standardima, koji će omogućiti da se regulišu željeni životni događaji.

¹⁸ http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf (pristupljeno 8. 5. 2013).

¹⁹ BIT zaključen između SAD i Urugvaja iz 2005. godine prema UNCTAD, „Trends in Investment Rulemaking” New York and Geneva, 2007.

Međutim, uprkos neposotojanju saglasnosti oko definicije, postoji načelna saglasnost o elementima koji čine FET, a koji se izvode iz bogate arbitražne prakse. U nastavku ću izložiti više o zaštiti opravdanih očekivanja ulagača, zabrani zlonamernog postupanja, zaštiti proceduralnih prava i transparentnosti u donošenju i sprovođenju odluka koje se tiču ulagača.

5.1. Opravdana očekivanja (*legitimate expectations*)

Doktrina legitimnih očekivanja je doktrina javnog prava prema kojoj zakon štiti pojedince od promena koje prave vladina tela. To se čini tako što se pojedincima daje pravo u upravnom odlučivanju, iako to može da se proširi na davanje pojedincima prava na konkretnu odluku tela ili posebnu nacionalnu politiku.²⁰ Prema tome, zaštita ulagačevih opravdanih očekivanja prema postojećoj arbitražnoj praksi je ključni element FET.

Kako smo već videli, ovaj i ostale elemente su oblikovali arbitražni sudovi, pa ćemo se sada osvrnuti na neke od najviše citiranih odluka.

U slučaju *Tacmed v. Mexico* navodi se da odredba sporazuma, uzimajući u obzir princip savesnosti koji je ustanovljen međunarodnim pravom, zahteva da tužena ugovorna strana postupa tako da ne izneveri osnovana očekivanja koja je investitor imao zaključujući ugovor o ulaganju. Strani ulagač može osnovano očekivati da država domaćin dosledno poštuje princip pravičnosti, da njene odluke budu jasne i transparentne²¹, da ulagači budu unapred obavešteni o promenama koje utiču na njihova prava, kako se ne bi ugrozila njihova pravna sigurnost. Osim toga, strani ulagač može osnovano očekivati da mu država domaćin neće jednostrano opozvati bilo koju odluku ili dozvolu, prethodno dodeljenu, a da za to ne postoji valjani pravni osnov.²²

Prema oceni suda u predmetu *Saluka v. Czech Republic*, FET treba shvatiti kao ponašanje koje, ako već proaktivno ne podstiče ulazak stranog kapitala, barem ne sprečava ulaganje time što obeshrabruje strane ulagače. Odluka o ulaganju se temelji na proceni na celokupnom stanju prava poslovnog okruženja u vreme ulaganja kao i na očekivanja ulagača da će ponašanje države u koju ulaže nakon ulaganja biti pošteno i pravično.²³

No ipak, bilo bi potpuno suprotno prirodi BIT da ograničavaju suverenost jedne zemlje (domaćina) da suvereno uređuje svoj pravni sistem, naročito u oblasti stranih ulaganja. Tako BIT ne garantuju apsolutnu nepromenljivost

²⁰ A. P. G. Pandya „Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration” London School of Economics, 2011, 53.

²¹ Transparentnost je tesno povezana sa opravdanim očekivanjima, i o tome će biti reči u nastavku.

²² G. Rakić, nav. delo, 86.

²³ *Ibid.*

pravnog sistema. Potvrdu za to nalazimo u arbitražnoj presudi u slučaju *Parkerings-Campagniet AS v. Lithuania*, prema kojoj svaka država ima neotuđivo pravo da sprovodi svoju suverenu zakonodavnu vlast, a ulagači moraju očekivati da će pravo države u koju ulažu vremenom evoluirati, s tim što država ne sme delovati nepošteno, nerazumno i neprimereno.²⁴ Dalje u istoj odluci se navodi da je ispitivanje javnih interesa zbog kojih je određena mera donesena posebno važan element odlučivanja u FET standardu.

Treba napomenuti da se opravdana očekivanja ulagača ne odnose samo na vreme početka ulaganja već i na razumno vreme nakon toga.²⁵

5.2. Transparentnost (*transparency*)

Transparentnost povećava sigurnost investicija kroz dostupnost saznavanja onoga što se kod nas naziva informacijama od javnog značaja. Nasuprot tome, transparentnost u domaćim okvirima povećava legitimnost demokratskog procesa upravljanja gde se implicitno kaže da „Vlada nema šta da krije”.

