

**УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ
У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ**

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ ПРОЈЕКАТ

**„Законодавство Републике
Србије – стање, циљеви и даљи
развој“ за период 2013-2015.
године**

ДРУГА СВЕСКА

**Косовска Митровица
2014.**

**НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ ПРОЈЕКАТ
„ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – СТАЊЕ, ЦИЉЕВИ И
ДАЉИ РАЗВОЈ“ ЗА ПЕРИОД 2013-2015. ГОДИНЕ**

ДРУГА СВЕСКА

Издавач:

Правни факултет Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Зоран Исаиловић, руководилац пројекта

Заменик главног и одговорног уредника

Проф. др Владимир Боранијашевић

Редакциони одбор:

Проф. др Братислав Милановић

Проф. др Владимир Вековић

Проф. др Владан Михајловић

Проф. др Мијал Стојановић

Технички уредник

Младен Годоровић

Дизајн корица

Димитрије Милић

Штампа

Кварк, Жича

Тираж:

100 примерака

ISBN 978-86-6083-034-2

**Штампање овог Зборника помогло је Министарство просвете и науке
Републике Србије**

Предговор

Након објављивања прве свеске тематског зборника под насловом „ Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој“ у оквиру реализације научно – истраживачког пројекта, научној и стручној јавности се предаје друга свеска радова, у којој се у оквиру поменуте теме презентирају нова истраживања наставника и сарадника Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Као и у првој свесци радови су подељени у оквиру четири научне области: грађанско – правној, кривично – правној, правно - економској и управно – политичкој научној области. У контексту изложеног, приметљиво је да многи аутори у овој књизи настоје да суштински искажу континуитет обрађивања започетих тема из прве свеске објављене у 2013. години. Илустративно говорећи, тако се у грађанско – правној области настављају истраживања везана за: поступак расправљања заоставштине и проблематике наслеђивања; квазиправне тековине власти на Косову и Метохији. У кривично – правној области настављају се истраживања: проблематике малолетног криминалитета, криминалистичке технике везане за испитивање сведока. У правно – економској области продубљеније се испитују питања везана за енергетику, пољопривреду, економске институције и опорезивање дохотка грађана. У оквиру управно – политичке области сусрећемо се са наставком испитивања везана за: радне спорове у савременим државама; социолошке анализе друштва; правне лекове итд.

Међутим, поред изложеног, у другој свесци су обрађена и нова занимљива питања од важног значаја за законодавство Републике Србије. Тако, примера ради, испитује се: значај уставних промена; локална самоуправа и територијална организација Србије; јавно - приватно партнерство, међународна судска надлежност; проблематика јавно тужилачке организације; насилнички криминалитет; опорезивање имовине итд.

Уредник
Проф. др Зоран Исаиловић

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКО – ПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

Проф. др Братислав Милановић ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО - СПЕЦИФИЧНА ФОРМА ИНВЕСТИРАЊА ПРИВАТНОГ КАПИТАЛА	11
Проф. др Марија Крвавац МЕЂУНАРОДНА СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ У ПОРОДИЧНИМ СПОРОВИМА	35
Проф. др Љубица Мандић ПОСТУПАК ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ	53
Проф. др Владимир Боранијашевић ОБАВЕШТЕЊЕ ТРЕЋЕГ ЛИЦА О ПАРНИЦИ	67
Доц. др Душан Новаковић ОДГОВОРНОСТ У СЛУЧАЈУ УДЕСА ИЗАЗВАНОГ МОТОРНИМ ВОЗИЛИМА У ПОКРЕТУ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА	81
Доц. др Јелена Беловић БРАЧНИ ОДНОСИ-ПИТАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ ДОМАЋЕГ СУДА У ПРЕДЛОГУ НОВОГ ЗАКОНА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ	93
Доц. др Страхиња Миљковић ОДЛУЧУЈУЋИ ЗНАЧАЈ ИНСТИТУТА INTUITU PERSONAE ПРИЛИКОМ ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ	105
Мр Душко Челић КВАЗИПРАВНЕ ТЕКОВИНЕ DE FACTO ВЛАСТИ НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ У ОБЛАСТИ ПРОМЕНЕ СВОЈИНСКЕ СТРУКТУРЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА	117
Мр Бранко Милетић НАСЛЕДНО ПРАВО У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	129

Гордана Дамјановић СПРОВОЂЕЊЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	145
Горан Тишић ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА КОД УГОВОРА НА ДАЉИНУ И УГОВОРА ИЗВАН ПРОСТОРИЈА ПРЕМА ДИРЕКТИВИ 2011/83/ЕУ О ПРАВИМА ПОТРОШАЧА	159

КРИВИЧНО – ПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

Проф. др Петар Станојевић ЈАВНОТУЖИЛАЧКА ОРГАНИЗАЦИЈА У ПРАВОСУДНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ	185
Проф. др Владимир В. Вековић НАСИЛНИЧКИ КРИМИНАЛИТЕТ – ПСИХОЛОШКИ ПРИСТУП ИЗУЧАВАЊУ	195
Мр Драган Благић МОДЕЛ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ У МАЛОЛЕТНИЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	213
Мр Саша Атанасов ПРЕПОЗНАВАЊЕ ЛИЦА ОД СТРАНЕ СВЕДОКА	225
Мирјана Ђукић МЕЂУНАРОДНОПРАВНА И УСТАВНОПРАВНА РЕГЛЕМЕНТАЦИЈА ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ СА ОСВРТОМ НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ	241

ПРАВНО – ЕКОНОМСКА НАУЧНА ОБЛАСТ

Проф. др Зоран Исаиловић РЕФОРМА ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ У СРБИЈИ	263
Проф. др Душанка Јововић ПРАВНЕ ОСНОВЕ УНАПРЕЂЕЊА ЕНЕРГЕТСКЕ ЕФИКАСНОСТИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	279

Проф. др Љубомир Митровић ЗНАЧАЈ УЛАСКА СРБИЈЕ У ЕВРОПСКУ УНИЈУЗА РАЗВОЈ ПОЉОПРИВРЕДЕ	297
Мр Сузана Димић ПОСТОЈЕЋИ СИСТЕМ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У СРБИЈИ	311
Данијела Петровић ЕВРОПСКИ УСЛОВИ И ОЦЕНА ИНСТИТУЦИЈА У СРБИЈИ	331

УПРАВНО – ПОЛИТИЧКА НАУЧНА ОБЛАСТ

Проф. др Владан Михајловић УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ - ЗНАЧАЈ И НЕОПХОДНОСТ УСКЛАЂИВАЊА ПРОКЛАМОВАНИХ УСТАВНИХ ЦИЉЕВА И ДРУШТВЕНЕ СТВАРНОСТИ	343
Проф. др Ђорђевић Блажић ЛОКАЛНА САМОУПРАВА И ТЕРИТОРИЈАЛНА ОРГАНИЗАЦИЈА СРБИЈЕ	357
Проф. др Милорад Жижић ТРИ ФАЗЕ ПОСТУПКА ПРИМЕНЕ ОПШТИХ ПРАВНИХ АКТА	373
Проф. др Мијал Стојановић УПОРЕДНОПРАВНА РЕГУЛАТИВА О РЕШАВАЊУ РАДНИХ СПОРОВА – СР НЕМАЧКА	381
Проф. др Радомир Стојановић ПОЛИТИКА, ПРАВО И СРПСКО ДРУШТВО	409
Доц. др Слободанка Перић ЗАШТИТА ПОЈЕДИНАЧНИХ ПРАВА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА ПРЕД СУДОМ – Радни спор -	425
Доц. др Сава Аксић СЕКВЕНЦЕ ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ СЛОБОДАНА ЈОВАНОВИЋА	441

Доц. др Дејан Мирковић БОСНА ПРОТИВ СРЈ И МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ У КОНТЕКСТУ ПОСТМОДЕРНИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ	453
Доц. др Огњен Вујковић CONTUMELIA И CONVISIUMИЛИ О ДОСТОЈАНСТВУ И УГЛЕДУ ЧЛАНА ПОРОДИЦЕ	469
Мр Бојан Бојанић ЗАЈЕДНИЧКО ИЗДВОЈЕНО МИШЉЕЊЕ У ОДНОСУ НА ЗАКЉУЧАК УСТАВНОГ СУДА IУо-870/2012 - ДА ЛИ ЈЕ УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ „УСТАВОБРАНИТЕЉ“?	481
Невена Петровић КРИТИЧКА АНАЛИЗА СИСТЕМА ВАНРЕДНИХ ПРАВНИХ ЛЕКОВА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОНАВЉАЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ	493

ГРАЂАНСКО – ПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО - СПЕЦИФИЧНА ФОРМА ИНВЕСТИРАЊА ПРИВАТНОГ КАПИТАЛА

Апстракт: Јавно-приватно партнерство, генерално посматрано, је ефикасан и специфичан концепт „заједничког“ деловања јавног и приватног сектора у циљу оптимизације општих интереса у привредним системима свих држава које овај концепт прихватају и приступају његовој реализацији. Другим речима, јавно-приватно партнерство је посебан модел активизације приватног капитала у државно-типичним областима и делатностима, а које се концепцијски фокусирају на два кључна сегмента: први, економски инфраструктурни и други објекти од јавног значаја (путеви, мостови, железнице, телекомуникације, енергетика и сл.), као и социјални инфраструктурни и други објекти (школе, болнице, спортски објекти и др.); и други, обављање услуга од јавног значаја, односно општег интереса (дистрибуција електричне енергије и гаса, комуналне услуге, рециклажа чврстог отпада и др.). У свим овим сферама јавно-приватно партнерство, са свим својим модалитетима и подмодалитетима, пружа низ погодности, боље рећи читав спектар позитивних ефеката, те је прихваћен не само у државама које перманентно имају проблема са својим буџетским капацитетима, па самим тим и хроничан недостатак средстава за јавне капиталне инвестиције, већ и у развијеним земљама које такве проблеме немају, али алокацијом приватног капитала у јавни сектор остварују квалитетнији колективни интерес у својим тржишним привредама. Применљив на свим нивоима власти (од централне до локалне) и максимално ефикасан, модел јавно-приватног партнерства у државама које га практикују није само својеврсна правно-економска категорија инкорпорирања приватног капитала у јавни сектор, већ, шире посматрано, он представља и инструмент њихове политике и један од стожера њиховог економског развоја, јер осим неспорних вредности које обезбеђује јавном сектору, директно утиче и на динамизирање активности у свим сегментима привредног деловања.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство, економска и социјална инфраструктура, делатности од општег интереса, уговорно и институционално јавно-приватно партнерство.

* Редовни професор

1. Опште претпоставке

Концепт јавно-приватног партнерства (*Public Private Partnership; Offentlich Private Partnerschaft*) - у даљем тексту ЈПП, представља специфичан модел активизације приватног капитала (домаћег или страног) у строго одређене области, односно делатности које су под „јурисдикцијом“ тзв. јавно-правних тела, односно јавно-правних субјеката (државе или њених ужих административно-територијалних јединица).

Sedes materiae ЈПП је формирање доминантне (увек захтеване) конструкције: јавни партнер (држава и нижи нивои јавне власти) и приватни партнер (страно или домаће, правно или физичко лице), где се приватном партнеру обезбеђује пласирање његовог капитала у тзв. „државно-типичне“ области и делатности, а које се концепцијски фокусирају на два кључна сегмента. Први, финансирање, изградња, реконструкција, управљање или одржавање јавних инфраструктурних и других објеката од јавног значаја, попут саобраћајне инфраструктуре - путеви, мостови, тунели, железнице, морске и речне луке, инфраструктуре у сектору телекомуникација, енергетике, водоснабдевања и сл. (економски инфраструктурни и други објекти од јавног значаја), али и сектор тзв. социјалних инфраструктурних и других објеката од јавног значаја (болнице, предшколске установе, школе, спортски објекти, геронтолошки центри, установе за извршавање кривичних санкција и др.).¹ Други сегмент, пак, резервисан за приватног партнера, тиче се обављања услуга од јавног значаја (општег интереса), попут дистрибуције електричне енергије, гаса, рециклаже чврстог отпада, комуналних услуга и др.

Због низа позитивних ефеката које нуди, концепт ЈПП није присутан само у државама које најчешће имају проблема са буџетским капацитетом, па самим тим и стално присуство недостатка средстава за капиталне инвестиције, већ и у државама које се сматрају врло развијеним, попут САД, Канаде, Аустралије, Велике Британије, Француске, Немачке и др. У већини њих овај концепт има специфично уређен законодавни оквир и његову примену владе ових држава обезбеђују плански и систематично, а никако појединачно од пројекта до пројекта.

¹ Персоли, А. М.: *Јавно-приватно партнерство у функцији задовољавања јавних потреба*, Хрватска јавна управа, Загреб, 2010, стр. 1020.

Што се тиче наше земље, актуелна економска ситуација (нимало завидна), неумитно се одразила на све сфере привредног деловања, а посебно на област јавног сектора, те не чуди што је Република Србија, схвативши све предности овог право-економског института, донела посебан Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, новембра 2011. године.²

2. Појам и битна обележја јавно-приватног партнерства

2.1. Појам јавно-приватног партнерства

Када је реч о појмовном одређењу института ЈПП задатак није ни мало лак, јер не постоји једна усаглашена, за све ситуације прихватљива његова дефиниција. Разлози за то су многоструки, али издвајају се два основна. Први, што у пословној пракси (посебно међународној) постоје различити приступи организацији и функционисању модела ЈПП и други, што је и сам концепт овог модела заснован на идеји сталног унапређења и проналажења ефикаснијих начина да се обезбеди реализација савремених јавних инфраструктурних и других објеката од јавног значаја, односно квалитетније обављање читавог сета услуга од општег интереса. То је и условило да се поред „одомаћеног“ (општеприхваћеног) термина *Public Private Partnership, PPP*, или *P3* (који је карактеристика законодавства САД, али је и прихваћен у низу других држава, међу њима и у Србији), сусрећу и термини *Private Participation in Infrastructure* (наметнут од експерата Светске Банке), *Private Sector Participation* (најчешће коришћен у финансијском сектору), *Private Financed Projects* (коришћен од стране аустралијских експерата) итд.

Ипак, и у међународној, али и у домаћој, законодавној и пословној пракси, као и у правној теорији, постоји више дефиниција ЈПП, креираних у зависности од разноликости функција које су предмет овог правно-економског института, као и од периода у коме су дефиниције конципиране.

Тако, на пример, према једном схватању, ЈПП се може дефинисати у ширем и ужем смислу. У ширем смислу, овај институт се појмовно детерминише као имплементација свих познатих типова сарадње између јавних и приватних партнера, која, у многим случајевима, води успостављању заједничких улагања. У ужем смислу, пак, под појмом ЈПП подразумевају се заједнички послови у склопу којих јавни и приватни

² “Сл. гласник РС”, бр. 88/2011.

сектор удружују ресурсе и стручна знања, како би, кроз адекватну алокацију ресурса, ризика и награда, задовољили неку јавну потребу.³

Слично напред наведеном, ЈПП се дефинише и као облик сарадње између јавних и приватних партнера који заједно раде на имплементацији инвестиционих пројеката и пружања јавних услуга.⁴

С друге стране, ЈПП је назив за правни, економски и управљачки модел за заједничке акције јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманицијама) и приватног капитала, са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре.⁵

Због свог економског, социјалног, али и политичког ефекта, појмовно одређење ЈПП конципирано је и од стране значајних међународних институција и организација. Тако, ММФ дефинише ЈПП као специфичан уговорни однос, у оквиру кога приватни сектор преузима реализовање инфраструктурних пројеката и вршење услуга, које је традиционално обезбеђивала јавна управа.⁶ Светска Банка, пак, под ЈПП подразумева односе везане за инвестирање и пружање услуга које по правилу врши јавни сектор, при чему приватни сектор преузима велики део финансијског ризика за реализовање конкретног пројекта, а јавни сектор одговара за сврсисходност пројекта и његову практичну реализацију.⁷ Слично решење нуди и Европска комисија, која у свом „Водичу за успешно јавно-приватно партнерство“ из 2003. године, дефинише ЈПП као пренос финансирања и спровођења инвестиционих пројеката и вршење услуга са јавног на приватни сектор.⁸

На крају, и наш Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама дефинише ЈПП као дугорочну сарадњу између јавног и приватног партнера ради обезбеђивања финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других

³ Народна скупштина, Библиотека Народне скупштине, Република Србија, 18/11/2011, бр. Z-26/10 (извор: www.parlament.gov.rs).

⁴ Брдаревић, Љ.: *Развој локалне инфраструктуре кроз јавно-приватно партнерство*, Приручник за локалне власти, Београд, 2012, стр. 5.

⁵ Цветковић, П., Миленковић-Керковић, Т.: *Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања*, Право и привреда, Удружење правника у привреди Србије, 2011, бр. 4-6, Београд, стр. 758.

⁶ Брдаревић, Љ.: *op. cit.*, стр. 5.

⁷ A World Bank Resource for PPPs in Infrastructure, објављено на <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>.

⁸ The ЕРЕС (European PPP Expertise Centre), PPP Guide, стр. 1, објављено на: <http://www.eib.org/epec/g2g/intro2-ppp.htm>.

објекта од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно, институционално или концесија (као посебан облик ЈПП).⁹

2.2. Учесници у јавно-приватном партнерству

У структури института ЈПП, као што је већ истакнуто, увек постоји доминантна конструкција: јавно-правни субјект (јавни партнер), с једне и приватно-правни субјект (приватни партнер), с друге стране.

Јавно-правни субјект,¹⁰ по правилу је држава, јединице регионалне или локалне самоуправе, али и јавно предузеће,¹¹ као субјект над којим држава или ужа административно-територијална јединица има оснивачка, контролна, управљачка и друга права. У оквиру својих овлашћења јавно-правни субјект доноси одлуку о успостављању модела ЈПП, бира приватног партнера, дефинише резултате ЈПП и омогућава уговором утврђено плаћање приватног партнера.

У нашим условима, сходно одредбама актуелног Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, јавни партнер је једно или више јавних тела, односно правно лице које је надлежно за давање концесије, које са приватним партнером или друштвом за посебне намене (ДПН) закључује јавни уговор, или једно или више јавних тела које је са приватним партнером повезано чланством у заједничком привредном друштву.¹² При томе, јавно тело је: 1) државни орган, организација, установа и други директни или индиректни корисник буџетских средстава у смислу закона којим се уређује буџетски систем и буџет, као и организација за обавезно социјално осигурање; 2) јавно предузеће; 3) правно лице које обавља делатност од општег интереса, уколико је испуњен неки од следећих услова: да више од половине чланова органа управљања тог правног лица чине представници јавног тела; да више од половине гласова у органу тог правног лица имају представници јавног тела; да јавно тело врши надзор над радом тог правног лица; да јавно тело

⁹ Чл. 7. ст. 1. и 2. т.2 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

¹⁰ Према Упутству Комисије Европске Уније о транспарентности из 1980. године (*Commission Directive 80/723 of 25. June 1980, on the transparency of financial relations between Member States and public undertaking*) користи се израз „јавна власт“ (*public authorities*), а под њом се подразумевају држава, регионалне или локалне власти, тј. органи локалне самоуправе (чл. 1.).

¹¹ Према већ напред наведеном Упутству Комисије ЕУ о транспарентности из 1980. године, под јавним предузећем подразумева се свако предузеће над којим јавне власти имају директно или индиректно доминантан утицај по основу својине, финансијског учешћа или правних правила која се на њега примењују (чл. 2.).

¹² Чл. 4. ст. 1. т. 9. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

поседује више од 50% акција, односно удела у том правном лицу; и да се више од 50% такво правно лице финансира из средстава јавног тела; и 4) правно лице основано од јавног тела, а које обавља и делатност од општег интереса и које испуњава најмање један од претходно наведених услова.¹³

Јавна тела, у нашем правном систему, имају право да самостално покрећу поступак реализације пројекта ЈПП из своје надлежности, да закључују све врсте јавних уговора везаних за предмет ЈПП, као и да закључују споредне или повезане споразуме.

Приватно-правни субјект, по логици ствари, је приватно домаће или страно, физичко или правно лице, које са јавно-правним субјектом закључује уговор о ЈПП и одговорно је за спровођење пројекта ЈПП на ефикасан и функционалан начин.

У нашим условима приватни партнер може бити физичко или правно лице, домаће или страно, са домаћим или страним учешћем или без њега, или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица која су одабрана у поступку јавне набавке или поступку давања концесије.¹⁴

Поред јавно-правног и приватно-правног субјекта, који су носиоци (и главни актери) сваког конкретног пројекта ЈПП, у његовој реализацији могу се појавити и трећа лица, али уз јасно дефинисана права и обавезе одређене од стране јавно-правног субјекта.

Реч је, пре свега, о тзв. *финансијерима* пројекта ЈПП, који улажу свој капитал или обезбеђују одговарајуће кредите, како би предметни пројекат био успешно реализован. С тим у вези, финансијери пројекта се по правилу „везују“ за приватно-правног субјекта, мада у пракси није редак случај да се финансијери приклањају и јавно-правном субјекту (пример, разне врсте иностраних донација, као учешће државе у финансирању пројекта ЈПП, а тиме и њеног учешћа у приходима од таквог пројекта).

Ипак, као што је истакнуто, финансијери (по правилу снажне привредне корпорације, комерцијалне банке, међународне финансијске институције и др.) својим средствима потпомажу, пре свега, приватно-правног партнера. Њихово укључивање има за циљ, у сваком случају, комерцијални моменат, односно остваривање прихода (добити) из наплата експлоатације инфраструктурних или других објеката, односно извршених услуга. У принципу, сваки финансијер самостално процењује ризик пласмана својих средстава у пројекат ЈПП и на бази тога захтева

¹³ Чл. 4. ст. 1. т. 7. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

¹⁴ Чл. 4. ст. 1. т. 10. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

склапање таквих уговора о ЈПП који обезбеђују висок квалитет услуга, али и наплату трошкова пројекта.

Ову праксу прихватио је и наш Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, те с тим у вези, пројекат ЈПП може бити финансиран од стране приватног партнера кроз комбинацију директних улагања у капитал или путем задужења (укључујући без ограничења структурирано или пројектно финансирање и сл.), обезбеђено од стране међународних финансијских институција, банака, односно трећих лица. Уз претходну сагласност јавног партнера, приватни партнер биће овлашћен да додели, оптерети хипотеком, zaloжи, у периоду и обиму који је у складу са законом, било које своје право, односно обавезу из јавног уговора или другу имовину везану за пројекат, у корист финансијера, а у циљу обезбеђивања плаћања било ког насталог или будућег потраживања у вези са изградњом и финансирањем, односно рефинансирањем ЈПП-а. На захтев финансијера и приватног партнера, јавни партнер може прихватити да дâ одређена разумно захтевана обезбеђења и прихвати преузимање одређених одговорности које су неопходне приватном партнеру у вези са било којом обавезом из јавног уговора. Напред наведено обезбеђење може подразумевати и закључење посебног директног уговора између јавног партнера, приватног партнера и финансијера.¹⁵

Поред напред наведених субјеката, у пројекту ЈПП, учешће, по правилу врло често и обавезно, узимају и други субјекти. Реч је пре свега о *саветницима* (једно или више правних, односно физичких лица која поседују специјалистичка знања неопходна за припрему, уговарање и реализацију пројекта ЈПП), *подуговорачима* (преко којих приватни партнер извршава обавезе према јавном партнеру, преносећи на подуговораче изградњу, набавку опреме, функционисање и одржавање пројекта ЈПП, при чему је свака од ових активности на подуговорача пренета посебним уговором), *рејтинг агенцијама* (које оцењују кредитни рејтинг дуга којим се пројекат ЈПП финансира), *осигуравајућим кућама* (које обезбеђују покриће ризика у финансирању пројекта ЈПП и то сарадњом са спонзорима и кредиторима пројекта уз лимитирање ризика по разумној цени) и др.

¹⁵ Чл. 49. ст. 1-4. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

2. 3. Правна регулатива за уређивање института јавно-приватног партнерства

Правно нормирање института ЈПП, у савременим условима, присутно је на регионалном нивоу и нивоу појединачних националних законодавстава, док је на глобалном нивоу (системом мултилатералних конвенција, споразума, уговора и сл.) изостало у потпуности.

Креирање регулаторног оквира за правно, системско, уређење института ЈПП на регионалном нивоу, присутно је у оквиру ЕУ и то на врло специфичан начин. С тим у вези, ваља одмах истаћи да у ЕУ не постоји тзв. „секундарни“ извор комунитарног права који би за свој предмет искључиво имао регулисање института ЈПП. Из тог разлога, овај институт уређује се: одредбама Лисабонског споразума (Уговор из Лисабона о изменама Уговора о ЕУ и Уговора о оснивању Европске заједнице, (*Treaty on the Functioning of the European Union - TFEU*), који садржи генерална правила о забрани дискриминације у погледу свих јавних набавки и уговора које владина тела закључују са приватним лицима, у циљу прибављања услуга или добара од општег интереса; упутствима (*directives*), којима се уређују услови и начин реализовања јавних набавки; и методом активне и отворене координације (*open method coordination - OMC*), као начином превазилажења контрадикторних интереса држава чланица у процесу стварања јединственог тржишта за ЈПП, без официјалних санкција за непоштовање овог принципа.¹⁶

Основни принципи и начела садржани у Лисабонском споразуму, у одсуству секундарних извора права, стриктно намењених ЈПП, допуњавају се правилима садржаним у упутствима ЕУ која уређују материју јавних набавки уопште (али су применљива и када је реч о процедури јавних набавки роба и услуга од општег интереса). Реч је о: Упутству о координацији процедуре за доделу уговора о јавним радовима и грађењу, уговора о снабдевању добрима од општег интереса и уговорима о пружању услуга од општег интереса - Традиционално упутство (*Directive [2004/18/EC](#) of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts*) и Упутству о јавним набавкама у посебним секторима водопривреде, енергетике, транспорта и поштанских услуга - Специјално упутство (*Directive 2004/17/EC on contracts with entities operating in the „special sectors“ of [water, energy, transport and postal services](#)*).¹⁷

¹⁶ Цветковић, П., Миленковић-Керковић, Т.: *Правни режим јавно-приватног партнерства у праву ЕУ*, Правни живот, 2011, бр. тома 4, стр. 365-380.

¹⁷ Цветковић, П., Миленковић-Керковић, Т.: *ibid*, стр. 365-380.

Као значајан извор права за уређивање института ЈПП на нивоу ЕУ јављају се и Водич за успешно ЈПП (*Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, European Commission, March, 2003*) и Зелена књига о ЈПП (*Green paper on PPP and Community Law on Public contracts and concessions, Commission of the European Communities, March, 2004*).

Уочљиво је да су напред наведени правни извори ЕУ извори тзв. „меког нормативитета“ (*soft law*), базирани на принципима координације и усаглашавања држава чланица у погледу правног нормирања института ЈПП, што их у крајњем квалификује само као правни оквир, а државе чланице у његовим границама, самостално креирају регулаторни систем ЈПП (закони о ЈПП, закони о концесијама, закони о јавним набавкама, подзаконска акта и др.).

На нивоу националних законодавстава, пак, правно нормирање ЈПП извршено је различитим системским приступима.

Тако, на пример, неке државе попут Италије, Данске и Француске,¹⁸ ЈПП правно детерминишу кроз постојеће законодавство из области јавних набавки.

С друге стране, државе попут Чешке, Мађарске, Бугарске,¹⁹ Румуније²⁰ и Хрватске²¹ развиле су разноврстан систем ЈПП без доношења конкретних закона, већ простим прилагођавањем постојећих закона о јавним уговорима и концесијама новим захтевима.

У Белгији, међутим, разни облици ЈПП регулишу се једнократним одлукама од стране надлежних државних тела.

У Великој Британији је успостављен и функционише највећи број пројеката ЈПП, сагласно англосаксонском прецедентном праву, без

¹⁸ У Француској, у којој постоји изузетно дуга традиција партнерства између јавног и приватног сектора, доминира Закон о концесијама из 1991. године. Осим њега, у Француској у области ЈПП, равноправно се примењују и Закон о уговорним партнерствима (*Law 2004-559 on Partnership Contracts*) који уређује правни и институционални оквир за ЈПП и Закон о корекцијама Закона о уговорним партнерствима (*Law 2008-735*) са правилима о урбанизму, порезима, монетарној политици и финансијама, са циљем побољшања правног оквира за ЈПП.

¹⁹ У Бугарској законодавни оквир за ЈПП се концепцијски базира на два основна закона: Закон о концесијама и Закон о имовини локалне управе, као и на низу подзаконских аката.

²⁰ У Румунији, у сфери ЈПП, доминирају два закона: *GEO No. 54 (Emergency Ordinance No. 54/2006)*, који уређује систем давања концесија у вези са јавном имовином и *GEO No. 34 (Emergency Ordinance No. 34/2006)*, који уређује концесије везане за јавне радове и услуге - детаљније у Средојевић, С.: *Јавно-приватно партнерство*, Београд, 2010, стр. 149.

²¹ У Хрватској законодавни оквир за ЈПП чине два закона и то: Закон о концесијама из 1992. године и Закон о активностима на нивоу локалне самоуправе из 1995. године.

доношења специјалних закона и других прописа о ЈПП. Слична ситуација је и у Аустралији, Канади, САД и др.²²

Истовремено, није мали број држава које посебним законима уређују област ЈПП, попут Аустрије, Ирске, Немачке, Грчке, Холандије, Пољске, Словеније²³ и др.

Као што је већ истакнуто, у круг држава које су посебним законом уредиле ЈПП, улази и Србија која је 2011. године донела, као *lex specialis* за ову област, Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама.

С тим у вези, основни циљеви који се желе постићи доношењем овог закона концепцијски се базирају на: подстицању примене ЈПП у циљу изградње јавне инфраструктуре и пружања услуга у јавном сектору; обезбеђивању квалитетних услуга од јавног значаја; већој вредности за уложени, односно утрошени новац кроз оптимизацију ефикасности, делотворности и економичности у погледу укупних трошкова везаних за власништво над јавном инфраструктуром и у пружању услуга од јавног значаја; формирању ефикасног механизма који дозвољава државним и локалним органима да реализују пројекте кроз ЈПП на основу јасних правила; привлачењу домаћих и страних инвеститора и банака за финансирање, суфинансирање и вођење пројеката; усклађености са прописима ЕУ, посебно у области јавних набавки и усклађености са међународним стандардима и најбољом међународном праксом, до мере која није у супротности са правом ЕУ; и др.²⁴

Иначе, имплементација и егзистенција нашег закона базира се на неколико основних принципа: заштити јавног интереса, ефикасности, транспарентности, једнаког и правичног третмана, слободне тржишне утакмице, пропорционалности, заштите животне средине, аутономије воље и равноправности уговорних страна (чл. 5. ст. 1.).²⁵ Приликом

²² Barlow, J. Roehrich, J.K. and Wright, S. (2010) - *De facto privatization or a renewed role for the EU? Paying for Europe's healthcare infrastructure in a recession*, Journal of the Royal Society of Medicine, 103:51-55.

²³ У Словенији је 2010. године донет посебан Закон о јавно-засебном партнерству, а као његови допунски прописи уврштени су Закон о јавним набавкама и Закон о финансирању у јавном сектору.

²⁴ Талић, Н.: *Јавно-приватно партнерство*, Регионална привредна комора, Панчево, 2012.

²⁵ Према чл. 6. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама: *начело заштите јавног интереса* обухвата обавезу јавног тела да при остварењу права приватних лица води рачуна да остварење тих права није у супротности са законом дефинисаним јавним интересом; *начело ефикасности* обухвата обавезу да се поступак закључења јавног уговора и избора приватног партнера спроводи у роковима и на начин прописан овим законом и законом којим се уређују јавне набавке, са што мање трошкова везаних за поступак; *начело транспарентности*

спровођења поступка давања концесија, давалац концесије дужан је да, у односу на све учеснике у поступку, поред напред наведених начела, примењује и начело слободе кретања робе, начело слободе пружања услуга, начело забране дискриминације и начело узајамног признавања.

2. 4. Модалитети (типови) концепта јавно-приватног партнерства

У међународној законодавној и пословној пракси, као и у правној теорији, партиципација приватног сектора у јавном сектору, путем концепта ЈПП, може попримити различите модалитете, односно типове. То све у зависности од низа критеријума који се узимају у обзир приликом конструисана аранжмана ЈПП (степен укључености јавног и приватног сектора; алокације ризика; права, обавеза и одговорности јавног и приватног партнера; сектора који покрива конкретни концепт; различитости аранжмана о финансирању и коришћењу; итд.).

У правној теорији, према једном схватању, партиципација приватног сектора у тзв. „јавним пројектима“ најчешће се реализује кроз

обухвата обавезу оглашавања намере закључења јавног уговора са или без елемената концесије, могућност понуђача да изврши увид у податке о спроведеном поступку доделе јавног уговора и сл; *начело једнаког и правичног третмана* обухвата забрану дискриминације по било ком основу између учесника у поступку доделе јавних уговора и избора приватног партнера, као и обавезу да учесници у поступку избора приватног партнера, имају потпуне и тачне информације о поступку, стандардима и критеријумима за избор приватног партнера. Ниједан од учесника у поступку избора приватног партнера, не може имати предност над осталима у погледу времена, информација и приступа органима и лицима надлежним за поступак доделе јавног уговора. Одлуке се морају доносити на основу унапред објављених и објективних критеријума, и морају се са образложењем доставити сваком учеснику у поступку избора; *начело слободне тржишне утакмице* обухвата забрану ограничавања утакмице између учесника и обавезу прихватања свих учесника са одговарајућим техничким, финансијским и другим стручним квалификацијама; *начело пропорционалности* подразумева да свака мера предузета од стране државног органа, односно другог лица, мора бити минимално потребна и у сразмери са јавним интересом који се таквом мером настоји заштитити; *начело заштите животне средине* обухвата начела дефинисана законом којим се уређује заштита животне средине као што су: начело интегралности, начело превенције и предострожности, начело очувања природних вредности, одрживог развоја, начело одговорности загађивача и др; *начело аутономије воље* обухвата слободу уговорних страна да у складу са овим законом, законом којим се уређују облигациони односи и другим прописима и добрим пословним обичајима, међусобна права и обавезе уреде по својој вољи; *начело равноправности* уговорних страна, подразумева да се узајамни односи субјеката у јавном уговору заснивају на њиховој једнакости и равноправности њихових воља.

следеће облике: *уговором о оперативном управљању пројектом* (где приватни партнер склапа уговор са предузећем у власништву јавног сектора, на основу кога остварује право на управљање јавним добром, тј. право на остваривање користи из експлоатације, али и преузима обавезе сношења свих оперативних ризика); *уговором о оперативном и финансијском управљању* (код кога приватни сектор управља јавним пројектом који је у власништву јавног сектора, али и осигурава - обезбеђује финансирање истог); и *новим инвестицијама и куповином власничког удела* (где нове инвестиције представљају посебне облике удруживања приватног и јавног сектора на стварању нове јавне услуге, тј. изградње новог пројекта у целости, док код куповине власничког удела приватни сектор откупљује од јавног сектора део или цео пакет удела у постојећој фирми, која је у јавном власништву и која управља понудом одређеног јавног добра или услуге).²⁶

Према другом схватању, модалитети концепта ЈПП немају лимитативну енумерацију и *exempli causa* обухватају: *уговор о руковођењу, одржавању и услугама (Operation, maintenance and service contract)*, на основу кога се јавни сектор користи услугама приватноправних субјеката за одређени период (или опредељено према тачно дефинисаном задатку). При томе, јавноправни субјект и даље остаје одговоран за пружање и квалитет услуга; *класичан уговор о концесији*, чиме приватноправни субјект постаје одговоран за пружање и квалитет услуга у одређеној области, те за оперативно одржавање, прикупљање надокнада за услуге и управљање у целини. Тежиште улоге јавноправног сектора помера се од функције пружаоца услуге ка регулатору цене и квалитета; *формирање новог привредног субјекта или отварање постојећих јавноправних субјеката* (јавних предузећа) за инвестирање приватног капитала, уз заједничку одговорност за ризике и право на добит; и *пасивну јавну инвестицију*, оличену у коришћењу државних зајмова за приватне привредне активности, где вид партнерства функционише кроз зајмове или гаранције јавних институција за приватноправни сектор.²⁷

Из напред наведене теоријско-правне анализе (кратке, због концепта и обима овог рада) може се са сигурношћу констатовати да постоји неколико основних концепата (модела) ЈПП, а што је потврдила и међународна законодавна и пословна пракса. С тим у вези, као

²⁶ Јуричић, Д.: *Модели удруживања на начелу јавно-приватног партнерства*, Рачуноводство, ревизија и финансије, Београд, 2006, стр. 63.

²⁷ Цветковић, П., Миленковић-Керковић, Т.: *Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања*, Право и привреда, Удружење правника у привреди Србије, 2011, бр. 4-6, Београд, стр. 761.

доминантни облици ЈПП јављају се: уговорно ЈПП (са или без елемената концесије) и институционално ЈПП.

Тако, према Зеленој књизи Европске комисије о ЈПП и концесијама из 2004. године, у државама ЕУ постоје три основна модела ЈПП и то:

- *уговорно ЈПП (Contract PPP)*, где приватни партнер на основу уговора са јавним партнером преузима обавезу да пружа услуге од јавног (општег) интереса, односно да изгради системе за пружање јавних услуга (објекти, постројења и сл.) и њима управља, а јавно-правни субјект му плаћа одређену накнаду за извршене услуге, добра или изграђене системе;

- *ЈПП у форми концесије (Concession PPP)*, при чему је реч о специфичном уговору о ЈПП, где се на приватног субјекта (концесионара) у потпуности преноси одговорност и финансијски ризик за изградњу и функционисање система за пружање одређених услуга, уз његово право да врши наплату од корисника услуга, односно изграђеног система. При томе, на основу овог упутства разликују се *концесије за јавне радове (public works concession)* и *концесије за пружање услуга (service concession)*; и

- *институционално ЈПП*, конципирано на власничком учешћу јавног и приватног партнера у заједнички формираном предузећу, које има задатак да обави одређену услугу од јавног интереса (тзв. компанија специјалних намена - *Special Purpose Vehicle*).

Као што је напред речено тзв. Зелена књига Европске комисије била је основа да се ова три базна облика ЈПП инкорпорирају у скоро све чланице ЕУ, али је интересантно да исти концепт прихвата и много држава које су ван граница ове међународне регионалне организације.

Такав је случај и са нашом земљом, где према одредбама Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама доминирају три основна облика ЈПП.

Први облик је *уговорно ЈПП*, где међусобна права и обавезе у реализацији пројекта ЈПП, јавни и приватни партнер уређују јавним уговором, чија је садржина прецизно уређена законом. С тим у вези, на питања која се односе на овај тип јавног уговора, а која нису посебно уређена Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама, примењују се одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима.²⁸

Други облик је *ЈПП у форми концесије* и, с тим у вези, треба подвући да је реч о специфичном (посебном) облику уговорног ЈПП. Те специфичности тичу се предмета концесије, поступка и начина доделе јавног уговора, потписивања истог, додељивања додатних радова

²⁸ Чл. 8. ст. 1. и 3. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

концесионару, превременог раскида јавног уговора, престанка концесионог односа и сл. При томе, актуелни закон разликује три типа концесија:

- *концесија за комерцијално коришћење* природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини или обављања делатности од општег интереса, које надлежно јавно тело уступа домаћем или страном лицу, на одређено време, под посебно прописаним условима, уз плаћање концесионе накнаде од стране приватног, односно јавног партнера, при чему приватни партнер сноси ризик везан за комерцијално коришћење предмета концесије;

- *концесија за јавне радове* је уговорни однос истоветан уговору о јавној набавци, којим се врши набавка радова у складу са законом којим се уређују јавне набавке, осим чињенице да се накнада за јавне радове састоји или од самог права на комерцијално коришћење изведених радова или од тог права заједно са плаћањем; и

- *концесија за услуге* је уговорни однос истоветан уговору о јавној набавци услуга у складу са законом којим се уређују јавне набавке, ако се накнада за пружене услуге састоји или од самог права на комерцијално коришћење, односно пружање услуга или од тог права заједно са плаћањем.²⁹

Трећи облик ЈПП је *институционално ЈПП*. Овај облик ЈПП се заснива на односу јавног и приватног партнера као чланова заједничког привредног друштва, које је носилац реализације пројекта ЈПП. Ово заједничко привредно друштво, у складу са законским решењима, носи назив „друштво за посебне намене“ и настаје на два начина: оснивачким улозима јавног и приватног партнера у новооснованом привредном друштву; и стицањем власничких удела, односно докапитализацијом постојећег привредног друштва (које је обављало делатност или пружало услуге од јавног интереса).³⁰ Без обзира на начин настанка „друштва за посебне намене“, оснивачка и управљачка права уређују се слободно између чланова овог друштва, у складу са актуелним Законом о привредним друштвима.³¹

Осим ова три доминантна (основна) типа ЈПП, међународна законодавна и пословна пракса „познају“ и низ њихових тзв. подтипова, а њихова имплементација и егзистенција зависе од начина удруживања јавног и приватног партнера, степена (нивоа) укључивања приватног партнера у пројектовање, изградњу, одржавање, финансирање, модернизацију, организацију, управљање, као и алокацију ризика код

²⁹ Чл. 10. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

³⁰ Чл. 9. ст. 1. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

³¹ Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, бр. 36/11.

јавних услуга и/јавних објеката (било економске, било социјалне инфраструктуре). Због ограниченог простора овог рада издвојићемо неке набитније и у пракси најприменљивије подоблике основних типова ЈПП, без улажења у њихове детаљније анализе, што може бити тема неке друге озбиљније научне студије.

С тим у вези, као најчешћи начини удруживања јавног и приватног сектора у међународној пословној пракси, јављају се следећи модели: BOT (*build, operate, transfer* - изгради, користи, предај); BOO (*build, own, operate* - изгради, поседуј, користи без обавезе трансфера); BOR (*build, operate and renewal* - изгради, користи и обнови); BOOT (*build, own, operate, transfer* - изгради, поседуј, користи, предај); BRT (*build, rent, transfer* - изгради, рентирај, предај); BTO (*build, transfer, operate* - изгради, предај, користи); BBO (*buy, build, operate* - купи, изгради, управљај); DBFO (*design, build, finance, operate* - пројектуј, изгради, финансирај, користи); DCMF (*design, construct, manage, finance* - пројектуј, изгради, управљај, финансирај); DBOT (*design, build, operate, transfer* - пројектуј, изгради, користи, предај); MOT (*modernise, own/operate, transfer* - модернизуј, поседуј/користи, предај); ROO (*rehabilitate, own, operate* - обнови, поседуј, користи); ROT (*rehabilitate, operate, transfer* - обнови, користи, предај); и др.³²

Ипак, генерално посматрано, сасвим је уочљиво да када је реч о било ком облику (подоблику) ЈПП, начин на који се он обликује, финансира, инкорпорира и сл. различит је у земљама које припадају Common Law систему (који преферира класичну тржишну економију, а тиме и доминацију приватног сектора у економији), у односу на земље тзв. континенталног правног система (са релативно јаком улогом јавног сектора у привреди), као и у односу на државе које се налазе у фази транзиције ка тржишној економији.

2. 5. Основне (заједничке) и посебне (специфичне) карактеристике јавно-приватног партнерства

На основну досадашње анализе, засноване пре свега на међународној законодавној и пословној пракси, оно што уобичајено

³² Више о овим модалитетима видети у: Grimsey, D., Lewis, M. K.: *Public Private Partnership - the world revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Publishing Limited, UK, 2004, стр. 54; Гулија, Б.: *Јавно-приватно партнерство*, Euroscope, No. 13, 2004, стр. 3; Качер, Х., Кружић, Д., Перковић, А.: *Јавно-приватно партнерство*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 2008, стр. 606; Ивковић, Б., Павић, М., Луковић, Ј., Хаџини, Г.: *Концесије по БОТ моделу*, Београд, 1999, стр. 41-42.

карактерише сваки модел ЈПП тиче се следећих заједничких (основних) елемената.

Базни елементи сваког облика ЈПП односе се, пре свега, на *субјекте* (учеснике), у смислу да аранжмани типа ЈПП подразумевају учешће два или више лица, од којих најмање једно мора бити из тзв. јавног сектора. При томе, битно је подвући, да свака страна (субјект) је *принципал*, тј. мора бити самостална и способна да преговара у своје име и за свој рачун;³³ *дуг рок трајања партнерства*, који по правилу треба да буде стабилан и концептуиран на обостраним или комплементарним користима;³⁴ *финансирање* пројекта или услуге обично се везује за приватни сектор (путем сложених финансијских аранжмана приватног субјекта са економски снажним партнерима), али је, по правилу, увек присутан и модел суфинансирања од стране јавног сектора (новац, власништво, технологија, али и ауторитет, репутација и сл.); *дистрибуирање одговорности на све учеснике у партнерству*, у смислу одржавања заједничког интереса уз доследно извршавање преузетих обавеза сразмерно својим способностима (финансијским, стручним, технолошким и др.); *дисперзија ризика*, на начин да аранжман ЈПП не подразумева делегирање ризика јавног сектора на приватни, већ напротив, прецизна расподела ризика одређује се посебно за сваки пројекат понаособ, узимајући обавезно у обзир могућности сваке стране да правилно процене, управљају и одговоре на поједине ризике; *предмет ЈПП* не може бити искључиво комерцијално коришћење добара у општој употреби или другог добра, уз изузетну могућност јавног партнера да приватном партнеру дозволи комерцијалну делатност у оквиру реализације пројекта ЈПП и то само у случају да на други начин није

³³ Akintoye A, Beck M, and Hardcastle C: *Public Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities*, Blackwell Publishing Company, London, 2003.

³⁴ У нашим условима, рок на који се закључује јавни уговор одређује се на начин који не ограничава тржишну утакмицу више него што је то потребно да се обезбеди амортизација улагања приватног партнера и разуман повраћај уложеног капитала, истовремено узимајући у обзир ризик који је повезан са комерцијалним коришћењем предмета уговора.

Овај рок не може бити краћи од пет година ни дужи од 50 година, уз могућност да се након истека уговореног периода закључи нови уговор уз избор приватног партнера на начин и у поступку прописаним законом.

Када се јавним уговором додељује концесија, рок се утврђује у складу са законом, осим ако рок на који се даје концесија није одређен посебним прописом којим се уређује област из које је предмет концесије.

Рок на који је закључен јавни уговор не може се продужити, осим у случају када је приватни партнер, без своје кривице онемогућен у спровођењу својих уговорних обавеза - чл. 18. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

могуће обезбедити потребан ниво исплативости реализације пројекта ЈПП и повраћај уложених средстава; и *комплексност ЈПП*, у смислу постојања бројих интеракцијских односа који се успостављају између свих учесника у реализацији одређеног пројекта ЈПП, као и у резултанти економске и социјалне користи који конкретни пројекат има по јавни сектор.

Поред ових основних (заједничких) карактеристика, присутних код свих типова ЈПП, постоје и тзв. посебне (специфичне) карактеристике, типичне за поједине облике ЈПП понаособ. Те специфичности тичу се: *врсте ЈПП*, у смислу да постоје значајне разлике између партнерстава која су у својој оријентацији доминантно економски усмерена (економска инфраструктура) и партнерстава која су окренута ка благостању и реализацији социјалне политике (социјална инфраструктура); *фокусирање на услуге*, где јавни сектор плаћа за услуге које му обезбеђује партнер приватног сектора преко инфраструктуре која је изнајмљена на одређени дуги временски период. Дакле, нагласак је на услугама које добија јавни сектор, а не на јавној набавци коју врши јавни сектор у погледу обезбеђења економске или социјалне инфраструктуре; *трошкови током целог трајања циклуса (Whole-of-life cycle costing)*, на начин да ЈПП обезбеђује могућност комплетне интеграције трошкова, од дизајна и изградње, преко испоруке услуга, до оперативних и трошкова одржавања; *иновације*, у смислу да је ЈПП аранжман усмерен на перформансе резултата и обезбеђења широких могућности и подстицаја за све учеснике на тендеру да примене иновативна решења у циљу испуњавања наведених критеријума тендера, тј. захтеваних спецификација крајњег резултата.³⁵

3. Ефекти примене концепта јавно-приватног партнерства и његове перспективе

3. 1. Ефекти примене концепта јавно-приватног партнерства

Јавно-приватно партнерство, као специфичан механизам економске политике, од свог настанка, а нарочито у последњој деценији XX и почетком XXI века, показује константан тренд раста применљивости у привредној сфери већине држава у свету (било оних развијених, било оних које се суочавају са многобројим финансијким потешкоћама). Разлози за раст популарности ове посебне форме инвестирања приватног капитала, леже у изузетним економским, социјалним, политичким и другим ефектима који се непосредно одражавају на његове типизиране актере (јавно-правног и приватно-правног партнера).

³⁵ Средојевић, С.: *Јавно-приватно партнерство*, Београд, 2010, стр. 24-25.

Са позиција *јавно-правног партнера*, пре свега, концепт ЈПП експлицитно својим различитим моделима и специфичним механизмима „задовољава“ његове нарастајуће потребе за изградњом нове или ревитализацијом постојеће јавне инфраструктуре (како економске, тако и социјалне), за неопходна улагања у добра у општој употреби, као и за обезбеђивање квалитетних услуга од општег (јавног) значаја.

Остваривање овог, условно речено, базног циља, истовремено, праћено је и са низом других позитивних економских, социјалних, политичких и других ефеката, које концепт ЈПП нуди државама које су га имплементирале у своје законодавне и пословне системе.

С тим у вези, специфична садејства јавног и приватног партнера, изражена кроз концепт ЈПП, ослобађа (у потпуности или делимично) јавног партнера проблема финансијских оптерећења, у смислу неангажовања сопствених буџетских средстава (у већини случајева ограничених), као и непотребно задуживање различитим кредитним линијама на врло строгом и скупом међународном финансијском тржишту. Реч је, рекли би смо, о посебној дислокацији скупих (капиталних) инвестиција из буџетских капацитета јавног партнера и креирање могућности да таква буџетска средства буду усмерена у друге, такође, приоритене области и делатности. То, истовремено, значи и много брже реализовање конкретног пројекта (јер се користе квалитетније, пре свега, финансијске, али и техничке, технолошке, менаџерске и иновативне способности приватног партнера), што у крајњем обезбеђује већу продуктивност и ефикасност самог пројекта, као и могућност његовог вишенаменског коришћења. Поред тога, концепт ЈПП обезбеђује и јачу конкуренцију у јавном сектору, што има двоструко позитивно дејство. Пре свега, тиме се врши неутралисање монополског положаја, обично, неефикасних јавних предузећа, а с друге стране то мотивише приватног партнера на изналажење иновираних и ефикаснијих модела и метода у реализовању неког пројекта типа ЈПП у односу на своје конкуренте. Истовремено, концепт ЈПП обезбеђује јавном партнеру повећање прихода (разне врсте пореза, закупнина, накнада и сл. и њихово коришћење у друге сврхе), решавање проблема запослености (пријем нових радника, као и смањење запослености у јавном сектору њиховом радном дислокацијом у приватни сектор), побољшање социјалног и животног стандарда (кроз пружање квалитетнијих јавних услуга и коришћења модернијих инфраструктурних и других објеката) и др. На крају, зашто не истаћи, да концепт ЈПП (правно уређен и проактивно економски, па и политички подржан), доприноси и афирмацији и практичној реализацији даљег прилива других облика страних директних (*equity*) инвестиција, којима тежи свака модерна економија.

Све напред истакнуто, недвосмислено указује да концепт ЈПП, у пуном капацитету, представља незаобилазни инструмент државне политике који генерише, пре свега, економски амбијент (развој трговине, раст продуктивности капитала и рада, пораст БДП-а и сл.), што, у крајњем, води остварењу генералног циља - одрживог привредног развоја сваког националног привредног система.

Када је реч о *приватно-правном партнеру*, позитивни ефекти концепта ЈПП садржајно јесу „сиромашнији“ у односу на јавни сектор, али вредносно посматрано (и на дужи и на краће стазе) су изузетно исплативи. Разумљиво, основни циљ који остварује приватни партнер је економска корист (профит) од сопствених активности и то га и мотивише да преузме солидну дозу ризика за реализацију неког пројекта по концепту ЈПП. С тим у вези, успешно релизиован пројекат са јавним партнером стимулише приватно-правног партнера и да константно изналази нове и ефикасније моделе и методе у свом пословању, који му дају предност у односу на друге потенцијалне конкуренте. То, истовремено, омогућава приватном партнеру да изврши реалну процену сопствених пословних активности у већ реализованим пројектима са јавним партнером и, по потреби, изврши ревизију истих, у циљу обезбеђивања будућих дугорочних инвестиционих аранжмана, односно остваривања континуитета у реализацији (стицању) профита.

3. 2. Перспективе концепта јавно-приватног партнерства

Када је реч о будућности, реално је очекивати да ће тренд примене концепта ЈПП знатно расти, пре свега у земљама у развоју, најпре због недостатка сопствених средстава у прорачунима јавно-правних тела и потребе да се упркос тој несташици задовоље одређене јавне потребе (тзв. производња јавних производа или пружање јавних услуга), али и у богатијим државама које су схватиле значај и ефикасност овог концепта у класичним државно-типичним областима и где је он један од стожера економске политике таквих држава.

Када је у питању Србија, темељнија правно-економска анализа јасно указује да се нарастајуће потребе наше земље за изградњом нове или реконструкцијом и ре ревитализацијом постојеће инфраструктуре (како економске, тако и социјалне), за неопходна улагања у добра у општој употреби, као и за обезбеђивањем квалитетнијих услуга од општег интереса, могу реализовати на три основна начина: сопственим средствима Републике Србије, иностраним кредитима и укључивањем страних приватних (директних) инвестиција кроз специфичан модел ЈПП.

Што се тиче ангажовања сопствених средстава за реализовање одговарајућих пројеката у областима јавног сектора, већ на почетку, треба

јасно подвући да на њих не треба пуно рачунати. Разлога за овакав став има довољно, јер у нашој економији постоји забрињавајуће велики број структурних проблема: *хронични недостатак домаће акумулације; драстичан пад производње* (индустријске за 4% и пољопривредне производње за чак 18% у 2014. години, у односу на 2013. годину); *висок спољнотрговински дефицит* (за период јануар-мај 2014. износио је 2,8 милијарди евра); *висока стопа незапослености* (рачуна се да сваки 4. радно способан становник Србије не ради, а званичан податак указује да је за време економске кризе од 2010. године без посла остало 400.000 радника); *вештачко одржавање курса домаће валуте; забрињавајуће стање привредног раста* (за период јануар-мај 2014. БДП бележи пораст од само 0,4%, а реалне процене су да до краја ове године он буде 0%); *висок буџетски дефицит* (за први квартал 2014. године износио је 8% БДП-а у односу на исти период прошле године); *висок спољни дуг* (маја 2014. године он је износио 20,65 милијарди евра, односно 62,9% БДП-а, са тенденцијом да до краја године достигне и читавих 70%); *сиромаштво; као и други економски и социјални проблеми земље.*

Када је реч о иностраним кредитима, реалан извор њиховог коришћења јесу, пре свега, снажне међународне финансијске институције (попут Светске Банке, ММФ-а, Европске банке за обнову и развој и др.), као и други међународни кредитори. Међутим, и ту постоји низ објективних потешкоћа. Пре свега, реч је о значајном паду кредитног рејтинга Србије за последње две године због високог фискалног и спољног дефицита, што ставља у први план немогућност даљег задуживања у иностранству (према америчкој рејтинг агенцији *Standard & Poor's* кредитни рејтинг Србије снижен је са тзв. *BBB+* на *BBB-*, односно сврстао је у земље са спекулативним елементима, тј. знатним кредитним ризиком). У ситуацији да чак и добијемо одређене кредитне линије, крупне финансијске институције постављају своје услове, по правилу врло строге, којих се ми морамо стриктно придржавати. Дobar пример за то је кредит Светске Банке од 250 милиона долара, који Србија тражи за подршку свог буџета за 2014. годину, али да би се исти реализовао (до септембра ове године) Светска Банка инсистира да се креира, по њеним критеријумима, чврст макроекономски оквир, као и одговарајући темпо привредних реформи (пре свега решавање проблема 157 предузећа у реструктурирању). Слична ситуација је и са ММФ-ом, јер без његове подршке не би смо могли да обезбедимо средства за отплату јавног дуга, за макроекономску стабилност и јачање поверења иностраних инвеститора. Али за добијање нових кредита ММФ захтева „болне резове“ у нашој економији, као што су одржавање макроекономске и финансијске стабилности, равнотежа у сектору јавних финансија,

смањење јавне потрошње, темељна реформа јавног сектора, пореског и пензионог система, смањење расхода и повећање буџетских прихода и др.

Остаје, према томе, као једна од рационалних могућности за решавање низа проблема у јавном сектору приватно инвестирање и то, превасходно, странао, обзиром да домаћег приватног капитала нема уопште или га нема у довољној мери. Од више модела пласирања страног капитала издваја се концепт ЈПП-а, који је пуну вредност и ефикасност доказао у више земаља света.

Међутим, упркос свим предностима које нуди овај модел приватног инвестирања (посебно страног), мора се признати да није учињено много на његовом развијању и усавршавању, као ни на његовој практичној имплементацији. Наиме, Србија већ скоро три године има Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, али је на основу њега до сада реализован само један уговор по принципу ЈПП. Реч је о уговору новосадског јавног предузећа „Информатика“ и приватног партнера - конзорцијума словеначких предузећа „Саго“, „Е-пројекат“ и „Рико“ (са подизвођачима, светски признатим Emmtel-ом из Велике Британије и Genexis-ом из Холандије) о изградњи оптичке инфраструктуре у Новом Саду. Према овом уговору, вредном 70 милиона евра, приватни партнер ће у потпуности финансирати изградњу ове телекомуникационе мреже, као и њено одржавање, која ће бити у власништву града и којом ће управљати градско јавно предузеће. У року од 25 година приватни партнер ће убирати 75% прихода од коришћења ове мреже, а по истеку уговорног периода сав приход ићи ће у градски буџет.

Додуше, „у најави“ су и нови пројекти по моделу ЈПП и то како од владе Републике Србије (за изградњу одређених деоница ауто-путева на коридорима 10 и 11, за железнички саобраћај на коридору 10, за довршетак изградње железничког чвора „Метро“ у Београду, за изградњу неких хидроцентрала, електрана и др.), тако и на нивоу локалних самоуправа (изградња 4 подземне гараже у Београду, изградња луке у Апатину, подземне гараже у Шапцу, уређење линијског саобраћаја у Лозници и сл.), али је реч само о израженим жељама, без њихове практичне реализације.

Зашто оволика скептичност према концепту ЈПП-а у Србији, упркос свим доказаним позитивним ефектима које он има, питање је на које је тешко дати аргументован одговор. Ипак, чини нам се, да је реч о два основна крупна разлога, који ову скептичност „потпомажу“ у пуној мери. Први, мишљења смо и доминантан разлог, је недовољно знања и мањак искуства у реализовању низа недостајућих пословних подухвата по моделу ЈПП, мада се мора признати да не недостају ни чисто политички мотиви. Други разлог су врло негативна искуства које смо имали у

прошлости приликом реализовања крупних (пре свега саобраћајних) инфраструктурних пројеката, рађених по моделу концесија, базираним на ранијим прописима из ове области,³⁶ при чему ни један од њих „успео“, а многи су завршили пред међународним арбитражама, где је Србија „извукла дебљи крај“ у споровима са приватним концесионарима.

Међутим, без обзира на напред изнето, мора се отворено признати да не треба имати страха, нити бити скептичан према моделу ЈПП, јер се он може врло успешно користити на свим нивоима власти, од централне до локалне, и да је то изузетно ефикасан механизам који обезбеђује оптимална капитална улагања и модернизацију услуга у јавном сектору. Зато нећемо погрешити ако препоручимо да модел ЈПП мора и треба да буде инструмент државне политике Републике Србије и један од стожера њеног економског развоја, јер осим неспорних предности и вредности које обезбеђује јавном сектору, директно утиче и на динамизирање активности у свим секторима домаће привреде. С тим у вези, морамо радити на даљем усавршавању и употпуњавању стабилне инвестиционе климе за све моделе ЈПП, али и пажљиво проучити и користити искуства других земаља, код којих је ЈПП већ дуго „одомаћен“ механизам и у којима се доказао са пуним економским и социјалним капацитетом.

Bratislav Milanović, LL.D
Full Professor

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP – A SPECIFIC FORM OF PRIVATE CAPITAL INVESTMENT

Summary

A public-private partnership, in general, is an effective and specific concept of public and private sector liaison in order to optimize the overall interests in the economic systems of the countries that accept and implement this concept. In other words, a public-private partnership is a separate model of private capital activation into the state-typical areas and activities, conceptually focused on two key segments: the first ones are the economic infrastructural and other facilities of public interest (roads, bridges, railways, telecommunications, energetics, etc.), as well as social infrastructural and other facilities (schools, hospitals, sports facilities, etc..) and the second, the provision of services of public importance or public interest (the distribution of

³⁶ Закон о концесијама, „Сл. гласник РС“, бр. 55/03.

electricity and gas, utilities, recycling of solid waste, etc.). In all these spheres, public-private partnership, with all its modalities and submodalities, provides a number of benefits, or the entire spectrum of positive effects, and is not only recognized in those states with permanent budgetary capacity problems, and therefore the chronic lack of funds for public capital investments, but also in developed countries that do not have such problems, but which achieve quality collective interest in their market economies with the allocation of private capital into the public sector. Applicable to all levels of authority (from central to local) and with the maximum efficiency, the public-private partnership model in countries that practice it, is not only a legal and economic category of incorporation the private capital into the public sector, but it also, broadly speaking, represents the instrument of their policy and is known as one of the axles of their economic development, because in addition to undeniable values that it provides the public sector with, it directly affects the dynamism of the activities in all segments of economic activity.

МЕЂУНАРОДНА СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ У ПОРОДИЧНИМ СПОРОВИМА

Апстракт: Правно уређење породичних односа нужно је везано за остваривање и правну регулативу заштите људских права. У том контексту од посебног су значаја резултати међународних и европских настојања на подручју заштите и промоције децијих права. На путу постизања веће уједначености и унификације законских прописа у овој веома осетљивој сфери људских права међународне организације, посебно Европска унија, настоје да изнађу решења којим би се избегао сукоб надлежности и меродавног права. Због нецеловитости европског међународног приватног права одређени породичноправни односи се не могу регулисати непосредном применом унификованих међународних правила. У том смислу, један од основних циљева који су у интеграционом процесу поставиле државе чланице јесте одржање Европске уније као простора слободе, сигурности и права. Област међународног приватног права, део главе IV Реформског Уговора из Лисабона, убраја се у подручје са подељеном надлежношћу, иако чланови 81. и 114. Уговора о функционисању ЕУ без сумње указују на надлежност ЕУ за регулисање приватноправних односа са интер-европским међународним обележјем.

Уједначавање правних правила у материји правосудне сарадње у породичноправним предметима захтева ангажман наше земље у процесу хармонизације националног права са правом ЕУ.

Кључне речи: међународна надлежност, родитељска одговорност, материнство, очинство, усвојење, издржавање.

Међународна судска надлежност подразумева право и дужност правосудних органа да поступају и одлучују у стварима приватноправног карактера са елементом иностраности. Спорови настали као резултат повећаног обима кретања људи и капитала, као и развоја националних економија захтевају адекватну заштиту интереса њихових учесника и ефикасан механизам решавања спорова. Надлежност домаћих судова у оквиру правосудног система једне суверене државе, као и делокруг послова једног суда унутар одређеног правосуђа подлеже унутрашњим изворима норми. Правилима националног права уређује се надлежност

* Редовни професор

домаћих судова, при чему се ни на који начин не регулише надлежност односно ненадлежност страног суда. Међутим, проблеми међународног породичног права везани за миграције савремене породице не могу се решавати само у оквиру националних правних поредака. Почетак међународне правосудне сарадње у породичним предметима са елементом иностраности означава закључивање бројних конвенција, како мултилатералних тако и билатералних. На регионалном нивоу, модел Европске заједнице и пројекат Европске уније, који је отпочео шездесетих година прошлог века, условио је успостављање јединственог "судског простора". Ангажман ЕУ доприноси стварању националних услова који омогућавају да се реализује истински јединствена и најинтензивнија правосудна сарадња.

Активност ЕУ у области правосудне сарадње у породичним предметима

Модел комунитарног права представља несумњиво најбољи пример стандардизовања правила породичног права. Започињући процес деловање на овом подручју државе чланице су иницирале уједначавање правила прекограничног процесног права усвајањем Бриселске конвенције о надлежности, признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима 1968.године¹, која је касније, Луганском конвенцијом из 1988. проширена на земље Европског слободног тржишта. Тек су Амстердамским уговором (1997.) и ревидираним Уговором о ЕУ створени услови да конвенцијско право буде преточено у уредбе, инструменте комунитарног права. Први корак ка хармонизацији породичног права представља стварање заједничких стандарда поводом заштите људских права кроз примену Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (1950.), као и других конвенција Савета Европе (Конвенција о усвојењу деце из 1967. Конвенције о правном статусу деце рођене ван брака из 1975. Европска конвенција о признању и извршењу одлука које се тичу старања над децом и поновном успостављању старања из 1980. и др.)² и бројних препорука Комитета министара Савета Европе у вези са породичним правом. Процес европеизације породичног права одвија се унутар Савета Европе, правним

¹ Ближе Ракић-Водинелић В., Грађанско процесно право ЕУ, Право Европске уније, Зборник радова, Београд 1996, 239-258. Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ L 299, 31.12. 1972, p.0032-0042- consolidated version OJ C 27, 26.01. 1998.

² Јовић О., Европска димензија породичног права, Зборник радова Будвански правнички дани, 2010., с. 261.

уређењем одређених питања те деловањем специјализованих организација које имају за циљ хармонизацију права.³ Основна идеја о стварању и унапређивању комунитарног права има свој основ првенствено у одредбама Уговора о оснивању ЕУ које промовишу усклађивање правила сукоба закона и надлежности у државама чланицама ЕУ. Уговором из Амстердама⁴ правосудна сарадња је из трећег пребачена у први стуб, чиме је постављена нова правна основа уједначавања у материји породичног права. Уговор из Нице изричито предвиђа да се "поступак једногласности примењује на мере из материје породичног права" тако да је било које питање међународног приватног права које може бити препрека тржишним слободама, потенцијални предмет уједначавања. Појам "породично право" се тада по први пут спомиње у Оснивачким уговорима.⁵

Лисабонски споразум од 13.децембра 2007 године⁶ је потврдио опрез држава чланица у одлучивању у овој материји, сматрајући је посебно осетљивом⁷. Оно што представља интересантну новину у материји породичног права јесте законодавни поступак. Наиме, упркос томе што се једногласност за породичне предмете и даље захтева(чл.81 ст.3) , Савет може донети одлуку (на предлог Комисије након једногласног мишљења Европског парламента) да се одређени акти у односу на материју породичног права донесу редовним законодавним путем. О томе се морају обавестити национални парламенти и уколико се неки од њих у року од шест месеци успротиви Савет не може усвојити позитивну одлуку.

Земље чланице остварују правосудну сарадњу у породичноправним односима унутар уније тежећи да превазиђу јак утицај домаћег друштвено-политичког уређења, традиције, обичаја, културе. С друге стране, земље чланице делују у оквиру више међународних организација, од којих је посебно значајна активност Хашке конференције за међународно приватно право на унификацији процесних правила и приближавања критеријума међународне надлежности. При Хашкој

³ Алинчић М., Храбар Д, Јаковац-Лозић Д., Кораћ А., Обитељско право, Загреб, 2006, с. 533-535.

⁴ Амстердамски уговор је усвојен 2. октобра 1997. године а ступио на снагу 1. маја 1999. године.

⁵ Treaty of Nice, Amending the Treaty on European Union, OJ C 80/11, 10.03, 2001. 1-86.

⁶ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Lisbon 13 December 2007., OJ C 306/10.

⁷ Ближе Жупан М., Европска правосудна сарадња у прекограничним обитељским предметима, у Жупан М., Правни аспекти прекограничне сарадње и ЕУ интеграција, Осиек, с.593.

конференцији је постигнут висок ниво сагласности о потреби унификованих решења, основној сврси и циљевима који се њима постижу. У низу конвенција које регулишу питања прекограничне садрадње у породичноправним предметима посебно место и значај имају документи у којима је стављен нагласак на деци као субјектима тих уговора.⁸ Резултати активности Хашке конференције, чији је темељни задатак, између осталих, уједначавање правила која се тичу деце, њихових интереса и правног положаја садржани су у Конвенцији о надлежности, меродавном праву и признању одлука о усвојењу 1965., Конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце 1980.⁹, Конвенцији о меродавном праву, признању и извршењу одлука, и сарадњи у материји родитељског права и мере заштите деце 1996. и др. Европска унија је постала чланица Хашке конференције 3. априла 2007. године тако да приступа конвенцијама уместо држава чланица. Уредбом бр. 664/2009¹⁰ утврђен је поступак за преговоре и закључивање споразума између држава чланица и трећих држава у материји надлежности, признања и извршења пресуда и одлука у имовинско-брачним питањима и питањима обавезе издржавања, као и права меродавног за обавезе издржавања.

Треба истаћи да је у међународној номенклатури уместо израза родитељско право прихваћен термин родитељска одговорност, као скуп законом предвиђених овлашћења који припадају подједнако оцу и мајци на основу којих се они старају о личности и имовини детета.¹¹ Општа правна начела на којима почива регулатива родитељског права поставља Конвенција УН о правима детета која потврђује забрану дискриминације, обавезујући државе чланице да поштују и обезбеђују права садржана у конвенцији, сваком детету без икакве дискриминације и без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго убеђење.

⁸ Европска конвенција о усвојењу из 1967., Европска конвенција о правном положају деце рођене изван брака из 1975., Афричка повеља о правима и добробити детета из 1990. Ближе Храбар Д., Дијете у обитељи-правни погледи, Наша обитељ данас-Зборник радова, Загреб, 1994., с.127.

⁹ "Сл.лист СФРЈ" Међународни уговори бр.7/91. У односу на СФРЈ конвенција је ступила на снагу 1 децембра 1991, СРЈ је 26. априла 2001 дала изјаву да је везана Конвенцијом.

¹⁰ Regulation (EC) No. 664/2009 of 7 July 2009 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction, recognition and enforcement of judgments and decisions in matrimonial matters, matters of parental responsibility and matters relating to maintenance obligations, and the law applicable to matters relating to maintenance obligations OJ L 200/46, 31. 07. 2009., 25-31.

¹¹ Крвавац М., Јовић С.О., Вршење родитељског права- сукоб закона, Зборник радова Октобарски правнички дани, Бања Лука, 2011.

Најбољи интерес детета заузима централно место у остваривању принципа заштите детета.

Деловање ЕУ на подручју међународног породичног права усмерено је на материју издржавања, развода брака и родитељског старања као и на имовинскоправне односе између супружника. Усвајање заједничких процесних правила имало је за циљ њихово поједностављење у односу на предмете са страним елементом, с тим да питање узајамног признања остаје приоритетно. У том смислу, комунитарни правни инструменти уређују питања процедуре, сукоба надлежности и признања одлука, наглашавајући потребу за сарадњом у заштити деце и остваривања правне сигурности путем слободног протока судских одлука о вршењу родитељског права унутар Уније. Од 1. марта 2002 године Бриселску конвенцију је на готово целом подручју Европске уније заменила Брисел I Уредба бр 44/2001 о надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима¹² са циљем постепеног успостављања подручја слободе, сигурности и правде, као мера која се односи на правосудну сарадњу у грађанским стварима, потребна за исправно функционисање унутрашњег тржишта. Први корак на путу признања одлука из области породичног права била је Уредба бр.1347/2000 којом су хармонизована правила о надлежности, признању и извршењу судских одлука о родитељској одговорности (Брисел II), касније замењена Уредбом бр. 2201/2003 о надлежности, признању и извршењу судских одлука о брачним односима и родитељској одговорности (Брисел II bis).¹³

Родитељска одговорност

Предмет Уредбе Брисел II bis представљају грађански поступци који се тичу питања развода, одвајања и правног поништаја брака као одређених аспеката родитељске одговорности. Домен Уредбе, у намери да се обезбеди једнакост за сву децу, проширен је на све одлуке о

¹² ОЈ L 012 16.1.2001.

¹³ Уредбом 1347/2000 су хармонизована правила о надлежности, признању и извршењу судских одлука о родитељској одговорности (Regulation (EC) No 1347/2000 (Brussel II) on the jurisdiction and recognition and enforcement of certain judgments on parental responsibility) замењена Уредбом о надлежности, признању и извршењу судских одлука у брачним односима и родитељској одговорности (Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in matrimonial matter and the Matters of Parental Responsibility (Brussel II bis), Official Journal of the European Union L 338/1, internet prezentacija na :<http://europa.eu>.

родитељској одговорности, како на судске тако и на одлуке органа чија надлежност потпада под ову Регулативу, као и на споразуме закључене између странака у мери у којој су применљиви у држави у којој су закључени. Глава II садржи одредбе о надлежности у предметима развода, преузете из Брисел I Уредбе. За питања родитељске одговорности у правилу су надлежни судови држава чланица уобичајеног боравишта детета (чл.8).¹⁴ Изузетак је предвиђен у случају пресељења када је реч о законској промени боравишта детета, у ком случају суд државе ранијег уобичајеног боравишта, који је већ донео одлуку о праву на сусрете и дружење пре дететова одвођења, остаје надлежан (чл.9.). Родитељи могу прихватити надлежност суда за развод и за питања родитељског старања, а могу се и договорити да поступак покрену пред судовима друге државе чланице с којом је дете у блиској вези (чл.12). Када се уобичајено боравиште не може утврдити надлежни су судови државе чланице дететова боравишта. У ситуацији када ни један суд државе чланице није надлежан, у складу са Уредбом (чл.8-13), надлежност ће се у свакој држави чланици засновати по праву те државе (чл.14.). Уступање предмета је могуће уколико је то у најбољем интересу детета, што би значило да судови државе чланице који су надлежни с обзиром на предмет спора, могу уступити надлежност суду друге државе чланице са којом дете има посебну везу уколико сматрају да је тај суд у бољој позицији да спроведе поступак (чл.15). Уредба предвиђа да ће носилац родитељског старања поднети захтев за повратак незаконито одведеног детета надлежном суду државе чланице у којој је дете имало уобичајено боравиште пре незаконитог одвођења, и да ће та надлежност бити задржана све док дете не стекне уобичајено боравиште у другој држави чланици. Посебна правила се примењују уколико особа, институција или друго тело које има старатељска права поднесе захтев надлежном телу државе чланице да донесе одлуку применом Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце. Правила садржана у Уредби имају предност у примени између држава чланица.

¹⁴ Из судске праксе ЕУ: C-523/07,А (2009) ECR, i-2805 Из изреке; " Појам " уобичајено боравиште" у смислу чл. 1.ст.1 Уредбе (ЕЗ) бр. 2201/2003 треба тумачити тако да се њиме подразумева место које показује одређену друштвену и породичну интегрисаност детета. Притом посебно треба узети у обзир трајање, редовност и околности боравка у некој држави чланици као и разлоге тог боравка и пресељења породице у ту државу,дететово држављанство, место и околности поласка у школу, познавање језика те дететову породичну и друштвену повезаност у тој држави. Ствар је националног суда да узимајући у обзир све стварне околности појединачног случаја утврди дететово уобичајено боравиште." Bliže H. Jessel-Holst, H.Sikirić, V.Bouček, D. Babić, MPP- Zbirka odluka suda EU, Zagreb. 2014., 471.

Уредба поставља целовит систем надлежности и одређује државе чланице чији судови имају надлежност, али не и конкретан суд у дотичној држави. Ово питање је остављено домаћем процесном праву.

Након тридесет година од доношења кодификације међународног приватног права у бившој СФРЈ радна група Министарства правде Републике Србије је објавила Нацрт новог Закона о међународном приватном праву који прати модерна решења и стандарде у овој грани права.¹⁵ У поређењу са важећим Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ) Нацрт нове кодификације међународног приватног права уноси многе новине у нормирању међународне надлежности судова и других органа надлежних за одређена питања брачних и породичних спорова. Нацрт прати решења Уредби ЕУ у правцу остваривања сарадње између овлашћених институција којом би се постигла сврха уједначених правила.

Предлагач је прихватио традиционално правило да се у територијалном смислу надлежност одређује према пребивалишту туженог, тако да :

1. Надлежност суда Р.Србије постоји ако тужени има пребивалиште односно седиште у Републици Србији.
2. Ако тужени нема пребивалиште у Републици Србији нити у којој другој држави надлежност суда републике Србије постоји ако тужени има уобичајено боравиште у Републици Србији. (чл.10 Нацрта).

Опште правило Уредбе о надлежности осигурава концентрацију надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета, али је оно учињено флексибилним увођењем могућности трансфера надлежности, односно могућности "смекшавања" иначе врло строгих процесних правила. Трансфер надлежности произилази из чл.15 Уредбе и има елементе *forum non conveniens*, али се не могу поистоветити имајући у виду да је трансфер надлежности могућ само уколико је то у **најбољем интересу детета**. Реч је о дискреционом праву суда да одбије да решава спор, за који иначе поседује надлежност, уколико сматра да ће се интереси странака, као и јавни интереси, најбоље остварити уколико се тужилац упути на други, много подеснији суд који је за дати случај такође надлежан. Све државе чланице ЕУ воде рачуна о правној сигурности и извесности а она захтева јасна и предвидива процесна правила. Отуда негативан став у *civil law* према *forum non conveniens*, који је изузетно донекле ублажен у посебним и ограниченим околностима,

¹⁵ www.mpravde.gov.rs 23. новембар 2011.

кроз "супституте" чијом применом судови могу одбити надлежност ако је у интересу странке да се спор решава пред судом друге земље, или ако се жели спречити злоупотреба процесних овлашћења, те ако спор нема довољно домаћих везних елемената и др. Изузетно, интерес детета је јак аргумент за флексибилност и одступање од *perpetuatio fori*.

Ваља поновити да општа правна начела на којима почива регулатива родитељског права поставља Конвенција УН о правима детета, и да најбољи интерес детета заузима централно место у остваривању принципа заштите детета. Према конвенцији " У свим активностима које се тичу деце од примарног значаја су интереси детета, без обзира на то да ли их спроводе јавне или приватне институције за социјалну заштиту, судови, административна органи или законодавна тела."¹⁶ Ова начела представљају темељ реформи супстанцијалног породичног права уопште. Упоредо са тим је и питање међународно-приватноправне регулативе, односно критеријума и метода регулисања проблематике односа родитеља и деце са елементом иностраности у функцији остваривања правде и правичности. Односи између родитеља и деце су тесно везани за социјалну политику једне земље и претпостављају посебна овлашћења социјалних установа у којима супростављеност материјалноправне и колизионоправне правичности долази до изражаја. Осим тога, у предметима из родитељског права поводом односа који задиру у сферу најмање два или више правних система мериторну одлуку није могуће донети без претходног решења проблема међународне надлежности и избора меродавног права.

Регулатива Брисел II bis дефинише важније појмове који су у њој садржани, као што су суд, држава чланица, родитељска одговорност, право на старатељство и др. Домен Уредбе обухвата све одлуке о родитељској одговорности, како судске тако и одлуке других надлежних органа, те споразуме странака у мери у којој су извршни у држави у којој су закључени.¹⁷ Осим тога Уредбом су прецизирана права и обавезе у материји родитељске одговорности, као и она која нису предмет ове регулативе. Наиме, Уредба не уређује питање утврђивања очинства, пресуде у вези усвојења, име и презиме детета, еманципацију, наслеђивање, алиментацију и кривична дела која су починила деца. Уз целовит систем надлежности Уредба садржи и правила о признању и извршењу која су идентична са оним из Уредбе Брисел I, односно предвиђају аутоматизам у признавању одлука уз прецизно одређене

¹⁶ В. чл.3 ст.1. Конвенције.

¹⁷ Чл. 2 и 46 Уредбе.

изузетке.¹⁸ Регулатива извршног поступка је препуштена прописима земље чланице.

Предлагач домаће кодификације међународног приватног права у погледу спорова у вези са родитељским правом полази од тога да суд Републике Србије може бити посебно надлежан:

- 1) Ако дете има уобичајено боравиште у РС у тренутку покретања поступка;
- 2) Ако је пред надлежним судом у РС у току поступак у брачном спору у оквиру кога се одлучује о родитељском праву;
- 3) У случају детета чије се уобичајено боравиште не може утврдити, дететета избеглице и међународно расељеног лица услед немира у држави његовог уобичајеног боравишта, уколико се дете налази на територији РС у тренутку покретања поступка. (чл. 90 Нацрта).

Утврђивање и оспоравање очинства или материнства

Интензивно уједначавање правила међународног приватног и међународног грађанског процесног права у материји породичних односа може значајно допринети уједначавању материјалних националних права. Потреба за успостављањем правосудне сарадње између надлежних органа држава чланица условљена је управо постојећим разликама у унутрашњем супстанцијалном праву. Када је реч о матернитетским и патернитетским споровима поступак почива на начелима парничног права, у складу са когентним нормама којима се родитељско-дечији односи регулишу, и принципима о посебној заштити детета. Позитивно право, односно домаћи Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља предвиђа да искључива надлежност домаћег суда у матернитетским и патернитетским споровима постоји кад је тужени дете које је домаћи држављанин и има пребивалиште односно боравиште у Србији.¹⁹ Надлежност домаћег суда ће постојати и кад тужени нема пребивалиште у Србији, ако су тужилац и тужени држављани Србије без обзира где имају пребивалиште, или ако је тужилац држављанин Србије и има у њој пребивалиште.²⁰ Домаћи суд ће бити надлежан и када су странке страни држављани ако тужилац, или један од тужилаца, има пребивалиште у Србији, али само ако тужени пристане да суди суд Србије и ако је, по прописима државе чији је он држављанин, допуштена та надлежност. Једна од карактеристика ЗРСЗ јесте фаворизација брачних и породичних

¹⁸ Поглавље III Уредбе.

¹⁹ Видети чл. 64. ЗРСЗ. "Сл. лист СФРЈ" бр.43 од 23. 07.1982, бр.72 од 3.12. 1982., "Сл.лист СРЈ" бр.46 од 4.10.1996.

²⁰ Видети чл. 64 ЗРСЗ.