Ovi razlozi su sažeti u izjavi lidera APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*) u pogledu transparentnosti, u kojoj se navodi da je to osnovni princip liberalizacije i olakšavanja trgovine, gde uklanjanje barijera za trgovinu ima smisla samo u meri u kojoj su pripadnici javnosti upoznati kako zakon, propisi, procedure i administrativne odluke mogu uticati na njihove interese.²⁶ To bi praktično značilo da država mora objaviti na primeren način sve opšte akte vezane za strana ulaganja. Ta dužnost obuhvata ne samo objavu teksta propisa, već i objavu ciljeva i svrhe koja se tim propisom želi ostvariti.²⁷ U Srbiji se ovo realizuje tako što se svakom usvojenom zakonu, dodaju povezana dokumenta u sklopu kojih se nalazi obrazloženje razloga za donošenje predmetnog zakona.

5.3. Uskraćivanje pravde (*denial of justice*)

Uskraćivanje pravde se tradicionalno definiše kao nemogućnost da se ostvari pravna zaštita usled lošeg funkcionisanja sudskog sistema jedne zemlje. Opšteprihvaćeno je da se samo krupne i očigledne „nepravde” smatraju uskraćivanjem pravde i da jednostavna greška, pogrešno tumačenje ili pogrešna primena domaćeg prava nije po sebi uskraćivanje pravde.²⁸ Iako se naglašava da

²⁴ <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC682En&caseId=C252>, tačka 332. (pristupljeno 15. 5. 2013).

²⁵ D. Babić, *nav. delo* 410.

²⁶ A. P. G. Pandya, *nav. delo*, 100.

²⁷ D. Babić, *nav. delo*, 411.

²⁸ UNCTAD, 90.

bi bilo kakav pokušaj da se tačno i iscrpno definišu oblici uskraćivanja pravde bio osuđen na propast, ono što se najčešće uzima kao uskraćivanje pravde je:

- a) onemogućavanje pristupanju „pravdi” i odbijanje sudova da odlučuju,
- b) nerazumno odlaganje postupanja,
- c) nedostatak sudske nezavisnosti u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast,
- d) neizvršavanje pravnosnažnih sudskih i arbitražnih odluka,
- e) korumpiranost sudija,
- f) diskriminacija stranog parničara,
- g) kršenje osnovnih procesnih pretpostavki, odnosno garancija²⁹, kao što je pravo na obostrano saslušanje stranaka.

5.4. Proceduralna zaštita (*due proces of law*)

FET podrazumeva da će se sudski i upravni akti koji se tiču zaštićenog ulaganja donositi i ostvarivati u postupku koji udovoljava standardima pravičnog postupka.³⁰ U ranijoj praksi o zaštiti ulaganja u međunarodnim ugovorima i običajnom pravu uglavnom su se prema toj osnovi ispitivale eventualne povrede učinjene sudskim odlukama, dok u savremenoj praksi ulagači uglavnom traže zaštitu u pogledu manjkavosti u donošenju upravnih odluka. Tako u slučaju *Metalclad v. Mexico* arbitražni sud je našao da je Meksiko povredio FET standard, između ostalog, i time što je dozvolu uskratilo na sastanku gradskog veća, pri čemu tužilac uopšte nije bio obavešten i na koji nije bio pozvan.³¹

5.5. Zlonamerno ponašanje i pretnje

U slučaju *Tecemed v. Mexico* arbitražni sud je zaključio da je odbijanje produženja dozvole za obavljanje delatnosti bilo praćeno prisilom i da je zbog toga nespojivo sa FET.³² Dalje, u sporu *Vivendi Universal v. Argentine* do povrede FET je došlo usled nametanja kazni kako bi pritiskom naterala drugu stranu da pristane na izmenu ugovora.³³ Zlonamerno ponašanje jeste dovoljno, ali ne i potrebno da bi ulagač mogao da ostvari zaštitu prema FET standardu. Za njegovu primenu ne traži se da ulagač dokazuje da je država postupala sa namerom ili ciljem da se nekom ulaganju tj. ulagaču nanese šteta.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ D. Babić, *nav. delo*, 412.

³¹ https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155 (pristupljeno 9. 5. 2013).

³² https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_En&caseId=C186 (pristupljeno 9. 5. 2013).

³³ https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC552_En&caseId=C159 (pristupljeno 9. 5. 2013).

6. FORMULACIJE FET STANDARDA U UGOVORNOJ PRAKSI

Pregovarači imaju više mogućnosti između kojih moraju da se odluče, da li žele da napuste visok stepen diskrecije u tumačenju koji se daje arbitražnom tribunalu, ili žele da se utvrde u samom ugovoru izvor i elementi sadržaja koji se odnose na FET standard.

Zato postoji širok spektar rešenja koji stoje na raspolaganju. Rešenja moraju uzeti u obzir prioritete pregovarača i napraviti balans između široko postavljenih standarda koji su vrlo naklonjeni ulagačima i preterano uskih formulacija koje nastoje da pre svega sačuvaju državne interese, uz obezbeđivanje adekvatne zaštite ulagača od različitih oblika ugrožavanja koja smo već pominjali.

Neodređenost FET standarda, kao što je to trenutno slučaj i u većini međunarodnih sporazuma o ulaganjima (*International Investment Agreements – IIA*), glavni je razlog za nedostatak doslednosti u njegovom tumačenju. Neki to pravdaju kao poželjnu fleksibilnost kako bi standard uspeo da pokrije neograničen broj različitih situacija, o čemu je bilo reči. Ipak ono što je za jednog sudiju ili arbitra fleksibilnost, za drugog može biti „katastrofa”, jer ga dovodi u tešku situaciju za koju nema konkretno rešenje. S obzirom na dato rešenje da tribunali mogu davati neočekivano široka tumačenja standarda, to znači da se time može zanemariti stvarna namera stranaka, te je stoga preciznost u izradi IIA ključna.

Koje su mogućnosti ugovornih strana i šta se dešava u praksi?

6.1. Bez pominjanja FET standarda (*No reference to FET standard*)

Postojeći IIA retko propuštaju da unesu ovaj standard u tekst sporazuma, mada postoje primeri u praksi koji govore suprotno. Tako u Sporazumu o ekonomskoj saradnji Indije i Singapura (*India – Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement*³⁴) stoji da će se ICSID konvencija primeniti samo u slučaju „navodnog kršenja sporazuma”. To znači da o tužbi zbog kršenja minimuma prava stranaca ne bi odlučivao tribunal pri ICSID.³⁵

6.2. Nekvalifikovanje FET standarda (*Unqualified FET standard*)

Veliki broj sporazuma ima nekvalifikovan FET standard. Oni, osim što sadrže jednostavno obećanje da će se obavezovati FET, ne daju nikakav sadržaj, pojašnjenje ili ograničenje.³⁶ Tako u BIT Srbije i Alžira u čl. 2. st. 2. stoji da „... u svako vreme, na teritoriji druge Strane ugovornice, uživati *pravičan i ravno-*

³⁴ <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/India-singapore.pdf> (pristupljeno 10. 5. 2013).

³⁵ UNCTAD, 19.

³⁶ UNCTAD, 104.

*pravan tretman...*³⁷ Glavna prednost ovakvog pristupa je da uveri investitore da je zemlja domaćin spremna da izloži svoje administrativne i regulatorne postupke preispitivanju arbitražnom sudu koji deluje izvan nacionalnog pravnog sistema. No ipak, to ostavlja širok stepen diskrecije arbitrima i može dovesti do iznenađujućeg proširenja FET standarda.³⁸

6.3. Povezivanje FET sa međunarodnim pravom

Prema jednoj mogućoj formulaciji nastoji se sprečiti čisto semantički pristup u tumačenju FET, koji ima za cilj da osigura da sudija ili arbitar koristi principe međunarodnog prava, uključujući, ali ne ograničavajući se na međunarodno običajno pravo.

Druga mogućnost je da FET standard nije strogo vezan za odredbe međunarodnog prava. Umesto toga, međunarodno pravo se ovde pojavljuje kao podloga, odnosno osnov zaštite koju investitor može da traži.³⁹

6.4. Povezivanje FET sa minimalnim standardima međunarodnog običajnog prava⁴⁰

Eksplicitna veza između FET obaveze i minimalnog standarda tretmana se koristi da spreči preširoka tumačenja FET standarda od strane arbitražnog tribunala. Ograničavanjem FET na običajno međunarodno pravo, ugovori nastoje da ograniče diskreciju sudova kada je u pitanju njegov sadržaj. Drugim rečima, ugovori sa ugrađenim upućivanjem na minimalni standard tretmana stranaca u običajnom pravu šalju poruku arbitrima da ne mogu da idu dalje od onoga što međunarodno običajno pravo proglašava da je minimalni sadržaj standarda.