односа у колизионоправној и процесноправној регулативи и држављанство као примарна тачка везивања и критеријум за успостављање надлежности. Овакво решење је у супротности са општим правилом о надлежности модерног међународног приватног права, које полази од уобичајеног боравишта као основног критеријума за установљење надлежности суда. Комунитарно право као и Хашка међународно- приватноправна документа прате тренд преласка са домицила на уобичајено боравиште у функцији тачке везивања и критеријума међународне надлежности. Упоредо са тим стоји примедба да уобичајено боравиште није дефинисан појам у актима комунитарног права, нити у конвенцијама Хашке конференције за међународно приватно право. Мишљења у доктрини су подељена и крећу се између оних који се залажу за постојање једне заједничке дефиниције, и становишта према којим уобичајено боравиште не би требало дефинисати јер се и на међународном и на европском нивоу користе различити критеријуми за његово одређивање, па га уз потребну меру флексибилности треба утврђивати од случаја до случаја.²¹ У том правцу постигнута је општа сагласност да је појам уобичајеног боравишта више физички него правни, и да није формалан у смислу уписа у евиденција надлежног државног органа локалне власти, као што је то случај код домицила, те дозволе боравка или настањења. Осим тога, уобичајено боравиште указује на центар интереса једног лица и његову трајнију везу у дужем временском периоду са једним местом и правом државе у којој се оно налази.

Полазећи од претпоставке да је уобичајено боравиште место за које се везује лични и економски, као и комплетан друштвени живот једног лица предлагач ЗМПП Србије предвиђа да је у матернитетским и патернитетским споровима:

"Суд Р. С надлежан је да поступа у споровима о материнству и очинству и ако нису испуњени услови из чл.10 овог Закона уколико у тренутку покретања поступка:

- а) дете има уобичајено боравиште у Републици Србији ; или
- б) лице чије се материнство, односно очинство утврђује или оспорава има уобичајено боравиште у Републици Србији; или
- в) дете има држављанство Републике Србије.

2. Став 1 овог члана примењује се и на утврђивање ванбрачног очинства признањем.

3. за примену става 2. овог члана релевантан је тренутак давања изјаве о признању. (чл.80.).

²¹ Петровић М., Предлог Уредбе ЕУ о наслеђивању, ПЖ бр. 12/2010, с. 546.

Предлог ЗМПП и у овој материји прати новине упоредног међународног приватног права, међународног приватног права ЕУ и појединих конвенција донетих у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право, да би се у сваком конкретном предмету избегао сукоб јурисдикција а добио бржи и ефикаснији поступак, као и мањи трошкови за њихове учеснике.

Усвојење

Неколико међународних правних докумената универзалног карактера, као што су Декларација УН о социјалним и правним начелима заштите и добробити детета, с посебним освртом на породични смештај и усвојење у националним и међународним оквирима из 1986. године, Конвенција о правима детета из 1989.(КПД), Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења, конвенције Хашке конференције о међународном приватном праву из 1993.године постављају суштинске принципе и смернице у области усвојења у националним оквирима и намећу обавезе државама чланицама. Поред тога ови документи регулишу питања међудржавне процедуре која имају за циљ обезбеђивање најбољег интереса деце, заштите деце као и правну сигурност код усвојења. Пре доношења Конвенције о правима детета међудржавно усвојење је на регионалном нивоу нормирано Европском конвенцијом о усвојењу деце 1967. што је требало да допринесе смањењу тешкоћа проузрокованих разликама у погледу поступака и правних последица усвојења у различитим земљама. Ипак, први универзални документ који на целовит начин регулише међудржавно усвојење јесте Хашка конвенција о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења из 1993.²² Одредбе ове конвенције имају се примењивати уколико дете које се усваја има пребивалиште у једној држави (држави порекла) ако је већ пресељено, пресељава се или треба да се пресели у државу пријема чији су резиденти усвојитељи.

По својој природи усвојење је јавноправна, а не приватноправна установа, из чега произилази да је за његово заснивање увек надлежан одговарајући државни орган који врши судску или управну власт. Упоредноправно посматрано једнака је заступљеност и судских и управних органа који су стварно надлежни за заснивање усвојења.²³

²² The Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption . Confernce de La Haye de droit international prive, Actes et documnts de la 17eme session, Tome II, La haye 1994.

²³ Крвавац М., Јовић С.О., Међудржавно усвојење- признање и извршење страних одлука, Београд, ПЖ 3-4/2008,с. 98.

Одредба чл. 20 КПД прописује обавезу државе обезбеде да усвојење детета одобравају само надлежни органи који утврђују да је усвојење у најбољем интересу детета. Нема сумње да се под "надлежним органом" подразумева било судски, било управни орган. Међудржавно усвојење ће бити правоваљано ако је надлежни орган државе пријема дао саветодавну помоћ будућим усвојитељима, ако је утврдио да су подобни за усвојење, те признао право детету да уђе и настани се у држави пријема, односно стекне држављанство државе пријема под олакшаним условима.²⁴

Стварна надлежност за заснивање усвојења прописана је и одредбом 4. Европске конвенције о усвојењу деце која предвиђа да судски и управни орган може бити једини орган у чију надлежност спада усвојење. У Конвенцији о о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења наводи се да потврду о заснованом усвојењу издаје орган који одреди држава чланица Конвенције, под којим се несумњиво мисли на судски или управни орган. Да би усвојење било пуноважно оно мора бити закључено у форми прописаној националним законом, тј. од стране надлежног органа и у одговарајућем поступку. Текст Европске конвенције о усвојењу деце је ревидиран 2008. године због застарелости и супротности постојећој пракси Европског суда за људска права. Државе чланице конвенције су се обавезале да ће усвојити законске и друге потребне мере које би осигурале сагласност националног права са конвенцијом и да ће о тим мерама обавестити Генералног секретара Савета Европе.

Интересантно је напоменути да се у Немачкој изузетак за одступање од *perpetuatio fori* најчешће примењује за случајеве усвојења и старатељства, када је неопходно да се ради о спору за који је предвиђена конкурентска судска надлежност; да су се десиле неке околности на основу којих страни суд може засновати своју надлежност (усвојиоци или старатељи променили пребивалиште или држављанство); да је то уздржавање од надлежности у интересу штићеника. У Холандији се законска *forum non conviniens* предвиђају за оне спорове који се покрећу предлогом односно породични спорови као што су развод брака, издржавање и брачна тековина и др.

Акти о усвојењу су статусног карактера и подлежу преиспитивању у поступку признања. Потреба и оправданост признања и извршења страних одлука о усвојењу није предмет полемике у доктрини и пракси имајући у виду правни интерес како државе порекла одлуке тако и државе признања и самих странака. Поред тога признање међудржавног усвојења може се сврстати у концепт заштите права детета и људских права уопште

²⁴ Чл. 11 Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења која је ступила на снагу 29 маја 1995 године.

као свеукупна брига међународне заједнице и сваког њеног члана. Акти о усвојењу стварају узајамна права и обавезе за усвојеника и усвојиоца, па самим тим производе ефекте и на друштвену заједницу и трећа лица у свим сегментима друштвеног живота.

ЗРСЗ предвиђа да надлежни орган Р. Србије има искључиву надлежност да одлучује о усвојењу и престанку усвојења лица које је домаћи држављанин и које има пребивалиште у нашој земљи.²⁵ За остале случајеве када усвојеник није истовремено наш држављанин са пребивалиштем у Србији, предвиђена је могућност успостављања конкурентне надлежности. Државе могу осигурати заштиту усвојеника адекватним прописима о директној и индиректној надлежности, уз поштовање општих начела дефинисања међународне надлежности.

Међународна искључива судска надлежност је на потпуно нов начин уређена Предлогом ЗМПП Србије, тако што је број групе случајева за које је предвиђена знатно смањен, што је у складу са савременом међународном приватноправном регулативом и актима комунитарног права. У поступку заснивања усвојења надлежност домаћег органа може се посредно засновати на основу одредбе о општој надлежности. Предлагач домаће кодификације МПП предвиђа да је:

1. Орган републике Србије је надлежан за заснивање усвојења ако један од усвојитеља, усвојитељ или дете има држављанство Републике Србије или има уобичајено боравиште у Републици Србији.
2. Суд Републике Србије је надлежан да поступа у спору за поништење усвојења, ако су испуњени услови из става 1 овог члана или из члана 10 овог закона. (чл.87).

Као и у материји родитељског старања, где надлежност суда или другог органа Србије постоји на основу држављанства или уобичајеног боравишта детета у Србији, у предметима усвојења је довољно да је било који од субјеката држављанин РС, или да има уобичајено боравиште у РС. Законодавац је и у материји усвојења са елементом иностраности настојао да ублажи досадашњи пренаглашени значај држављанства као критеријума за успостављање надлежности домаћег суда и уважи обзире међународне правне сарадње у породичним споровима.²⁶

²⁵ Чл.74. ст.1 ЗРСЗ.

²⁶ Србија је некада била превасходно емиграциона држава, те се држављанство као најјача јавно правна веза једног лица и државе дубоко укоренила у систем домаћег међународног приватног права.

Издржавање

Подручје остваривања законског издржавања са елементом иностраности представља сферу сложених ситуација у којима се преплићу интереси многих странака, а у одређеним предметима и јавних, државних органа. У савременим правним системима регулатива законског издржавања разликује се у погледу критеријума на основу којих се утврђује право, односно обавеза издржавања, одређује висина доприноса за издржавање, трајање издржавања, као и остваривање издржавања судским путем. Проблем различитости националних правила у намери да се бар делимично удовољи захтевима за једнаким решењима навео је земље чланице ЕУ да покрену активност установљавања посебних процесних правила која ће допринети лакшем и једноставнијем решавању прилично великог броја спорова поводом обавезе издржавања. Као резултат активности Европског савета 30. јануара 2009. ступила је на снагу Уредба о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји издржавања,²⁷ чија примена је одложена за 18. јуни 2011. како би овај инструмент следио релевантне инструменте међународног права у материји издржавања. Притом се пре свега мисли на Хашку конвенцију о међународном остваривању издржавања деце и других облика издржавања у породици из 2007. и Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања, такође из 2007. Хашки протокол се примењује у свим државама чланицама изузев у Данској, Великој Британији и Северној Ирској.²⁸ Одредба о издржавању је заменила Уредбу Брисел I у делу норми о надлежности у алиментационом поступку и примењује се на обавезе издржавања које произилазе из породичних односа родитељства, брака и сродства.(чл.1). За издржавање је у начелу надлежан суд места у којем тужилац или тужени имају уобичајено боравиште; суд који је у складу са својим националним правом надлежан да поступа у предметима личног статуса у којем се поставља захтев за давањем издржавања; осим ако се та надлежност темељи само на држављанству једне од странака; или суд који је у складу са својим националним правом надлежан да поступа у предмету родитељске одговорности у којем се поставља и захтев за издржавањем (атракција надлежности) осим ако се та надлежност темељи само на држављанству једне од странака. Странке се могу споразумети о

²⁷ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters to maintenance obligations, OJ L 7/1, 10.01.2009.

²⁸ Р. Србија је 30. јануара 2013 усвојила Закон о ратификацији Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања.

надлежности суда државе чланице, с тим што је избор ограничен на судове државе у којој једна од странака има уобичајено боравиште; држављанство једне од странака; уколико је реч о обавези издржавања између брачних другова и бивших брачних другова; суд надлежан за њихов брачно-имовински спор; или на судове последњег заједничког уобичајеног боравишта у времену од барем једне године.(чл.4). Суд државе пред којим се тужени упусти у поступак елективно је надлежан. Изузетно, када ниједан суд држава чланица није надлежан у складу са Уредбом, и у складу са Луганском конвенцијом надлежан је суд државе заједничког држављанства странака (чл.6). Ако је због правних и техничких разлога немогуће спровести поступак пред судом неке треће државе, изван ЕУ, нужни форум омогућава судовима државе чланице да прихвате надлежност за такав предмет, уколико је спор у разумној вези са државом чланицом пред којом је поступак покренут (чл.7.). У погледу одлуке донете у држави чланици или држави потписници Хашке конвенције из 2007. у којој повериоц уобичајено борава, дужник не може покренути поступак за измену одлуке или доношење нове, нити у једној држави чланици све док повериоц задржава уобичајено боравиште у држави у којој је одлука донета.

Србија је ратификовала Хашки протокол, што је нужно ставило у први план питање корелације колизионих норми са нормама о међународној надлежности ЗРСЗ. Протокол не уређује међународну надлежност, мада се поједине колизионе норме директно везују за надлежност. Уобичајено боравиште није обавезан критеријум надлежности али је његова важност за обезбеђење најефикаснијег система заштите повериоца препозната од стране нашег законодавца у предложеном ЗМПП Србије.

ЗРСЗ предвиђа да надлежност домаћег суда постоји за решавање спорова о законском издржавању деце и кад тужени нема пребивалиште у Србији (нема основа за општу надлежности) ако дете подиже тужбу и има пребивалиште у Србији; или ако су оба парничара домаћи држављани, без обзира где им је пребивалиште.²⁹ Надлежност домаћег суда постоји и кад тужени нема пребивалиште у Србији, ако је тужилац домаћи држављанин и има пребивалиште у Србији. Када је реч о супружанском издржавању, надлежност домаћег суда, у току или после развода брака, постоји ако су супружници имали последње заједничко пребивалиште у Србији и ако тужилац у време суђења пребива у Србији.³⁰ Осим тога, надлежност

²⁹ Видети чл.67. ЗРСЗ.

³⁰ Видети чл.61 и 62. ЗРСЗ.

домаћег суда постоји и ако тужени има имовину у Србији из које се може наплатити издржавања.³¹

Предлог домаће кодификације МПП предвиђа надлежност домаћег суда у материји издржавања на основу општег правила које полази од уобичајеног боравишта повериоца издржавања, уколико се о издржавању одлучује у спору који се води пред домаћим судом:

Суд Републике Србије надлежан је да одлучује о издржавању и ако нису испуњени услови из члана 10 овог закона:

- а) Ако тужени има уобичајено боравиште у Републици Србији или
- б) Ако поверилац има уобичајено боравиште у Републици Србији или
- в) Ако се о издржавању одлучује у брачном спору, спору о материнству или очинству или спору о родитељском праву, који се води пред судом Републике Србије. (чл.94)

Избор суда

1. Странке се могу споразумети о надлежности суда Републике Србије у споровима о издржавању који су настали или ће тек настати:

- а) ако једна од странака има уобичајено боравиште у Р. Србији или
- б) ако је једна од странака држављанин Р. Србије, или
- в) између супружника или бивших супружника:
 - ако је суд РС одлучивао у њиховом брачном спору, или
 - ако се у РС најмање годину дана налазило његово последње заједничко уобичајено пребивалиште.

2. Услови из ст.1. овог члана треба да буду испуњени у тренутку закључења споразума о избору суда или у тренутку подношења тужбе суду.

3. Надлежност из става 1 овог члана је искључива, осим ако странке одреде другачије.

4. Споразум о избору суда закључује се у писаној форми, при чему се комуникација електронским путем која омогућава трајан запис споразума сматра еквивалентном писаној форми.

5. Одредбе овог члана не примењују се у спору о издржавању детета млађег од 18 година.(чл.95)

³¹ Видети чл. 68. ЗРСЗ.

Надлежност на основу заједничког држављанства

Ако се надлежност не може засновати на основу чланова 94. и 95. овог Закона суд РС може се огласити надлежним уколико обе странке имају држављанство Републике Србије. (чл.96)

Из напред реченог неспорно произилази нужност стварања јасног и свеобухватног оквира у материји породичних односа како би се обезбедила правна сигурност, предвидљивост и адекватно поштовање права на једнак приступ судским инстанцама. Достигнућа регионалне правосудне сарадње земаља ЕУ у прекограничним породичним предметима веома су значајна за осавремењавање домаћег система међународног приватног права. У том смислу Нацрт ЗМПП доноси доста новина у нормирању надлежности домаћег правосуђа и основа за њено успостављање.

Marija Kravac, LL.D
Full Professor

INTERNATIONAL JURISDICTION IN FAMILY MATTERS

Summary

Following modern trends in comparative law, the jurisdiction of the courts of the RS in family matters is regulated in a way that mitigates the current overemphasis in Serbian citizenship as criteria for jurisdiction of the domestic courts and accepting the habitual residence as basic criteria. The special jurisdiction provisions in family matters are taking into account consideration of international cooperation. In order to establish jurisdiction they ask for the existence of distinct connections with the domestic legal system. Citizenship is no longer the sole determinant for jurisdiction in disputes relating to the establishment for denial of paternity and maternity. Adoption-jurisdiction of domestic bodies could be guarded either on habitual residence or on citizenship. Compared to the PIL Code the Draft brings many innovations in terms of jurisdiction on maintenance disputes. However it primarily follows the solutions in EU Regulation No. 4/2009. New PIL of RS considering maintenance issues corresponds both to private international law of EU and Hague instruments.

ПОСТУПАК ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ

Апстракт: Поступак за расправљање заоставштине је посебан ванпарнични поступак у којем суд утврђује наследноправна дејства која настају смрћу физичког лица или проглашењем несталог лица за умрло. У овом поступку суд утврђује ко су наследници умрлог, која имовина сачињава његову заоставштину, која права припадају наследницима, испорукопримцима и другим сингуларним сукцесорима.

Кључне речи: оставински суд, оставински поступак, заоставштину, наследници, рочиште, решење о наслеђивању.

1. Уводне напомене

Ванпарнични поступак је посебан грађански судски поступак у коме се пружа заштита грађанских субјективних права кад су у питању ванпарничне правне ствари. Поступак у ванпарничним правним стварима није јединствен и једнообразан поступак пружања правне заштите. Овај поступак је састављен од великог броја разноврсних, хетерогених и различитих поступака, јер су и различите ванпарничне ствари које се штите у појединим ванпарничним поступцима.

Иако су ванпарнични поступци различити, многобројни и хетерогени јер су разноврсне и саме ванпарничне ствари, они ипак имају неке заједничке карактеристике које омогућавају да се групишу у одређене групе.

Ванпарнични поступци могу да буду: поступци за уређење личних стања, поступци за уређење породичних односа, поступци за уређење имовинских односа, поступци за уређење привредних односа и остали ванпарнични поступци.

Поступак за расправљање заоставштине је посебан грађанско судски поступак који припада групи имовинских ванпарничних поступака. У овом ванпарничном поступку суд утврђује наследноправна дејства која настају смрћу физичког лица или проглашењем несталог лица за умрло. У поступку за расправљање заоставштине суд утврђује ко су наследници умрлог, која имовина сачињава његову заоставштину, која права припадају наследницима, испорукопримаоцима и другим сингуларним сукцесорима.

* Ванредни професор

Одредбама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије¹ законодавац је регулисао правила о оставинском поступку тако што је само уредио одступања од правила општег ванпарничног поступка.

У поступку за расправљање заоставштине суд предузима одређене претходне радње са циљем да се припреми оставинска расправа. Претходне радње у оставинском поступку су биле предмет анализе аутора у раду који је објављен у Зборнику из 2013. године.

2. Субјекти у поступку

Примарни субјекти оставинског поступка су суд и странке.

У поступку за расправљање заоставштине, у првом степену, поступа основни суд² и одлуке доноси судија појединац. Законом је предвиђено све изјаве и предлоге учесника у овом поступку, осим изјаве о одрицању од наслеђа, могу узимати и судски помоћници.

Суд може јавном бележнику поверити спровођење поступка за расправљање заоставштине³ за који је по закону надлежан или предузимање појединих ванпарничних радњи у овом поступку. Суд не може поверити јавном бележнику спровођење оставинског поступка уколико је за наслеђивање меродавно право стране државе.

У погледу месне надлежности у овом поступку важе, поред правила о општој месној надлежности, и посебна правила⁴.

За расправљање заоставштине месно је надлежан онај суд на чијем је подручју оставилац, у време отварања наслеђа, имао своје пребивалиште. Ако оставилац није имао пребивалиште на територији наше државе, за одређивање опште месне надлежности узима се његово боравиште.

Ако се општа месна надлежност не може одредити применом наведених критеријума, за расправљање заоставштине надлежан је суд на чијем се подручју налази претежни део оставиоачеве заоставштине.

У првом степену поступа судија појединац, док је другостепени суд састављен од три судије.

Странке у овом поступку су сва лица која, по наследном основу, стичу целокупну заоставштину или њен аликвотни део⁵. То су: на-

¹ „Службени гласник СРС”, бр. 25/82. У даљем тексту: ЗВП. Овај закон више пута је мењан и допуњаван. Последња промена ЗВП догодила се маја 2014. године, доношењем Закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку („Службени гласник РС“ бр. 55/14).

² Видети: чл. 22. ст. 2. Закона о уређењу судова.

³ Видети: чл. 30а. ЗВП.

⁴ Видети: чл. 13. ст. 1 и 2. ЗВП.

следници, легатарии и друга лица која из заоставштине остварују неко право. Странка у овом поступку је и свако оно лице које у поступку ефективно не учествује, а које је суд о покретању поступка уредно обавестио. Лице, које је суд обавестио о покретању оставинског поступка одређеног оставиоца, иако се позиву суда није одазвало, везује правоснажна судска одлука донета у овом поступку.

Поред суда, као главног органа оставинског поступка, у оставинском поступку суделују и други, помоћни органи који помажу суду у спровођењу поступка. То су: матичар, орган старатељства, суд на чијој се територији налази заоставштина, суд на чијем је подручју умро оставилац.

Поред ових споредних субјеката, у оставинском поступку учествују и они који провоцирају радње оставинског суда иако не остварују никаква права из заоставштине. То су: повериоци оставиоца, извршилац тестамена, старатељ заоставштине, сингуларни сукцесори оставиоца из правних послова који су настали за живота. Повериоци оставиоца су супружник или ванбрачни партнер који трвде да им нешто из заоставштине припада по основу брачне одн. ванбрачне тековине или давалац издржавања по основу уговора о доживотном издржавању. Ова лица имају одређена грађанска субјективна права која свој основ имају у правним односима који су настали са оставиоцем за живота и који немају свој правни основ у наслеђивању. Ова лица посредно тангира решење о наслеђивању и она своја права и интересе штите у парничном поступку уколико постоји спор.

За разлику од учесника у оставинском поступку, који остварују своја наследна права, и који имају право на правне лекове (редовне и ванредне, као и на правне лекове *sui generis*) и који могу да буду упућени на парнични поступак када постоји спор о чињеницама од којих зависи неко њихово право, споредни учесници немају право на правне лекове, нити су овлашћени да покрећу тзв. корективне парнице.

3. Покретање поступка

У погледу покретања поступка важи принцип официјелности.⁶ Поступак за расправљање заоставштине суд покреће по службеној дужности чим сазна да је неко лице умрло или да је проглашено за умрло.

⁵ О томе детаљно: Станковић, Г. – Мандић, Љ, - Ванпарнично процесно право, Прво издање, Кос.Митровица, 2013, стр. 225.

⁶ О томе: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, друга свеска, Ванпарнично и извршно процесно право, Ниш, 2007, стр. 113-114; Стојановић, Н. – Наследно право, Ниш, 2011, стр 398 – 399; Станковић, Г. – Мандић, Љ, нав. дело, стр. 226 – 227.

Суд сазнаје за смрт једног лица тако што му орган општине, који је надлежан да упише чињеницу смрти у матичну књигу умрлих, доставља смртвоницу. Суд сазнаје о потреби да покрене оставински поступак и кад прима решење суда који је нестало лице прогласио за умрло.

Заинтересована лица, такође могу обавестити суд да постоји потреба за покретањем овог поступка тако што упућују суду извод из матичне књиге умрлих, правоснажно решење којим се утврђује дан смрти једног лица или правоснажно решење суда о проглашењу лица за умрло.

Заинтересована лица немају овлашћење да својом вољом утичу на покретање оставинског поступка. Њихов евентуални предлог има значај информације за суд да он треба да покрене овај поступак.

Диспозиција у погледу покретања поступка постоји само у случају да заоставштину чине само покретне ствари а лица позвана на наслеђе траже да се расправи заоставштина.

4. Рочиште за расправљање заоставштине

У поступку расправљања заоставштине обавезно је одржавање рочишта. Рочиште за расправљање заоставштине заказује се да би се формирала неопходна процесна грађа за доношење решења о наслеђивању. Ванпарничне радње у току поступка за расправљање заоставштине могу се предузимати на рочишту и ван њега. На овом рочишту надлежан орган и странке треба да предузму све потребне радње како би се расправила питања која се тичу заоставштине, наследних права, величине наследног дела, права на легат и права других заинтересованих лица. О овим правима надлежан орган одлучује, по правилу пошто од заинтересованих лица узме потребне изјаве.

Орган надлежан за спровођење оставинског поступка заказује рочиште, када утврди да се заоставштина умрлог састоји од непокретности, или уколико је умрли оставио покретне ствари, а лица позвана на наслеђе захтевају да се спроведе расправа заоставштине.

Учеснике у постуку суд позива посебним позивом који се доставља по правилима о личном достављању. Суд позива на рочиште сва заинтересована лица: потенцијалне законске и тестаменталне наследнике, легатаре и друга лица која имају неко право из заоставштине, орган старатељства кад је учесник малолетан и извршиоца тестаментa, ако је познат.

Законодавац је прописао садржину позива за оставинску расправу, који поред елемената које садржи сваки позив за рочиште, садржи и посебне елементе. У позиву за рочиште суд обавештава заинтересована лица о покретању оставинског поступка и о постојању тестаментa, и позива их да одмах предају суду писмени тестамент односно исправу о

усменом тестаменту, ако се код њих налази или да назначе сведоке усменог тестаента.⁷ Суд у позиву за рочиште посебно упозорава заинтересована лица да могу до окончања поступка дати суду изјаву да ли се примају наслеђа или се наслеђа одричу, а ако на рочиште не дођу или не дају изјаву, да се претпоставља да се прихватају наслеђа, и да ће суд о њиховим правима одлучити према подацима којима располаже, укључујући и све писмене изјаве о наслеђу које стигну у суд до доношења коначне одлуке.⁸

Суд у позиву упозорава наследнике о начину на који могу да дају наследне изјаве и упозорава их у погледу садржине изјаве о одрицању од наслеђа. У изјави о одрицању од наслеђа, наследник треба да наведе да ли се одриче наслеђа које му припада на основу тестаента, или на основу закона, или се наследничка изјава о одрицању односи на нужни део. Уколико се наследник о томе не изјасни, сматра се да се изјава о одрицању односи на одрицање од наслеђа, без обзира на правни основ позивања. Суд ће, такође, заинтересована лица упозорити да изјава о делимичном одрицању од наслеђа по једном правном основу и изјава о одрицању од наслеђа под условом не производи правно дејство.

Када је умрли оставио тестамент, позив за рочиште упућује се тестаменталним, законским и нужним наследницима, као и легатарима. Ако је умрли поставио извршиоца тестаента, и он се изјаснио да се прихвата те дужности, орган надлежан за расправљање заоставштине ће и њега позвати на рочиште, пошто он настоји да се поштује воља оставиоца.

У одређеним случајевима суд је дужан да огласом позове лица која полажу право на наслеђе. Суд на тај начин поступа, пре свега, уколико се не зна да ли оставилац има наследника. У том случају, суд предузима радње да сазна да ли оставилац има наследника и покушава да га пронађе. Ако и поред тога суд не сазна да ли је оставилац имао наследника, суд издаје оглас којим позива заинтересована лица која полажу право на наслеђе да се пријаве суду у року од годину дана од дана објављивања огласа.⁹ Непознати наследник се позива истицањем огласа на огласној табли суда, објављивањем у службеном гласнику, а по потреби и на други начин (нпр. преко средстава јавног информисања).

Суд поступа на исти начин и ако је наследнику постављен привремени старатељ због тога што је наследнику непознато боравиште, а наследник нема пуномоћника, или због тога што се наследник или његов законски заступник, који немају пуномоћника, налазе у иностранству,

⁷ Видети: чл. 115. ст. 2. ЗВП.

⁸ Видети: чл. 115. ст 3. ЗВП.

⁹ Видети: чл. 116. ст. 1. ЗВП.

тако да се достављање није могло извршити.¹⁰ По истеку огласног рока за пријављивање лица која полажу право на наслеђе, суд позива постављеног старатеља и на основу његове изјаве и података којима располаже, оставински суд расправља заоставштину.

На рочишту за расправљање заоставштине суд има задатак да расправи сва питања која се односе на заоставштину. То се, пре свега, односи на право на наслеђе, величину наследног дела и права на легат.

На рочишту за расправљање заоставштине учесници имају право да се изјашњавају. Суд је дужан да свим заинтересованим лицима која претендују на наслеђе пружи могућност да се изјасне. Учесници могу да дају изјаве и ван рочишта и пред другим органима.

На рочишту се од позваних лица узимају наследничке изјаве. Изјава о прихватању или одрицању од наслеђа може се дати код оставинског суда до завршетка оставинске расправе. Ову изјаву са истим правним дејством наследник може дати и код сваког основног суда као стварно надлежног или пред јавним бележником. Она се може дати и пред конзуларним представником или дипломатским представником Републике Србије који врши конзуларне послове.

Наследну изјаву потенцијални наследник може да да лично или преко пуномоћника. Пуномоћник мора да има специјално пуномоћје. Наследник, као властодавац мора да изда пуномоћје на коме је оверен његов потпис.

Изјава о прихватању и одрицању од наслеђа може се дати у усменој и писменој форми.

Кад се изјава о прихватању наслеђа даје у усменој форми, њу може да узме на записник и судијски помоћник. С друге стране када је у питању изјава о одрицању од наслеђа, њу може да узме само судија оставинског суда. Суд је дужан да упозори наследника на значај и последице његове изјаве, као и на то да се наслеђа може одрећи само у своје име.

Изјава о одрицању од наслеђа, дата усмено, производи дејство од оног тренутка кад је изјављена и потписана¹¹. Ако записник, у коме је ова изјава садржана, није потписан од стране наследника одн. пуномоћника или његовог законског заступника, изјава наследника о одрицању је без дејства. Учесник који је неписмен, на записник ставља отисак прста, а записничар испод отиска уписује његово име и презиме.

Наследник може и у писменој форми да да изјаву о прихватању или одрицању од наслеђа. Наследник ову изјаву може да да сам или преко пуномоћника. Писана наследна изјава мора да има форму јавно оверене

¹⁰ Видети: чл. 116. ст. 3. ЗВП.

¹¹ О одрицању од наслеђа и правним последицама одрицања од наслеђа, детаљно; Станковић, Н. нав. дело, стр. 64 – 71.

исправе. Писмено у коме се налази изјава о одрицању, мора бити потписано од стране наследника или његовог пуномоћника. Потпис на изјави и потпис на пуномоћју мора бити оверен.

Приликом расправљања заоставштине није неопходно да свако заинтересовано лице даје своју наследничку изјаву у присуству осталих заинтересованих лица и није потребно да се у сваком случају ова лица изјашњавају о изјавама осталих заинтересованих лица. Оставински суд је, међутим, дужан да упозна учесника оставинске расправе, који даје наследничку изјаву, о постојању оставиоачевог тестаментa, као и о наследничким изјавама осталих учесника, ако има те податке.

Ако суд посумња да је лице, које по закону полаже право на наслеђе, једини или најближи сродник умрлог, суд је дужан да саслуша и лица за која сматра да би могла имати једнако или јаче право на наслеђе, а та лица позваће и огласом по правилима ЗВП која се примењују кад се не зна да ли умрли има наследника.

Изјава о одрицању од наслеђа не може се опозвати. Међутим, иако је изјава о одрицању од наслеђа неопозива, она се може поништити, ако је дата услед претње, принуде или је дата услед преваре или у заблуди. Поништај изјаве о одрицању од наслеђа, због мана у изјављеној вољи, може да тражи наследник, који је дао такву наследничку изјаву.

У току оставинске расправе, оставински суд може да одреди мере за обезбеђење заоставштине¹². Наиме, заинтересована лица могу у стадијуму расправљања заоставштине да поставе питање њеног пописа и процене. Уколико учесници поставе питање пописа и процене, суд може наредити судском раднику да поново изврши попис и процену заоставштине. А ако попис и процена нису били извршени, оставински суд може и сам то да учини на основу података које му пруже заинтересована лица.

Ако међу учесницима оставинског поступка постоји спор о праву на заоставштину или њен део, оставински суд прекида расправљање заоставштине и упућује странке да покрену парнични поступак или поступак пред управним органом¹³. На тај поступак суд упућује странке да реше претходна, спорна питања, јер од тога зависи одлука оставинског суда о праву на наслеђе.

На покретање парничног или управног поступка суд упућује ону странку чије право сматра мање вероватним.

Странке могу да покрену поступак у року који им је одредио суд, који не може да буде дужи од 30 дана. У том случају суд прекида оста-

¹² О томе: Мандић, Љ. – Претходне радње у поступку за расправљање заоставштине, Тематско зборник-Пројекат, Кос.Митровица, 2013, стр. 61-63.

¹³ Видети: чл. 119. Ст.1. ЗВП

вински поступак и прекид траје све док парнични, односно управни поступак не буде окончан правоснажном одлуком. Међутим, ако оставинском суду до завршетка поступка за расправљање заоставштине, не буде поднет доказ о покретању поступка, суд ће окончати расправљање заоставштине, без обзира на захтеве у погледу којих је неки од учесника упућен на покретање парничног поступка или поступка пред органом управе.

Правилима ванпарничног процесног права изричито је предвиђено у којим случајевима оставински суд прекида поступак кад су међу странкама спорне чињенице од којих зависи неко њихово право. Суд упућује странке да покрену парнични или управни поступак¹⁴, ако су спорне чињенице од којих зависи:

- право на наслеђе, а нарочито пуноважност или садржина теста-мента или однос наследника и оставиоца на основу кога се по закону наслеђује;
- основаност захтева надживелог супружника и потомака оставио-чевих који су живели са оставиоцем у истом домаћинству да се из заоставштине издвоје предмети домаћинства, који служе за задовољење свакодневних потреба;
- величина наследног дела, нарочито урачунавање у наследни део поклона и легата;
- основаност искључења нужних наследника или основаност раз-лога за недостојност;
- да ли се неко лице одрекло од наслеђа.

Ако постоји спор о примени права, то јест, спор о томе која правна норма треба да буде примењена у конкретном случају, оставински суд ће расправити сва правна питања у поступку за расправљање заоставштине (нпр. сестре оставиоца тврде да супрузи оставиоца припада право плодуживања на заоставштини или на њеном делу, а њима право својине).

Уколико се наследници споре било о чињеницама било о примени права, орган надлежан за спровођење оставинског поступка ће прекинути расправљање заоставштине и упутити странке да покрену парнични поступак или поступак пред управним органом у одређеним случајевима:

- ако између наследника постоји спор о томе да ли неко имовинско право улази у заоставштину, и
- ако између наследника постоји спор поводом захтева потомака оставиоца који су са њим живели у заједници да им се из заоставштине

¹⁴ Видети: чл. 119. Ст.2. ЗВП

издвоји део који одговара њиховом доприносу у повећању вредности оставиочеве заоставштине.

Кад међу учесницима оставинског поступка постоји спор о праву на легат, надлежан орган ће, такође упутити странке да покрену парнични поступак или поступак пред управним органом¹⁵, али неће прекидати расправљање заоставштине. Разлог лежи у чињеници да је у питању захтев облигационо правне природе према заоставштини и који нема утицаја на одређивање наследника и величину њихових наследних делова.

5. Решење о наслеђивању

Решење о наслеђивању је коначна, мериторна одлука органа надлежног за вођење оставинског поступка, којом се одлучује о предмету поступка за расправљање заоставштине. Решењем о наслеђивању надлежан орган утврђује ко су наследници, која имовина сачињава заоставштину умрлог и која права припадају наследницима, легатарима и другим лицима. Ова одлука је декларативног карактера, јер се решењем о наслеђивању утврђује оно што се десило у тренутку смрти једног лица или проглашења несталог лица за умрло. Решењем се на ауторитативан и несумњив начин утврђује коме је, у тренутку отварања наслеђа једног лица, припало право наслеђа или неко друго право из заоставштине.

Правила ванпарничног процесног права не прописују формалну садржину решења. Садржина решења, у недостатку посебних правила, одређена је сходном применом правила ЗПП. То значи да решење о наслеђивању треба да садржи; увод или заглавље, изрек (диспозитив или тенор) и образложење.

Увод решења о наслеђивању треба да садржи податке: о органу који је поступао, о судији односно јавном бележнику, о предмету поступка, о оставиоцу, као и податке о дану доношења решења о наслеђивању.

Правила ванпарничног поступка предвиђају обавезну садржину диспозитива решења о наслеђивању¹⁶ Диспозитив решења мора да садржи:

1. лично име умрлог, име једног од родитеља, занимање, датум рођења и држављанство умрлог, а за лица која су била у браку и њихово презиме које су носили пре ступања у брак,
2. означавање непокретности са подацима из земљишних књига, као и означавање покретних ствари са позивом на попис,

¹⁵ Видети: чл. 120. ЗВП

¹⁶ Видети: чл. 122. Ст.2. ЗВП.

3. лично име, занимање и пребивалиште наследника, однос наследника према оставиоцу – да ли наслеђује као законски или тестаментални наследник, а ако има више наследника и део у коме учествују у наслеђу,

4. да ли је и колико право наследника одложено због недospelог времена или је ограничено на извесно време, или је одложено због неиспуњења услова, или је зависно од раскидног услова односно налога, који се имају сматрати као раскидним условом, или је ограничено правом плодоуживања и у чију корист,

5. лично име, занимање и пребивалиште лица којима припада легат, плодоуживање, или која друга права из заоставштине са означањем тог права,

6. податке о деоби наследства и начину деобе, уколико су се у поступку за расправљање заоставштине сви наследници споразумели о деоби заоставштине.

Ако наследници не оспоравају легат, суд може, на захтев легатара, одлучити о праву на легат, посебним решењем о легату, које се доноси пре решења о наслеђивању¹⁷. У том случају диспозитив решења о наслеђивању неће садржати одлуку о легату. Ако међу учесницима оставинског поступка постоји спор о праву на легат, и оне буду упућене на покретање парничног поступка, ради решавања овог спорног питања, а тај поступак се не оконча до доношења решења о наслеђивању, решење оставинског суда, такође, неће садржати одлуку о легату.

Решење о наслеђивању мора да буде образложено. У њему орган надлежан за вођење оставинске расправе образлаже разлоге који оправдавају доношење решења о наслеђивању одређене садржине.

Када суд утврди да оставилац нема наследника, или кад се, у року од годину дана од дана објављивања огласа, нико не јави ко полаже право на наслеђе, оставински суд доноси решење да се заоставштину предаје општини на чијој је територији оставилац имао пребивалиште, а ако није имао пребивалиште, онда општини на чијој је територији имао боравиште. Ако оставилац има непокретности ван места пребивалишта, односно боравишта, непокретност се предаје општини на чијој се територији налази. Ако оставилац није имао пребивалиште ни боравиште на територији РС, покретне ствари предају се општини на чијој се територији налазе¹⁸.

Решење о наслеђивању се доставља свим наследницима и легатарима који су се прихватили наслеђа, као и оним лицима која су

¹⁷ Видети: чл. 126. Ст. 1. ЗВП.

¹⁸ Видети: чл. 127. ЗВП.

се одрекла наслеђа, односно неког другог наследноправног овлашћења. Осим тога, решење о наслеђивању се доставља и оним универзалним и сингуларним сукцесорима, који се нису појавили на рочишту за расправљање заоставштине, иако су били уредно позвани.

Против решења о наслеђивању дозвољена је жалба. Жалба је редован правни лек који има специфичну правну природу. Жалба је: суспензиван, неограничен, ремонстративно – деволутиван, двостран и преклузиван правни лек.

6. Дејство решења о наслеђивању

Правоснажно решење о наслеђивању производи дејство према универзалним и сингуларним сукцесорима који су учествовали у поступку за расправљање заоставштине, као и према оним сукцесорима који су били уредно позвани на расправу. Права на заоставштину се после правоснажности решења могу остварити само у самосталној парници.

Правоснажно решење о наслеђивању представља правни основ за упис у јавне књиге за евиденцију непокретности свих стварних права која су стечена наслеђивањем. Упис се врши по службеној дужности. Оставински суд по службеној дужности доставља ово решење органу који води јавне књиге за евиденцију непокретности. Кад суду буду поднети докази о извршењу и обезбеђењу обавеза које су наследнику наложене тестаментом у корист лица која нису способна да се сама старају о својим пословима или за постизање неке опште корисне сврхе, суд ће наредити да се у јавне књиге за евиденцију непокретности или другу јавну књигу изврши потребни упис, као и да се овлашћеном лицу предају покретне ствари које се налазе на чувању код суда.

Правоснажно решење о наслеђивању суд по службеној дужности доставља и надлежном органу управе, ради евентуалне наплате пореза на наслеђивање.

Правоснажно решење о легату везује странке које су учествовале у поступку за расправљање заоставштине, ако им није признато право да свој захтев остварују у парници.

Правоснажно решење о легату, које је посебно донесено пре решења о наслеђивању, оставински суд доставља надлежном органу управе, и наређује да се изврши одговарајући упис у јавној књизи за евиденцију непокретности или наређује да се предају покретне ствари које се налазе на чување код суда.

Кад је право неког универзалног или сингуларног сукцесора одложено због недоследности времена или је ограничено на извесно време, или је зависно од раскидног услова, односно налога који се има сматрати као раскидни услов, оставински суд ће по предлогу заинтересованих лица

одредити привремене мере обезбеђења дела заоставштине по одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу (2011). То је могућно само у случају кад тастатор у тестаменту није нешто друго одредио (нпр. тастатор је забранио сваку меру обезбеђења у корист наследника).

7. Наследноправни захтеви после правоснажности решења о наслеђивању

После правоснажности решења о наслеђивању или решења о легату, могу да се поставе одређени наследноправни захтеви, јер питање састава заоставштине и утврђивања наследног права у току оставинске расправе не мора бити расправљено до краја и у целини. Наследни захтеви могу да се поставе ако је накнадно пронађена имовина, ако је накнадно пронађен тестамент и ако се постави накнадни захтев за утврђивање наследног права ако неко лице није учествовало у поступку за расправљање заоставштине¹⁹. Ванпарнична процесна правила посебно предвиђају ситуације и поступак у погледу наследноправних захтева који се постављају после правоснажности решења о наслеђивању.

Накнадно пронађена имовина. – Ако се после правоснажности решења о наслеђивању сазна да заоставштину чине и нека друга имовинска права, осим оних означених у диспозитиву одлуке оставинског суда, суд неће поново расправљати заоставштину. Он ће ову имовину новим решењем расподелити универзалним сукцесорима, према величини њихових наследних делова, на основу раније донесеног решења о наслеђивању. Ако заоставштину није раније расправљана, јер се она састојала само из покретних ствари, а нико од заинтересованих лица није захтевао расправљање заоставштине, до расправљања заоставштине може доћи накнадно, ако се пронађена имовина састоји из непокретности. Заоставштину оставиоца биће, такође, накнадно расправљана и ако се пронађена имовина састоји само из покретних ствари, а расправљање заоставштине захтевају заинтересована лица.

Накнадно пронађен тестамент. – После окончања поступка за расправљање заоставштине, правоснажном мериторном одлуком оставинског суда, могуће је да се накнадно пронађе оставиочев тестамент²⁰. У том случају суд, коме је тестамент предат, је дужан да исти прогласи и достави оставинском суду, а задржи његов препис. Оставински суд неће поново расправљати заоставштину. Суд ће о накнадно пронађеном тестаменту обавестити сва заинтересована лица и упозорити

¹⁹ Видети: чл. 128. ст. 1. и чл. 129. ст. 1. ЗВП.

²⁰ О томе: Станковић, Г. Нав.дело, стр.122; Станковић, Г. – Мандић, Ј, нав.дело,стр.247.

их да своја наследна права на основу тестаментa могу остварити искључиво у парничном поступку. Изузетно, ако заоставштина није расправљана, а заједно са накнадно пронађеним тестаментом пронађе се и имовина коју чине непокретности, оставински суд је дужан да расправља заоставштину, на основу накнадно пронађеног тестаментa.

Сва заинтересована лица, независно од тога да ли су учествовала у поступку за расправљање или не, по правилу, овлашћена су да своје право на наслеђе на основу тестаментa остварују у парничном поступку. Она имају то право, не само у погледу тестаментa који је накнадно пронађен, већ и у погледу оног тестаментa чије је постојање било потврђено у оставинском поступку, али се због објективних околности, није знала његова садржина и место где се тестамент налази.

С друге стране, свако заинтересовано лице, које је пре и у току расправљања заоставштине знало да постоји тестамент, али га намерно није предало суду, не може, касније, у парничном поступку, остварити своје наследно право, јер се не ради о накнадно пронађеном тестаменту.

Накнадни захтеви за утврђивање наследног права. – На рочиште за расправљање заоставштине суд је дужан да позове сва заинтересована лица која полажу право на заоставштину као наследници. Међутим, могућно је да оставински суд пропусти да позове на расправу нека од њих, и поред сазнања о њиховом постојању, или због тога што су остали сукцесори оставиоца прећутали њихово постојање. Ако се после правоснажности решења о наслеђивању или решења о легату, појаве лица која нису учествовала у поступку за расправљање заоставштине а она као сукцесори полажу право на заоставштину, суд неће поново расправљати заоставштину. Оставински суд ће та лица упозорити да своја наследна права могу остварити у парничном поступку²¹. Ако се који од наследника раније одрекао наслеђа, па се пронађе имовина за коју се у време доношења решења о наслеђивању није знало да припада заоставштини, суд ће га позвати ради давања наследничке изјаве. Уколико то лице изјави да се прима наслеђа на тој имовини, суд ће га упутити да своје право може остварити у парничном поступку.

8. Ванредни правни лекови

Правоснажно решење оставинског суда може се побијати ванредним правним лековима. У овим ванпарничним стварима допуштени су: ревизија, посебна ревизија, захтев за преиспитивање правоснажне одлуке, неблаговремена жалба и правни лекови *sui generis*.

²¹ Видети: чл. 130. ст. 1. ЗВП.

Изричитом законском одредбом искључено је понављање поступка. Кад после правоснажности решења о наслеђивању или решења о легату, постоје разлози због којих се може изјавити понављање поступка, користи се парнични поступак, као ванредни правни лек *sui generis*, који има знатно шире могућности коришћења јер није ограничен разлозима који су предвиђени за понављање поступка.

Ванредна правна средства *sui generis*, карактеристична само за ванпарнични поступак омогућавају учесницима поступка за расправљање заоставштине да покрену парнични или управни поступак после правоснажности решења о наслеђивању. Овим специфичним ванредним правним средствима, учесници оставинског поступка, покретањем парничног или управног поступка, покушавају да остваре наследноправне захтеве после правоснажности решења о наслеђивању.

Поједини правни писци сматрају да су ванредна правна средства *sui generis* у оставинском поступку допуштена због два основна разлога. Први, неопходно је обезбедити поштовање одлуке ванпарничног суда која је постала правоснажна и друго, нужно је обезбедити утврђивање правог стања чињеница у моменту смрти оставиоца уколико се утврди да то није учињено у одлуци оставинског суда.

Ljubica Mandić, LL.D
Associate Professor

PROBATE PROCESS

Summary

Probate process is a special contentious procedure during which the court determines inheritance facts caused by death of a natural person or declaration of a missing person dead. In this procedure the court determines who the heirs of the deceased are, what property constitutes their inheritance and what rights belong to the heirs and other singular successors.

ОБАВЕШТЕЊЕ ТРЕЋЕГ ЛИЦА О ПАРНИЦИ

Апстракт: И тужилац и тужени, као парничне странке, могу преко и посредством суда обавестити треће лице о отпочетој парници. Када је то неопходно да би се засновало извесно грађанскоправно дејство, странке путем поднеска који има одређену садржину, до правноснажног окончања парнице, уз посредничку улогу суда, обавештавају треће лице о парници која је току. Закон о парничном поступку Републике Србије регулише својим одредбама овај процесни институт, доносећи и извесне новине. Поред и раније постојећег и регулисаног обавештења трећег лица о парници на тражење странке, преко и посредством суда, закон регулише и обавештење трећег лица о парници по службеној дужности. У ситуацијама када располагање странака или одлука суда у једној парници могу утицати на имовинска права и обавезе Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, законодавац је тежећи да заштити јавни интерес, регулисао обавештење о парници по службеној дужности. Аутор у раду анализира сам институт, његову специфичну правну природу и особености поступка обавештавања. Указује се на разлике између обавештења трећег о парници на иницијативу странака и обавештења по службеној дужности те обрађују материјалноправна и процесноправна дејства обавештења трећег лица о парници.

Кључне речи: парница, странке, треће лице, обавештење о парници, обавештење по службеној дужности

1. *Litis denuntiatio* или обавештење трећег лица о парници представља специфичну процесну институцију. У одређеним ситуацијама је предвиђено да се треће лице обавештава о парници са циљем да из те околности наступе последице или дејства предвиђена како правилима материјалног права тако и правилима процесног права. Онда када странка има потребу да треће лице обавести о парници преко и посредством суда или када суд то чини по службеној дужности, говоримо о обавештењу трећег лица о парници.

* Ванредни професор

Закон о парничном поступку Републике Србије¹ по први пут предвиђа два облика обавештења трећег лица о парници. Најпре, као и у ранијим законским текстовима, предвиђено је обавештавање трећег лица о парници на иницијативу странке које се врши преко и посредством суда. Потом, законским одредбама регулисано је и обавештење трећег лица о парници по службеној дужности, што представља новину у ЗПП РС.

2. Законодавац је институт обавештења трећег лица о парници регулисао у одредбама из чл. 221. ЗПП РС. Према дикцији законодавца ако странка треба да обавести треће лице о отпочетој парници да би се тиме засновало извесно грађанскоправно дејство, странка може, све док се парница правноснажно не доврши, то да учини преко суда поднеском у коме ће да наведе разлог обавештавања и стање у коме се парница налази.²

Очигледно је да је овом одредбом закона прописан разлог за обавештавање трећег лица о парници, да је прокламовано ко има овлашћење да иницира поступак обавештавања трећег лица о парници преко и посредством суда, до ког тренутка се треће лице може обавестити о парници која тече те да је предвиђена и садржина поднеска којим се треће лице обавештава.

3. Обавештење трећег лица о парници последица је како материјалноправних тако и процесних разлога. Некада потреба за обавештавањем трећег лица о парници настаје када је то предвиђено правилима материјалног права а некада процесни разлози налажу да треће лице буде обавештено о парници како би оно могло да предузме одређене радње поводом парнице или како би по правилима процесног права према њему настала одређена дејства.³

Када се говори о основном облику обавештавања трећег лица о парници, до кога долази на иницијативу странке, неопходно је истаћи да поступак обавештења трећег лица могу иницирати и тужилац и тужени. И тужилац и тужени у једној парници могу имати правни интерес да буде обавештено неко треће лице са којим стоје у неком материјалноправном или правном односу.⁴ Користећи термин странка, законодавац управо говори о могућности да обавештење трећег лица о парници посредством и

¹ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 72/2011, 49/2001 – одлука Уставног суда, 74/2013 – одлука Уставног суда, 55/2014. У даљем тексту: ЗПП РС.

² Видети: чл. 221. ст. 1. ЗПП РС.

³ Тако: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 181.

⁴ Исто.

преко суда могу иницирати и тужилац и тужени онда када за то имају правни интерес.⁵

Материјално право у одређеним случајевима предвиђа да треће лице треба да сазна за парницу како би према њему наступила одређена грађанскоправна дејства.⁶ С друге стране, чисто процесни разлози наводе на потребу да треће лице предузме радње поводом парнице која тече. Тако се трећем лицу омогућава да се придружи једној од парничних странака, да у парницу ступи као умешач или стекне страначко својство.

У литератури процесног права⁷ се истиче да обавештење трећег лица о парници на иницијативу странке а преко и посредством суда није позив странци да ступи у парницу, иако се уједно констатује да се обавештење о парници у начелу упућује управо потенцијалним странкама или умешачима у парници.

4. Обавештење трећег лица о парници на иницијативу странке може се извршити до одређеног тренутка. Странка може од суда захтевати да обавести треће лице о парници у којој је она странка од тренутка када је поступак покренут до тренутка док се поступак не оконча одлуком која је постала правноснажна.⁸ Сматра се да се обавештење трећег лица о парници може извршити и у поступку по ванредним правним лековима.⁹

⁵ Ради се о техничкој редакцији законског текста. Примера ради, Закон о парничном поступку из 1976. године („Службени гласник СФРЈ“ бр. 4/77. Закон је више пута мењан и допуњаван. У даљем тексту: ЗПП 1976) је у стилизацији законског текста користио изричито термине тужилац или тужени а не странка као збирни појам за тужиоца и туженог.

⁶ Нпр. остваривање права у случају правних недостатака ствари, остваривање права у случају материјалних недостатака ствари, остваривање регресног захтева када су у питању солидарни дужници, остваривање регресног захтева према трећем лицу. Нпр. у чл. 511. Закона о облигационим односима Републике Србије („Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени лист СРЈ“ бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља) је, кад су у питању правни недостаци ствари, прописано да „купац који се, не обавештавајући продавца, упустио у спор са трећим и спор изгубио, може се ипак позвати на продавчеву одговорност за правне недостатке, изузев ако продавац докаже да је он располагао средствима да се одбије захтев трећег лица“.

⁷ Трива, С. – Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 1978, стр. 357; Трива, С. – Дика, М. - Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 2004, стр. 458; Јаневски, А. – Зороска-Камиловска, Т. – Грађанско процесно право, књига прва, Парнично право, Правни факултет „Јустинијан Први“, Скопље, 2012, стр. 227; Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 181.

⁸ То значи да се обавештење трећег лица о парници може тражити већ приликом подизања тужбе. Евентуално повлачење или одбацивање тужбе доводе до престанка дејстава овабештења о парници (Тако: Познић, Б. – Коментар Закона о парничном

Иако законодавац сумарно у одредбама закона прописује садржину поднеска којим се треће лице обавештава о парници, подразумева се најпре да поднесак треба да садржи обавезну садржину предвиђену правилима ЗПП.¹⁰ Посебно, у поднеску је неопходно означити разлог због кога странка сматра да је странку неопходно обавестити о парници. Такође, саставни део садржине поднеска је и означавање стадијума у коме се парница налази.

Иако је обавештење трећег лица о парници институт који у процесном праву дуго егзистира,¹¹ мали број аутора у процесној литератури се детаљније бавио правном природом овог института и специфичностима самог поступка обавештавања трећег лица о парници.

Најпре, обавештење трећег лица о парници је радња која има веома специфичну природу. Ради се о судској радњи али не и о судској парничној радњи.¹² Основни циљ предузимања судских парничних радњи је решење спора који је изнет пред суд на решавање, као и пружање правне заштите. Предузимањем судских парничних радњи изазива се непосредно дејство у парници. Обавештење трећег лица о парници није судска парнична радња. Истиче се да се ради о судској ванпарничној

поступку, Правни факултет у Београду и Службени гласник, Београд, 2009, стр. 531 – 532).

⁹ Тако: Трива, С. – Дика, М. – Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 2004, стр. 458.

¹⁰ Видети: чл. 98. ЗПП РС.

¹¹ У чл. 211. ЗПП 1976 било је прописано и регулисано обавештење трећег лица о парници. У ставу 1. овог члана било је прописано да ако тужилац или тужени треба да обавесте треће лице о отпочетој парници, да би се тиме засновао становити грађанскоправни учинак, они могу све док се парница правомоћно не доврши, то учинити поднеском преко парничног суда, у којем ће навести разлог обавијести и у какву се стању налази парница. У ставу 2. се каже да странка која је трећу особу обавијестила о парници не може због тога тражити прекид отпочете парнице, продужење рокова или одгоду рочишта.

Закон о парничном поступку Републике Србије из 2004 (Службени гласник РС“ бр. 125/2004, 111/2009. У даљем тексту: ЗПП 2004) у готово идентичној формулацији у чл. 213. ст. 1. прописује да „ако тужилац или тужени треба да неко треће лице обавести о отпочетој парници да би се тиме засновало извесно грађанскоправно дејство, они могу све док се парница правноснажно не доврши, то учинити поднеском преко парничног суда, у коме ће навести разлог обавештења и у каквом се стању налази парница.“

У ст. 2. чл. 213. ЗПП 2004 било је прописано да „странка која је треће лице обавестила о парници не може због тога тражити прекид поступка, продужење рокова или одлагање рочишта“.

¹² Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 183.

радњи која у парници не изазива никаква дејства и која нема утицаја на парницу као редован начин за решавање грађанскоправног спора.¹³ Супротно, има и мишљења да обавештење има природу парничне радње јер своје дејство треба да развије у области процесног права.¹⁴ Такође, говори се и о томе да је обавештење о парници посебна парнична радња за чију допуштеност важе сви услови као и за остале парничне радње.¹⁵

5. Сам поступак обавештавања трећег лица о парници има специфичан ток. Тужилац или тужени траже од суда да обавести треће лице о парници својом парничном радњом. Сматра се да је по правној природи ова страначка радња саопштење јер се треће лице обавештава о парници а уједно се трећем лицу саопштава чињеница да је странка која је тражила обавештење управо и странка у тој парници.¹⁶

Пошто странка упути суду захтев за обавештење трећег лица о парници, покреће се посебан придружени поступак и наступа судска делатност. Суд најпре доноси решење којим се налаже да се достави обавештење трећем лицу о парници. Након тога се врши достављање и о томе сачињава доставница која ће бити доказ о извршеном обавештењу трећег лица о парници.¹⁷

Суд нема овлашћење да цени оправданост обавештавања трећег лица о парници.¹⁸ Његова је дужност да поднесак у коме је садржано обавештење достави трећем лицу и на тај начин изврши посредничку улогу и изазове дејства овог процесног института.

Обавештење трећег лица о парници преко и посредством суда није и једини начин обавештавања трећег лица о парници која тече. Странка то може да учини и вансудским путем, путем писма, телеграма или електронске поште. Свакако је обавештавање трећег лица о парници преко и посредством суда начин који је лакши и погоднији за доказивање.

¹³ Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 183.

¹⁴ Тако: Познић, Б. – Ракић-Водинелић, В. – Грађанско процесно право, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 358.

¹⁵ Видети: Јакшић, А. – Грађанско процесно право, Правни факултет, Београд, 2012, стр. 584.

¹⁶ Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 183.

¹⁷ Исто, стр. 182.

¹⁸ Видети: Јаневски, А. – Зороска-Камиловска, Т. – Грађанско процесно право, књига прва, Парнично право, Правни факултет „Јустинијан Први“, Скопље, 2012, стр. 227; Петрушић, Н. – Симоновић, Д. – Коментар Закона о парничном поступку, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 460; Тако: Трива, С. – Дика, М. – Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 2004, стр. 459.

То због чињенице да се приликом обавештавања трећег лица о парници која је у току саставља доставница која представља доказ о томе да је обавештавање извршено.

6. Правне последице обавештења трећег лица о парници могу бити материјалноправне и процесноправне природе. Уз констатацију да само обавештење трећег лица нема утицаја на парницу која је у току, да странка због тога не може тражити прекид поступка и продужење рокова,¹⁹ када су у питању материјалноправна дејства онда говоримо о прекиду застарелости, прекиду одржајаи очувању могућности истицања материјалноправних захтева према трећим лицима.²⁰ Процесноправна дејства се огледају у томе да само обавештење може бити повод за учешће умешача у парници или процесну сукцесију.²¹

Једно од основних процесноправних дејстава обавештења трећег лица о парници јесте наступање интервенцијског дејства пресуде.

Интервенцијско дејство пресуде огледа се у процесним дејствима које пресуда из парнице у којој се умешач придружио једној од парничних странака производи у парници коју је против умешача покренула парнична странка којој се он придружио у претходној парници и која је ту парницу изгубила. Дејство те пресуде је посредно (интервенцијско) јер она на умешача не делује непосредно нити се њоме умешачу налаже одређено процесно понашање. Када странка из претходне парнице којој се умешач придружио ту парницу и изгуби, она има право да покрене самосталну парницу против умешача. Тада се у процесној улози тужиоца налази странка која је претходну парницу изгубила док је у улози туженог умешач који се странци у окончаној парници придружио.

Интервенцијско дејство пресуде се манифестује кроз чињеницу да бивши умешач као тужени у новој парници нема право да оспорава чињенице које су утврђене у ранијој парници нити има право да их пориче, јер се оне сматрају неспорним, а такође, нема право ни да оспорава правно схватање суда. Према изричитој законској одредби, у

¹⁹ Чл. 221. ст. 2. ЗПП РС.

²⁰ Јаневски, А. – Зороска-Камиловска, Т. – Грађанско процесно право, књига прва, Парнично право, Правни факултет „Јустинијан Први“, Скопље, 2012, стр. 228.

²¹ Обавештено треће лице може да се понаша на више начина. Најпре, може да се оглуши о обавештење и не предузме било шта поводом обавештења. Потом, може да се као умешач придружи странци која га је обавестила или да ступи у парницу уместо странке (О томе видети: Палачковић, Д. – Парнично процесно право, Правни факултет, Крагујевац, 2004, стр. 122 – 123). Има мишљења да обавештено треће лице не мора да се придружи као умешач странци која га је обавестила већ се може придружити њеном парничном противнику у случају да има интерес да он успе у парници (Тако: Трива, С. – Дика, М. – Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 2004, стр. 459).

парници између странке и умешача који јој се придружио, умешач не може да оспорава утврђено чињенично стање, као и правне квалификације садржане у образложењу правоснажне пресуде. Произлази закључак да у новој парници неће бити отворена расправа о чињеницама које су у обе парнице исте нити ће суд одлучивати о условљавајућем односу о коме је већ одлучено. Умешач дакле, не може да оспори правно ни чињенично тврђење, нити правно схватање суда, као ни одлуку суда о тужбеном захтеву или условљавајућем односу. Тачније, и чињенична и правна оцена стања ствари се сматрају неспорним, суд је за њих везан и као такве оне представљају подлогу за судску одлуку у новој парници.²²

Интервенцијско дејство пресуде²³ је по први пут у нашем законодавству регулисано одредбама ЗПП РС (2011) и то детаљно и у „складу са доктринарним ставовима и ставовима које је заузела правна пракса“.²⁴ Поред ове чињенице, по први пут се законом изричито прописује наступање интервенцијског дејства пресуде и када се ради о другим процесним институтима као што су обавештење трећег лица о парници и именовање претходника.

Институт обавештења трећег лица о парници омогућава трећем лицу да сазна за парницу која је у току. Онда када тужилац или тужени имају правни интерес да треће лице буде обавештено о парници, поднеском од суда траже да то лице и буде обавештено о парници. Суд одлучује решењем да достави трећем лицу обавештење о парници. У ситуацији када је треће лице обавештено о парници и када то треће лице постане странка у накнадној парници, странка на чији захтев је треће лице обавештено има право да се позива на интервенцијско дејство пресуде. Позивање на ово специфично дејство пресуде је врста процесне санкције за треће лице које је било обавештено о парници а које је остало процесно неделатно. Иако обавештење трећег лица о парници не представља позив трећем лицу да се умеша у парницу, оно може да изазове одређене процесноправне последице – трећем лицу се омогућује да, уколико има правни интерес, ступи у парницу као умешач, да се придружи једној од

²² На пресуду из претходно окончане парнице се, по следу ствари, позива странка којој се умешач придружио и која се у новој парници налази у улози тужиоца. Она то чини јер јој одговара да у новој парници предмет расправљања не буду ни чињенице ни условљавајући однос о којима је одлучено у претходно вођеној парници.

²³ Детаљније о овом дејству пресуде, видети и: Боранијашевић, В. – Дејство правоснажне пресуде на умешача (интервенцијско дејство пресуде), тематски зборник радова „Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој“, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2013, стр. 69 – 83.

²⁴ Петрушић, Н. – Симоновић, Д. – Коментар Закона о парничном поступку, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 453;

странака или да ступи у парницу уместо странке која га је обавестила о парници. Уколико треће лице ни на који начин не ступи у парницу, нити дође до процесне сукцесије, стичу се услови да према њој у накнадној парници наступи интервенцијско дејство пресуде. То дејство ће наступити уколико је странка у ранијој парници обавештење трећег лица преко суда затражила благовремено, уколико је обавештење достављањем поднеска уредно извршено и уколико је странка савесно водила претходну парницу.

Треће лице које је било обавештено о парници, у накнадној парници неће моћи да се користи приговором рђавог вођења парнице како би отклонило дејство пресуде која је постала правноснажна. У теорији процесног права истиче се да ће треће лице моћи да истакне приговор рђавог вођења парнице само изузетно, уколико је „прекасно било обавештено о парници или ако успе да докаже да је њен парнични противник нелојално поступао у ранијој парници и својим понашањем и својим парничним пропуштањем допринео да изгуби парницу,..... без обзира што није искоришћена пружена могућност за интервенцију трећег лица“.²⁵

7. Посебан облик обавештавања трећег лица о парници уведен је одредбама ЗПП 2011. Наиме, у улози трећег лица могу се наћи држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Дужност обавештавања ових лица о парници која тече настаје у случају да располагања странака или одлука суда у једној парници могу да утичу на имовинска права и обавезе Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе. Тада суд обавештава заступнике поменутих правних лица о парници која тече.²⁶

И сам законодавац прописује да ће суд да обавести Републичког јавног правобраниоца, односно овлашћеног заступника аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе о парници у којој располагање странака или одлука суда може да утиче на имовинска права и обавезе Републике Србије, односно аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.²⁷ Очигледно је да законодавац редакцијом ове одредбе указује на то да је овај вид обавештавања трећег лица о парници различит

²⁵ Детаљније: Станковић, Г. – Обавештење трећег лица о парници и именовање претходника, Правни информатор, бр. 3/2013, стр. 52; Станковић, Г. – Интервенцијско дејство пресуде, у: Савремене тенденције развоја правних система држава у региону, Зборник радова међународног научног скупа „Правнички дани Проф. др Славко Царић“, Правни факултет за привреду и правосудје, Универзитет Привредна академија, Нови Сад, стр. 320.

²⁶ Суд обавештава о парници Републичког јавног правобраниоца, овлашћеног заступника аутономне покрајине или овлашћеног заступника локалне самоуправе.

²⁷ Видети: чл. 221. ст. 3. ЗПП РС.

од обавештавања трећег лица о парници, а када то није држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.

Ова два облика обавештења трећег лица о парници се разликују по томе ко иницира обавештење, који се интереси штите самим обавештавањем трећих лица о парници која тече, као и по начину на који се обавештење спроводи.

Прво, када се ради о обавештавању трећих лица о парници, суд то чини на иницијативу странке. Странке, тужилац или тужени, могу преко и посредством суда да обавесте треће лице о парници да би се тиме засновало одређено грађанскоправно дејство. Дакле, до обавештавања трећег лица о парници долази на иницијативу једне од странака. Када се ради о обавештавању заступника правних лица (државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе) ради се о обавештењу по службеној дужности. Како и сам законодавац прописује, суд ће обавестити заступнике правних лица о парници у којој располагање странака или одлука суда може да утиче на имовинска права и обавезе Републике Србије, односно аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе. У том смислу, када говоримо о обавештењу трећег лица о парници увиђамо два облика овог института – обавештење на иницијативу странака преко и посредством суда и обавештење по службеној дужности.

Обавештење трећег лица о парници на иницијативу странака и по службеној дужности разликују се и по томе који се интереси самим обавештавањем штите. У првом случају, када до обавештавања трећег лица долази на иницијативу странака, обавештење трећег лица о парници има за циљ заштиту интереса саме странке. С друге стране, циљ обавештења по службеној дужности је заштита јавних интереса – имовинских права и обавеза Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе. Фактички, суд обавештава надлежни државни орган да се пред судом води парница у којој располагања странака или одлука суда могу тангирати њихова права и обавезе и самим тим пружа могућност да предузму радње поводом покренуте парнице како би своја права и интересе заштитили.²⁸ Речју речено, суд је дужан да Републичког јавног правобраниоца, односно овлашћеног заступника аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе обавести о пресуди коју ће тек донети и на тај начин превентивно омогући заштиту права и интереса трећих лица.²⁹

²⁸ Петрушић, Н. – Симоновић, Д. – Коментар Закона о парничном поступку, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 461.

²⁹ У том смислу: Станковић, Г. – Обавештење трећег лица о парници и именовање претходника, Правни информатор бр. 3/2013, стр. 54.

Законодавац је унео одређену неизвесност не прописујући и не регулишући поступак обавештавања правних лица по службеној дужности. Када се ради о обавештавању трећих лица о парници на иницијативу странака, законодавац прописује да странка то чини путем поднеска, у коме је наведен разлог обавештења и стање у коме се парница налази. Када је у питању обавештење по службеној дужности ова правила нису прописана законским текстом. Логично је да се и у овом случају ради о адхезионом поступку који се придружено води уз парницу која тече. Такође, сасвим је извесно да ће суд у обавештењу које се упућује правном лицу морати да обавести то лице о самој парници која је покренута, ко су странке у поступку, шта је предмет парнице, какве су правне природе захтеви странака истакнути у тужби и противтужби, каква је садржина одговора на тужбу, као и означавање у ком се стадијуму налази парница у којој располагање странака или одлука суда могу утицати на имовинска права и обавезе Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе. Несумњиво је такође, да обавештење мора да садржи и разлог због кога се само обавештење упућује по службеној дужности како би се обавештена трећа лица упознала са стањем ствари и стањем у поступку а у циљу сагледавања могућности за предузимање одређених активности поводом парнице која је у току.³⁰

8. Разлог за обавештавање Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе у парници која је у току јесу располагања странака или одлука суда која може да тангира имовинска права и обавезе ових правних лица. Одредбама ЗПП РС прописано је да странке могу да слободно располажу својим захтевима али и када суд неће дозволити располагања странака. По правилу, странке могу слободно да располажу захтевима које су поставиле у току поступка³¹ те у том смислу могу да се одрекну свог захтева, да признају захтев противне странке и да се поравнају. С друге стране, суд неће да дозволи располагања странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком, правилима морала и добрим обичајима.³² Суд о располагањима странака води рачуна у току читавог поступка по службеној дужности. Анализом законске одредбе из чл. 221. ст. 3. ЗПП РС може се констатовати да суд обавештава трећа лица када располагања странака или одлука суда могу утицати на имовинска права и обавезе и да законодавац није мислио само на располагања странака из одредбе из чл. 3. ст. 3. ЗПП РС већ и на она располагања странака која имају снажан утицај на судску одлуку. Сасвим

³⁰ Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 185.

³¹ Чл. 3. ст. 2. ЗПП РС.

³² Чл. 3. ст. 3. ЗПП РС.

је исправно мишљење заступљено у процесној литератури да је законодавац „имао у виду располагање процесним материјалом којим странка директно утиче на судску одлуку јер утиче на формирање чињеничне подлоге на коју ће суд применити материјално право и донети одлуку о основаности тужбеног захтева“.³³ Дакле, ради се о специфичној могућности за туженог да може својим располагањем процесним материјалом да изазове доношење судске одлуке.

Наиме, одредбом из чл. 291. ст. 2. ЗПП РС прописано је да председник већа може у току припремања главне расправе, после пријема одговора на тужбу, да донесе пресуду ако утврди да међу странкама нису спорне чињенице и да не постоје друге сметње за доношење одлуке. Ради се о томе да суд у припремном поступку може донети пресуду без одржавања усмене расправе или пресуду на основу неспорног стања ствари онда када тужени у одговору на тужбу призна чињенице на којима се заснива тужбени захтев тужиоца истакнут у тужби. Тужени не признаје тужбени захтев и тиме изазива доношење пресуде на основу признања тужбеног захтева већ само признаје чињенице на којима се заснива тужбени захтев или их не оспорава, те суд у тој ситуацији доноси пресуду без усмене расправе. Управо признање чињеница на којима се заснива тужбени захтев може бити повод за обавештење трећег правног лица о парници и то у случају да тужени призна чињенице које не постоје и на тај начин утиче на судску одлуку посредним путем. С друге стране, и када се не ради о чињеницама које не постоје, само признање чињеница на којима се заснива тужбени захтев представља располагање процесним материјалом које директно утиче на судску одлуку, те је то и разлог за обавештавање Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе о покренутој парници јер располагање странака или одлука суда могу утицати на њихова имовинска права и обавезе.³⁴

Као што је речено, интервенцијско дејство пресуде представља једно од дејстава обавештења трећег лица о парници. Када је у питању обавештење трећег лица о парници по службеној дужности, ово дејство законом није предвиђено. Тачније, законом је изричито прописано да на интервенцијско дејство пресуде има право да се позива само странка која

³³ Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 185.

³⁴ Видети: Станковић, Г. – Обавештење трећег лица о парници и именовање претходника, Правни информатор бр. 3/2013, стр. 53. Ако је суд евентуално посумњао да странка располагањем процесним материјалом уствари жели да располаже захтевом којим се не може располагати, он може применом истражног начела испитати чињенични основ одлуке, доказивати истинитост чињеница које нису спорне и спречити располагање које је недозвољено.

је посредством суда обавестила треће лице о парници.³⁵ Како законодавац ово дејство изричито не предвиђа, логично је да је оно искључено и да се на ово дејство не могу позивати странке из парнице у којој је треће лице о њој обавештено по службеној дужности.

9. Када су у питању процесни системи земаља у региону, институт обавештења трећег лица о парници регулисан је законским нормама. Закон о парничном поступку Црне Горе³⁶ у одредби из чл. 210. ст. 1. прописује да „ако тужилац или тужени треба да неко треће лице обавијесте о отпочетој парници да би се томе засновало извјесно грађанско – правно дејство, они могу, све док се парница правноснажно не доврши, то учинити поднеском преко парничног суда, у коме ће навести разлог обавјештења и у каквом се стању налази парница“. Такође, и одредбама ЗПП ЦГ прописано је да странка која је треће лице обавестила о парници не може због тога тражити прекид отпочете парнице, продужење рокова или одлагање рочишта.³⁷ Скоро идентичне одредбе о обавештењу трећег лица о парници садржане су и у чл. Закона о парничном поступку Републике Хрватске,³⁸ чл. 204. Закона о парничном поступку Републике Словеније,³⁹ чл. 199. Закона о парничном поступку Републике Македоније⁴⁰ и чл. 372. Закона о парничном поступку Републике Српске.⁴¹ Евидентно је да се сва законска решења односе на обавештење трећег лица о парници на иницијативу странке у ситуацијама када се самим обавештавањем ствара могућност за заснивање извесног грађанскоправног дејства. Странке то чине поднеском, преко и посредством суда, уз означање обавезних елемената поднеска – разлога за обавештење трећег лица о започетој парници и означање стања у коме се парница налази. Такође, као и у нашем праву, странка која је обавестила треће лице о парници самим тим нема овлашћење да захтева прекид парнице, продужење рокова или одлагање рочишта.

Неспорно је, исто тако, да у одредбама процесних закона земаља у региону нема законских правила о обавештавању трећег лица о парници по службеној дужности и наступању интервенцијског дејства пресуде према обавештеном трећем лицу.

³⁵Чл. 221. ст. 4. ЗПП РС.

³⁶Видети: „Службени лист Републике Црне Горе“ бр. 22/2004, 28/2005, 76/2006 и „Службени лист Црне Горе“ бр. 73/2010. У даљем тексту: ЗПП ЦГ.

³⁷Видети: чл. 210. ст. 2. ЗПП ЦГ.

³⁸Видети: „Народне новине“ бр. 148/2011, пречишћени текст.

³⁹Видети: Закон о pravdnem postopku, „Uradni list Republike Slovenije“ br. 73/2007.

⁴⁰Видети: Закон за парничната постапка, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 7/2011.

⁴¹Видети: „Службени гласник Републике Српске“ бр. 58/2003.

10. Несумњиво је да обавештење трећег лица о парници представља специфичан процесни институт. У зависности од интереса који се обавештењем штите законодавац је регулисао како обавештење на тражење странке тако и обавештење трећег лица о парници по службеној дужности. У сврху заштите интереса саме странке, са циљем да наступи извесно грађанскоправно дејство, странке могу тражити од суда да обавести треће лице о парници. Странке то од суда траже поднеском а суд, доносећи решење о обавештењу, посредује и обавештава треће лице о парници о чему се саставља доставница. С друге стране, када располагања странака или одлука суда могу утицати на имовинска права и обавезе Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, суд по службеној дужности обавештава овлашћеног заступника ових правних лица. У случају обавештавања по службеној дужности, штите се јавни интереси државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе.

Законодавац је, чини се, могао да овај вид обавештавања регулише одредбама посебног члана закона и под посебним насловом. Наиме, на тај начин би се извршила јасна дистинкција између обавештења трећег лица о парници на тражење странке и обавештавања по службеној дужности када се о отпочетој парници обавештава држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе а у циљу заштите њихових имовинских права и обавеза. Обавештење о парници по службеној дужности је несумњиво значајно јер има улогу превентивног спречавања повреде права и интереса државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе пресудом која ће бити донета у парници која је покренута.

Када су у питању дејства обавештавања трећег лица о парници веома је значајно то што је прописано наступање интервенцијског дејства пресуде, што у каснијој парници представља погодност за странку која је тражила обавештење трећег лица о парници а уједно санкцију за обавештено треће лице које је остало процесно пасивно. Такође, елиминисање овог дејства пресуде у случају обавештавања по службеној дужности указује на чињеницу да се и на овај начин штите интереси Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе.

Vladimir Boranijašević, LL.D
Associate Professor

NOTIFICATION OF THE THIRD PARTY ON THE LITIGATION

Summary

Notification of the third party on the litigation represents a specific process concept. Both the prosecutor and the prosecuted, as civil parties, can inform the third party on the initiated litigation by means of the court. When necessary, in order to establish certain civil-legal action, the parties inform the third party on the on-going litigation, by means of a submission with a certain contents, until the legal finalization of the litigation, with an intercessory role of the court.

By means of its decrees, the Law on Legal Proceedings of the Republic of Serbia regulates this process concept, introducing some novelties. Besides the previously existing and regulated notification of the third party on the litigation on the request of the party, by means of the court, the law also regulates the notification of the third party on the litigation *ex officio*. In situations when a disposition of the parties or a decision of the court in litigation may affect the property rights and obligations of the Republic of Serbia, autonomous province or unity of local government, the legislator, striving to protect the public interest, has regulated the notification on the litigation *ex officio*. In this case the court is obliged to inform the Republic Attorney General, or the authorized representative of the autonomous province or unity of local government on the verdict to be brought, and this way preventively enable the protection of rights and interest of third parties.

In the paper, the author analyzes the very concept, its specific legal nature and characteristics of the notification procedure. It has been pointed to the reasons which lead to notification of the third party on the litigation, to the differences between the notification of the third party on the litigation initiated by the parties and the notification *ex officio*. Material-legal and process-legal effects of the notification of the third party on the litigation have also been dealt with.

ОДГОВОРНОСТ У СЛУЧАЈУ УДЕСА ИЗАЗВАНОГ МОТОРНИМ ВОЗИЛИМА У ПОКРЕТУ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Апстракт: Рад се бави настанком међусобне одговорности ималаца моторних возила у случају удеса (судара) изазваног моторним возилима у покрету, при чему може настати штета на страни ималаца моторних возила или на страни трећих лица. Разматраћемо одговорност и штету која настаје на страни ималаца моторних возила.

Ова врста одговорности има ту специфичност што подразумева међусобно учешће две опасане ствари које проузрокују узајамну штету када су у покрету.

Правила која то питање регулишу позната су под називом посебни случајеви објективне одговорности. Овде се може појавити правно питање, да ли кривица (субјективна одговорност) може и треба да буде основни критеријум код регулисања ове одговорности.

Разматраћемо и правичност као правни основ одговорности код ове врсте штете. Овај правни институт регулише само случајеве када возилом управља ималац возила а не и друго лице.

Кључне речи: одговорност код удеса, правна питања, настанак одговорности, одговорност према Закону о облигационим односима, правна критика датих решења.

1. Уместо увода: Појам одговорности у случају удеса изазваног моторним возилима у покрету

Безбедност саобраћаја јавља се као главна потреба савременог човека а посебно безбедност друмског саобраћаја. Безбедност саобраћаја се не може посматрати одвојено од одговорности за удес који се дешава у саобраћају.

Зато је циљ рада да прикаже основне концепције одговорности код удеса изазваног моторним возилима у покрету, а према Закону о облигационим односима.

Појам моторног возила преузели смо из Закона о безбедности саобраћаја на путевима¹

* Доцент

¹ Закон о безбедности саобраћаја на путевима “ Сл.гл. РС “ бр.41/2009, 53/2010 и 101/2011.

Према (чл.6.ст.1. т.33.) моторно возило је „возило које се покреће снагом сопственог мотора, које је по конструкцији, уређајима, склоповима и опреми намењено и оспособљено за превоз лица, односно ствари, за обављање радова, односно за вучу прикључног возила, осим шинских возила“.

Закон не дефинише опасну ствар, нити врши набрајање опасних ствари.

Сматрамо да моторно возило није опасна ствар по самим својствима (када је у стању мировања) и под условом да је прописно паркирано, видети (чл. 62-68.) Закона о безбедности саобраћаја на путевима.

Моторно возило могли би се сматрати опасном ствари, када се стави у погон, када се креће снагом свог мотора великом брзином, јер човек тада моторно возило тешко може потпуно контролисати, возило тада представља опасност и за трећа лица, јер ствара велику кинетичку енергију која у једном моменту може постати рушилачка. Нагли развој саобраћаја, узрокује већи број саобраћајних несрећа, које изазивају повећану опасност по околину. Због тога, а и других разлога законодавац је у (чл.173-177.) ЗОО регулисао одговорност за штету од опасне ствари или опасне делатности².

Поред општих правила о објективној одговорности за штету која настане од опасних ствари или опасне делатности, која се не заснива на кривици, већ на последици повећаног ризика за настанак штете, постоје и посебна правила за регулисање одговорности за штету која настане од појединих опасних ствари или опасних делатности.

Тако је у (чл.178.) ЗОО регулисана одговорност за штету која настане у случају удеса изазваног моторним возилом у покрету. Овај члан садржи посебна правила за регулисање одговорности за штете причињене у удесу изазваном моторним возилима у покрету. Та посебна правила позната су под називом посебни случајеви објективне одговорности. ЗОО не регулише посебним одредбама све најважније случајеве проузроковања штете који настају од појединих опасних ствари. Закон регулише случајеве проузроковања штете од возила када дође до удеса (судара) тог возила са моторним возилом у покрету другог имаоца или других ималаца возила. Дакле када тим возилом управља ималац моторног возила.

На друге случајеве проузроковања штете моторним возилом примењују се општа правила о одговорности за штету од опасне ствари и

² Закон о облигационим односима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/03 - Уставна повеља, у даљ. тексту ЗОО.

опасне делатности (општа правила о објективној одговорности), или правних правила, односно услова за осигурање корисника, односно ималаца моторних возила од одговорности, за штете причињене трећим лицима и то сваке осигуравајуће организације посебно, као и правна правила која важе у другим гранама права, нпр. право осигурања и др. Овде треба поменути и правичност (случајеви накнаде штете који нису обухваћени кривицом штетника, ни створеним или контролисаним ризиком) која се може појавити као правни основ одговорности код ове врсте штете.

Да би смо приказали оправданост овог мишљења најпре ћемо говорити о одговорности код удеса, а потом о правним питањима ове одговорности, настанку одговорности у случају удеса изазваног моторним возилима у покрету (кроз примену правних правила), регулативи те одговорности у ЗОО (de lege lata) и правној критици законског решења (de lege ferenda).