Realnost je, međutim, da je minimalni standard veoma neodređen, te da nema jasno definisan sadržaj i zahteva tumačenje. Proces određivanja sadržaja međunarodnog običajnog prava (određivanje prakse država i *opinio juris*) je metodološki teško i predstavlja veliki teret tužilaca.

6.5. Određivanje sadržaja FET uz navođenje konkretnih obaveza⁴¹

Eksplicitno pozivanje na jedan od izvora FET, bilo da je običajno ili opšte međunarodno pravo, nije uvek bilo efikasno u sužavanju arbitražne diskrecije.

³⁷http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/zakoni/2012/3409-12_Lat.pdf (pristupljeno 10. 5. 2013).

³⁸ UNCTAD, 22.

³⁹ UNCTAD, 23.

⁴⁰ UNCTAD, 28.

⁴¹ UNCTAD, 109.

Činjenica da su pravila minimuma standarda stranaca po običajnom međunarodnom pravu i opšteg međunarodnog prava prilično nejasna, pa su tribunali prinuđeni da razviju sopstveni sadržaj za FET standard.

Alternativni način da se kvalifikuje, razjasni i suzi FET standard je da se njegova opšta odredba zameni konkretnim obavezama, kao što su zabrana uskraćivanja pravde, diskriminacije, kršenja legitimnih očekivanja na koja se ulagač oslanja.

7. ZAKLJUČAK

Uopšteno govoreći, uključivanje FET standarda u bilateralnim sporazumima o podsticaju i zaštiti stranih ulaganja znači obezbeđivanje minimalnog stepena sigurnosti stranim ulagačima. Prema tome, FET standard je (samo) jedna od brojnih mera stvorenih sa ciljem da se strani ulagači podstaknu da ulažu u neku zemlju, ili sa globalne tačke gledišta da „ohrabri” kapital da prelazi nacionalne granice.

U ovom radu smo videli kako se FET standard uklapa u zaštitu stranih ulaganja, kakvo je poreklo standarda i kakva mu značenja daju arbitražni tribunali. Investicione arbitraže pri Međunarodnom centru za rešavanje arbitražnih sporova, imaju izuzetan značaj jer se sadržaj FET standarda retko definiše. Kako se njegovi delovi neprestano „bruse” kroz praksu, izložio sam neke od bitnih arbitražnih odluka koje su definisale pojedine elemente, od kojih je najvažniji onaj koji se tiče legitimnih očekivanja zbog toga što to predstavlja polaznu tačku svakog (potencijalnog) ulagača. Na kraju sam izložio i pojedine sisteme, tj. mogućnosti za formulisanje FET standarda u međunarodnim i bilateralnim ugovorima.

Ono što je činjenica jeste da su mnoga pitanja u vezi sa ovim standardom još uvek nedovoljno rasvetljena da bi mogla da obezbede neophodnu sigurnost, kako stranim ulagačima, tako i državama domaćinima. Stoga mogu da zaključim da će ovaj standard još više dobiti na značaju, naročito u Srbiji.

LITERATURA

- G. Rakić, „Pravna zaštita stranih ulaganja”, magistarski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2010.
- D. Babić, „Pravičan i pošten tretman ulaganja u međunarodnom investicijskom pravu”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2012.
- I. Tudor, „*The Fair and Euitable Treatment in tje International Law of Foreign Investment*” Oxford Scholarship Online, 2009.

United Nations „Fair and Equitable Treatment” Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol.III), New York and Geneva, 1999.

C. Schreuer Fair & Equitable Treatment BIICL, Investment Treaty Forum, 9 September 2005.

T. Varadi, B. Bordaš, V. Pavić, G., Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet UB, 2012.

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf

<http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf>

http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/99_fair_equit_treatm_zuerich.pdf

http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf

A. P. G. Pandya *Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration* London School of Economics, 2011.

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionValue=showDoc&docId=DC682_En&caseId=C252.