2. Правна питања код одговорности у случају удеса изазваног моторним возилима у покрету

Ова врста одговорности подразумева међусобно учешће две опасне ствари (моторних возила у покрету) у проузроковању узајамне штете. Тада се може поставити више правних питања.

Прво, може се поставити питање да ли треба у случају судара, применити правила о одговорности по основу кривице (субјективна одговорност) нпр. у случају судара два возила, један возач је искључиво крив, и тада је очигледно да треба применити субјективну одговорност, тј. применити правила о одговорност по основу кривице (чл.154. ЗОО). Она подразумева обавезу да се накнади штета која је другом проузрокована кривицом штетника.

Друго, ако постоји обострана кривица да ли треба применити код одговорности за укупну штету, правила пребијања (компензације) за укупну претрпљену штету, па исту уредити сразмерно степену кривице имаоца, како предвиђа (чл.178.ст.2.) ЗОО, или штету поделити између ималаца моторног возила.

Треће, ако нема кривице ни једног имаоца која правила применити за њихову одговорност (одговарају на равне делове, ако разлози правичности (материјално стање штетника и оштећеника) не захтевају што друго, (чл.178.ст.3.) ЗОО или одговорност другачије одредити.

Четврто, да ли има места примени правила о објективној одговорности за штету која настане од опасне ствари или опасне делатности.

3. Настанак одговорности у случају удеса изазваног моторним возилима у покрету

Међусобна одговорност имаоца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима није била законом регулисана све до доношења Закона о облигационим односима 1978. године. Поменути закон подразумева употребу моторног возила када одређује одговорност у случају наступања саобраћајног удеса изазваног моторним возилом у покрету.

Сматрамо да је возило у употреби и када није у погону, ако се налази на јавној саобраћајници, непрописно паркирано, јер се тада јавља као опасна ствар која угрожава друге учеснике у саобраћају, видети (чл.62-68.) Закона о безбедности саобраћаја на путевима .

До ступања на снагу ЗОО судови су приликом решавања међусобне одговорности имаоца моторних возила примењивали одредбе члана 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6.априла 1941.године и за време непријатељске окупације.³

Предметна материја била је регулисана одредбама параграфа 3 ст. 1. 2. и 3. бившег аустријског Законика о јемчењу за штете проузроковане од моторних возила,⁴ у вези са правним правилом из пар.1295. аустријског Грађанског законика,⁵ односно правног правила из пар.800. српског Грађанског законика.⁶

Према наведеним одредбама узајамна одговорност имаоца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима заснивала се на кривици која је морала бити доказана.

Дакле овде је правило о објективној одговорности имаоца моторног возила за штете проузроковане моторним возилом искључено за случај међусобне одговорности имаоца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима.

³ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, Сл. лист ФНРЈ, бр. 86/1946.

⁴ Аустријски Закон о јемчењу за штете проузроковане од моторних возила од 9. 8. 1908. године, предвиђа да се Закон не примењује на узајамне захтеве накнаде из оштећења лица подложних јемчењу или њихових ствари, које потичу из догађаја који је проузроковао штету, било да је тај догађај настао вођњом једног моторног возила или сударом моторних возила узајамно. Право на накнаду се регулише по правилима грађанског права.

⁵ Одре. пред. да је свако овлашћен да тражи од штетника накнаду штете коју му је кривицом проузрок, било да је проузрок. непоштовањем уговор.обавеза, или без везе са уговором.

⁶ Одредба пар. 800 српског Грађанског законика од 1844. године предвиђа да ко другоме штету учини мора је накнадити.

Ово са разлога, што се сматрало да кривица треба да буде основни критеријум међусобне одговорности имаоца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима, а објективна одговорност може да буде само помоћни критеријум за деобу укупне штете када не постоји кривица имаоца моторног возила. Сматрамо да примена објективне одговорности за међусобне штете имаоца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима не би била правична.

Тако за случај судара моторних возила истог обима опасности (возила су исте снаге, кубикаже и тежине), имаоци тих возила би сносили насталу штету у једнаком износу, мада је можда само један од њих проузроковао судар. Нпр. на кривини пута у оба смера, једно моторно возило, пређе на део коловоза намењеног за возила из супротног правца и изазове судар с другим возилом.

У том случају не би било праведно да и власник возила који се правилно кретао у том случају сноси одговорност за штету у истом износу као и власник возила који се неправилно кретао и изазвао судар. Зато се кривица намеће као основни критеријум за одлучивање о примени наведених околности.

4. Одговорност имаоца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима у покрету према Закону о одблгационим односима

Као што смо навели моторно возило није опасна ствар када мирује, и ако је прописано паркирано. Оно то постаје стављањем у покрет или употребом, па је законодавац зато регулисао штету проузроковану моторним возилом у покрету.

Узајамна одговорност ималаца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима у покрету у нашем праву регулисана је одредбама (чл.178. ст. 1, 2. и 3.) ЗОО.

Како се у тексту наведених одредби најпре говори о искључивој кривици једног имаоца ако она постоји, затим о одговорности ималаца моторних возила сразмерно степену своје кривице, ако постоји обострана кривица и на крају, о одговорности на равне делове ако разлози правичности не захтевају што друго, може се поставити питање, како у конкретном случају решавати узајамну одговорност ималаца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима.

У одредби (чл.178.ст.1.) ЗОО , предвиђено је да се, у случају незгоде изазване моторним возилом у покрету која је проузрокована искључиво кривицом једног имаоца, примјењују правила о субјективној одговорности (одговорност по основу кривице).

То значи да ако је за удес, а тиме и за насталу штету, искључиво

крив један ималац моторног возила, он сам сноси своју штету и у исто време сноси штету која је настала имаоцу, односно имаоцима другог, односно других возила.

Сматрамо да је ово решење у закону исправно с обзиром на већ изнети став и истовремено одговор на прво постављено правно питање.⁷

Одредба чл.(178.ст.2.) Закона о облигационим односима предвиђа случајеве када постоји обострана кривица и одређује да, у том случају, сваки ималац моторног возила сноси део од укупне штете који одговара његовој кривици.

Може се рећи да кривица код узајамне одговорности ималаца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима, имајући у виду цитирани члан закона има двоструку улогу. „Она је основ одговорности и мерило расподеле укупне штете“.⁸

И ми прихватамо тај став, и дајемо одговор на друго постављено правно питање уз корекцију да би требало да се штета одређује комбиновано, сразмерно степену кривице имаоца моторних возила, али узимајући у обзир и разлоге правичности као највиши степен врлине праведности када конкретне прилике случаја то захтевају.

Одредба (чл.178.ст.3.) Закона о облигационим односима предвиђа случајеве непостојања кривице ни једног имаоца моторног возила за штету изазвану моторним возилима у покрету. У том случају имаоци одговарају на равне делове, ако разлози правичности не налажу неко другачије решење.

Наиме, суд је прво дужан да у спору утврди да ли у конкретном случају постоји кривица за штетни догађај једног имаоца моторног возила у покрету, односно употреби или постоји обострана кривица, па ако утврди да кривице нема ни код једног од ималаца моторних возила, одлучиће да имаоци моторних возила одговарају на равне делове за насталу укупну штету, ако разлози правичности не захтевају што друго.

Овде закон даје суду овлашћење да с обзиром на околности случаја када су у питању разни степени повећане опасности нађе правичну сразмеру сходно свом судијском уверењу. Веће возило, возило са већом снагом, кубикажом и тежином је опасније возило те треба да одговара за већи део штете.⁹ Ово правило се може применити и у случају

⁷ Исто, И. Каладић, Колизија одговорности ималаца моторних возила за штете изазване моторним возилима у покрету, “Правни Живот“ бр.1.1989. стр. 245.

⁸ Исто: И. Каладић, оп. цит. стр. 246.

⁹ Исто: С. Перовић, В. Круљ оп.цит. стр. 498, О. Антић, Облигационо право, ЈП Сл.ужбени Гласник, Београд. 2009. стр.500. исто : Б. Благојевић В. Круљ Коментар Закона о облигационим односима, Савремена Администрација Београд, 1980. стр.

када су имовинске прилике ималаца моторних возила изразито различите, или различите опасности по имаоце возила.¹⁰

Дакле, ако нема кривике ни једног имаоца, имаоци одговарају по правичности. Ово и са разлога што је одговорност ималаца на равне делове обухваћена разлозима правичности.

Тако нпр. можемо замислити случај двојице ималаца мотоцикла исте врсте, који возе из супротних смерова, и изненада оба возача мотоцикла, скрећу лево односно десно, један према другом и на путу дође до судара, при чему настане на сваком мотоциклу штета у једнаком делу. У том случају ни један од возача мотоцикла није скривио штетни догађај, али до одговорности за штету ипак је дошло.

Разлози правичности говоре да у овом случају возачи мотоцикла сnose насталу штету на једнаке делове. Сваки возач треба другоме накнадити једну половину штете и сносити једну половину своје штете. Ни једна околност не указује на то да би један возач трабао сносити штету више или мање од једне половине, па је правично да штету сnose на равне делове. У конкретном случају се њихови међусобни одштетни захтеви у потпуности компензирају, тако да један другом немају шта плаћати, што значи да сваки ималац мотоцикла сноси своју шлету.

Можемо замислити и случај у истом примеру да на мотоциклима није настала штета у једнаком делу. Возач А претрпи штету од 50.000 динара, а возач Б штету од 100.000 динара. Ако узмемо у обзир да одговарају за штету у једнаком износу, возач А дугује возачу Б накнаду у износу од 50.000 динара, и сноси своју штету у износу од 25.000 динара, док возач Б дугује возачу А накнаду у износу од 25.000 динара, а сноси своју штету у износу од 50.000 динара.

Након компензације, потраживање возача А према возачу Б у целости се гаси, а возач Б према возачу А има потраживање у износу од 25.000 динара. Укупна штета износила је 150.000 динара, и сваки возач ће је сносити у износу од 75.000 динара. Наиме, возач А ће коначно сносити своју штету од 50.000 динара и платиће возачу Б, на име накнаде, 25.000 динара, а за возача Б штета од 100.000 динара ће се смањити на 75.000 динара, јер ће му возач А платити 25.000 динара.¹¹

У овом случају разлози правичности налажу да возачи мотоцикла не би требало да сnose штету на равне делове, већ треба тражити неки други модус (нпр. имовно стање ималаца мотоцикла) и одредити да штету не сnose на равне делове, већ да мањи део штете сноси ималац мотоцикла

499“.

¹⁰ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, Облигационо право, Београд, 1987. стр. 428.

¹⁰ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, Облигационо право, Београд, 1987. стр. 428.

¹¹ Пример преузет, И. Каладић, оп.цит. стр.247.

који је слабијег имовног стања.

Или замислимо случај судара имаоца последњег модела возила „мерцедеса,, и имаоца возила „пунто,, старог десет година до којег је дошло без кривице возача. Очигледно је да разлози правичности у наведеном случају указују на то да имаоци наведених возила не могу да одговарају за укупну штету на равне делове, јер возила не изазивају исти степен повећаног ризика по околину, возила нису исте величине, кубикаже, тежине итд.

То исто важи и у случају судара, нпр. путничког возила „пеглице,, и камиона с приколицом који превози угаљ. У наведеном случају ималац теретног возила треба да сносити штету у већем делу него ималац путничког возила. Наиме, теретно возило с обзиром на своју величину, снагу мотора, вредност возила, створени ризик и тежину изазива далеко већу опасност у промету за друге учеснике него што то изазива путничко возило.

Зато је правично узети да ималац теретног возила треба за штету да одговара у већем делу, ако нема кривице ниједног од њих.

Или у случају судара мотоцикла и аутомобила, мотоцикл је опаснији за свог имаоца (возача) него за имаоца аутомобила са којим се сударио¹², па како се ради о различитој опасности погона возила, а нема кривице за судар ни једног имаоца возила, разлози правичности захтевају да они не могу насталу штету сносити на једнаке делове.

5. Правна критика решења датог у закону

Из наведених одредби (чл.178 ст.1, 2.и 3.) Закона о облигационим односима произилази, да је законодавац дао велики значај кривици код одлучивања о међусобној одговорности ималаца моторних возила за штете проузроковане моторним возилима у покрету.

Наиме за штету одговара само онај ималац моторног возила који је крив за насталу штету, или ако постоји обострана кривица, сваки ималац одговара сразмерно степену своје кривице. Тек ако нема кривице ни једног имаоца, штета се расподељује према разлозима правичности. Овде није предвиђена комбинација кривице и правичности као критеријума за расподелу штете између имаоца моторних возила.

Сматрамо да такво схватање није правично а ни оправдано. Замислимо случај судара мотоцикла и тешког теретног возила до којег је дошло услед експлозије истрошене гуме на мотоциклу и скретања

¹² Исто, Коментар ЗОО, С. Перовић, Д. Стојановић, Правни. факултет, Крагујевац 1980. стр. 531.

мотоцикла на леву страну коловоза којом је из супротног смера наилазило теретно возило на којем је дошло до изненадног и неочекиваног отказивања уређаја за кочење и управљање.

Због тога возач теретног возила није могао зауставити возило или скренути и избећи контакт са мотоциклом, тако да је дошло до удара у мотоцикл и гажења његовог возача.¹³

Очигледно је да и на страни возача мотоцикла има кривице за насталу штету, јер је возио мотоцикл с истрошеним гумама, и могао је очекивати експлозију гуме у вожњи.

Такође, овде треба имати у виду да је возач мотоцикла могао претрпети велику штету (тешке телесне повреде), у односу на возача теретног возила, где штета није наступила, или је дошло до незнатне штете, те није правично да оба возача снесу штету на равне делове, тј. у једнаком обиму.

Зато сматрамо да правичност треба узети у комбинацији с кривицом код регулисања одговорности ималаца моторних возила за штете изазване моторним возилом у покрету и то тако што би се прво утврђивала кривица ималаца моторног возила.

Овде се правичност јавља прво као повећана опасност моторног возила у промету за друге учеснике с обзиром на њихову величину, тежину кубикажу и снагу, и друго, треба узети у обзир и друге околности нпр. здравствено стање возача (изненадна несвестица, инфаркт и сл.) као и друге случајеве, нпр. дремања у вожњи, који могу довести до настанка штете на моторном возилу у покрету или употреби.

Сматрамо да то правило важи како у случају искључиве кривице једног имаоца, тако и у случају обостране кривице.

Свакако да тај елемент не би требало узети у обзир при сваком судару моторних возила, већ само у оним случајевима где постоји велика разлика у степену опасности моторних возила у покрету или употреби.

Правичност не би требало узети у обзир при судару аутомобила подједнаке величине, тежине, кубикаже и снаге, али би га требало узети у обзир приликом судара мотоцикла и аутомобила, аутомобила и теретних возила са или без приколице и сл.¹⁴

То би био одговор на треће постављено правно питање.

Што се тиче одговора на постављено четврто правно питање, да ли има места примени правила о објективној одговорности за штету која настане од опасне ствари, сматрамо да се иста може применити, тек кад суд утврди да нема кривице, односно да не постоји субјективна одговорност.

¹³ Пример преузет, И.Каладић, оп.цит. стр. 247.

¹⁴ Исто, И. Каладић, оп.цит. стр. 248.

Ово са разлога што због повећаног ризика за настанак штете, постоје и посебна правила за регулисање одговорности за штету која настане од појединих опасних ствари У конкретном случају ради се о правилима предвиђеним у (чл.178.) ЗОО, која регулишу одговорност у случају удеса изазваног моторним возилима у покрету.

Дакле суд ће најпре применити правила из (чл.178.) ЗОО а затим правила о објективној одговорности за штету која настане од опасне ствари.

Исто тако сматрамо да је законодавац требало у Закону о облигационим односима да дефинише моторно возило као што је то учињено у (чл.192.) Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, друга књига, „Облигациони односи“, Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског Законика Београд, 2009. године.¹⁵

Закључак

Као што је напоменуто ЗОО подразумева употребу моторног возила када предвиђа одговорност у случају наступања саобраћајног удеса изазваног моторним возилом у покрету.

Сматрамо да би било добро да се термин употреба моторних возила дефинише кроз судску праксу која познаје велики број случајева у којима постоји повезаност употребе моторног возила и настале штете.

Такође, сматрамо да Закон о облигационим односима правилно узима кривицу као основ узајамне одговорности за накнаду штете имаоца моторних возила, у случају удеса изазваног моторним возилима у покрету, узимајући у обзир и правила правичности.

Правила објективне одговорности за штете проузроковане моторним возилом треба да пруже већу заштиту само трећим лицима као жртвама употребе моторних возила а не и самим имаоцима моторног возила.

Затим, одредбе нашег облигационог права не садрже и нека важна правила о одговорности за штету која може настати у случају удеса изазваног моторним возилима у покрету.

Нпр. не постоје правила у случају када возилима у покрету нису управљали имаоци возила него друга лица којима је ствар дата на послугу

¹⁵ Чл.192. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, друга књига „Облигациони односи“, Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, Београд, 2009. година гласи: „Моторним возилом сматра се свако возило које се покреће сопственим мотором и које је по својим техничким особинама намењено и оспособљено за превоз. Саставним делом моторног возила сматра се и са њим повезано прикључно возило“.

или закуп, осим ако на те правне односе аналогно не применимо правила о одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности (чл.173-177.) ЗОО.

Исто тако када власник возила, возило преда трећем лицу у државину са овлашћењем да се исти њиме служи, не постоје конкретна облигациона правила за одговорност за штету која може у тим случајевима настати. Сматрамо да држалац возила самим тим што врши одређене радње и што контролише употребу возила исти може и да утиче на обим штете (њено смањење или увећање), те он одговара за евентуално насталу штету употребом моторног возила.

Иста је ситуација и у случају када се као имаоци возила појављују правна и физичка лица, а возилима у покрету су управљала лица која су у радном односу код тих лица.

Сматрамо да та лица у погледу грађанске одговорности за накнаду штете одговарају само по основу кривице, јер за разлику од имаоца и држаоца немају право употребе возила у сопственом интересу.

Ово схватање има основа у (чл.170.) ЗОО, који регулише одговорност предузећа и других правних лица према трећем.

Мислимо, да приликом измена Закона о облигационим односима исти треба допунити у смислу наведених примедби и навести да поред имаоца (сопственика) моторног возила, за штете проузроковане моторним возилима у покрету, треба да одговара и држалац о чему смо се већ изјаснили, а како је то регулисано и у (чл.193. ст.1) Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, друга књига, „ *Облигациони односи*“ Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, Београд, 2009. године. Наведени чл. гласи: „У случају штете у саобраћајној незгоди уз учешће два или више моторних возила која је проузрокована искључивом кривицом сопственика или држаоца, примењују се правила о одговорности по основу кривице „ .

Dušan Novaković, LL.D
Assistant Professor

**RESPONSIBILITY IN CASE OF ACCIDENT CAUSED BY MOTOR
VEHICLES IN MOTION ACCORDING TO THE LAW OF
OBLIGATIONS**

Summary

This article deals with the genesis of the mutual responsibilities of holders of motor vehicles in the event of an accident (crash) caused by motor vehicles in motion, whereby they can cause damage to the holders of a motor vehicles or to any third party. We will consider the responsibility and the damage caused to the holders of a motor vehicles.

This sort of responsibility is specific because it implies which involves the participation of both mentioned parties that cause mutual damage while moving.

The rules governing this issue are known as special cases of strict liability. There may appear a legal issue whether the guilt (culpability) can and should be the primary criterion for regulation of this responsibility.

We will consider fairness as the legal basis for the responsibility for this type of damage. This legal institution governs only in the case that the vehicle is operated by its holder and not some other person.

Јелена Беловић*

БРАЧНИ ОДНОСИ-ПИТАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ ДОМАЋЕГ СУДА У ПРЕДЛОГУ НОВОГ ЗАКОНА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Апстракт: Предлог новог Закона о међународном приватном праву у РС из 2012. године¹, готово у свим битним сегментима прати решења усвојена на нивоу ЕУ. Овај тренд присутан је и по питању надлежности домаћих органа у брачним односима. Поред тога што се у Општем делу Предлога регулишу питања од значаја за заснивање надлежности домаћег суда/и/или/другог органа, у Одељку I, Главе II Предлога који носи назив Брак, секторски је регулисано питање посебне надлежности у погледу заснивања, трајања и престанка брака. Свакако, Предлог прати модерне тенденције, обзиром да се субјектима брачног права сматрају како супружници, тако и ванбрачни партнери.

Кључне речи: брак, брачни спор, надлежност, елемент иностраности, право ЕУ, Предлог ЗМПП-а.

I УВОД

Посматрано у светлу међународног приватног права, у породичним односима је све до недавно, био толерисан „луксуз“ оригиналности и отпора према унификацији правила. У оквиру ЕУ, потреба за унификацијом правила о надлежности и признању и извршењу судских одлука у брачним и породичним односима настала је „одозго“. Наиме, као последица реализације слободe кретања лица све чешће је долазило до успостављања породичних веза између становника различитих држава чланица, односно до повећања броја међународних бракова и развода.

С друге стране, један од основних циљева ЕУ, још од њеног оснивања, јесте успостављање и одржавање Европске уније као простора слободe, безбедности и правде, што нужно захтева и усвајање одговарајућих мера у области судске сарадње. Остваривање овог циља праћено је и одговарајућим мерама које су кореспондирале временском и друштвеном контексту у коме су предузимане.² Иако се односи на

* Доцент

¹ У даљем тексту: ЗМПП; arhiva.mpravde.gov.rs.

² Први покушај у том правцу учињен је усвајањем Бриселске конвенције о надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким

грађанску материју, Бриселском конвенцијом из 1968. године³, а касније и Уредбом, из поља примене искључени су породични, а самим тим и брачни односи. Насупрот чињеници да су брачна питања остала ван обима сарадње између држава чланица ЕУ/ЕЗ, стајала је животна реалност, као логична последица интеграционог процеса, односно процеса успостављања заједничког тржишта. Потреба за сарадњом у овој области резултирала је потписивањем нове Конвенције о надлежности, признању и извршењу пресуда у брачним питањима (Брисел II Конвенција) из 1998. године, која никада није ступила на снагу, већ су њена решења преточена у уредбу као инструмент секундарног права, што је довело до усвајања Уредбе бр.1347/2000 о надлежности, признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу оба супружника.⁴ Ова Уредба важила је веома кратко, до 2005. године, када је замењена Уредбом бр. 2201/2003 од 27.11.2003. године.⁵ Уредба носи назив Брисел IIа Уредба или Брисел *Ibis* и тренутно је на снази у оквиру ЕУ.

Како би се употпунио јасан правни оквир за одређивање надлежности у породичној материји у оквиру ЕУ, у фази предлога су још две уредбе којима се регулише питање надлежности у породичним односима: Предлог Уредбе Европског парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинског режима (СОМ(2011)125), (СОМ(2011)127), SEC(2011)327), SEC(2011)328), и Предлог Уредбе Европског парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука које се односе на имовинске последице регистрованих партнерстава (СОМ(2011)125), (СОМ(2011)126), SEC(2011)327), SEC(2011)328).⁶

Један од веома важних корака ка хармонизацији породичног права несумњиво је и стварање заједничких стандарда поводом заштите људских права кроз примену Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода из 1950. године, у чему је од несумњивог значаја рад Европског суда за људска права. Процес хармонизације паралелно се одвија и унутар Савета Европе деловањем и радом

стварима из 1968. године. Конвенција је након ступања на снагу Амстердамског уговора из 1997. године, замењена Уредбом Савета бр. 44/2000 од 22.12.2000. године о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима, а која је ступила на снагу 1.03.2002. године.

³ Више о Бриселској конвенцији видети у : В. Ракић-Водинелић, „Грађанско процесно право Европске уније“, *Право Европске уније*, Зборник радова, Службени гласник, Београд, 1996, стр. 239-258.

⁴ OJ L 160/19, eur-lex.europa.eu/homepage.html

⁵ OJ L 338/1, eur-lex.europa.eu/homepage.html

⁶ eur-lex.europa.eu/homepage.html

специјализованих агенција, као и путем бројних препорука Комитета министара СЕ у вези са породичним правом.

Одлуком Савета од 5. октобра, 2006. године ЕУ је, у својству регионалне привредне организације, приступила Хашкој конференцији за међународно приватно право. Хашка конференција готово више од пола века ради на пољу унификације међународноприватноправних правила. Сврха приступања Европске уније Хашкој конференцији међународног приватног права састоји се у томе што Европска унија има нову улогу међународног актера у области судске сарадње у грађанским стварима, као и у области доношења аката у области сукоба закона, грађанског судског поступка, међународне правне помоћи и др.⁷ Један од најважнијих циљева деловања и рада Хашке конференције јесте унапређивање међународне судске и административне сарадње на пољу заштите породице и деце. Велики је значај Хашке конференције, као и приступања Европске уније тој организацији за Републику Србију, обзиром да је Србија чланица Хашке конференције, као и потписник неколико Хашких конвенција. На пољу породичних односа, од изузетне важности је Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године.⁸

II ОДРЕЂИВАЊЕ ПРЕДМЕТА

Предмет брачног права чине брак и брачни односи, као и односи из ванбрачне заједнице. Дакле, субјекти брачног права јесу супружници, али и ванбрачни партнери. Корпус брачног права чине, пре свега, лични односи супружника и ванбрачних партнера који, по правилу, одражавају суштину брака, али и имовински односи који су, по правилу, детаљније правно регулисани.

Брачни спорови јесу спорови поводом ових односа, односно спорови поводом утврђивања постојања или непостојања брака, поништења или развода брака, као и спорови у вези са имовинским односима у брачној или ванбрачној заједници. За овај рад интересантно је питање међународне надлежности, односно питање утврђивања основа за заснивање надлежности домаћих судова у погледу поступања у брачним споровима који се везују за више суверенитета.

За разлику од решења која су прихваћена у важећем Закону о решавању сукоба закона из 1982. године⁹ (у даљем тексту: ЗРСЗ), којима

⁷ В. Чоловић, „Приступање Европске Уније Хашкој конференцији за међународно приватно право“, *Европско законодавство*, бр.27-28, 2009, стр. 35-45.

⁸ *Сл. лист СФРЈ* – додатак Међународни уговори, бр.7/91.

⁹ „*Службени лист СФРЈ*“, бр. 43/1982, 72/82, „*Службени лист СРЈ*“, бр.46/96.

се, између осталог, прописује искључива надлежност домаћег суда у брачним споровима, под условом да је тужени српски држављанин и да има пребивалиште у Србији,¹⁰ Предлог новог ЗМПП-а не садржи норму о искључивој надлежности домаћег суда у брачним споровима.

Принцип координације националних правила налаже заснивање надлежности домаћег правосуђа само у оним предметима који су у блиској вези са домаћим правним поретком и територијом. Овај принцип има за циљ онемогућавање вођења паралелних поступака пред домаћим судом, ако је већ покренута парница пред страним судом (*lis pendes*). Циљ овог принципа јесте и флексибилизација одредби о признању страних судских одлука, које треба конципирати тако да оне осим нужне провере законитости, не отежавају признање, јер би у супротном странке морале поново покренути поступак за заштиту својих права.

III ПРЕДЛОГ ЗМПП-а О НАДЛЕЖНОСТИ У БРАЧНИМ ПРЕДМЕТИМА

ЗРСЗ није потпуни извор материје међународне надлежности органа РС. Материја међународне надлежности је више мање системски регулисана, али само за парнични и ванпарнични поступак, док је надлежност других органа казуистички, несистематски и фрагментарно уређена.¹¹ Међународна надлежност је у Предлогу регулисана на један сасвим нови и модернији начин. Као што смо и напоменули, питање надлежности је у Предлогу секторски регулисано, тако да оно прати и регулисање питања меродавног права за сваки правни однос, односно правно питање појединачно.

Глава II, Одељак I, носи назив *Брак*, и у њој су концентрисана сва питања од значаја за брачне односе са елементом иностраности, а између осталог и питање надлежности, као прво питање са којим се суочавају домаћи органи када пред собом за предмет имају брачни спор са елементом иностраности. Наиме, и логички прво питање које се поставља јесте: *Пред органом које државе ће се водити поступак?*

Уколико хронолошки посматрамо ствари први степен да закорачимо у сферу брачног права јесте склапање брака. У контексту међународне надлежности поставља се питање: *орган чије државе је надлежан да склопи брак са елементом иностраности?* Одговор на ово питање Предлог даје у чл.60, прописујући два алтернативна основа за заснивање надлежности:

¹⁰ Чл. 61 ЗРСЗ-а.

¹¹ Дика М., Кнежевић Г., Стојановић С., *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Номос, Београд, 1991, стр.156.

-држављанство Републике Србије једног од будућих супружника, или
-уобичајено боравиште једног од будућих супружника на територији Републике Србије.

То значи да је тзв. брачни туризам недозвољен, тј. да особе које немају везу преко држављанства или уобичајеног боравишта са РС, не могу на нашој територији да склопе брак.

С друге стране, чл. 61 Предлога је у потпуности усаглашен са међународним стандардима. Овај члан односи се на признање бракова склопљених у иностранству, и као сметњу признању наводи само један услов, а то је *„очигледна супротност са јавним поретком Републике Србије“*. То би рецимо били они случајеви у којима је један од супружника лице млађе од 14 година, или је у питању признавање истополних бракова. То значи да је још једном (једнако као и у важећем ЗРСЗ-у) призната важност максиме *„брак пуноважан у месту закључења, пуноважан је свуда“*.

Када је брак већ склопљен, поставља се питање његових дејстава. Брак се дефинише као трајна заједница живота жене и мушкарца (али се различитост пола не подвлачи у свим националним законодавствима), који са собом носи промене на пољу правног положаја брачних партнера у односу на њихов правни положај пре склапања брака. Те промене настају како на пољу личних, тако и на пољу имовинских односа. Одређивање меродавног права и питање надлежности за регулисање ових односа представљају изузетно сложене проблеме међународног брачног права. Сама дејства брака јесу изузетно сложена и разграната, али постоје и веома значајне разлике у њиховом регулисању у законодавствима различитих држава. Питање надлежности у брачноимовинским односима је по први пут код нас детаљно правно уређено, и то по узору на решења садржана у Предлогу Уредбе Европског парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука у стварима брачноимовинског режима (COM(2011)125), (COM(2011)127), SEC(2011)327), SEC(2011)328).

Надлежност у споровима поводом брачноимовинског режима подељена је у три члана: надлежност у случају смрти једног супружника, надлежност у случају престанка брака разводом или поништајем, као и надлежност у осталим случајевима.

Надлежност у споровима у случају смрти једног супружника регулисана је чл.67 Предлога, који упућује на примену чл.102, који као основ за надлежност домаћег суда предвиђа пребивалиште или уобичајено боравиште оставиоца (преминулог брачног друга) у Републици Србији у

тренутку смрти. Ставом 2 овог члана предвиђени су и неки посебни услови за заснивање надлежности домаћег суда.¹²

Члан 68 који се односи на питање надлежности у брачноимовинским споровима у случају престанка брака разводом или поништењем упућује на чл. 78 који регулише питање надлежности у брачним споровима, о чему ће бити више речи у редовима који следе. Остали случајеви у којима се може засновати посебна надлежност нашег суда издвојени су у посебан члан (чл.69), у коме су побројани посебни основи за заснивање надлежности у питањима брачноимовинског режима, и то:

а) ако је у тренутку покретања поступка уобичајено боравиште супружника у РС, или

б) ако је последње заједничко уобичајено боравиште супружника било у РС, а један од њих и даље има уобичајено боравиште у РС у тренутку покретања поступка, или

в) ако је уобичајено боравиште туженог у тренутку покретања поступка у РС, или

г) ако су супружници у тренутку покретања поступка држављани РС, или

д) ако се имовина која је предмет тужбеног захтева налази у РС.

Ставом 2 чл. 69, дозвољен је и споразум о надлежности суда РС, уколико су супружници споразумом уредили брачноимовински режим и као меродавно изабрали право РС. Споразум из ст.2 мора бити сачињен у писаној форми, датиран и потписан од стране оба супружника.¹³

Предлогом је уређено и питање надлежности у погледу спрова поводом имовинских односа у ванбрачној заједници упућивањем на аналогне одредбе којима се уређује питање надлежности у брачноимовинским споровима, изједначавајући на тај начин брачну и ванбрачну заједницу. Члан 76 којим је ово питање уређено заснива се на Предлогу Уредбе о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука у вези са имовинским односима регистрованих ванбрачних заједница СОМ(2011)127 од 16.03.2011. Међутим, у Предлогу се говори само и искључиво о имовинским односима у ванбрачној

¹² Ако нису испуњени услови из ст. 1 овог члана, суд РС је надлежан за расправљање целокупне заоставштине уколико се имовина која чини заоставштину налази у РС, под условом: а) да је оставилац раније имао уобичајено боравиште у РС, а од тог боравка до покретања поступка није прошло више од пет година, или ако то није случај, б) да је оставилац у време смрти био држављанин РС, или ако то није случај, в) да неки од наследника или легатара има уобичајено боравиште у РС.

¹³ У складу са чл.9 Породичног закона РС: „*имовински односи у породици уређују се законом, а могу се уређивати и споразумно у складу са овим законом*“.

заједници, он не дотиче сферу општих дејтава, мада је несумњиво да ванбрачна партнерства имају последице и на личном плану.

На крају, али не и нужно, брак може престати и поништењем или разводом. Под брачним споровима, у смислу члана 78 подразумевају се спорови за поништај брака (ништави или рушљиви бракови), као и спорови за развод брака. За разлику од питања меродавности права, где се нужно подвлачи и разлика између ова два вида престанка брака, питање надлежности дозвољава једнообразно решење. Наиме, уколико нема основа за заснивање опште надлежности (уколико тужени нема пребивалиште или уобичајено боравиште у РС), надлежност домаћег суда да поступа у брачном спору са елементом иностраности постојаће уколико:

а) супружници имају уобичајено боравиште у РС у тренутку покретања поступка, или

б) је последње уобичајено боравиште супружника било у РС, а један од њих у тренутку покретања поступка и даље има уобичајено боравиште у РС, или

в) у случају споразумног развода брака, било који супружник има уобичајено боравиште у РС у тренутку покретања поступка, или

г) тужилац има уобичајено боравиште у РС у трајању од најмање годину дана непосредно пре покреања поступка, или

д) тужилац, који је држављанин РС, има уобичајено боравиште у РС у трајању од најмање 6 месеци непосредно пре покретања поступка, или

ђ) оба супружника имају држављанство РС.

Решење питања надлежности у брачним споровима у потпуности одговара решењима Уредбе 2201/2003 која је тренутно на снази у ЕУ. Уједно, оно се разликује од важећег ЗРСЗ-а, који у чл.61 познаје редуцирану листу основа за заснивање надлежности домаћег суда у брачним споровима са елементом иностраности.¹⁴

IV ПРАКСА СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

За разумевање нових одредаба садржаних у Предлогу Новог ЗМПП-а у Републици Србији, од несумњиве важности је пракса Суда Европске Уније, која је релевантна за сагледавање тумачења европских

¹⁴ Према првом критеријуму домаћи суд је надлежан уколико су оба брачна друга српски држављани, без обзира на то где имају пребивалиште. Други критеријум јесте да је тужилац српски држављанин и да има пребивалиште у РС. И према трећем, основ за заснивање надлежности домаћег суда постоји и уколико су брачни другови имали своје последње заједничко пребивалиште у РС, а тужилац у време подношења тужбе има пребивалиште или боравиште у РС.

прописа у подручју међународног приватног права. Како су решења садржана у Предлогу донета по узору на европске прописе значај ових тумачења за домаћу правну струку је недвосмислен.

Као једна од илустрација тумачења одредби Брисел Па Уредбе које се односе на питање надлежности у брачним споровима, може нам послужити одлука Суда ЕУ у случају *Laszlo Hadadi vs. Csille Marte Mescko Hadadi*¹⁵.

Наиме, чињенице овог случаја биле су следеће; господин Хадади и госпођа Меско, обоје мађарски држављани, 1979. године склопили су брак у Мађарској. Године 1980. одселили су се за Француску, а године 1985. стекли су и Француско држављанство, тако да су обоје и француски и мађарски држављани. Дана 23. фебруара 2002., господин Хадади је подне захтев за развод брака суду у Пешти. Госпођа Меско је 19. фебруара 2003. код суда *Tribunal de grande instance de Meaux* (Француска) поднела захтев за развод брака због скривљеног понашања брачног друга.

Дана 4. маја 2004. године., што значи након приступања Мађарске ЕУ¹⁶, брак господина Хадидија и госпође Меско разведен је пресудом суда у Пешти. Као што и произилази из одлуке о упућивању захтева за предходним тумачењем, та је пресуда постала правоснажна. Решењем од 8. децембра 2005. породични судија *Tribunal de grande instance de Meaux*, прогласио је недопуштеним захтев за развод брака који је поднела госпођа Меско код тог суда. Дана 12. октобра, 2006. *Cour d' appel de Paris* (Француска) је у жалбеном поступку, поступајући по жалби на решење госпође Меско одлучио да се пресуда о разводу брака суда у Пешти не може признати у Француској, те је након тога захтев за развод брака госпође Меско прогласио допуштивим.

Господин Хадади је против пресуде *Cour d' appel de Paris* уложио касацијску тужбу у којој истиче приговор да је *Cour d' appel de Paris* надлежност мађарског суда одбио искључиво на темељу чл.3, ст.1, тачке а. Уредбе бр.2201/2003, који се односи на уобичајено боравиште брачних другова, не преиспитујући може ли надлежност произилазити из мађарског држављанства оба брачна друга, као што је то предвиђено у чл.3, ст.1, тачки б.

Из тог разлога је *Cour de Cassation* прекинуо поступак и Суду ЕУ упутио следећа питања на предходно тумачење:

1. Треба ли чл.3, ст.1, тачку б. Уредбе бр. 2201/2003 тумачити тако да, ако су брачни другови држављани државе пред чијим је судом покренут поступак, као и држављани неке друге државе чланице

¹⁵ С-168/08 од 16. јула, 2009.

¹⁶ 1. мај, 2004. године.

Европске уније, предност треба дати држављанству државе пред чијим је судом покренут поступак?

2. Ако је одговор на прво питање негативан: Треба ли ову одредбу тумачити тако да, ако су брачни другови држављани обе државе чланице, ова тачка упућије на оно држављанство које је више ефективно?
3. Ако је одговор на предходно питање негативан: нуди ли та одредба брачним друговима додатну могућност избора у смислу да имају могућност покретања поступка пред судом било једне било друге државе чланице чији су држављани?

Према француској теорији и судској пракси, у случају колизије различитих држављанстава домаће увек има предност. Будући да Уредба бр. 2201/2003, као што је то и изнела госпођа Меско, не уређује изричито случајеве заједничког двоструког држављанства, поставља се питање треба ли чл.3, ст.1 ове Уредбе, у случајевима да оба супружника имају заједничко држављанство, тумачити другачије него у случају када имају само једно заједничко држављанство.

Уз бројну и валидно утемељену аргументацију Суд ЕУ заузео је становиште да у случају заједничког двоструког држављанства, суд пред којим је покренут поступак не сме занемарити чињеницу да су странке држављани друге државе чланице, будући да би се особе за заједничким двоструким држављанством третирали као да имају само држављанство државе чланице суда пред којим је покренут поступак. То би наине довело до тога да би те особе у оквиру прелазних одредаба за признање одлука у чл.64, ст.4 Уредбе бр. 2210/2003 биле спречене да се пред судом државе признања позову на чл.3, ст.1, тачка б., како би се засновала надлежност судова друге државе чланице иако су држављани и те државе. Из тог разлога на прво питање треба одговорити да ако суд државе признања сходно чл.64, ст.4 Уредбе мора преиспитати да ли је суд државе чланице порекла био надлежан за судску одлуку сходно чл.3, ст.1, тачка б. ове Уредбе, ова одредба брани суду државе чланице признања да брачне другове, који обоје имају држављанство и те државе, али и државе чланице порекла, сматра искључиво држављанима државе чланице порекла. Тај суд, управо супротно, у обзир мора узети околност да су брачни другови држављани и државе чланице порекла и да су с тога и судови те државе могли бити надлежни за одлучивање у спору.

Друго и треће питање укратко се сводило на следеће: да ли одредбу Уредбе која се односи на надлежност суда за одлуку о разводу брака код особа са двоструким држављанством треба тумачити тако да се у обзир узима само држављанство државе чланице са којом су те особе у најближој вези, тзв. ефективно држављанство (друго питање), или или се

у обзир морају узети оба држављанства, тако да судови обе државе чланице могу бити надлежни те да странке могу слободно бирати суд државе чланице пред којим ће се водити поступак (треће питање).

Према већинском мишљењу, у случају двоструког држављанства сваки брачни друг сходно чл.3, ст.1, тачка б. Уредбе бр.2201/2003 има право да покрене поступак за развод брака пред судовима једне од две државе чланице чије држављанство имају он/она и његов/њен брачни друг. Такође, из самог текста одредбе чл.3, ст.1, тачка б., не произлази да се код примене ове одредбе у обзир може узетисамо „ефективно“ држављанство. Одређивањем држављанства као критеријума надлежности, ова одредба преферира једнозначну и лако примењиву тачку везивања, не предвиђајући никакав додатни критеријум у контексту држављанства, као нпр. његову ефективност.

С тога, на друго и треће питање Суд ЕУ даје одговор да уколико су оба брачна друга имају двоструко двојно држављанство, чл.3, ст.1, тачка б. Уредбе бр.2201/2003 спречава одбијање надлежности судова једне од тих држава чланица, уз образложење да подносилац захтева нема додирних тачака с том државом. Штавише, судови држава чланица чије држављанство брачни другови имају, надлежни су према овој одредби, а супружници могу слободно бирати суд државе чланице пред којим ће спор бити решен.

V ЗАКЉУЧАК

Питању надлежности са аспекта правне праксе, а у односу на предложена решења у Предлогу новог ЗМПП-а, треба прићи као једној великој новини у српском законодавству. Међутим, све што је ново и непознато не мора нужно да представља терет и производи отпор код правних практичара, нарочито уколико се тиме њихов посао олакшава. Одредбе које се односе на надлежност домаћих судова и /или других органа у Предлогу су систематски логично презентоване, заједно са одговором на питање о меродавности права за свако правно питање или правни институт. Оваква структура урађена је по узору на ЗМПП Белгије из 2004. године.

Што се питања надлежности у брачним споровима тиче, она су садржински уређена по узору на европска решења, тако да ће за наше практичаре бити веома пожељно и корисно да прате праксу Суда ЕУ приликом поступања у овим врстама спорова. Тумачење одредаба европских регулатива у овој области представљаће значајан извор информација за нашу судску праксу када Предлог ЗМПП-а постане део нашег позитивног законодавства.

Jelena Belović, LL.D
Assistant Professor

**MARRIAGE-THE JURISDICTION ISSUE IN THE DRAFT ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW CODE OF THE REPUBLIC OF
SERBIA**

Summary

The Draft on Private International Law Code of the Republic of Serbia from 2012, has been prepared taking into account the developments in the European Private International Law. This approach was taken as well in jurisdiction issue in marriage disputes as in other. Beside the fact that General provisions are related to court and non court jurisdiction issues, Subheding I, Chapter II, named as Marriage, separately regulates the jurisdiction issue in context of contracting a marriage, duration and its termination. However, the Draft is in line with modern trends that acknowledge the registered partnerships as subjects of family law.

ОДЛУЧУЈУЋИ ЗНАЧАЈ ИНСТИТУТА INTUITU PERSONAE ПРИЛИКОМ ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

Апстракт: Потреба капитала за освајањем нових тржишта кроз минимална инвестициона улагања може се остварити путем франшизинга као специфичног инвестиционог метода уговорног пословања. Франшизинг је метод уговорне кооперације који омогућава даваоцу франшизе да кроз минимална инвестициона улагања уђе и прошири пословање на циљаном тржишту. Употреба успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици и самосталност у пословању јесу једни од опредељујућих разлога приступања франшизинг мрежи – network-у од стране потенцијалног примаоца франшизе. Уговор о франшизингу је уговор који се закључује с обзиром на лична својства која постоје како на страни даваоца франшизе, тако и на страни примаоца франшизе.

Значај овог научног рада је да се бави личним својствима (прималац франшизе и давалац франшизе) и ефектима института *intuitu personae* који има значаја за закључење уговора о франшизингу.

Кључне речи: уговор о франшизингу, давалац франшизе, прималац франшизе, франшиза, *intuitu personae*

І ЕТИМОЛОГИЈА И ПОЈАМ ФРАНШИЗИНГА

1.1. Етимологија франшизинга

Етимологија термина „франшизинг“ (*franchising*) потиче са англо-америчког говорног подручја где овај институт настаје у савременом облику каквим га данас познајемо. Ипак, иако термин „франшизинг“ (*franchising*) потиче из англо-америчког говорног подручја, он своје извориште налази у старој француској речи *la franchise*¹ која се најчешће користи да би се описала слобода, искреност, отвореност.²

* Доцент

¹ Појам „*franchise*“ – франшиза први пут је употребљена у средњовековној Француској. Франшиза је била назив за уговор закључен између краља и градског савета, на основу кога се градском савету гарантује право управљања у оквиру својих активности, као и у односу између града и државе, а такав франшизни град познат је

Може се истаћи да је франшизинг, а самим тим и уговор о франшизингу, прошао у свом развоју кроз две фазе и то: а) фазу традиционалног концепта и б) фазу интегралног концепта.³ Традиционални концепт франшизинг пословања карактерише уступање права продаје производа уз право коришћења трговачког имена.⁴ За разлику од традиционалног концепта, интегрални концепт настаје – развија са комплекснијим развојем тржишта роба и услуга. Интегрални концепт почива на текћој пословној сарадњи даваоца франшизе⁵ и примаоца франшизе,⁶ која се поред услуга, производа, *trademark*-а, односи на целокупно пословање, маркетинг (*advertising*) стратегије и планове, права интелектуалне својине, контролу, *know-how*, *goodwill*, и методе пословања. Из наведеног се закључује да интегрални концепт франшизинг пословања карактерише јака и континуирана персонална комуникација између даваоца и примаоца франшизе, а из разлога јер давалац франшизе примаоцу франшизе уступа франшизни пакет права – *franchise package*.⁷

под именом „*Ville Franche*“ – Mendelsohn, M., *Franchising in Europe*, London 1992, 107.

² Драшкић, М., *Уговор о франшизингу*, Београд, 1983, 11.

³ Jović, M. B., *Franchising u praksi, istine i zablude*, Kooperacija (franšizing) uslov opstanka malih privrednika i velike kooperacije, Zbornik radova sa sabora malih privrednika održanog u Vrnjačkoj Banji 26-28. XII 1990, 4.

⁴ Овај вид концепта франшизинг пословања јавља се као једноставан концепт, тј. јавља се као однос испоручиоца и продавца, при чему продавац прибавља и део идентитета произвођача. – Спасић, И., *Франшизинг посао*, Београд, 1996, 15.

⁵ Аутор је става да с обзиром да је предмет уговора о франшизингу „франшиза“, заступа становиште да лице које на основу уговора о франшизингу уступа предмет треба називати давалац франшизе – Миљковић, С., *Правни односи код уговора о франшизингу*, докторска дисертација, Нови Сад, 2014, 8.

⁶ Аутор се опредељује за термин „прималац франшизе“, а не за термин „корисник франшизе“ због тога што се као „корисник“ јавља крајњи корисник услуга и потрошач производа чија су права једносмерна. За разлику од „корисника“ „прималац франшизе“ је лице које се налази у правном односу према даваоцу франшизе, с једне стране, тако да се налази и у правном односу према кориснику услуга – крајњем потрошачу, с друге стране. Прималац франшизе има одређена права и обавезе у односу на даваоца франшизе, а такође има и одређена права и обавезе према кориснику услуга. *Ibid*, 8.

⁷ Под пакетом права подразумевају се: право коришћења заштићеног имена даваоца франшизе за проиизвод или услуге, пословни или технолошки методи, *know-how*, процедурални систем и друга права на производно и интелектуално власништво – art. 1., European Code of Ethics for Franchising, доступно на: <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13> (датум приступа: март 2014).

1.2. Појам франшизинга

Потреба капитала за освајањем нових тржишта кроз минимална инвестициона улагања могу се остварити путем франшизинга⁸ као специфичног инвестиционог метода уговорног пословања.⁹ Разлози који се сигурно могу идентификовати, а који утичу на експанзију франшизинг пословања јесу: а) потреба за растом успешних пословних операција и б) способност постизања таквог раста повезивањем са другима који поседују капитал и радну снагу за тако нешто.¹⁰

Значај франшизинга као инвестиционог метода је у томе што се примаоцу франшизе закључењем уговора омогућава приступ развијеном франшизинг *network*-у (мрежи) тј. франшизинг систему.¹¹ Прималац франшизе приступањем франшизинг мрежи користи све предности развијеног и у пракси провереног система пословања даваоца франшизе.¹² Иако је прималац франшизе *de facto* подређен даваоцу франшизе, он ужива правну самосталност тј. послује у своје име и за свој рачун.¹³ Инвестициони ризици нису искључени они и даље постоје али умногоме су мањи него да прималац франшизе започиње самостално са развојем свог пословања. Коришћење успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици и самосталност у пословању представљају опредељујуће разлоге да потенцијални прималац франшизе приступи франшизинг мрежи – *network*-у.

⁸ Појам „*franchise*“ – франшиза први пут је употребљена у средњовековној Француској. У то време франшиза је била назив за уговор закључен између краља и градског савета, на основу кога се градском савету гарантује право управљања у оквиру својих активности, као и у односу између града и државе, а такав франшизни град познат је под именом „*Ville Franche*“ – Mendelsohn, M., *Franchising in Europe*, I Titele, London 1992, 107.

⁹ Франшизинг као специфични инвестициони метод уговорног пословања наједноставније се може окарактерисати као метод продаје роба и услуга.

¹⁰ Mendelsohn, M., *Franchising law*, Second edition, Richmond 2004, 1.

¹¹ Франшизни систем чине давалац франшизе и сви примаоци његове франшизе. На даваоцу франшизе је да осигура рад и раст система те препознатљивост и квалитету марке. Захваљујући заједничкој марки, франшизни систем гради идентитет и репутацију у очима својих купаца. Главни чувар репутације, препознатљивости и вредности је давалац франшизе. Франшизни системи су изграђени на односу који давалац франшизе заснива са примаоцима франшизе. – www.pks.rs/fransizing

¹² Прималац франшизе – *franchisee* користи развијен метод пословања и технологије које је развио давалац франшизе – *franchisor*, а такође и одређене облике интелектуалне својине.

¹³ Прималац франшизе – *franchisee* у односима са трећим лицима наступа самостално и одговара као независан правни субјект.

Производња и дистрибуција робе, а такође и вршење (пружање) услуга на свим нивоима у савременом привредно-трговинском пословању добрим делом су обезбеђени франшизинг трансакцијама.¹⁴ Франшизинг трансакцијама у савременим околностима тржишног пословања¹⁵ обухваћени су произвођачи, продавци на велико и продавци на мало. Изузев ове три категорије учесника који су међу најзначајнијим привредним субјектима франшизинг трансакција, франшизинг трансакција налази своју примену и у областима малопродаје,¹⁶ туризма,¹⁷ хотелијерства,¹⁸ рекреације,¹⁹ разних видова забаве,²⁰ брзе хране и ресторана,²¹ пекарске индустрије,²² пословних (*advertising*, маркетинг, рачуноводства, финансија итд.) услуга,²³ и у осталим терцијарним областима.²⁴

¹⁴ Током 1970. године у САД-у годишња малопродаја остварена од франшизе процењена је на преко 95 милијарди \$, доступно на: <http://www.franchise-law.com/PracticeAreas/Brief-History-of-Franchising.asp> У 2010. години процењени раст промета пословања франшизинг предузећа износи 868,6 милијарди US\$ - The International Franchise Associations Educational Foundation, доступно на: www.franchise.org (датум приступа: децембар 2010).; Услужни сектор у Француској је у току 2010. године чинио преко 60 одсто укупног промета франшизе. Према подацима Federation Francaise de la franchise (FFF) у 2012 години, број франшизинг мрежа је 1658, са укупним бројем запослених од 323.497 и оствареним прометом од 50,68 милијарди евра, доступно на: <http://www.franchise-fff.com/franchise/chiffres-cles/les-chiffres-cles-en-france.html> (датум приступа: новембар 2013).

¹⁵ У ЕУ у току 2010 године процењени раст пословања франшизинг предузећа износи 300 милијарди US\$ - European Franchise Federation Statistics 2010, доступно на: www.eff-franchise.com (датум приступа: децембар 2013).

¹⁶ Walls of Books; 7-Eleven Inc., Street Corner, Learning Express Toys, Freshplus, Apricot Lane Boutique, Petland, итд.

¹⁷ Cruise Planer/American Express, Cruise Holidays, Cruise One, Cruise Holidays, Cruise On, ITrip, Expedia CruiseShipCentres.

¹⁸ Baymont Inn & Suites, Hilton Garden Inn, Inter Continental Hotels Group, Hampton Hotels, Doubletree by Hilton, Par Inn by Radisson, Centerstone Inns, Hotels & Plaza Hotels, Wyndham Hotel Group, Hilton Worldwide, Marriott International, Choce Hotels, InterContinental Hotels Group, итд.

¹⁹ Retro Fitness, Xist Fitness, Amazing Athletes, Max Muscle Sports Nutrition, Medi – Weightloss Clinics Natur house, Snap Fitness, Gold's Gym, Jazzercise, GNC Live Well, итд.

²⁰ Young Rembrandts, Nutty Scientists, Banch to Rock, Tasty Image, StageCoach Theatre Arts Schools, Club Scientific, Discount Part Stores, Young Rembrands, итд.

²¹ Taco Bell, KFC, McDonald's, Burger King, A&W Restaurants, SUBWAY, Pizza Hut, итд.

²² Dunkin Donuts, Tim Hortons, Auntie Anne s Pretzels, Cinnabon, итд.

²³ AArrow Advertising, Crestcom Intl LLC, Colbert/Ball Tax Service, Dynamic Advisory Solutions, Dale Carnegie Training, Murphy Business & Financial Corp, Top Match,

II СУБЈЕКТИ ФРАНШИЗИНГ УГОВОРНОГ ОДНОСА

2.1. Давалац франшизе (*franchisor*)

Давалац франшизе (*franchisor*) је лице заинтересовано да на циљаном тржишту развије и прошири франшизинг пословање. Давалац франшизе на циљаном тржишту најефикасније може развити пословање избором адекватног примаоца франшизе (*franchisee*). Избором адекватног примаоца франшизе давалац франшизе уступа франшизни пакет. Једно од значајнијих питања које се поставља јесте питање квалитета успостављеног односа између даваоца франшизе и потенцијалног примаоца франшизе. Однос који постоји значајан је управо у фази када давалац франшизе врши промоцију франшизинг пословања потенцијалном примаоцу франшизе. Од начина на који давалац франшизе промовише франшизинг, тј. предности франшизинг пословања зависи и успех приступа потенцијалног примаоца франшизе франшизинг *network*-у. Управо од начина презентације односно промоције франшизинга зависи да ли ће једно лице бити заинтересовано да приступи франшизинг пословном систему и да усвоји франшизинг пословање.

Треба истаћи да је давалац франшизе увек или у највећем броју случајева економски јача уговорна страна, док је потенцијални прималац франшизе економски инфериорнија уговорна страна, с тим што и овде постоје одређени изузеци. Давалац франшизе има могућност да одреди квантитативне и квалитативне критеријуме које потенцијални прималац франшизе мора да испуни. За разлику од даваоца франшизе, прималац франшизе не може одређивати услове које давалац франшизе мора да испуни тј. није у могућности да испитује даваоца франшизе због његовог економског положаја. Из овакве асиметрије економске моћи која је у корист даваоца франшизе поставља се питање како и на који начин је могуће да потенцијални прималац изврши квантитативну и квалитативну процену даваоца франшизе?

Веома често када је давалац франшизе заинтересован за одређено циљано тржиште он доста улаже у маркетинг (*advertising*) како би потенцијалног примаоца франшизе убедио да је управо то франшизно пословање најбоље за њега и да му управо оно пружа могућност да остварује приходе које не би остварио да самостално послује. Маркетинг даваоца франшизе може бити „мач са две оштрице“ за потенцијалног

Express Employment Professionals, Маасо, RadioShack Corporation, H&R Block, Liberty Tax Service, Action COACH, итд.

²⁴ Више о томе у којим областима постоји франшизинг пословање видети на, доступно на: www.franchisedirect.com (датум приступа: децембар 2013).

примаоца франшизе. Путем спроведене маркетиншке кампање давалац франшизе најчешће, а можемо слободно истаћи, увек презентује предности франшизинг пословања као метода инвестирања.²⁵ Презентовањем предности франшизинг пословања као да је само тај вид пословања најбољи начин пословања баш „за њега“ – потенцијалног примаоца франшизе, давалац франшизе може тако сакрити, тј. намерно превидети недостатке у систему пословања.²⁶ Један од недостатака које давалац франшизе у маркетиншкој кампањи може намерно превидети јесте и искуство које има у франшизинг пословању. Искуство у франшизинг пословању, које се најчешће везује за године пословања, успех на тржишту и развијеност мреже, представља есенцијални разлог да ли ће потенцијални прималац франшизе који приступа овом пословању осетити предности франшизинг пословања.²⁷ Приликом спровођења агресивне маркетиншке кампање давалац франшизе који тек започиње са пословањем или је нов у пословању, а има жељу да шири своје пословање, често пренебрегава ове чињенице. Такав давалац франшизе спроводи агресивну маркетиншку кампању којом скрива своје недостатке у пословном искуству, обећавајући благодети које пружа франшизинг пословање. Управо ово је од значаја за оне потенцијалне примаоце франшизе које можемо окарактерисати као „наивне“ или оне потенцијалне примаоце франшизе који не познају систем франшизинг пословања или на чијем тржишту овакав вид пословања представља новину.²⁸

Од значаја је то што франшизинг пословање представља не толико новост, колико „бум“ пословање на нашем тржишту. Када не постоји развијена пословна пракса, судска пракса као ни правни нормативи, домаћи потенцијални прималац веома лако може упасти у „клопку агресивне маркетиншке кампање“ даваоца франшизе.²⁹ Агресивном маркетиншком политиком давалац франшизе потенцијалном домаћем примаоцу франшизе може представити да је франшизинг пословање најбољи систем пословања у коме ће он током кратког периода стећи „велико богатство“. Такође, као даваоци франшизе могу се појавити инострана лица која ће обећавати благодети франшизинг пословања, а у одређеном тренутку повући ће се са тржишта. У таквим околностима често може бити реч о фразудалним радњама јер је потенцијални прималац франшизе у обавези да за развој франшизинга на домаћој

²⁵ Више о предностима франшизинга погледати код Миљковић, С., *нав. дело*, 53 – 62.

²⁶ *Ibid*, 162.

²⁷ *Ibid*, 162.

²⁸ *Ibid*, 162.

²⁹ *Ibid*, 162.

територији уложи инвестициони капитал који углавном није мали. Наведени разлози могу представљати иницијалне основе опрезности на страни потенцијалног примаоца франшизе ако жели да приступи одређеном, тј. понуђеном франшизинг пословном систему.

Враћајући се на почетак излагања, поставља се питање како потенцијални прималац франшизе с обзиром на то да не може одредити квантитативне и квалитативне услове које мора испуњавати давалац франшизе јер је у подређеном положају, зна да је баш то франшизинг пословање добро и да баш у тог даваоца франшизе може имати поверења тј. како и на који начин да изврши евалуацију даваоца франшизе и франшизинг пословања.

За потенцијалног примаоца франшизе приликом евалуације пословања даваоца франшизе – франшизинг пословног система, значајно је постојање одређених смерница које он мора узети у обзир и руководити се њима приликом доношења коначне одлуке. Смернице којима се потенцијални прималац франшизе мора руководити приликом избора јесу: 1) процена предности и мана франшизинг система; 2) процена себе; 3) процена франшизинг пословања; 4) процена даваоца франшизе; 5) процена франшизног пакета; 6) обавезан разговор са постојећим примаоцима франшизе; 7) објективност тј. да не постане ошамућен франшизним могућностима које се презентују; 8) разматрање савета оних који су квалификовани да их пруже; 9) неодбацивање савета зато што му се не свиђају или их не жели чути; 10) консултовање породице и 11) самостално размишљање.³⁰

Поред ових смерница којима се сваки потенцијални прималац франшизе мора руководити и које му морају представљати „свети путоказ“, а које су веома значајне за индивидуалне примаоце франшизе, треба истаћи да постоје одређени „сигнали“ на страни даваоца франшизе које такође мора узети у обзир. Сигнали које потенцијални прималац франшизе током праћења евалуације даваоца франшизе мора узети у обзир јесу: 1) велика почетна такса за франшизу, 2) шеме пирамидалног типа; 3) давалац франшизе чије су иницијалне таксе врло високе и чији је приход од сталних такса веома мали да би подржао услуге које би требало да пружи примаоцу франшизе; 4) уговори који се не уклапају са обећањима у маркетиншкој писаној документацији која је нејасна и без детаља; 5) тешке продаје; 6) франшиза заснована на пролазном хиру или моди, а која можда неће имати одрживост; 7) консултант за франшизе који тврди да нуди неизван, објективан савет али који заправо нуди франшизу на продају на бази провизије; 8) понуда за брзо обogaћење; 9)

³⁰ Mendelsohn, M., *The Guide to Franchising*, 7th Edition, Thomson, 2005, 130.

давалац франшизе који није уложио у операцију тестирања; 10) накнада где минимална фиксна накнада мора да се плати без обзира на то да ли има довољно посла и 11) давалац франшизе који има знатан број прималаца франшизе који нису задовољни квалитетом пружених услуга.³¹

Ове потенцијалне сигнале који у току агресивног маркетиншког наступа даваоца франшизе постоје, потенцијални прималац франшизе (или лице које га заступа) мора узети у обзир као сигнале да је то и такво франшизинг пословање сумњиво и да је само добро маркетиншки „премазано“ без икаквог основа за стабилно пословање.³² И „смернице и сигнали“ потенцијалном примаоцу франшизе треба да представљају „свето писмо“ и само ако их се придржава, неће направити „исхитрену глупост“ да приступи систему који му с временом нуди само пословну и финансијску пропаст.³³ Иако је најчешће економски инфериорнији од даваоца франшизе, само објективним и непристрасним придржавањем наведених смерница и препознавањем сигнала, потенцијални прималац франшизе има могућност објективног сагледавања предности и недостатака франшизинг пословања. Све док потенцијални прималац франшизе пренебрегава наведене смернице и сигнале тј. одлучује субјективно под утицајем агресивног маркетиншког наступа даваоца франшизе, постоји извесна могућност да ће изабрати погрешног даваоца франшизе и погрешно франшизинг пословање које га у перспективи води у финансијску пропаст.

2.2. Прималац франшизе (*franchisee*)

Прималац франшизе као уговорна страна у обавези је да уступљени франшизни пакет користи у складу са одредбама и сврхом закљученог уговора и да за уступљени франшизни пакет права даваоцу франшизе плати и плаћа уговором предвиђену франшизну накнаду.³⁴ Питање значајно за будући уговорни однос јесте ко може бити прималац франшизе? Одговор на ово питање на први поглед и без дубљег

³¹ Mendelsohn, M., *нав. дело*, 130–131.

³² Миљковић, С., *нав. дело*, 164.

³³ *Ibid*, 164.

³⁴ Прималац франшизе у обавези је да даваоцу франшизе плати уговором предвиђену франшизну накнаду за „улазак у систем (*initial fee*)“ и да плаћа франшизну накнаду током „трајања уговорног односа (*continuing fee – royalty*)“. Као основица за процентуално утврђивање висине *continuing fee – royalty* увек се узима у обзир остварени бруто приход (*gross revenue*) који прималац франшизе остварује током пословања своје франшизинг јединице.

аналитичког приступа јесте да се свако заинтересовано лице може појавити у улози примаоца франшизе.³⁵ У складу са датим одговором, свако заинтересовано лице било да се јавља у форми физичког или правног лица може бити прималац франшизе. Одговор се базира на основама заступљеним код класичних облигационих и трговинских уговора, где је довољно да једно заинтересовано лице приступа одређеном правном односу ако за то има интереса. Ипак, адекватан одговор на постављено питање не можемо сагледавати из перспективе уговорних односа класичних уговора. Треба истаћи да се код уговора о франшизингу не би могло површно закључити да свако заинтересовано лице може постати прималац франшизе.³⁶

Уговор о франшизингу представља уговор који карактерише *intuitu personae*, који долази до потпуног изражаја током целокупног трајања уговорног односа. Даваоцу франшизе као лицу заинтересованом да уступи франшизу на циљаном тржишту од интереса је да франшизу уступи лицу за које процени да је способно да прими и даље, по могућству, развија франшизинг пословање на циљаном тржишту. Управо у овом домену институт *intuitu personae* долази до изражаја. Иако на циљаном тржишту постоји заинтересовано лице или више њих, давалац франшизе неће по аутоматизму на основу његове или њихове заинтересованости уступити му/им франшизно пословање. Економски интерес даваоца франшизе да на циљаном тржишту успешно развије франшизинг пословање резултира тиме што поставља одређене квантитативне и квалитативне критеријуме које потенцијални прималац франшизе мора да испуњава. Давалац франшизе може да ангажује одређено лице које ће за њега изабрати и тестирати потенцијално заинтересовано лице.³⁷ Иако потенцијални прималац франшизе испуњава услове које је давалац франшизе навео, треба истаћи да то не представља одлучујући фактор да је управо то оно лице са којим ће се закључити уговор о франшизингу. Да би једно лице, и поред испуњавања одређених прописаних критеријума, могло стећи статус примаоца франшизе, неопходно је да са давоцем франшизе ступи у лични контакт, да с њим обави интервју. Давалац франшизе на основу спроведених тест операција врши селекцију заинтересованих лица, док коначан исход доноси у личном контакту са заинтересованим лицем. Давалац франшизе са заинтересованим потенцијалним примаоцем франшизе ступа у лични

³⁵ Миљковић, С., *нав. дело*, 164.

³⁶ Миљковић, С., *нав. дело*, 164.

³⁷ Лице које за даваоца франшизе бира и тестира потенцијалног примаоца франшизе у Америчком правном систему познато је под називом агент – *agent*.

контакт, разговор, процењујући на основу пословног искуства да ли управо он испуњава критеријуме да постане прималац франшизе.

Процена да ли одређено заинтересовано лице испуњава постављене услове после обављеног разговора зависи од пословног искуства даваоца франшизе. На основу искуства које има у пословању давалац франшизе може извршити адекватну процену да ли је потенцијално заинтересовано лице довољно заинтересовано да послује у оквиру франшизног система или му то представља само прелазну фазу ка другом пословању.³⁸

Дешава се да давалац франшизе који је нов у послу и чији је франшизинг доживео одређени степен успеха на тржишту, а у жељи да даље развије пословање и у циљу остваривања већег профита, прави одређене почетничке грешке које га касније могу стајати пословања саме франшизинг мреже. Давалац франшизе вођен том и таквом жељом, често потенцијалном примаоцу/има франшизе даје низ повластица које не би дао током каснијег пословања, тј. да има стабилан и развијен франшизинг пословни систем. Повластице које се дају примаоцу/има франшизе углавном се односе на слободу – самосталност пословања. Како даље развија пословање, давалац франшизе с временом може запасти у тешкоће јер управо тај/и прималац/оци франшизе може/гу захтевати још веће повластице јер је навикао на конформистички статус у оквиру франшизинг мреже.³⁹ Да не би правио такве грешке једна, од препорука даваоцу франшизе јесте да и поред успеха који има у пословању, све док не стекне одређено искуство у персоналним односима и док не учврсти своје пословање не улази у такве пословне аранжмане.

Даваоцу франшизе је важно да ли потенцијални прималац франшизе ако је претходно имао самостално пословање ужива кредитни рејтинг код банке. Значајно је да ли потенцијални прималац франшизе располаже одређеним новчаним средствима потребним за започињање пословања тј. он треба да располаже одређеном свотом новца коју је неопходно уложити као почетни инвестициони капитал.

На почетку излагања навели смо да се као прималац франшизе може појавити и физичко и правно лице. Поставља се питање да ли је за даваоца франшизе боље да ступи у пословни аранжман са правним или физичким лицем. Давалац франшизе уговор може закључити са правним лицем, с тим што приликом избора правног лица мора водити рачуна о неколико ствари. Често се као заинтересовано правно лице може јавити лице које је финансијски јаче од даваоца франшизе и може постављати

³⁸ Миљковић, С., *нав. дело*, 165.

³⁹ Mendelsohn, М., *нав. дело*, 80.

одређене услове пословања. Када се као правно лице јавља лице које је финансијски јаче од даваоца франшизе, давалац франшизе се налази у ситуацији да треба да учини низ уступака које иначе не би правио да уговор закључује са лицем које је финансијски слабије од њега. За даваоца франшизе је значајно да закључује послове са оним правним лицима која су или иста или финансијски слабија од њега јер је у могућности да спроводи контролу пословања таквог примаоца франшизе и контролу уступљених поверљивих информација и *know-how*-а. Само тада и тако давалац франшизе може контролисати да ли прималац франшизе остаје у оквирима пословања франшизинг мреже, у супротном та могућност не постоји.⁴⁰

Давалац франшизе најчешће уговор закључује са физичким лицем (индивидуални прималац франшизе). Треба истаћи да је франшизинг пословање првенствено пословање које се базира на индивидуалним примаоцима франшизе. Институт *intuitu personae* долази до потпуног изражаја када давалац франшизе закључује уговор са индивидуалним примаоцем франшизе стим што често захтева податке о његовом породичном животу, а из разлога јер жели да направи увид у његов породични живот. Давалац франшизе не захтева од таквог потенцијалног примаоца франшизе да располаже одређеним искуством у пословању јер оно није ни потребно, а проћи ће одређену обуку. Изузетно, ако је франшизинг пословање специфично, давалац франшизе може захтевати да потенцијални прималац франшизе мора или може располагати одређеним пословним знањем које је исто или слично франшизинг пословању које се уступа. Давалац франшизе може захтевати да потенцијални прималац франшизе мора имати одређена минимална знања неопходна за пословање.⁴¹ Иако давалац франшизе може да тражи одређена знања, треба истаћи да постојање одређеног знања може представљати иницијалну, али не и потпуну предност да одређено лице буде изабрано као коначан прималац франшизе.

Као што смо навели, давалац франшизе ступа у лични контакт са потенцијалним примаоцем франшизе, а то остварује путем интервјуа. Интервјуисање потенцијалног примаоца франшизе, на основу искуства у персоналним односима које има, даваоцу франшизе омогућава да коначно избере потенцијалног примаоца франшизе као уговорног партнера.

За даваоца франшизе у почетним фазама развоја франшизинг система сврсисходније је да уговор о франшизингу закључује са

⁴⁰ Mendelsohn, M., *нав. дело*, 81.

⁴¹ Као што је знање из: области књиговодства, рачуноводства, маркетинга, итд.

индивидуаланм примаоцима франшизе где је у могућности да у целости искористи све предности које му пружа овај вид пословања. Само онда када давалац франшизе развије пословање које је довољно економски јако, може себи дозволити да уговор о франшизингу закључује и са правним лицем/има као примаоцем/има франшизе који располаже/у знатним финансијским средствима.

Strahinja Miljković, LL.D
Assistant Professor

DECISIVE IMPORTANCE OF INSTITUTE INTUITU PERSONAE THE CONCLUSION FRANCHISING CONTRACTS

Summary

The needs of capital for new markets through the minimum of investment can be achieved through franchising as a specific investment method of contracting business. Franchising as a method of contracting cooperation that allows the franchisor to the minimum investment and investment enter and expand business in the target market. Using the methods of successful operations, reduced investment risks and autonomy in operations are among the decisive reasons for joining the franchise network by the potential franchisee. Franchising contracts is a contract that is concluded with regard to the personal characteristics that exist on both the franchisor and on the side of the franchisee.

The importance of this scientific work is to deal with personal characteristics (franchisee and the franchisor) and the effects of the institute intuitu personae that has significance to conclude franchise contracts.

Душко М. Челић*

КВАЗИПРАВНЕ ТЕКОВИНЕ DE FACTO ВЛАСТИ НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ У ОБЛАСТИ ПРОМЕНЕ СВОЈИНСКЕ СТРУКТУРЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА

Апстракт: Рад је наставак истраживачког напора Аутора да покуша да укаже на чињење *de facto* власти на Косову и Метохији, које за последицу има грубо и систематско кршење права на мирно уживање имовине у области промене власничке и организационе структуре привредних субјеката на Косову и Метохији. Као што су Уједињене нације (УНМИК), под велом "економске реконструкције" противзаконито задилале у стечена имовинска и друга права, противно, не само међународним стандардима људских права, већ и сопственој "регулативи", тако су и *de facto* власти на Косову и Метохији, наставиле сличну праксу. Крајња последица оба "извођача приватизације" је иста - *de facto* експропријација, без признавања права на реституцију, док право на делимичну накнаду, иако формално признато, није остварио ни један привредни субјект.

Указујући на опште ретроактивно дејство (не само) "приватизационог" квазиправног оквира и игнорисање елементарне правне сигурности и стечених права, Аутор констатује да Република Србија није предузела ни један системски корак у циљу заштите имовинских интереса од нелегалне "приватизације" на Косову и Метохији.

Кључне речи: *De facto* власти на Косову и Метохији. - Право на мирно уживање имовине. - *De facto* експропријација. Стечена права. – Правна сигурност. – Република Србија.

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У предходном раду¹ покушали смо да укажемо на правну неутемељеност и економску неоправданост² фактичких активности

* Асистент

¹ Челић Д, *Квазиправне тековине УНМИК-а у области промене својинске структуре привредних субјеката на Косову и Метохији*, Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој, Исаиловић З. (ур.), Косовска Митровица, 2013, стр. 113 – 125.

² О аспекту економске неоправданости тзв. spin-off методе приватизације, коју је примењивао УНМИК, в. Аћимовић С, *Анализа процеса и модела приватизације на*

Привремене управе Уједињених нација на Косову и Метохији (у даљем тексту: УНМИК), и то како генерално на пољу непоштовања затеченог правног поретка, тако и у области статусног права (комерцијалних) правних лица, и њихових организационих делова на подручју АП Косово и Метохија. Анализом "прописа" и квазиправне праксе УНМИК-а, указали смо да је под велом "економске реконструкције", УНМИК је противзаконито задирао у стечена имовинска и друга права, противно, не само међународним стандардима људских права, већ и сопственој "регулативи" коју је сам нелегитимно и нелегално установио. Читав процес "приватизације" привредних субјеката коју је спроводио УНМИК, имо је за последицу *de facto* експропријацију, без признавања права на реституцију, док право на делимичну накнаду, иако формално признато, није остварио ни један субјект.³ До престанка рада "Косовске поверилачке агенције"⁴ (у даљем тексту: "КПА"), јуна 2008. године, спроведено је 30 кругова "продаје предузећа" у којима је "продато" 418 "нових предузећа" и 36 "продаја имовине предузећа кроз ликвидацију".⁵ Од 46.145 хектара пољопривредног земљишта којим је управљала КПА на почетку мандата након до завршетка мандата продато је 23.930912 хектара.⁶ На основу 454 уговора о продаји имовине КПА је до краја мандата прибавила средства у износу од 355,932,505 евра.⁷ Тако брутално масовно Брутално и систематско игнорисање и гажење својинских и, уопште, имовинских овлашћења актуелних и старих власника, односно имаоца имовинских (и других) права, незабележено у упоредно-правној историји новијег доба, и систематско гажење имовинских овлашћења актуелних и старих власника, односно имаоца имовинских (и других) права, незабележено је у упоредно-правној историји цивилизације новијег доба.⁸

Рад представља органску целину са предходним - наставак анализе квазиправних делатности самопрокламованих, *de facto* власти на Косову и

Косову, <http://www.nspm.rs/ekonomska-politika/analiza-procesa-i-modela-privatizacije-na-kosovu.html>, увид остварен 25. јуна 2014. год, и Божовић И, *Специфичности процеса транзиције у АП Косово и Метохија*, Београд, 2010, стр. 56 – 61.

³ Челић Д, нав. дело, стр. 113.

⁴ У регулативи УНМИК-а на енглеском језику, која је изворна у односу на регулативу на српском и албанском језику, за "КПА" се користи израз: "*The Kosovo Trust Agency*".

⁵ Подаци Канцеларије за Косово и Метохију Владе Републике Србије, (непубликовано).

⁶ Исто.

⁷ Исто.

Божовић И. наводи нешто другачије податке: да је у поменутом периоду приватизовано 350 предузећа и остварен приватизациони приход од више од 400 милиона евра, (Божовић И, нав. дело, стр. 58.).

⁸ Челић Д, нав. дело. стр. 123.

Метохији, која је уследила након фактичког престанка (оперативног) мандата УНМИК-а у другој половини 2008. године, у овој изузетно значајној бласти друштвеног живота.

II ПРОМЕНА СВОЈИНСКЕ СТРУКТУРЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА НАКОН "ЈЕДНОСТРАНОГ ПРОГЛАШЕЊА НЕЗАВИСНОСТИ КОСОВА"

1. Друштвена својина

Као што је познато, "привремене институције самоуправе" су 17. фебруара 2008. године, противно међународном праву и Резолуцији Савета безбедности ОУН бр. 1244, која више пута у основном тексту и анексима, потврђује поштовање територијалног интегритета и суверенитета Савезне републике Југославије (чија је држава – суцесор, Република Србија),⁹ донеле "Декларацију о независности Косова". Којом су "објавиле да Косово буде независна и суверена држава".¹⁰ Интересаантно је да се "Декларација о независности Косова", позива на "поштовање Резолуције СБ ОУН бр 1244 и принципе међународног права"¹¹, иако је то *contradictio in adiecto*, с обзиром да у је Резолуцији вршење "суштинске аутономије" (Косова и Метохије) предвиђено *expressis verbis*, у оквиру Савезне републике Југославије.¹²

De facto власти на Косову и Метохији су 31. 8. 2011. године, самовољно и независно од УНМИК-а, донеле "Закон о косовској агенцији за приватизацију", по коме "Косовска повереничка агенција" (коју је основао УНМИК), престаје да постоји а његове надлежности прелазе на новосновану "Косовску агенцију за приватизацију" (у даљем тексту: "КАП"), која делује у "правном систему" тзв. Републике Косово.¹³

Поменути "закон", у погледу права власника капитала, и статусних промена привредних субјеката следи готово исту "логику" УНМИК-а, т. ј.

⁹ В: став 9. преамбуле, тачку 10. основног текста, тачку 5. Анекса I, тачке 5. и 8. Анекса II Резолуције.

¹⁰ "We, the democratically-elected leaders of our people, hereby declare Kosovo to be an independent and sovereign state." Целовити текст "декларације" в. на електронској страници: http://www.mfa-ks.net/repository/docs/Dek_Pav_e.pdf.

¹¹ В. тачке 5. и 12. тзв. "Kosovo declaration of independence".

¹² Тачка 10. Резолуције користи термин: "*substantial autonomy within the federal Republic of Yugoslavia*." (подвукао: Д. Ч.). Вршење "суштинске аутономије" уз поштовање принципа суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије, потврђено је и у тачки 5. Анекса I као и у тачкама 5. и 8. Анекса II Резолуције.

¹³ В. чл. 1. 2. "Закон о косовској агенцији за приватизацију", (тзв. "Службени лист Републике Косово", бр. 19/2011, од 21. 9. 2011. године).

уводи предпоставку да "предходна трансформација не утиче на "овлашћења КАП да спроведе трансформацију", односно "продају". Та предпоставка је формално оборива али су предвиђени услови за њено обарање такви да се у пракси не могу испунити.¹⁴ "Закон" садржи предпоставку да све предходне трансформације: "не испуњавају све услове... изузев ако Агенција има на располагању убедљиве доказе који конасно утврђују да трансформација испуњава ове услове."¹⁵ Другим речима, све својинске и организационе трансформације привредних субјеката на Косову и Метохији, спроведене од 22. марта 1989. године до 10. јуна 1999. године, проглашене су непостојећим !!! Привредни субјект који има правни интерес, истина, има могућност да "агенцији"... "убедљивим доказима", докаже да је конкретна трансформација била спроведена у складу са прописима који су у време трансформације били на снази, да су права и обавезе пема свим субјектима биле испуњене у целости, као и да није била "дискриминаторна". Чак и када би, за ову прилику, апстраховали, као ноторне чињенице, елементарно одсуство владавине права и права на приступ правди на Косову и Метохији, више је него јасно да се овој логици, обрнитој од, не само правничких већ и од цивилизацијских начела правне сигурности и заштите законито стечених права, у пракси може само теоријски супротставити. Истраживање спроведено поводом овога рада, показује да до часа достављања овог рада за штампу (30. јун 2014. године), ни један привредни субјекат није оборио ову накарадну "законску" претпоставку о непостојању свих својинских и организационих трансформација привредних субјеката на Косову и Метохији, спроведених у периоду од 22. марта 1989. године до 10. јуна 1999. године. Према неким подацима, реч је о најмање 309 акционарских друштава, односно, друштава са ограниченом одговорношћу и 489 друштава капитала са различитом структуром друштвеног, државног и приватног капитала.¹⁶

¹⁴ Према чл. 5. 4. "Закона": "Ако је једно предузеће подвргнуто трансформацији, та трансформација не погађа овлашћења Агенције..., изузев ако:

4.1. је трансформација била заснована и спроведена у пуној сагласности са Законом који важи за трансформацију;

4.2. су све обавезе у вези са трансформацијом, без обзира да ли настају паралелно или након трансформације, и да ли су наметнуте законом или уговором – укључујући, али не ограничавајући се на обавезе које захтевају исплату након потпуног разматрања и стварног издавања деоница – у потпуности испуњене; и

4.3. трансформација није била дискриминаторна, нити је кршила начела Европске конвенције о људским правима."

¹⁵ В. чл. 5. ст. 5. "Закона".

¹⁶ Божовић И, нав. дело, стр. 57.

Дакле, de facto власти на Косову и Метохији, (не само) у погледу уређења правних односа поводом својинске и организационе трансформације привредних субјеката, "прописују" ретроактивно дејство "закона", на начин што се, практично, овај пропис примењује на правно и фактичко стање, које је у привредним субјектима постојало на дан 22. марта 1989. године. Сва права субјеката стечена након тог датума, сматрају се непостојећим или, у најбољем случају, упитним. То је супротно општеприхваћеним међународним стандардима о заштити права на мирно уживање имовине.¹⁷ Иако су се de facto власти на Косову и Метохији једнострано обавезале да те стандарде "директно примењују" и и да они "имају правну премоћ, у случају несагласности са свим законским одредбама",¹⁸ више је него јасно да је ово самообвезивање у домену пуке декларације. У пракси, овакво "поштовање међународних правних стандарда" у области имовинских права Републике Србије и привредних субјеката, имало је за последицу de facto експропријацију¹⁹,

¹⁷ Члан 1. Протокола 1. Европске конвенције о основним људским слободама и правима предвиђа: „Свако физичко или правно лице има право на несметано уживање имовине. Нико неће бити лишен имовине, осим у јавном интересу и у зависности од услова предвиђених законом и општим начелима међународног права." У "пресуди" од 20. новембра 2007. у предмету *Александар Хаџијевић и Вера Фртунић против КПА и Ресторана Парајса ДП Хотели Тренча (хотелијерска компанија Ибар)*, (СИЦ-06-0010), "Специјална комора" је донела одлуку да међународни стандарди људских права имају предност у односу на правила приватизације. Специјална комора је дала правно мишљење да чланови 5.3 и 5.4 Уредбе 2005/18 нису ускладу са чланом 1. Протокола 1. Конвенције јер се њима не успостављају тела која су овлашћена да спроводе приватизацију и не утврђују постојање јавног интереса. Поред тога, овај закон не дефинише јавни интерес и искључује правичну накнаду." Као што смо навели у тексту овог рада, упркос томе што је квазиправна регулатива УНМИК-а била у нескладу са чл. 1. протокола 1. Европске повеље о људским правима, de facto власти на Косову и Метохије су наведену одредбу преписале у "Закону о косовској агенцији за приватизацију".

¹⁸ В. чл. 22. тзв. устава Косова.

¹⁹ Могуће чак и да је реч о још драстичнијој "револуционарној" мери – некој врсти национализације. Наиме. У чл. 160. тзв. устава тзв. Републике косово, наведено је: "Republika e Kosovës do t'i ketë në pronësi të vet të gjitha ndërmarrjet në Republikën e Kosovës që janë ndërmarrje në pronësi publike." (Према тексту "Устава" на сајту тзв. Службеног гласника тзв. Републике косово: <http://gzk.rks.gov.net/ActsByCategoryInst.aspx?Index=1&InstID=1&CatID=1>, приступ остварен 30. маја 2014. год. (на све три језичке верзије сајта – албанском, енглеском и српском, налази се само текст "устава" на албанском језику). У слободном предоду на српски језик, текст гласи: "Сва предузећа Републике Косово која су у друштвеној својини ће бити у својини Републике Косово."

без испуњења елементарних услова легитимности,²⁰ (о нелегалности смо већ елаборирали на почетку овог рада). Оваквом мером задира се, на исти начин, и у права "стarih власника", који су обезвлашћени различитим метаправним мерама "револуционарне правде", након 1945. године.²¹

²⁰ Према јудикатури Европског суда за људска права, да би се посегло за ограничењем имовине путем експропријације: 1.) мора се несумњивим учинити постојање јавног интереса, (в. пресуде Европског суда за људска права, *James и други против Уједињеног краљевства*, 21. фебруар 1986. године, пријава бр. 8793/79, став 46; *Бивши краљ Грчке и други против Грчке*, 23. новембар 2000. године, пријава бр. 25701/94, став 87; *Bronniowski против Пољске*, 22. јун 2004. године, пријава бр. 31443/96, став 149. Пресуда Европског суда за људска права, *James и други против Уједињеног краљевства*) и др.; 2. мора постојати равнотежа (пропорционалност) између остварења интереса заједнице (јавног интереса) и заштите права појединаца, (в. пресуде Европског суда за људска права: *Sporong i Lunrot против Шведске*, 23. септембар 1982. године, Серије А бр. 52, став 69; *Јап и други против Немачке*, 30. јун 2005, пријаве бр. 46720, 72203 и 72552, став 93. *Litgou и други против Уједињеног краљевства*; *Свети манастири против Грчке*, 9. децембар 1994. године, пријаве бр. 13092/87, 13984/88; *Јатес против Велике Британије*, в. и пресуду *Lithgow против Велике Британије*, 1986, ставови 121 и 122.); 3.) одузимање имовине или задирање у имовинска права, мора бити по условима предвиђеним националним законом и општим начелима међународног права (в. пресуде Европског суда за људска права: *Lithgow против Велике Британије*, став 110; *Hentrich против Француске*, став 42. Детаљније о томе, са конкретним упућивањима на судску праксу, в. *Monica Carss-Frisk, The right to property, a guide to the implementation of Article 1. of Protocol No. 1. to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2001, p. 10-17.

²¹ Тако, према непотпуним подацима до којих смо дошли, на подручју Косова и Метохије национализовано је 94 предузећа од значаја за републичку привреду²¹, од тога: 16 млинова, 3 остала предузећа, 7 циглана, 14 хотела, 39 магацина и 15 подрума (магаза). Мере колективизације, спроведене су на оснивањем задружне својине, као облика државне својине на пољопривредном земљишту. До 1950. године, на Косову и Метохији је 20,5% укупног обрадивог земљишта било колективизовано, у Војводини 39,2% а у осталом делу Србије 7%. Ове мере на Косову и Метохији имале су не само идеолошко-политички, већ и национални предзнак. Посебно су на удару колективистичких мера била својинска права цркава и верских установа и организација. Према подацима Дирекције за реституцију,²¹ Епархија рашко-призренска и косовско-метохијска СПЦ поднела је у законском року захтеве за враћање 120 хектара и 70 ари одузете пољопривредне земље, 4 456 хектара шумског земљишта и 30 ари грађевинског земљишта, Дирекција за реституцију је донела решења о враћању укупно 4 569 хектара и 30 ари земљишта, или 99,83%.²¹ На жалост, реч је само о папирнатом али не и ефективном враћању, с обзиром да самозване власти на Косову и Метохији не признају акте власти Републике Србије ни у једној области, па ни у овој.²¹ Истина, није нам познато да је Република Србија предузела било какву активност не би ли донете правоснажне одлуке биле извршене. Експропријација, као мера ограничења (приватне) својине у јавном интересу, била је изузетно екстензивно примењивана, при чему се под јавним ("друштвеним) интересом подразумевао и озакоњиво широк круг разлога, као што је изградња чисто

Новооснована "Агенција" је објавила 15 листова "приватизационог" тендера за продају те је закључено око 250 уговора о "продаји" имовине. Од процеса ликвидације "продајом" имовине друштвених предузећа прикупљено је преко 45 милиона евра. До данас је закључено преко 650 уговора о продаји путем "обичног spin off-a".

До краја 2013. године је преко "КПА" и "КАП-а" објављено укупно 59 таласа приватизације. До сада је "приватизовано" преко 800 новоформираних предузећа.²² Процена "КАП" је да је до сада "приватизовано" преко 70% свих привредних субјеката на Косову и Метохији.²³ Почетком 2014. године, "Косовска агенција за приватизацију", управљала је са (још) 585 "друштвених предузећа".²⁴

Од 46.145 хектара пољопривредног земљишта којим је управљала "КПА" на почетку мандата након продаје од стране "КПА/КАП" преостало је 17 000 хектара земљишта. "КАП" је "продала" 4.912 хектара.²⁵

Колико је познато, УНМИК није реаговао на ово противправно понашање de facto власти на Косову и Метохији осим путем Канцеларије за правне послове у предмету SCC-06-0484 пред "Посебном Комором Врховног суда", надлежном за приватизације, када је захтевано да се три поступка против Републике Србије и манастира Дечани споје у један, а да предмете пред Комором које је водила "КПА" преузме Канцеларија за правне послове као заступник. Комора је поводом захтева затражила мишљење од Специјалног представника Генералног секретара ОУН

комерцијалних објеката, станоградња и сл. И ова мера на Косову и Метохији примењивана је од покрајинске и локалне управе на начин који је у одређеним случајевима био етнички мотивисан. Најдрастичнији случај је експропријација у туристичком центру "Брезовица" на Шар-плнини, општина Штрпце, када је експроприсиано земљиште у приватној својини Срба и додељено "на трајно коришћење" за изградњу викенд-насеља. Од 115 земљишних парцела, 112 корисника су била албанске националности. Бројни објекти од јавног интереса пројектовани су тако да захватају претежно или у целости насеља у којима је живео искључиво српски живаљ и непокретности чији су искључиви власници били они (Више о овоме, в: Мирковић З, Челић Д, *Својинскоправни односи на непокретностима на Косову и Метохији – стогодишњи circulus vitiosus (други део)*, Правне норме у времену и простору, ур. Крвавац М, прва свеска, Косовска Митровица, 2012, стр. 123 – 146.

²² "Годишњи извештај косовске агенције за приватизацију", Приштина, 2014, стр. 3, доступно на електронској страници: http://www.pak-ks.org/repository/docs/Raporti_vjetor_2013_Srb_Komplet_compressed.pdf.

²³ "Годишњи извештај косовске агенције за приватизацију", Приштина, 2014, стр. 4.

²⁴ Исто.

²⁵ Подаци Канцеларије за Косово и Метохију Владе Републике Србије (непубликовано).

(Алберта Занијера), који је дао следеће тумачење: „Имајући у виду да су и КПА и Посебна Комора основане од стране УНМИК-а уредбама 2002/12 и 2002/13 као тела одговорна за реконструкцију економије Косова, УНМИК има право да се умеша у нерешеним случајевима у којима се као странка појављује КПА испред Посебне Коморе“.²⁶ На основу наведеног мишљења СПГС "Посебна Комора" је 10. марта 2009. године донела одлуку SCC-06-0484 којом дозвољава спајање предмета везаних за манстир Дечани и којом се дозвољава да Канцеларија за правне послове УНМИК-а иступа као заступник некадашње КПА.

Правно схватање о томе да не постоји правни континуитет између УНМИК-ове "КПА" и "Косовске КАП", прихваћено је и у (првостепеним) пресудама "Посебне коморе врховног суда Косова за питања која се односе на косовску агенцију за приватизацију", бр. СЦЦ-08-0227, од 27. 12. 2012. год. (случај "Д. П. Хотелско туристичко предузеће Иљирија, против: Манастира Високи Дечани, Општине Дечани и Републике Србије"), и бр. СЦЦ-08-0226, од 27. 12. 2012. год. (случај "Д. П. Бљетариа Апико, против: Републике Србије и Манастира Високи Дечани").

Ово правно схватање, иако још увек неправоснажно (према чињеничном стању на дан 15. 4. 2013. године), у складу са процесноправним правилима о проширеном дејству (правоснажне) пресуде²⁷, од значаја је за остваривање/оспорување права на располагање "приватизационим приходима" које је својом делатношћу остварила "КПА". Наиме, с обзиром да не постоји сукцесија између "КПА" и "КАП", то de facto власти на Косову и Метохији (у лику "КАП"), нису овлашћене да располажу приватизационим приходима које је својим деловањем остварио УНМИК (у лику "КПА").

Имајући у виду да су акти Специјалног представника Генералног секретара ОУН за Косово и Метохију, акти међународног карактера,²⁸ те да их у складу с тим не могу стављати ван снаге и/или мењати самопрокламоване власти у Приштини, то формалноправно УНМИК и даље има овлашћења да, као оснивач "КПА" оцени правну заснованост општих и појединачних "правних аката" на основу којих је "КПА" спроводила "приватизацију".

²⁶ Цитирано из "пресуде Посебне коморе Врховног суда (Косова) бр. SCC-06-0484".

²⁷ Проширено дејство правоснажности познаје у чл. 167. 1. и "Закон о парничном поступку", (тзв. "Службени лист републике Косова", бр. 38/2008.).

²⁸ У том погледу је и правни став Међународног суда правде изнето у *Саветодавном мишљењу бр. 997 о једностраном проглашењу независности Косова*, од 22. 6. 2010. године.

2. Државна/јавна својина

За време трајања ефективног мандата УНМИК-а ("КПА"), нису приватизована јавна предузећа под њеном управом, али су вршене припреме за спровођење приватизације, путем корпоративизације, односно претварања капитала предузећа у акције које би се у наредној фази продале купцима. Спроведене су организацион промене на начичн што су покидане све организационе и управљачке везе са јавним предузећима – великим системима на територији Републике Србије.

De facto власти на Косову и Метохији донеле су, 13. јуна 2008. године, "Закон о јавним предузећима Косова"²⁹. Према овом "Закону" сва предузећа назначена у "додатку 1, су Централна ЈП (ЦЈП) и свако ће бити у власништву Републике Косово (РК)". "Влада има искључиву надлежност за извршавање деоничарских права у РК".³⁰ Према овом "закону", за "централна јавна предузећа" сматрају се: 1. "Енергетска корпорација Косова (КЕК)"; 2. "Оператер система, преноса и тржишта (КОСТТ)"; 3. "Пошта и телекомуникације Косова (ПТК)"; 4. "Косовске железнице"; 5. "Међународни аеродром Адем Јашари – Приштина"; 6. "Косовска компанија за управљање отпадом"; 7. "Хидросистем Ибар-Лепенац"; 8. "Радио телевизија Косова (РТК)".

De facto власти на Косову и Метохији спровеле су "тендерску продају "Косовске компаније за дистрибуцију и снабдевање електричном енергијом (у даљем тексту "КЕДС") турском конзорцијуму "Calic Holding-Limas Yatirim Enerji" по цени од 26,3 милиона евра, уговор о "продаји" потписан је 17.10.2012. године у Приштини.³¹ "КЕДС" је насталао длуком УНМИК-а 2000 године након чега је на новосновану компанију пренета имовина и инфраструктура јавних предузећа Електрокосмета и Електромреже који представљају предузећа у саставу ЈП ЕПС.

De facto власти на Косову и Метохији објавиле су 25.06.2012. године у светским медијима за праћење финансија јавни позив за достављање понуда у претквалификационом поступку за куповину 75 % државног капитала фиксне и мобилне телефоније јавног предузећа за поштанске и телекомуникационе услуге Косова ("ПТК"). Критеријуми за претквалификацију усвојени су 22.06.2012. године од стране Владине Комисије за приватизацију "ПТК". Према јавно објављеним информацијама, дана 16. 4. 2013. године, 75% акција "ПТК" је "продато" конзорцијуму који чине немачки "Axos Capital" и британски "Najafi

²⁹ Тзв. "Службени гласник републике Косова", бр. 31/2008..

³⁰ В. чл. 3. "Закон о јавним предузећима Косова".

³¹ Подаци Канцеларије за Косово и Метохију Владе Републике Србије, (непубликовано).

Company", за 277 милиона евра.³² Јавно предузеће за поштанске и телекомуникационе услуге Косова ("ПТК") настала је одлуком УНМИК-а 2000. године након чега је на новосновану компанију пренета имовина и инфраструктура јавних предузећа ПТТ и акционарског друштва Телекома Србије.

По свему судећи, процес "продаје" јавних предузећа на територији АП Косово и Метохија, биће настављен и убрзан.

Када је реч о јавној својини и природним добрима, самопрокламоване власти у Приштини углавном су створиле "нормативне" предпоставке за системско захватање и у овој области (донети су: "Закон о јавно-приватном партнерству" 2011. год,³³ "Закон о јавноприватном партнерству и концесијама у инфраструктури и поступцима за њихову доделу" 2009. год,³⁴ "Закон о рудницима и минералима" 2010. год,³⁵ "Закон о страним инвестицијама" 2014. год.³⁶ итд.). Према информацијама којима располажемо, на основу ових "прописа" већ су започете многе конкретне активности, које за последицу такође имају промену својинске и организационе структуре привредних субјеката на Косову и Метохији.³⁷ На жалост, до дана предаје овог рада Издавачу, Република Србија није предузела ни једну системску меру, како би заштитила јавну, државну и друштвену својину на територији Косова и Метохије, чији је титулар или чији су титулари привредни субјекти Републике Србије.³⁸

³² Исто.

³³ Тзв. "Службени лист републике косова", бр. 26/2011.

³⁴ Тзв. "Службени лист републике косова", бр. 56/2009.

³⁵ Тзв. "Службени лист републике косова", бр. 80/2010.

³⁶ Тзв. "Службени лист републике косова", бр. 1/2014.

³⁷ Као на пр. расписивање тендера за "јавно-приватно партнерство" за "Индекс-Брезовицу", односно "Национални парк Шар-планина".

³⁸ До сада једина конкретна системска активност Републике Србије у овом погледу, огледа се у формирању радног тела за предлагање мера правне заштите државне имовине и имовине привредних субјеката на територији АП КиМ од незаконите својинске трансформације на територији Косова и Метохије. Наиме, одлуком директора Канцеларије за Косово и Метохију, Владе Републике Србије 261 Број 02-05-6/13-03 од 6. 3. 2013. године, образована је "Радна група за предлагање мера правне заштите државне имовине и имовине привредних субјеката на територији АП Косово и Метохија од незаконите својинске трансформације коју спроводе привремене институције самоуправе на територији АП Косово и Метохија." Радна група је анализирала фактичке и квазиправне активности УНМИК-а и de facto власти на Косову и Метохији у овој области и предложила конкретне мере и активности на заштитит имовинских интереса Републике Србије и привредних субјеката и израдила документ под називом: *Мере правне заштите државне имовине и имовине привредних субјеката на територији АП Косово и Метохија од незаконите*

III УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Примена права које је на снази (позитивно право), па дакле и стицање и заштита права на основу њега, основ је извесности а она пак, основ правне сигурности. Антипод томе је "правна" неизвесност, несигурност, бесправно стање, анархија. Адресати имају обавезу, али и право, да буду упознати са прописима који уређују њихово будуће понашање, стицање или губитак права и обавеза; то је императив уређене заједнице, без обзира у ком добу.³⁹ Поштовање стечених права и ретроактивно дејство закона су својеврсни показатељи стања конкретних правних система. Суштина правне сигурности лежи у једном општијем правно-филозофском и цивилизацијском начелу – у праведности. Праведност налаже остварење а потом и заштиту на позитивном праву насталог права. Све друго може бити само изузетак који потврђује да је само праведно право – право.

Имајући у виду праксу самопрокламованих *de facto* власти на Косову и Метохији, обележену општом ретроактивношћу (не само) у области "приватизације" привредних субјеката и непоштовањем законито стечених права, *sine ira et studio* можемо констатовати да је новокомпоновано "правно окружење" на Косову и Метохији, с друге стране правне извесности и праведности. Као такво, неодољиво подсећа на доба када су у правне норме били заоденути људски пориви који су правом имали само формалне везе. И док је читав праведни свет занао да устане противу таквих "правних" поредака, данас се он ствара под (формалним) окриљем Уједињених нација, а држава на чијој се територији то чини, би да "нормализује" *de facto* стање.

Правди је насиље најгори противник.⁴⁰ Као дељење заједничког добра, правда је, упркос томе што је физичко насиље умело да надвлада разум, чему и у овим редовима покушавамо да сведочимо и чију сву тегобу осећамо, преживела од предантичког доба до данашњих дана. Тајна њене виталности је у њеној универзалној вредности, која је мерило цивилизованости и нормалности сваког "правног" поретка.

својинске трансформације коју спроводе привремене институције самоуправе на територији АП Косово и Метохија". Аутор је у раду Радне групе учествовао у својству среучног руководиоца. Није познато каква је судбина овог документа, и да ли је било која од предложених мера и активности спроведена.

³⁹ Рашић В, *Део науке о праву, студија, Глас права, судства и администрације*, Београд, 1/1905, стр. 803.

⁴⁰ Чл. 1011. Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору.

Duško Čelić, LLM
Assistant Lecturer

**VIOLATION OF THE RIGHTS IN ACTIVITIES OF ALBANIAN DE
FACTO AUTHORITIES IN KOSOVO AND METOHIA IN THE
PRIVATISATION PROCESS**

Summary

The work is a continuation of research efforts by the authors to try to point out to the commission de facto authorities in Kosovo and Metohija, which results in a rough and systematic violations of the right to peaceful enjoyment of possessions in a change in ownership and organizational structure of business entities in Kosovo and Metohija. Such as the United Nations (UNMIK), under the guise of "illegal" economic reconstruction encroach on the acquired property and other rights, against not only international human rights standards, but also his own "regulation", and the de facto authorities in Kosovo, continued this practice. The end result of both is the same - de facto expropriation, without recognition of the right to restitution, while entitled to partial reimbursement, although formally recognized, did not achieve a single economic entity.

Pointing to the general retroactive effect (not only) "privatization" quasilegall framework and ignoring basic legal certainty and acquired rights, author states that the Republic of Serbia has not taken any serious steps in the system to protect the property interests of illegal "privatization" of Kosovo and Metohija.

Бранко А. Милетић*

НАСЛЕДНО ПРАВО У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

***Апстракт:** Нови грађански законик Републике Србије као кодификациони акт би имао следећих пет основних целина: општи део (са одредбама које у начелу важе за све елементе грађанског права), породични односи, **наслеђивање**, својински и други стварноправни односи и уговори и други облигациони односи.*

Као основа при изради дела Грађанског законика Републике Србије у делу који говори о наслеђивању, Комисија је за његову израду користила Закон о наслеђивању из 1995 године. Наведени Закон¹ је у наш правни систем, а у односу на Закон о наслеђивању из 1974. године, унео бројне новине, чиме је удовољио високим стандардима заштите наследних, а тиме и својинскоправних и других имовинских права оставиоца и његових правних следбеника – наследника.

Предлози Комисије у преднацрту у делу о наслеђивању садржи законске одредбе о наслеђивању, а који у суштини престављају афирмацију сада важећег Закона о наслеђивању са неопходним иновацијама све у складу са новим научним сазнањима и резултатима праћења промена тог закона у судској пракси.

Предмет овог рада биће кратка анализа неких основних промене у односу на важећи ЗОН а пре свега код: основа наслеђивања, способности и недостојности за наслеђивање, нужни део, садржина завештања, уговора о доживотном издржавању, обиму наследникове одговорности за дугове заштите домаћих држављана, уговор о наслеђивању и др.

***Кључне речи:** Основи наслеђивања, недостојност, уговор о наслеђивању, заштита домаћих држављана.*

* Асистент

¹ („Сл. гласник РС“ бр. 46/95 и 101/2003 – Одлука УС РС),

1. ОСНОВИ НАСЛЕЂИВАЊА

Комисија² предлаже да се у члану 2. постојећег Закона о наслеђивању који регулише основе наслеђивања, поред наслеђивања на основу закона и наслеђивања на основу завештања (тестаментa) дода и трећи основ:“ уговор о наслеђивању“. Сматра се да се тиме отвара могућност да супружници сачини уговор о наслеђивању, чиме би се отклонили бројни спорови које пракса познаје после смрти једног од супружника. Такође се предлаже да овај основ наслеђивања буде строго законски ограничен на одређене субјекте (уговараче) и да уговарачи могу бити само супружници.

2. СПОСОБНОСТ ЗА НАСЛЕЂИВАЊЕ

Када се ради о способности за наслеђивање Комисија сматра да се због развоја медицинске науке, која сада пружа могућност да nasciturus настане и после смрти оставиоца, чиме се проширује фикција о зачетом а нерођеном детету. Уместо сада постојеће формулације „наследити може и дете већ зачето у тренутку оставиоачеве смрти ако се роди живо“ предлаже се формулација „наследити може и оставиоачево дете које није рођено у тренутку његове смрти, ако се роди живо“.

Сматрамо да је ту дошло до грешке у редакцији текста тако што је уместо речи „оставиоачево дете које није рођено у тренутку његове смрти“ требала да стоји формулација „дете које није зачето у тренутку његове смрти“ јер је комисија хтела да исфорсира правило *pondum conceptus*, а под којим се подразумева да дете које није зачето за живота оставиоца, али постоје изгледи да ће бити зачето након оставиоачеве смрти. Модерна медицина омогућава да се семене ћелије мушкарца (оца)замрзну и накнадно употребе за вештачку оплодњу мајке. У правној теорији мишљења су подељена: Према првом, циљним тумачењем фикције о насцитурусу треба извести правило „да оставиоачево дете може наследити свога оца независно од момента зачећа, под условом да се роди живо.“³ Ово становиште се ослања на хипотетичку вољу законодаваца односно околност да „у време настанка закона није било могуће предвидети постморталну вештачку оплодњу оправдава растезања фикције о

² Преднацрт општег дела грађанског законика, Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године – четврта књига, Наслеђивање, стр. 34.

³ Антић О. Наследно право, (2008), Београд, стр. 68-69

насцитурусу и на случај када дете буде зачето за живота свог генетског оца⁴

Другим тумачењем, се наведена схватања оспоравају уз аргуменат, да приликом проширивање фикције о насцитурусу на случајеве вештачке оплодне *post mortem* треба водити рачуна о потреби очувања правне сигурности и поузданости, како наследника тако и трећих лица у правном промету. Постоји могућност да се изврши конзервирање веће количине сперме која би се употребљавала још дуго након смрти мушкарца – даваоца. Ови аутори сматрају да имајући у виду ту околност, а растезања фикције о насцитурусу осујетило би сваку могућност да се конкретан наследноправни случај дефинитивно расправи и оконча, јер би се изнова јављали захтеви постмортално зачете оставиоцеве деце за удео у наследству⁵

У конкретном случају сматрамо да би требала да остане досадашња формулација у Закону о наслеђивању, или да се у предложеном новом ставу дода орочени текст „наследити може и оставиоцево дете које није зачето у тренутку његове смрти, ако се роди живо, а најдуже у року од 5. година по смрти оставиоца“.

3. НЕДОСТОЈНОСТ ЗА НАСЛЕЂИВАЊЕ

Преднацртом Грађанског законика измењени и допуњени су разлози за утврђивање недостојност за наслеђивање. Постојећи разлози за утврђивање недостојности за наслеђивање а који се односе на умишљајно угрожавање живота оставиоца и незаконито утицање на судбину завештања су измењени и допуњени⁶.

Према том предлогу, не може стећи статус наследника, нити неке користи из завештања, односно недостојан је за наслеђивање онај:

- ко је кривичним делом са умишљајем довео оставиоца у стање сталне неспособности за сачињавање завештања, и
- ко је онемогућио или покушао да онемогући остварење оног реда наслеђивања који је оставилац одредио или хтео да одреди или са којим је рачунао.

⁴ Brox, Erbrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003, 5-6.

⁵ Ebenroth, Erbrecht, München, 1992, стр. 12.

⁶ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године) четврта књига, Наслеђивање, стр.34-35.

Комисија као алтернативно решење у члану 4. Закона предлаже да је „недостојан за наслеђивање и онај ко умишљајно учинио теже кривично дело, а до смрти оставиоачеве не врати се у земљу или онај који је кривичним делом са умишљајем стекао повољнији наследно правни положај.

Наведеним изменама Комисија сматра да би се на описан начин наследноправно санкционисала одређена недозвољена и неморална понашања, пружила већа заштита оставиоца и правичнијим располагањем завештањем⁷.

4. ПРАВО ПРЕДСТАВЉАЊА КАДА РОДИТЕЉИ ИМАЈУ ПОТОМКЕ

У члану 13.ст. 1. Закона предвиђена је мања измена – прецизирање у складу са научном и стручном терминологијом, где се додаје набрајање по правилима права представљања следећи текст: „ ако оставиоачев родитељ не може или неће да наследи, његов део на једнаке делове наслеђују његова деца (браћа и сестре оставиоца), његови унуци и прауници и његови даљи потомци, по правилима представљања. Истоветна интервенција је учињена и у члану 16.ст.1. члану 17. ст. 2. Закона.⁸

Сматрамо да је предложена измена непотребна и да је и досадашња формулација у законском тексту довољно јасна.

5. ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО

У члану 43. ст.2. Закона, унето је прецизирање, у погледу ситуације када суд може на захтев наследника да измени природу нужног дела⁹

⁷Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године, четврта књига, Наслеђивање, стр. 34-35

⁸ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 38-39)

⁹ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године, четврта књига, Наслеђивање,стр 48

- „на захтев нужног наследника, суд може одлучити да овом припадне одређени део ствари и права која чине заоставштину (стварно право) кад нађе да је то неопходно“.

Сматрамо да може да остане досадашња формулација јер „суд може“ али „не мора“ да одлучи да овом припадне одређени део ствари и права која чине заоставштину (стварно право), јер је иста довољно јасна и прецизна.

6. ИСКЉУЧЕЊЕ ИЗ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО И ПОСЛЕДИЦЕ ИСКЉУЧЕЊА

У Преднацрту је прецизирана судска могућност измене правне природе нужног дела. Наиме, према предложеном решењу, а на захтев нужног наследника, може одлучити да овоме припадне одређени део ствари и права која чине заоставштину (стварно право), „кад нађе да је то оправдано“. На основу искуства из судске праксе прецизиране су важеће одредбе о искључењу из права на нужни део (члан 61) и о последицама искључења из права на нужни део (члан 63. ст. 2.)¹⁰

7. ПОЈАМ ЗАВЕШТАЊА

Код појма завештања у члану 78. Закона допуњава се текст, јер је чињеница да у савременим правима, за разлику од Римског, није нужно да се последња воља оставиоца мора односити на имовину. То значи да завештање може да садржи и неимовинска одредба (нпр. начин сахране и друге жеље оставиоца), тако да би текст наведене одредбе чл. 78. гласио: „Завештања је једнострана, лична и увек опозива изјава воље за то способног лица којом оно распоређује своју имовину за случај смрти ИЛИ ДАЈЕ ДРУГЕ ИЗЈАВЕ У ВЕЗИ СВОЈЕ СМРТИ, у законом одређеном облику.“¹¹

¹⁰ Преднацрт општег дела грађанског законика, -Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године, четврта књига, Наслеђивање, стр 60

¹¹ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 59

8. ВОЉА ДА СЕ САЧИНИ ЗАВЕШТАЊЕ

Члан 81. Закона о наслеђивању уређује питање воље завештаоца за сачињавање завештања (animus testandi). Допуна ове законске одредбе односи се на питање да таква воља мора бити упућена на нешто што је могуће остварити. Наведена одредба би сада гласила: „завештаочева воља за сачињавање мора бити озбиљна, стварна, слободна и упућена на нешто што је могуће остварити.“

Сматрамо да би и без овог додатка судска пракса морала на основу општих правила грађанског права да поступи исто, и у сваком конкретном случају утврди да ли је завештаочева воља упућена на нешто што је могуће остварити. Уколико би се пак утврдило да је завештаочева воља упућена на нешто што је немогуће остварити, таква одредба не би производила правно дејство. Комисија међутим сматра да ово прецизирање поред теоријског има и практичан смисао, јер представља уједначавање терминологије са другим сличним установама у облигационом праву и сл.¹²

9. СВОЈЕРУЧНО ЗАВЕШТАЊЕ

Комисија предлаже да у погледу облика својеручног завештања, члан 84. Закона, досадашње решење не предвиђа обавезност постојања датума, када је то завештање сачињено.

Међутим, имајући увиду друге облике завештања, нпр. међународно завештање, где је датум сачињавања завештања обавезан елемент завештања, а имајући у виду да је то једина завештајна форма код које начелно није могуће утврдити датум, а то је вишеструко значајно за опстанак својеручног завештања предложена је алтернатива за став 2. члана 84. која би гласила „За пуноважност својеручног завештања нужно је да се на њему назначи датум када је сачињено“ Сматрамо да наведени предлог има оправдања у досадашњој примени Закона о наслеђивању, јер код ове врсте завештања није редак случај да дође до конкуренције више завештања истог завештаоца без датума. Управо ово инсистирање на обавезности датума помогло би да се утврди редослед сачињавања

¹² Преднацрт општег дела грађанског законика, _ Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 60

завештања и праве последње воље завештаоца односно које ће завештање важити а које неће.¹³

10. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКО ЗАВЕШТАЊЕ

Имајући у виду да се Закон о јавном бележништву („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013 и 55/2014 – др. закони) почиње да примењује од 01.септембра 2014. године, Комисија је предложила да се члан 108 да у новом тексту са поднасловом ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКО ЗАВЕШТАЊЕ у тексту „Завешталац може пред јавним бележником, у складу са посебним законом, сачинити завештање у облику јавнобележничког записа. Јавнобележничко завештање је облик редовног и јавног завештања.

Предлог Комисије је да се детаљно не уређује овај облик завештања, јер је то већ уређено Законом о јавним бележницима, па би то значило понављање истог текста.¹⁴

11. БРОДСКО ЗАВЕШТАЊЕ

Предлог комисије је да постојећи текст члана 108 ЗОН-а, сада постаје члан 109 ЗОН-а, а у другом ставу након постојећег текста, додају се речи „ ОДНОСНО ИСКРЦАВАЊА НА КОПНО ДРЖАВЕ У КОЈОЈ ПОСТОЈИ ДИПЛОМАТСКО-КОНУЛАРНО ПРЕДСТАВНИШТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ“. На наведени начин отклоњено је различито тумачење у погледу времена његовог трајања.¹⁵

12. ПОСТАВЉАЊЕ УСЛОВА

Чланом 120. Закона (члан 119. важећег ЗОН-а), нормирају се услови и рокови, као модалитети при одређивању наследника, а чланом 121. Закона се уређује питање када се услов сматра непостојећим. како ће

¹³ Преднацрт општег дела грађанског законика, _ Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 60.

¹⁴ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 66

¹⁵ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду Преднацрт општег дела грађанског законика, _ 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 66

и општем делу Грађанског законика доћи до одговарајуће допуне. Да би се услов сматрао непостојећим он поред тога што мора бити противан принудним прописима, јавном поретку, добрим обичајима мора бити и противан моралу. Образложење Комисије била је да су „добри обичаји“ у ствари више везани за привредно право а „морал“ за класично грађанско право.¹⁶

13. ПОСТАВЉАЊЕ РОКОВА

Комисија је предложила алтернативу за став 1. члана 125 (раније 124 ЗОН-а) који би сада постао став 1 и 2 и гласио:

„Рок који никада не може наступити сматра се непостојећим.

Рок који је непримерно дуг сматраће се непостојећим, осим ако га на захтев заинтересованог лица суд не смањи имајући у виду праву намеру завештаоца „

Сматрамо да је овде Комисија имала у виду добру законску регулативу и праксу у упоредном праву, те је овај предлог у односу на наше досадашње прописе оправдан и прецизнији те ће олакшати примену наведене одредбе у судској пракси.¹⁷

14. НЕОСТВАРЕЊЕ ОДЛОЖНОГ УСЛОВА

Чланом 128 (127 ЗОН-а) уређује се неостваривање одложеног услова, међутим, ова одредба не садржи нормирање, шта ће се десети у правној ситуацији, када завештајни наследник умре пре истека таквог рока. Са становишта правне сигурности прецизна норма је сигурнија норма. Комисија предлаже да став 3. наведеног члана гласи : „Ако завештајни наследник не доживи истек одложеног рока заоставштину наслеђују његови наследници, ако из завештања не произилази шта друго“.

¹⁶ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр 70

¹⁷ Преднацрт општег дела грађанског законика, Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 71

Сматрамо да би овако прецизирана норма избегла проблеме у њеној примени и олакшала њену примену у пракси.¹⁸

15. ТУМАЧЕЊЕ ЗАВЕШТАЊА

Члан 136 (раније 135. ЗОН-а) садржи општу одредбу о тумачењу завештања. Комисија сматра да би било корисно „ још једном потенцирати правило *in favorem testamenti* и зато је предложила да се став 1. допуни следећим текстом „ Одредбе завештања треба тумачити према правој намери завештаоачевој и у смислу са којим могу имати правно дејство“.¹⁹

16. ЗАСТАРЕЛОСТ ИСПОРУКЕ

Комисија је предложила да се допуни став 1. члана 155 (раније 154. ЗОН-а), на тај начин што ће се одредити и објективни рок у коме наступа застарелост испоруке. Уместо примене одредаба ЗОО-а текст наведене одредбе би се допунио формулацијом: „... а најкасније у року од три године од дана када је испорукопримац имао право да захтева испуњење обавезе која је предмет испоруке“.²⁰

17. НИШТАВОСТ ЗАВЕШТАЊА ЗБОГ ПОВРЕДЕ ОБЛИКА

Комисија је предложила да ништавост (апсолутна ништавост) завештања, буде регулисана одредбом чл. 159 Закона, на тај начин што би ништавост завештања због повреде облика сада била јасно одређена „ ништаво је завештање које потпуно одступа од облика одређеног законом“.²¹

¹⁸ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године, четврта књига, Наслеђивање, стр. 72

¹⁹ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године, четврта књига, Наслеђивање, стр. 74

²⁰ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године, четврта књига,Наслеђивање, стр. 71

²¹ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика радна група за израду општег дела,15.10.2012. године , четврта књига, Наслеђивање, стр.80

18. СЛОЖЕНА ЗАМЕНА НАСЛЕДНИКА (ЗАВЕТИНА)

Поред просте замене наследника (tzv. vulgarna supstitucija) у праву постоји и сложена супституција (Тзв. заветина, fideokomisijarna supstitucija). Проста супституција је законом дозвољена а сложена законом забрањена. Међутим, приликом примене ових законских одредби у пракси може да се деси када је завешталац као неука страна (лаик) недовољно прецизна да се огласи ништавим и нешто што не би требало. Комисија је стала на становишту, да ради очувања правила о поштовању последње воље оставиоца у што већем обиму треба прецизирати досадашњу постојећу норму, тако да члан 161 (раније 159 ЗОН-а) Закона сада гласи:

„ Ништава је одредба завештања којом завешталац одређује наследника свом наследнику или испорукопримцу (заветина односно фидеокomisијарна замена наследника).

Одређивање наследника наследнику само у једном степену тумачиће се у смислу постављања испорукопримца и наследника.

Ништава је одредба завештања којом се забрањује или ограничава деоба наследства.

Ништава је одредба завештања којом завешталац чини изјаву воље за чију је пуноважност потребно испунити услове предвиђене посебним законом, ако у тренутку сачињавања завештања оставилац није испуњавао услове предвиђене тим законом“.²²

19. УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ КАО ОСНОВ ПОЗИВАЊА НА НАСЛЕЂЕ

У члану 2. Закона, у делу којим се уређују основи позивања на наслеђе, предложена је измена, тако што ће уз постојеће основе позивања на наслеђе као што су завештање и закон, дода и нови основ позивања на наслеђе – уговор наслеђивању. као алтернатива досадашњој забрани уговора о наслеђивању. Члановима 181 до 186 Закона, као алтернатива досадашњем законском решењу, уводи се наслеђивање на основу уговора о наслеђивању и то:

²² Преднацрт општег дела грађанског законика, _ Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 81

Члан 181. Уговор о наслеђивању

-„ Уговор којим једно лице оставља своју заоставштину или њен део у наслеђе свом саговорнику, може се закључити само између супружника“.

Уговор о наслеђивању може се закључити у корист деце једног или другог супружника, њихове заједничке деце, њихових усвојеника или других потомака“.

Члан 182. Услови пуноважности уговора

- „ Уговор је пуноважан само ако су се са његовим закључењем сагласили сви потомци саговорника који ће по закону бити позвани да их наследе.

Ако неки потомак није дао сагласност за закључење уговора о наслеђивању, може је дати накнадно.

Уговор је пуноважан и ако потомак који није дао сагласност умре пре супружника као саговорника или се одрекне наслеђа или је недостојан а не остави потомство.“

Комисија је овде предложила алтернативу, којом би се цео наведени члан мењао и гласио:

„ Уговор је пуноважан и ако се са његовим закључењем није сагласио неки од потомака саговорника који би по закону био позван да их наследи“. ²³ Сматрамо да је алтернатива оправдана и да је треба прихватити.

Члан 183 Облик

„ Уговор мора бити сачињен у писменој форми и оверен од судије који је дужан да пре овере прочита странкама уговор и нарочито их упозори да имовина која је предмет уговора не улази у њихову заоставштину и да се њоме не могу намирити нужни наследници.

У супротном уговор је ништав.

Судија на самом уговору потврђује да су те радње учињене.

Уговор може сачинити и јавни бележник у облику јавно-бележничког записа, уз упозорење и последице предвиђене у овом члану“.

Члан 184 Предмет уговора

„ Уговор може обухватити заоставштину уговорника или њен део“

Члан 185 Ништавост уговора о будућем наследству или испоруци

²³ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 87.

„Ништав је уговор којим неко отуђује наследство коме се нада, као и сваки уговор о наследству неког трећег ко је жив.

Ништав је уговор о испоруци или другој користи којима се један уговорник нада из наследства које није отворено“

Члан 186 Ништавост уговора о садржини завештања

„ Ништав је уговор којим се завешталац обавезује да унесе какву одредбу у завештање или да какву одредбу из свог завештања опозове или не опозове „²⁴

20. ОБЛИК УСТУПАЊА И РАСПОДЕЛА ИМОВИНЕ ЗА ЖИВОТА И УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

Чланом 189 . закона уређена је и допуњена форма Уговора о уступању и расподели имовине за живота, а ставом 4 наведеног члана урађено је усклађивање сходно Закону о јавним бележницима, у смислу могућности да наведени уговор може бити сачињен и у облику јавно-бележничког записа и нужног упозорења које и јавни бележник мора учинити странкама. Напред наведено се односи и на Уговор о доживотном издржавању у ставу 3. члана 200 Закона.²⁵

ПРАВО УСТУПИОЧЕВОГ СУПРУЖНИКА

У члану 194 . Закона Комисија је извршила и једно појашњавање у случају када са уступањем и расподелом имовине за живота није обухваћен супружник уступеоца, и то:

„Уступилац може уговором обухватити и свог супружника ако се супружник сагласи, и тада он има положај као и уступоичеви потомци.

Кад супружник није обухваћен уступањем и расподелом, његово право на нужни део остаје недирнуто, а уговор између потомака остаје на снази“²⁶

²⁴ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 88-89

²⁵ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године четврта књига, Наслеђивање, стр. 91

²⁶ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године, четврта књига, Наслеђивање, стр. 91

22. ПОЈАМ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ И ПОЛОЖАЈ СУПРУЖНИКА И ПОТОМКА ПОСЛЕ СМРТИ ДАВАОЦА ИЗДРЖАВАЊА

Чланом 199. (члан 194.) Закона уређен је појам уговора о доживотном издржавању, у случају да се прихвати решење о увођењу трећег основа позивања на наслеђе. У том случају комисија предлаже да се забрани закључење уговора о доживотном издржавању између супружника. На овај начин била би решена стара дилема да ли супружници могу да закључују уговор о доживотном издржавању и на тај начин осталим законским наследницима ускрате право на законски и нужни део.

Чланом 210 (раније чл. 205) Закона регулисано је да ако супружник и потомци даваоца издржава нису у стању да преузму уговорне обавезе, могу захтевати накнаду од примаоца издржавања. Сходно ст. 2 истог члана суд ће ту накнаду одредити по слободној оцени, имајући у виду све околности и посебно ценећи имовно стање примаоца издржавања и оних који су били овлашћени на продужење уговора.²⁷

23. ОБИМ НАСЛЕДНИКОВЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ДУГОВЕ

Код питања обима одговорности наследника за дугове оставиоца, чл. 227 (члан 222) остало је опште правило да наследник одговара за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине. Међутим, додат је став 2. који гласи:

„Пријемник у чију се корист наследник одрекао наслеђа одговара за дугове оставиоца, у смислу претходног става, осим ако није другачије уговорено“.

Сматрамо да је ово решење правичније у односу на досадашње.²⁸

24. ЗАШТИТА ДОМАЋИХ ДРЖАВЉАНА

Савезним Законом о наслеђивању из 1955. године , истим Законом биле су заједно регулисане наследно материјално правне и

²⁷ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године ,четврта књига, Наслеђивање, стр. 88

²⁸ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године, четврта књига, наслеђивање, стр. 96

процесноправне одредбе (материјално право + оставински поступак). Приликом њихових раздвајања где су процесноправне одредбе биле регулисане Законом о ванпарничном поступку, дошло је до грешке, тако да су из Закона о наслеђивању изостављене норме којима се уређују питања заштите домаћих наследника, испорукопримаоца и поверилаца, које иначе постоје у свим савременим правима. Комисија је сада предложила законски текст, а који иначе постоји у свим савременим правима, и којим би се сада уређивала та материја, и то:

„Члан 233 Мере заштите домаћих наследника, испорукопримца и поверилаца

Кад је за расправљање заоставштине надлежан инострани орган, суд на чијем је подручју оставилац умро издаће оглас којим ће позвати лица која у земљи имају захтеве као наследници, испорукопримци или повериоци да у року од тридесет дана од дана објављивања огласа у републичком службеном гласнику, пријаве своје захтеве, јер ће у противном покретна имовина из састава заоставштине бити предата иностраном органу, односно лицу које тај орган овласти.

Оглас ће бити објављен у републичком службеном гласнику, на огласној табли суда и по потреби на други погодан начин, а један примерак огласа доставиће се најближем дипломатско-конзуларном представништву државе чији је орган надлежан за расправљање заоставштине.

Ако је заоставштину мале вредности оглас се неће објављивати, али се у том случају заоставштину не сме предати пре протекла рока од три месеца од смрти страног држављанина.

Члан 234. Задржавање заоставштине

Ако наследник или испорукопримац пријави свој захтев, суд ће задржати заоставштину односно њен део потребан за покриће пријављеног захтева све док орган стране државе не донесе правноснажну одлуку о том захтеву.

Суд ће у погледу пријављеног захтева извршити ову одлуку из задржане заоставштине односно њеног дела, а остатак ће предати органу стране државе“²⁹

Закључна разматрања

При изради дела Преднацрта грађанског законика – IV књига – о наслеђивању, пошло се од сада важећег Закона о наслеђивању из 1995. године. Овај Закон се као модеран законодавни акт већ више од 18 година

²⁹ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела, 15.10.2012. године, четврта књига, Наслеђивање, стр. 96.

примењује у Србији. Правна теорија и пракса оценили су да наведени закон садржи „многобројне одредбе које пружају обиље могућности постизања високог степена правичности и правне сигурности“³⁰ Међутим,, Комисија је настојала, да кроз већи број предложених измена и допуна побољша постојећи законски текст, а тиме допринесе његовој квалитетнијој и хармоничној примени и олакша његову примену у животу и судској пракси. Посебно су значајне измене код увођења уговора о наслеђивању и заштите домаћих грађанина.

Предложена решења Комисије из Преднацрта општег дела грађанског законика тренутно су изложена суду јавности и правних теоретичара и практичара. То је пут којим ће наследно право ићи у будућности. А предложена решења, када буду усвојена, биће изложена најстрожијем суду – суду времена, који ће добра решења задржати а мање добра или лоша решења мењати све док се не нађу оптимална решења.

Branko A. Miletić, LL.M
Teaching assistant

INHERITANCE LAW IN THE NEW CIVIL OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In developing the part of the Preliminary Draft of the Civil Code - Book IV – of Inheritance, we started from the currently valid Act of Succession of 1995. This Act, as modern, legislative act, has been applied in Serbia for more than 18 years. Legal theory and practice estimated that this act contained "numerous provisions that provide plenty of opportunities to achieve a high degree of fairness and legal security". However, „ Commission has tried to improve the existing legal text through a number of proposed amendments, and in that way contribute to its better quality and more harmonious implementation and to facilitate its application in life and jurisprudence. The changes in the introduction of the contract of inheritance and protection of local citizens are particularly significant.

³⁰ Преднацрт општег дела грађанског законика, - Комисија за израду грађанског законика - радна група за израду општег дела,15.10.2012. године, Наслеђивање, четврта књига,

The proposed solutions of the Commission for the Preliminary Draft of the general part of the Civil Code are currently exposed to the scrutiny of the public and legal theoreticians and practitioners. That's the way the hereditary right will take in the future. And suggested solutions, once adopted, will be subjected to the strictest court – the court of time, which will keep good solutions and less good or bad solutions will be changed until the optimal solutions are found.

СПРОВОЂЕЊЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Апстракт: Револуција информатичке технологије, све бржи раст броја проналазака, хиперпродукција ауторских дела, али и веза интелектуалне својине са убрзаном глобализацијом, довели су интелектуалну својину у средиште пажње. Али, развој технологије је олакшао не само употребу, већ и злоупотребу заштићених интелектуалних творевина. Због тога је најбитније омогућити ефикасно спровођење заштите интелектуалних права, које подразумева примену делотворних административних и грађанских мера, али и казни од стране надлежних органа, против оних који су укључени у пиратерију и кривотворење. С обзиром да су облици кривотворења и пиратерије све софистициранији, борба против ових криминалних радњи је све сложенија и захтева сарадњу стручњака у полицији, тужилаштву, судству и инспекторатима. У Србији је отпочео пројекат под називом „Спровођење права интелектуалне својине“, који ће бити финансиран из претприступних фондова ЕУ, у циљу јачања капацитета државних органа у борби против повреде интелектуалних права, на чему ће радити стручњаци из низа земаља ЕУ. Права интелектуалне својине су брижљиво дефинисана у различитим међународним конвенцијама, европским и националним правилима, али вредност закона се најјасније види када се проба да се остваре нечија права, тада се најбоље показују делотворност и дугорочни потенцијал система права интелектуалне својине.

Кључне речи: пиратерија, кривотворење, административна заштита, грађанска заштита, кривична заштита.

Право интелектуалне својине штити оригинални израз идеје или практичну примену идеје, тачније знања, у корисном производу. Права индустријске својине односе се на реализоване креације ума у корисном производу, стављање комерцијалног симбола на користан производ, или средство изражавања, док се ауторска и сродна права односе на оригиналне уметничке или корисне креације ума реализоване на материјалном медијуму.

Свака земља на основу свог суверенитета и територијалног интегритета доноси законе о интелектуалној својини и свој национални

* Асистент

систем организација које функционишу у области заштите интелектуалних права. Прописи из области интелектуалних права у нашој земљи у потпуности су усклађени са релевантним прописима донетим у ЕУ, али и са међународним конвенцијама донетим у оквиру Светске организације за интелектуалну својину (у даљем тексту WIPO)¹ и Светске трговинске организације (у даљем тексту СТО)². На тај начин је омогућено стварање система заштите који ће бити користан како за ствараоце и привредне субјекте, тако и за друштво у целини.

Дакле, права интелектуалне својине, брижљиво су дефинисана у различитим међународним конвенцијама, европским и националним правилима, али вредност закона се најјасније види када се покуша са остваривањем нечијих права, јер се тада најочигледније показују делотворност и дугорочни потенцијал система права интелектуалне својине.³

Производи људског ума јесу нематеријална добра, чија се вредност састоји у умножавању, употреби, приказивању другим људима, па их није могуће заштитити сакривањем, затварањем или другим мерама физичке заштите. Титулар права, било да је реч о ауторском, сродном или праву индустријске својине, има искључива имовинска и морално правна овлашћења. Ауторско право је искључиво право аутора на располагање књижевним, уметничким или научним делом, док се сродна права односе на права уметника извођача, произвођача фонограма и произвођача емисије. Правом индустријске својине обезбеђена су средства уложена у истраживање и развој, пословни интереси титулара од конкурената, и њихов положај на тржишту.

Неовлашћена употреба или умножавање предмета интелектуалног власништва, представља повреду права, тако да се право сваког титулара на употребу, располагање и стицање користи, штити институцијама и средствима правног система.

Спровођење права интелектуалне својине, подразумева примену делотворних административних и грађанских мера, као и казни против оних који су укључени у пиратерију и кривотворење. Свако неовлашћено

¹ WIPO (World Intellectual Property Organization), основана је доношењем Конвенције о оснивању у Штокхолму 1967. године, а наша земља је ратификовала конвенцију 1972. године, „Сл.лист СФРЈ-Међународни уговори и други споразуми“, бр. 31/72.

² Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS), чини Анекс 1Ц Споразума из Маракеша којим је установљена СТО, и који је закључен 15. Априла 1994.године. TRIPS обавезује све земље чланице СТО.

³ К. Идрис, *Интелектуална својина, моћно средство економског раста*, Београд, 2003, стр. 249.

коришћење предмета права интелектуалне својине, представља повреду која мора бити санкционисана од стране надлежних органа.

Пиратерија и кривотворење

Под кривотворењем се у контексту права интелектуалне својине, подразумева производња робе која имитира оригинални производ означен жигом, на начин да ствара утисак да је реч о оригиналном производу.

Пиратски производи су неовлашћено умножени примерци дела заштићени ауторским или сродним правом .У случају пиратства као и кривотворења, ради се о неовлашћеном коришћењу права интелектуалне својине, које није скорашњи феномен, али су напредовала средства захваљујући којим су интелектуални радови постали лако доступни. Медији штампаних речи, допуњени су медијима као што су фонограми и касете, док је појава дигиталне технологије имала огроман утицај на стварање, ширење и коришћење дела.

Кривотворење и пиратерија јесу међународни проблем са економским и социјалним последицама. Они утичу на правилно функционисање тржишта и на заштиту потрошача, нарочито у погледу јавног здравља и безбедности. Процењује се да предузећа из ЕУ, са међународним активностима, изгубе око 400 – 800 милиона на тржишту ЕУ и око 200 милиона евра изван ЕУ, због недозвољеног коришћења интелектуалних права.⁴

Кривотворење и пиратерија не само да негативно утичу на привреду једне земље или региона, већ угрожавају здравље и сигурност потрошача и привлаче организовани криминал. Студија о кривотворењу и пиратерији од 2008. године, коју је издала OECD (Organization for Economic Cooperation and Development), Организација за економску сарадњу и развој, показује да је међународна трговина фалсификованом и пиратском робом у 2005. години вредела 200 милијарди долара а у 2007. години, 250 милијарди долара, што је више од бруто друштвеног производа око 150 земаља у свету. Учешће кривотворених и пиратских производа је порастао са 1,85 % у 2000. години на 1,95 % у 2007. години⁵. Студијом је такође откривено да фалсификовање није ограничено на луксузне производе, већ се проширило на фармацеутске производе, храну и пиће. Закључци наведене Студије указују да су размере и последице пиратерије и фалсификовања толико велике да нужно изискују одлучну акцију Влада, пословних кругова и потрошача. Док је од пресудног

⁴ *Combating counterfeiting and piracy in the single market*, www.europa.eu/legislation-summaries/fight-against-fraud/fight-against-counterfeiting/126057, од 04.06.2014.

⁵ *The economic impact of contefeiting and piracy*, www.oecd.org, од 15.06.2014.

утицаја још делотворније спровођење заштите али и потреба да јавност пружи истинску подршку борби против фалсификовања и пиратерије⁶. У студији под називом „Грађани европе и интелектуална својина“, која је рађена на тлу ЕУ, истакнуто је да европски грађани интелектуалну својину сматрају веома важном за економски и социјални развој ЕУ. Али, истраживања такође показују да је сваки десети испитаник путем Интернета нелегално снимео неко заштићено дело или да је приступио нелегално постављеном садржају у последњих дванаест месеци, док више од 1/3 испитаника, толерише овакво поступање. Студија је такође показала да само 13 % испитаника има добро знање о интелектуалној својини, 51 % показује средње знање, док 37 % испитаника мало зна о правима интелектуалне својине.⁷

Због свега наведеног неопходно је подизање свести појединаца о значају интелектуалне својине. Да би се то постигло, потребно је да владини службеници раде на подизању животног стандарда пре свега, али и на стварању таквог окружења у коме су у средишту пажње стварање и проналазаштво, као и усавршавање производа и услуга.

Дакле, спровођење заштите, захтева ангажовање царине, полиције, судова, али, без политичке воље, одговарајућег законодавног оквира и културе интелектуалне својине, не може да буде спровођења заштите права интелектуалне својине⁸.

Европска Комисија је 2000. године објавила „Зелену књигу о борби против фалсификовања и пиратерије на јединственом тржишту“. У књизи се најпре говори о размерама проблема и о штетним ефектима пиратерије и кривотворења на правилно функционисање јединственог тржишта. Посебно се указује на диспаритете између држава чланица у погледу санкција и других средстава за спровођење права интелектуалне својине. У књизи је такође истакнуто да је потребна административна сарадња између држава чланица, али да примарна одговорност лежи на титуларима права интелектуалне својине⁹.

Након објављивања Зелене књиге, прешло се на тзв. Акциони план, који је подразумевао хитне мере предложене од стране Комисије

⁶ Публикације у области спровођења права интелектуалне својине, www.zis.gov.rs/elektronska_izdanja/488.htm лод 15.06.2014.

⁷ Н. Миловановић, „Грађани европе и интелектуална својина, перцепција, свест и понашање“, ЕИЦ Билтен, бр.17/април 2014. стр.3

⁸ К. Идрис, Право интелектуалне својине-моћно средство економског раста, Београд, 2003., стр.275.

⁹ *Magnitude of Counterfeiting and piracy of tangible product an update*, ОЕС, Париз 2009, www.oecd.org/dataoecd/57/27/44088872.pdf, од 07.06.2014.

ЕУ, затим средњорочне мере Комисије и друге иницијативе које укључују јавни и приватни сектор.

У хитне мере спадало је доношење Директиве о спровођењу права интелектуалне својине,¹⁰ у циљу усклађивања закона земаља чланица по овом питању. Средњорочне мере односе се на успостављање механизма од стране Комисије, за административну сарадњу у борби против кривотворења и пиратерије, посебно између надлежних националних органа, али и између тих органа и Комисије.

Директива о спровођењу права интелектуалне својине

Циљ Директиве је да обезбеди равноправни ниво заштите права интелектуалне својине у ЕУ, али и да промовише иновације и конкурентност пословања. Задаци Директиве су и да се очува запосленост, да се спрече порески губици и дестабилизација тржишта. Одржавање јавног реда је такође један од задатака, јер пиратерија и кривотворење повређују радно и пореско законодавство као и законодавство о безбедности производа.

Мере предвиђене Директивом, примењују се код свих повреда права интелектуалне својине које су прописане било законом Заједнице или националним законом земље у питању.

Све земље чланице су у обавези да обезбеде спровођење права и предузму одговарајуће мере против оних који су одговорни за кривотворење и пиратерију.

Право на подношење захтева надлежном органу за примену адекватних мера заштите, припада најпре титулару права интелектуалне својине, али и другим овлашћеним корисницима права, у складу са законом.

За разлику од првобитног предлога Комисије, усвојена Директива не садржи одредбе о санкцијама против починиоца повреда, већ само предвиђа да су све земље чланице ЕУ слободне да кривично гоне починиоца.дела против права интелектуалне својине. Самом Директивом је прописано да су све земље чланице у обавези да поштују одредбе TRIPСа (Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине), који је одобрен Одлуком Савета (94/800/ЕЦ), и посебно садржи одредбе о средствима за спровођење права интелектуалне својине, који су заједнички стандарди који се примењују у свим земљама чланицама ЕУ.

¹⁰ Directive 2004/48/EC of the Council of 29 April 2004 Official Journal of the European Union L 157&54.

Комисија је у вези са Директивом у Извештају,¹¹ набројала сва права која су обухваћена истом, и то су – ауторска права, сродна права, права произвођача базе података, жиг, патент, дизајн, права биљних сорти и географске ознаке.

Лица која имају право на заштиту нису само титулари права, већ и лица која имају директан интерес и правни положај у оној мери у којој је то дозвољено, а ту спадају професионалне организације које су задужене за управљање тим правима или за заштиту колективних и појединачних интереса за које су одговорни.

У самој Директиви је истакнуто, да би разлике у спровођењу заштите довеле до слабљења материјалног права о интелектуалној својини. Повреде права су све више повезане са организованим криминалом, док је повећање коришћења Интернета омогућило дистрибуцију пиратских копија широм света. Директива нема за циљ успостављање усаглашених правила о правосудној сарадњи, о надлежности судова, признању или извршењу одлука у грађанским и привредним предметима. Постоје инструменти Заједнице, који регулишу наведена питања у општем смислу и која се могу применити и на интелектуална права.

У делу који говори о привременим мерама за непосредан престанак повреда, истиче се да их треба обезбедити без чекања одлуке о предмету, разуме се, уз поштовање права на одбрану, обезбеђивање пропорционалности привремених мера у односу на конкретан предмет и пружање гаранција потребних за покривање трошкова. Такве мере су нарочито оправдане, ако би одлагање нанело ненадокнадиву штету носиоцу права интелектуалне својине.

Директивом је такође прописано да поред грађанских и управних мера, процедура и лекова предвиђених самом Директивом, и кривичне санкције у одређеним случајевима, представљају средства за обезбеђење спровођења заштите права интелектуалне својине. У борби против пиратерије и кривотворења неопходно је ангажовање и индустрије, тако да уграђивање идентификационог кода у дискове произведене у Заједници, помаже у спречавању повреда права интелектуалне својине, која пати од пиратерије у великој мери.¹²

Комисија је такође поднела Саопштење о царинској одговорности и најновијим трендовима о пиратерији и кривотворењу, Савету, Европском Парламенту и Европском економском и социјалном комитету. На основу анализе царине ЕУ, у Саопштењу је констатовано да је у

¹¹ Official Journal L94 od 13. 04.2005.

¹² www.eur-lex.europa.eu од 28.05. 2014.

периоду од 1998. године до 2004. године, заплена фалсификоване робе порасла за 1000 процената, али да је то само врх леденог брега фалсификоване робе. Уредбом Савета од 2003. године¹³ регулисан је на јединствен начин царински поступак против робе за коју се сумња да повређује права интелектуалне својине и мере које треба предузети. Комисија је 2004. године усвојила Стратегију спровођења права интелектуалне својине према трећим земљама. Детаљна анализа царине ЕУ показала је да су главне производне области кривотворене робе Кина и Азија уопште. Затим, да је број царинских случајева више него удвостручен, па су Европски царински органи у 2009. години предузели мере у 43 500 случајева, и самим тим ступили у акцију за 118 милиона производа, док је у 2000. години, предузета акција за само 5000 производа¹⁴. Спровођење граничних мера царинских органа представља ефикасан начин спречавања повреда интелектуалних права, јер је лакше спречити дистрибуцију илегалних копија на граници, него касније када буду пуштене илегалне копије у оптицај.

Споразум о трговинским аспекта права интелектуалне својине

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (у даљем тексту TRIPS)¹⁵ садржан је у Анексу 1 Ц Уговора из Маркеша закљученог 15. Априла 1994. године, током Уругвајске рунде преговора у тадашњем GATT у (Општи споразум о царинама и трговини), која је трајала од 1986. до 1993. године, а резултат је оснивање Светске трговинске организације која је почела са радом 1. Јануара 1995. године.¹⁶ Високо развијене земље попут САД, Јапана али земље ЕУ, инсистирале су да се питања заштите интелектуалних права воде у оквиру СТО, јер су сматрале да дотадашњи систем заштите интелектуалне својине није био ефикасан у спречавању неовлашћеног коришћења интелектуалних права. Било је неопходно донети строжа правила на међународном нивоу, како би се омогућило свим земљама чланицама наведеног Споразума да прибегну казним мерама, укључујући повлачење царинских повластица према земљама које не санкционишу кривотворење и пиратерију.¹⁷ Светска организација за интелектуалну својину је, након потписивања

¹³ EC No 1383/2003.

¹⁴ europa.eu/legislation-summaris/fight-against-fraud/fight-counterfeiting/126057-en.

¹⁵ TRIPS-Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

¹⁶ В. Бесаровић, Б. Жарковић, *Интелектуална својина, Међународни уговори*, Београд, 1999. година, стр.30.

¹⁷ В. Раичевић, С.Спасић, „Патентно право и биотехнологија, или ко ће први патентирати људски живот“, *Педагошка стварност 5-6*, 2010, стр. 386.

Уговора о сарадњи са СТО¹⁸, утицала да она усвоји Споразум и тако обезбеди хармонизацију регулативе у области интелектуалне својине. Тако је TRIPS усклађен са свим релевантним међународним споразумима који се односе на интелектуална права, попут Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела од 1971. године, затим Париске конвенције о заштити индустријске својине од 1967. године, и многим другим споразумима донетим под окриљем WIPO.

Циљ TRIPS а је унапређење ефикасне заштите права интелектуалне својине, како би се смањили поремећаји у међународној трговини, које је проузроковала неадекватна заштита интелектуалних права¹⁹.

Највећи допринос TRIPS а је ефикасан систем заштите права титулара коме је посвећен трећи део Споразума, који прописује минимум стандарда неопходних за спровођење права интелектуалне својине којих су дужне да се придржавају све земље чланице. Спровођење права може бити административно, грађанско и кривично.

Земљама чланицама се налаже да поступци за заштиту интелектуалне својине буду ефикасни, поштени и правични, без неразумних трошкова и одлагања. Управне одлуке су коначне али се против њих може поднети жалба суду, а мора постојати и апелациони поступак на судске одлуке. Не постоји обавеза конституисања посебног судског система заштите, већ је довољан редован судски систем.

Споразум захтева од земаља потписница да обезбеде најмање престанак повреде и накнаду штете, повлачење робе из промета (од заплене до уништења), повлачење из промета сировина и саставних делова од којих је сачињена роба којом се повређује право, накнаду судских трошкова и информисање у средствима јавног информисања о лицима укљученим у производњу и дистрибуцију робе којом се врши повреда права.²⁰

Привремене мере, у случају када то тражи титулар повређеног права, морају ефикасно да спрече повреду права титулара и да заштите доказе повреде. TRIPS је дао правни оквир са специфичним смерницама и обезбедио претпоставке и подстрек за делотворније и обухватније кривично гоњење, које је ипак најефикасније средство у борби против недозвољеног коришћења интелектуалних права²¹.

¹⁸ Agreement between wto.org/English/tratop_e/trips_e/wtowip_e.htm-од 08.06.2014.

¹⁹ П. Тијанић, „Услађивање патентног права са правом ЕУ“, *Правни живот бр.11/2001*, стр. 754.

²⁰ В. Бесаровић, *Правна заштита интелектуалне својине у међународном праву и праву ЕУ, Скрипта за Последипломске студије из права ЕУ, Београд, 2004, стр.34.*

²¹ К. Идрис, (2003), стр. 265.

Смањење глобалне неравнотеже је главни задатак СТО, док је за успешно функционисање међународне заштите интелектуалне својине, у контексту међународног економског поретка, неопходно испуњење обавеза из TRIPS а.²²

Право интелектуалне својине у Србији у потпуности је усклађено са релевантним прописима донетим у оквиру ЕУ, али и са TRIPS ом, јер је то резултат извршења обавеза које је наша земља преузела потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању, којим је наша земља постала придружена ЕУ, са јасном перспективом чланства у ЕУ. Усклађивање правила из области интелектуалне својине са наведеним наднационалним правилима је нужни услов обнављања чланства у СТО, јер ни једна земља не може постати члан СТО, а да при том не буде чланица TRIPS а, па како је чланство у СТО од огромног значаја, економског пре свега али и политичког, питање приступања TRIPSу се није постављало, док поштовање обавеза из TRIPS а, обезбеђују економске санкције СТО²³.

Спровођење заштите права интелектуалне својине у Србији

Спровођење права интелектуалне својине подразумева примену делотворних и сразмерних грађанских, административних мера и казни од стране надлежних органа, против оних који су укључени у пиратерију и кривотворење у циљу стварања једнаких услова заштите за титуларе права.

Грађанскоправну заштиту у потпуности регулишу посебни закони из области интелектуалне својине и то Закон о патентима²⁴, Закон о жиговима²⁵, Закон о правној заштити дизајна²⁶, Закон о ознакама географског порекла²⁷, Закон о заштити топографија полупроводничких производа²⁸ и Закон о ауторском и сродним правима.²⁹ Наведеним прописима је регулисана и управно правна заштита права интелектуалне својине. Међутим, тек доношењем Закона о посебним овлашћењима

²² Ј. Страус, „О улози интелектуалне својине у новом светском поретку“, *Европски правник*, 3/2006., стр.39.

²³ Наша земља је имала статус посматрача, затим статус придруженог члана, пуноправно чланство од 62-92 године, док данас има статус кандидата за чланство у СТО.

²⁴ „Сл.гласник РС“, бр.99/11

²⁵ „Сл.гласник РС“, бр. 104/2009, 10/2013.

²⁶ „Сл.гласник РС“, бр. 104/2009.

²⁷ „Сл. Гласник РС“, бр. 18/2010.

²⁸ „Сл.гласник РС“, бр. 55/13.

²⁹ „Сл.гласник РС“, бр.119/2012.

органа државне управе³⁰, достигнути су европски стандарди у погледу управноправне заштите. Законом се правно уређује поступање органа управе и организација којима је поверено вршење јавних овлашћења у односу на робу и услуге којима се повређује право интелектуалне својине.³¹

Стратејом развоја интелектуалне својине за период 2011-2015, и Акционим планом који је њен саставни део (Сл.гласник РС“ 49/11), предвиђено је доношење Закона о изменама и допунама Закона о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине.

Наведени Закон треба да омогући, кроз одредбе о ефикасним механизмима сузбијања повреда права интелектуалне својине, стварање бољих друштвених и економских услова за даљи развој наше земље. У примени посебних овлашћења, надлежни органи имају механизме да поступају ефикасно и да делују превентивно, умањујући на тај начин штету коју због повреда трпе титулари, овлашћени корисници али и друштво у целини.

Одредбе овог закона примењују се на производњу, промет, употребу и држање робе, као и на пружање услуга којима се повређују права интелектуалне својине. Роба којом се повређују интелектуална права јесу нарочито пиратске копије ауторског дела или предмета сродног права укључујући и рачунарске програме, затим роба са кривотвореним жигом, кривотвореним дизајном као и роба којом се повређује патент и мали патент.(чл.2)

Под пиратским примерком се у смислу наведеног Закона, подразумева примерак заштићеног ауторског дела или предмета сродног права, односно роба која садржи заштићено ауторско дело или предмет сродног права, који је израђен без сагласности титулара права.(чл.4)

У члану 6. наведеног Закона, набројани су органи надлежни за спровођење Закона, док чланови од 7-13 уређују обим посебних овлашћења тих органа. Тако министарство надлежно за послове трговине, врши посебна овлашћења преко тржишне инспекције. Ова инспекција, врши надзор над производњом и прометом робе којима се повређују права интелектуалне својине. Тржишна инспекција контролише сву робу којом се повређују интелектуална права, осим ако Законом није прописана надлежност другог органа.

Министарство надлежно за послове здравља има посебна овлашћења надзора над производњом и прометом лекова и медицинских

³⁰ „Сл.гласник РС“, бр.46/2006, 104/2009.

³¹ В. Бесаровић, „Нове тенденције у развоју заштите права интелектуалне својине“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2007., стр.46.

средстава, које преко инспекције за лекове, врши надзор над апотекама, веледрогеријама и слично. Инспекцији овај закон даје овлашћења у области спречавања производње и промета лекова и медицинских средстава који су кривотворени и као такви потенцијално опасни по здравље људи.

Пореска управа преко Министарства финансија врши посебна овлашћења контроле легалности рачунарских програма које у обављању својих пословних активности користе предузетници и правна лица. У оквиру министарства финансија делује и Управа царине. Царинским законом („Сл. Гласник РС“, бр.18/2010), и Уредбом о условима и начину примене мера за заштиту интелектуалне својине (“Сл.гласник РС, бр 86/2010), дефинисани су улога, обим и надлежност царинских органа у спровођењу мера заштите интелектуалне својине. У погледу спровођења права интелектуалне својине, царина има важну улогу на границама, па су због тога и у TRIPSу детаљније регулисане одредбе о царинским поступцима. Увоз, извоз или транзит робе којом се повређују права интелектуалне својине утврђена одговарајућим националним и наднационалним прописима, није дозвољен.

Сложеност и обим послова који се односе на идентификацију и спречавање повреде права интелектуалне својине, захтевају континуирану сарадњу надлежних органа. Прописи којима је у нашој земљи уређена организација и положај надлежних органа државне управе, јесте правни основ за оснивање одговарајућих облика координације и усмеравања рада више органа у одговарајућим областима рада. У пракси се то односи на заједничке активности у извршавању закона и има за циљ ефикасније обављање послова и рационалније коришћење расположивих ресурса.³²

Ипак, најделотворнији методи и поступци у борби против повреде права повезани су са кривичним гоњењем³³. Адекватна кривичноправна заштита обезбеђена је одредбама Кривичног законика, који је увео ех офисіо кривично гоњење за пиратерију, ојачао положај титулара права и кроз одредбе о конфискацији и физичком уништењу нелегално произведене робе и постројења за њихову производњу. Актуелни Кривични закон³⁴ прописује групу кривичних дела против интелектуалне својине, чији је групни заштитни објект интелектуална својина као субјективно право које се штити на тај начин што се инкриминишу повреде појединих субјективних права која улазе у састав интелектуалне својине.

³² В. Деспотовић, „Системски приступ сарадњи институција за спровођење права интелектуалне својине“, *ЕИЦ Билтен*, бр.9, 2012, стр2.

³³ К. Идрис,(2003.),стр.265.

³⁴ „Сл.гласник РС“, бр.111/2009.

За групу кривичних дела против интелектуалне својине, битно је доношење Закона о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехничког криминала, који се примењује ради откривања и кривичног гоњења и суђења за кривична дела против интелектуалне својине код којих се као објект или као средство извршења, јављају рачунари, рачунарске мреже, рачунарски подаци и њихови производи у материјалном и електронском облику.³⁵

Следећи корак је обезбеђивање ефикасне судске заштите. Како је материја права интелектуалне својине веома специфична, неопходна је обученост судија, па се у европским земљама приступило увођењу специјалних судова. Ступањем на снагу Закона о уређењу судова и Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва³⁶, добили смо два специјална суда за интелектуалну својину. За све спорове који се из ове области воде између привредних субјеката од 1. Јануара 2014. године, надлежан је Привредни суд у Београду, а за спорове у којима је једна страна физичко лице, надлежан је Виши суд у Београду. На овај начин су створене претпоставке да о предметима из области интелектуалне својине одлучују специјализоване судије, који ће у овој области моћи да изграде праксу усаглашену са праксом европских судова³⁷.

Надлежност судова је другачије уређена када су у питању кривични поступци. Основни суд суди у првом степену за кривична дела за која је као главна казна предвиђена новчана казна или казна затвора до 10 година, а Виши суд за кривична дела за која је запређена казна затвора преко 10 година. Имајући у виду да запређена казна за дела из области интелектуалне својине не прелази 10 година, надлежан је Основни суд.

Према мишљењу самих судија, специјализација судова требало би да буде установљена независно од правног статуса странака, јер проблеми у споровима из жигова на пример, или патената су исти, независно од тога да ли је реч о правном или физичком лицу. Требало би размотрити и питање концентрације ових спорова на одређени број судија, с обзиром да се у просеку само око 5% од свих привредних спорова, односи на спорове из права интелектуалне својине. Од стране самих судија је предложено да би спорови из права интелектуалне својине, могли да се решавају у

³⁵ З. Стојановић, Кривично право, Посебни део, Правна књига, Београд, 2006, стр.138.

³⁶ „Сл.гласник РС“, бр.101/2013.

³⁷ Б. Тотих, „Снажење система интелектуалне својине у Србији“, *ЕИЦ*, бр.16/2014, стр.1.

оквиру једног одељења привредних судова у Београду, Нишу и Новом Саду.³⁸

Интелектуална права стварају правне претпоставке да креативни људи живе од свог рада. Та морална идеја да интелектуални рад мора да буде награђен, такође је и претпоставка економског и културног развоја сваког цивилизованог и модерног друштва., Србија је доста тога урадила на јачању заштите права интелектуалне својине, па је у последњој деценији донет низ квалитетних закона из области интелектуалне својине, као и Стратегија развоја интелектуалне својине. Улаже се много у обуку судија, инспектора и цариника.

Посебно треба нагласити активности Завода за интелектуалну својину, једине институције у Србији која се искључиво бави правима интелектуалне својине. Завод за интелектуалну својину са седиштем у Београду, учествује као партнер у Пројекту, који се спроводи у нашој земљи под називом „Спровођење права интелектуалне својине“, и који ће бити финансиран из претприступних фондова ЕУ. Циљ пројекта је јачање капацитета државних органа за борбу против пиратерије и кривотворења, на чему ће радити стручњаци из низа земаља чланица ЕУ. Корисници су Министарство спољне и унутрашње трговине и телекомуникација, кроз Сектор тржишне инспекције, Министарство финансија кроз Управу царине, Министарство унутрашњих послова и Републичко јавно тужилаштво, као органи који су директно надлежни за спровођење права интелектуалне својине у Србији.³⁹

Унапређење система заштите, није важно само за процес интеграције Србије у ЕУ, већ ће донети осетну корист привреди, грађанима и економији.⁴⁰

³⁸ J. Feilberg, "Судски спорови из права интелектуалне својине", www.zis.gov.rs/od 10.06.2014.

³⁹ www.personalmag.rs/tag/intelektualna-svojina/ од 21.03.2014.

⁴⁰ V.Dežer, www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf-sr/pdf/120120final-web.pdf од 08.06.2014.

Gordana Damjanović, LLM
Teaching Assistant

ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Summary

The revolution of information technology, more rapid growth in the number of inventions, overproduction of authorship works, but also connection of the intellectual property with accelerated globalization, have brought intellectual property in the spotlight. The development of technology has facilitated not only the use but also the abuse of protected intellectual creations. It is therefore essential to enable effective implementation of intellectual property protection which includes the application of effective administrative and civil measures as well as penalties by the competent authorities against those involved in piracy and counterfeiting. Since the forms of forgery and piracy are even more sophisticated, the fight against these criminal actions is more complex and requires the collaboration of experts in police, prosecution, judiciary and inspectorates. Serbia has launched a project entitled Implementation of Intellectual Property Rights, which will be financed from pre-accession funds of the EU in order to strengthen the capacity of national authorities in the fight against violations of intellectual property rights on which will operate the experts from a number of EU countries. Intellectual property rights are carefully defined in various international conventions, European and national law, but the value of the law is most clearly seen while exercising one's rights, whereby the effectiveness and long-term potential of the system of intellectual property rights is best shown.

ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА КОД УГОВОРА НА ДАЉИНУ И УГОВОРА ИЗВАН ПРОСТОРИЈА ПРЕМА ДИРЕКТИВИ 2011/83/ЕУ О ПРАВИМА ПОТРОШАЧА

***Апстракт:** Директива 2011/83/ЕУ о правима потрошача из 2011. године представља један од последњих доприноса мноштву европских директива у области заштите потрошача. Ова Директива има за циљ модернизовање комунитарног *aquis* у области потрошачког уговорног права, пре свега законског оквира и правног режима успостављеног два ранијим директивама: Директивом 85/577/ЕЕЗ о заштити потрошача код уговора закључених изван пословних просторија и Директивом 97/7/ЕЗ о заштити потрошача код уговора на даљину. Промена одредаба инкорпорисаних у овим директивама постала је нужна да би се поједноставила и осавременила ова правила, да би се уклониле неконзистентности и да би се попуниле нежељене правне празнине. У том правцу, Директива о правима потрошача унапређује постојећа и доноси многа нова правила о заштити потрошача код уговора који се закључују изван пословних просторија трговца (уговори изван просторија) и код уговора који се закључују употребом средстава комуникације на даљину (уговори на даљину). У раду се детаљно анализирају кључна техничка правила о заштити потрошача код уговора изван просторија и уговора на даљину (с посебним фокусом на правила о информисању потрошача и праву потрошача на одустанак од уговора).*

***Кључне речи:** Директива о правима потрошача, заштита потрошача, уговори изван просторија, уговори на даљину, дужност информисања, право на одустанак*

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Директива 2011/83/ЕУ о правима потрошача (у даљем тексту: Директива о правима потрошача)¹ представља један од последњих доприноса мноштву европских директива у области заштите потрошача.

* Асистент

¹ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22.11.2011.

Донета је 10. октобра 2011. године,² објављена је 22. новембра 2011. године,³ а ступила је на снагу 13. децембра 2011. године. У њеним одредбама о транспозицији је предвиђено да државе чланице до 13. децембра 2013. године усвоје и објаве транспозиционе националне прописе, а да се исти имају почети примењивати од 13. јуна 2014. године.⁴

Директива о правима потрошача по принципу потпуне хармонизације уређује питања заштите потрошача код уговора који се закључују изван пословних просторија трговца (уговори изван просторија) и уговора који се закључују употребом средстава комуникације на даљину (уговори на даљину). Њоме се укидају и замењују раније директиве које су уређивале ову област: Директива 85/577/ЕЕЗ о заштити потрошача код уговора закључених изван пословних просторија⁵ и Директива 97/7/ЕЗ о заштити потрошача код уговора на даљину,⁶ које су иначе биле директиве минималног карактера.⁷ Остварујући наведени прелаз са принципа минималне хармонизације на приступ потпуне хармонизације Директивом о правима потрошача је успостављен нов нормативни оквир.

У смислу заштите потрошача код уговора на даљину и уговора изван просторија Директива о правима потрошача доноси бројне новине

² Видети: European Parliament, "Better protection of consumer rights in distance (including on-line) and off-premises purchases", (Press release of 10 Oktober 2011; 15257/11), Luxembourg. Available online at <http://www.consilium.europa.eu/Newsroom>; European Commission, "New EU rules on consumer rights to enter into force", (Press release of 10 Oktober 2011; MEMO/ 11/675), Brussels. Available at: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-675_en.htm

³ OJ L 304 of 22. 11.2011, p. 64.

⁴ Art. 28. Directive.

⁵ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, OJ L 372 of 31.12.1985, p. 31.

⁶ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144 of 4.6.1997, p. 19.

⁷ Искуство са применом ових директива је показало да су њихова правила о заштити потрошача била неадекватна и неконзистентна и да је потребно да се, с једне стране, та правила осавремене и поједноставе, а с друге стране, да се донесу и нова правила којима би се попуниле извесне нежељене правне празнине. То је ваљало учинити укидањем наведених директива минималног карактера и њиховом заменом једном директивом максималног карактера којом би се поједноставио нормативни оквир. Директива о правима потрошача, отуда, по принципу потпуне хармонизације, поставља на нивоу ЕУ јединствена и стандардна правила о заштити потрошача код уговора на даљину и уговора који се закључују изван просторија кад се ради о неким заједничким аспектима закључивања ових уговора који изискују заштиту потрошача, остављајући простор државама чланицама да задрже или усвоје другачија национална правила само у односу на неке друге аспекте.

нормативна побошања у односу на раније директиве. Осим нове формулације одредби којима се дефинишу ови уговори, најзначајније новине везане су за ојачање већ добро познатих инструмената, односно мера за заштиту потрошача код закључивања уговора на даљину и уговора изван просторија: за информисање (обавештавање) потрошача⁸ и право потрошача на одустанак од уговора.⁹

Оваквом променом нормативног оквира у регулисању кључних аспеката у вези са закључивањем уговора на даљину и уговора изван просторија, а пре свега потпуним хармонизовањем правила о обавештавању потрошача и праву на одустанак код уговора на даљину и уговора изван просторија, очекује се да ће нова Директива о правима потрошача допринети не само бољој заштити потрошача у овој области, него и бољем функционисању унутрашњег тржишта ЕУ.