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionValue=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionValue=showDoc&docId=DC602_En&caseId=C186

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionValue=showDoc&docId=DC552_En&caseId=C159

<http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/India-singapore.pdf>

<http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/zakoni/2012/3409-12Lat.pdf>

FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD FOR FOREIGN INVESTORS

Ilija Rilakovic,

Master studies at the Faculty of Law, University of Belgrade

S u m m a r y

The global economic crisis that has lasted for more than four years still has a significant impact on economic development in Serbia. Direct foreign investments are reduced, and attracting new investors becomes a difficult task. It is well known that „capital investment likes security“and that therefore the foreign investor will make a thorough research of the business environment of the country before any investment. If investors conclude that there is an appropriate degree of security and certainty, only then they will decide to invest. Serbia is not an exception to this rule. Therefore, an important precondition that must be met before any investment decision has been made is to protect a foreign investor and investment. The aim of this paper is to present the most important issues of the treatment of foreign investors, in the light of international standards and local regulations.

Key words: foreign investment, fair and equitable treatment standard, protection of foreign investment, The Law on foreign investment, bilateral treaties

П Р А В Н И А Ф О Р И З М И

ПРАВНИ АФОРИЗМИ

СЛОБОДНА МИСАО НЕ ПРИСТАЈЕ НА СОПСТВЕНО ДЕФИНИСАЊЕ.

ЈЕДИНО СЕ У ПРАВОСУЂУ КОРИСТЕ ЛЕКОВИ КОЈИ ДЕЛУЈУ ПОСТХУМНО.

ПОРЕД ЗНАЊА, ПРАВОСУЂУ СУ ПОТРЕБНИ ПОШТЕЊЕ И ХРАБРОСТ. КАКВА ЛАКОЋА ПОЈМОВА.

КАД ИДЕАЛЕ ЗАМЕНИ РУТИНА, НИ ПРАВДА НЕЋЕ ПРОЋИ БОЉЕ.

У ТРОУГЛУ ТУЖИЛАШТВО–СУД–АДВОКАТУРА ЂАВО СЕ НИКАД НИЈЕ КОНАЧНО ОПРЕДЕЛИО.

И У ПРАЗНОЈ СУДНИЦИ СВАКА ДУХОВИТОСТ ПОСТАЈЕ ОЗБИЉНА.

РАДОСТ ОКРИВЉЕНОГ ЗБОГ ОСЛОБАЂАЈУЋЕ ПРЕСУДЕ ПОМУТИЛА ЈЕ ДВОСТРУКА ТАРИФА БРАНИОЦА.

ПИРОВА ПОБЕДА И ЧАСНИ ПОРАЗ ПОЛАЖУ ПРАВО НА ИСТИ ДОГАЂАЈ.

НЕКЕ НАКНАДЕ ШТЕТЕ ПОСТАЈУ ШТЕТНЕ НАКНАДЕ.

КОНЗЕРВИРАНОЈ ПРАВДИ ОТВОРИЛИ СУ ПОКЛОПАЦ, САДА СЕ СВИ ОДРИЧУ ОТВАРАЧА.

Аутор
Мирослав Здјелар,
адвокат у Новом Саду

Уређивачки одбор *Гласника* моли сараднике да текстове за објављивање достављају уз уважавање следећих сугестија:

- примерак рада доставити одштампан и потписан;
- по могућности, доставити рад и електронском поштом (*panonija@eunet.rs*) или на дискети;
- фусноте писати у дну одговарајуће странице;
- у библиографским подацима за књиге уз уобичајене податке обавезно навести и издавача;
- уз чланке доставити резиме и кључне речи;
- пожељно је доставити и превод резимеа на енглески, немачки или француски језик.

ГЛАСНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

Издази 12 пута годишње
у месечним свескама.

Оснивач, власник и издавач: Адвокатска комора Војводине.
Годишња претплата: за земљу 10.000,00 дин.,
за иностранство 110 евра.
(Текући рачун број 340-1482-43 са знакомом „за Гласник“)

Овај број је закључен 2. маја 2014. године.

Тираж: 2.000 примерака

Према мишљењу Секретаријата за информације
Републике Србије бр. 413-01-412/91-01
од 11. априла 1991. године на ову публикацију плаћа се
основни порез на промет по Тарифном броју 8. став 1. тачка 1.
алинеја 10. Тарифе основног пореза на промет.

Компјутерски слог: *Тајјана Божић*, Нови Сад

Штампа: OFFSET PRINT, Нови Сад
2014.