II. ПОЈАМ УГОВОРА ИЗВАН ПРОСТОРИЈА И УГОВОРА НА ДАЉИНУ

Директива о правима потрошача дефинише „уговор изван просторија“ као: сваки уговор између трговца и потрошача:

а) закључен уз истовремено физичко присуство трговца и потрошача, на месту које нису пословне просторије трговца;

б) за који је понуда били дата од потрошача у истим околности као у тачки а);

ц) закључен у пословним просторијама трговца или преко средстава комуникације на даљину непосредно након личног и појединачног обраћања потрошачу на месту које нису пословне просторије трговца уз истовремено физичко присуство трговца и потрошача; или

д) закључен током екскурзије организоване од трговца с циљем или последицом промоције и продаје роба и услуга потрошачу.¹⁰

Ранија Директива 85/577/ЕЕЗ се примењивала једино на случајеве закључивања уговора током тзв. нетражене посете трговца потрошачевом

⁸ У погледу обавезе трговца да информише потрошача не само да се на јединствен начин уређује ово питање код закључивања и уговора ван просторија и уговора на даљину, што је раније било парцијално и различито регулисано, него су постављени и нови стандарди, односно захтеви, како у погледу садржине и опсега, тако и у погледу форме

⁹ На јединствен начин је одређен рок за одустанак од уговора за обе категорије уговора, рок за одустанак је продужен у односу на ранију регулативу, унете су посебна, јаснија и прецизнија правила о почетку течења овог рока, прописане су одредбе којима се олакшава потрошачу остваривање права на одустанак, и коначно, јасније и детаљније је регулисано питање последица остваривања права на одустанак.

¹⁰ Art. 2. (8) Directive.

дому или радном месту или током екскурзије организоване од стране трговца. Директива о правима потрошача дефинише појам „уговора изван просторија“ шире. Она дефиницијом појма уговора изван просторија обухвата наведене ситуације, али проширује заштиту потрошача и на неке друге случајеве.

По новој формулацији, појам уговора изван просторија најпре обухвата сваки уговор који се закључује између трговаца и потрошача уз истовремено физичко присуство трговца и потрошача, на месту које нису пословне просторије трговца. Да би се један уговор по Директиви сматрао закљученим изван пословних просторија потребно је да су испуњена два услова: 1) да је закључен уз истовремено физичко присуство потрошача и трговца, и 2) да је закључен изван пословних просторија трговца.

Тачкама а) и б) обухваћени су, у начелу, сви случајеви где се уговори о продаји роба или пружању услуга закључују изван пословних просторија трговца. За ове случајеве је карактеристично да се, по правилу, и преговори о закључењу уговора одвијају а и до самог закључења уговора долази изван уобичајеног пословног окружења. Најтипичнији примери оваквог уговарања представљају тзв. „продаје на прагу“ (doorstep sales) или како се још називају „продаје од врата до врата“ (door-to-door sales). Њихово битно обележје је да до закључења уговора долази током посета потрошачу: трговац или његов представник посећује потрошача кући или на радном месту с намером продаје роба или услуга. Ове посете могу бити изненадне и ненајваљене (тзв. нетражене посете), али могу уследити и након позива потрошача (тзв. тражене посете). Ранија Директива је пружала заштиту потрошачима само у првом случају. Нова Директива, међутим, не прави разлику између тражених и нетражених посета и пружа заштиту потрошачима у оба случаја.¹¹ Штавише, овом

¹¹ Директива полази од става да у једном контексту изван просторија, а нарочито код тзв. продаја на прагу, „потрошач може бити под потенцијалним психолошким притиском или може бити суочен са једним елементом изненађења независно од тога да ли је потрошач тражио посету трговца или не.“ (Recital 21. Directive). Директива тако нуди два паралелна и алтернативна потенцијална оправдања за заштиту потрошача, за разлику од раније Директиве која је заштиту темељила једино на овом другом фактору – елементу изненађења. Ово је врло значајан искорак у смислу оправдања заштите, јер је тиме омогућено да се заштита потрошачима пружи не само код тзв. нетражених, односно ненајваљених посета трговца потрошачевој кући или радном месту, него и у случају тражених посета. Ранијом Директивом та ситуација није била обухваћена, док су новом Директивом обуваћене обе ове ситуације, тако да се више не прави разлика да ли је до закључења уговора дошло током посете трговца потрошачевој кући или радном месту која је посета уследила на захтев односно позив потрошача или не, као ни да ли је понуда у правотехничком смислу потекла од трговца или потрошача.

Директивом европски законодавац више изричито и не инсистира на закључивању уговора приликом посете потрошачевој кући или на радном месту, већ на чињеници да је уговор закључен уз физичко присуство обеју страна на месту које нису пословне просторије трговца. У вези са овом врстом случајева, од ванредног значаја и круцијалне важности је управо питање шта се (не) подразумева под пословним просторијама трговца.

Пословне просторије се у Директиви дефинишу као: 1) ма који непокретни продајни објекти, где трговац трајно обавља делатност; или 2) ма који покретни продајни објекти где трговац обично обавља своју делатност.¹²

Пословне просторије укључују просторије у ма ком облику које служе као *трајно (стално) или повремено али редовно (убичајено) место пословања трговца*. Ту спадају, пре свега, продавнице, локали, салони, канцеларије, бирои и сл., али и пијачне тезге и сајамски штандови уколико испуњавају овај услов. Малопродајне просторије где трговац сезонски обавља његову делатност (нпр. током туристичке сезоне у зимском или летњем одмаралишту) такође треба сматрати пословним просторијама ако трговац сезонски редовно предузима његову делатност у овим просторијама. Међутим, простори доступни јавности, као што су улице, шопинг молови, плаже, спортски објекти и јавни превоз, које трговац изузетно искористи за његове пословне активности, као и приватне куће или радне просторије које се изузетно употребе, не сматрају се пословним просторијама.¹³

Осим уговора закључених изван пословних просторија трговца током тражених или нетражених посета, Директива појмом уговора изван просторија обухвата и уговор између трговца и потрошача закључен у пословним просторијама трговца или посредством неког средства комуникације на даљину уколико је до закључења уговора дошло непосредно након „личног и појединачног обраћања потрошачу“ у циљу закључења уговора на месту које нису пословне просторије трговца. Код овог случаја се ради о ситуацији где се преговори одвијају изван пословних просторија а непосредно након тога се уговор закључује у пословним просторијама трговца. Овај случај је посебно регулисан и придодат да би се спречило избегавање правила о заштити потрошача кад се потрошачима прилази изван пословних просторија а уговор се онда закључи унутар пословних просторија трговца (нпр. о уговору се преговара у потрошачевој кући али се он закључи у локалу). При томе,

¹² Art 2 (9) (a) (b) Directive.

¹³ Recital 22. Directive.

фразу „лично и појединачно обраћање потрошачу“ у овој одредби треба тумачити у смислу понуде и других сличних изјава датих у циљу закључења уговора изван пословних просторија трговца. Стога, да би се ова одредба применила, понуда трговца треба да буде упућена неком одређеном лицу, односно појединачном потрошачу.¹⁴ Осим наведеног, да би се ова одредба применила уговор треба да буде закључен у пословним просторијама трговца *непосредно након обраћања потрошачу изван просторија*. Овај временски услов претпоставља мали размак времена између обраћања потрошачу од стране трговца и момента закључења уговора. Инсистирање на овом услову могло би се објаснити жељом да се Директива примени само у оним ситуацијама где потрошач одлази у пословне просторије трговца и приступа закључења уговора а још увек се услед обраћања трговца негде изван пословних просторија налази под психолошким утиском, затечен или изненађен понудом за закључење уговора те нема довољно времена да на миру и без присуства трговца размисли о понуди.¹⁵

Коначно, као уговоре изван просторија Директива третира и уговоре закључене током екскурзије организоване од трговца с циљем или последицом промоције и продаје роба или услуга потрошачу. Имајући у виду формулацију ове одредбе, може се уочити да у овом случају

¹⁴ Такав ће случај бити нпр. ако представник трговца приђе потрошачу на улици са понудом да се овај претплати на неки месечни часопис, а уговор се непосредно након тога потпише у пословним просторијама трговца које се налазе у близини. Насупрот томе, до примене ове одредбе не би могло доћи ако се ради о чистом дељењу рекламних лафлета на улици у близини просторија трговца без индивидуалног циљања на поједине потрошаче, јер се ово не би могло узети као „лично и појединачно обраћање потрошачу“.

¹⁵ Из наведеног разлога ова одредба се тако не би могла применити рецимо на случајеве где трговац најпре дође у потрошачеву кућу строго с намером узимања мере или давања процене без било каквог обавезивања потрошача а уговор се након тога закључи у пословним просторијама трговца или преко средстава комуникације на даљину на основу процене трговца. У таквим случајевима, уговор не треба сматрати да је био закључен непосредно након што је трговац контактирао потрошача, ако је потрошач имао довољно времена да размисли о процени трговца пре закључења уговора. (Recital 22. Directive). Исто тако, уговор се не би могао сматрати непосредно закљученим ни у ситуације где потрошач на иницијативу трговца бива наведен да посети пословне просторије трговца где он добије информације о роби или услузи која се нуди па напусти просторије трговца, а онда се на сопствену иницијативу врати после извесног времена, нпр. следећег дана ради закључења уговора. И у овом случају нема места заштити будући да је потрошач имао довољно времена да на миру и сталожено размотри понуду, а што није ситуација која оправдава примену посебних правила о заштити потрошача коју Директива пружа у контексту тзв. директног маркетинга.

Директива као уговор изван просторија обухвата и уговор закључен током екскурзије организоване од трговца *независно од тога да ли се уговор закључује изван или унутар пословних просторија трговца*. Осим тога, код овог правила постоји иновација у односу на ранију формулацију одредбе у Директиви 85/577/ЕЕЗ у томе што нова Директива прецизира да она обухвата екскурзије организоване од трговца са „циљем“ и „последницом“ промоције и продаје роба или услуга потрошачу. Овим прецизирањем се имплицира да није битно за примену правила о заштити потрошача да ли је потрошач информисан унапред о намераваној продаји роба или услуга током екскурзије. Другим речима, да би потрошач уживао заштиту по основу ове одредбе у случају закључења уговора током екскурзије организоване од трговца није нужно да је екскурзија организована и предузета једино или управо с циљем промоције и продаје роба или услуга потрошачу; довољно је ако је она то имала за последицу.¹⁶ Иначе, код овог случаја Директива остаје при ранијем услову

¹⁶ Разуме се да се оваквом формулацијом одредбе постиже шири домашај правила те тако омогућава заштита потрошачима и у ситуацијама за које је по ранијој Директиви могла постојати сумња да ли су обухваћене. Ипак, упркос овом прецизирању домашај одредбе није сасвим јасан, јер још увек могу постојати дилеме у пракси у погледу значења самог појма екскурзије, будући да се овај израз нигде у Директиви не дефинише, нити се у њеној преамбули даје његово објашњење. Отуда се може очекивати да ће овакве ситуације и надаље изазивати проблеме у пракси као што је и искуство у примени раније Директиве показало да је овај појам нејасан и да се може различито тумачити. Од извесне помоћи у овом правцу би могла бити пракса Суда правде ЕУ и тумачење овог појма дато у случају *Travel Vac (CJEU judgment of 22 april 1999. case C-423/97, Travel Vac Sl v Manuel Jose Antelm Sanchis, (1999) ECR I-2195*. За коментар одлуке видети: Loos, M., “Right of Withdrawal – Interoperability of Directives“, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 2013-6, pp. 1-12), где је суд заузео став да би се један уговор имао узети као закључен на екскурзији ако је „уговор закључен у неком граду различитом од града у којем потрошач живи а на одређеној удаљености од њега тако да он има да предузме путовање да би дошао до тог града.“ Међутим, изгледа да би ово тумачење ваљало узети само као извесну смерницу али га усвојити са резервом, јер из угла заштите потрошача тешко да може бити прихватљиво, с обзиром да је прилично уско, те тако може у извесним случајевима имати за резултат ускраћивање заштите потрошачима коју би Директива требало да пружи. Имајући у виду циљ Директиве да се заштита пружи потрошачима увек кад за тим постоји потреба, требало би у интересу потрошача допустити да се израз „екскурзија“ у овом контексту широко тумачи. Тим пре што пракса показује да се једна екскурзија не мора нужно организовати и остваривати у другом граду, односно месту. На пример, трговац може позвати потрошача да дође у неку удаљену индустријску зону истог града. То би такође требало узети да представља екскурзију (У наведеном смислу: BEUC/X/076/2007, 11/12/07, *Direct Selling, Comments on the discussion paper on the review of Directive 85/577/EEC*, Available at: <http://www.beuc.eu>). Овоме треба додати и то да појам екскурзије изгледа не би

да екскурзију мора организовати трговац, из чега треба закључити да нису у начелу обухваћени случајеви где екскурзију организује неко друго лице. Ипак, ако неко друго лице организује екскурзију у име или за рачун трговца, чини се да би требало узети да је и такав случај обухваћен.

Директива о правима потрошача садржи и нову дефиницију „уговора на даљину“. Овај уговор се дефинише као „сваки уговор између трговца и потрошача закључен у оквиру једног организованог програма продаје или пружања услуга на даљину без истовременог физичког присуства трговца и потрошача, уз искључиву употребу једног или више средстава комуникације на даљину до тренутка закључења уговора, укључујући и сам тренутак закључења уговора“.¹⁷

Овакво дефинисање уговора на даљину се углавном поклапа са формулацијом и приступом раније Директиве 97/7/ЕЗ, изузев што Директива о правима потрошача више не садржи и посебну дефиницију „средстава комуникације на даљину“, нити пружа једну индикативну листу средстава која могу бити сматрана средствима комуникације на даљину.¹⁸

Из ове дефиниције следи неколико битних обележја. Прво је да се ови уговори закључују искључиво посредством средстава комуникације на даљину. Средства комуникације на даљину су сва средства која могу да се користе за закључење уговора а да се уговорачи не налазе у истом месту у исто време. Она укључују Интернет, e-mail, редовну пошту, телефон, мобилни телефон, факс, и сл. Ирелевантно је да ли стране само користе једно средство комуникације на даљину да би преговарале и закључиле уговор или комбинују различита средства комуникације на даљину (нпр. веб сајт и телефон).¹⁹ Исто тако је небитно да ли се стране састају међусобно након закључења уговора (нпр. у време испоруке или плаћања).²⁰ Одлучујуће је да уговорне стране, или њихово представници нису истовремено физички присутни пре или у време закључења уговора.²¹

требало схватити као синоним са путовањима које се свODE тек на превоз до места где се обавља продаја, већ пре појмити у смислу путовања која обухватају разгледање или друге излетничке активности.

¹⁷ Art. 2. (7) Directive.

¹⁸ Steenot, R., “The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract” (2013) 29 *Computer Law & Security Review*, p. 107.

¹⁹ Исто.

²⁰ Исто.

²¹ Овај захтев се једино примењује на стварне преговоре и закључење уговора, тако да он не спречава да се уговор посматра као уговор на даљину, ако је потрошач само посетио пословне просторије трговца за сврху добијања информације о роби или

Друго битно обележје концепта уговора на даљину јесте закључивање уговора од стране трговца у оквиру једног организованог програма продаје или пружања услуга на даљину.²² Значење израза „организован програм продаје роба или услуга на даљину“ није сасвим јасно, али се под њиме углавном подразумева да услов трговац редовно послује тако што закључује уговоре користећи средства комуникације на даљину.²³

Захтеву да се уговор закључује у оквиру организованог програма био је у ранијој Директиви придодат и услов да тај програм буде „вођен од трговца“. Овај додатни услов је изостављен из Директиве о правима потрошача, јер је постојао ризик да се примена Директиве изигра ако „програм“ не би био вођен од трговца (него нпр. од онлајн платформе или неког трећег лица). По новом решењу ово није нужан услов. Отуда, кад трговац продаје робу или услуге користећи већ организоване онлајн продајне платформе, односно веб сајтове као што је e-bay, треба узети да и такве продаје потпадају под правила Директиве која се односе на уговоре на даљину. Ипак, то неће бити случај, где веб сајтови тек нуде

услугама, а након тога је преговарао и закључио уговор на даљину, тј. употребом средстава комуникације на даљину. С друге стране, појам уговора на даљину не укључује резервације учињене од потрошача преко средстава комуникације на даљину да би захтевао пружање неке робе или услуге од трговца (Recital 20. Directive).

²² У досадашњој пракси у земљама ЕУ постојали су извесни проблеми због инсистирања у Директиви 97/7/ЕЗ на захтеву да се уговор закључује у оквиру „организованог програма продаје и пружања услуга на даљину вођеног од трговца“, јер је овај појам био нејасан и изазивао различита тумачења. Осим тога, било је приговора да сам захтев није оправдан из угла заштите потрошача, због чега Предлог Директиве Европске Комисије из 2008. године није садржао овај захтев, тежећи да прошири појам уговора на даљину тако што би се обухватили сви уговори који би били закључени употребом једног или више средстава комуникације на даљину без обзира да ли се то чини у оквиру организованог програма или не. Од те намере се међутим у међувремено одустало, те се стало на позицију да би захтев за „организованим програмом“ какав је постојао и у ранијој Директиви требало ипак задржати.

²³ У наведеном смислу: Twigg-Flesner, C., *The Europeanisation of Contract Law: Current Controversies in Law* (Abingdon –New York: Routledge 2013), p. 61. Отуда се Директива не би могла применити ако трговац који иначе тако не послује ad-hoc закључи уговор употребом неког средства комуникације на даљину. Овај захтев дакле имплицира да сваки уговор који се закључи између трговца и потрошача путем средстава комуникације на даљину не потпада нужно и под појам уговора на даљину у смислу Директиве. Тако на пример ако трговац тек изузетно закључи уговор путем e-mailа са потрошачем, на инсистирање и захтев потрошача, овај уговор не може бити сматран уговором на даљину у смислу Директиве.

информацију о трговцу, његовој роби и/или услугама и детаље како да се трговац контактира.²⁴

III. ИНФОРМИСАЊЕ (ОБАВЕШТАВАЊЕ) ПОТРОШАЧА

С обзиром на контекст у којем се закључују уговори изван просторија или начин на који се закључују уговори на даљину, потрошач нема довољно информација у погледу робе или услуге које му се нуде па он није у стању да на правилан начин обликује своју вољу и донесе разумну одлуку да уговор закључи или не закључи. Због тога се потрошачу признаје право да буде информисан (обавештен), а трговцу намеће тзв. дужност информисања (обавештавања) потрошача, која треба да уклони или бар ублажи овај информациони дефицит на страни потрошача и тако му омогући тзв. „информисано одлучивање“.²⁵

Раније директиве које су одвојено обезбеђивале заштиту потрошача код уговора изван просторија и уговора на даљину различито су регулисале и питање садржине и обима дужности трговца да информише потрошача.²⁶ Директива о правима потрошача настоји да побољша законодавни оквир у погледу регулисања дужности информисања управо хармонизовањем одредби ранијих директива, тј. предвиђајући јединствена правила која се тичу садржине и обима информација које трговац треба да пружи потрошачу, али и постављајући

²⁴ Recital 20. Directive.

²⁵ Видети детаљније: Twigg-Flesner, C. – Schulze, R., “Protecting rational choice: information and the right of withdrawal“, in: Howells, G. – Ramsay, I. – Wilhelmsson, T. (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010), p. 130 и даље.

²⁶ Према Директиви 85/577/ЕЕЗ дужност информисања је била једноставна и сводила се практично на захтев да трговац информише потрошача о праву на одустанак од уговора. Код Директиве 97/7/ЕЗ информисање о праву на одустанак представљало је тек само један сегмент знатно шире дужности информисања коју је трговац имао према потрошачу. Док се дужност информисања код Директиве 85/577/ЕЕЗ ограничавала на пружање информације потрошачу о постојању и начину остваривања права на одустанак од уговора, дотле је она према Директиви 97/7/ЕЗ обављала информацију о трговцу и његовим намерама, о роби и услугама и релевантним модалитетима продаје, о трајању уговора, као и о могућим поремећајима у извршењу уговора или минималном трајању уговора о испоруци роба или услуга које се имају пружати на дужи рок. Ове разлике у садржини и обиму дужности информисања приписиване су старости Директиве 85/577/ЕЕЗ због чега се током њене провере стало на позицију да би њене одредбе о дужности информисања требало осавременити и то тако што би и за уговоре изван просторија требало да важе развијенија и садржајнија правила о дужности информисања каква су предвиђена одредбама Директиве 97/7/ЕЗ о уговорима на даљину.

и неке другачије захтеве у погледу форме информисања. Главне промене које Директива о правима потрошача доноси у односу на раније информационе захтеве код уговора на даљину и уговора изван просторија су двојачке природе. Прво, обим тражене информације према Директиви о правима потрошача је већи него према ранијим директивама, посебно у односу на Директиву 85/577/ЕЕЗ. Друго, формални захтеви који се примењују на потврду предуговорне информације и потврду уговора према Директиви о правима потрошача су строжији него они према ранијим директивама

Нова Директива утврђује велики број података (чак 20) који чине садржину дужности информисања, а које трговац мора да пружи потрошачу пре него што се потрошач обавезе уговором на даљину или уговором изван просторија. Поред информације о главним карактеристикама и цени робе, услуга или дигиталног садржаја и идентитету трговца, адреси, детаљима за контактирање и постпродајним услугама, информација мора такође да буде дата о једном броју аспеката везаним за остваривање права потрошача на одустанак од уговора.²⁷ Терет доказивања у погледу поступања у складу са захтевима у вези информисања пада на трговца.²⁸

Директива о правима потрошача установљава и посебне формалне захтеве у погледу информација које треба да се пружи потрошачу како код уговора изван просторија, тако и код уговора на даљину. Ова питања, међутим, одвојено регулише.

У случају уговора изван просторија, трговац је дужан да пружи потребну информацију потрошачу у писменој форми, тј. на папиру, или, ако се с тим потрошач сложи, на другом трајном носачу записа. Информација мора да буде читљива и формулисана на јасном и

²⁷ Art. 6. 1. Directive.

²⁸ Art. 6. 9. Directive. Директива не регулише питање последица повреде дужности информисања, али од држава чланица тражи да обезбеде постојање адекватних и делотворних мера како би се осигурало испуњење ове дужности. У једном броју случајева, међутим, Директива изричито утврђује последице које ће резултирати ако трговац код уговора на даљину или уговора изван просторија пропусти да пружи поједине информације које улазе у оквир његове дужности информисања. Прво, ако трговац не пружи информацију о додатним издацима у вези испоруке, поштанским и другим трошковима, потрошач неће бити дужан да сноси ове трошкове. Друго, ако трговац не обезбеди да кад даје понуду код уговора на даљину потрошач изричито прихвата да наруџбина подразумева (имплицира) обавезу плаћања, потрошач неће бити везан наруџбином или уговором. Треће, ако трговац не пружи информацију о потрошачевом праву на одустанак од уговора, рок у којем потрошач може остваривати ово право ће се продужити за 12 месеци.

разумљивом језику.²⁹ Осим тога, трговац мора да пружи потрошачу копију потписаног уговора или потврду уговора на папиру или, ако се потрошач слаже, на другом трајном носачу записа.³⁰

Што се тиче пак формалних захтева у погледу информације која треба да се пружи код уговора на даљину, Директива предвиђа да ће трговац дати тражену информацију или учинити ову информацију доступном потрошачу на јасном и разумљивом језику на начин који одговара употребљеном средству комуникације на даљину. У случају да се ова информација пружа на трајном носачу записа, она мора да буде читљива.³¹ Осим овог општег правила, Директива у погледу форме саопштавања информације пре закључења уговора на даљину предвиђа и низ посебних правила полазећи од особености појединих средстава комуникације на даљину које се користе при закључењу уговора.³² Поред

²⁹ Art. 7. 1. Directive.

³⁰ Art. 7. 2. Directive. Директива оставља државама чланицама опцију да примене унеколико блажи скуп формалних захтева у погледу предуговорног обавештавања код уговора изван просторија где је а) потрошач изричито захтевао услуге трговца за сврху предузимања поправки или одржавања, б) трговац и потрошач непосредно испуњавају њихове уговорне обавезе, а ц) износ који треба да плати потрошач не премашује 200евра (Art. 7. 4. 1. Directive). У таквим случају, од трговца се може тражити да пружи информацију само о свом идентитету, адреси и цени поправки или начину на који ће се цена обрачунати заједно са проценом укупне цене на папиру или, ако се потрошач пристаје, на другом трајном носачу записа. Од трговца се надаље тражи да пружи информацију о главним карактеристикама услуге и о правима и ограничењима у односу на потрошачево право да одустане од уговора, али он може изабрати да не пружи ову информацију на папиру или другом трајном носачу записа ако се потрошач с тим изричито сложи. Међутим, како је реч о опцији, државе чланице могу одлучити да не примене ова правила (Art. 7. 4. 2.) Directive. С друге стране, државе чланице не могу увести било какве додатне формалне услове у погледу испуњења дужности информисања (Art. 7. 5. Directive).

³¹ Art 8. 1. Directive.

³² Ако уговор на даљину који се закључује електронским средствима предвиђа обавезу потрошача на плаћање, трговац мора да упозна потрошача на јасан и уочљив начин, пре него што потрошач обави наручивање, односно достави своју поруџбеницу, са информацијом о главним карактеристикама робе или услуге, укупној цени, о трајању уговора где је примењиво или ако је уговор на недоређено време или ће се аутоматски продужавати о условима за раскид уговора и где је применљиво о минималном трајању потрошачевих обавеза према уговору (Art 8. 2. 1. Directive). Надаље, код уговора на даљину који се закључује електронским средствима трговац мора обезбедити да потрошач кад врши наручивање односно доставља поруџбеницу изричито прихвати (потврди) да је упознат с чињеницом да наручивање подразумева обавезу плаћања. Ако је наручивање, односно достављање поруџбенице повезано са активирањем тастера или сличном функцијом, тастер или слична функција морају да буду означени на лако читљив начин речима „поруџбина

тога, Директива предвиђа и да трговац мора пружити потрошачу потврду закљученог уговора на трајном носачу записа у једном разумном року након његовог закључења, а најкасније у време испоруке робе или пре почетка пружања услуге. Потврда мора да укључи сву тражену предуговорну информацију (осим ако пре закључења уговора није била већ пружена на трајном носачу записа), а где је применљиво, и потврду потрошачевог претходног изричитог пристанка.³³

IV. ПРАВО ПОТРОШАЧА НА ОДУСТАНАК ОД УГОВОРА

Обе директиве које Директива о правима потрошача замењује давале су потрошачу тзв. право на одустанак од уговора. Право на одустанак је већ од раније афирмисано средство правне заштите потрошача. Оно има за циљ да заштити потрошача од доношења пренагљених, односно недовољно промишљених одлука, а састоји се у овлашћењу потрошача да одустане од већ закљученог уговора у одређеном временском року без давања било каквог разлога за то, и не сносиће, по правилу, било какве финансијске последице због такве своје одлуке.³⁴

Временски рок унутар којег потрошач може употребити своје право на одустанак назива се „период хлађења“ (тзв. *cooling-off period*). Дужина овог рока се разликовала у ранијим директивама, па је тако износила 7 радних дана у случају уговора на даљину, а 7 календарских

са обавезом плаћања“ или другом одговарајућом недвосмисленом формулацијом која указује да наручивање, односно достављање поруџбенице повлачи за собом обавезу плаћања трговцу (Art 8. 2. 2. Directive). На трговачким веб сајтовима, најкасније на почетку поступка наручивања морају да буду јасно и читко наведени подаци да ли се примењују нека ограничења у погледу испоруке и која средства плаћања се прихватају (Art 8. 3. Directive). Ако се уговор закључује путем средства комуникације на даљину које допушта ограничени простор или време за приказивање информација (на пример један СМС текст) од трговца се тражи да пре закључења уговора пружи најмање информацију о главним карактеристикама робе или услуга, идентитету трговца, укупној цени, праву на одустанак и трајању уговора, а ако је уговор на неодређено време, о условима за његов раскид. Осталу информацију трговац ће пружити на одговарајући начин (Art 8. 4. Directive). Коначно, Директива предвиђа да где се уговор на даљину закључује путем телефона, државе чланице могу предвидети да трговац има да потврди понуду потрошачу који се обавезује само након што би потписао понуду или послао његов писмени пристанак. Али, државе чланице могу предвидети да трговац ову потврду мора да пружи потрошачу на трајном носачу записа (Art 8. 6. Directive).

³³ Art 8. 7. Directive.

³⁴ У том смислу: Loss, M., “Rights of Withdrawal“, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, No. 2009/04, p. 2.

дана у случају уговора изван просторија. Директива у интересу потрошача продужава овај рок за одустанак и предвиђа јединствен рок од 14 календарских дана за обе врсте обухваћених уговора: и за уговоре ван просторија и за уговоре на даљину.³⁵

У вези са роком за одустанак од уговора поставља се питање кад овај рок почиње да тече. У том погледу Директива предвиђа различита правила с обзиром на предмет уговора, тј. да ли се ради о продаји робе или пружању услуга.

У случају уговора о продаји робе, рок за вршење права на одустанак у начелу почиње да тече од момента испоруке робе, односно од дана кад потрошач стекне државину робе.³⁶ Међутим, кад је потрошач овластио треће лице на испоруку, односно да оно стекне државину робе у његово име (нпр. сусед), рок за одустанак почиње да тече од дана у којем је ово лице стекло државину робе. У треће лице се не рачуна превозник. Наиме, да би се избегло да рок за одустанак почне да тече већ током превоза робе, Директива прописује да треће лице које стиче државину робе мора бити различито од превозника. То значи да чињеница да превозник стиче државину робе не покреће течење рока за одустанак.³⁷

У случају уговора о пружању услуга рок за одустанак почиње да тече од момента закључења уговора.³⁸ Исто правило се примењује и у случају уговора о снабдевању водом, гасом и електричном енергијом које се не нуде за продају у ограниченом обиму или утврђеној количини, као и у случају уговора о дигиталном садржају који се не испоручује на опипљивом медијуму.³⁹

За остваривање права на одустанак је значајно да потрошач буде информисан о овом праву. Отуда, Директива захтева од трговца да информише (обавести) потрошача на јасан и разумљив начин о постојању права на одустанак и року за његово вршење, као и процедури по којој се ово право може остваривати. На трговцу је да докаже да је потрошачу пружио ову информацију. Међутим, ако трговац не пружи потрошачу ову

³⁵Већина новијих ЕУ директива је прихватила рок од 14 календарских дана као оптималан рок за одустанак од уговора, па отуда није изненађујуће што је комунитарни законодавац у Директиви о правима потрошача такође установио такав један временски рок тежећи пунијој хармонизацији ових рокова у европском потрошачком праву. Видети о томе: Luzak, J. - Mak, V., "The Consumer Rights Directive", *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, No. 2013-01 p. 12; Loos, M., "Rights of Withdrawal", *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, No. 2009/04, p. 5.

³⁶ Art. 9. 2. (b) Directive.

³⁷ Steenot, op. cit., p. 109.

³⁸ Art. 9. 2. (a) Directive.

³⁹ Art. 9. 2. (c) Directive.

информацију, поставља се питање која је последица. Према Директиви, последица је да се рок за одустанак значајно продужава. Наиме, уколико трговац није пружио потрошачу информацију о праву на одустанак рок за одустанак ће протећи тек 12 месеци од окончања иницијалног рока за одустанак.⁴⁰

Право на одустанак се врши тако што пре протекла рока за одустанак потрошач треба да обавести трговца о својој одлуци да одустане од уговора. Поводом форме овог обавештења Директива у начелу не тражи од потрошача да своју изјаву о одустанку изрази у неком посебној форми, инсистирајући једино на услову да његова изјава о одустанку буде недвосмислена. Ипак, трговац је обавезан да пружи потрошачу примерак једног модел обрасца за одустанак (предвиђен у анексу (Б)) Директиве), који потрошач може попунити и послати трговцу и тако га обавестити о својој одлуци да одустаје од уговора, али га може обавестити и на ма који други начин из којег се види његова недвосмислена одлука да је одустао од уговора. Штавише, трговац може омогућити потрошачу да попуни модел образаца о одустанку и електронски на интернет страни трговца. Али, у том случају, ако потрошач употреби овај последњи метод за одустанак од уговора, Директива обавезује трговца да без одлагања пошаље потрошачу потврду, на трајном носачу записа, о пријему потрошачеве изјаве о одустанку. Ово је значајна мера заштите права потрошача пошто омогућује потрошачу да пружи доказ да је одустао од уговора благовремено, тј. у прописаном року.⁴¹ У погледу благовремености одустанка од уговора у случају слања изјаве о одустанку Директива усваја правило слања (dispatch rule, postal rule, mailbox rule), по којем је за благовременост одлучујући моменат кад је потрошач послао изјаву о одустанку трговцу. Довољно је да потрошач изјаву о одустанку пошаље пре него што протекне рок за одустанак.⁴² Отуда, ако потрошач пошаље изјаву о одустанку у предвиђеном року, али је трговац прими након што овај рок протекне, одустанак од уговора се сматра благовременим и пуноважним.

Директива посебно уређује и питање последица остваривања права на одустанак. Ово представља важну новину, будући да ово питање није било експлицитно регулисано у ниједној од ранијих директива. Према одредбама Директиве, последице остваривања права на одустанак

⁴⁰ Art. 10. 1. Directive.

⁴¹ Luzak, J. - Mak, V., op. cit., p. 13.

⁴² Art. 11. 2. Directive.

огледају се у престанку уговорног односа између трговца и потрошача,⁴³ као и у аутоматском престанку свих повезаних уговора.⁴⁴

Вршењем права на одустанак престају обавезе страна по основу уговора. Ниједна страна више није дужна да испуни оно што се уговором обавезала. Међутим, пошто је могуће да су робе већ биле испоручене или услуге пружене а плаћање од стране потрошача већ извршено током рока за одустанак, настаје питање дејства одустанка на ова испуњења и испоруке. Ту проблематику уређују чланови 13. и 14. Директиве.

Кад потрошач употреби своје право на одустанак, а већ је исплатио трговца пре остваривања права на одустанак, трговац је обавезан да врати потрошачу целокупан износ који је на име исплате примио од потрошача. Повраћај целокупног износа обухвата не само онај износ који је исплаћен на име цене, него и износ који је потрошач платио као трошак иницијалне испоруке.⁴⁵ По правилу, трговац је дужан да повраћај исплаћеног изврши употребљавајући иста средства плаћања која је употребио потрошач за иницијални посао, изузев ако је потрошач изричито пристао другачије и под претпоставком да се потрошач не излаже неким додатним трошковима услед таквог повраћаја.⁴⁶

Повраћај исплаћеног трговац је дужан да изврши без одлагања, а најкасније у року од 14 дана од дана кад је информисан о потрошачевој

⁴³ Art. 12. Directive.

⁴⁴ Art. 15. Directive.

⁴⁵ Art. 13. 1. Directive. Овакво решење Директиве представља у суштини кодификовање и потврду правила судске праксе установљеног одлуком Суда правде ЕУ у случају *Heine* (CJEU judgment of 15 April 2010, case C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH v Verbraucherzentrale Nordrhein – Westfalen eV.*, (2010) ECR I-3047) Међутим, у Директиви је унето и једно прецизирање које унеколико представља одступање од овог правила. Наиме, док ова одлука утврђује обавезу трговца да врати потрошачу целокупан износ који му је потрошач исплатио, укључујући и трошкове испоруке, Директива о правима потрошача предвиђа да трговац није обавезан да надокнади додатне трошкове испоруке, ако је потрошач изричито оптирао за једну врсту испоруке другачије од најскупље врсте стандардне испоруке понуђене од трговца (Art. 13. 2. Directive) (нпр. експресна испорука за 24 часа). Другим речима, трговац је дужан да на основу правила о повраћају надокнади потрошачу и најскупље трошкове стандардне испоруке, али не и додатне луксузне трошкове нестандардне испоруке.

⁴⁶ Art. 13. 1. 2. Directive. Ово правило имлицира да ако је потрошач извршио исплату у готовом новцу, трговац је дужан да повраћај такође изврши у готовом новцу, а није овлашћен да повраћај изврши нпр. путем ваучера. На другачији повраћај, па и у виду ваучера, потрошач не мора пристати. Повраћај у виду неког другог средства плаћања је могућ само уколико су кумулативно испуњена два услова: 1) да потрошач на то изричито пристане и 2) да се потрошач не излаже неким додатним трошковима услед таквог повраћаја.

одлуци да одустане од уговора.⁴⁷ Међутим, код уговора о продаји робе ако трговац није понудио да сам преузме испоручену робу, он има право придржаја на примљеном по основу исплате, тј. он не мора да врати примљени износ све док не прими назад испоручену робу или док му потрошач не пружи доказ да је послао назад робу⁴⁸ (нпр. показујући трговцу поштанску потврду о слању робе).⁴⁹ Ова одредба је нова и јасно је да је уведена у интересу трговца као једна врста гаранције да ће му роба коју је испоручио бити враћена.

Потрошачеве обавезе након употребе права на одустанак су такође на нов начин регулисане у Директиви. У вези са њима, Директива прави разлику између ситуације где су робе биле испоручене и ситуације где су услуге биле пружене током рока за одустанак, а садржи и посебно правило за случај испоруке гаса, воде или електричне енергије (који се не стављају на продају у ограниченом обиму или утврђеној количини) или испоруке дигиталног садржаја (који се не испоручује на трајном носачу записа тј. опипљивом медијуму) током рока за одустанак.

У случају одустанка од уговора о продаји робе обавеза потрошача је да врати примљену робу, изузев ако је трговац понудио да сам преузме робу. Потрошач може повраћај извршити или слањем робе назад или њеном предајом трговцу или лицу овлашћеном од трговца да прими робу. Потрошач је дужан да робу врати без непотребног одлагања, а најкасније у року од 14 дана од дана информисања трговца о својој одлуци да одустане од уговора.⁵⁰ При томе, у случају слања, сматраће се да је ова обавеза извршена у року, односно благовремено ако потрошач пошаље назад робу пре истека рока од 14 дана.

Потрошач је дужан да сноси директан трошак враћања робе, изузев уколико је трговац пристао да сам сноси овај трошак или је пропустио да информисе потрошача да ће потрошач сносити овај трошак пре закључења уговора.⁵¹ Ипак, у вези са обавезом потрошача да врати робу након одустанка од уговора о продаји робе и да сноси директан трошак њеног повраћаја предвиђен је и један посебан изузетак код уговора изван просторија. Наиме, ако је роба била испоручена на потрошачеву кућну адресу у време закључења уговора, трговац је тај који има обавезу да преузме ову робу са места испоруке на сопствени трошак, ако је реч о роби која је такве природе да не може нормално, односно на

⁴⁷ Art. 13. 1. 1. Directive.

⁴⁸ Art. 13. 3. Directive.

⁴⁹ Luzak, J. - Mak, V., op. cit., p. 14.

⁵⁰ Art. 14. 1. Directive.

⁵¹ Art. 14. 1. 2. Directive.

убичајен начин да буде враћена поштом.⁵² Такав случај рецимо може бити ако је реч о сувише тешким или кабастиим предметима, као што је случај са комадима намештаја.⁵³ Овакво решење је ново и у интересу потрошача јер ће им у многим случајевима олакшати остваривање права на одустанак.

Један од контраверзних аспеката ранијег комунитарног законодавства био је недостатак јасних правила о одговорности потрошача за тзв. умањену вредност робе услед њеног проверавања и/или употребе током рока за одустанак. У том правцу индикативна је одлука Суда правде ЕУ у случају *Messner*,⁵⁴ којом је указано да би потрошачево право на одустанак могло бити једино ефективно у случају ако потрошач не би морао да узме у обзир друге трошкове осим директног трошка слања робе назад трговцу кад одлучује да употреби ово право. По становишту суда потрошач мора имати могућност да прегледа робу и провери је без страха да би могао одговорати трговцу због коришћења ове могућности у виду одговорности за умањену вредност робе уколико одлучи да одустане од уговора. Стога ако потрошач рецимо узме робу из паковања или је употреби за неко кратко време да би установио да ли роба испуњава његова очекивања, за такву врсту употребе од потрошача не би требало тражити да сноси одговорност за умањену вредност робе у случају да потрошач одустане од уговора. Таква одговорност би по оцени суда могла бити оправдана само у одређеним случајевима, рецимо уколико би потрошач употребио робу на несавестан начин.⁵⁵ Правила утврђена у овој одлуци су сада кодификована у члану 14. став 2. Директиве, али са малим додатком. Наиме, по наведеном правилу потрошач ће једино бити одговоран за умањену вредност робе која резултира из таквог руковања робом које није неопходно да би се установили природа, карактеристике и функционисање робе. Међутим, чак и ако је реч о таквом поступању с робом, потрошач неће одговорати за умањену вредност робе уколико је трговац пропустио да потрошача информише о праву на одустанак, тј. о постојању права на одустанак и условима за остваривање овог права. Ипак, потрошач може одустати од уговора без обзира како је он поступао с робом током рока за одустанак. Начин поступања с робом у принципу не утиче на остваривање права на одустанак од уговора. Међутим, од начина поступања зависе последице остваривања права на одустанак, јер ће потрошач одговорати за умањену

⁵² Art. 14. 1. 3. Directive.

⁵³ Luzak, J. - Mak, V., op. cit., p. 14.

⁵⁴ CJEU judgment of 3 September 2009, case C-489/07, *Pia Messner v Firma Stefan Kruger*, (2009) ECR I-7315.

⁵⁵ Видети о детаљима одлуке: Luzak, J. - Mak, V., op. cit., p. 14.

вредност робе која је последица таквог поступања с робом које није нужно да би се установила природа, карактеристике и функционисање робе. Кад пак поступање излази из допуштеног оквира те доводи до поменуте одговорности, питање је о коме се мора одлучити у сваком конкретном случају. Ипак, у преамбули Директиве су дата извесна објашњења која могу послужити као начело за поступање у пракси. Наиме, да би се установила природа, карактеристике и функционисање робе, потрошач треба да с њоме поступа и прегледа је само онако и онолико, како и колико би му било допуштено да то чини у продавници,⁵⁶ али не више од тога.⁵⁷ У противном, он ће одговорати за сваку умањену вредност робе изазвану поступањем које одступа од наведеног стандарда.

Одговорност у виду накнаде за умањену вредност робе се може састојати нарочито у обавези потрошача да сноси трошкове чишћења и поправке робе, а ако се роба не може више продати као нова, накнада би могла обухватити и губитак који трговац трпи услед тога што враћену робу може продати тек као половну робу.

Већ је било речи да рок за вршење права на одустанак од уговора о пружању услуга (као и о испоруци воде, гаса, електричне енергије, градског грејања или дигиталног садржаја), почиње да тече од тренутка закључења уговора. Ако трговац са изричитим пристанком потрошача започне са пружањем таквих услуга током рока за одустанак, ово не води губитку права на одустанак, како је било до сада важеће решење (предвиђено у ранијим директивама). Другим речима, започињање са пружањем услуга током рока за одустанак више не подразумева да потрошч губи право да одустане од уговора. Овакво решење, међутим, чини нужним да се утврди који трошкови морају да буду сносени од потрошача ако он оствари своје право да одустане од уговора након што је трговац започео са извршењем уговора. У таквом случају Директива стоји на позицији да је потрошач дужан у принципу да сноси трошак пружених услуга. Међутим, овде треба истаћи да ће потрошач једино имати да сноси трошак пружених услуга ако је он изричито захтевао од трговца да пружи услуге током рока за одустанак, а не и иначе. Исто важи и за испоруку гаса, електричне енергије или воде (које се не стављају на продају у ограниченом обиму или утврђеној количини) током рока за одустанак. Међутим, ако је потрошач изричито захтевао испуњење током рока за одустанак, он ће према Директиви имати да плати трговцу један износ који је пропорционалан (сразмеран) ономе што је било пружено до

⁵⁶ Recital 47. Directive.

⁵⁷ Практично то значи да нпр. потрошач може пробати одећу али му није допуштено да је носи.

времена кад је потрошач обавестио трговца о остваривању права на одустанак. Овај пропорционалан (сразмеран) износ који потрошач треба да плати трговцу има се обрачунати на основу укупне цене договорене уговором. Међутим, овакав обрачун важи само под условом да укупна цена договорена уговором није претерана. Ако је пак укупна цена претерана, основ за обрачун пропорционалног износа онда постаје тржишна вредност онога што се пружа.⁵⁸ Тржишну вредност пружене услуге би требало утврдити упоређивањем са ценом једне еквивалентне услуге пружене од других трговаца у време закључења уговора.⁵⁹

Ако је трговац пропустио да пружи информацију о праву на одустанак или о обавези плаћања трошкова услуга које се пружају током рока за одустанак, потрошач није дужан да плати за пружене услуге, нити за гас, воду или електричну енергију испоручену током рока за одустанак.

Посебне одредбе су додате да би се регулисало питање употребе права на одустанак од уговора о испоруци дигиталног садржаја који се не испоручује на опипљивом медијуму и последицама остваривања овог права. Директива прописује да потрошач губи право на одустанак од уговора о испоруци дигиталног садржаја који није испоручен на опипљивом медијуму (нпр. где потрошач даунлодује (преузима) дигитални садржај директно са Интернета), ако је испорука започела са претходним изричитим потрошачевим пристанком и његовим прихватањем да он тиме губи право на одустанак.⁶⁰ Од трговца се тражи да ово потврди тако што ће укључити информацију о томе међу осталим информацијама које се предају потрошачу на трајном носачу записа најкасније у моменту у којем се дигитални садржај испоручује потрошачу.⁶¹ Међутим, у случају испоруке, у целини или делом, дигиталног садржаја који се не пружа на опипљивом медијуму, ако потрошач није дао његов претходни изричит пристанак на започињање испуњења пре протекла рока за одустанак, или ако није био упознат да давањем пристанка губи право на одустанак или је трговац пропустио да достави потврду закљученог уговора, потрошач задржава право на одустанак. У случају вршења овог права потрошач неће сносити било какав трошак,⁶² те следствено неће бити дужан ни да плати за већ испоручен, односно преузет дигитални садржај.⁶³

⁵⁸ Art. 14. 3. Directive.

⁵⁹ Recital 50. Directive; У истом смислу: Steennot, R., op. cit., p. 112.

⁶⁰ Art 16. (m) Directive.

⁶¹ Art 8. par. 7. Directive.

⁶² Steennot, R., op. cit., p. 112.

⁶³ Luzak, J., - Mak, V., op. cit., p. 15.

Што се тиче последица које остваривање права на одустанак има на тзв. повезане уговоре, Директива предвиђа следеће правило: ако потрошач оствари своје право на одустанак од уговора, тиме аутоматски престају и сви повезани уговори без било каквог трошка за потрошача.⁶⁴

Члан 16. Директиве о правима потрошача наводи случајеве у којима потрошач нема право да одустане од уговора на даљину или уговора изван просторија.⁶⁵ Директива предвиђа значајан број секторских и других изузетака у односу на право на одустанак. Међутим, ови изузеци

⁶⁴ Art. 15, Directive. Иначе, под повезаним уговорима се подразумевају такви уговори путем којих потрошач стиче робу или услуге везане за уговор на даљину или уговор изван просторија и где се ова роба испоручује или се услуге пружају или од самог трговца или од трећег лица на основу споразума између овог трећег лица и трговца. Ова одредба је нова и по својој садржини је нешто шира од правила у ранијој Директиви о продаји на даљину која је једино садржала правило о „повезаним кредитним споразумима“.

⁶⁵ Тако је предвиђено да потрошач нема право на одустанак од уговора на даљину или уговора закљученог изван пословних просторија у следећим случајевима: 1) уговора о услузи након што је услуга била потпуно пружена ако је испуњење започело са потрошачевим претходним изричитим пристанком уз упознатост да ће ин изгубити право на одустанак након што уговор буде потпуно испуњен од трговца; 2) испоруке роба или услуга чија је цена зависна од флукуација на финансијском тржишту које не могу да буду контролисане од трговца а које се могу догодити у току рока за одустанак; 3) испоруке робе произведене према спецификацији потрошача или јасно персонализоване на други начин; 4) испоруке робе која је подложна кварењу или има кратак рок трајања; 5) испоруке запечаћене робе која се не може вратити због заштите здравља или хигијенских разлога а била је отпечаћена након испоруке; 6) испоруке робе која се након испоруке због своје природе неодвојиво помеша са другом робом; (нпр. боје и лакови, гориво у резервоару); 7) испоруке алкохолних пића чија је цена договорена у време закључења уговора о продаји и чија се испорука може извршити тек након 30 дана, а чија стварна цена зависи од промена цена на тржишту на које трговац не може да утиче; 8) уговора код којих је потрошач изричито захтевао посету трговца у циљу извршења услуга хитних поправки или одржавања. Уколико, приликом ове посете трговац пружи и друге услуге осим оних које је потрошач конкретно захтевао или достави другу робу осим делова за замену који су неопходни за одржавање или извршење поправки, право на одустанак од уговора ће се применити на ове допунске услуге или робу; 9) испоруке запечаћених аудио или видео записа или рачунарског софтвера, који су отпечаћени након испоруке; 10) испоруке новина, периодичних издања или часописа, изузев претплатничких уговора ради испоруке ових издања; 11) уговора закључених на јавној аукцији; 12) пружања смештаја који није намењен становању, транспорта робе, услуга изнајмљивања аутомобила, услуга кетеринга или услуга повезаних са слободним активностима уколико уговор предвиђа конкретни рок или период извршења; 13) испоруке дигиталног садржаја који се не испоручује на трајном носачу записа уколико је извршење започело након претходног изричитог пристанка потрошача уз његову упознатост да он тиме губи право на одустанак од уговора.

обухватају углавном случајеве који су већ били предвиђени и у ранијим директивама. У овом сегменту измене су врло мале. Најважније се тичу уговора закључених на јавним аукцијама⁶⁶ и претплатничких уговора.⁶⁷

V. ЗАКЉУЧАК

Директива о правима потрошача у значајној мери мења досадашњу регулативу у домену заштите потрошача код уговора на даљину и уговора који се закључују изван пословних просторија трговца. Јединственим и детаљнијим регулисањем кључних аспеката заштите потрошача у вези са закључивањем уговора на даљину и уговора изван просторија, пре свега кроз правила о информисању потрошача и праву на одустанак од уговора, нова Директива о правима потрошача афирмише нов приступ у регулисању питања заштите потрошача, тј. прелаз са минималне на потпуну хармонизацију. Таквим методом регулисања, елиминишући раније неконзистентности и правне празнине настале услед фрагментације ЕУ законодавства у овој материји, односно услед постојања различитих и неусклађених директива, нова Директива о правима потрошача

⁶⁶ Директива предвиђа да потрошач није овлашћен на одустанак од уговора закљученог на јавној аукцији. Према ранијој Директиви 97/7/ЕЗ уговори закључени на аукцији су били сасвим изузети из домена примене Директиве, што се показало као лоше решење за потрошаче. У новој Директиви је прецизирано да се једино право на одустанак не признаје код уговора закључених на јавним аукцијама. Поред тога, у Директиви је дата дефиниција јавне аукције те су тако избегнута могућа тумачења наведеног појма која би могла бити на штету потрошача. Наиме, под јавним аукцијама се подразумевају такви методи продаје где се роба или услуге нуде од трговца потрошачу, који присуствује или му је дата могућност да лично присуствује аукцији, кроз један транспарентан конкурентан поступак надметања вођен од аукционара и где је успешан надметач везан да купи робу или услуге. Из овакве формулације појма јавне аукције а имајући у виду изузетак који се односи на уговоре закључене на јавној аукцији, може се закључити да се употреба онлајн платформи у циљу аукције (нпр. e-bay) не може третирати као случај јавне аукције, те да уговори који се на тај начин закључују преко Интернета, односно онлајн, не подлежу поменутом изузећу. Другим речима, код уговора који се закључују коришћењем онлајн платформи попут e-bay и сличних, потрошач има право на одустанак од уговора јер такви уговори не потпадају под наведено изузеће.

⁶⁷ Слично ранијој регулативи и нова Директива предвиђа да потрошач нема право на одустанак од уговора о испоруци новина, периодичних издања или часописа. Међутим, нова Директива овде предвиђа и једно рекло би се важно ограничење, које раније није фигурирало, а то је да се овај изузетак од права на одустанак не примењује на уговоре о претплати на испоруку таквих публикација.

несумњиво представља корак напред који ће допринети унапређењу заштите потрошача и ојачању њихових права у овој области.

Goran Tišić
Teaching Assistant

**CONSUMER PROTECTION IN DISTANCE AND OFF-
PREMISES CONTRACTS ACCORDING TO THE DIRECTIVE
2011/83/EU ON CONSUMER RIGHTS**

Summary

Directive 2011/83/EU on consumer rights (The Consumer Rights Directive) is the latest addition to the body of European directives in the field of consumer law. The Directive aims at modernizing communitaire aquis on consumer contract law, especially at regulatory framework and legal regime introduced by Directive 85/577/EEC on protection the consumers in respect of contracts negotiated away from business premises and Directive 97///EC on protection of consumers in respect of distance contracts. Amending the provisions incorporated in these Directives had become necessary in order to simplify and update these rules, to remove inconsistencies and to close unwanted gaps. In this aim, the Consumer Rights Directive improves early established rules and, in addition, introduces new rules on consumer protection in respect of contracts negotiated away from bussines premises (off-premises contracts) and in respect of contracts concluded with use of one or more means of distance communication (distance contracts). Author in this paper gives analysis of Directive's technical provisions about consumer protection in off-premises contracts and distance contracts (especially focusing at rules relating to information requirements and right of withdrawal).

КРИВИЧНО – ПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

ЈАВНОТУЖИЛАЧКА ОРГАНИЗАЦИЈА У ПРАВОСУДНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

Апстракт: Концепт јавнотужилачке организације са овлашћењима и дужностима које добија јавни тужилац применом новог Законика о кривичном поступку представља погодно тле за испитивање и контемплирање о предностима, односно нелогичностима и недостацима које ова проблематика доноси. Главна тематика рада јесте да размотри концепцију тужилачке истраге као новине у правосудном систему Србије која би требало да олакша и ажурира кривичне поступке. У раду се анализирају уређење и организација јавног тужилаштва, као и овлашћења која има јавни тужилац. Посебан осврт дат је и на положај јавног тужиоца у кривичном поступку, као и на новине које су уведене са циљем да олакшају свим странама у кривичном поступку. У раду се налазе и разматрања о ефикасности увођења тужилачке истраге и саме јавнотужилачке организације уз указивање да је неопходност координације свих државних органа прерогатив.

Кључне речи: јавни тужилац, организација, овлашћења, Закон о јавном тужилаштву, Законик о кривичном поступку

УВОД

Јавно тужилаштво је самостални државни орган који гони учиниоце кривичних дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости, а у складу са Уставом РС, законом, потврђеним међународним уговором (чл. 2, ЗЈТ).¹

Јавнотужилачка организација кроз историјски развој надограђивала се и модификовала кроз различите фазе кривичног поступка. Само кривично процесно право, у оквиру ког је и јавнотужилачка организација, развијало се и мењало онако како је то био случај и са политичким приликама у Србији и утицаја актуелних дешавања на политичкој сцени и са запада.

Први Законик о поступку судском у кривичним делима Књажевине Србије од 10. априла 1865. године предвиша да су ислеђујуће и истражујуће власти у кривичном поступку власти и окружни судови.

* Редовни професор

¹ Закон о јавном тужилаштву, Службени гласник бр. 116/08, 104/09, 101/10 и 38/12.

Параграф 22. тако наводи да полицијина ислеђујућа власт може у важним и заплетеним случајевима злочинства, одмах, у почетку ислеђења доставити случај суду, да овај одреди једног судију са писаром, који ће дела иследити и суду поднети.² Следећи закон о поступку војних судова Краљевине Србије из 1901. године уводи војног тужиоца и предвиђа његову надлежност.

Комплетан закон о државном тужилаштву донет је 21. марта 1929. године за Краљевину Југославију и у њему је предвиђено да је тужилаштво орган извршне власти, чоја је надлежност била да покреће извиђаје и истраге и подиже јавне оптужбе против учиниоца кривичних дела.

Друштвено-економске и политичке промене друштва условљавале су и већа овлашћења јавнотужилачке функције, у смислу веће контроле када постаје и главна правосудна институција према Закону о јавном тужилаштву из 1946. год. Касније се доноси Закон о јавном тужилаштву из 1954. год, потом 1965. год, а затим и Закон о савезном јавном тужилоаштву из 1974. год.

Србија у новијој историји, доноси овај Закон 1977. год, затим 1989. год и овим законима се предвиђа да је тужилаштво самостални државни орган. Закон о јавном тужилаштву из 1991. год предвиђа да се у складу са Уставом и законом врши деполитизација јавнотужилачке функције, што произилази из дефиниције закона да се не тражи политичка подобност за избор лица за јавнотужилачке функције.

Ако анализирамо целокупни историјски развој јавнотужилачке организације, укључујући и најновији Закон из 2008. год. са изменама и допунама из 2009., 2010. и 2012. год, можемо да закључимо да је јавно тужилаштво у основи задржало све атрибуте посебног државног органа, са свим својим специфичностима и својим базичним принципима, односно начелима. Јавнотужилачка функција почива на Уставу Републике Србије, Закону о кривичном поступку, Закону о јавном тужилаштву и Правилнику о управи у јавним тужилаштвима.

УРЕЂЕЊЕ И ОРГАНИЗАЦИЈА ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

Према природи саме функције коју обавља, јавно тужилаштво је јединствено за целу државу, што је и основ његовог уређења. То јединство и недељивост су основ из кога произилазе и друга начела, и то се пре свега односи на принцип хијерархијског уређења, а из кога даље

² Више о овоме види: Др Милисав Чизмовић, др Петар Станојевић: *Развој процесних права у старој Црној Гори и Србији*, Јединство, Приштина, 1993, ст. 343.

произилазе принципи деволуције и супституције, принцип монократског одлучивања и сл.³ Јавно тужилаштво представља јединствену лествицу на којој се налазе виша и нижа тужилаштва, а свако за себе је јединствено и на њеном челу се налази јавни тужилац као старешина органа. У складу са хијерхијским уређењем, нижи јавни тужилац је подређен вишњем јавном тужилаштву, а то даље значи да је Основно јавно тужилаштво подређено Вишем јавном тужилаштву, а Више Апелационом јавном тужилаштву, које је опет ниже у односу на Републичко јавно тужилаштво и јавно тужилаштво посебне надлежности које је такође подређено Републичком јавном тужилаштву (чл. 16, ЗЈТ).

Непосредно виши јавни тужилац може издати нижем јавном тужиоцу посебно упутство за поступање у поједим предметима када постоји сумња у ефикасност и законитост његовог поступања, а Републички јавни тужилац то може учинити сваком јавном тужиоцу (чл. 18, ЗЈТ).

Из овог начела произилази и начело деволуције које подразумева да непосредно виши тужилац може предузети све радње за које је овлашћен нижи тужилац уз донешење образложеног решења (чл. 19, ЗЈТ), а принцип супституције подразумева да виши јавни тужилац може овластити нижег јавног тужиоца да поступа у стварима из стварне надлежности другог јавног тужиоца, кад је овај спречен из правних или стварних разлога да поступа у поједим предметима уз доношење образложеног решења.

Јавни тужилац и заменик јавног тужиоца су самостални у вршењу својих овлашћења и забрањен је сваки утицај на рад јавног тужилаштва и на поступање у конкретним случајевима од стране извршне и законодавне власти., коришћењем јавног положаја. Ово начело је свакако под знаком питања, што је и циљ овог рада- да одреди положај јавнотужилачке организације у правосудном систему Републике Србије, када се зна да извршна власт може имати утицај на рад тужилаштва будући да јавног тужиоца на предлог Владе бира Народна Скупштина са листе кандидата које утврђује Државно веће тужилаца. Овде се поставља и питање о самосталности јавног тужиоца, његове непристрасности и питање етичког кодекса.

ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сва ова питања у вези са новим положајем јавног тужиоца према најновијем Законику о кривичном поступку су актуелизирана новим

³ Више о овоме види: Петар Станојевић, Чедомир Стевановић: *Кривично процесно право*, Правни факултет К. Митровица, 2011., стр. 95 и даље.

овлашћењима које добија јавни тужилац. Основно право и дужност јавног тужиоца је функција гоњења учиниоца кривичних дела која се гоне по службеној дужности; руковођење предистражним поступком и одлучивање о непредузимању или одлагању кривичног гоњења; о спровођењу истраге; о закључењу споразума о признању кривичног дела и споразуму о сведочењу; о подизању оптужнице пред надлежним судом; о одустајању од оптужбе; изјављивању жалбе против неправоснажних судских одлука и о подношењу ванредних правних лекова против правоснажних судских одлука (чл. 433, ЗКП). Из наведених овлашћења можемо закључити да јавни тужилац руководи предистражним поступком и надлежан је за спровођење истраге, што је раније било у надлежности суда- истражног судије, и овде се може поставити питање: *не преузима ли јавни тужилац део судске надлежности?* Слична решења данас се могу наћи и у другим европским земљама, као што су Италија, Немачка али и државама бивше Југославије. Ово питање нове улоге јавног тужиоца у предистражном поступку и у поступку истраге постављамо законодавцу и то који су били мотиви да јавном тужиоцу повери једну од важних фаза кривичног поступка а то је фазу истраге? У процесној теорији, а и кроз истраживања, уочава се да су ставови дивергентни и неусклађеност Устава са новим Закоником. Данас, могли бисмо рећи да постоје три решења у погледу истраге и то: судска, тужилачка и тужилачко-полицијска.

Можда је интенција законодавца била да се тужилачком истрагом обезбеди доследна примена принципа ефикасности, брзине и правичности. На ово питање одговор ће дати будуће време, а то показују и истраживања које је вршено на подручју Пчињског и Јабланичког округа.⁴

Свакако да ранија решења јесу у одређеној мери успоравала спровођење истраге због недовољне сарадње на релацији тужилаштва, полиције и истражног судије. Јавни тужиоци нису присуствовали у прикупљању доказа, одређене чињенице у прикриване и од стране полиције и често су предмети „шетали“ на релацији полиција - тужилаштво, што је успоравало доношење одлуке тужиоца о евентуалном покретању истраге. Потом, после покретања истраге тужиоци нису присуствовали извођењу одређених доказа у току истраге, што је такође условљавало да списи буду на релацији истражни судија- јавни тужилац и до стављања предлога за допуну истраге чиме се свеобухватно долазило до одуговлачења поступка и губљења његовог смисла.

⁴ Резултати истраживања произашли су из опсежних разговора са тужиоцима Основног и Вишег суда у Врању и Лесковцу.

Судије су задовољне оваквим решењима, будући да су растерећени спровођења истраге и по њиховом мишљењу је јавни тужилац тај који спроводи истрагу и одлучује о дањем току поступка, тим пре што јавни тужилац и после одустајања од гоњења или обуставе истраге може поново покренути истрагу а да тиме не повреди начело *ne bis in idem*.

Истрага се покреће наредбом, а не решењем против кога би окривљени имао право жалбе. У смислу веће ажурности предвиђени су и одређени рокови, тако што се наредба о спровођењу истраге доноси пре или непосредно после прве доказне радње које предузима јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела.

Наредба јавног тужиоца о спровођењу истраге по форми је слична решењима које је раније доносио истражни судија, али иста нема процесно својство одлуке па нема опасности да се направи повреда института пресуђене ствари. Уколико се истрага води против непознатог лица ради испитивања сведока илио вештака неопходна је сагласност судије за претходни поступак. Улога судије за претходни поступак у нашем кривичнопроцесном законодавству је нови концепт којим је он функционално надлежан за доношење одлуке о предузимању посебних доказних радњи, и то када постоји основи сумње да је одређено лице учинило кривично дело и када се на други начин не могу прикупити докази или би њихово прикупљање било знатно отежано (ту се пре свега мисли на: тајни надзор комуникација, тајно праћење и снимање, симуловани послови и сл.). Ово се углавном односи на тешка кривична дела организованог криминала, трговине дрогом, трговине и друга тешка кривична дела. Наредба о спровођењу истраге доставља се осумњиченом и његовом браниоцу, ако га има, заједно са позивом, односно обавештењем о првој доказној радњи. Овде је јавном тужиоцу остављен простор за промишљено доношење наредби о спровођењу истраге тиме што му је на располагању дат рок од 30 дана да од прве доказне радње донесе наредбу и приступи саслушању осумњиченог.

Уколико позив осумњиченом и његовом браниоцу није достављен у складу са ЗКП-ом, јавни тужилац може предузети испитивање сведока или вештака само по одобрењу судије за претходни поступак, без присуства осумњиченог и његовог браниоца. У току истраге јасно су одвојене улоге тужиоца који има улогу гоњења и чији задатак је прикупљање доказа који су по његовој оцени довољни до степена оправдане сумње за подизање оптужнице и осумњиченог и његовог браниоца који самостално могу прикупљати доказе и материјал у смислу ЗКП. Уколико осумњичени и бранилац сматрају да је потребно да се

предузме нека доказна радња, они могу предложити јавном тужиоцу да је он предузме у року од 8 дана.⁵

АНАЛИЗЕ И РАЗМАТРАЊА О ЕФИКАСНОСТИ ОРГАНИЗАЦИЈЕ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

Покушали смо да овим радом укажемо на најзначајније измене у погледу нових овлашћења јавног тужиоца која су посебно наглашена у предистражном и истражном поступку, као и на одређене проблеме који се јављају у практичном спровођењу назначених овлашћења. Ово се посебно односи на кадровску проблематику и материјално-техничку опремљеност, на шта су сугерисали и сами тужиоци.⁶ Камен спотицања јесте мали број кадрова, односно недовољан број заменика чијем би се ангажовањем поступци водили много професионалније и ажурније.⁷

⁵ Уколико у року од 8 дана јавни тужилац не одлучи или одбије предлог осумиченог и његовог браниоца, они могу поднети предлог судији за претходни поступак. Уколико, пак, судија усвоји предлог, наложиче јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и за то му одредити рок. Проблем који се овде назире јесте да не постоји решење уколико јавни тужилац не поступи по налогу судије. Која би овде била права осумњиченог и браниоца сем што могу уложити приговор непосредно вишем тужиоцу и указали му на неправилност у истрази?

⁶ Проблеми у примени новог ЗКП-а већ су приметни па је тако са судија на тужиоце прешло око 40.000 предмета. Полиција је дужна да о свакој својој активности обавести тужиоца, што додатно отежава посао и оптерећује тужилаштво. „Окривљени данас нема право на жалбу против наредбе тужиоца о спровођењу истраге, па ч мора ни да буде упознат да је против њега донета таква наредба. Тако се може догодити да грађанин оде у суд и затражи потврду да се против њега не води истрага и да управо том приликом сазна да се против њега води истрага.“

ПРОБЛЕМИ У ПРИМЕНИ НОВОГ ЗКП.А: Тужиоци затрпани истрагама, Политика, 15. децембар 2013.,

<http://www.uts.org.rs/index.php/osvrti/877-809>

⁷ Председник Удружења тужилаца Србије Горан Илић указао је да Законик је најављен као допринос ефикасности кривичног поступка, међутим први утисци људи који раде у судовима и тужилаштвима говоре да нови поступак није допринео ефикасности поступка. „Једна група проблема, како је навео, тицаће се прихватљивости тужилачких доказа у току главног претреса (суђења) јер ћемо, како је навео, тек видети како ће суд оцењивати и прихватати доказе које тужилац прикупио у истрази и предистражном поступку.

(Признање оптуженог дато на саслушању пред тужиоцем који је сад само странка пред судом у току суђења нема снагу доказа коју је имало као када је дато пред истражним судијом који је био судски орган).

Други проблем који се такође назире је ризик да Уставни суд поједине делове ЗКП-а прогласи неуставним, рекао је Илић, наводећи да би "то била права катастрофа јер би могло да угрози и неке окончане поступке по том Законикy".

Како смо раније указали, истражне судије јесу сагласне да истрага припада тужиоцима, односно да је истражи природно место код тужиоца, код онога који је заступник оптужбе и који је дужан да своју оптужбу докаже.⁸ Посебно значајно овлашћење јавног тужиоца које се односи на закључивање споразума о признању кривице јесте један од могуће најефикаснијих практичних решења, управо због својих предности а то су брже решавање предмета, смањење трошкова, уштеда на времену и избегавање непотребних законских формалности уз очување и заштиту основних права субјеката у кривичном поступку, а пре свга окривљеног.⁹

Посебно је битно указати на још једно овлашћење које има јавни тужилац а које се односи на одлагање кривичног гоњења из чл. 283 ЗКП који каже да јавни тужилац може одложити кривично гоњење за кривична дела за која је превиђена новчана казна или казна затвора до пет година, ако осумњичени прихвати једну или више такстаивно наведених обавеза.¹⁰ Јавни тужилац у наредби о одлагању кривичног гоњења одређује рок (не дужи од годину дана) у коме осумњичени мора извршити преузете обавезе и чије извршење надгледа повереник из органа управе. Уколико се обавеза изврши у назначеном року, јавни тужилац решењем одбацује кривичну пријаву и о томе обавештава оштећеног. Круцијални проблем на који указујемо јесте положај оштећеног чија сагласност није потребна за одлагање кривичног гоњења и који нема право на приговор чак ни у случају да му штета није надокнађена. Аутори М. Шкулић и Г. Илић такође указују да би законодавац требало да предвиди сагласност оштећеног како лице не би морало да своје захтеве остварује у парничном поступку. Такође, у случају кривичних дела за које је прописана казна затвора до три године, тужилац може одбацити кривичну пријаву, ако је осумњичени услед стварног кајања спречио наступање штете или је исту надокнадио, а јавни тужилац оцени да изрицање кривичне санкције не би било правично (чл. 284). Овде опет указујемо да оштећени нема

ВЕЋ ПРИМЕТНИ ПРОБЛЕМИ У ПРИМЕНИ НОВОГ ЗКП-А, 11.01.2014, Београд.

<http://www.novimagazin.rs/vesti/vec-primetni-problemi-u-primeni-novog-zkp-a>

⁸ По истраживању др Милана Шкулића и др Горана Илића: НОВИ Законик о кривичном поступку Србије: „РЕформа у стилу један корак напред - два корака назад“, Београд, 2012.

⁹ Споразум о признању кривице (члан 282а-282д Законика о кривичном поступку), аутор Гордан Крстић, http://www.paragraf.rs/100pitanja/krivicno_pravo/sporazum_o_priznanju_krivice.html

¹⁰ Осумњичени може (мора) да отклони штетну последиву насталу извршењем кривичног дела или да надокнади причињену штету; да плати одређени новчани износ у хуманитарне сврхе; да обави хуманитарни или друштвенокорисни рад; да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога и др.

право на приговор, а да је на тужиоцу да на основу околности изврши самовољну процену да ли је потребно изрицати санкцију или не.

Иако смо сматрамо да је намера законодавца била да заменом судске истраге јавнотужилачком уведе правосудни систем Србије у савремене токове, ипак смо мишљења да је правосудни терен недовољно припремљен за овакве „подухвате“ и да допушта да дође до евентуалних злоупотребе од стране тужилаштва или полиције. Како и сами међународни постулати налажу, неопходна је изузетно уска и професионална сарадња између тужилаштва и полиције како не би дошло до непроцесуирања одређених кривичних дела или до евентуално исхитреног хапшења, одређивања притвора и покретања поступка, што неумитно води до дуготрајних судских поступака и нагомилавања великих трошкова.¹¹

Указујемо да је законодавац вероватно желео да скрати бирократске процедуре и побољша ефикасност кривичног поступка, као и да узајамном сарадњом повеже ингеренције свих државних органа и тако ажурира процесе и правосудни систем уреди са Европским законодавством. Ипак, и поред термилошких неусклађености и значајних нелогичности које се јављају на теоријском плану, сматрамо да је иницијални проблем практичне природе који указује на нешто већи опсег овлашћења која су дата тужиоцу и могућност злоупотребе у било којој фази поступка. Колико ефикасности и предности ће овај концепт тужилачке организације донети остаје да се види на шта ће благовремено указати и посебно оформљена радна група- комисија чија је искључива надлежност праћење примене новог ЗКП-а; па ипак, иако се дошло до одређених проблема у раду тужилаштва и полиције, сматрамо да ће се исти проблеми у току рада и примене и отклонити и тако створити правичан и ефикасни модел правосудног система.

¹¹ Сведоци смо да је протеклих година повећан број одређиваних притвора према великом броју лица који су дуго трајали, а у каснијем поступку су доношене ослобађајуће пресуде у судском поступку и тако је на држави остало да надокнади лицима штету због неоснованог притвора.

Petar Stanojević, LLD
Full Professor

Summary

The authorities and duties of a public prosecutor fused with the concept of prosecutorial organization, which the new Code of Criminal Procedure has brought about, present a fertile ground for examining and contemplating the advantages and disadvantages that this issue brings. The main topic of this paper is to discuss the concept of prosecutorial investigation as a new notion in the Serbian justice system, which should facilitate and update and help terminate criminal proceedings. This paper analyzes the regulation and organization of public prosecution office and the delegated authorities of a public prosecutor. A special emphasis was placed on the position of the public prosecutor in criminal proceedings, as well as on the innovations that have been introduced in order to facilitate all parties included in the criminal proceedings. The paper also includes discussion on the effectiveness of the introduction of prosecutorial investigation and the prosecutorial organization, highlighting that the coordination of all state authorities is a necessity.

НАСИЛНИЧКИ КРИМИНАЛИТЕТ – ПСИХОЛОШКИ ПРИСТУП ИЗУЧАВАЊУ

Апстракт: С обзиром на пандемијске размере насилничког криминалитета како у свету, тако и у Републици Србији, разумљиво је да о овом типу криминалитета постоји импозантан број конкурентних криминолошких теорија. Психолошки оријентисани аутори су првобитно кривична дела којима је иманентно насиље дефинитивно тумачили психичким својствима личности учиниоца, маргинализујући или потпуно занемарујући утицај социјалних фактора. Узимање само једне стране ових дела за њихову целину (тзв. *pars pro toto*) довело је до тога да се она етиолошки објашњавају као искључиво психолошки феномен. Наравно, покушај да се на основу ограниченог броја чињеница изгради адекватна научна теорија показао се као неделотворан.

Увиђајући да је апсолутизација психичких карактеристика личности неприхватљива, психолошки оријентисани аутори данас настоје да поједине типове криминалног понашања повежу са релевантним психичким својствима учиниоца. При томе се не сме занемарити утицај средине на формирање личности преступника, као и то да особине личности и спољашњи фактори делују истовремено и испреплетано. Личност није аутономна у односу на социјални контекст; напротив, човек и друштво су тесно повезани, међусобно зависни и прожети ентитети. Целокупна човекова делатност представља нераскидиво јединство објективног и субјективног, друштвеног и личног, па је неопходно сагледати сложене односе појединаца – група – друштво и противуречности у њима, које се често покушавају разрешити неким од ових кривичних дела. Само такав приступ може да претендује на потпуније објашњење насилничког криминалитета, који је изузетно озбиљан проблем у Републици Србији.

Кључне речи: насилнички криминалитет, психичке карактеристике личности, агресивност, насиље, психолошке теорије, интелигенција, психоанализа, бихејвиоризам, фрустрације, Република Србија.

* Редовни професор

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Човекова историја је по својој суштини насилничка, независно од тога да ли се насиље манифестује према природи или у интерперсоналним односима. У складу с тим, и насилнички криминалитет који угрожава коегзистенцију људи у друштвеној заједници и у одређеној мери доводи у питање примарни услов заједничког живота, спада у ред најстаријих „човекових подухвата“ и прати човечанство од давнина. У том погледу ни почетак XXI века не доноси ништа ново; шта више, егзистенцијалну ситуацију савременог човека карактерише трагичан парадокс: с једне стране, снажан технички и економски прогрес и декларативно залагање за стварање таквог друштвеног и правног амбијента који би свео на минимум улогу насиља и агресије у решавању интерперсоналних конфликта, а с друге – енормни пораст насиља и његове све рафиниране форме којим се прокламоване универзалне вредности озбиљно доводе у питање, па и уништавају.

Насилнички криминалитет је један од основних типова криминалитета и, према схватању које преовлађује у криминолошкој литератури, обухвата дела код којих се ради постизања одређеног циља користи напад на жртву или се њиме прети.¹ Ђ. Игњатовић дели насилнички криминалитет у две основне групе: а) дела традиционалног насилничког криминалитета (убиства и наношење тешких телесних повреда, силовање, разбојништво и разбојничка крађа) и б) његови новији облици (насиље у породици, насиље међу партнерима, деца као жртве насиља, међугенерациски породични криминалитет).² Криминалне статистике већине земаља убедљиво указују да је пораст ових кривичних дела током неколико последњих деценија попримио пандемијске размере. Очигледно је да живимо у свету насиља³ и да помиреност с њим све више постаје *modus vivendi* савременог човека.⁴ И у Републици Србији

¹ F. Hagan, *Introduction to Criminology*, Chicago, 1990, str. 212.

² Видети: Ђ. Игњатовић, *Криминолошки аспект деликата насиља*, у: *Деликти насиља – кривично-правни и криминолошки аспект* (Зборник радова са XIV семинара права, Будва, 26-29. јун 2002.), Београд, 2002, стр.265-266; Ђ. Игњатовић, *Криминологија*, Београд, 2008, стр. 145-150.

³ Цивилизација је, како истиче М. Бошковић, учинила да насиље све више постане друштвена свакодневница. Видети: М. Бошковић, *Криминологија с пенеологијом*, део II – Социјална патологија, Нови Сад, 2002, стр. 96.

⁴ Убијање се, како примећује Х. Маркузе, редукује на ниво природног догађаја и могуће случајности свакидашњег живота, а људи лако прихватају „стопу убијања“ јер су већ свикли на друге стопе – нпр. бизниса, саобраћаја или незапослености. Слично њему, Ђ. Игњатовић констатује да је људе свакодневно суочавање са најразличитијим облицима насиља десензибилизовало до те мере да се почињу

насилнички криминалитет представља алармантан друштвени проблем. Оваква оцена темељи се на подацима о традиционално високој партиципацији ових кривичних дела у укупно пресуђеном криминалитету пунолетних и малолетних лица,⁵ неповољној структури (тј. значајној заступљености тежих и друштвено опаснијих кривичних дела) и тежини насталих последица (како по жртву, тако и по учиниоца, чланове њихових породица и друштво у целини), али и на чињеници да су рат и суштинске промене које су се на размеђи II и III миленијума одиграле на идејно-политичком, друштвено-економском и социо-културном плану, реално повећали могућност интерперсоналних конфликта у разним сферама живота и испровоцирали одређене друштвене и индивидуалне факторе који утичу на пораст агресивности у њиховом решавању.

Данас постоји импозантан број конкурентних криминолошких теорија о насилничком криминалитету, што је последица: а) његове сложености; б) опасности коју представља за друштво (код грађана и представника органа формалне социјалне контроле доминира став да је најтежи вид деликата који се појављују пред правосудним органима управо насилнички);⁶ в) страха који изазива (традиционално се сматра да ниједан други тип криминалитета код обичних људи не угрожава осећај сигурности и благостања као насилнички),⁷ као и г) чињенице да је његов носилац човек који је и сам сложено био-психолошко и социјално биће чијом се природом баве многобројне научне дисциплине, настојећи да са свог аспекта осветле његов неуспех у социјализацији и интегрисању, и као последицу тога – вршење кривичних дела којима је иманентно насиље.

Интерес за идентификовање улоге личности (тачније речено: појединих њених карактеристика) у етиологији насилничких кривичних дела јавио се доста рано – већ крајем XIX века. Од тада су у оквиру овог

мирити чак и са видовима насиља инкриминисаним у кривичном праву. Видети: Х. Маркузе, Агресивност у високо развијеном друштву, Гледишта, бр. 7-8/80, Београд, стр. 25; Ђ. Игњатовић, Криминолошки аспект деликата насиља, у: Деликти насиља – кривично-правни и криминолошки аспект (Зборник радова са XIV семинара права, Будва, 26-29. јун 2002.), оп. cit., стр. 268.

⁵ Видети: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији – пријаве, оптужења и осуде – 2008. (Билтен 514), 2009. (Билтен 529), 2010. (Билтен 546), 2011. (Билтен 558), 2012. (Билтен 576); Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији – пријаве, оптужења и осуде – 2008. (Билтен 513), 2009. (Билтен 528), 2010. (Билтен 547), 2011. (Билтен 559), 2012. (Билтен 577). Републички завод за статистику, Београд.

⁶ Ђ. Игњатовић, Криминолошки аспект деликата насиља, у: Деликти насиља – кривично-правни и криминолошки аспект (Зборник радова са XIV семинара права, Будва, 26-29. јун 2002.), оп. cit., стр. 264..

⁷ Ibid.

каузалистичког приступа створене бројне теорије од којих, по нашем мишљењу, посебну пажњу заслужују: теорија интелигенције, психоаналитичка, бихејвиористичка и теорија фрустрације.

II ПСИХОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ

1. Теорија интелигенције

Као једна од најзначајнијих психичких карактеристика личности која у највећој мери опредељује понашање индивидуе, интелигенција⁸ је врло брзо доспела у жижу интересовања криминолога, а посебно од када су развијени поступци за њену валоризацију. Резултати првих компаративних мерења интелигенције учинилаца насилничких кривичних дела и осталих грађана указали су да је проценат мање интелигентних и слабоумних већи у криминалној него у некриминалној популацији, што је неке ауторе – нпр. Х. Годара и Х. Вилијамса – навело на закључак да је интелектуални дефицит основни, решавајући фактор криминалног понашања.⁹ Каснија истраживања остварена применом савршенијих инструмената за мерење интелектуалних способности нису им, међутим, дала за право, јер су показала да су разлике између криминалаца и осталих грађана у интелектуалном погледу минималне.

За разлику од првих студија које су успостављале директну везу између сниженог интелектуалног функционисања и криминалног понашања, новија истраживања (Т. Фергусон, Д. Н. Гибс, Х. Манхајм и др.), базирана на сазнању да корелација између успеха на тесту интелигенције и школског успеха достиже завидних 0,50 до 0,70, покушала су да криминогени утицај интелигенције објасне посредним путем – преко ниског образовног нивоа учинилаца насилничких кривичних дела – а који би требало да буде последица њихових исподпросечних интелектуалних способности.¹⁰ Она, међутим, нису ништа прихватљивија од предходних, пошто неуспех у образовном процесу није увек (нити мора бити) резултат недовољне интелигенције,

⁸ „Интелигенција“, термин настао од латинских речи "inter" (међу) и "legere" (скупљати, бирати, читати), са општим значењем разумевати, схватати, увиђати међувезе.

⁹ Видети: Н. Goddard, Слабоумност као узрок злочина, у: Ђ. Игњатовић, Теорије у криминологији, Београд, 2009, стр. 201-207.

¹⁰ В. Wooton, Social Science and Social Pathology, London, 1959, str. 128. i 135.

већ је у највећем броју случајева исход сложеног деловања бројних личних и социјалних услова и утицаја.¹¹

Критике које се упућују теорији интелигенције крећу се у неколико праваца. Пре свега, истиче се да међу психолозима не постоји консензус на нивоу општег мишљења шта је то интелигенција¹² и које врсте интелигенције постоје,¹³ због чега је успешно комуницирање у овој области знатно отежано.

Следећи приговор тиче се тестова интелигенције¹⁴ који због несавршености тестовног инструментаријума нису поуздано истраживачко средство. Они су, наиме, пристрасни, јер укључују ајтеме који фаворизују индивидуе из развијенијих социјалних средина – у складу с тим, истраживања у САД редовно показују да бело становништво, посматрано у целини, има виши просек интелигенције (100) од црначког (86).¹⁵ Ако се сложимо са ставом Ф. Вернона да „културно непристрасан тест не постоји и не може постојати“ онда и ове резултате мерења

¹¹ Ж. Б. Јашовић, Криминологија малолетничке делинквенције, Београд, 1991, стр. 179.

¹² Не постоји посебан криминолошки појам интелигенције, различит од оног који одређује психологија. Криминолози користе појам интелигенције који даје психологија, настојећи да сагледају њен утицај у етиологији криминалног понашања. О различитим дефиницијама интелигенције видети: М. Биро, Клиничка психологија, Београд-Загреб, 1990, стр. 73-74; J. Glaser, Опћа psihopatologija – s posebnim osvrtom na krivično pravo, Zagreb, 1963, str. 32; J. Букелић, Социјална психијатрија, Београд, 2004, стр. 74.

¹³ Уобичајена је подела на вербалну и апстрактну интелигенцију која укључује способност употребе речи, симбола и апстрактних појмова, на социјалну интелигенцију, тј. способност комуницирања и остваривања интерперсоналних односа, на практичну интелигенцију која подразумева способност да се ситуација схвати и на њу адекватно одговори, на естетску интелигенцију, односно способност да се ствара и цени лепо итд. Видети: Х. Б. Инглиш, А. Ч. Инглиш, Обухватни речник психолошких и психоаналитичких појмова, Београд, 1972, стр. 194-195.

¹⁴ Први тест интелигенције, чији су творци А. Бине и Т. Симон, датира из 1904. године. Захваљујући њему, свет је упознао и прихватио појам IQ као мерне јединице интелигенције. Данас углавном доминирају различите модификације Векслерове скале за мерење интелигенције (WB/1, WB/2, WISC, WISC/R, WAIS, WAIS/R, WPPSI), мада се користе и Равенове прогресивне матрице и Роршахов тест. Видети: Ј. Бергер, Клиничка психодијагностика - општа, у: Клиничка психологија – индивидуална и социјална (редактори: Ј. Бергер, М. Биро и С. Хрњица), Београд, 1990, стр. 229-231; Ј. Бергер, Психодијагностика, Београд, 2004, стр. 228-264; П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, Психијатрија – приручник за лекаре и сараднике, Београд, 1990, стр. 227-232; С. Хрњица, Општа психологија са психологијом личности – уводна предавања, Београд, 1988, стр. 144-145.

¹⁵ Н. Рот, Основи социјалне психологије, Београд, 1987, стр. 205.

интелигенције морамо примити уздржано и са резервом.¹⁶ Увиђајући овај проблем, В. Ковачевић с правом истиче да повећана фреквенција лица са интелектуалним нивоом испод просека међу учиниоцима деликата насиља не одражава увек реалну ситуацију, већ указује на неадекватност тестова интелигенције, односно на њихову неусклађеност са социјалним статусом испитаника.¹⁷ Такође, и количник интелигенције (IQ) као продукт мерења је подложен променама како под утицајем законитости нормалног развоја, тако и патолошког пропадања и, по правилу, застарева после шест до осам месеци.¹⁸

Најзад, указује се да су истраживања о повезаности интелигенције и криминалног понашања углавном вршена на затвореницима који су, с обзиром на интелектуалне способности пре негативно селекционисана група (зато што су ухваћени), него прави репрезентанти криминалне популације.¹⁹

Наведене примедбе, међутим, никако не значе да интелигенција – пре свега ниска – нема одређени етиолошки значај и утицај. Наиме, недовољна интелигенција није детерминирајући фактор криминалног понашања, већ један од услова који поспешује, односно олакшава испољавање таквог понашања пошто отежава или онемогућава правилну процену различитих животних ситуација и интелектуалну „обраду“ бројних стимуланса из спољашње средине, чиме се повећава ризик од неадекватног реаговања, које може имати и насилнички карактер. У тесној вези са овим ставом је и емпиријски утврђена чињеница да ниво интелигенције варира у зависности од облика и тежине криминалне активности.²⁰ Прецизније, резултати бројних истраживања указују да лица осуђена за насилничка кривична дела, по правилу, имају нижи IQ у односу на општу популацију,²¹ док су за интелигентније „резервисана“

¹⁶ М. Haralambos, R. M. Heald, Uvod u sociologiju, Zagreb, 1989, str. 189.

¹⁷ V. Kovačević, Neka obilježja ponašanja osoba u KP domovima osuđenih za krivična djela nasilja, u: Krivično pravni i kriminološki aspekti delikata nasilja (Zbornik radova), II sveska, Zagreb, 1979, str. 33-34.

¹⁸ Из тих разлога, када за неког извршиоца кривичног дела кажемо да има одређени IQ, морамо прецизирати: а) када је установљен (пре или након извршења кривичног дела, приликом пријема у пенитенцијарну установу или током емпиријског истраживања) и б) применом ког теста интелигенције.

¹⁹ М. Zvonarević, Socijalna psihologija, Zagreb, 1985, str. 654.

²⁰ Ж. Б. Јашовић, Криминологија малолетничке делинквенције, op. cit., стр. 179.

²¹ О интелигенцији лица осуђених за кривична дела против живота и тела, пре свега убистава, видети: В. Пешић, Убиства у Југославији, Београд, 1972, стр. 83-85; Ш. С. Вуковић, Крвни деликти у Србији, Зајечар-Београд, 1984, стр. 136-137; З. Сулејманов, Убиствата во Македонија, Скопје, 1990, стр. 319-320; В. В. Вековић, Улога и значај исподпросечних интелектуалних способности извршилаца у

кривична дела за која је неопходна брижљива и дуготрајна припрема, а корист која се жели остварити није временски непосредно повезана са њиховим вршењем (варалице, криминалци „белог оковратника“ и сл.).²²

И поред евидентних недостатака ове теорије, можемо закључити да је утврђивање интелектуалног нивоа учинилаца насилничких кривичних дела неопходно како приликом сагледавања ендогених фактора криминалног понашања, тако и у процесу судске и пенитенцијарне индивидуализације.

2. Психоаналитичка теорија

Настала пре више од једног века као резултат супротстављања С. Фројда преовлађујућем схватању у тадашњој психологији да је човек свесно и рационално биће, психоанализа²³ спада у ред оних творевина људског ума које далеко превазилазе границе дисциплине у којој су првобитно створене и врше снажан утицај у најразличитијим областима мишљења и научног сазнања.

Иако се Фројд није посебно бавио питањем криминалитета, кључни, структурални појмови његове теорије – несвесно, психички детерминизам, принцип задовољства и принцип реалности, структурални и динамички модел личности, инстинкти или нагони живота и смрти, стадијуми психосексуалног развоја (орални, анални, уретрални, фалусни, латентни и генитални), фиксација, интрапсихички конфликти и одбрамбени механизми – остварили су снажан утицај у тумачењу најзначајнијих криминолошких проблема, у које несумњиво спада и етиологија насилничког криминалитета.

Конкретан процес настајања криминалног понашања, па и вршења ових кривичних дела најбоље се може сагледати кроз динамичку интеракцију три компоненте личности Ид (Оно), Его (Ја) и Суперего (Над-ја).

Ид је урођена, биолошка компонента личности, дубоко усађена у њен несвесни део, која не признаје никаква ограничења и правила, већ као резервоар целокупне психичке енергије човека делује руковођена искључиво принципом задовољства. У оквиру Ида, Фројд разликује две

етиологији кривичних дела против живота и тела, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Врање, бр. 1/2001, стр. 166-173.

²² Ђ. Игњатовић, Криминологија, оп. cit., стр. 106.

²³ Према С. Фројду, термин „психоанализа“ означава три појаве: а) скуп одређених психолошких знања; б) метод којим се проучавају душевни процеси, и в) технику лечења неуротичних сметњи, утемељену на наведеној истраживачкој методи. Видети: D. Lagache, Psihoanaliza, Zagreb, 1970, str. 5.

врсте инстинката или нагона: а) инстинкте или нагоне живота (Ерос) који служе одржању индивидуе и врсте, и б) инстинкте или нагоне смрти (Танатос).²⁴ Циљ инстинкта смрти је да живо биће доведе у анорганско стање, пошто према начелу константности од којег Фројд полази, у природи све живо произилази из неживог и има снажно испољену тенденцију да се врати у неживо стање.²⁵ Инстинкт смрти код човека је окренут према унутра или према споља. Окренут према унутра, може деловати на психичком плану (патња), психосоматском (депресија и мазохизам) или бити усмерен према телу, односно појединим његовим деловима (суицид, самоповређивање, аутомутилација).²⁶ Окренут према споља, инстинкт смрти се јавља у облику агресивног или деструктивног инстинкта. Дакле, према Фројду, агресивност у човековој природи је екстраверзија инстинкта смрти. То је суштинска трансформација жеље да се умре у жељу да се извршењем кривичног дела убиства друга индивидуа „преведе“ у анорганско стање.²⁷

Већ у првој години живота, из првобитно неиздиференцираног Ида постепено се сложеном интеракцијом централног нервног система, стимуланса из спољашње средине и доживљених искустава, развија следећа компонента личности – Его; његова основна функција је да опажањем, расуђивањем, мишљењем, памћењем, говором и деловањем оствари оптимални однос са реалношћу, тј. прилагоди понашање објективним условима и изнађе равнотежу између биолошких потреба и ограничења спољашњег света.²⁸

Трећи хипотетички сегмент личности – Суперего је унутрашњи заступник друштвене заједнице и услов да се индивидуа понаша у складу са друштвеним правилима.²⁹ Овај кочиони механизам и брана агресивности састоји се од принципа, моралних норми и других етичких вредности које деци између треће и пете године живота путем

²⁴ С. Фројд, Нова предавања за увођење у психоанализу, Одабрана дела Сигмунда Фројда, VIII књига, Нови Сад, 1969, стр. 202.

²⁵ S. Freud, Beyond the Pleasure Principle, London, 1948, str. 47.

²⁶ Ђ. Богићевић, Аутоагресија, у: Семинар о агресији (Зборник радова), Београд, 1979, стр. 41.

²⁷ Фројдова хипотеза о тесној вези аутоагресије и агресије емпиријски је потврђена. Тако нпр. истраживање спроведено у Великој Британији указује да се у многим случајевима, пре преласка на чин, извршилац кривичног дела убиства колебао између намере да изврши самоубиство или убиство. Видети: D. J. West, Murder Followed by Suicide, London, 1965, str. 150.

²⁸ Ч. Хајдуковић, Преступничко понашање младих, Београд, 1975, стр. 46.

²⁹ М. Аћимовић, Психоаналитичка објашњења криминалитета, ЈРКК, бр. 4/72, Београд, стр. 565.

награђивања и кажњавања најпре усађују родитељи, а потом и значајни појединци из шире социјалне средине.

На основу свега изложеног, можемо закључити да само развијени Его и Суперего, први путем рационализације и сублимације, а други репресијом, могу спречити урођене инстинкте са криминалним тенденцијама, који се налазе у Иду, да се манифестују кроз вршење кривичних дела чија је суштина насилничка.

Фројд је дао и концизан опис једне посебне врсте криминалца – злочинца из осећања кривице. Код ових лица осећање кривице постоји пре извршења кривичног дела, није из њега проистекло, већ напротив, дело произилази из тог осећања и представља душевно олакшање за учиниоца. Ово осећање кривице, по Фројду, потиче из неразрешеног Едиповог комплекса³⁰ и представља реакцију на две велике злочиначке намере: да се изврши оцеубиство (парацидијум) и полно општи са мајком.

Коначно, износећи своје схватање психичког детерминизма и несвесног, Фројд је пружио објашњење омашки, чиме је у значајној мери допринео разумевању нехатних кривичних дела, између осталог и убиства из нехата. Говорна омашка је, сматра он, само привидно случајна. Порекло јој је у несвесној жељи да се поступи другачије него што захтева конкретна животна ситуација, а сама омашка представља ментални компромис између те унутрашње потребе и ситуације непријатне човеку.³¹ Другим речима, за извесне поступке који могу имати и обележја насилничких кривичних дела, иако су на изглед само случајни, може се психоаналитичким приступом утврдити да су несвесно мотивисани.

На изложеним постулатима Фројдове психоаналитичке теорије, заснивају се, уз извесна критичка превазилажења појединих ставова, и бројне психоаналитичке студије криминалитета чији су творци: А. Адлер, Ф. Александер, Х. Штауб, М. Клајн, К. Фриландер, В. Штекел, Д. Абрахамзен, Т. Рајк, Л. Сонди и др.

По свом значају, нарочито се издвајају: а) Адлерова индивидуална психологија, према којој вршење кривичних дела може представљати компензацију или надкомпензацију комплекса инфериорности развијеног

³⁰ Шема Едиповог комплекса у Фројдовој интерпретацији доследно следи истоимену Софоклову драму: не знајући ко су му родитељи Едип убија свог оца, тебанског краља Лаја и жени се мајком Јокастом, да би, коначно сазнавши шта је учинио, ослепео самог себе. Фројд је био уверен да ова трагедија (створена између 429. и 425. године пре нове ере) реално одражава човекова искушења, његове конфликте са несвесним делом личности (Едип није „знао“), као и интеракцију три компоненте личности. Видети: Д. Крстић, Психолошки речник, Београд, 1991, стр. 265-266.

³¹ С. Хрњица, Теорије личности, у: Клиничка психологија – индивидуална и социјална (редактори: Ј. Бергер, М. Биро и С. Хрњица), стр. 90.

у контакту са спољашњом средином;³² б) схватања Александера и Штауба о злочинцу без Над-ја, са преовлађујућим утицајем инстинката;³³ в) Абрахамзеново учење да су психосоматски поремећаји најчешће супститути за антидруштвене и криминалне реакције,³⁴ као и г) Сондијев став да су узроци афективне епилепсије у потискивању убилачких тенденција.³⁵

Психоаналитичкој концепцији у криминологији упућују се бројни приговори. Поред терминолошке лежерности која често изазива појмовну конфузију, истиче се да се многе поставке ове теорије заснивају на широкој и категоричкој генерализацији импресија стечених приликом проучавања појединачних случајева (case study), као и да знатан број темељних конструката није верификован применом научних метода и поступака. Ипак, највећи недостатак ове криминолошке оријентације је што у објашњењу етиологије насилничког криминалитета апсолутни примат даје инстинктивној страни личности, породичном искуству и доживљајима из најранијег детињства, а каснији утицај социо-културних фактора занемарује или минимизира.

И поред евидентних недостатака, сматрамо да има довољно основа за закључак да психоаналитичко понирање у тамна подручја људске „душе“ и њена скривена пулсирања, која понекад избијају на површину уносећи у човекове поступке ирационалну напетост,³⁶ може, наравно у комбинацији са другим научним објашњењима, значајно допринети потпунијем сагледавању ендогених фактора насилничког криминалитета.

3. Бихејвиористичка теорија

Као резултат критичког преиспитивања дотадашњег развоја психологије, почетком XX века у САД јавио се бихејвиоризам, који је убрзо постао и до данас остао један од најутицајнијих начина мишљења у савременој психологији. Одбацујући тумачења која се заснивају на интроспекцији, субјективном искуству и доживљајима, и доследно примењујући метод природних наука (спољашње посматрање засновано

³² Видети: А. Адлер, *Познавање човека*, Нови Сад-Београд, 1984, стр. 84-85.

³³ Видети: F. Alexander, H. Staub, *Der Verbrecher und seine Richter*, u: *Psychoanalyse und Justiz*, Frankfurt, 1971, str. 310.

³⁴ Видети: D. Abrahamsen, *The Psychology of Crime*, New York, 1960, str. 95.

³⁵ Видети: I. Nastović, *Patogeneza afektivne epilepsije u svetlu dubinske psihologije*, *Neuropsihijatrija*, br. 2/72, Zagreb, str. 155-159.

³⁶ Љ. Тадић, *Политика и психоанализа*, Гледишта, бр. 2/70, Београд, стр. 179.

углавном на експерименту) као једино валидан, бихејвиористи су покушали да изграде психологију превасходно као природну науку.³⁷

Основни постулат бихејвиористичке психологије је да је понашање, између осталог и вршење насилничких кривичних дела, научено и да је ово учење³⁸ нераскидиво од свог социјалног контекста. У складу с тим, задатак психологије је „да проучи и утврди који узроци или догађаји околине доводе до одређених последица односно реакције организма. Кад психологија то утврди она је испунила свој задатак, јер је утврдила све узрочно-последичне везе и односе између околине и човјекова понашања. Из овога је јасно да је човјеково понашање потпуно и искључиво детерминирано збивањима у околини и утјецајима околине.“³⁹ Ову класичну формулу $S - R$, где је S стимуланс, а R реакција, одговор или понашање, необихејвиористи и неонеобихејвиористи убрзо су проширили на $S - O - R$, у којој O представља интервенишућу или организмичку варијаблу, тј. збивања и процесе у организму који успостављају везу између стимулуса и понашања. Организмичке варијабле не могу бити субјективног карактера, већ морају бити прецизно одређене, операционално дефинисане и експериментално проверљиве.

Од бројних аутора бихејвиористичке оријентације, најзначајнији утицај у тумачењу етиологије ових кривичних дела остварио је енглески психолог немачког порекла Х. Ј. Ајзенк, творац дводимензионалне теорије личности, чију једну димензију чини континуум интроверзија – екстраверзија ($I - E$ фактор), док је друга димензија неуротицизам – стабилност ($N -$ фактор). У каснијим радовима, он постојећим димензијама додаје и психотицизам ($P -$ фактор), као меру интегрисаности, односно дезинтегрисаности структуралних делова личности.⁴⁰

Ајзенкова теорија о криминалном понашању базира се на претпостављеним разликама у погледу могућности условљавања, тј. формирања одређених образаца понашања путем условног рефлекса између интровертираних и екстравертираних личности. У светлу њихове слабије могућности условљавања, а што је последица разлика у

³⁷ Ж. Кораћ, Критика бихејвиоризма, Гледишта, бр. 7-8/73, Београд, стр. 799.

³⁸ Према бихејвиористичкој психологији, учење се остварује путем: а) класичног условљавања (И. П. Павлов, Џ. Б. Вотсон); б) оперантног или инструменталног условљавања (Е. Л. Торндајк, Б. Ф. Скинер), односно в) имитације (А. Бандура): Видети: П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, Психијатрија – приручник за лекаре и сараднике, *op. cit.*, стр. 134-138.

³⁹ А Fulgosi, Психологија личности – теорије и истраживања, Zagreb, 1987, стр. 342.

⁴⁰ О Ајзенковој теорији личности видети: Ђ. Игњатовић, Теорије у криминологији, стр. 52-54.

функционисању ретикуларног активационог система (RAS), екстравертиране личности спорије и теже се социјализују, имају изражену потребу за стимулусима, сколоност ка импулсивном и агресивном понашању, као и непоштовању друштвених и правних норми, због чега су знатно заступљеније од интровертираних међу учиниоцима насилничких кривичних дела.⁴¹

Екстраверзија остварује утицај на криминално понашање и преко савести, која је за Ајзенка, као и И. П. Павлова, условни рефлекс или група условних рефлекса. С тим у вези „особе у којих тај рефлекс није било могуће створити, због њихове слабе условљености и екстравертованости, теже да постану психопате и криминалци.“⁴²

Бројне експерименталне провере Ајзенкове теорије нису увек потврдиле став о разликама у погледу условљавања између интровертираних и екстравертираних личности, што је Н. Бродија навело на закључак да однос између интроверзије, екстраверзије и условљавања није сасвим јасан.⁴³ Такође, и истраживања која су утврдила да је код затвореника димензија неуротицизма израженија него код некриминалне популације, али и да значајних разлика у погледу екстраверзије нема, недвосмислено указују „да ће теорија која је изложена тако експлицитно као Ајзенкова морати често да буде ревидирана у светлости нових доказа.“⁴⁴

И поред наведених недостатака, инсистирање бихејвиориста на околностима које непосредно предходе и стимулишу неко понашање од изузетног је значаја за ситуациону анализу већ извршених насилничких кривичних дела, која треба да објасни зашто је индивидуа манифестовала такво понашање у једном, а не у неком другом тренутку.⁴⁵ Пошто је према ситуационим аспектима насиља, насилни чин неизбежна последица ескалације циклуса стимулус – одговор, то је за објашњење ових кривичних дела, неопходно фокусирати пажњу на „онај низ међуакција које се одвијају између нападача и његове жртве, онај редослед чинова који почиње кад се две особе сретну – и који се завршава кад једна озледи или чак уништи другу.“⁴⁶

⁴¹ Видети: Н. Eysenck, Теорија личности и проблем криминалитета, у: Ђ. Игњатовић, Теорије у криминологији, стр. 208-220.

⁴² Б. В. Поповић, О неким психолошким тумачењима личности преступника, ЈРКК, бр. 4/65, Београд, стр. 546.

⁴³ N. Brody, Personality Research and Theory, London, 1972, str. 61.

⁴⁴ Д. Пек, Д. Витлоу, Теорије личности, Београд, 1978, стр. 70.

⁴⁵ М. Милутиновић, Криминологија, Београд, 1985, стр. 319.

⁴⁶ Х. Тох, Насилници – један вид испитивања психологије насиља, Београд, 1978, стр. 28.

Такође, и бихејвиорална терапија која почива на експериментално утврђеном ставу да околности које следе непосредно после неког понашања снажно утичу на његово одржавање, мењање или постепено гашење, тј. естинкцију,⁴⁷ представља потенцијално важан фактор у ресоцијализацији учинилаца насилничких кривичних дела и модификацији њиховог понашања.

4. Теорија фрустрације

Овај несумњиво утицајни теоријски систем који су утемељили Џ. Долард и Н. Милер, а уз извесне модификације прихватили бројни психолошки оријентисани криминолози, полази од претпоставке да свака фрустрација нужно изазива агресију, тј. реакцију усмерену на уклањање извора фрустрације (директна агресија) или његове замене (индиректна агресија, тј. трансфер агресија на „жртвено јагње“). Другим речима, агресија произилази из фрустрације, а агресивност као црта личности последица је трајног деловања извора фрустрације у процесу развоја личности.⁴⁸ Дакле, фрустрација као психичко стање или доживљај интензивне напетости и неугодности који настаје када због природних, социјалних или психолошких баријера индивидуа бива лишена нечег или онемогућена у реализацији постављеног циља, добија свој манифестациони израз преко агресије, па у том контексту, и насилнички криминалитет представља облик испољавања деструктивне агресије изазване фрустрацијом. Наравно, треба имати у виду да је тенденција ка агресији сразмерна тежини фрустрације: уколико фрустрација више погађа све виталније динамичке правце личности и што је обухватнија, утолико ће агресија бити интензивнија.⁴⁹

Овој теорији, која има социјално-психолошки карактер јер изворе фрустрације тражи и налази, између осталог, и у социјалним факторима, оправдано се упућује низ приговора. Поред фрустрационе теорије агресивности, у савременој психологији постоје и многа друга, често

⁴⁷ Поткрепљивања утичу на понашање индивидуе према следећим законитостима: а) понашање после кога следи награда има тенденцију да се понавља, тј. устали; б) понашање после кога следи казна се избегава, и в) понашање које се игнорише има тенденцију да се постепено угаси. О бихејвиоралној терапији и подручјима њене примене, видети: М. Аћимовић, Психологија злочина и суђења (Судска психологија), Београд, 1988, стр. 140-147; Н. Анић, Бихејвиорална терапија, у: Клиничка психологија – индивидуална и социјална (редактори: Ј. Бергер, М. Биро и С. Хрњица), стр. 548-562.

⁴⁸ Д. Крстић, Психолошки речник, *op. cit.*, стр. 156.

⁴⁹ *Ibid.*

дијаметрално супротна схватања о њеном пореклу (нпр. бихејвиористичка и инстинктивистичка, тј. психоаналитичка и етолошка⁵⁰), тако да нема довољно основа за закључак да је фрустрација једини извор агресије. Сем тога, није прихватљив ни став да свака фрустрација нужно изазива агресију. Наиме, осим агресије постоје и други, у свакодневном животу често коришћени облици реаговања на фрустрацију: реорганизација активности, повлачење и одбрамбени механизми (компензација, сублимација, рационализација, идентификација, пројекција, маштање, репресија и регресија). Агресивно понашање у фрустрационим ситуацијама, по правилу, манифестују особе које имају нижи праг толеранције на фрустрацију,⁵¹ редукован осећај самопоуздања и које нису спремне (способне) на интелектуални напор да на фрустрираност одговоре конструктивним понашањем. С тим у вези, К. Вилсон духовито примећује да се уметник ослобађа својих тензија кроз стваралачки чин који му омогућава интеграцију у друштво, док злочинац то остварује кроз насиље које га најчешће дистанцира од заједнице, тј. усамљује.⁵²

Конечно, треба истаћи да је агресија многострука и многозначна, па су и њени појавни облици различити и дифузни. Разноликост облика у којима се она јавља и траје код човека најбоље илуструје онтолошка типологија агресије, према којој постоје: агресија у игри, агресија похлепе, одбрамбена, афирмативна, инструментална, интенциона, системска, конформистичка, револуционарна, деструктивна и нарцистичка агресија.⁵³ Дакле, очигледно је да поред деструктивне, тј. малигне агресије, чије су главне карактеристике окрутност и убијање,⁵⁴ због чега је од великог значаја у објашњењу етиологије насилничког криминалитета, постоје и друге врсте агресије, од којих неке теже остварењу етички оправданих и легитимних циљева. Уосталом, и Е. Стор истиче „да се човек не би одржао као врста да није био агресивна животиња.“⁵⁵ Међутим, трагичан парадокс је што се позитивне стране

⁵⁰ О етолошкој теорији агресивности видети: К. Лоренц, О агресивности, Београд, 1970.

⁵¹ Толеранција на фрустрацију најчешће се дефинише као „способност да се приме фрустрационе околности без разарања или поремећаја сопственог понашања“. Видети: Х. Б. Инглиш, А. Ч. Инглиш, Обухватни речник психолошких и психоаналитичких појмова, *op. cit.*, стр. 564.

⁵² К. Вилсон, Психологија убиства, Ниш, 1990, стр. 7.

⁵³ Видети: Ј. Рашковић, Социолошки аспекти агресивности, у: Семинар о агресији (Зборник радова), стр. 30-31.

⁵⁴ О Фромовом концепту агресије, који је дели на бенигну (биолошки адаптирану) и малигну (деструктивну или окрутну, биолошки неадаптирану, својствену само човеку), видети: Е. From, *Anatomija ljudske destruktivnosti*, Zagreb, 1975, str. 40-42.

⁵⁵ Е. Стор, Људска агресивност, Београд, 1989, стр. 38.

људске агресивности претварају у своју супротност, ако и када фрустрација прерасте у интерперсонално насиље, а агресивност у деструкцију, доводећи тако у питање не само индивидуалну егзистенцију, већ и опстанак људске врсте.

III ЗАКЉУЧАК

Сумаран приказ најзначајних психолошких теорија о етиолошком аспекту насилничког криминалитета омогућава неколико општих напомена које сматрамо битним, с обзиром да научно проучавање ових кривичних дела представља процес, никако чин, и то процес који мора бити теоријски фундиран и емпиријски потврђен.

И поред евидентних разлика, свим овим теоријама је заједничко да криминално понашање дефинитивно тумаче психичким карактеристикама личности учиниоца, при том маргинализујући или потпуно занемарујући значај и утицај социјалних фактора. Из тих разлога, код њих се не ретко може уочити психологизам (научно неутемељен покушај да се човеково понашање, а самим тим и вршење ових кривичних дела, објасни психолошким факторима као основним и крајњим узроцима) или психологизирање – тенденција да се психолошким факторима прида већи значај него што га они објективно имају.

Изложене теорије посматрају насилнички криминалитет искључиво у једној његовој равни. Узимање само једне стране ових кривичних дела за њихову целину (тзв. *pars pro toto*) доводи до тога да се она етиолошки објашњавају као искључиво психолошки феномен. Сепаратни и фрагментарни приступ, тј. покушај да се на основу ограниченог броја чињеница изгради адекватна научна теорија показао се као неделотворан,⁵⁶ а уколико се на њему истрајавало, практична провера није пружала убедљиве доказе у прилогу њихове истинитости, због чега оне најчешће остају на нивоу хипотезе.⁵⁷

Увиђајући да је апсолутизација психичких својстава и особина личности неприхватљива, психолошки оријентисани аутори данас настоје да поједине типове криминалног понашања повежу са (по њима) релевантним психичким својствима учиниоца. При томе се не сме занемарити утицај средине на формирање личности преступника, као и то да особине личности и спољашњи фактори делују истовремено и испреплетано, због чега се само условно могу одвојити.⁵⁸ Личност није аутономна у односу на социјални контекст; напротив, човек и друштво су

⁵⁶ Н. фон Хентиг, *Злочин – узроци и услови*, Сарајево, 1959, стр. 14.

⁵⁷ Ж. Б. Јашовић, *Криминологија малолетничке делинквенције*, *op. cit.*, стр. 203.

⁵⁸ Ђ. Игњатовић, *Теорије у криминологији*, *op. cit.*, стр. 57.

тесно повезани, међусобно зависни и прожети ентитети. Човек нужно настаје у друштву (он је његов субјективни тоталитет, носи га у себи, наравно не као прост одраз већ као прерађено искуство), а друштво пак, не постоји без човека и независно од њега.⁵⁹ С обзиром да целокупна човекова делатност представља нераскидиво јединство објективног и субјективног, друштвеног и личног, неопходно је сагледати сложене односе појединац – група – друштво и противуречности у њима, које се често покушавају разрешити неправом, тј. неким од ових кривичних дела. Само такав приступ може да претендује на потпуније објашњење насилничког криминалитета, који је већ дужи низ година изузетно озбиљан проблем у Републици Србији.

⁵⁹ F. Bačić, Опći pregled na krivično-pravnu problematiku delikata nasilja, u: Krivično pravni i kriminološki aspekti delikata nasilja (Zbornik radova), I sveska, Zagreb, 1979, str. 36.

Vladimir V. Veković, LL.D
Full Professor

VIOLENT CRIME – PSYCHOLOGICAL APPROACHES TO THE STUDY

Summary

Psychological theories have in common that violent crime is definitely interpret the psychological characteristics of personality, thereby disenfranchising or completely ignoring the importance and influence of social factors. For these reasons, among them are often observed psychologism and psychologizing. Taking only one side of the crimes for their whole (pars pro toto) leads to the etiological explain it as merely a psychological phenomenon. Try to get a limited number of facts build adequate scientific theory proved to be ineffective, and if its appearance persisted, practical assessment did not provide convincing evidence in support of their accuracy, which is why they usually remain at the level of hypothesis.

Recognizing that the absolute psychological characteristics of personality unacceptable psychologically oriented authors today tend to certain types of criminal behavior linked to the relevant psychological characteristics of the offender. In doing so, one must not disregard the influence of the environment on the formation of the personality of offenders, and that personality traits and external factors act simultaneously and intertwined, which is why only conditionally be separated. Personality is not autonomous in relation to the social context; on the contrary, man and society are closely linked, interdependent and permeate entities. Man necessarily occurs in society (on his subjective totality, it carries in itself, of course, not as a simple reflection of the experience, but as revised), a society can not exist without man and independent of him. Given that the whole of human activities is an unbreakable unity of objective and subjective, social and personal, it is necessary to examine the complex relationships the individual - group - society and the contradictions in them, often trying some of these offenses. Only such an approach can aspire to a more complete explanation of violent crime, which was for many years a very serious problem in the Republic of Serbia.

МОДЕЛ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ У МАЛОЛЕТНИЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: У раду аутор говори о настанку, развоју и дефинисању модела ресторативне правде уопште, а потом посебно образлаже у нашем малолетничком кривичном праву. У даљем тексту рада анализирају се поједине одредбе ЗОМУКД које се односе на присуство појединих елемената модела ресторативне правде. Пре свега, у оквиру модела ресторативне правде све више се примењују неформалне санкције у односу на малолетнике у циљу да не долази до његовог кажњавања. Суштина примене ових мера је у томе да се у зависности од тежине кривичног дела и личности малолетника, избегава покретање класичног кривичног поступка. Примена диверзионих мера тј. алтернативног поступања према малолетницима огледа се у томе што се према малолетницима примењују више различитих мера које немају карактер кривичних санкција.

Сходно томе, у раду се на примеру васпитних налога посебно образлаже њихова суштина у домену модела ресторативне правде. Управо, примена мера диверзионог карактера углавном се односи на поравнање жртве и учиниоца, као што се може видети у случају примене васпитног налога према малолетнику.

Кључне речи : ресторативна правда, жртва, васпитни налози.

УВОД

Малолетничко кривично право као део кривичног права све више се издваја као самостална научна дисциплина и као таква посебно се односи на кривичноправни статус малолетних лица и примену кривичноправних мера према њима. Приликом разматрања посебног статуса малолетника, његове кривичне одговорности (кривице) и примене кривичних санкција, неопходно је указати на значај кривичноправних модела уопште, а нарочито образложити утицај ресторативне правде на кривичноправни положај малолетника.¹

Малолетничко кривично право данас се карактерише честим променама у кривичноправној регулативи и тиме одржава утицај

* Асистент

¹ М. Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Београд, 2011., 97 – 98.

различитих модела у зависности од многих друштвених прилика. У савременој теорији кривичног права углавном се издвајају два основна модела : заштитнички (*welfare*) и правосудни модел (*justice*), док се посебно издвајају модели ресторативне правде и неокорекционализам.²

У складу са савременим тенденцијама, наведени модели различито утичу на кривичноправни положај малолетних лица и тиме изражавају другачији приступ у малолетничком кривичном законодавству. Утицај многих међународних докумената³ такође је допринело да се многи модели кривичноправног положаја малолетника одликују тиме што се најпре односе на упознавање личности малолетника и што бољем приступу према њима, како би се избегли класични судски поступци.⁴ Управо такав начин приступа према малолетним лицима се изражава и у нашем малолетничком кривичном законодавству. Тако је посебним законом ЗОМУКД регулисано да се кривичноправни положај малолетних лица односи у првом реду на примену тзв. *парапеналних мера* односно *мере диверзионог карактера* уз поштовање основних људских права и слобода, а све у циљу заштитничког односа друштва према малолетним лицима.⁵

У току даљег излагања посебно ћемо образложити појам и принципе модела ресторативне правде, како бисмо указали на његов значај, не само у теоретском, већ и практичном смислу речи. Из тих

² A. Ashworth, „Responsibilities, Rights, and Restorative Justice, *British Journal of Criminology*, Vol. 42, 2002, 579.

³ *Конвенција о правима детета* из 1989. године, коју су потписале практично све државе – чланице УН. Затим су веома значајна *Пекинска правила* из 1985.године (Стандарна минимална правила УН о малолетничком судству. Такође важне јесу *Ријадске смернице* (Смернице УН за превенцију малолетничке деликвенције) од 1990.године. *Токијска правила* (Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалном третману од 1990.године као и *Правила УН за заштиту малолетника лишених слободe* од 1990 године представљају битан међународни документ у заштити права деце и малолетника. Више о томе: *Права детета и малолетничко правосуђе*, Центар за права детета, Београд, 2011. 22 – 23.

⁴ Тако је још 1923. године у Немачкој донет Закон о судском поступку према малолетницима (*Jugendgerichtsgesetz*) који је био под значајним утицајем заштитничког модела. E. Heinemann, *Diversionsrichtlinien im Jugendstrafrecht*, докторска дисертација, Mainz, 2010, 8.

⁵ Љ. Радуловић, *Малолетничко кривично право*, Београд, 2010, 54.

разлога, неопходно је истаћи да се у суштини говори о моделу који је прихваћен као допунски модел у већини савремених законодавастава, укључујући и наше. Принципи модела ресторативне правде се могу препознати у многим општим одредбама кривичноматеријалног (стварно кајање, поравнање учиниоца и оштећеног, условна осуда са заштитним надзором) и процесног карактера (начело опортунитета, одлагање кривичног гоњења).

Поред изнетог, такође су у малолетничком кривичном праву заступљени принципи ресторативне правде у одредбама које се односе на посебне мере – васпитне налоге и посебне обавезе као врсте мере упозорења и усмеравања. С тога ћемо, имајући у виду потребу рада, посебно образложити примену модела ресторативне правде на примеру васпитних налога, имајући у виду њихову садржину и значај избегавања класичног судског поступка. Васпитним налогом као посебном мером која се први пут уводи у наше законодавство од 2006. године (ЗОМУКД) предвиђа се могућност примене мере, која по својим формалним и материјалним карактеристикама не припада категорији класичних кривичних санкција за малолетнике.

Појам и основни принципи модела ресторативне правде

I

У малолетничком кривичном праву модел ресторативне правде у првом реду се посматра као решење којим се углавном превазилазе потешкоће са којима се суочавају, с једне стране, жртва и преступник, док с друге, друштвена заједница. Као прилог томе наводи се да суштинско место имају међусобни односи жртве и преступника, док се однос преступника и друштвене заједнице ставља у други план. Ресторативна правда омогућава на овај начин да се преступник (извршилац кривичног дела), жртва (оштећени) и друштвена заједница укључе поводом извршеног кривичног дела и омогуће што исправније решавање проблема и тиме оствари сврха изрицања потребних мера у конкретном случају.⁶

Потешкоће које постоје приликом дефинисања појма *ресторативна правда* указују да у теорији кривичног права не постоји општеприхваћена дефиниција. Наиме, први пут се појам *ресторативне правде* помиње у излагањима Алберта Енглаша / Albert English/ 1977. године који је направио разлику између три врсте кривичноправних система : а) систем ретрибутивне правде који се заснива на кажњавању, б)

⁶ Д. Димовски, „Примена ресторативне правде у малолетничком кривичном праву,“ *Приступ правосудју – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, Зборник, Ниш, 2009, 400- 401.*

систем дистрибутивне правде заснован на терапеутском приступу према учиниоцу кривичног дела, ц) систем ресторативне правде који има за циљ да поправи односно надокнади шетету насталу кривичним делом. С тога је овако постављен концепт ресторативне правде у англосаксонском правном систему у другој половини прошлог века био предмет више научних расправа и подстрек за различити приступ сагледавању и примени овог модела у конкретним случајевима.⁷

Покушаји у циљу дефинисања појма ресторативне правде доводе до тога да се према Нилсу Кристи /Nils Christie/ наводи концепт који се састоји у томе да је извршено кривично дело „конфликт“, где ће учесници (жртва, преступник, друштвена заједница) успети да постигну договор и избегну сваки виде судског поступка и стигматизацију заједнице. Имеђу осталог, суштина овог приступа се састоји у поновном успостављању равнотеже која је нарушена извршеним кривичним делом односно *конфликта*, при чему ће се тежити ка помирењу жртве и учиниоца кривичног дела. Полазећи од овог концепта цео тзв. *конфликт* треба да решавају учинилац кривичног дела и жртва уз посредовање треће неутралне стране који не морају бити правници.⁸

Надаље, концепција модела ресторативне правде све више се сучава са циљем подршке и заштите интереса жртве кроз различите облике њеног опоравка. С тим у вези, покушава се успостављање међусобног дијалога између жртве (оштећеног) и малолетног учиниоца (преступника), како би се превазишли сви проблеми настали поводом тзв. *конфликта* супростављених учесника. Тако се кроз заједнички разговор и поједина питања учесника непосредно сучељавају како би на свеобухватнији начин решили постојећи проблем и отклонили многобројне последице. Тиме се и малолетни учинилац кривичног дела упознаје са свим околностима кроз које је жртва прошла и на тај начин покуша да објасни разлоге свог понашања и уједно надокнади учињену штету, чиме преузима одговорност за учињено кривично дело.⁹

Уопштено посматрано у теорији страног и домаћег кривичног законодавства ресторативну правду није једноставно дефинисати. Наиме, суштина концепта ресторативне правде полази са становишта жртве и

⁷ С. Ћопић, „Појам и основни принципи ресторативне правде“, *Темид*, Београд, 2007/1, 27 – 28.

⁸ М. Костић, „Модел ресторативне правде“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 2003, 218.

⁹ К. К. Wiese, *Juvenile Justice: A Comparison Between the Laws of New Zealand and Germany*, Cunterbury, UK, 2007, 7- 8.

преступника уз одговарајуће присуство друштвене заједнице. Сходно томе, одређивање тј. разматрање концепта овог модела углавном се у првом реду своди на међусобни утицај ресторативне и ретрибутивне правде као традиционални начин кривичноправног система. Међутим у новије време се појављује и другачији приступ које се односи на то да је ресторативни модел процес или скуп принципа у зависности од елемената којима се даје примат. Ресторативна правда као процес подразумева активну улогу између учиниоца кривичног дела (малолетника) и жртве (оштећеног) како би се отклониле штетне последице, настале као резултат учињеног дела.¹⁰

Схватање ресторативне правде као скуп принципа подразумева поправљање међусобног односа жртве и преступника, као и могућност надокнаде причињене штете оштећеном уз изражавање стварног кајања од стране малолетног учиниоца кривичног дела тј. преступника. Овај начин одређивања, такође се одликује прихватањем осећаја одговорности од стране малолетног учиниоца и уједно омогући његов што бржи повратак у друштвену заједницу уз пружање различитих видова третмана у циљу преваспитавања малолетника.¹¹

Успостављање модела ресторативне правде у домену кривичног права и криминалне политике захтева испуњење одговарајућих правних стандарда. Дакле, да би се што боље остварио утицај овог модела неопходно је најпре постојање писаних законских аката како би стране у поступку имале одговарајучу правну сигурност и једнакост. Затим се посебно наглашава да је у току поступка потребно поштовање основних процесних гаранција у смислу пружања праве помоћи како жртви, тако и учиниоцу кривичног дела. У складу са овим приступом странкама у поступку се пружа одговарајућа процесна гаранција у току поступка у циљу сваког одсуства непоштовања њихове личности. Имајући у виду да је у току поступка могућ међусобни споразум странака, даље спровођење постигнутог договора уз асистенцију суда доводи до тога да се што безболније отклоне све проистекле последице поводом извршеног кривичног дела.¹²

¹⁰ С. Константиновић, М. Костић, „Диверзиони модели и алтернативне кривичне санкције премењене према малолетницима у сукобу са законом“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2007, 91.

¹¹ М. Шкулић, *ор., cit.*, 98, С. Кнежевић, *Малолетничко кривично право*, Ниш, 2010, 103.

¹² С. Топић, *ор., cit.*, 31.

Сходно изнетом, у новије време присталице овог модела све више заговарају идеју примене тзв. *алтернативних мера* тј. диверзионих мера¹³ према малолетним учиниоцима. Дакле у оквиру модела ресторативне правде колико је објективно могуће, све више се примењују *неформалне санкције* у односу на малолетнике под условом да постоји могућност да он не буде кривично гоњен. Суштина примене ових мера је у томе да се у зависности од тежине кривичног дела и личности малолетника, избегава покретање класичног кривичног поступка. Примена диверзионих мера тј. алтернативног поступања према малолетницима подразумева да се према малолетницима примењују више различитих мера које немају карактер кривичних санкција.¹⁴

Ресторативна правда у кривичном законодавству Србије

II

Наше кривично законодавство је у складу са савременим тенденцијама успоставило задовољавајуће правне стандарде по питању малолетничког кривичног права. Ступањем на снагу ЗОМУКД 2006. године одредбе из области материјалног кривичног права прописују мере и кривичне санкције које се могу применити и изрећи према малолетним учиниоцима кривичног дела. У вези с тим, посебно се издвајају неколико принципа на којима се заснива малолетничко кривично право као независна целина и тиме у складу са значајним међународним документима свеобухватно заокружује концепција пружања кривичноправне заштите малолетним лицима.

У складу са тенденцијом поступања у најбољем интересу малолетника долази до тога да се заступа принцип минималне интервенције у циљу да се кривичноправно реагује *само у изузетним приликама*. С обзиром на посебне карактеристике кривичноправног положаја и кривичне одговорности малолетника, кривичне санкције које се примењују, свакако требају одговорити специфичностима које се односе према малолетним учиниоцима кривичног дела. Према томе,

¹³ Модел ресторативне правде је посебно заступљен у кривичном законодавству Новог Зеланда, где се у великој мери примењују алтернативне тј. диверзионе мере. Према истраживању у периоду 2002 – 2003. године само је око 16% малолетника било кривично гоњено, што јасно указује да је примена неформалних санкција главни облик диверзионог поступања. Више о томе: К. К. Wiese, *op., cit.*, 48 – 49.

¹⁴ Е. Heinemann, *Diversionsrichtlinien im Jugendstrafrecht*, Mainz, 2010, 16- 17.

законски су прописане различите врсте кривичних санкција и друге мере намењене малолетницима.¹⁵

У систему мера и кривичних санкција ЗОМУКД разликујемо у првом реду посебне мере тј. *васпитне налоге, затим васпитне мере и казну малолетничког затвора*. Значајну новину поменутог закона представља прописивање одређених мера које се примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела. Наиме, говори се *о посебним мерама тј. васпитним налозима* као оправдана алтернатива кривичним санкцијама према малолетницима.¹⁶ *Васпитни налози*, дакле, нису кривична санкције, већ представљају одређене мере чија је природа слична садржини алтернативних *тј. парасанкцијама* које имају за циљ да се избегне судска процедура. Из суштине овог законског решења произилази да је у нашем малолетничком кривичном праву прихваћен концепт *диверзионог, тј. модела скретања са класичног кривичног поступка*.¹⁷

Примена тзв. *посебиних мера* у нашем кривичном законодавству одликује се применом начела супсидијерности кривичних санкција и давања предности вансудским облицима реаговања чиме се на одговарајући начин постиже могућност примене модела ресторативне правде. Применом алтернативних мера долази до тога да се све више њима реагује на криминалитет малолетника и тако избегава вођење класичног судског поступка. Карактеристике ресторативне правде управо се препознају у чл. 5. ЗОМУКД којима се предвиђа садржина и примена васпитних налога према малолетним лицима.

Васпитни налози су у нашем праву мере *sui generis* које формално не представљају кривичне санкције, али у великој мери подсећају на њих због своје природе и садржине. Услови за њихову примену јесу законски одређени и то како субјективни (признање кривичног дела и његов однос према делу и оштећеном), тако и објективни (казна која је прописана за кривично дело). Такође су законом прописане у члану 7. ЗОМУКД различите врсте васпитних налога који се могу примењивати било појединачно, било кумулативно. Васпитни налози се могу применити само када се ради о релативно лакшем кривичном делу или пак

¹⁵ С. Соковић, С. Бејатовић, *Малолетничко кривично право*, Крагујевац, 2009, 52

¹⁶ З. Стојановић, *Кривично право*, Београд, 2010, 340.

¹⁷ Овим моделом се проблем криминалног понашања малолетника решава тако што се избегава кривични поступак и уводе различити механизми заштите пред одговарајућом социјалном или здравственом службом. М. Шкулић, *op., cit.* 281.

о делу средње тежине, јер се говори о кривичним делима за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година.¹⁸

Са становишта ресторативне правде гледано, васпитни налог који у себи садржи елементе овог модела односи се пре свега на први законски прописан налог – *поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично, штетне последице дела*. Применом овог налога долази до међусобног суочавања жртве са преступником, при чему се успоставља одређени вид медијације како би се отклониле штетне последице. У овом случају малолетни учинилац кривичног дела се обавезује да на одређени начин уз пристанак оштећеног испуни обавезе у смислу извињења, стварног кајања или да на крају отклони штетну последицу. Уколико оштећени пристане, малолетник с једне стране и жртва, с друге, улазе у поступак преговарања о свим околностима настале поводом учињеног кривичног дела. Малолетни учинилац у овом случају показује спремност да отклони штетну последицу и тиме превазиђе потешкоће у вези са извршеним кривичним делом.¹⁹

Поступак преговарања тј. медијације између учесника се одвија тако што се активно укључује тужилац и судија за малолетнике уз стручну помоћ надлежног органа (центар за медијацију). Надлежни јавни тужилац²⁰ за малолетнике или судија за малолетнике може изрећи васпитни налог руководећи се начелом опортунитета у случају да се ради

¹⁸ Васпитни налози које закон (ЗМУКД) предвиђа су: 1) *поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично, штетне последице дела*, 2) *редовно похађање школе или редовно одлажење на посао*; 3) *укључивање без накнаде у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја*; 4) *подвргавање одговарајућем испитивању или одвикавању од зависности изазване употребом акохолних пића или опојних дрога*; 5) *укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту*; О. Перић, *Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2006, 28- 30.

¹⁹ И. Стефановић, „Нова законска решења о малолетницима : значај алтернатива институционалног третмана у светлу реинтеграције извршилаца и оснаживање жртва“, *Темид*, 2006/1, 62 – 63.

²⁰ Васпитне налоге може да изрекне и јавни тужилац за малолетнике, за разлику од кривичних санкција које може изрећи једино судија за малолетнике у току спроведеног кривичног поступка. Ово је још једна од чињеница која указује на посебност ових мера у односу на васпитне мере или казну малолетничког затвора. Љ. Радловић, *оп. cit.*, 83.

о извршеном кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет или новчана казна. Веома је битно да се пре него што започне процес посредовања, детаљно проуче личне карактеристике жртве и учиниоца (ранија криминална понашања, етничка припадност), како би се успешно окончао процес медијације. У току овог поступка жртва се активно укључује у процес поравнања, штитећи своје интересе и захтевајући од малолетног лица да испуни договорене обавезе. Поступак медијације се окончава постигнутим договором двеју страна у писаном облику у коме се одређују обавезе, рок и начин извршења истих.²¹

Постојећи кривичноправни систем кроз многе материјалне и процесне одредбе ЗОМУКД јасно указује на присуство елемената модела ресторативне правде са тежњом што мање примене репресивних механизма. У суштини се заговара примена различитих модела кривичноправног реаговања према криминалитету малолетника, што даље води ка избегавању судског посупка када је то могуће. Примена мера диверзионог карактера углавном се односи на поравнање жртве и учиниоца као што се види у случају наведеног васпитног налога. Првенствено се полази од чињенице да се решавање проблематичне ситуације између жртве и преступника своди најпре на преговарање и договарање, затим да се отклоне све негативне околности које су настале поводом учињеног кривичног дела. Садржина модела ресторативне истовремено подразумева пружање што боље заштите интереса жртве с једне стране, док се с друге, код учиниоца кривичног дела покушава правилна реинтеграција у друштвену заједницу.²²

Заштита интереса жртве од кључног значаја је за модел ресторативне правде и у нашем малолетничком кривичном законодавству. Одредба из чл. 7. ЗОМУКД указује на потребу заштите интереса жртве у смислу да се малолетни учинилац кривичног дела извини, надокнади штету или на други договорени начин испуни своју обавезу. Примену овог

²¹ Поступак медијације у нашем кривичном законодавству започет је кроз Пројекат развоја диверзионих шема 2005. године у Нишу и односи се на спровођење ресторативног модела у циљу примене и решавању спорова између жртве и учиниоца кривичног дела. Такође је у Васпитно – поправном дому од 2003. године формирана посебна *Служба за посредовање*, с циљем решавања сукоба између младих (штићеника) у дому. Из тих разлога је од 2005. године у наведеној служби поступак медијације постао редовна процедура. Више о томе : Ј. Хричић, Д. В. Ринер, „Медијација између жртве и починиоца – могућност развоја у Србији, *Зборник радова Филозовског факултета*, Ниш, 2006, 58 – 63.

²² С. Топић, *ор., cit.*, 33.

модела је уважао и наш законодавац имајући у виду хуманији приступ који се има према жртви и учиниоцу кривичног дела.

Суштина модела ресторативне правде односи се на успостављање дијалога ради изналагања заједничког решења и превазилажења сукоба који је настао између жртве и малолетног учиниоца кривичног дела. Овај начин омогућује праведнији приступ различитим странама у поступку преговарања, чиме би се као најбоља могућа алтернатива посматрала кроз однос жртве и малолетног учиниоца. С обзиром да се говори о врло динамичној и осетљивој кривичноправној области, неопходно је имати у виду да криминалитет малолетника има своје специфичности у погледу узрока и појавних облика. Сходно томе, доношење закона и њихово спровођење захтева посебну криминалнополитичку стратегију у смислу свеобухватног приступа према малолетним лицима.

Закључак

Кривична законодавства која се одликују традиционалним начином поступања према малолетним лицима, у које спада и наше, у новије време прихватају другачији вредносни концепт када је у питању малолетничко кривично право. Све више се напушта радикални вид кажњавања малолетних учинилаца и прихвата систем у коме се уважава потреба заштите интереса личности малолетних лица. На тај начин се у циљу сузбијања криминалитета малолетника користе различити видови реаговања друштвене заједнице и уједно остварују циљеви специјалне и генералне превенције.²³

Модел ресторативне правде прихваћен је у већини савремених европских законодавстава као допунски модел и подваријанта других модела, мислећи пре свега, и на мере диверзионог карактера. Дакле, у последње време на плану заштите интереса малолетника све више се уводе мере које воде ка алтернативном поступању, а које су уједно прилагођене њиховој личности и потреби успешног сузбијања преступничког понашања. Поред чињенице да се говори о моделу са доста позитивних приступа у решавању конфликта између учиниоца и жртве, ипак модел подлеже одређеним критикама појединих аутора који заступају став да кривично право пре свега тежи ка томе да укаже који је закон прекршен, а не да се кривично дело посматра у смислу повреде права једног лица од стране другог. На тај начин посебно се инсистира да кривично право треба утврђивати кривицу извршиоца кривичног дела, а не да се под утицајем ресторативног модела одговорност малолетника

²³ Љ. Радуловић, *op., cit.*, 75.

према жртви односи на преузете обавезе које ће се остваривати у будућности.²⁴ Такође се наглашава да овај модел све више заобилази процедуру кривичног поступка, где постоји однос супроствљених странака како окривљеног, тако и оштећеног, а да с друге стране истиче дијалог у међусобном разумевању жртве и извршиоца кривичног дела.

Тешко је рећи да се један правни систем тј. законодавство једне земље одликује присуством само једног модела, јер управо сложеност друштвених прилика јасно указује на потребу постојања више различитих модела, како би се што правилније реаговало у циљу сузбијања криминалитета малолетника. У том смислу, већина кривичноправних система као што је случај са нашем, одликује се ставовима и елементима једног од теоријски концепираних модела у чије се оквире могу сврстати другчији ставови и схватања више других модела. Тако је у многим позитивним законодавствима наглашено присуство ставова и елемената различитих концепцијских модела, пре свега, правосудног модела у комбинацији са заштитничким моделом и моделом ресторативне правде.

²⁴ M. Gabrielle, M. Allison, *op., cit.*, 172, K. K. Wiese, *op., cit.*, 51.

Dragan Blagić, LLM
Teaching Assistant

MODEL OF RESTORATIVE JUSTICE IN THE JUVENILE CRIMINAL LAW

Summary

Model of restorative justice is accepted in most modern European legislation as an additional sub variant model and other models, referring mainly on measures of diversion character. So in recent times in protecting the interests of minors are increasingly introducing measures that lead to an alternative treatment, which are also adapted to their personality and needs of successful prevention of criminal behavior.

In that sense, most criminal justice as is the case with our own, characterized by attitudes and elements of one of conceptual theoretical models in which the frame can be classified differently attitudes and perceptions of the other models. So in much positive legislation highlighted the presence of attitudes and elements of different conceptual models, mainly the judicial model combined with protectionist model and the model of restorative justice.

ПРЕПОЗНАВАЊЕ ЛИЦА ОД СТРАНЕ СВЕДОКА

Апстракт: У раду разматрамо одребе Законика о кривичном поступку Републике Србије којима је регулисан поступак препознавања лица од стране сведока. Бавимо се криминалистичко тактичким правилима чија доследна примена доприноси тачности препознавања извршиоца кривичног дела од стране сведока и у значајној мери отклања и смањује опасност од погрешних препознавања. Посебно разматрамо услове и поступак вршења радње препознавања лица у врсти, по фотографији и гласу.

Кључне речи: правни основ, тактичка правила, врсте препознавања, поступак препознавања.

УВОД

Препознавање лица је идентификациони поступак који служи утврђивању истоветности предоченог лица са већ раније опаженим лицем, и проверавању исказа.¹ То је доказна радња којом се сведоку као субјекту идентификације предочава више међусобно сличних лица како би међу њима препознао извршиоца кривичног дела којег је претходно опажао и чији је изглед запамтио.² У психолошком смислу, под препознавањем се подразумева коначан закључак о истоветности између једне садашње и једне прошле перцепције.³ За разлику од већине страних кривичнопроцесних законодавстава који обично не регулишу детаљно начин вршења радње препознавања, законодавац Србије одређује и објект и поступак препознавања,⁴ настојећи на тај начин да обезбеди веродостојност радње препознавања и елиминише сугестивне утицаје на

* Асистент

¹ Шкулић, М.: *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 237.

² Симоновић, Б.: *Криминалистика*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004, стр. 254 и 255.

³ Altavilla, E.: *Psicologia giudiziaria*, Unione Tipografico, Torinese, 1955, у: Marković, Т.: *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela (kriminalistika)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, стр. 437.

⁴ Шкулић, М.: *Коментар Законика о кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду и Јавно предузеће Службени гласник, Београд, 2011, стр. 423.

лице које врши препознавање, односно на сведока.⁵ С обзиром да је законодавац прецизирао тактику, односно начин предузимања радње препознавања (*..заједно са другим њему непознатим лицима...*), изборно препознавање лица (а не оно појединачно) је са формалне стране за орган који предузима радњу препознавања неспорно. Међутим, на питање која лица с обзиром на своје карактеристике могу бити део врсте која се предочава сведоку, каква сличност међу тим лицима треба постојати, колико лица треба укупно предочавати сведоку, какав распоред предочених лица треба бити, како обезбедити заштиту сведока и на многа друга која се током поступка препознавања лица јављају као важна и деликатна, законодавац је одговоре препустио криминалистичкој теорији и пракси. Потврђена правила криминалистичке тактике имају за циљ да обезбеде законито и професионално вршење радње препознавања и допринесу објективизацији постигнутих резултата, односно отклоне неповољне утицаје који могу довести до погрешних препознавања лица.

ПРАВНИ ОСНОВ ВРШЕЊА РАДЊЕ ПРЕПОЗНАВАЊА ЛИЦА

Када је потребно утврдити да ли сведок препознаје одређено лице, односно особине лица које је претходно описао, законодавац омогућује (у зависности од околности конкретног кривичног предмета, што је *questio facti*), препознавање тог лица од стране сведока (чл. 100. ст. 1. ЗКП).⁶ Сведок врши препознавање тако што му се истовремено предочава осумњичени,⁷ односно окривљени⁸ заједно са више других њему непознатих лица чије су основне особине сличне онима какве је пре почетка препознавања сведок навео у свом опису (чл. 90. ст. 1. ЗКП). За законито и професионално вршење радње препознавања, нарочито је

⁵ Васиљевић, Т.; Грубач, М.: *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 236.

⁶ Под ЗКП подразумева се Законик о кривичном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013.

⁷ Према члану 2. ст. 1. т. 1. ЗКП-а, под осумњиченим се подразумева лице према коме је због постојања основа сумње да је учинило кривично дело надлежни државни орган у предистражном поступку предузео радњу прописану ЗКП, као и лице против кога се води истрага.

⁸ Окривљени је лице против кога је подигнута оптужница која још није потврђена, или против кога је поднет оптужни предлог, приватна тужба или предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења, а главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције још није одређено, односно израз који служи као општи назив за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног (чл. 2. ст. 1. т. 2. ЗКП).

важно да услов сличности буде у потпуности испуњен.⁹ Након тога, од сведока се захтева да саопшти да ли је препознао одређено лице, и ако јесте, да на препознато лице укаже. Од сведока ће се увек захтевати да каже да ли лице препознаје са сигурношћу или са одређеним степеном вероватноће (чл. 90. ст. 2. ЗКП). Степен вероватноће сведоци изражавају у процентима (нпр. 30%, 50%, 90%). У ствари, они то чине тако што настоје да што прецизније изразе степен уверења у своје могућности да тачно препознају лице (извршиоца кривичног дела¹⁰) које су претходно опажали, при томе водећи рачуна о претежности основа који говоре у прилог препознавања лица у односу на оне основе који то доводе у питање.¹¹ То значи да је препознавање *изборног* карактера, а коначни исход радње препознавања, резултат сведоковог избора између више сличних објеката препознавања.¹² Премда, законодавац искључиво говори о позитивном резултату (када сведок између више предочених лица тачно препозна извршиоца кривичног дела), резултат препознавања може бити и негативан. О негативном резултату радиће се када сведок изјави да није способан да препозна било које лице које му је предочено или када погрешно препозна неко од лица.¹³ Погрешно препознавање може бити такво да сведок показује на једно од предочених лица за која је несумњиво утврђено да немају никакве везе са учињеним кривичним делом или када сведок покаже на осумњиченог као на извршиоца кривичног дела, а каснији докази потврде супротно, односно докажу да препознато лице није лице које је сведок преходно опажао и за које је тврдио да је извршилац кривичног дела. Последња грешка је веома опасна, нарочито ако се ради о осумњиченом лицу које нема добар алиби.¹⁴ Пракса бележи случајеве погрешних препознавања, због чега су појединци осуђени и због чега су одслужили вишегодишње затворске казне, док није утврђено другим доказима да нису извршили конкретно кривично дело због којег су оптужени. Тако је у Сједињеним Америчким Државама утврђено ДНК анализом да је у случају више невино осуђених

⁹ Видети више: Пресуда Окружног суда у Нишу, К.164/04 и Пресуда ВСС Кж. I 1079/05, *Битен судске праксе Окружног суда у Нишу*, број 23, Intermex, Београд, 2006.

¹⁰ Извршилац је лице које предузима радњу извршења кривичног дела.

¹¹ Илић, П. Г. и др.: *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 288.

¹² Шкулић, М.: *Коментар Законика о кривичном поступку*, стр. 423.

¹³ Бејатовић, С.: *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 328.

¹⁴ Kožar, D.; Vukosav, J.; Zarevski, P.: *Психолошки и организацијски аспекти препознавања особа у линији за препознавање*, *Пolicijska sigurnost*, број 2, МУП RH-Пolicijska akademija, Zagreb, 2013, стр. 251.

лица, у чак 75% случајева погрешно препознавање представљало једини доказ њихове кривице.¹⁵ Према *Законику о кривичном поступку*, сведок може вршити препознавање лица и посредством фотографије или гласа. У случају недоступности лица које се препознаје, препознавање помоћу фотографије биће предузето на идентичан начин, као и у случају препознавања физичких лица у врсти. Сведоку ће бити показана фотографија лица које је објект препознавања са више фотографија њему непознатих лица чије су особине сличне онима какве је описао (чл. 90. ст. 3. ЗКП). Законодавац детаљно не регулише начин препознавања лица путем гласа, али упућује на сходну примену одредаба којима је регулисано препознавање физичких лица у врсти и помоћу фотографије (чл. 90. ст. 4. ЗКП). С обзиром на фазу поступка, радња препознавања може бити предузета у предистражном поступку и у истрази, и то тако, што сведок не може да види или чује лице које је објект препознавања пре него што поступак препознавања почне, као што ни лице које је предочено не може да види или чује сведока (чл. 100. ст. 2. ЗКП). На овај начин је обезбеђена заштита сведока независно од тога да ли је сведоку у том моменту угрожена безбедност и потребна заштита.¹⁶ Радња препознавања лица у предистражном поступку или у истрази обавља се у присуству јавног тужиоца (чл. 100. ст. 3. ЗКП). Међутим, чак и када јавни тужилац није присутан приликом предузимања препознавања лица, резултат препознавања имаће доказни карактер и моћи ће да се користи у даљем току кривичног поступка, под условом да је у истрази јавни тужилац ову радњу поверио полицији (чл. 299. ст. 4. ЗКП), и тај је орган спровео у складу са одредбама *Законика о кривичном поступку* (чл. 287. ст. 2. ЗКП).¹⁷ Сведок који врши препознавање лица је најчешће оштећени, односно жртва кривичног дела.¹⁸ Поступак и резултати препознавања фиксирају се записником. Саставни део *Записника о препознавању* чине прилози (фотографије, аудио снимци) у зависности на који је начин предузето препознавање лица.

¹⁵ *Mistaken Eyewitness Identifications*, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, на: http://www.innocenceproject.org/docs/Mistaken_ID_FactSheet.pdf, доступно 12.5.2014.

¹⁶ Више о томе: Brkić, S.: *Zaštita svedoka u krivičnom postupku*, Autor, Novi Sad, 2005, стр. 105.

¹⁷ Илић, П. Г. и др.: *нав.дело*, стр. 304.

¹⁸ Кривокапић, В.; Жарковић, М.; Симоновић, Б.: *Криминалистичка тактика*, ВШУП, Београд, 2005, стр. 350.

УЗИМАЊЕ ОПИСА ИЗВРШИОЦА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Радњи препознавања лица претходи описивање извршиоца кривичног дела. Већ приликом подношења кривичне пријаве или сведочења, од сведока се захтева да детаљно опише лице које је опажао током извршења кривичног дела и наведе више индивидуалних и диференцирајућих обележја на основу којих сматра да би могао да препозна извршиоца кривичног дела и разликује га од других њему сличних лица.¹⁹ Међутим, описивање извршиоца кривичног дела и његових битних особина је вештина коју подједнако не поседују сви људи. Углавном преовлађују они који нису способни да вербално опишу слику опаженог и запамћеног лица, чак и када имају јасну и детаљима богату представу о изгледу лица у глави, због чега је важно да службено лице влада техником испитивања сведока и сачињавања личног описа.²⁰ Сам поступак узимања описа од сведока у тактичком смислу не треба да се разликује од уобичајених правила која важе за испитивање сведока. То значи да ће се сведоку допустити да у слободном излагању својим речима опише изглед извршиоца кривичног дела како га је запамтио, а тек онда, ако не може вербално да илуструје обележја физичког изгледа лица које описује, поставиће му се питања са циљем допуне и прецизирања датог описа и развијања примерених асоцијација.²¹ Том приликом треба настојати да се не делује сугестивно на сведока и да његови одговори не буду на нивоу нагађања, јер једном учињене погрешке веома је тешко касније отклонити и надокнадити у кривичном поступку.²² Због тога, питања која се постављају требају бити више отвореног типа (нпр.: „Чега се сећате у вези са опаженим лицем?“), а на специфична питања (допуњујућа, прецизирајућа и контролна) треба прећи тек када је сведок завршио са описивањем. Податке треба прикупљати осим о личном опису извршиоца кривичног дела и о условима под којима је извршено опажање, као и о личности сведока. Тако, од сведока треба прикупити податке о видљивост и трајању опажања, емоционалном стању у моменту опажања, да ли је гледао извршиоца кривичног дела из профила, *en face* или са леђа, са које раздаљине је опажао извршиоца, његовој способности да тачно опажа, психофизичком здрављу у моменту опажања, способности

¹⁹ Алексић, Ж.; Миловановић, З.: *Лексикон криминалистике*, Врело, Београд, 1993, стр. 215.

²⁰ Groome, D.: *Priručnik za istražitelje povreda ljudskih prava*, Human Rights Press, Northborough, 2001, стр. 204.

²¹ Алексић, Ж.; Миловановић, З.: *Лексикон криминалистике*, стр. 215.

²² Кривокапић, В.; Жарковић, М.; Симоновић, Б.: *нав.дело*, стр. 351.

памћења и исказивања и слично.²³ Нарочито треба инсистирати на утврђивању специфичних обележја извршиоца кривичног дела по којима се разликује од других лица, нпр. да ли је имао неки деформитет тела или лица (нпр. носа, ушију), ожиљак од повреде или хируршке интервенције, тетоважу, младеж, урођени знак на кожи, изражену специфичност у ходу, држању, говору, да ли је леворук, колико је висок и тежак, које су боје његове очи, да ли је имао браду или бркове, које боје му је коса, да ли је био ћелав, да ли је носио минђуше, прстен, ланац и друго.²⁴ Треба утврдити и да ли сведок од раније познаје лице које описује.²⁵ Пракса бележи да сведоци у својим описима често наводе мањи број обележја извршиоца кривичног дела и тада обично наводе само оне опште особине, као што су пол, конституција извршиоца (нпр. висина, тежина, развијеност), узраст, боја коже, начин маскирања (покривања главе) и поједина обележја која се односе на изглед лица извршиоца кривичног дела. Када описују лице извршиоца, сведоци чешће описују горње делове лица (нпр. косу и очи) од доњих (нпр. нос, уста и браду). Најчешће и најтачније описују пол и висину извршиоца, боју косе и старост извршиоца, а највише греше у описивању бркова, браде, типа косе, изгледа носа и врсте говора. Подаци о зулуфима скоро су увек у њиховим описима нетачни, а греше и у описивању зуба, величине ушију, одређивању акцента, облика уста и боје лица. Када је у питању одећа и обућа извршиоца кривичног дела, сведоци најчешће описују одевни предмет којим је извршилац покривао главу (капу или шешир), изглед и боју јакне коју је извршилац носио и боју панталона, боју капе, капут и боју капута, а најмање истичу у својим описима врсту материјала или тканине од које је сашивена мајица или панталоне, врсту и тип ципела које је носио извршилац, тканину капута или јакне, боју мајице, боју ципела и уопште ципеле, да ли је извршилац носио рукавице, итд.²⁶ Када сведоци наводе одређена обележја увек треба утврдити шта под њима подразумевају, на пример, за једног сведока је коса извршиоца плава, а за другог сива, за једног сведока је извршилац кривичног дела имао густу

²³ Vodinelic, V.: *Kriminalistika*, Savremena administracija, Beograd, 1978, стр. 160.

²⁴ Видети више: *Узорак питања која се постављају очевицима у процесу идентификације*, у: Groome, D.: *Priručnik za istražitelje povreda ljudskih prava*, Human Rights Press, Northborough, 2001, стр. 208 и 209.

²⁵ Алексић, Ж.; Миловановић, З.: *Криминалистика*, Партедон, Београд, 1994, стр. 202.

²⁶ Van Koppen, J.P.; Loehuit, K.S.: *Portraying Perpetrators; The Validity of Offender Descriptions by Witnesses*, *Law and Human Behavior*, Vol. 21, No. 6, 1997, стр. 661 и 663 и 671-673., на: <http://psycnet.apa.org.proxy.kobson.nb.rs:2048/journals/lhb/21/6/661.pdf>, доступно 12.5.2014.

косу, а за другог мало косе и сл.²⁷ Када је пронађено осумњичено лице чији опис одговора оном који је навео сведок, без одлагања треба предузети препознавање тог лица. Премда, законодавац пре предузимања радње препознавања лица захтева од сведока да опише извршиоца кривичног дела, треба знати да се способност описивања опаженог лица, разликује од способности препознавања тог лица, и да те две способности сведока нису међусобно условљене. То значи да сведок који има изражену способан да тачно опише опажено и запамћено лице, не мора имати способност и да тачно то исто лице препозна међу више предочених лица, и обрнуто. Сведок који у свом опису наведе само неколико битних обележја опаженог лица, може врло брзо и тачно извршити препознавање извршиоца кривичног дела. У судској психологији и данас је спорно на основу чега сведок врши препознавање, да ли на основу појединих обележја (када говоримо о аналитичком препознавању) или на основу општег утиска (када говоримо о синтетичком препознавању). Иако, у експерименталним истраживањима преовлађује мишљење да је препознавање лица на основу општег утиска тачније, у пракси је предност дата сведоцима који су у својим описима опширнији. На овај начин неоправдано се одбацује или се недовољно уважава вредност квалитетнијег облика препознавања.²⁸

ПОСТУПАК ПРЕПОЗНАВАЊА ЛИЦА

Када је сведок навео обележја по којима сматра да може препознати извршиоца кривичног дела и када су претходно предузете радње којима је обезбеђено професионално и законито вршење радње препознавања, прелази се на сам чин препознавања лица. Сведок се уводи у просторију из које ће вршити препознавање, објашњава му се начин вршења радње препознавања и дају упутства у зависности од начина, односно врсте препознавања. Упутства која се дају сведоку имају за циљ да обезбеде правилну и тачну идентификацију лица, и отклоне могуће сугестивне утицаје. Тако, на пример, сведоку се каже да не жури и да има довољно времена да пажљиво осмотри свако од предочених лице, да приђе ближе једносмерном (тзв. *транспарентном*) огледалу, ако сматра да ће из тог положаја моћи боље да посматра предочена лица, да лица која се предочавају не могу да га виде, нити да га чују, да у случају да

²⁷ Arntzen, F.: *Vernehmungpsychologie*, Psychologie der Zeugenvernehmung, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978, стр. 60.

²⁸ Ratinov, A.R.: *Forensische Psychologie fur Untersuchungsfulhrer*, Berlin, 1970, стр. 333 и 334., у: Vodinelić, V.: *Kriminalistika, otkrivanje i dokazivanje*, Fakultet za bezbednost i opštествена samozaštita, Skopje, 1985, стр. 584.

препозна неко од лица или глас, укаже на њега и наведе обележја по којима то чини. Када сведок потврди својим одговором да је разумео начин вршења радње препознавања, службено лице ће склонити завесу или отворити врата суседне просторије, ако се препознавање лица врши по гласу, појачаће светлост у просторији у којој се налазе предочена лица, а потом, сведоку поставити следеће питање: „Да ли се међу предоченим лицима можда налази лице или глас који сте раније описали или то није случај?“,²⁹ чиме ће фактички започети поступак препознавања. Сврха овако формулисаног питања јесте да се од сведока отклони сугестиван утицај и смањи унутрашњи притисак да мора указати на неко од предочених лица, иако није сигуран.³⁰ Уколико има више сведока, сваки од њих ће понаособ вршити препознавање, јер није дозвољено да сведоци међусобно комуницирају, пре него што изврше препознавање. Најбоље би у том случају било да сведок који заврши са радњом препознавања напусти службене просторије на посебан излаз како не би сугестивно деловао на друге сведоке. Лица, фотографије или гласови сведоку могу бити предочени на два основна тактичка начина, на класичан, односно симултан начин и узастопно, односно по секвенцама. У првом случају, сведоку ће бити предочена сва лица, све фотографије и сви гласови, а потом, ће се од њега захтевати да се изјасни да ли је међу њима препознао извршиоца кривичног дела, односно његов глас који је опажао у тренутку извршења кривичног дела. У другом случају (изборном предочавању по секвенцама), од сведока ће се захтевати да након што му је предочено лице из врсте или фотографија, односно чује глас лица, одмах се изјасни да ли сматра да је то лице или глас извршиоца кривичног дела или не. Код предочавања по секвенцама, објекти препознавања не предочавају се истовремено, већ појединачно један за другим,³¹ због чега законодавац предност даје првом тактичком начину. Међутим, новија криминалистичка и судскопсихолошка истраживања показују да предочавање лица по секвенцама је у суштини изборно предочавање које само по спољашњој форми подсећа на појединачно предочавање, јер је сведоку већ на почетку процеса идентификације познато да ће му бити

²⁹ Vodinelić, V.: *Kriminalistika*, 1978, стр. 161.

³⁰ Zimmerman, L.: *Improving Eye Witness Identifications*, на: <http://www.lawenforcementtoday.com/2013/06/11/improving-eye-witness-identifications/>, доступно 12.5.2014.

³¹ Видети више: Симоновић, Б.: Предочавање ради препознавања (судско психолошки и криминалистичко-тактички аспекти), *Безбедност*, број 4, МУП РС, Београд, 1999, стр. 501 - 512.

предочено више објеката препознавања.³² Процент тачних препознавања код узастопног предочавања битно се не разликује од класичног, уобичајеног истовременог изборног предочавања, али је проценат погрешних препознавања значајно мањи. Сматра се да је препознавање лица по секвенцама далеко ефикаснији начин од класичног (симултаног) предочавања лица или других објеката идентификације,³³ због чега сматрамо да би требало размислити о његовом законском регулисању.

а) Препознавање лица предочавањем физичких лица у врсти

Лице које се препознаје, сведоку се предочава у врсти, заједно са више њему непознатих лица која су по својим особинама слична лицу које је објект препознавања. Сврха изборног предочавања јесте да се избегне снажан сугестивни утицај на сведока који би постојао у случају да му је предочено само једно лице, односно осумњичени. Сведок би тада могао закључити да му се то лице показује зато што полиција већ има довољно доказа о његовој кривици, због чега се од њега као субјекта који врши препознавање очекује да то својим исказом само и потврди.³⁴ Смањењу опасности од сугестије доприноси препознавање лица између више сличних лица.³⁵ То значи да лица у врсти требају имати сличну висину, тежину и узраст (да се међусобно не разликују по висини више од пет центиметара, по тежини више од десет килограма и да разлика у животној доби не буде већа од осам година), да буду истог пола, боје тена, уопште имају сличан општи изглед. Већа одступања довела би у питање сврху предузимања ове радње и у значајној мери девалвирала значај препознавања лица као доказне радње.³⁶ У пракси испуњење овог услова може бити отежано чињеницом да грађани који су по спољним обележјима слични лицу које се препознаје, често не желе да буду део врсте за препознавање, услед страха да би сведок могао да покаже на њих и тиме им створи непријатности или не желе да губе своје време, сматрају да то није њихова ствар и слично. Међутим, због тога у врсту нипошто не треба сврставати припаднике полиције, јер њихово ауторитативно и сигурно држање, наспрам несигурног и заплашеног понашања

³² Artkämper, H.: Gegenüberstellungen-Erkenntnisquelle mit Kautelen, *Kriminalistik*, 10/95, стр. 647., у: Симоновић, Б.: Предочавање ради препознавања, стр. 508.

³³ Eisenberg, U.: Visuelle und auditive Gegenüberstellung im Strafverfahren, *Kriminalistik*, 7/1995, стр. 461., у: Симоновић, Б.: Предочавање ради препознавања, стр. 510.

³⁴ Vodinec, V.: *Kriminalistika, otkrivanje i dokazivanje*, Fakultet za bezbednost i opštествена samozaštita, Skopje, 1985, стр. 576.

³⁵ Vodinec, V.: *Kriminalistika*, 1978, стр. 161.

³⁶ Алексић, Ж.; Миловановић, З.: *Криминалистика*, стр. 207.

осумњиченог могу сугестивно деловати на сведока.³⁷ На овај начин, тактичко правило да лица у врсти не требају знати ко је осумњичени неће бити испуњено. Премда је пре скоро двадесет година *Водинелић* указивао на проблем проналажења сличних лица приликом формирања врсте за препознавање и потребу да се питање дужности учествовања грађана у поступку препознавања регулише законски и предвиди као њихова дужност, наш *Законик о кривичном поступку* ни данас не говори ништа о томе. У потрази за сличним грађанима једино што се може учинити јесте да се апелује на њихову грађанску свест и настоји да их се придобије за сарадњу, јер за другачије понашање (када одбијају да сарађују) није прописана никаква санкција.³⁸ Насупрот наведеном, нека друга кривичопроектна законодавства своје грађане обавезују на лично суделовање у поступку препознавања, па чак и на уступање простора у коме ће бити предузето препознавање, под условом да не постоји неки од оправданих разлога који их ослобађа од те дужности. У случају неоправданог одбијања, грађани могу бити новчано санкционисани.³⁹ С обзиром на законску обавезу органа поступка да приликом препознавања испуни услов сличности међу предоченим лицима у врсти и практичне проблеме у проналажењу довољног броја сличних лица, поменуто решење чини нам се оправданим. У теорији и пракси питање броја лица која треба истовремено предочавати сведоку, различито је решено. Углавном се тај број доводи у везу са психолошком закономерношћу опсега пажње сведока, односно његовом способношћу да истовремено опажа више објеката (тзв. *симултаном капацитетом сведока*) што је индивидуално одређена способност коју у сваком конкретном случају треба утврдити. За то је могуће користити једноставан експеримент који се састоји у томе да се након неколико минута разговора са сведоком од њега затражи да се окрене и опише неки део одеће (кравату, кошуљу и сл.) лица које врши проверу способности његове перцепције, с том напоменом да резултат овог експеримента има само индицијални карактер.⁴⁰ *Водинелић* сматра да сведоку истовремено треба предочавати између три и шест лица,⁴¹ *Алексић*, *Миловановић*,⁴² *Шкулић*⁴³ и *Симоновић*⁴⁴ да тај број треба да буде

³⁷ Кривокапић, В.; Жарковић, М.; Симоновић, Б.: *Криминалистичка тактика*, стр. 352.

³⁸ Vodinelić, V.: *Kriminalistika, otkrivanje i dokazivanje*, стр. 588.

³⁹ Члан 303. ст. 2. Закона о kaznenom postupku, *Narodne novine*, број 152/08, 76/09.

⁴⁰ Marković, T.: *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela (kriminalistika)*, *Narodne novine*, Zagreb, 1972, стр. 438.

⁴¹ Vodinelić, V.: *Kriminalistika, otkrivanje i dokazivanje*, стр. 578.

⁴² Алексић, Ж.; Миловановић, З.: *Криминалистика*, стр. 206.

између пет и осам, док *Жарковић*⁴⁵ сматра да број предочених лица не треба бити мањи од пет, нити већи од седам. Када су у питању практична искуства, код нас и у неким земљама у окружењу, сведоку се најчешће предочава осумњичени са још троје или четворо непорочних грађана. Ако препознавање врше деца, уморни и нервозни сведоци, њима не би требало предочавати мање од три лица у врсти.⁴⁶ Које место ће у врсти заузети осумњичени ствар је процене службеног лица, али се може дозволити и осумњиченом да сам изабере своје место. Према иностраним искуствима сматра се да службено лице које врши распоред лица у врсти не би никако требало да зна које лице у врсти је осумњичени, јер својим понашањем понекад свесно, а понекад и несвесно може скренути пажњу сведока на осумњиченог (на пример, дужим гледањем у осумњиченог, померањем главе или других делова тела у знак одобравања одлуке сведока, вербалним потврђивањем сведокове одлуке када покаже на осумњичено лице, и сл.). Након потврдне информације од стране службеног лица, код сведока расте самопоуздање, он постаје сигурнији у своје убеђење да је тачно препознао извршиоца кривичног дела, иако греша, и на томе истрајава током даљег кривичног поступка.⁴⁷ Место које заузима осумњичени у врсти треба бити такво да га ни на који начин не издваја од других предочених лица. Исто тако, осумњичени не сме бити ничим обележен (нпр. да има бркове или носи браду док су друга лица у врсти обријана, или је у затворском оделу, док су друга лица у цивилном оделу, чуван је од стране стражара, без пертли на ципелама или кајиша на панталонама, јер то указује да је у притвору, везан, са крвавом кошуљом на себи, и сл.), због чега би неосновано привлачио пажњу сведока.⁴⁸ Поједина практична искуства у вршењу препознавања лица указују на потребу вођења рачуна и о боји одеће лица која се предочавају јер боја може утицати на одлуку сведока (нпр. сва лица на себи имају мајице тамнијих боја, док осумњичени носи мајицу светлије боје).⁴⁹

⁴³ Алексић, Ж.; Шкулић, М.: *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 201.

⁴⁴ Симоновић, Б.: *Криминалистика*, стр. 259.

⁴⁵ Жарковић, М.: *Криминалистичка тактика*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2010, стр. 308.

⁴⁶ Vodinelić, V.: *Kriminalistika, otkrivanje i dokazivanje*, стр. 578.

⁴⁷ Zimmerman, L.: *Improving Eye Witness Identifications*, на: <http://www.lawenforcementtoday.com/2013/06/11/improving-eye-witness-identifications/>, доступно 12.5.2014.

⁴⁸ Marković, T.: *нав.дело*, стр. 439.

⁴⁹ Rust, A.; Tredoux, C.: *Identification paradises: an empirical survey of legal recommendations and police practice in South Africa*, Department of Psychology,

Препознавање се врши у просторији која је за ту намену посебно опремљена. У ствари се ради о две физички одвојене просторије које су међусобно повезане специјалним огледалом, тзв. *транспарентним огледалом*, које је уграђено у зид. Карактеристика транспарентног огледала је у томе што омогућава посматрање само у једном смеру и то из правца просторије у којој се сведок налази, док онемогућава лица која су преодчена да виде сведока док врши препознавање. На овај начин смањује се страх код сведока, штити идентитет сведока и обезбеђује његова заштита.

б) Препознавање лица по фотографији

У теорији и пракси преповлађује мишљење да је препознавање физичких лица супериорније од фотографије (јер је сведоку на располагању већи број особина физичког лица на основу којих врши идентификацију и препознавање), међутим, број тачних и погрешних препознавања у оба поступка је сличан.⁵⁰ Препознавање лица по фотографији је изборног карактера, као и када се врши препознавање лица у линији. Фотографије лица које се предочавају поређају се по столу, а потом се сведок позива да их пажљиво осмотри и на лице које препознаје, укаже. Приликом избора фотографија, у складу са описом сведока, треба водити рачуна да буду издвојене оне које показују највећу меру сличности са описом сведока, а не са описом лица за које се претпоставља да је извршилац кривичног дела, односно са осумњиченим.⁵¹ Велики број доступних фотографија евидентираних лица у криминалистичко оперативној евиденцији полиције (базама података) омогућава једноставније проналажење довољног броја лица која су слична датом опису сведока, односно испуњење услова сличности. Стога је препознавање лица по фотографији могуће лакше организовати и у краћем временском периоду показати већем броју сведока више низова фотографија. Фотографије које се могу користити том приликом су: сињалетичка фотографија, фотографије професионалних фотографа и аматерске фотографије у црно белој и колор техници. Фотографије професионалних фотографа су технички беспрекорно урађене, али су често ретуширане због чега је изглед лица на њима више-мање измењен. Аматерске фотографије задржавају верност, али због променљивих услова приликом снимања (неприлагођеног осветљења, померања лица које се

University of Cape Town, October 1997, стр. 9., на: <http://web.uct.ac.za/depts/psychology/plato/Rust.pdf>, доступно 11.4.2014.

⁵⁰ Kožar, D.; Vukosav, J.; Zarevski, P.: нав.дело, стр. 251.

⁵¹ Aleksić, Ž.; Škulić, M.: *Leksikon kriminalistike*, стр. 216.

фотографише за време снимања, превелике удаљености од лица које се фотографише и сл.) изглед лица може бити измењен и могу лако довести до грешака. За препознавање лица је најбоље користити сињалетичке фотографије из оперативних криминалистичких евиденција јер нису ретуширане, урађене су у одређеној размери (1:10) што омогућава да се утврди стварна величина сваког дела лица у стварности и сачињене су у три позе (десни профил, *en face*, леви полупрофил) што олакшава препознавање. Сињалетичка фотографија показује лице гологлаво, а само када то захтевају посебне потребе или се ради о одређеној категорији извршилаца кривичног дела, могу садржавати снимак лица са капом или шеширом на глави или снимак целе фигуре како би била видљива особена телесна обележја лица. Тако, фронтални снимак лица омогућава добар преглед општег изгледа лица на фотографији, док снимак лица из профила показује детаље људског лица, као што су црте профила лица и носа, изглед ушију и друга карактеристична обележја лица која могу помоћи приликом препознавања лица. Од жена се због тога захтева да склоне косу са ушију током фотографисања. Развојем фотографске технике у пракси се појавила дилема, да ли је за препознавање боље користити црно белу или у боји сињалетичку фотографију. Предност је дата црно белој фотографији јер јасније истиће контрасте и детаље лица, оне елемената на основу којих се врши идентификација неког лица, за разлику од колорне фотографије која иако је животиња и показује лица у њиховим стварним бојама, у знатној мери ублажава постојеће контрасте лица, па чак чини да поједине особености лица избледе или потпуно буду невидљиве оку сведока. Сињалетичка фотографија настаје у посебно контролисаним условима који подразумевају затворену просторију са вештачким осветљењем где осумњичени седи у посебно конструисаној столици која омогућава фотографисање у три положаја без померања лица које се фотографише. Вештачка расвета је тако подешена да у потпуности осветљава лице које се фотографише и спречава стварање сенки које могу утицати на верност фотографије лица. Неприлагођена светлост приликом фотографисања лица за поседицу може имати промењен изглед лица, па самим тим и довести до погрешних препознавања. Зато ћемо навести неке од могућих промена које настају услед различитог осветљења и које је важно познавати. На пример, када је светлост усмерена директно према лицу које се фотографише, испупчења на његовом лицу постају мање видљива, долази до њиховог ублажавања, до губљења бора на лицу, а понекад и до њиховог нестајања, нос постаје шири, усне тање, брада мање истакнута, а особа дебља и шира. Ако светлост долази са стране, осветљени део лица изгледа јаче развијен, док онај део лица који је у сени изгледа спљоштен, итд. Узрок измењеног изгледа лица на фотографији може бити као што смо видели и претерано светло које под одређеним

углом осветљава лице, затим, недостатак боје на црно белим фотографијама, пропусти у изради фотографије и други о којима се мора увек водити рачуна. С обзиром на наведене слабости, препознавање лица по фотографији треба вршити изнимно и са посебним опрезом.⁵²

в) Препознавање лица по гласу

Када сведок током извршења кривичног дела није видео извршиоца, јер је на пример, била ноћ или је сведок нападнут са леђа, а чуо га је, препознавање извршиоца може бити учињено и на основу гласа.⁵³ Глас сваког лица специфичан је по томе што без обзира на изражене варијације задржава индивидуалност због чега представља добар основ за идентификацију одређеног лица, односно препознавање лица коме тај глас припада.⁵⁴ Индивидуалност гласа проистиче из анатомско-физиолошке природе говорника и стећених навика и начина говора.⁵⁵ Као и у претходно описаним случајевима (када сведок врши препознавање предочених лица у врсти или по фотографији), и у случају препознавања лица по гласу, нужно је испунити одређене криминалистичко-тактичке услове. Препознавање лица по гласу треба бити изборног карактера. Гласови који се предочавају (осумњиченог и неутралних лица) по својим карактеристикама (фонетским, лингвистичким и акустичким) требају бити тако слични да се глас осумњиченог лица неоправдано не истиче. Наравно треба знати да су одређене варијације типичне за сваки говор, и то не само за различите говорнике, већ и за једног те истог говорника. Једну те исту реч исти говорник не изговара увек на исти начин. Ипак, варијације су веће између различитих говорника, него унутар говора једног лица, и њих је лакше утврдити упоређивањем више димензија које карактеришу један глас. Неке од тих варијација су случајне, а неке резултат околности у којима се дешава говор.⁵⁶ Сведок може вршити препознавање лица по гласу

⁵² Marković, T.: *нав.дело*, стр. 440, 115 и 116.

⁵³ Симоновић, Б.: *Криминалистика*, стр. 268.

⁵⁴ Rose, P.: Why voices are difficult to discriminate forensically (Chapter 2), *Forensic Speaker Identification*, Taylor & Francis Forensic Science Series, London and New York, 2002., на: [http://worldtracker.org/media/library/Science/Forensic%20Science/Forensic%20Speaker%20Identification%20-%20P.%20Rose%20\(Taylor%20and%20Francis,%202002\)%20WW.pdf](http://worldtracker.org/media/library/Science/Forensic%20Science/Forensic%20Speaker%20Identification%20-%20P.%20Rose%20(Taylor%20and%20Francis,%202002)%20WW.pdf), доступно 23.5.2014.

⁵⁵ Алексић, Ж.; Миловановић, З.: *Лексикон криминалистике*, стр. 80.

⁵⁶ Rose, P.: Why voices are difficult to discriminate forensically (Chapter 2), *Forensic Speaker Identification*, Taylor & Francis Forensic Science Series, London and New York, 2002.

непосредно (када слуша говор предочених физичких лица из суседне просторије која је са просторијом у којој се налазе лица повезана отвореним вратима) или посредно када сведок закључак о истоветности гласа доноси након што је саслушао снимљене гласове са траке. Предочавање гласова врши се на тај начин што се од осумњиченог и других лица тражи да изговарају исте речи или фразе и да то чине на одређен начин (шапатам, тихо или гласно).⁵⁷ Због потребе да се професионално организује аудитивно предочавање и тачно протумаче реакције сведока, потребно је у поступак препознавања укључити лингвисту.⁵⁸

ЗАКЉУЧАК

Препознавање лица је веома сложена доказна радња факултативног карактера коју орган поступка предузима када сматра да ће на тај начин моћи да утврди идентитет извршиоца кривичног дела и провери исказ сведока. Сваки од начина препознавања лица има своје предности и недостатке, због чега је важно недостатке благовремено отклонити и свести на најмању могућу меру, како би резултат препознавања био тачан и постигнут на законит начин. Различити начини препознавања извршиоца кривичног дела омогућавају чешћу примену ове доказне радње и тачније утврђивање идентитета предоченог лица.

⁵⁷ Симоновић, Б.: *Криминалистика*, стр. 269.

⁵⁸ Вајин, М.: *Улога лингвисте у креирању аудитивног предочавања*, *Pravo i forenzika u kriminalistici (zbornik radova)*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2010, стр. 301.

Saša Atanasov, LLM
Teaching Assistant

RECOGNITION OF PERSONS BY WITNESSES

Summary

This paper is concerned with the application of provisions of the Code of criminal procedure of the Republic of Serbia which regulates the procedure of recognition of persons by witnesses. It deals with criminal and tactical rules whose consistent application leads to correct recognition of the perpetrator by the witness and substantially eliminates and reduces the risk of incorrect recognition. It is especially concerned with the conditions and the procedure for carrying out acts of facial recognition in a row, as well as the photo and voice recognition.

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА И УСТАВНОПРАВНА РЕГЛЕМЕНТАЦИЈА ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ СА ОСВРТОМ НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Апстракт: До кршења људских права може доћи у току читавог кривичног поступка. Притом је несумњиво да би се у односу на окривљеног, као субјекту који је изложен највећем ризику, требало вредновати њихово поштовање, при чему је фокус стављен на поштовање права на правично суђење. Стандарде права на правично суђење је најпре поставила међународна заједница са циљем да се дефинишу, а потом заштите права лица која у свим фазама поступка могу бити угрожена. Међу бројним међународним документима, централно место у погледу заштите права на правично суђење, заузима Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. У дугорочној еволуцији међународног права, она заправо представља покушај да се системски заштите људска права, који је у односу на друге регионалне иницијативе постигао запажен успех у пракси. Темелј целог система заштите представља право на појединачну представку. Надовезујући се на међународноправну, други део излагања аутор посвећује уставноправној регламентацији права на правично суђење.

Обзиром да дужина трајања поступка представља системски проблем у великом броју земаља чланица Савета Европе, посебну пажњу аутор поклања заштити права на суђење у разумном року. На озбиљност проблема указује, између осталог, пракса Уставног суда РС, која сведочи да се у више од 50 % случајева грађани жале на његову повреду.

Кључне речи: право на правично суђење, право на суђење у разумном року, међународноправна регламентација, уставноправна регламентација.

I УВОД

Људска права и слободe најчешће су спомињане синтагме у унутрашњем и међународном праву. У контексту овог, изузетно широког подручја правне заштите, један од сегмената јесте комплекс „права човека“, уско везан за кривичноправну, још више за кривичнопроцесну

* Асистент

проблематику, у чијем се светлу као посебна категорија издваја „право на правично суђење“.

Као једна у низу једнаковредних особина суђења, правичност се поставља као општи и надређени појам, те се једнозначно не може објаснити. Правичност Аристотел везује за поштовање закона, одсуство пристрасности и личне заинтересованости. Теорија и пракса сведоче да је овакво поимање још увек присутно, а његови темељи забележени у „Никомаховој етици“: „Праведно и правично су једно исто, па иако је обоје добро, ипак је правично боље. Тешкоћа је у томе што правично, свеједнако бивајући праведно, није и праведно према закону, већ је поправка законски праведнога. Када закон говори уопштено, а јави се случај који је изузетак од општег правила, онда је исправно тамо где је законодавац пропустио да нешто предвиди или погрешно уопштавајући, да се његов пропуст исправи, додајући оно што би и сам рекао када би био присутан, и што би унео у закон да је могао да предвиди такав случај. То је бит правичног-да исправља закон тамо где је он због своје уопштености непотпун.“¹

Замислимо ситуацију да појединац седи у судници, притом не знајући зашто се ту налази. Још је више збуњен када судија почне да чита оптужницу. Дело за које се терети, никада раније није сматрано противзаконитим, а притом није ни у важећим законима утврђено као кривично дело. Оптужени се осећа апсолутно немоћно, нико му не одговара на питања, а адвокат му није доступан. Чак, када започне испитивање сведока, схвати да неки од њих говоре њему неразумљивим језиком, а нема преводиоца. Током даљег суђења, из излагања судије долази до сазнања да је то заправо друга расправа, док је прва одржана у његовом одсуству. Судски поступак тече даље, при чему му постаје све јасније да су сви уверени у његову кривицу и да је једино кључно питање каква ће му казна бити изречена. Ово је само један од примера који говори о томе шта се догађа када је прекршено јемство правичног судског поступка.

¹ Аристотел, Никомахова етика, Књига V, део X, стр.1137a-1138a. Још је Аристотел био у дилеми да ли је правичност боља од праведности. Може се рећи да је већ наговестио решење које води ка томе да праведност и правичност немају различите вредности, већ само представљају различите путеве да се дође до јединствене правне вредности. Упрошћено, правичност је правда појединачног случаја.

II МЕЂУНАРОДНОПРАВНА РЕГЛЕМЕНТАЦИЈА ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Међународноправна регулатива указује да право на правично суђење сублимира већи број конкретних права и процесних гаранција. Несумњиво је да би се у односу на окривљеног, као субјекту који је изложен највећем ризику, требало вредновати поштовање људских права, односно права на правично суђење. Имајући то у виду, прокламована и ефективна права окривљеног (осумњиченог, оптуженог, зависно од стадијума кривичног поступка у којем је дошло до повреде права), као и критеријуми за њихово ограничење или искључење, чиниоци су од којих у основи зависи правичност кривичног поступка.

Наиме, бојазан да ће доћи до кршења људских права постоји у току читавог кривичног поступка, од момента када једно лице добије својство осумњиченог, све до изрицања било које санкције. У том светлу, међународна заједница је поставила стандарде правичног суђења, чија је намена да се првенствено дефинишу, а потом заштите права лица која у свим фазама поступка могу бити угрожена. Прокламација права на правично суђење своје темеље налази у међународним документима:

- 1) **Универзалној декларацији о људским правима**, која у члану 10. предвиђа да: „Свако има потпуно једнако право на правично суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама, и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега.“²;
- 2) **Међународном пакту о грађанским и политичким правима**, који у члану 14. предвиђа да: „Свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана од стране надлежног, независног и непристрасног суда, установљеног законом, који ће одлучивати било о основаности ма какве оптужбе кривичноправне природе уперене против њега, било у споровима о његовим правима и обавезама грађанске природе. Штампана и јавност могу се искључити у току целог или једног дела суђења било у интересу морала, јавног поретка или националне безбедности у демократском друштву, било када интереси приватног живота страна у спору то захтевају, или пак ако суд то сматра апсолутно неопходним, када би због посебних околности случаја јавност шкодила интересима правде. Свака пресуда у кривичним или грађанским стварима биће јавна, сем ако интерес малолетника

² Универзална декларација о људским правима, усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10.децембра 1948.године.

захтева да буде другачије, или ако се поступак тиче брачних спорова или старатељства деце.³;

- 3) **Конвенцији против мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих казни или поступака (САТ)**. Државе уговорнице САТ-а су се обавезале да ће забранити тортуру у оквиру својих јурисдикција, те да ће је следствено томе предвидети као кривично дело, испитати све пријаве тортуре, пред суд извести све особе које су за тортуру осумњичене и омогућити им правичан третман током поступка, У том контексту, неће прихватити доказе добијене тортуром, при чему ће жртвама омогућити обештећење.⁴;
- 4) **Конвенцији о правима детета**, која садржи гаранције правичног суђења за децу која су оптужена да су учинила кривично дело.⁵;
- 5) **Конвенцији о елиминисању свих облика дискриминације жена**⁶;
- 6) **Међународној конвенцији о укидању свих облика расне дискриминације**⁷.

Свакако најзначајнији међународни документ, на који се, у сфери заштите права на правично суђење, позива Европски суд за људска права,

³ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI) од 16.децембра 1966.године. Супио на снагу 23.марта 1976.године.

⁴ Конвенција против мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих казни или поступака, усвојена и отворена за потпис, ратификацију и приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација број 39/46 од 10.децембра 1984.године. Супила на снагу 26.јуна 1987. у складу са чланом 27 (1). Објављена у Службеном листу (Међународни уговори) 9/1991.

⁵ Конвенција о правима детета, усвојена и отворена за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 44/25 од 20.новембра 1989.године. Ступила на снагу 2.септембра 1990.г. Службени лист СФРЈ (Међународни уговори) 15/1990.

⁶ Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, усвојена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 34/180 од 18.децембра 1979.године. Ступила на снагу 3.септембра 1981.год. Службени лист СФРЈ 11/1981. Између осталог, женама пружа гаранције правичног суђења, како у грађанским, тако и у кривичним поступцима. У оквиру права на једнакост пред судовима, процесна позиција субјекта, не сме зависити од пола. У неким земљама, сведочење жена има мању доказну вредност у односу на сведочење мушкараца.

⁷ Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације, усвојена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2106А (XX) од 21.децембра 1965.г. Ступила на снагу 4.јануара 1969. Службени лист СФРЈ (Међународни уговори) број 6/1971.

као и национални Уставни судови, јесте **Конвенција за заштиту људских права и основних слобода**. У доста ширем опсегу, одредбе овог документа (члан 6.) предвиђају читав низ појединачних права, којима се обезбеђује исправност поступка, почевши од стадијума у којем једно лице има својство осумњиченог, све до изрицања и извршења пресуде:⁸

- 1) Свако лице приликом одлучивања о кривичној оптужби против њега има право на правичну и јавну расправу у разумном року (within a resonable time), односно на суђење без непотребног одуговлачења (without undue delay) пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона;
- 2) Пресуда се изриче јавно, при чему се ако то захтевају интереси морала, јавног реда, интереси малолетника, јавност може искључити;
- 3) Сем у овом, претпоставка невиности је предвиђена и у споменутиим документима;
- 4) Прецизирана су минимална права која оптужени има у поступку суђења: да у најкраћем могућем року, на језику који разуме буде обавештен о разлозима за оптужбу против њега; да има довољно времена и могућности за припремање одбране; да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере, а ако нема довољно средстава да му се обезбеди бесплатна правна помоћ; да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разуме или не говори језик који се на суду употребљава; да испитује сведоке оптужбе и да се обезбеди присуство и испитивање сведока одбране, при чему се не сме присиљавати на сведочење против себе или на признавање кривице.

У дугорочној еволуцији међународног права, Конвенција заправо представља покушај да се системски заштите основна људска права, који је у односу на друге регионалне иницијативе постигао запажен успех у пракси. Темелј целог система заштите Конвенције представља право на појединачну представку. Представку Европски суд за људска права проглашава прихватљивом, само ако су већ исцрпљени сви унутрашњи правни лекови,⁹ међу којима је последња инстанца уставна жалба. ЕСЉП

⁸ Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 6. Ступила на снагу 3.септембра 1953.г. Оригинални текст Конвенције је промењен у складу са Протоколом бр.3 (ступио на снагу 21.септембра 1970.г.), Протоколом бр.5 (ступио на снагу 20.децембра 1971.г.) и Протоколом бр.8 (ступио на снагу 1.јануара 1990.г.).

⁹ Протокол број 11 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, којим се реконструише њом установљени надзорни механизам (Стразбур, 11.мај 1994.г.), ступио на снагу 1.новембра 1998.г., члан 35. (Услови прихватљивости).

у односу на домаће судове не представља вишу инстанцу. Његове су одлуке корективне природе, у ком контексту не може да преиначује, поништава или укида одлуке домаћих судова, већ само у конкретном случају утврђује да ли је прекршено неко право подносиоца представке, те ако јесте, одлучује на који ће начин оштећени добити одговарајућу накнаду за штету која му је на тај начин нанета.

Европска комисија је новембра 2013.г. представила пакет препорука за даље јачање процедуралних гаранција за грађане у кривичном поступку, чија је сврха да се гарантује право на правично суђење свим лицима, где год да су у Европској унији. Нови пакет садржи следеће предлоге:

- 1) **Директиву о јачању претпоставке невиности и праву на присуство суђењу у кривичном поступку**, која гарантује поштовање претпоставке невиности свих грађана осумњичених или окривљених од стране полицијских или правосудних органа¹⁰;
- 2) **Директиву о посебним гаранцијама за децу осумњичену или окривљену да су починила кривично дело**. Деци, која су рањива због својих година, гарантује обавезан приступ адвокату у свим фазама поступка, притом указујући да се овог права не могу одрећи, јер би постојао висок ризик да неће разумети последице својих поступака; пружа гаранције да неће бити испитивана на јавним саслушањима; да имају право на здравствене прегледе; да ће ако су лишена слободе, бити одвојена од осталих затвореника¹¹;
- 3) **Директиву о праву на привремену правну помоћ**. Осумњиченима или окривљенима, као и онима који подлежу Европском налогу за хапшење, гарантује приступ правној помоћи у раној фази поступка, имајући у виду да су тада најрањивији, посебно ако су лишени слободе¹²;
- 4) **Директиву о праву на тумачење и превођење у кривичним поступцима**, која пружа гаранције грађанима да буду испитани,

¹⁰ DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings/*COM/2013/0821 final-2013/0407 (COD)*./

¹¹ DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings/*COM/2013/0822 final-2013/0408 (COD)*./

¹² DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings/*COM/2013/0824 final-2013/0409 (COD)*./

учествују у саслушањима и примају правне савете на свом језику , током било ког дела кривичног поступка, у свим судовима у ЕУ¹³;

5) **Директиву о праву на информисање у кривичним поступцима**¹⁴.

Немајући поверења у домаће правосуђе, грађани се у већини случајева обраћају Европском суду, пред којим се уназад неколико година налази велики број представки. Не би ли се побољшала ефикасност суда и убрзало испитивање представки, правило 47 Пословника суда уводи „строжије услове“ за подношење представке, који су примењиви одмах након његовог ступања на снагу (1.јануара 2014.г.).¹⁵Образац за представку је поједностављен, а његова електронска верзија објављена на сајту Суда и сајту Заступника РС пред ЕСЈП. У пракси је било случајева да се толеришу непотпуне и некомплетне представке (при чему се првенствено мисли на разматрање представки), што је водило гомилању предмета. Убудуће преостаје да се види да ли ће ови минимални прохтеви испунити очекивања.

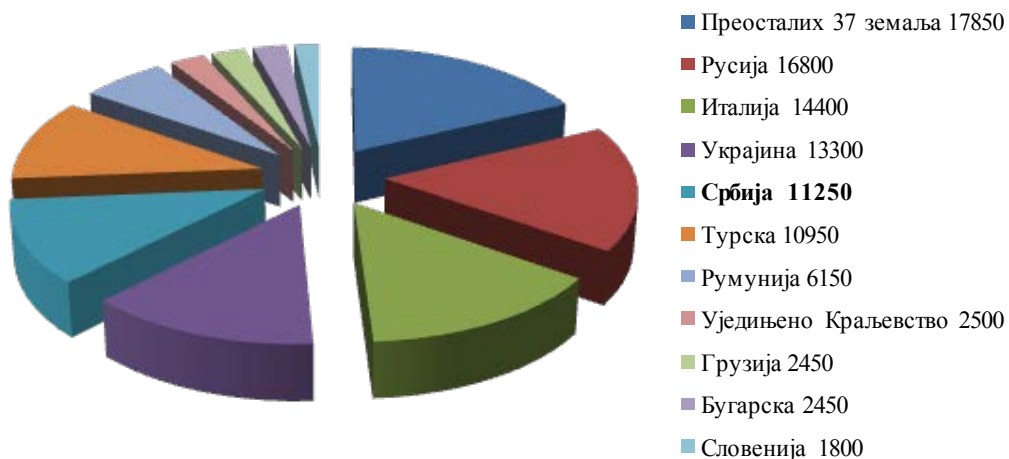
Иако са мањим бројем становника у односу на остале европске земље, Србија се неколико година уназад налази при врху листе у погледу броја поднетих представки , од којих се више од половине односи на предуго трајање поступка. У 2013.г. Србија се по броју представки налази на четвртом месту:

¹³ DIRECTIVE 2010/64/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, of 20 October 2010.

¹⁴ Directive on the right to information in criminal proceedings proposed by the European Commission in July 2010, voted by the European Parliament on 13 December 2011(IP/11/1534).

¹⁵ European Court of human rights, Rules of Court, Rule 47- contens of an individual application, 1.january 2014.g., Strazbur.

Поднете представке пред ЕСЉП у 2013.г.



Извор: www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2013_BIL.pdf.
Када изузмемо преосталих 37 земаља, Србија се по броју поднетих представки у наведеној години налази на четвртом месту.

III УСТАВНОПРАВНА РЕГЛЕМЕНТАЦИЈА ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

1. Заштита права на правично суђење пред Уставним судом Републике Србије

Темеље права на правично суђење поставио је Устав Републике Србије, између осталог, предвиђајући у члану 32. да: „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. Свакоме се јемчи право на бесплатног преводиоца, ако не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду и право на бесплатног тумача, ако је слеп, глув или

нем.“¹⁶Дијапазон посебних права окривљеног која чине срж правичног поступка, Устав предвиђа у члану 33., који укључује:¹⁷ право да у најкраћем могућем року, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети; право на одбрану и стручну помоћ браниоца; право на бесплатног браниоца, ако не може да сноси трошкове, а то захтева интерес правичности у складу са законом; право да буде саслушан; да му се суди у присуству; да испитује сведоке; окривљени није дужан да даје исказе против себе (заштита од самоинкриминације). Одредба „право да буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети“ није прецизна. Наиме, окривљени може бити обавештен о природи дела за које се терети, док га у погледу разлога због којих је дело починио не треба обавештавати, јер их управо он најбоље зна. Окривљени може бити обавештен о разлозима оптужбе која му се ставља на терет. У том је контексту Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода доста прецизнија у члану 6. став 3, наводивши да свако ко је оптужен за кривично дело има право „да у најкраћем могућем року буде обавештен о природи и разлозима за оптужбу против њега“.¹⁸

Законик о кривичном поступку не прокламује право на правично суђење, конкретно, на једном месту, као што чини Устав, али својим нормама предвиђа процесне гаранције које чине садржину каталога права окривљеног. Једино што се може споменути јесте да се први пут у уводну одредбу Законика (имајући у виду нови ЗКП, према стању законодавства од 1.октобра 2013.г.) уноси појам правичности, али се то опет чини на апстрактан начин: „Овај законик утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.“¹⁹

Право на правично суђење обухвата читав низ посебних уставних гаранција и права, а смисао им је да појединцу гарантују фер суђење. Међу њима, свакако посебну пажњу заслужује право на правично суђење у разумном року, обзиром да највећим делом незадовољство странака у поступку (имајући у виду не само окривљеног, већ и оштећеног), произилази из његове повреде. Уведено је Конвенцијом, међутим, након ступања на снагу у Републици Србији, у првим годинама није било

¹⁶ Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 98 од 10.новембра 2006.године, члан 32. (Право на правично суђење).

¹⁷ Устав РС, члан 33. (Посебна права окривљеног).

¹⁸ Видети: Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 6. став 3.

¹⁹ Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 и 45/13., члан 1.

заштићено адекватним правним средством, које свакако овај међународни документ предвиђа у члану 13.: „Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.“²⁰ Овакво стање резултирало је повећањем броја случајева пред ЕСЉП, указујући на озбиљне недостатке у погледу заштите права на суђење у разумном року у оквиру правног система РС. Увођење института уставне жалбе и њеног модалитета у случају повреде права на суђење у разумном року у правни систем наше земље, последица је неопходности да се домаћи систем заштите људских права усклади са стандардима које је поставила Европска конвенција.

Реализована су очекивања да ће Уставни суд постати преоптерећен бројем уставних жалби, поготову у погледу неразумно дугог трајања поступка (истраге у просеку осам до десет година, притвор од пет до осам, чак и десет година). У циљу растерећења ове институције, изменама и допунама Закона о уређењу судова (који се примењује почев од 1. јануара 2014.г., осим члана 2. који се примењује по истеку шест месеци од дана ступања на снагу овог закона), предвиђено је да свака странка која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може (у оквиру редовног судства) непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року.²¹ Ако захтев подносиоца прихвати као основан, непосредно виши суд може одредити накнаду за повреду права на суђење у разумном року и рок у коме ће нижи суд окончати поступак у којем је право повређено.²² Накнада се исплаћује у року од три месеца од дана када је странка поднела захтев за исплату из буџетских средстава РС опредељених за рад судова.²³ Свакако да ће судови морати да више пажње посвете разумним роковима, јер ће то првенствено утицати на њихове личне дохотке. Обзиром да се не ради о класичном суђењу, већ се једноставно увидом у списе предмета утврђује да ли је право повређено, овакви поступци неће додатно оптеретити судове.

У протекле три године, Уставни суд је у кривичним предметима утврдио да је у око 50% случајева (имајући у виду сваку годину понаособ, 2011-2013) повређено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року. О томе сведоче примери из праксе Уставног суда које аутор излаже хронолошким редоследом. Обзиром на присутност велике количине материјала, за сваку годину издваја по три предмета у којима је

²⁰ Видети: Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 13.

²¹ Закон о изменама и допунама закона о уређењу судова („Службени гласник РС“, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11), чланови 8а, 8б и 8в.

²² Исто., члан 8б, став 1.

²³ Исто., члан 8б, став 2.

повређено право на суђење у разумном року и право везано за трајање притвора.

**Повреда права на суђење у разумном року (2011-2013)
Уж-4077/2010; Уж-1690/2011; Уж-2859/2011**

- 1) Према наводима подносиоца уставне жалбе, 23.јуна 1995.године догодила се експлозија у фабрици „Грмеч“ у Београду, у којој је погинуло 11 радника, а 10 лакше повређено. Један од погинулих је В. М, син подносиоца уставне жалбе. Подносилац уставне жалбе је 28.априла 1996.године поднео кривичну пријаву против више лица, која су била на високим руководећим положајима у предузећима „Грмеч“ и „ПЛ систем“, због кривичног дела тешко дело против опште сугурности. Окружно јавно тужилаштво у Београду је 5.јуна 1996.године поднело Окружном суду у Београду захтев за предузимање појединих истражних радњи, поводом споменуте експлозије.Период оцене разумности дужине трајања судског поступка, који спада у надлежност Уставног суда, почео је 2006.године, када је ступио на снагу Устав Републике Србије.Окружно јавно тужилаштво је тек након скоро годину дана од спорног догађаја (23.јун 1995.г.), односно девет месеци од дана подношења кривичне пријаве (13.септембра 1995.г.), поднело предлог Окружном суду у Београду за предузимање појединих истражних радњи (5.јуна1996.г.). Предкривични поступак је трајао од 5.јуна 1995.г. до 12.јуна 2000.године, када је надлежно тужилаштво одбацило кривичну пријаву и обавестило подносиоца уставне жалбе да може да предузме кривично гоњење. Подносилац уставне жалбе је 21.јуна 2000.г. предузео гоњење подношењем захтева за спровођење истраге Окружном суду у Београду, који је окончао истражни поступак 8.априла 2003.године. До подношења уставне жалбе, 10.септембра 2010.године, кривични поступак се непрекидно води пред надлежним судом и још увек није правноснажно окончан. Имајући у виду чињеницу да је кривични поступак покренут поводом смрти сина подносиоца уставне жалбе, која је наступила пре 16 година приликом експлозије на његовом радном месту, Уставни суд је утврдио да је повређено уставом зајемчено право подносиоца на суђење у разумном року. Наиме, подносилац уставне жалбе је старији човек, притом ни после седам година од подизања оптужнице, 11 година од подношења захтева за спровођење истраге и 16 година од догађаја у коме је његов син изгубио живот, није извесно када ће бити донета првостепена пресуда, нити када ће кривични поступак бити правноснажно окончан

и какав ће бити његов исход. Одлуку о усвајању уставне жалбе Уставни суд је донео 14.07. 2011.године.²⁴

- 2) Д. Н. из Ниша је 14.априла 2011.године, преко пуномоћника С. Ш., адвоката из Врања, поднео Уставном суду уставну жалбу против пресуде Апелационог суда у Нишу. Према подносиочевим наводима, Окружно јавно тужилаштво у Врању је 29.јануара 2002.године поднело захтев за спровођење истраге против њега и других лица, због продуженог кривичног дела примање мита. Након спроведене истраге, оптужница је подигнута 9.септембра 2002.године. Окружни суд у Врању је од момента подизања оптужнице до 2004.године, одржао главни претрес шест пута, да би 15.новембра 2004.године донео првостепену пресуду којом га је огласио кривим и осудио на казну затвора у трајању од шест месеци. Бранилац окривљеног је на првостепену пресуду изјавио жалбу 3.фебруара 2005.године. Тек након једне године, 23.фебруара 2006., Врховни суд Србије је одлучивајући по изјављеној жалби, укинуо првостепену пресуду и предмет вратио на поновно суђење Окружном суду у Врању. У поновном поступку, Окружни суд у Врању је главни претрес заказао 20 пута, при чему је у периоду до 2010.године, одржан свега четири пута. Виши суд у Врању је 10.септембра 2010.године донео пресуду, која је у погледу одлуке о казни преиначена оспореном пресудом Апелационог суда у Нишу 1.фебруара 2011.године. Решењем Вишег суда у Врању од 12.децембра 2011.године, усвојен је предлог подносиоца уставне жалбе да се изречена казна затвора у трајању од једне године има извршити без напуштања просторија у којима станује, уз примену електронског надзора. Као почетак извршења казне предвиђен је 6.јун 2012.године. Имајући у виду не само дужину трајања поступка (нешто више од девет година), већ и друге чиниоце као што су сложеност предмета, понашање подносиоца уставне жалбе током поступка, као и поступање надлежних органа, Уставни суд је

²⁴ Одлука Уставног суда РС у предмету број: Уж-4077/2010 од 14.07. 2011. године. На основу одредбе члана 89.став 2. Закона о Уставном суду, Уставни суд је одлучио да се правично задовољење подносиоца због констатоване повреде права, оствари утврђењем права на накнаду нематеријалне штете, на начин предвиђен одредбама члана 90.Закона о Уставном суду; Вишем суду у Београду наложено је да предузме све мере како би се кривични поступак по оптужници подносиоца окончао у најкраћем могућем року.

у свајањем уставне жалбе утврдио повреду права на суђење у разумном року подносиоца, 18.07. 2012.године.²⁵

- 3) Окружни суд у Ужицу је 28.марта 2008.године донео решење о спровођењу истраге против подносиоца уставне жалбе и још два лица, због сумње да су извршили кривично дело злоупотреба службеног положаја и кривично дело фалсификовање службене исправе. Решењем истражног судије Окружног суда у Ужицу од 18.априла 2008.године, истрага је проширена против истих окривљених, за иста кривична дела. Поновно проширење истраге уследило је 23.маја 2008.године против истих и још једног окривљеног, због претходно споменутих кривичних дела и кривичног дела пореска утаја. Од доношења решења о спровођењу истраге до подношења уставне жалбе (24.јун 2011.г.), истрага је трајала више од три године. У том периоду, Више јавно тужилаштво у Ужицу је неколико пута подносило Вишем суду у Ужицу предлог да се допуни истрага. Поступајући по предлозима у датом периоду, истражни судија је више пута саслушавао сведоке и одређивао економско-финансијско вештачење. Након што је 4.септембра 2012.године још једном окончао истрагу и списе предмета доставио Вишем јавном тужилаштву, надлежно тужилаштво у периоду од преко годину дана није одлучило да ли ће поднети предлог за допуну истраге, или ће подићи оптужницу, или одустати од кривичног гоњења. Уставни суд је оценио да се овакво поступање тужилаштва не може сматрати делотворним, обзиром да и оно има обавезу да прописно и благовремено поступа у предметима који су у његовој надлежности, посебно одговорност да не дође до непотребног кашњења у поступку. Имајући то у виду, оцена је Уставног суда да искључиву одговорност за то што истрага није окончана у оквиру разумног рока, сноси надлежно тужилаштво, те је сходно наведеном утврдио да је подносиоцу повређено право на суђење у разумном року, доношењем одлуке о усвајању уставне жалбе, 12.12.2013.године.²⁶

Генерално, не постоје правила која би одређивала дужину трајања кривичног поступка, али кроз дугогодишњу праксу судови могу да

²⁵ Одлука Уставног суда РС у предмету број: Уж-1690/2011 од 18.07.2012. године. Уставни суд је утврдио право подносиоца на накнаду нематеријалне штете у износу од 300е, која се исплаћује на терет буџетских средстава-раздео Министарства правде.

²⁶ Одлука Уставног суда РС у предмету број: Уж-2859/2011 од 12.12.2013.године. Обзиром да подносилац уставне жалбе није истакао захтев за накнаду штете, Уставни суд је нашао да је утврђивање повреде права довољно да се постигне адекватна правична сатисфакција подносиоцу; Надлежном јавном тужилаштву наложио је да у што краћем року одлучи о даљем току кривичног поступка.

процене које би се време могло сматрати разумним. На дужину трајања поступка утичу бројни фактори: сложеност предмета, мере за обезбеђење присуства окривљеног (позив, довођење, притвор), присуство других учесника у поступку (сведок, вештак, тужилац, бранилац), преоптерећеност судија бројем предмета, промене у саставу судског већа и др. Ако искључимо могућност утицаја учесника на одуговлачење поступка, технички аспекти суђења, поготову у сложенијим предметима, могу условити трајање поступка ван разумног рока. У том контексту, брже спровођење поступка би се могло постићи одвајањем техничке припреме суђења и самог суђења (тако што би технички део обављале посебне службе у оквиру суда, а судије притом биле посвећене само суштини предмета и поступка), формирањем посебних служби у судовима које би се искључиво бавиле обезбеђивањем присуства свих учесника у поступку.

**Повреда права у вези трајања притвора (2011-2013)
Уж-4940/2010; Уж-1067/2011; Уж-751/2012**

- 1) Пред Вишим судом у Београду-Одељење за ратне злочине, по оптужници Тужилаштва за ратне злочине подигнутој 25.априла 2006.године, вођен је кривични поступак против подносиоца уставне жалбе П. П. и других лица, због постојања основане сумње да су као саизвршиоци извршили кривично дело ратни злочини против цивилног становништва. Пресудом Вишег суда у Београду-Одељење за ратне злочине, од 15.децембра 2010.године, подносилац уставне жалбе проглашен је кривим због наведеног кривичног дела и изречена му је казна затвора у трајању од 20 година, у коју је урачунато време које је провео у притвору. Подносилац се током целог кривичног поступка налазио у притвору, почевши од 26.октобра 2005.године, када је лишен слободе. Веће за ратне злочине при Вишем суду је поносиоцу продужило притвор децембра 2010.године, све до упућивања у установу за издражавање казне. Наиме, тежина кривичног дела је била основни и једини разлог за процену основаности даљег задржавања окривљеног у притвору. Оцена је Уставног суда да су редовни судови имали површан однос према продужетку притвора, имајући у виду да тежина дела и висина запрећене казне јесу релевантни када је реч о одређивању притвора, али као једини разлог не и довољни да оправдају трајање притвора од пет година. Сходно наведеном, Уставни суд је утврдио да је оспореним решењима подносиоцу уставне жалбе повређено право везано за трајање притвора, зајемчено чланом 31.став1. и став 2.

Устава Републике Србије, те је одлуку о усвајању донео 31.03.2011.године.²⁷

- 2) Решењем истражног судије Вишег суда у Сомбору од 28.јула 2010.године, одређен је притвор према подносиоцу уставне жалбе Р. П., због основане сумње да је извршио кривично дело примање мита, тако што је као службено лице, лекар специјалиста неуропсихијатар у Пензијском фонду пензијског и инвалидског осигурања Нови Сад, у више наврата посредно примио поклон у новцу, не би ли у оквиру свог службеног положаја извршио одређену службену радњу. Након тога, суспендовањем је изгубио својство службеног лица. Оптужница је подигнута након што је у периоду од 18.августа 2010.године до 24.јануара 2011.године, спроведена истрага по захтеву за спровођење и проширење истраге Вишег јавног тужилаштва у Сомбору. Подносилац се налазио у притвору од 26.јула 2010.године до 21.марта 2011.године. Уставном жалбом подносилац оспорава решења Вишег суда у Сомбору и Апелационог суда у Новом Саду, којима му је у наведеном периоду притвор продужаван. Одлучивајући по жалби браниоца, Апелациони суд је исту одбио као неосновану, наводивши притом у образложењу решења да постоји основана сумња да је окривљени у дужем временском периоду од четири године, добро организовано, поступајући по већ уходаном начину у вршењу кривичних дела, у оквиру кривичног дела примање мита, чинио више радњи према више лица, што указује на бојазан да ће исто дело поновити када би се нашао на слободи, притом пропустивши да анализира чињеницу коју је бранилац подносиоца навео-да је Р. П. суспендован. Кривично дело примање мита непосредно је повезано са својством службеног лица, тако да удаљењем окривљеног са посла и следственим престанком радног односа у органу вештачења, опасност од понављања истог кривичног дела остаје у сфери апстракције. Прихватањем подносиоцевих навода, Уставни суд је одлуком о усвајању уставне жалбе од 18.07.2012.год., утврдио да је повређено његово право везано за трајање притвора.²⁸
- 3) Оптужницом Тужилаштва за организовани криминал од 06.августа 2009.године, а након спроведене истраге која је трајала шест месеци, подносиоцу уставне жалбе Г. М. је стављено на терет кривично дело злочиначко удруживање, 30 кривичних дела превара и 24 кривична дела злоупотреба службеног положаја у подстрекавању. До дана подношења уставне жалбе (29.јануар 2012.г.), подносилац се налазио у

²⁷ Одлука Уставног суда РС у предмету број: Уж-4940/2010 од 31.03.2011.године.

²⁸ Одлука Уставног суда РС у предмету број: Уж-1067/2011 од 18.07.2012.год.

притвору скоро три године, рачунајући од 10. фебруара 2009. године, када је лишен слободе. У образложењима оспорених решења, поред основане сумње, бројности радњи које се подносиоцу стављају на терет и њиховог временског континуитета, надлежни судови као разлог за продужење притвора наводе и склоност ка вршењу кривичних дела, која нема упориште у закону. Оцена је Уставног суда да надлежни судови нису образложили, и ако постоји бојазан, на који ће начин подносилац уставне жалбе у кратком временском периоду поновити дело, што представља императивни део законске одредбе за продужење притвора по основу из члана 211. став 1. тачка 3) ЗКП-а, притом посебно имајући у виду чињеницу да је од извршења кривичних дела до доношења оспорених решења, протекло скоро три године. Одлуку којом је подносиоцу утврђена повреда права у вези трајања притвора, Уставни суд је донео 28.03.2013. године.²⁹

Законик о кривичном поступку предвиђа у члану 14. да је против окривљеног који је у притвору поступак хитан.³⁰ Сем у ЗКП-у, трајање притвора предвиђено је и у члану 31. Устава РС: „Трајање притвора суд своди на најкраће неопходно време, имајући у виду разлоге притвора. Притвор одређен одлуком првостепеног суда траје у истрази најдуже три месеца, а виши суд га може у складу са законом, продужити на још три месеца. Ако до истека овог времена не буде подигнута оптужница, окривљени се пушта на слободу. После подизања оптужнице, трајање притвора суд своди на најкраће неопходно време, у складу са законом.“³¹ Наведени примери, који су само један део наше судске праксе, сведоче да поступање надлежних судова није усаглашено са законским и уставним одредбама. Разлози за одређивање притвора (основана сумња, тежина дела, висина запређене казне), временом, поготову када се притвор унедоглед продужава, бледе, те не могу бити једини аргумент за његово дугугодишње трајање. Потребно је детаљно размотрити разлоге продужавања, а не просто их преписивати из претходних решења. Тиме ће се свакако спречити прерастање притвора (као мере за обезбеђење присуства окривљеног) у казну.

У напред датој табели приказан је однос повреде права на суђење у разумном року према повредама других уставом зајемчених права:

²⁹ Одлука Уставног суда РС у предмету број: Уж- 751/2012 од 28.03.2013. год.

³⁰ Законик о кривичном поступку Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 121/12, 32/13 и 45/13), члан 14.: „Суд је дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка. Кривични поступак против окривљеног који је у притвору је хитан.“

³¹ Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 98 од 10. новембра 2006. г., члан 31.

Година доношења одлуке	Одлуке Уставног суда Србије којима је утврђена повреда права подносиоца			
	Право везано за трајање притвора	Право на правично суђење	Право на личну слободу и безбедност	Право на суђење у разумном року
2011	4	3	6	13
2012	5	4	3	33
2013	7	4	/	22
Укупно	16	11	9	68

Извор: www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/; База судске праксе; Уж-8802/2013- Уж-39/2007. Напомена: статистика није коначна, обзиром да је због обимности жалби, суд велики број предмета пребацио за наредни период.

ЗАКЉУЧАК

Обавеза суда да кривични поступак спроведе без одуговлачења није предвиђена само у циљу правосудне ефикасности, већ и заштите интереса окривљеног, као и других учесника у поступку. Свакако да суђење ван неког разумног рока угрожава породичне односе, материјалне прилике, социјални статус окривљеног, при чему се првенствено треба имати у виду психички притисак и страх изазван неизвесношћу. Из тог контекста не треба изоставити оштећеног који се придружио кривичном гоњењу и истакао имовинскоправни захтев, који подједнако као и окривљени има право да кривични суд у разумном року мериторно одлучи о предмету оптужбе.

Које се време може сматрати разумним, питање је на које се одговор може дати од случаја до случаја. За очекивати је да више времена изискују поступци поводом кривичних дела против живота и тела, поготову када је предмет поступка кривично дело убиство, или неки његов квалификовани облик, мада се овакав став, имајући у виду опет бројне специфичности, не може генерализовати. Европски суд за људска права кроз богату праксу указује да зависно од сложености правних и чињеничних питања, природе случаја, понашања учесника у поступку, поступања надлежних органа и других околности које су непредвидиве, разумност трајања поступка није одредива објективно. Разуман рок не укључује само кривични поступак као целину, већ и сваку од његових фаза. Стандард експедитивности односи се на трајање истраге у разумним границама, главног претреса, фазу доношења, изрицања и објављивања

пресуде у којој су такође судови склони одуговлачењу, поступак поводом правних лекова. Прилично је незахвално покушавати да се одреди дужина трајања поступка пред националним судовима. Ако поступак није исувише компликован, понекад се наводи формула 3+2+1, што значи да би за пресуду у првом степену требало највише три, у другом две, а у трећем једна година. Свакако да ово представља само благу оријентацију, а никако одрешит став Европског суда.

У великом броју држава чланица Савета Европе дужина трајања поступка представља системски проблем. У том светлу су се развили различити системи помоћу којих се државе на неки начин супротстављају овом проблему. Република Србија се приконила такозваном компензационом систему, чија је суштина да пружа накнаду моралне штете лицу чије је право повређено дугим трајањем поступка. Основна замерка која би се могла упутити, јесте да се заправо оваквим системом на задире у срж проблема, што ће рећи да у суштини не доводи до убрзања поступка. Свакако да најприкладнији јесте комбиновани систем, који поред компензације укључује и превенцију. Ако се искључи утицај учесника на предуго трајање поступка, технички аспекти суђења, поготову када су у питању сложенији предмети, могу довести до трајања поступка ван разумних граница. Превенција би тада подразумевала одвајање техничке припреме суђења и самог суђења, тако што би технички део обављале посебне службе у оквиру суда. Притом би судије биле посвећене само суштини предмета и поступка. Такође би превенцији допринело формирање посебних служби које би се у оквиру суда бавиле искључиво обезбеђењем присуства свих учесника у поступку.

Mirjana Đukić, LLM
Teaching Assistant

**INTERNATIONAL LEGAL AND CONSTITUTIONAL FRAMEWORK
OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL WITH A VIEW TO A
TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME**

Summary

Human rights violations may occur during the entire criminal proceedings. Without a doubt it would be in relation to the defendant, as a subject who is at greatest risk, should evaluate their compliance, with a focus on respect for the right to a fair trial. Standards of a fair trial was first set by the international community in order to define, and then protecting the rights of persons in all stages of the proceedings may be affected. Among the many international documents, the central position with respect to the protection of the right to a fair trial, takes the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms. The long-term evolution of international law, it is actually an attempt to systematically protect human rights which in comparison to other regional initiatives achieved significant success in practice. Foundation of the whole system of protection is the right of individual petition. Building on the international legal, the second part author devotes the constitutional regulation of the right to a fair trial.

Since the duration of the procedure is a systemic problem in many countries the Council of Europe, special attention is paid to the protection of the right to trial within a reasonable time. The seriousness of the problem suggests the practice of the RS Constitutional Court, which testifies to more than 50% of the people complaining about his injury.

ПРАВНО – ЕКОНОМСКА НАУЧНА ОБЛАСТ

РЕФОРМА ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ У СРБИЈИ

Апстракт: Порез на имовину у статистици је један од пореских облика који се по правилу појављује у савременим пореским системима, у циљу остваривања фискалног и других ванфискалних циљева. Доношење реформских прописа и њихова примена у Србији усмерена је у правцу стварања услова за прибављање издашних јавних прихода и утврђивања пореза према економској снази, које ће омогућити свођење пореских олакшица на нужну меру – потребе заштите положаја сиромашнијих слојева људи.

У контексту изложеног, најтеже питање које ће по свему судећи и у будуће бити актуелни предмет испитивања нашег законодавца, теорије и праксе, јесте утврђивање основице опорезивања код овог пореза, која у пракси мора да одрази праву економску снагу обвезника, да би се остварило праведно опорезивање.

Кључне речи: порез на имовину у статистици, порески систем, основица пореза, економска ефикасност, једнакост.

І Општа разматрања

Приликом приступа опорезивању савремена држава тежи да пронађе релевантну пореску способност обвезника да би се деловало у правцу остваривања једнакости плаћања. Међутим, у пракси је тешко утврдити праву економску снагу, јер је теоријски гледано за њено изражавање неопходно утврдити релевантна мерила економске снаге обвезника којим ће се испољити његово укупно благостање. Да би се то урадило неопходно је имати у виду сву садашњу потрошњу, будућу потрошњу (штедњу), поседовање имовине и уживање у доколици. С тим у вези, у пракси је готово немогуће величински утврдити учешће доколице обвезника у његовој економској снази. Покушаји у том правцу довели би до значајних недопустивих произвољности. Због тога се доколица као мерило економске снаге у пракси не узима у обзир, већ пореска власт води рачуна само о обвезниковом доходу, потрошњи или имовини. Код пореза на доходак води се рачуна о висини дохода, док се код пореза на додату вредност (ПДВ) економска снага цени преко потрошње. Најзад, код пореза на имо-

* Редовни професор

вину утврђује се величина имовине. У савременим државама се даје неједнаки значај појединим од наведених мерила економске снаге, али је уочљиво често присуство коришћења свих поменутих мерила.

У контексту изложеног, гледајући са економског и пореско-техничког аспекта поресака власт мора да пронађе извор пореза. То су свакако данас, приход односно доходак и имовина. Код царина, пореза на промет и такса извор дажбине је целокупни економски потенцијал обвезника, који се изражава кроз потрошњу. Природно је да се обавеза плаћања првенствено врши из прихода, односно дохотка и потрошње обвезника. Када би се порези плаћали редовно из имовине претила би опасност да обвезник изгуби целу супстанцу ове и да нема могућности да убудуће плаћа обавезу држави. Имовина би као порески извор могла да послужи само у ванредним приликама, (плаћање реалног пореза на имовину, код кога постоје високе стопе) у ратним условима или условима одмах иза рата. Иначе, код плаћања редовних пореза на имовину, тзв., номиналних пореза на имовину, где су стопе мале, порески извор није имовина. Код ових пореза се претпоставља да ће обвезник овај порез платити из прихода које даје имовина или из свог дохотка.

Међутим, у теорији се указује на значајна позитивна дејства номиналног пореза на имовину, због чега је потребно примењивати га у пракси. Тако, примера ради, порез на имовину, један је од ретких пореских облика који одражава примену начела користи и не сусреће се с проблемом сељења пореске основице те је врло прикладан за финансирање буџета јединица локалне самоуправе. Поред тога, већина емпиријских истраживања показује да међу порезима најчешће коришћеним у пракси – порез на имовину представља економски најефикаснији облик опорезивања који најмање успорава привредни раст.¹ Поменуте резултате потврђују и више објављених студија ОЕЦД које на основу теоријских и емпиријских испитивања сврставају периодични порез на непокретну имовину на првом месту по својој ефикасности. Али, и поред тога, код пореских обвезника овај порез се сматра једним од најнепопуларнијих пореза који фигурирају у пореском систему.

Материја имовинских пореза у Србији прописана је Законом о порезима на имовину.² Тим прописом уређена су три пореска облика: тзв., порез на имовину у статисти („порез на имовину у ужем смислу“), порез на наслеђе и поклон и порез на пренос апсолутних права. Поред то-

¹ Видети: Никола Алтипармаков, Пореска правичност главних пореских облика у Србији, “Квартални монитор, Београд, бр. 24, 2011., стр. 90.

² “Службени гласник РС”, бр., 26/01, 45/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11 и 57/12 (Одлука УС), 47/13..

га, Законом о порезима на употребу, држање и ношење добара³ уређен је порез на употребу моторних возила, порез на употребу пловила, порез на употребу ваздухоплова и порез на регистровано оружје. Предмет анализе у овом раду ће бити само „порез на имовину у ужем смислу“ односно порез у статистици .

Уласком у економску кризу Република Србија је због недостатка средстава, осетно смањила трансферна средства локалним самоуправама. Природно, наведени процеси су отворили питање проналажења средстава за њихово финансирање. С тим у вези, као један од важнијих нових потенцијалних извора појавила се имовина пореских обвезника. Пошло се од тога, да приходи од пореза на имовину у нашој Републици учествовали у БДП-у упола мање у односу на земље ОЕЦД-а. Тако, илустрације ради, порез на имовину у ужем смислу (периодични порез), у укупној структури прихода градова и општина једно време износио је око 5%. Међутим, приликом конципирања прописа у овој материји, неопходно је имати у виду да су приходи од пореза на имовину у односу на БДП, у Србији ипак већи него у новим чланицама Европске уније из Централне и Источне Европе. Тако према неким новим истраживањима у Србији је учешће годишњег пореза на имовину у 2011. години било 0,63% БДП, док је просек за 12 земаља нових чланица ЕУ у 2010. години био 0,48% БДП. С тим у вези, у Србији додавањем и прихода од накнаде за коришћење грађевинског земљишта у порез на имовину, укупан приход од годишњег пореза износио 1,26% БДП.⁴ Због тога, приликом доношења прописа везаних за опорезивање имовине о томе се мора водити рачуна.

Поменуто упозорење произилази због честог заговарања осетног повећања пореског оптерећења имовине правних и физичких лица.⁵ Наиме, поменути процеси, у осиромашеној Србији изазивају

³„Службени гласник РС“, бр., 26/01, 80/02, 43/04, 132/04, 112/05, 114/06, 118/07, 114/08, 31/09, 106/09, 95/10, 101/10, 24/11.

⁴ Извор података: Група аутора, Реформе пореза на имовину у Србији: Резултати и перспективе, Фондација за развој економске науке, Београд, 2012, стр., 7,

⁵ Приходи градова и општина од пореза на имовину између 2006. и 2011. године реално су порасли за 46%, што значи да су расли по стопи од око 8% просечно годишње. Удео прихода од пореза на имовину у укупним приходима локалне самоуправе је повећан са 4,79% у 2006 на 7,42% у 2011. години. Међутим, нису све општине подједнако партиципирале овом расту прихода. Иако је 97 од укупно 145 јединица локалне самоуправе остварило реалан раст прихода од пореза на имовину између 2006. и 2011. године (од тога је 11 градова и општина захваљујући повећаним приходима од пореза на имовину реално повећало своје укупне буџете за 3 или више процената), чак је 48 општина имало реалан пад прихода од пореза на имовину у том периоду. – Извор података: Група аутора, Реформе пореза на имовину у Србији: Резултати и перспективе, оп., цит., Београд, 2012, стр., 8.

код многих приметно uzнемирење иако се неће мењати пореске стопе. Али ће се мењати пореске основице у зависности од тога у којој се зони некретнина налази. Наведени процеси ће код већине власника станова променити тржишну вредност станбених квадрата којим ће се рачуни пореских обвезника осетно увећати. Посебно повећање пореза ће се осетити у најатрактивнијим деловима општина и градова. Међутим, имајући у виду нашу реалност, да у тим деловима живе бројни пензионери и грађани са ниском економском снагом, довешће се у питање њихова могућност да плаћају високе порезе на имовину. Многи од њих због пореских разлога, биће принуђени да продају станове у центру и селе се на периферији града или селу, иако то из бројних личних, породичних и других разлога нису желели.

Према томе, залажем се, да се у условима високог пада животног стандарда грађана и тешке ситуације у привреди земље мора водити рачуна о умерености повећања пореза на имовину. Уместо драстичног повећања, решење је у ефикаснијој наплати пореза. С тим у вези, Немачка организација за међународну сарадњу ГИЗ примећује, да је боље да више људи плаћа мањи порез, него да мање људи плаћа већи порез. Ова организација у Србији остварује пројекат у који је укључила девет општина источне Србије.. У оквиру тог пројекта поменути организација им помаже да прошире базу података, пореску регистрацију и др. По њиховој анализи, око 20, 25 одсто некретнина није у евиденцији општинских пореских администрација. У практичној реализацији поменутог пројекта ГИЗ је ангажовао 40 особа које до сада нису имале посао, а које су пријављене у бироима поменутих општина да иду на терен и пописују имовину како би проширили базу података. Од швајцарске и немачке владе ГИЗ је обезбедио и формирао фонд од милион швајцарских франака у циљу подстицања поменутих општина у Србији да побољшају ефикасност у наплати пореза. Тај милион биће подељен између пет најбољих општина – гледано 2014. годину. У том смислу која од поменутих општина направи највећи напредак (прошири базу података, упише више нових некретнина, најефикасније наплаћује порез на имовину и др.) добиће награду. Прва награда износи 400.000 швајцарских франака.Најзад, новац од добијених награда ће обавезно ићи у развојне сврхе. Поменути пример, наводим из разлога нелогичности у Србији, да су изгледа међународне организације више заинтерсоване за општост плаћања нашег пореза на имовину него наша пореска власт.

Ниска издашност пореза на имовину у односу на потенцијалне могућности, условила је да у Србији започне расправа о потреби промена

пореских овлашћења у овој материји. Резултат тих расправа манифестован је кроз садржину Закона о финансирању локалне самоуправе.⁶ Применом овог прописа, од 1. јануара 2007. године, јединице локалне самоуправе почињу да добијају значајне ингеренције везане за порез на имовину (осим пореза на пренос апсолутних права и пореза на наслеђе и поклон). Наиме, поменутиим Законом наведени приход постаје изворни приход локалних тела.⁷ Овим путем, сада скупштина јединице локалне самоуправе утврђује висину пореске стопе апострофираног пореза. Међутим, стопа не може бити већа од стопе прописане Законом о порезима на имовину. Поред тога, градови и општине утврђују износ пореске основице, на начин прописан Законом о порезима на имовину и одговарајућим подзаконским актима, и утврђују, контролишу и наплаћују поменути порез. Таква правна решења, у контексту егзистирања и других врста јавних прихода (уступљених прихода и трансфера из буџета Републике), омогућавају позитивне процесе децентрализације и самосталности јединица локалне самоуправе. Али истовремено, „овакав режим финансирања локалних самоуправа наводи неке од њих на понашање по принципу моралног хазарда, подстичући их да се у већој мери ослањају на уступљене приходе и трансфере, а да стопу пореза на имовину, обухват и ефикасност наплате учине мањим него што је могуће и оправдано, а ради придобијања политичке подршке грађана.”⁸ С тим у вези, „потребно је политиком централног нивоа државе снажно мотивисати све локалне самоуправе да максимално користе фискални капацитет за своје изворне приходе и тиме у што већој мери своје финансирање ослањају на њих, а не на трансфер из републичког буџета. У том смислу потребно је и саму формулу за обрачун

⁶ “Службени гласник РС”, бр., 62/06, 47/011 и 93/012.

⁷ Правни режим пореза на имовину у статистици поступно је промењен из режима уступљених у режим изворних пореза. Конкретније, локалне самоуправе су од 2007 до 2009. године (стварајући неопходне услове) преузимале надлежност администрирања овог облика пореза од Пореске управе. Није у пракси било лако преношење овлашћење овог пореза Са Републике на јединице локалне самоуправе. Наиме, бројним јединицама локалне самоуправе су недостајали квалификовани кадрови, средства за рад и друга техничка средства. Ипак, снажним залагањем надлежних органа јединице локалне самоуправе, извршено је правно конституисање локалне администрације у свим општинама у Србији. Конкретније говорећи јединице локалне самоуправе у Србији су формирале посебне организационе делове служби са различитим називима по појединим општинама: управе јавних прихода, одељења локалне пореске администрације, одсеци у оквиру одељења за финансије. Поменути организациони облици се у пракси популарно једноставно називају - локалне пореске администрације.

⁸ Видети: Група аутора, Реформе пореза на имовину, оп. цит., стр., 11.

и расподелу ненаменски трансфера из Републике дефинисати на начин који би јасно узимао у обзир фискални напор сваке локалне самоуправе и јасно „кажњавао“ оне локалне самоуправе које се добровољно одричу наплате својих изворних прихода очекујући приходе које долазе из републичког буџета.⁹

Поред изложеног, променама прописа дошло је у овој материји до интегрисања накнаде за коришћење грађевинског земљишта у порез на имовину. Код Закона о порезима на имовину то је било нужно због промене Закона о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи (чл., 89. ст.1.)¹⁰, којим је прописано да се поменута накнада плаћа најкасније до 31. децембра 2013. године. Наведеним променама прописа очекује се да ће се обвезницима обезбедити унапред познати начин утврђивања и износ пореских трошкова, будући да се Законом прописују јасна правила за утврђивање пореске основице, рокови за објављивање свих елемената за утврђивање и максимална стопа пореза на имовину коју јединица локалне самоуправе може утврдити на својој територији. Тиме се уклања како неизвесност у погледу висине обавезе, тако и дискриминација међу обвезницима која је постојала код утврђивања накнаде за коришћење грађевинског земљишта.

Новим прописима, у циљу смањења административних трошкова пореске администрације и пореских обвезника који воде пословне књиге, регулисано је да се утврђивање и наплата пореза обавља самоопорезивањем.

II Основни елементи пореза на имовину

а) Предмет пореза

Закон о порезима на имовину утврђује таксативно предмете на које се плаћа овај порез. То су следећа права на непокретностима:

- Право својине, односно право својине на земљишту површине преко 10 ари;
- Право закупа стана или стамбене зграде конституисано у корист физичког лица, у складу са законом којим је уређено становање, односно социјално становање, односно законом којим су уређене избеглице, за период дужи од једне године или на неодређено време;
- Право коришћења грађевинског земљишта, површине преко 10 ари, у складу са законом којим се уређује правни режим грађевинског земљишта;

⁹ Оп., цит., стр. 48.

¹⁰ “Службени гласник РС”, бр., 24/11.

- Право коришћења непокретности у јавној својини од стране имаоца права коришћења, у складу са законом којим се уређује јавна својина;
- Коришћења непокретности у јавној својини од стране корисника непокретности у складу са законом којим се уређује јавна својина;
- Државине непокретности на којој имаоца права својине није познат или није одређен;
- Државине непокретности у јавној својини, без правног основа;
- Државину и коришћење непокретности по основу уговора о финансијском лизингу.

Одређујући обавезу плаћања пореза на непокретностима, законодавац их набраја. То су: земљиште (грађевинско, пољопривредно, шумско и друго), стамбене, пословне и друге зграде, станови, пословне просторије, гараже и други (надземни и подземни) грађевински објекти, односно њихови делови.

Најчешће се у пракси порез плаћа на право својине. То је стварно право, које у себи садржи сва овлашћења власника која се могу имати на једној ствари. Власник има право да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом. Свако је дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица. Због значаја својине и других стварних права на непокретностима, ове се стичу формално, уписом у земљишне књиге односно друге прописане јавне евиденције. Међутим, за пореске сврхе изложена идентификација власника односно другог титулара стварног права није довољна. У циљу што потпуније пореске обухватности економске снаге сваког субјекта, а због непоклапања правног и фактичког стања, примат има ово друго. Дакле, са становишта Закона о порезима на имовину, сматра се да право својине као предмет опорезивања постоји увек када правно или физичко лице има правни основ (уговор, правоснажну судску одлуку, решење државног органа и сл.), и када се према одређеној имовини понаша као власник (дакле, није од утицаја да ли на територији на којој се непокретност налази постоје земљишне или катастарске књиге, да ли је извршен упис права својине у њих, односно да ли објект уопште испуњава прописане услове да право својине над њим буде уписано у тим књигама).¹¹

б) Обвезник пореза

Као пасивни порески субјекти – порески обвезници пореза на имовину на права на непокретности су физичка и правна лица имаоци помену-

¹¹ Мишљење Министарства финансија Републике Србије, бр: 430 - 03 - 244/2005 - 04 од 6. 10. 2005..

тих права на непокретностима које се налазе на територији Републике Србије. Овде се одступа од принципа резидентности и примењује принцип територијалности. Поред тога, обвезник овог пореза је и корисник непокретности у јавној својини који је користи у складу са законом којим се уређује јавна својина. Такође, обвезници овог пореза су и држалац непокретности и прималац лизинга и др.¹²

У случају када су на истој непокретности више правних и физичких лица обвезници, порески обвезник је свако од њих, сразмерно свом уделу у односу на целу непокретност. Када удели поменутих обвезника на истој непокретности нису одређени, за сврху опорезивања порезом на имовину сматраће да су једнаки.

в) Ослобођења и олакшице

Ради остваривања бројних ванфискалних (политичких, социјалних, економских, културно-хуманитарних, еколошких и др.) циљева, Законом су предвиђена одређена ослобођења и олакшице од плаћања пореза. С тим у вези, по прописима Републике Србије, порез на имовину се не плаћа на непокретности:

- У јавној својини које користе директни и индиректни корисници буџетских средстава, корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање и други корисници јавних средстава који су укључени у систем консолидованог рачуна трезора, према прописима којима се уређује буџетски систем, осим јавних предузећа;

- дипломатских и конзуларних представништава страних држава, под условом реципроцитета;

- у својини традиционалних цркава и верских заједница и других цркава и верских заједница регистрованих у складу са законом којим се уређује правни положај цркава и верских заједница, које су намењене и искључиво се користе за обављање богослужбене делатности.;

- које су од надлежног органа проглашене културним или историјским споменицима - на непокретности у целини, односно на посебне делове, који служе за ове намене;

- пољопривредно и шумско земљиште које се поново приводи намени - за пет година, рачунајући од почетка привођења намени;

- путеве, пруге и друга добра у општој употреби у јавној својини, према прописима којима се уређује јавна својина, као и на изграђене обале

¹² Видети чл. 4, Закона о порезима на имовину.

за пристајање пловила (кејске зидове и слично), бродске преводнице, маневарску површину и полетно слетне стазе на аеродромима и др.¹³

Међутим, наведена ослобођења од плаћања пореза су по правилу условног карактера. Јер, законом ослобођене непокретности ће се опорезовати ако их њихови имаоци права трајно дају другим лицима ради остваривања прихода. Трајним давањем другим лицима по Закону се сматра свако уступање непокретности другом лицу уз накнаду које у току 12 месеци, непрекидно или са прекидима, траје дуже од 183 дана.

Осим ослобођења од плаћања пореза, законодавац признаје и одређене олакшице у циљу остваривања социјално-политичке улоге пореза. У питању су следеће олакшице:

- Утврђени порез на згради или стану у којем станује обвезник умањује се за 50%, а највише 20.000 динара. Претходним прописима најважнији и најиздашнији је био порески кредит, којим се утврђени порез умањивао за 40% и по 10% за сваког члана његовог домаћинства, тако да укупно умањење по овом основу могло да износи и до 70% утврђеног пореза. Овим путем се неоправдано бројним пореским обвезницима умањивао порез и тим путем значајно смањивао приход од пореза на имовину, доследно не поштујући начело плаћања пореза према економској снази. Наиме, изложеним решењима неселективно сви обвезници, богати и сиромашни, нпр. ако имају трочлано домаћинство плаћали су само 30% утврђеног пореза. С друге стране, једночлано домаћинство, било оно и најсиромашније плаћало је порез у висини од чак 60% од утврђеног пореза.

У случају да на једној згради или стану има више обвезника, право на умањење утврђеног пореза има сваки обвезник који у тој згради или стану станује, у висини сразмерној његовом уделу у праву на тој згради или стану у односу на износ за који се порез умањује, у складу са Законом.

- Утврђени порез на права на зграде и станове површине до 60м² који нису на градском грађевинском земљишту, односно на земљишту у грађевинском подручју и не дају се у закуп, а у којима станују само лица старија од 65 година, умањује се за 75%.

г) Основица пореза

Опорезивање обвезника у складу са начелом плаћања према економској снази код пореза на имовину незамисливо је, без ваљаног законског утврђивања пореске основице. Међутим, то је сигурно и

¹³ Видети чл. 12, Закона о порезима на имовину.

најтеже питање код овог пореског облика. У нашој пореској легислативи основица пореза на имовину за непокретности пореског обвезника који не води пословне књиге је вредност непокретности утврђена у складу са Законом о порезима на имовину. Вредност непокретности утврђује орган јединице локалне самоуправе надлежан за утврђивање, наплату и контролу изворних прихода јединице локалне самоуправе, при чему се вредност непокретности, осим земљишта, може сваке године умањивати за амортизацију по стопи до 1% применом пропорционалне методе, а највише до 40%, почев од истека сваке календарске године у односу на годину у којој је извршена изградња, односно последња реконструкција објекта, а на основу одлуке скупштине јединице локалне самоуправе о висини стопе амортизације која важи на дан 15. децембра године која претходи години за коју се утврђује порез на имовину и која је објављена у складу са поменутиим Законом. Међутим, у случају да скупштина јединице локалне самоуправе не утврди висину стопе амортизације, или је не утврди у складу са Законом, или је утврди а не објави у складу са Законом, код утврђивања пореза на имовину вредност непокретности се не умањује за амортизацију. Претходним прописима било је прописано да се основица пореза коју је представљала вредност непокретности утврђена проценом органа јединице локалне самоуправе надлежног за утврђивање, наплату и контролу изворних прихода јединице локалне самоуправе, сваке године умањивала за амортизацију прописану по стопи од 0,8% (раније по 1,5%) применом пропорционалне методе, а највише до 40 процената (раније до 70%). Према изложеном, може се приметити, да се новим прописима амортизација и износ те амортизације (до 1%), као одбитни износ код утврђивања основице појављује само у случају ако се за њу определи и донесе одлуку скупштина јединице локалне самоуправе.

У стручним круговима се доводило у питање потреба постојања одбитка везаног за амортизацију, јер је у пракси разлика у погледу тржишне цене новоизграђених и старих објеката мања од поменутих 40%. Говорило се да, ако се тежи обрачунавању основице утврђивањем тржишне цене некретнине, која зависи и од њене старости, да ли је оправдано још једном је умањивати по основу амортизације. Дакле, по наведеном мишљењу, елиминирање амортизације као одбитне ставке код утврђивања основице дошло би до њеног проширења, што би омогућило да пореске стопе буду ниже. Међутим, у пракси, новим прописима задржана је потенцијална могућност коришћења примене амортизације, али, као што јт речено, њено активирање у пракси у зависности је од одлука скупштина јединица локалне самоуправе.

Операционализација законских решења коју врше јединице локалне самоуправе у циљу утврђивања основице састоји се у томе, што се вредност непокретности утврђује применом и разрадом следећих еле-

мената: корисне површине и просечне цене квадратног метра одговарајућих непокретности у зони у којој се налази непокретност. Корисна површина земљишта је његова укупна површина, а корисна површина објекта је збир подних површина између унутрашњих страна спољних зидова објекта (искључујући површине балкона, тераса, лођа, неадаптираних таванских простора и простора у заједничкој недељивој својини свих власника економски дељивих целина, у оквиру истог објекта).

По Закону зоне представљају делове територије јединице локалне самоуправе које надлежни орган јединице локалне самоуправе одлуком може одредити одвојено за насеља према врсти насеља (село, град) и изван насеља или јединствено за насеља и изван насеља, према комуналној опремљености и опоремљености јавним објектима, саобраћајној повезаности са централним деловима јединице локалне самоуправе, односно са радним зонама и другим садржајима у насељу. У складу са поменутих решењима јединице локалне самоуправе је у обавези да на својој територији формира најмање две зоне.

У контексту изложеног, свака јединице локалне самоуправе својим актом утврђује просечну цену одговарајућих непокретности, на основу цена остварених у промету одговарајуће непокретности по зонама у периоду од 1. јануара до 30. септембра године која претходи години за коју се утврђује порез на имовину. Међутим, просечна цена у зони у којој није било најмање три промета непокретности у наведеном периоду, одредиће се на основу просека просечних цена остварених у граничним зонама у којима је у том периоду било најмање три промета одговарајућих непокретности итд.¹⁴

У циљу утврђивања основице пореза на имовину неопходно је било да се Законом непокретности разврстају у групе. Те групе су¹⁵:

- грађевинско земљиште;
- пољопривредно земљиште;
- шумско земљиште;
- станови;
- куће за становање;
- пословне зграде и други (надземни и подземни) грађевински објекти који служе за обављање делатности;
- гараже и гаражна места.

¹⁴ Видети чл. 6, Закона о порезима на имовину.

¹⁵ Видети чл. 6а, Закона о порезима на имовину.

Једно време у Србији суштински се разликовао правни режим опорезивања имовине домаћинства, и имовине правних лица. По правилу, правни режим опорезивања правних лица је осетније био блажи за правна лица. Конкретно, пореским обвезницима (физичким лицима који не води пословне књиге основица је утврђивана по тржишној вредности¹⁶ а правним лицима се вршила на основу књиговодствене вредности непокретности. Поред тога и пореске стопе су се разликовале. То се образлагало потребама пореске власти да помогне компанијама у кризним условима. Међутим, омогућавање правним лицима да плаћају порез по пропорционалној стопи од 0,4% и да се обрачун пореза врши на основу књиговодствене вредности у пракси је доводило до избегавања плаћања пореза. Наиме, већина богатијих у Србији своју најважнију имовину је водило на фирме, јер је основица за обрачун пореза у овом случају књиговодствена вредност имовине осетније нижа од реалне. Због тога, било је неопходно уједначити правне режиме опорезивања имовине физичких и правних лица, тако што ће се код поменутих субјеката, као основица за опорезивање у основи узимати вредност непокретности.

Мотивисани изложеним разлозима законодавац је новим прописима суштински другачије дефинисао основицу пореза на имовину за непокретности правних лица. Прецизније говорећи, новим прописима основица пореза на имовину за непокретности обвезника који води пословне књиге и чију вредност у пословним књигама исказује по методу фер вредности у складу са међународним рачуноводственим стандардима (МРС), односно међународним стандардима финансијског извештавања (МСФИ) и усвојеним рачуноводственим политикама је фер вредност исказана на последњи дан пословне године обвезника у текућој години.

Од изложених правила законодавац је направио значајан број одступања. Тако, основицу пореза на имовину пореског обвезника који непокретности у својим пословним књигама не исказује на претходно изложени начин чини:

- за неизграђено земљиште - вредност земљишта;
- за остале непокретности - вредност објеката увећана за вредност припадајућег земљишта.

¹⁶У ствари жеља Министарства финансија је била да општине полазну основицу ускладе са реалном вредношћу квадратног метра за опорезивање станова грађана. Међутим, у пракси ниједна општина у Србији није применила законску обавезу и није полазну основицу ускладила са реалном тржишном вредношћу квадратног метра стана. Конкретно, процена локалних колективитет је била да није политички тренутак за драстични удар на џепове грађана. Ипак, и поред тога, основица за обрачун пореза у овом случају је осетније била виша у односу на утврђивање основице код правних лица код које је основица била књиговодствена вредност

Поменутоу вредност непокретности порески обвезник утврђује проценом према елементима утврђеним Законом за утврђивање основице пореза пореским обвезницима који не воде пословне књиге (члан 6. став 1. Закона).

Изложено утврђивање основице код опорезивање имовине новим прописима, значи покушај приближавања плаћања овог пореза према економској снази обвезника. Међутим, ово настојање у значајној мери је редуцирано, прописивањем таксативних изузимања пореских обвезника одређених производних делатности којима се омогућује да и даље плаћају порез према књиговодственој вредности¹⁷

д) Пореске стопе

Из практичних разлога, у циљу поједностављења система опорезивања министарство финансија је предложило замену прогресивних стопа увођењем јединствене пореске стопе од 0,4%. Поред осталог, оваквом решењу погодивале су процене да ће око 95% обвезника бити опорезован најнижом пореском стопом од 0,4%. Међутим, нови закон је из Скупштине изашао са прогресивним стопама које су измењене у односу на претходно важеће и крећу се од 0,4 до два одсто (раније од 0,4 до три одсто). Дакле, важећим правом код опорезивања непокретности пореског обвезника који не воде пословне књиге, у циљу остварења начела плаћања пореза према економској снази у примени је и даље, истина измењена, прогресија по траншама (тзв., рашчлањена – *par tranche* прогресија и она изгледа овако:

На пореску основицу	Плаћа се на име пореза
1) до 10.000.000 динара	до 0,40%
2) од 10.000.000 до 25.000.000 динара	порез из подтачке (1) + до 0,6% на износ преко 10.000.000 динара
3) од 25.000.000 до 50.000.000 динара	порез из подтачке (2) + до 1.0% на износ преко 25.000.000 динара
4) преко 50.000.000 динара	порез из подтачке (3) + до 2% на износ преко 50.000.000 динара

¹⁷ Видети чл. 7, став 4, Закона о порезима на имовину.

Стопа пореза на имовину на права на непокретности пореског обвезника који води пословне књиге је пропорционална и износи до 0,4%, док је пореска стопа на права на земљишту код обвезника који не води пословне књиге такође пропорционална и износи до 0,3%.

У контексту изложеног, скупштине јединице локалне самоуправе имају могућност да самостално утврде висину пореске стопе у оквирима наведених тарифа. Ако оне то не учине или учине преко максималног износа, порез на имовину утврдиће се применом највише пореске стопе из помених тарифа.

По мом мишљењу, непотребно је да се пореске стопе разликују код опорезивања физичких и правних лица. Поред тога, имајући у виду да у пракси физичка лица по правилу плаћају порез по стопи од 0,40%, неопходно је укинути прогресивне стопе код пореза који плаћају физичка лица и у систем увести пропорционалну јединствену пореску стопу за све пореске обвезнике.

III Настанак пореске обавезе

У циљу онемогућавања избегавања плаћања пореза од стране пореских обвезника законодавац је врло флексибилно утврдио настанак пореске обавезе. Наиме, обавеза по основу пореза на имовину настаје даном стицања права, односно даном почетка коришћења, оспособљавањем, издавањем употребне дозволе или омогућавањем коришћења имовине на други начин.

Стицање, почетак или престанак коришћења имовине, или настајање или престајање пореске обавезе по другом основу, обавезује обвезника да поднесе пријаву у року од 10 дана од дана настанка такве промене. Потребно је имати у виду, да се у циљу плаћања пореза, пореска пријава не подноси сваке године за исту имовину. Нова пријава је неопходна само ако дође до битних промена значајних за обрачун пореза. Порез на имовину за годину се плаћа у тромесечним ратама, свака рата доспева за наплату средином тромесечја. Обавеза уплате пореза је у року од 45 дана од дана почетка тромесечја.

IV Закључак

Опорезивање имовине у Србији посебно добија у значају са појавом економске кризе, коју прати недостатак средстава Републике да из буџета (давањем трансферних средстава), финансира јединице локалне самоуправе.

Најтеже питање које код овог пореза треба решити јесте утврђивање основице. У пракси дуго времена она је била подцењена и није одражавала економску снагу пореског обвезника. С тим у вези, указала се потреба реформе прописа у овој материји. Конкретно законодавац је покушао да доношењем нових прописа иде у правцу приближавања основице стварној економској снази обвезника с истовременом потребом да ти процеси не доведу до драстичног оптерећења обвезника у односу на ранији период. Дакле, неопходно је било постепено и обазриво повећавати овај порез у условима значајног пада стандарда широких слојева људи. Нажалост, у пракси то није била филозофија код бројних јединица локалне самоуправе, што је код бројних осиромашених грађана изазвало бурне изливе јаког незадовољства.

Поздрављам активност законодавца што је новим реформисаним прописима настојао напуштању праксе утврђивања пореских ослобођења и олакшица, која су највише одговарала најбогатијим слојевима друштва. Другим речима, законодавац је с правом ишао ка томе, да се дају пореске олакшице које ће највише одговарати најугроженијим грађанима. Најзад, по мом мишљењу у наредном периоду је неопходно заложити се за проширење обухвата порезом грађана и правних лица који до сада неоправдано нису евидентирани као порески обвезници, како би се доследније поштовало уставно начело општости и равномерности плаћања, што ће омогућити издашније приходе од овог пореског облика.

Zoran Isailović, LL.D
Full Professor

PROPERTY TAX REFORM IN SERBIA

Summary

Property tax in the static is one of the tax forms that regularly appear in modern tax systems in order to achieve fiscal and other non-fiscal goals. Reform regulation adoption and their implementation in Serbia is directed towards creating conditions for obtaining generous public revenue and tax determination in accordance with the economic power that will provide the tax exemptions as the necessary measures – the need to protect the position of the lower class people.

In the above context, the most difficult question that will most likely continue to be current subject matter of our legislators, theory, and practice is to determine the base of the tax that must reflect in practice the real economic power of the taxpayer in order to achieve justified taxation.

ПРАВНЕ ОСНОВЕ УНАПРЕЂЕЊА ЕНЕРГЕТСКЕ ЕФИКАСНОСТИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Енергетска сигурност и енергетска стабилност су током последњих година постали посебно важна питања развоја светске привреде. Унапређење енергетске ефикасности у овом периоду је апострофирано као велики економски потенцијал многих земаља. На нивоу Европске уније наглашавано је да реализација пројеката енергетске ефикасности уз примену савремених технологија, поред великих економских, има бројне еколошке и социјалне ефекте, односно да је унапређење енергетске ефикасности у функцији реализације концепта одрживог развоја као нове развојне парадигме. Најкраће, током последњих двадесетак година континуирано расте интересовање науке и праксе за проблеме трајне и ефикасне употребе енергетских ресурса и очувања животне средине као јединствене целине у глобалним размерама. Важан предуслов унапређења енергетске ефикасности представља постојање адекватног правног оквира који регулише ову област у појединим срединама. У том контексту, у овом раду се даје елементарна експликација прваних основа унапређења енергетске ефикасности у Европској унији и Републици Србији.

Кључне речи: енергетска ефикасност, одрживи развој, директива.

Увод

При актуелним трендовима привредног раста и увећања светског становништва, с једне, и познатих резерви фосилних горива у глобалним размерама, с друге стране, свет ће, по компетентним предвиђањима, брзо доћи у ситуацију која подразумева неповратне климатске промене, услед екстремно великих емисија гасова са ефектом стаклене баште, као израженог раста цене енергије због исцрпљивања ресурса¹. У таквим

* Редовни професор

¹ „Светска тражња за енергијом је рапидно порасла и предвиђа се да ће се до 2030. године удвостручити. Резерве нафте су довољне за неколико деценија, али производња би могла достићи врхунац за једну или две деценије. Светске резерве нафте су непропорционално лоциране на Блиском истоку, а раст тражње за ограниченим залихама могао би ојачати производне картеле. Угаљ, којег има више,

околностима, унапређење енергетске ефикасности представља најдоступнији, технолошки изводљиви и одмах применљиви начин избегавања негативних сценарија потрошње енергије у светским релацијама и енергетске безбедности. Поред тога, на најширем плану, унапређење енергетске ефикасности представља један од најефикаснијих начина за постизање одрживог развоја. Коначно, енергетска ефикасност представља и све важнију детерминанту кокурентности земље.

Подразумевајући под енергетском ефикасношћу суму планираних и реализованих мера, чији је циљ минимално могуће коришћење количине укупне енергије код крајних корисника, у раду се даје осврт на правни оквир енергетске ефикасности у Европској унији и Републици Србији.

Енергетика је област од есенцијалног значаја за развој и функционисање Европске уније у економском, а такође и у политичком смислу². Ово из једноставног разлога што енергетски сектор учествује са око 10% у структури бруто домаћег производа Европске уније, док су земље Уније увозник енергената у износу од око 50% властите производње³. Земље Европске уније у укупној светској потрошњи енергије учествују са више од 30%. Према врсти енергетског извора, потрошња примарне енергије показује перманентно високо учешће нафте, природног гаса и угља⁴. Тренутна зависност Европске уније од увоза износи око 60%, односно 70% до 2020. године, уколико се не буду искористили потенцијали обновљивих извора енергије и не подигне на знатно виши ниво енергетска ефикасност у земљама чланицама.

Србија је сиромашна енергетским ресурсима. Најзначајнији енергетски ресурс је угаљ. У расположивим резервама са чак 93% учествује лигнит. Увозни енергенти чине око 40% укупно расположиве примарне енергије. При том, енергетски интензитет српске привреде је врло висок, док су њени главни извозни производи углавном енергетски интензивни. Учешће укупне потрошње примарне енергије по јединици бруто домаћег производа у Србији је пет пута веће него у земљама ОЕЦД-а. Због тога је смањење утицаја потрошње енергије на привредни раст велики изазов са којима се српска привреда суочава.

Будући привредни раст Србије мора бити реализован, поред осталог, уз смањење увозне зависности привреде и становништва за

често је повезан са знатним оштећењима животне средине.“ Harris, J. *Економска животна средина – савремени приступ*, Datastatus, Београд, 2009. стр. 300.

² О политичком аспекту енергетске зависности Европске уније од Руске федерације можда најбоље говоре актуелни догађаји у вези са кризом на Криму.

³ Јововић, Д. Цветановић, С. *Економске интеграције и Европска унија*, Економски факултет, Приштина, 2010. стр. 2006.

⁴ Eurostat, *Annual report*, 2010.

енергентима, при чему запажено место мора имати подизање ниво ефикасности трошења енергије. Услед ниске енергетске ефикасности у Србији, неповољних економских прилика и нестабилних цена фосилних горива, као и честих повећања цена електричне енергије, као важан циљ економског и друштвеног развоја земље се намеће што масовније коришћење нове технологије у циљу унапређења енергетске ефикасности у складу са европским стандардима и трендовима. Разумљиво да врло важно место у испуњењу ових циљева има законодавни оквир, који се односи на област енергетике, а такође и на начин рада, пословања и развоја енергетских субјеката.

1. Правне основе унапређења енергетске ефикасности у Европској унији

Извори права Европске уније деле се на примарне и секундарне. Примарни извори права су оснивачки уговори и општа начела права. Изразом оснивачки уговори обухваћени су уговори којима су створене Европска заједница за угљ и челик, Европска економска заједница и Европска заједница за атомску енергију, као и уговори који их измењују - Јединствени европски акт, Уговор из Маастрихта, Уговор из Амстердама и Уговор из Нице. Секундарни извори права укључују правне акте које Савет ЕУ доноси на основу примарног законодавства (одлуке, уредбе, директиве, мишљења, препоруке) и судску праксу Суда Европских заједница.

Уредба је уз директиву најважнији правни акт Заједнице који обавезује у целости и потпуно је примењива у свим државама чланицама. Сврха уредбе је уједначавање права држава чланица, односно замена постојећих норми држава чланица, ако оне постоје. Националне норме које нису у складу с уредбом морају се укинути. Уредба се аутоматизмом уграђује у национално законодавство ступајући на снагу истовремено и једнако у свим државама чланицама ЕУ. Да би постала примењива, свака уредба мора бити објављена у Службеном листу Европске Уније.

Директива је, уз уредбу, најважнији правни акт Уније. Директива обавезује у погледу резултата који се њоме остварује, али националним властима препушта избор форме и методе спровођења. За разлику од уредбе, директива служи приближавању, а не потпуном уједначавању права држава чланица Уније. Зато се директивом задаје циљ који се мора постићи, док су државе чланице обавезне да спроведу директиву у свом националном систему, бирајући при том форму (закон, подзаконски акт и сл.). У случају да држава чланица неправилно примени директиву или то уопште не учини у заданом року, на основу праксе Суда Европских заједница успостављено је правило да се физичко или правно лице може

директно позивати на директиву и права која из ње произлазе пред националним телима државе чланице.

За унапређење енергетске ефикасности у енергетској политици Европске уније од посебног значаја су следећих пет директива:

- Директива 89/106/ЕЕЗ, о усклађивању законских и управних прописа држава чланица о грађевинским производима,
- Директива број 93/76/ЕЕЗ о ограничавању емисије угљендиоксида повећањем енергетске ефикасности,
- Директива број 2002/91/ЕК, Европског парламента о промоцији унапређења енергетске ефикасности зграда,
- Директива број 2006/32/ЕК о енергетској ефикасности и енергетским услугама,
- Директива број 2009/28/ЕК о коришћењу обновљивих извора енергије и

Директива 89/106/ЕЕЗ посвећена је одређивању техничких карактеристика, оцењивању адекватности и доказивању употребљивости грађевинских производа као и услова за њихово стављање на тржиште. Такође, она прецизира начин дистрибуције и употребу грађевинских производа у мери потребној за испуњавање битних захтева за грађевинске објекте. Захтеви који се односе на грађевинске дозволе уграђени су у националне регулативе за градњу у земљама ЕУ и држава које су у некој од фаза приступања у чланство ове регионалне заједнице. Поред тих захтева, свако национално законодавство може прописати и друге захтеве које важе на њеној територији.

Директива 93/76/ЕЕЗ односи се на ограничавање емисија угљендиоксида путем повећања енергетске ефикасности. Остварује се посебно путем израде и реализације програма у подручјима енергетске зависности зграда, наплате трошкова грејања, хлађења и топле воде на основу стварне потрошње, финансирања од треће стране, улагањем у енергетску ефикасност јавног сектора, топлотне изолације нових зграда, редовне инспекције котлова и енергетске ревизије предузетника са високом потрошњом енергије.

Циљ Директиве 2002/91/ЕК је промовисање енергетске ефикасности зграда узимајући у обзир спољашње климатске и локалне услове, као и унутрашње климатске захтеве и економичност. Имајући у виду чињеницу да се око половине укупне производње енергије троши у зградама, произилази да је најбоље решење за уштеду конвенционалних енергената улагање у енергетску ефикасност зграда. Три степена ефикасности у овом контексту су: смањење губитака, ефикасно коришћење енергије и ефикасна производња енергије. Директива 2002/91/ЕК прописује захтеве који се односе на:

- оквир за методологију интегрисаног прорачуна енергетске ефикасности зграда,
- примену минималних захтева у погледу енергетске ефикасности нових зграда,
- примену минималних захтева у погледу енергетске ефикасности великих постојећих зграда које се подвргавају значајном реновирању,
- енергетску сертификацију зграда,
- редовну инспекцију котлова и система за климатизацију у зградама и додатну оцену инсталација грејања у којима су котлови старији од 15 година.

Земље чланице ЕУ су обавезне да предузму неопходне мере да се минимални захтеви у погледу енергетске ефикасности зграда утврде, на бази методологије која је наведена у овом документу. При утврђивању захтева, државе могу да праве разлику између нових и постојећих, као и различитих категорија зграда. Захтеви морају узети у обзир опште унутрашње климатске услове, како би се избегли евентуални негативни ефекти, попут неодговарајуће вентилације и старости зграде. Ревизија ових захтева треба да се обавља у интервалима не дужим од пет година.

Циљ директиве 2006/32/ЕК је промовисање енергетске ефикасности како би се развило тржиште енергената и допринело заштити окружења и обезбедило сигурно снабдевање енергијом. Повећање енергетске ефикасности у земљама чланицама треба да:

- осигура оквирне циљеве као и механизме, подстицаје и институционалне, финансијске и правне оквире за уклањање постојећих тржишних препрека које онемогућавају ефикасно коришћење крајње енергије,
- промовише тржишта енергетских услуга и услове за осигурање примене осталих мера за унапређење енергетске ефикасности за крајње кориснике.

Земље чланице имају циљ уштеду енергије, који за девету годину примене ове директиве износи 9% просечне петогодишње непосредне потрошње енергије на крају раздобља кога покрива Директива, односно у временском периоду од 1. јануара 2008. до 31. децембра 2016. године. Директива налаже дефинисање мандаторних мера за јавни сектор како би он постао носилац активности енергетске ефикасности. Регулације увођење критеријума енергетске ефикасности у поступке јавне набавке, као и одређивање мандатних мера енергетским субјектима које се односе на понуду енергетских услуга и других мера енергетске ефикасности крајњим потрошачима енергије. Такође, директива налаже Европској комисији доношење јединствене методологије за израчунавање унапређења енергетске ефикасности, коју треба да усвоје земље чланице,

редовно извештавање земаља чланица о постигнутом напретку у остваривању циљева путем трогодишњих националних акционих планова енергетске ефикасности.

Од земаља чланица се захтева:

- успостављање система за оцену, акредитацију и сертификацију понуђача енергетских услуга и других мера енергетске ефикасности,
- укидање постојећег законодавства које непотребно ограничава коришћење финансијских инструмената за остваривање енергетских уштеда, као што су финансирање од треће стране и уговарање на основу остварених уштеда,
- уклањање стимуланса који непотребно повећавају количину произведене или продате енергије, односно дефинисање тарифних система којима ће се стимулирати енергетска ефикасност,
- осигурање понуде високо квалитетних и независних енергетских прегледа свим потршачима енергије, укључујући домаћинства и ситне предузетнике,
- употреба фондова за енергетску ефикасност, посебно за субвенционисање и реализацију мера енергетске ефикасности са већим инвестиционим трошковима.

Директива број 2009/28/ЕК о коришћењу обновљивих извора енергије дефинише обавезујуће националне циљеве које земље чланице треба да достигну кроз промоцију обновљиве енергије у секторима електричне енергије, грејања и хлађења и у сектору транспорта, како би се обезбедило да до 2020. године обновљива енергија учествује са најмање 20% укупне потрошње енергије у ЕУ.

2. Правне основе унапређења енергетске ефикасности Републике Србије

Правне основе унапређења енергетске ефикасности у Републици Србији, као земљи која је на путу у чланство Европске уније највећим делом одређује неопходност усаглашавања са *Acquisom*, где спада:

- доношење опште енергетске политике и прецизног временског редоследа за реструктуирање сектора енергије,
- припреме за унутрашње тржиште енергије у ЕУ (примена директива ЕУ које се односе на област енергије),
- побољшање енергетских мрежа да би могле да се уклопе у европске мреже,
- припреме за кризне ситуације, посебно успостављање резерви нафте за 90 дана,

- решавање питања социјалних, економских и еколошких последица реструктурирања рудника,
- унапређење енергетске ефикасности и повећање учешћа обновљивих извора енергије,
- унапређење сигурности коришћења нуклеарне енергије,
- осигурање сигурног складиштења нуклеарног отпада⁵.

Обликовање правног оквира који уређује област енергетске ефикасности у Републици Србији у најширем смислу започето је 1997. године, приступањем СР Југославије Оквирној конвенцији УН о промени климе. Кључни тренутак је доношење Закона о енергетици 2004. године, од када је енергетска ефикасност постала један од стубова енергетске политике у Србији. Следи доношење великог броја прописа у области енергетске ефикасности земље, међу којим се својим значајем издваја Закон о ефикасном коришћењу енергије из 2013. године.

Најважније правне акте који регулишу област енергетске ефикасности могуће је поделити на:

- ратификоване међународне уговоре,
- стратегијске документе Владе Републике Србије.

Међу ратификованим међународним уговорима својим значајем за област енергетске ефикасности се издвајају Уговор о оснивању енергетске заједнице и Уговор о ратификација Кјото протокола.

Стратегијске документе Владе Републике Србије којима је правно регулисана област енергетске ефикасности могуће је поделити на енергетске законе и остале релевантне законе. У наставку рада, следи елементарна анализа ових докумената.

2.1. Ратификовани међународни документи

Ратификовањем уговора о оснивању енергетске заједнице⁶ Србија је преузела далекосежне обавезе по питању суштинских реформи у енергетском сектору. Ове обавезе су усмерене на припрему тржишта за потпуну примену европских правила и учешће на јединственом европском енергетском тржишту, кроз примену директива Европске уније. Србија се тиме обавезала на примену Директиве Европске уније о енергетској ефикасности у области потрошње енергије (Директива број 2006/32/ЕК), о којој је било речи у претходном поднаслову. Ова чињеница је имала велики утицај на менаџмент енергијом у правцу умањења укупне

⁵ Прокопијевић, М. Европска унија – увод. Службени гласник, Београд, 2005. стр. 313.

⁶ Службени гласник Републике Србије, број 62/06.

потрошње захваљујући, поред осталог, и примени мера енергетске ефикасности.

Законом о ратификацији Уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске уније и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација успостављен је јединствени правни оквир за трговину електричном енергијом и природним гасом у југоисточној Европи и ЕУ⁷.

Уговор о Енергетској заједници југоисточне Европе ступио је на снагу 1. јула 2006. године. Европска комисија је поднела предлог стратегије којим су дефинисани принципи и институционални оквири за стварање регионалног тржишта електричне енергије у југоисточној Европи. Потписивањем Меморандума о разумевању о регионалном тржишту електричне енергије у југоисточној Европи, државе југоисточне Европе су усвојиле законе ЕУ из ове области и успоставиле структуру за праћење функционисања тржишта.

Уговором се шири примена *Acquis* из области енергије, заштите околине, обновљивих извора енергије, конкуренције, што утиче на стварање једнаких услова пословања на простору Заједнице и ЕУ. Такође, овим документом се формирају регионални механизми који омогућавају дубљу интеграцију локалних енергетских тржишта. Постигнута је сагласност да се делује у правцу заједничке политике за спољну трговину, међусобну помоћ и уклањање баријера на унтрашњем енергетском тржишту⁸.

Регионална интеграција на Балкану је значајнија него у другим деловима света због чињенице што на овом простору егзистира већи број малих релативно слабо међусобно повезаних система. Ти системи су, посебно у земљама бивше Југославије, у периоду до 1990. године развијани као део већег система. Поред тога, производња електричне енергије показује суфицит у неким земљама, а дефицит у другим, па би балкански систем као целина имао благи суфицит. Јаче међусобне везе би свакако за резултат имале боље ефекте. Ово значи да би, чак и са садашњим преносним системом, већи систем био стабилнији него изоловани системи балканских земаља.

Протокол је међународни споразум усвојен 1997. Године у Кјотоу, и Јапану. Овај протокол је ступио на снагу фебруара 2005. године. Његова

⁷ Службени гласник Републике Србије, број 62/06.

⁸ Симурић, М. Ковачевић, А. 2010. Утицај интеграције Србије у ЕУ у области енергије, ФЕФА, Београд, стр. 18.

основна карактеристика је постављање обавезујућих циљева за смањење емисија стаклене баште (шест гасова изазивача ефеката стаклене баште су CO₂, CH₄, N₂O, HFC, PFC и SF₆) за 37 индустријски развијених земаља, у петогодишњем периоду од 2008 - 2012. године. Протокол, ратификован од стране надлежних органа Републике Србије⁹, уз друге циљеве, промовише истраживање и развој и повећану употребу нових и обновљивих видова енергије, технологије за контролу емисије угљен диоксида и еколошки здравих технологија, чиме се директно подстиче и енергетска ефикасност. Протоколом се индустријске земље света обавезују да емисије гасова са ефектом стаклене баште смање у просеку за 5,2% у односу на референтну 1990. годину, и то у периоду од 2008. до 2012. године.

Европска унија је континуирано исказивала врло позитиван однос према овом протоколу. Протокол је ратификован одлуком Савета Министара Европске уније која је ступила на снагу маја 2002. године, а једном од каснијих директива са краја 2003. године, утврђен је систем трговине емисијама на подручју Уније и њиме су обухваћене области енергетике, производње челика, цемента, стакла, цигала, папира итд.

За земље у развоју, међу којима је и Србија, Протокол није предвидео никакве нове обавезе у односу на оне које су предвиђене Конвенцијом. Другим речима, Протокол није предвидео обавезу квантификованог смањивања емисија гасова са ефектом стаклене баште, али је остављена могућност да свака земља у било ком тренутку такву обавезу преузме, у складу са својим могућностима.

2.2. Стратешки документи Владе Републике Србије

Национална стратегија одрживог развоја за период од 2008. до 2017. године има пет приоритета одрживог развоја, међу којима је и енергетска ефикасност. У документу се децидно указује да је одрживим развојем потребно постићи обезбеђење сигурности снабдевања енергијом уз повећање ефикасности енергетских субјеката и енергетске ефикасности привреде, смањење високе енергетске интензивности привреде и ефикасније коришћење фосилних горива, као и подстицање коришћења обновљивих извора енергије.

Стратегија развоја енергетике Републике Србије повезује већи број докумената које је усвојила Влада. Реализација енергетске политике земље подразумева синхронизованост многобројних секторских политика (образовна политика, политика технолошког развоја, политика заштите животне средине, политике конкуренције, итд.).

⁹ Службени гласник Републике Србије број 88/07.

Циљеви енергетске политике ближе су прописани 2005. године доношењем Стратегије развоја енергетике Републике Србије за период од 2006. до 2015. године. Енергетска ефикасност у сектору потрошње финалне енергије садржи опис стања, идентификацију најважнијих проблема и предлог мера за побољшање енергетске ефикасности. Мере су подељене на регулаторне, подстицајне и техничко-организационе. Најважнија регулаторна мера је доношење Закона о рационалном коришћењу енергије и повећању енергетске ефикасности и доношење пратећих подзаконских аката, док је најважнија подстицајна мера законско оснивање Фонда за енергетску ефикасност. Посебан део модула посвећен је успостављању базе енергетских индикатора о потрошњи финалне енергије у појединим секторима потрошње (индустрија, саобраћај, домаћинства, јавне и комерцијалне делатности и пољопривреда), као начину праћења Програма. У складу са обавезама газдовања енергијом и успостављања базе енергетских индикатора, Програм предлаже стварање законских услова и обавезе општина на успостављање функције енергетског менаџера. Влада и ресорна министарства треба да обезбеде услове за остваривање наведених мера за побољшање енергетске ефикасности, а поред њих важну улогу имају и јединице локалне самоуправе, које имају одређене надлежности у енергетској политици и за које се предвиђа законски обавезно успостављање функције енергетског менаџера.

Први национални план за енергетску ефикасност Републике Србије за период од 2010. до 2012. године усвојила је Влада. Први национални план је усклађен са регулативом Европске уније и у потпуности посвећен енергетској ефикасности. Његов циљ је постизање квантификованих уштеда енергије применом мера енергетске ефикасности у секторима: а) домаћинства, б) јавне и комерцијалне делатности, в) индустрија и г) саобраћај, у укупном обиму од 9% потрошње финалне енергије у периоду од 2010. до 2018. године. Први национални план је претежно технички документ, великог значаја, јер се њиме први пут у Србији на нормативном нивоу конкретизује и квантификује енергетска ефикасност.

Закон о енергетици је усвојен 2011. године. Његове најважније новине се односе на стварање услова за завршетак раздвајања дистрибуције од снабдевања купаца електричном енергијом и за увођење брзе електричне енергије, као и формирање механизма за елиминисање политичког утицаја у области енергетике кроз проширење надлежности Агенције за енергетику и преношење одговорности у области енергетике са Владе на Агенцију. У погледу енергетске ефикасности, Закон не садржи битне разлике у односу на важећи Закон о енергетици. Енергетска ефикасност је важан елемент енергетске политике Републике, и мера за

повећање енергетске ефикасности прописују се на исти начин предвиђен важећим Законом о енергетици.

Законом о ефикасном коришћењу енергије Републике Србије¹⁰ уређују се услови и начин ефикасног коришћења енергије у сектору производње, преноса, дистрибуције и потрошње енергије; политика ефикасног коришћења енергије; систем енергетског менаџмента; означавање нивоа енергетске ефикасности производа који утичу на потрошњу енергије; минимални захтеви енергетске ефикасности у производњи, преносу и дистрибуцији електричне и топлотне енергије и испоруци природног гаса; финансирање, подстицајне и друге мере у овој области, као и друга питања од значаја за права и обавезе физичких и правних лица у вези са ефикасним коришћењем енергије.

Ефикасним коришћењем енергије остварују се следећи циљеви:

- повећање сигурности снабдевања енергијом и њено ефикасније коришћење,
- повећање конкурентности привреде,
- смањење негативних утицаја енергетског сектора на животну средину,
- подстицање одговорног понашања према енергији, на основу спровођења политике ефикасног коришћења енергије и мера енергетске ефикасности у секторима производње, преноса, дистрибуције и потрошње енергије.

Основна начела на којима се заснива ефикасно коришћење енергије су: енергетска сигурност, конкурентност производа и услуга и управљање потрошњом енергије, економска исплативост мера енергетске ефикасности, минимални захтеви енергетске ефикасности.

Допринос енергетској сигурности остварује се смањењем потрошње примарне, односно финалне енергије применом мера енергетске ефикасности у секторима производње, преноса, дистрибуције и потрошње енергије, одрживост коришћење енергије .

Повећање конкурентности производа и услуга остварује се кроз смањење трошкова производње односно пружених услуга насталих смањењем потрошње енергије по јединици производа, односно услуга спровођењем мера енергетске ефикасности. Концепт енергетске ефикасности подразумева коришћење мање енергије за исту јединицу бруто домаћег производа уз одрживост квалитета производа, укључујући и означавање енергетске ефикасности производа који утичу на потрошњу енергије.

¹⁰ Службени гласник Републике Србије број 25/13.

Одрживост коришћења енергије укључује смањење потрошње енергије, бољу примену расположивих технологија и захтева еко-дизајна, већу ефикасност и економичност у коришћењу енергије као и одрживост са становишта утицаја на животну средину, уз примену начела заштите животне средине.

Управљање потрошњом енергије јесте интегрисани приступ чији је циљ да утиче на смањење укупне потрошње примарне енергије и врши утицај на животну средину кроз праћење потрошње енергије и применом мера за повећање енергетске ефикасности.

Економска исплативост мера обезбеђује да улагања у мере енергетске ефикасности буду економски оправдана. Уштеђена енергија је енергија која не мора да се произведе, при чему се узимају у обзир и позитивне последице по животну средину настале услед смањења потрошње, као и смањење трошкова везаних за обезбеђивање сигурности снабдевања енергијом.

Смањење потрошње енергије у секторима производње, дистрибуције, преноса и потрошње енергије обезбеђује се испуњењем минималних захтева енергетске ефикасности за нова или реконструисана постројења за производњу, пренос и дистрибуцију енергије.

Овај закон примењује се на кориснике енергије, а нарочито:

- привредна друштва, са претежном делатношћу у производном сектору,
- привредна друштва, са претежном делатношћу у сектору трговине и услуга,
- јавни сектор,
- зграде,
- домаћинства,
- превоз у друмском и железничком саобраћају, као и превоз у пловидби на унутрашњим водама,
- остале кориснике енергије, у складу са овим законом.

Сектори производње, преноса и дистрибуције енергије, обухваћени овим законом, у смислу потребе ефикасног коришћења енергије, јесу нарочито:

- производња и дистрибуција топлотне енергије,
- производња, пренос и дистрибуција електричне енергије,
- испорука природног гаса и остали сектори производње, преноса и дистрибуције енергије.

Закон о планирању и изградњи из 2009. године¹¹ је први неенергетски закон који садржи појам енергетске ефикасности. Овај Закон

¹¹ Службени гласник Републике Србије број 72/09.

уводи појам унапређења енергетске ефикасности кроз прописивање обавезе прибављања сертификата о енергетским својствима објекта. Закон о планирању и изградњи уводи енергетску ефикасност у примену и у области урбанистичког планирања. Закон децидно наводи обавезне елементе планова детаљне регулације, међу којима су у тачки 14 мере енергетске ефикасности.

Правилник о енергетској ефикасности зграда¹² и Правилник о условима, садржини и начину издавања сертификата о енергетским својствима зграда¹³ су два подзаконска акта којима се ближе уређују питања енергетске ефикасности зграда. Оба се примењују од 30. септембра 2011. године.

Правилник о енергетској ефикасности зграда прописује енергетска својства и начин израчунавања топлотних својстава објеката високоградње и енергетске захтеве за објекте, осим за привремене зграде и зграде које се користе мање од 25% зимске или летње сезоне. Нормативи из Правилника су обавезни код изградње нових зграда, затим код реконструкције, доградње, обнове и адаптације постојећих зграда и културних добара и за зграде или делова зграда које се продају или дају у закуп. Правилником је прописано 10 категорија зграда за које се утврђују енергетска својства, у коју су разврстани сви типови објеката који користе енергију. Утврђивање испуњености услова енергетске ефикасности зграде врши се изразом елабората о енергетској ефикасности зграде, који је саставни део техничке документације уз захтев за издавање грађевинске дозволе или уз захтев за издавање решења којим се одобрава извођење радова на адаптацији или санацији објекта или на енергетској санацији. Елаборат о енергетској ефикасности израђује се применом националног софтвера за израчунавање показатеља енергетске ефикасности зграде.

Правилник о условима, садржини и начину издавања сертификата о енергетским својствима зграда прописује услове, садржину и начин издавања сертификата о енергетским својствима зграда. Сертификат о енергетским својствима зграда – енергетски пасош је документ који садржи израчунате вредности потрошње енергије у оквиру одређене категорије зграда, енергетски разред и препоруке за побољшање енергетских својстава зграде. Енергетски пасош морају имати све нове зграде, као и постојеће зграде које се реконструишу, адаптирају, санирају или енергетски санирају, осим зграда које су Правилником изузете од ове обавезе – то су зграде нето површине мање од 50 м², привремени објекти, верски објекти и други објекти код којих потрошња енергије није стална

¹² Службени гласник Републике Србије број 61/11.

¹³ Службени гласник Републике Србије број 61/11.

или обавезна. Енергетски пасош се издаје само за легализоване постојеће објекте, као и за нове објекте који се граде у складу са прописима о изградњи и у складу са Правилником о енергетској ефикасности зграда. Енергетски пасош се издаје за три врсте зграда: стамбене зграде, нестамбене зграде и зграде друге намене које користе енергију. Енергетски пасош зграде садржи податке о енергетском разреду зграде по енергетским својствима и омогућује поређење зграда према тим својствима: зграде се разврставају у осам енергетских разреда према енергетској скали од „А+“, као најповољнијег, до „Г“, као најнеповољнијег разреда, док се енергетски разред зграде одређује на основу податка о потрошњи енергије за грејање на годишњем нивоу, прорачунатих у складу са Правилником о енергетској ефикасности зграда. Нова зграда мора имати најмање „Ц“ разред или виши, док енергетски разред за постојеће зграде, након реконструкције, доградње, обнове, адаптације, санације и енергетске санације, мора бити побољшан најмање за један разред. Енергетски пасош чини саставни део техничке документације која се прилаже уз захтев за издавање употребне дозволе и издаје се за целу зграду или за део зграде када се ради о згради са више енергетских зона, а израђује се на основу израчунатих енергетских потреба и енергетског прегледа.

Област енергетске ефикасности у Србији је у фази заокруживања правног оквира. Сви општи документи и прописи (стратегије и други плански документи и закони) препознају енергетску ефикасност као важан елемент енергетике и енергетске политике. Законом о ефикасној употреби енергије регулише се примена конкретних и обавезујућих мера енергетске ефикасности и енергетског менаџмента за привредне и јавне субјекте. Другим речима, правним оквиром још увек није дефинисан целиовити енергетски менаџмент или систем којим се постиже енергетска ефикасност.

Као посебно важно питање јавља се непостојање дефинисаних и стабилних извора финансирања активности у области енергетске ефикасности. Премда ове активности у начелу остварују, уз енергетске, и финансијске уштеде, те су изразито исплативе, спровођење ширих мера енергетске ефикасности, односно мера које се по обиму могу сматрати енергетским менаџментом, захтева озбиљна иницијална улагања, која се не могу спровести из редовних буџетских средстава.

Од значаја за пројекат је чињеница да постојећи правни оквир уважава енергетску ефикасност, а у одређеном делу и примену енергетског менаџмента (модул 11 Програма остваривања Стратегије развоја енергетике и Први национални план за енергетску ефикасност од 2010. до 2012. године). Посматрано у границама прописаних рокова, 2012.

година је година у којој истичу рокови за успостављање целовитог система енергетског менаџмента.

Закључак

Енергетска ефикасност је есенцијално развојно питање земаља Европске уније. Пројекти унапређења енергетске ефикасности се одликују великим екстерним ефектима, односно ефекти на нивоу државе су неупоредиво већи него што су то на нивоу домаћинства, предузећа и нивоу самоуправе.

За унапређење енергетске ефикасности у енергетској политици Европске уније од посебног значаја су следећих пет директива: Директива 89/106/ЕЕЗ, о усклађивању законских и управних прописа држава чланица о грађевинским производима, Директива број 93/76/ЕЕЗ о ограничавању емисије угљендиоксида повећањем енергетске ефикасности, Директива број 2002/91/ЕК, Европског парламента о промоцији унапређења енергетске ефикасности зграда, Директива број 2006/32/ЕК о енергетској ефикасности и енергетским услугама, Директива број 2009/28/ЕК о коришћењу обновљивих извора енергије.

Најважније правне акте који регулишу област енергетске ефикасности могуће је поделити на: ратификоване међународне уговоре и стратегијске документе Владе Републике Србије. Међу ратификованим међународним уговорима својим значајем за област енергетске ефикасности се издвајају Уговор о оснивању енергетске заједнице и Уговор о ратификација Кјото протокола. Стратегијске документе Владе Републике Србије којима је правно регулисана област енергетске ефикасности могуће је поделити на енергетске законе и остале релевантне законе.

Најзначајнији правни акат у области енергетске ефикасности је Законом о ефикасном коришћењу енергије Републике Србије који је донет марта 2013. године. Овим законским актом уређују се услови и начин ефикасног коришћења енергије у сектору производње, преноса, дистрибуције и потрошње енергије; политика ефикасног коришћења енергије; систем енергетског менаџмента; означавање нивоа енергетске ефикасности производа који утичу на потрошњу енергије; минимални захтеви енергетске ефикасности у производњи, преносу и дистрибуцији електричне и топлотне енергије и испоруци природног гаса; финансирање, подстицајне и друге мере у овој области, као и друга питања од значаја за права и обавезе физичких и правних лица у вези са ефикасним коришћењем енергије.

Литература

Директива 89/106/ЕЕЗ.

Директива број 93/76/ЕЕЗ

Директива број 2002/91/ЕК

Директива број 2006/32/ЕК

Директива број 2009/28/ЕК

Harris, J. Економја животне средине – savremeni pristup, Datastatus, Beograd, 2009.

Јововић, Д. Цветановић, С. Економске интеграције и Европска унија, Економски факултет, Приштина, 2010.

Eurostat, Annual report, 2010.

Прокопијевић, М. Европска унија – увод, Службени гласник, Београд, 2005.

Симурдић, М. Ковачевић, А. Утицај интеграције Србије у ЕУ у обалсти енергије, ФЕФА, Београд, 2010.

Службени гласник Републике Србије, број 62/06.

Службени гласник Републике Србије број 88/07.

Службени гласник Републике Србије број 72/09.

Службени гласник Републике Србије број 61/11.

Службени гласник Републике Србије број 25/13.

Dušanka Jovović, LL.D
Full Professor

**THE LEGAL BASIS FOR IMPROVEMENT OF ENERGY
EFFICIENCY IN THE EUROPEAN UNION AND THE REPUBLIC OF
SERBIA**

Summary

Energy efficiency represents an essential development issue of the EU countries. The projects of improvement of energy efficiency are characterized by large external effects. The effects on the state level, therefore, are incomparably greater than on the household, enterprise or self-government levels.

The following five guidelines are of special significance for the improvement of energy efficiency in the energy policy of EU: the Guideline no. 89/106/EEZ, concerning harmonization of legal and administrative processes of the member states concerning construction products, Guideline no. 93/76/EEZ concerning the limitation of emission of carbon dioxide by means of increase of energy efficiency, Guideline no. 2002/91/EK of the European Parliament concerning the promotion of improvement of energy efficiency of buildings, Guideline no. 2006/32/EK concerning the energy efficiency and energy services, Guideline no. 2009/28/EK concerning the usage of renewable energy sources.

The most important legal documents which regulate the field of energy efficiency can be classified as ratified international treaties and strategic documents of the Government of the Republic of Serbia. Among the ratified international treaties the ones which are most significant for the field of energy efficiency are: the Treaty on Establishment of the Energy Community and the Treaty on Ratification of the Kyoto Protocol. The strategic documents of the Government of the Republic of Serbia which legally regulate the field of energy efficiency can be classified as the energy laws and other relevant laws.

ЗНАЧАЈ УЛАСКА СРБИЈЕ У ЕВРОПСКУ УНИЈУ ЗА РАЗВОЈ ПОЉОПРИВРЕДЕ

***Апстракт:** У овом раду анализиран је значај уласка Србије у ЕУ за развој пољопривреде. Анализа полази од чињенице да Србија још увек нема усвојену стратегију аграрног и руралног развоја "Пост 2013". По угледу на ЕУ, нашу земљу очекују стратешка преусмеравања обзиром да се Србија налази на самом почетку реформских процеса. Уз критички осврт изложена су досадашња настојања да се покрене процес приближавања односно придруживања ЕУ. Указано је на то шта Србија добија на пољу аграрног сектора уласком у ЕУ.*

***Кључне речи:** пољопривреда, реформски процеси, Србија, хармонизација аграрне политике, законодавство и стандарди ЕУ, (не) конкурентност, споразум о стабилизацији и придруживању (ССП).*

Увод

Чињеница је да је пољопривреда била и остала најинтересантнија привредна област у глобалним преговорима земаља кандидата за чланство у ЕУ. Србија је на самом почетку реформског процеса хармонизације своје пољопривредне политике са ЕУ, која такође се налази у процесу суштинских реформи. Оно што посебно забрињава јесте да Србија још није усвојила стратешки концепт одрживог развоја пољопривреде, а такође није дефинисала и операционализовала стратегију свог руралног развоја. То је оно без чега се заиста не може суштински кренути у дубље реформске процесе. Иначе, наводе се само поједина подручја која морају бити обухваћена реформским процесом. Остварење захтева за брже прилагођавање пољопривредне политике Србије са ЕУ углавном зависе од најављених реформских промена које је најавила ЕУ. Оне се крећу ка смањењу подршке произвођачима и трансфера средстава ка пројектима одрживог развоја, заштите животне средине и подршке оних производњи које имају предзнак "органска".

* Редовни професор

Имајући у виду да свака земља извозница хране или пољопривредних производа у ЕУ мора да у потпуности испоштује постојеће законодавство ЕУ, то је потребно законодавство Србије из овог поглавља у потпуности хармонизовати са стандардима ЕУ посебно у домену ветерине, фотосанитарних потреба, максимизирању робне пољопривредне производње, доношење целог сета социјалних прописа и олакшати реформске проблеме (радне снаге) у процесу прилагођавања и др. Дугорочна оријентација домаће пољопривреде је повећање степена ефикасности и њено укључење у европске и светске токове. Основно је питање данас у којој мери је српска пољопривреда са становишта организованости, самом концепту, оријентацији у позицији да се конкурентно појављује на тржишту ЕУ. Нема сумње, да досадашњи токови, структура, динамика указују да пољопривреда даје парцијалне домете и ефекте и не обећавају разноврснији и стабилнији наступ. Отуда у овом раду чинимо покушај да истакнемо и укажемо на значај уласка Србије у ЕУ за развој пољопривреде.

Колико су значајни законски акти односно закони, правила и процедуре по основу којих функционише ЕУ, познати као *Acquis Communautaire* у области пољопривреде сведочи чињеница да око половине (40%) од укупног броја законских аката ЕУ (од 27000 прописа на пољопривреду се односи око 10000) односи се на законодавство заједничке пољопривредне политике. Треба нагласити да је њихова примена дуго представљала најзначајнији буџетски расход Европске уније. Отуда Србија на путу интегрисања у ЕУ неопходно је да пре свега, спроведе следеће активности: усклађивање законодавства; изградња нових институција; обука кадрова.

Чињеница је, да је пољопривредна политика најстарија секторска политика Европске уније. Она је у суштини тржишна политика пољопривредних производа. Треба истаћи да је сектор пољопривредне политике веома широк и он обухвата аграрни сектор и то почев од производње до продаје готових пољопривредних производа.

Досадашња искуства земаља у транзицији указују да је закључење споразума о стабилизацији и придруживању ССП¹ са

¹ Преговоре о закључивању ССП са ЕУ Србија је отпочела 2005. године (10. октобра), а исти је парафиран 2007. године (новембра). ССП Србије ЕУ као и прелазни трговински споразум потписани са 2008. године (29. априла) у Бриселу а потврђени (ратификовани) од стране скупштине Србије такође 2008. године (9. септембра). Србија је од 2009. године (30. јануара) отпочела са (једностраном) применом прелазног

Европском унијом први корак интегрисања и то путем формирања зоне слободне трговине и усклађивања законодавства са правним тековинама ЕУ. Подсећамо, да је Споразум о стабилизацији и придруживању међународни уговор, али чије потписивање не значи и примену за чланство у ЕУ, већ земљи потписници осигурава статус државе придружене ЕУ.

"Потписивањем споразума однос уговорних страна постаје двострано обавезујући. Најважније обавезе које има придружена чланица Европске уније је успостављање зоне слободне трговине са ЕУ у току дефинисаног прелазног периода, као и усаглашавање националног законодавства са правом Уније Споразум о стабилизацији и придруживању предвиђа формалне механизме за приближавање стандардима ЕУ".²

Пре потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању (током 2000. године) Европска унија је увела аутономне трговинске мере (АТМ) засновани на периференцијалном статусу (у корист земаља Западног Балкана) на унитарној основи. таквим мерама и Србија је стекла периференцијални статус за преко 90% пољопривредних производа који су се могли извозити у ЕУ (без количинских ограничења-квалитета и без царинских рестрикција).³

Циљ ових мера као и других које су уследиле сагледаћемо у наставку овог рада.

1. УЛАЗАК СРБИЈЕ У ЕУ - ПРЕТПОСТАВКА ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ КОНКУРЕНТНОСТИ И ЕФИКАСНОСТИ ПОЉОПРИВРЕДЕ

Србија се данас налази у реформском процесу. Досадашњи резултати транзиције односно реформе у Србији, као и многим земљама централне и југоисточне Европе и Балкана, одступају од

трговинског споразума са ЕУ. Овај споразум су земље ЕУ почеле да примењују од почетка 2010. године. ССП предвиђа постепено успостављање зоне слободне трговине између Србије и ЕУ 2013. године. Наиме, за прерађене пољопривредне производе и производе рибарства последња година предвиђена је 2013, а за примарне пољопривредне производе последња година прелазног периода је 2014. година.

² Божић, Д., Богдановић, Н., Севарлић, М., Економика пољопривреде. Пољопривредни факултет, Београд, 2011, стр.358.

³ Треба рећи да од ових повластица изузет је извоз следећих група производа: жива грла говеда; месо крупне стоке; свеже, расхлађено или смрзнуто-baby-beu); рибе и рибљи производи. Иначе извоз ових производа као и вина, одређен је флексибилним извозним квотама (њихове количине одређују се сваке године).

очекиваних и пожељних. Наиме, земље бивше СФРЈ сем Словеније, оствариле су такве резултате да нису били ни на нивоу очекиваног или динамике раста друштвеног благостања. Неостварени резултати (очекивани) од процеса транзиције негативно су се одразили на друштвену и социјалну компоненту живљења. Заправо, Србија је платила високу цену изражену дуги низ година, кроз негативну, односно ниску стопу привредног раста, затим, пад извоза, пораст незапослености и самим тим пад животног стандарда становништва. Отуда Србија се сврстава у земље које још увек имају неразвијену привреду и у којој се процес реформи одвија споро и са доста тешкоћа, а што је све утицало на то да се још увек није у потпуности уклопила у светску привреду, односно каква је привреда ЕУ, да је обим њене спољне трговине још увек мали, а још мањи када се ради о вишим облицима економске сарадње. Укључивање Србије у интеграционе процесе представља покушај да се економским факторима да примат. Данас је у Европској унији чланство пре правило него изузетак. Европска унија без Србије и осталих земаља југоисточне Европе заувек би имала разочарану и обезнађену рупу у близини свог седишта. Могућност добијања чланства у ЕУ представља прилику без преседана за Србију и остале земље југоисточне Европе,⁴ наду за утемељење стабилности и просперитета, као и окретање нове странице после тешких поглавља из прошлости. Колики је значај уласка Србије у ЕУ најбоље говоре речи Котлра: "да сваким даном, сваком годином ван ЕУ, Србија губи брзину, енергију и шансе".⁵ На том путу од Србије као и држава региона се захтева да испуне а не да траже да ти услови буду прилагођени њима, заправо, испуњењем критеријума које поставља ЕУ, Србија ће обезбедити високу стопу привредног раста, пораст извоза и запослености и као резултат тих кретања, раст животног стандарда становништва. Зато предстојећи интеграциони процеси намећу потребу прилагођавања и реформисања аграрног сектора Србије. Да би се тај процес што пре и успешније реализовао, неопходно је, поред осталог, усклађивање аграрне политике Србије са мерама и механизмима Заједничке аграрне политике ЕУ (ЗАП). Неопходно је такође континуирано изналажење нових систематских решења, односно елемената ЗАП-а, њихове еволуције облика и

⁴ Југоисточна Европа обухвата осам земаља и то Хрватска, БиХ, Македонија, Србија, Црна Гора, Румунија, Бугарска и Албанија.

⁵ Котлер је изнео ово мишљење на предавању одржаном 2007. године на Економском факултету Универзитета у Београду.

структуре, као и искуства у њиховој имплементацији. Заправо без политичке подршке и реформи на плану спољнотрговинског система не може се очекивати успех у процесу придруживања Европској унији.

Чињеница је да су све земље региона безрезервно одређене за чланств у ЕУ, јер је немогуће обезбедити високе стопе привредног раста учвршћењем националних граница. Напротив, потребна је либеризација која је предуслов бржег економског развоја. Исто тако, за многе земље у транзицији (Србију) ЕУ је главно извозно тржиште. Али док су земље централне Европе у значајној мери прилагодили своју извозну структуру потребама ЕУ, дотле Србија још увек нема довољан ниво подударности са увозном тражњом земаља ЕУ. Да ствар буде још тежа, даљим проширивањем ЕУ, ниво продуктивности увозне тражње ће се проширивати на штету Србије.

Како су настојања Србије да се у наредном периоду што више приближе критеријумима ЕУ, то значи да је потребно пре свега, да повећа продуктивност и конкурентност⁶ привреде, запосленост и животни стандард становништва. Отуда предстојећи интеграциони процеси намећу потребу прилагођавања и реформисања аграрног сектора Србије. За реализацију тог процеса неопходно је, поред осталог, усклађивање аграрне политике Србије са мерама и механизмима Заједничке аграрне политике ЕУ.

У досадашњем излагању више пута смо истицали да пољопривреду као привредну делатност карактеришу бројне специфичности. Отуда зависност производних и финансијских резултата од аграрно-економских услова, недовољна способност самофинансирања, као и стратешки значај пољопривредно-прехранбених производа, само су неке од одредница које упућују на

⁶ У документарној емисији "Има ли Србија план за развој пољопривреде и села" на РТС-у од 29.01.2013. године (у 21 час и 30 минута), директор Института за економику пољопривреде др Драго Цвијановић је поред осталог указао да треба повећати улагања у пољопривреду, пре свега, ради пораста конкурентности како би наша пољопривреда била конкурентнија на тржишту Европске уније и светском тржишту. Овакав став је оправдан др Цвијановића, јер вредност извоза у ЕУ у укупној вредности извоза агроиндустријских производа из наше земље, у периоду 1996-2003. године, достигао је свој максимум у 2003. години од 54,4%. Дакле, само у ЕУ, са учешћем већим од половине укупног извоза у 2003. години, чиме је ЕУ дефинитивно постала најзначајнија извозна дестинација агрокомплекса. Уколико посматрамо апсолутну вредност извоза у ЕУ, у посматраном периоду (1996-2003. године), од 1,4 милијарде US/\$, она чини 44,4% укупног извоза агроиндустријских производа из Србије.

неопходност обезбеђења систематске подршке пољопривреди од стране државе.

Чињеница је да су данас давања пољопривреди како директна тако и индиректна, постала уобичајена пракса било у развијеним или земљама у развоју. Наиме, постало је уобичајено правило да земље које су достигле виши степен привредног развоја, да из сопствених средстава, из државног буџета издвајају значајна средства за различите видове подршке пољопривреди. Интересантно је истаћи да у развијеним тржишним земљама значај пољопривреде у укупном привредном систему (БДП) релативно мали (око 4% и запошљава радне снаге око 2%). Међутим, буџетска средства усмерена ка пољопривреди изузетно су висока. Тако, у земљама ЕУ од укупних буџетских средстава око 50% издвајају се за аграр. Дакле, највећу подршку пољопривреди дају земље код којих пољопривреда симболично учествује у стварању БДП-а, односно земље у којима је најмање учешће аграрне у укупној популацији.

Земље ЕУ су земље тржишног система привређивања. Да би се остварио дати систем привређивања, наша држава (читај државне институције) треба да створи привредни амбијент, (законе и остале прописе који су хармонизовани са прописима из развијених тржишних привреда) и да препусти привредним субјектима да се сами организују. Није потребан никакав посебан концепт или филозофија у овом периоду увођења тржишног начина привређивања. Треба проверене, познате и признате истине и искуства тржишних економија прилагодити постојећим условима и стандардима наше стварности.

У овако створеним привредним условима неће бити сметње за развој постојећих и новоформираних предузећа у агробизнису Србије на тржишним принципима уз уважавање свих предности маркетиншког концепта.⁷ Заправо, испуњавање критеријума и прихватање Законске регулативе Европске уније у области аграра, за Србију и већину аграра у транзицији је један од најсложенијих задатака. У прилогу томе говори и податак да се чак 45% од укупних законских прописа Европске уније односи на област пољопривреде.

Нема сумње, чланство Србије у ЕУ допринело би стварању повољнијег односа цена инпута и готовог производа и већи доходак произвођачима, захваљујући стабилнијим тржишним механизмима

⁷ Цвијановић, Д., Поповић, В., Маркетиншка оријентација предузећа услов за развој малих и средњих предузећа у агробизнису Србије, часопис, Економика пољопривреде, бр. 3-4, Београд, 2002, стр.131-132.

дефинисаним правилима за заједнички организована тржишта стратешких производа. У условима тржишног начина привређивања присутна је као што је познато помоћ државе у виду субвенционисања пољопривредних произвођача како би нормално функционисала и развијала се пољопривреда. Међутим, на глобалном односно светском нивоу долази до изражаја сви негативни ефекти таквих облика заштите. Отуда и захтеви за редукацију подстицаја пољопривреди у оквиру националних аграрних политика појединих земаља са тржишним концептом привређивања.

Преговори за улазак Србије у Европској унији поред осталог и у области аграрне политике треба да доведу до низа неопходних измена међу њима свакако се односе на подизање заштите домаћих произвођача. Поред тога, аграрни буџет последњих година био је иновиран увођењем директних подстицаја производњи везаних за површине и остварену продуктивност, што несумњиво представља један корак напред на успостављању система подршке производњи који су својствени земљама Европске уније.⁸

Већ је речено да ЕУ интезивно субвенционише пољопривреду. Међутим, у циљу развоја тржишта Европска комисија врши стални интерни притисак за смањење субвенција пољопривреди. Иначе, општи тренд у ЕУ је смањивање вертикалне подршке секторима и предузетницима, а повећање хоризонталне подршке, које нису

⁸ Треба истаћи да у оквиру ЕУ чланице могу стећи два вида директних плаћања-субвенције су у примени (ЕУ date base, 2006):

1. За биљне културе (жита и уљарице) произвођачи у ЕУ су субвенционирани по хектару засејане површине биљне културе, калкулисано зависно од обима остварене производње увећане за тзв. референтне приносе. Референтни приноси се дефинишу за сваки регион посебно на основу остварених просечних приноса региона у одређеној базној години. Произвођач не може да оствари право на плаћање на већој обрадивој површини од оне коју је обрађивао у референтном периоду, али зато уколико обради мању површину у односу на своју референтну површину, остварује право само на плаћање текуће обрадиве површине.

2. Комплекс степенастих плаћања у говедарској производњи. Стеоне јунице се премирају једном годишње по грлу. Премија се исплаћује једном у живот за бикове и два пута у току живота за јунад. За заклане животиње премија се плаћа у кланици. Све поменуте премије су лимитиране, по регионима, "плафонирањем" величине стада на основу остварених просека у референтном периоду. Премије за стеоне јунице и јунад су такође предмет тзв. максимизирање условних грла (број животиња по јединици хектара).

Извор: Радојевић, В., Могућност извоза агроиндустријских производа из Србије на тржишту Европске уније, Друштво аграрних економиста Србије, Београд, 2008, стр.81.

усмерене на појединце, него на пример на истраживање и развој, тренинг, запошљавање или регионални развој.

Нема сумње, извесни помаци ка испуњавању наведених услова већ су остварени у Србији. Наиме, различити облици подстицајних средстава, која се реализују кроз релевантне програме развоја усмерена су, пре свега, према категорији комерцијаних пољопривредних газдинстава, која се сматрају носиоцима оживљавања и будућег развоја нашег аграрног сектора. Како из укупних буџетских средстава нису издвајана значајна средства за подстицање пољопривредне производње, јасно говори о недовољном приближавању наше аграрне политике механизмима заједничке аграрне политике ЕУ. Можемо рећи да је прихватање и имплементација принципа, и стандарда односно Закона заједничке аграрне политике процес који се остварује потпуно и уз адекватну финансијску подршку у виду кредита, страних улагања, као и коришћење европских фондова за инвестиционо и секторско прилагођавање. Међутим, такав вид неопходне подршке нашој земљи на актуелном нивоу преговарања за придружење ЕУ још увек није доступан.

За улазак у ЕУ Србија мора подићи конкурентност. Наиме, интерес и потребе домаће привреде да буде у већој мери и у континуитету присутна на тржишту ЕУ је неспоран (највећи извоз Србије је у земљама ЕУ). Мотиви за такву оријентацију потичу не само из општег опредељења да се домаћа привреда у целини непосредније и више укључи у међународне робне токове, већ и да се кроз интензивнији наступ на овом тржишту врши и провера сопствене конкурентности, оспособљености (технолошке и организационе) да се држи корак са савременим тенденцијама и токовима у свету. Заправо, конкурентност представља кључни фактор успеха како на домаћем тако и на међународном тржишту. На конкурентност утиче већи број фактора и она се може повећати искључиво ако постоје конкурентна предузећа и конкурентни производи. У суштини конкурентност се може повећати повећањем продуктивности а која се може повећати кроз примену новог знања, инвестиција и повећање ефикасности.⁹ Раст конкурентности у дужем временском периоду доводи до побољшања не само економског положаја државе већ и до пораста животног стандарда њеног становништва. Треба истаћи да повећање конкурентности веома је важно за оне земље које имају мали тржишни потенцијал какав има и Србија.

⁹ Види шире о томе: Владе Зарић, *Анализа конкурентности пољопривредно-прехрамбених производа Србије*, Пољопривредни факултет, Београд, 2008.

Нема сумње, спољна тржишта су неупоредиво већа у односу на унутрашње тржиште, па одлучујуће остварују утицај на повећање конкурентности дате земље. До повећања конкурентности може доћи у неким случајевима кроз улагање у образовање, развојем предузетништва или стимулисањем оснивања нових и динамичних фирми. У неким ситуацијама поевна пажња се придаје иновацијама, увозу савремене технологије или иновирању домаће технологије. Исто тако, у неким случајевима се искључиво акценат ставља на смањење трошкова радне снаге, али искуство показује да повећање конкурентности путем смањења запослености не може се одржати на дужи рок.

Треба истаћи да свака држава треба да креира стратегију за унапређење конкурентности привреде.¹⁰ Наравно, суштина као и конкретне мере дате стратегије, треба да буду усклађене са нивоом односно фазом привредног развоја у којој се дата земља налази. Када је реч о конкурентности на међународном нивоу, онда треба истаћи да процес интеграције (глобализације) утиче негативно на овај феномен. Наиме, емпиријски подаци потврђују да се земље у развоју суочавају са конкурентним хендикепом и да процес глобализације доводи до ефеката трајног економског заостајања.

Нема сумње, економски раст заснован на нерационалној експлоатацији природних ресурса и извозној структури у којој су доминантно заступљени производи са малим степеном обраде (финализације) дугорочно посматрано за Србију је неодржив. Отуда не треба да нас чуди што се конкурентност привреде наше земље налази далеко испод просечног нивоа конкурентности земаља чланица ЕУ. Да ствар буде гора конкурентска способност пољопривреде Србије судећи према економским критеријумима, знатно је слабија, не само у односу на чланице Европске уније, већ и у поређењу са неким земљама из окружења. У том контексту на одсуство конкурентности пољопривредног сектора Србије указују бројни индикатори (рурално становништво и ниска економска снага односно вредност пољопривредних газдинстава; ниска вредност извоза пољопривредних производа по хектару

¹⁰ Републичко министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде крајем 2004. године презентовало је јавности студију под називом "Конкурентност пољопривреде Србије". Конкурентност је анализирана коришћењем методолошког поступка "модел дијаманта". Тренутно стање конкурентности производа који учествују у спољнотрговинској размени пољопривреде оцењено је као крајње незадовољавајуће и да има мали број производа који имају конкурентске предности.

коришћеног пољопривредног земљишта; неповољна структура извоза пољопривредно прехранбених производа; екстезивност - ниска продуктивност пољопривреде; ниско учешће сточарске производње и вредност укупне пољопривредне производње). У овом раду указаћемо на ниску вредност извоза пољопривредних производа по хектару коришћеног земљишта у односу на земље ЕУ и факторске предности (земљиште и јефтина радна снага) и научни потенцијал у пољопривреди.

Табела 1. Извоз пољопривредног производа из Србије и изабраних земаља ЕУ, за 2012.годину

Земља	КПЗ/1ха	Извоз пољоп. производа у укуп. извоз роба, и %	Извоз пољопр. производа у 000 US\$	Извоз пољопр. производа по ха КПЗ у US\$
Холандија	1.872.350	15,7	102.944.900	54.982
Аустрија	2.878.170	9,5	15.811.705	5.494
Италија	12.856.050	8,5	42.561.115	3.311
Француска	27.837.290	13,8	78.510.960	2.820
Шпанија	23.752.690	16,8	49.381.752	2.079
Грчка	3.477.900	19,4	6.882.926	1.979
Србија	3.437.423	25,0	2.838.250	826

Извор: Параушић, В., Цвијановић, Ј., Конкурентност агропривреде Србије, Институт за економију пољопривреде, Београд, 2014, стр.21.

Евидентно је из табеле 1. да је извоз пољопривредних производа по хектару коришћене пољопривредне површине у 2012. години у Србији износио 826\$/ха КПЗ (коришћено пољопривредно земљиште), што је дакле знатно ниже од земаља ЕУ и земаља из нашег окружења. Треба истаћи, да овако ниски показатељи резултат су ниске јединичне вредности извоза, немогућности остварења ценовне конкурентности на иностраном тржишту, немогућности да Србија обезбеди довољно количине робе за извоз, а самим тим и континуитета у снабдевању међународног тржишта производима задовољавајућег квалитета. Из наведене табеле учавамо такође, да иако Србија поседује повољне факторске услове (земљиште, јефтину радну снагу) у пољопривреди, није забележила високе извозне резултате и високу конкурентност. На другој страни, Холандија је земља која се одликује недостатком као и неодговарајућим квалитетом пољопривредног земљишта, али показује високу конкурентност у пољопривреди (54.982 \$ по ха КПЗ), а која је

результат углавном повољне структуре извоза, односно високе јединичне вредности извоза пољопривредних производа.¹¹

На крају овог излагања треба још једном истаћи, да је Србија на самом почетку реформских процеса хармонизације своје пољопривредне политике са ЗАП ЕУ, која је такође у процесу суштинских реформи. Захтеви за брже прилагођавање пољопривредне политике Србије са ЗАП ЕУ зависи од највиших реформских потеза ЕУ. Наиме, већ је речено да ће буџетске подршке у наредном периоду бити у правцу смањења подршке произвођачима и трансфера средстава ка пројектима одрживог развоја, заштита животне средине и подршке оних производњи које имају предзнак "органска". Како је Србија нето извозник хране и пољопривредних производа у ЕУ то мора у потпуности да испоштује постојеће законитости ЕУ. Зато је и неопходна потпуна хармонизација аграрне политике у Србији са законским прописима и стандардима ЕУ. Тиме ће се дакле, у моменту прикључивања ЕУ национални систем подршке аграру бити компатибилна са системом подршке у оквиру ЗАП који ће тада бити примењиван.

Закључак

Резимирајући претходно излагање могу се уочити следеће предности пољопривреде Србије уласком у ЕУ и у том контексту извући следећи закључци:

1. Смањење (избегавање) превеликих ценовних осцилација пољопривредних производа. Наиме, специфичност пољопривредне производње као и стратешки значај овог сектора изискује примењивање јаког протекционизма у пољопривреди. Централно место многих аграрних политика свакако је систем гарантованих цена, што најбоље илуструје пракса Европске уније која је водила такву политику од самог стварања заједничке пољопривредне политике. Уласком Србије у ЕУ српски сељак штитиће не само свој материјални положај, већ ће га знатно побољшати - остварити већи доходак (профит).

2. Подизање конкурентности уласком у ЕУ веома је важно за оне земље које имају мали тржишни потенцијал какав има и Србија. Интензивнији наступ на тржишту ЕУ врши се провера сопствене, (српске) конкурентности, оспособљености да задржи корак са

¹¹ Холандија је други извозник пољопривредних производа у свету.

савременим тенденцијама и токовима не само у ЕУ већ у свету. У том смислу се наводе следећа два приоритета: а) повећање продуктивности употребом нових технологија како би српска пољопривреда постала лидер у региону. Тренутно стње у пољопривреди указује да је један од најзначајнијих индикатора неконкурентности екстезивност односно ниска продуктивност. Зато су пољопривредне инвестиције од кључног значаја за промовисање пољопривредног раста, смањење сиромаштва као и промовисање одрживости животне средине. Њихов недостатак свакако доводи до сиромаштва и екстезивне пољопривреде и чији ће раст зависити од климатских услова и коју карактерише низак оут-пут како у биљној тако и сточарској производњи. б) презентација традиционалних производа са заштићеним географским пореклом који могу омогућити расту извоза на тржишту ЕУ и уопште светском тржишту. Дакле, развојне шансе српске привреде доминантно су у области (склопу) пољопривреде а веома мале око пољопривреде.

3. Свака земља која извози храну у ЕУ мора у потпуности да испоштује постојеће законодавство ЕУ. Заправо, Србија мора да испуни услове, а не да тражи да ти услови буду њој прилагођени. На тај начин Србија ће моћи обезбедити високу стопу привредног раста, пораст извоза као резултат тих кретања, пораст животног стандарда становништва. Дакле, да би се тај процес што пре реализовао неопходно је поред осталог хармонизација аграрне политике Србије са Законским прописима и стандардима ЕУ.

4. Европска унија је тренутно најзначајнија дестинација (са учешћем већим од половине укупног српског извоза) домаћег агрокомплекса. Све су претпоставке да ће се извоз у земљама ЕУ након уласка Србије у Европској унији знатно повећати.

5. Уласком Србије у Европској унији омогући ће се повратак Србије на раније изгубљена тржишта и освајање нових.

6. Улазак Србије у ЕУ у области аграрне политике треба да доведе до низа неопходних измена, међу њима свакако је заштита домаћих произвођача.

7. Омогућиће оспособљавање пољопривредних произвођача да одговоре захтевима европског тржишта и издрже конкуренцију и у условима када поједини видови подршке буду укинута.

8. Решиће се у значајној мери незапосленост и низак степен коришћења капацитета као кључни проблеми наше агропривреде и целе привреде.

9. Хармонизацијом аграрне политике Србије са аграрном политиком Европске уније (ЗАП) спречиће се нарушавање критеријума производње здравствено безбедне хране.

Ljubomir Mitrović, LL.D
Full Professor

IMPORTANCE OF SERBIAN ENTRY IN THE EUROPEAN UNION FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT

Summary

This paper analyzes the significance of Serbia's accession to the EU for agricultural development . The analysis is based on the fact that Serbia still has not adopted a strategy of agricultural and rural development Post "2013 ". Following the example of the EU, our country expects strategic redirection as Serbia is at the very beginning of the reform process. With a critical review will be exposed to current efforts to initiate the process of approaching and joining the EU . We will point to what Serbia gains in the field of the agricultural sector by joining the EU.

ПОСТОЈЕЋИ СИСТЕМ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У СРБИЈИ

Апстракт: Пореска реформа у Србији, започета крајем 90-тих година прошлог века, подразумевала је установљавање пореских облика по узору на савремене државе. На терену пореза на доходак физичких лица манифестовала се кроз покушај увођења синтетичког пореза на доходак. До његове примене није дошло због тадашњих политичких и економских прилика у земљи. Доградња система пореза на доходак, која је уследила, учинила је корак уназад, увођењем мешовитог система опорезивања дохотка.

Кључне речи: порез на доходак физичких лица, порески систем, правичност опорезивања, издашност опорезивања.

У в о д

Спровођење пореске реформе у домену опорезивања дохотка физичких лица имало је за циљ да овај порез код нас добије онај фискални значај и ону редистрибутивну улогу коју има у савременим пореским системима. Специфичан, како у погледу историјског развоја, тако и у погледу карактеристика постојећег система, порез на доходак у Србији је и даље актуелан са аспекта потребе за његовом доградњом. Честе промене политичког уређења, привредног поретка неминовно су се одражавале и на порески систем и онемогућавале његов континуирани развој.

Бурна прошлост, праћена великим променама његовог уређења, рефлектовала се и на улогу и значај пореза на доходак код нас. Са друге стране, континуираним развојем, од његовог увођења крајем 19. века, порез на доходак је већ почетком 20. века заузео значајно место у структури јавних прихода развијених европских земаља. Данас се овај порез сматра једним од најиздашнијих пореза, уз порез на додату вредност, има највеће учешће у пореским и укупним јавним приходима савремених држава. Поред тога, традиционално се сматра праведним порезом, јер се појављује као погодан инструмент за остваривање социјалних циљева.

* Асистент

Основне карактеристике опорезивања дохотка физичких лица у Србији

Постојећи систем пореза на доходак физичких лица у Србији креиран је као мешовити систем опорезивања дохотка. Групом цедуларних пореза појединачно се опорезују различити извори прихода, применом различитих пропорционалних пореских стопа, док се синтетичка компонента остварује годишњим порезом на доходак грађана као корективним.

Табела: 1. Цедуларни порези на доходак грађана у Србији

цедуларни порези	нормирани трошкови	пореска стопа	специфичности у поступку утврђивања пореске обавезе	начин утврђивања и плаћања
порез на зараде		10%	стандардни одбитак у износу од 11.000 дин.	по одбитку
порез на приходе од самосталне делатности		10%	паушално опорезивање	по решењу за паушалне приходе; само-опорезивањем за предузетнике који воде посл.књиге
порез на приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине	- за приходе од ауторских и сродних права нормирани трошкови (50%,43% и 34%) - за приходе од права индустријске својине стварни трошкови	20%	временско разграничење прихода	по одбитку; самоопорезивањем ако исплатилац прихода није предузетник или правно лице
порез на приходе од капитала	- само за издавања сопствене непокретности 25% (50%); могућност	15%		по одбитку, ако је исплатилац правно лице или предузетник; самоопорезивањем за камате и приходе од

	признавања стварних трошкова			издавања непокр., ако исплатилац није правно лице или предузетник
порез на капиталне добитке		15%		самоопорезивањем
порези на остале приходе: - од давања у закуп покретне имовине;	могућност признавања стварних трошкова (20%)	20%	неопорезивање малих згодитака до 11.000 дин.	по одбитку; самоопорезивањем, ако исплатилац није правно лице или предузетник
- добици од игара на срећу;		20%		по одбитку
- од осигурања лица;	50%	15%		по одбитку
- спортиста и спортских стручњака;	20% (90%)	20%	40% умањење обрачунатог пореза	по одбитку, ако је исплатилац правно лице или предузетник
- други приходи		20%		

Извор: Одредбе чл.3 и чл.13 до чл. 86, од чл. 99 до чл.100а Закона о порезу на доходак грађана Републике Србије ("Сл.гласник РС", бр.24/01, 80/02,80/02-др.закон, 135/04,62/06,65/06 исправка,31/09,44/09,18/10,50/10,91/11-УС,93/12,114/21-УС,8/13-усклађ.дин.изн.,47/13,48/13-испр, 108/2013 и 6/2014 - усклађ.дин.изн.(у даљем тексту: ЗПДГ).

Основна сврха прописивања стандардног одбитка код **пореза на зараде** је у обезбеђивању тзв.егзистенцијалног минимума. То је новчани износ, за који се претпоставља да је потребан за задовољавање основних животних потреба.¹ У тако обликованој цедуларној компоненти нашег

¹ Овај износ (од 11.000 дин.) је прописан за пореског обвезника који ради пуним радним временом. За лице које ради са непуним радним временом, основица пореза на зараде се умањује за износ који је сразмеран радном времену тог лица у односу на пуно радно време. Уколико лице ради код два или више послодаваца са непуним

мешовитог система пореза на доходак физичких лица, прописивање неопорезованог одбитка ради остваривања социјалних циљева пореске политике није присутно у осталим цедуларним порезима.

У односу на остале обвезнике цедуларних пореза, обвезници **пореза на приходе од самосталне делатности** имају сличан пореско правни статус правним лицима, јер се приликом утврђивања пореске основице, коју чини опорезива добит, примењују одговарајуће одредбе закона којим се регулише опорезивање добити правних лица. Међутим, без обзира на примену правних правила о опорезивању добити правних лица, као и прописивање одредби ЗПДГ којима се детаљно регулише утврђивање основице, у Србији преовлађује паушално опорезивање ове категорије пореских обвезника. Велики број ових пореских обвезника користи могућност дату законом, да у случају да нису у стању да воде пословне књиге или би им њихово вођење отежавало обављање делатности, захтевају плаћање пореза на паушално утврђен приход.² У том случају неће имати обавезу да воде пословне књиге по систему простог књиговодства у складу са ЗПДГ-ом или по систему двојног књиговодства у складу са законом којим се уређује рачуноводство и ревизија, већ само пословну књигу о оствареном промету.³

При обрачуну опорезивог **прихода од ауторских и сродних права**, обвезнику се признају нормирани трошкови које је законодавац сврстао у три групе: 50%, 43% и 34% од бруто прихода.⁴ Уместо нормираних трошкова, обвезник има право да тражи признавање стварних трошкова које је имао при остваривању прихода и дужан је да поднесе доказе за то. За разлику од опорезивања прихода од ауторских и сродних права, где се примењују нормирани трошкови уз могућност признавања стварних трошкова, обвезнику, који остварује приходе од права индустријске својине, признају се стварни трошкови који су законом таксативно наведене.⁵

радним временом, сваки послодавац врши умањење сразмерно радном времену које обавља код тог послодавца у односу на укупно радно време, с тим што збир умањења мора бити сразмеран укупном радном времену у односу на пуно радно време, одн. мора бити мањи од прописаног износа. Ако лице радом код два или више послодавца остварује пуно радно време, сваки послодавац врши умањење сразмерно радном времену које обавља код тог послодавца у односу на укупно радно време, с тим што укупно умањење не може бити веће од прописаног износа (вид.: чл. 15а ст.3, ст.4 и ст.5 ЗПДГ).

² Вид.: чл.40 ст1 ЗПДГ.

³ Вид.: чл.43 ст. 1-3 ЗПДГ

⁴ Вид.: чл.56 ЗПДГ. На пример, најниже нормиране трошкове прописује за интерпретацију одн.извођење естрадних програма забавне и народне музике, а највише за вајарска дела, мозаик, витраж.

⁵ Вид.: чл.57 ст.3 тач.1)-3).

У односу на остале приходе који подлежу цедуларном опорезивању, код опорезивања прихода од ауторских, сродних права и права индустријске својине постоји специфичност у погледу одбијања трошкова од бруто прихода. Основицу за опорезивање чини опорезиви приход, који представља разлику између бруто прихода и трошкова које је обвезник имао при остваривању и очувању прихода. Међутим, закон само ауторима, носиоцима сродних права и власницима права индустријске својине признаје трошкове. Сва остала физичка лица, као што су наследници имовинских ауторских и сродних права и права индустријске својине, као и лица која остварују накнаде по тим основама, која су обвезници овог пореза немају право на одбитак трошкова од бруто прихода. Као разлог за то наводи се да ова лица нису ни имала трошкове при остваривању прихода, јер нису ни створила ова дела која су основ за остваривање прихода.⁶

У поступку утврђивања висине пореске обавезе за ове врсте прихода постоји још једна специфичност, која се огледа у постојању института тзв. *временског разграничења прихода*. Код ауторских и сродних права и права индустријске својине ради се о делима која њихови творци, по правилу, стварају дуже од једне године. Отуда се може, на захтев пореског обвезника, утврђени приход делити на онолико делова колико је година дело стварано, али не дуже од пет, при чему се у свакој години опорезује сразмерни део прихода.⁷

Пореску основицу код опорезивања *прихода од капитала* чини опорезиви приход, који представља новчани или неновчани износ оствареног прихода. Само у случају прихода од капитала насталих издавањем сопствених непокретности (који су до измена ЗПДГ-а из 2013.г. представљали посебну цедулу у систему пореза на доходак грађана у Србији), закон прописује одбијање трошкова које је порески обвезник имао при остваривању тих прихода. Наиме, приход од издавања сопствених непокретности је закупнина у коју се урачунава и вредност свих извршених обавеза и услуга закупца, осим обавеза плаћања трошкова насталих током закупа, попут струје, телефона и сл. Пореска основица се добија када се од тако утврђеног бруто прихода одбију трошкови, који могу бити нормирани и стварни. Законодавац признаје нормиране трошкове у висини од 25% бруто прихода за све приходе који су настали издавањем сопствене непокретности, а у висини до 50% бруто прихода за оне приходе који су остварени изнајмљивањем станова, соба и постеља путницима и туристима под условом да је плаћена боравишна такса.

⁶ Наведено према: Исаиловић, З. - Јавне финансије и финансијско право, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2013, стр. 241

⁷ Вид.: чл.59 ст.1 и ст.2.

Поред тога, обвезник пореза на приходе од издавања сопствених непокретности може тражити да му се, уместо нормираних, признају стварни трошкови које је имао при остваривању и очувању прихода, што треба да документује одговарајућим доказима.⁸

Код опорезивања прихода који су сврстани у *остале приходе* постоје различита правила у погледу утврђивања висине пореске обавезе. Опорезиви приход, који чини основицу за опорезивање, код прихода од издавања покретних ствари утврђује се одбијањем нормираних трошкова од бруто прихода у висини од 20%. Пореском обвезнику дата је могућност да, уместо нормираних, тражи признавање стварних трошкова које је имао приликом издавања покретних ствари. Код прихода спортиста и спортских стручњака пореском обвезнику признају нормирани трошкови у висини од 50% бруто прихода.⁹ За све друге приходе који спадају у групу осталих прихода (а то су сви они приходи који по својој природи чине доходак физичких лица, а нису опорезовани по другом основу у складу са ЗПДГ-ом) признати су нормирани трошкови у износу од 20% од бруто прихода. Изузетак чине приходи које оствари физичко лице од продаје пољопривредних и шумских производа, одн. плодова и лековитог биља, где су нормирани трошкови прописани у износу од 90%.¹⁰

Специфичност у утврђивању висине пореске обавезе код осталих прихода огледа се и у неопорезовању малог добитка код игара на срећу и у погледу умањења обрачунатог пореза код других прихода. Порез на добитке од игара на срећу се не плаћа на појединачно остварени добитак до износа од 11.000 дин. Неопорезивање тзв. малих згодитака мотивисано је административно техничким и финансијским разлозима, јер је нерационално ангажовање пореске администрације за мале износе прихода који се могу обратити наплатом овог пореза.¹¹ На друге приходе које оствари члан ученичке, омладинске и студентске задруге до навршених 26 година живота, ако се налази на школовању у институцијама за средње, више или високо образовање, обрачунати порез се умањује за 40%.¹²

Из приказа у табели цедуларних пореза који постоје у систему опорезивања дохотка Србије може се закључити да постоји *мноштво* различитих правних правила којима се уређује утврђивање пореске обавезе. У зависности о којој се врсти прихода ради постоје различита правила у погледу трошкова који се признају у поступку одређивања висине пореске

⁸ Вид.: чл.61 ст.1 тач.4), ст.3, чл.63 ст.1,3 и 4 ЗПДГ.

⁹ Вид.: чл.82 ст.3, ст.4 и чл.84 ст.3 ЗПДГ.

¹⁰ Вид.: чл. 85 ст.3, ст.5 ЗПДГ.

¹¹ Нав.према: Исаиловић, З - нав.дело, стр.250.

¹² Вид.: чл. 83 ст.4 тач. 1) и чл.85 ст.9 ЗПДГ.

основице, јер код неких од ових извора прихода законодавац признаје нормиране трошкове, при чему се разликује висина признатих нормираних трошкова (креће се у распону од 20% до 90%). Код неких извора прихода, као што су зараде и добици од игара на срећу, законом су прописани одбици приликом утврђивања пореске основице у одређеном износу. Код пореза на зараде ради се о стандардном одбитку, који је мотивисан остваривањем социјалног циља опорезивања, јер се иде на неопорезивање минималног износа потребног за егзистенцију. Код добитака од игара на срећу нема опорезивања малих згодитака, који је законодавац прописао у истом износу као и стандардни одбитак код пореза на зараде (11.000 дин.). Поступак утврђивања пореске обавезе цедуларних пореза обилује специфичностима. Код неких пореза приход се не опорезује у години у којој је настао, него је дозвољена његова сразмерна деоба на више година, због саме природе његовог стварања, јер се ради о делима из области ауторских и сродних права и права индустријске својине.

У погледу самог начина утврђивања и плаћања пореза постоје разлике у зависности од врсте извора прихода. Типичан представник плаћања пореза по одбитку је порез на зараде, порез на добитке од игара на срећу, порез на приходе од осигурања лица. Међутим, чак и у оквиру исте врсте извора прихода постоје разлике у техници утврђивања и плаћања пореза у зависности о којој се катагорији пореских обвезника ради. На пример, код пореза на приходе од самосталних делатности обвезници који се паушално опорезују порез плаћају по решењу надлежног пореског органа, а предузетник који води пословне књиге самоопорезивањем. Начин утврђивања и плаћања пореза код неких извора прихода зависи од категорије исплатиоца прихода. Порез се плаћа по одбитку ако је исплатилац правно лице или предузетник, на пример код пореза на приходе од капитала, док ће у случају да исплатилац није правно лице или предузетник плаћати самоопорезивањем.

Упоредивањем пореских стопа може се закључити да се цедуларни порези у Србији плаћају по пропорционалним стопама. У погледу висине стопа, може се рећи да постоји разноликост, јер су примени три стопе: 10%, 15% и 20%. По правилу, за сваку врсту цедуларног пореза прописана је посебна стопа. Изузетак постоји код пореза на остале приходе, где су у примени две стопе. Стопа у износу од 20% се примењује на све приходе које је закон сврстао у групу осталих прихода, осим прихода од остигурања лица где је у примени стопа од 15%.

Као корективни цедуларној компоненти нашег система пореза на доходак грађана, *годишњи порез на доходак грађана* примењује се само за пореске обвезнике јаче економске снаге. Плаћају га само она физичка лица која у календарској години остваре доходак већи од троструког износа просечне годишње зараде по запосленом исплаћене у Републици

Србији у години за коју се утврђује порез према подацима републичког органа надлежног за послове статистике.¹³

Табела 2.: Годишњи порез на доходак грађана у Србији

доходак	доходак за опорезивање	пореска основица (опорезиви доходак)	пореска стопа
- зарада; - опорезиви приход од самосталне делатности; - опорезиви приход од ауторских и сродних права и права индустријске својине; - опорезиви приход од издавања непокретности; - опорезиви приход од давања у закуп покретне ствари; - опорезиви приход спортиста и спортских стручњака; - опорезиви други приходи.	разлика дохотка и неопорезивог износа (троструког износа прос. годишње зараде)	разлика дохотка за опорезивање и личних одбитака лични одбици: - за пореског обвезника 40% од прос.год.зараде; - за издржаваног члана породице 15% од прос. годишње зараде.	10% за износ до шестоструке прос.годиш.зараде 10%+15% за износ преко шестр. прос.годиш.зараде

Извор: Одредбе од чл.87 до 89 ЗПДГ.

¹³ Тај лимит за улазак у систем годишњег пореза на доходак грађана за 2013.год. износи 2.185.488 дин.

Доходком, који подлеже годишњем порезу на доходак грађана сматра се годишњи збир прихода из свих извора на које се плаћа порез на доходак грађана, осим прихода од капиталних добитака, добитака од игара на срећу и прихода од осигурања лица. Приходи од капитала, такође, не улазе у доходак за годишњи порез, осим прихода од издавања непокретности (који је према изменама закона из 2013.год. сврстан у приходе од капитала, док је раније представљао посебан цедуларни порез). Износ зараде и опорезивих прихода који улазе у годишњи порез се умањују за плаћене порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање. Зарада се умањују за све плаћене порезе и доприносе, а опорезиви приходи за износ плаћених пореза на терет лица које је зараду или приход остварило.¹⁴ Разлику између тако утврђеног доходка и неопорезивог износа, који представља лимит преко кога се плаћа годишњи порез, чини доходак за опорезивање. Одбијањем личних одбитака од доходка за опорезивање добија се опорезиви доходак који представља основицу годишњег пореза на доходак грађана.

Законодавац прописује прогресију по траншама, јер предвиђа да се за пореску основицу у износу до шестоструке просечне годишње зараде плаћа годишњи порез по стопи од 10%. За износе преко шестоструке просечне годишње зараде порески обезник је дужан да плаћа порез по стопи од 15%, с тим што долази до рашчлањавања, па на износ до шестоструке просечне годишње зараде плаћа 10%, а само на остатак износа, који прелази шестоструку просечну годишњу зараду, плаћа по стопи 15%.

Недостаци постојећег система пореза на доходак грађана у Србији

Важећи мешовити систем показао је своје недостатке великим делом у домену *правичности опорезивања*.

¹⁴ Код умањења по основу доприноса, одређене је лимит у погледу висине доприноса за који се може умањити основица за опорезивање годишњег пореза, а то је највиша годишња основица доприноса. Петоструки износ просечне годишње зараде у Србији ислаћене у години за коју се обрачунавају и плаћају доприноси представља горњу границу доприноса (вид.: чл.43 ст.1 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање, "Сл.гласник РС", бр. 84/04,61/05,62/06,5/09,52/11,101/11, 47/13 и 108/13(у даљем тексту: ЗДОСО). Овакво ограничење одбијања доприноса од зараде која улази у основицу годишњег пореза аргументовано је могућношћу да обвезник оствари повраћај више плаћеног износа доприноса (нав.: Поповић, Д. - Пореско право, Београд, 2012, стр.316). Наиме, ако основица за плаћене доприносе прелази износ највише годишње основице за календарску годину, обвезник има право на повраћај тако више плаћеног износа доприноса (вид.: чл.66 ст.1 ЗДОСО).

Порез на доходак грађана у Србији не испуњава захтеве *хоризонталне правичности*, да сви обвезници, када остварују исти ниво дохотка у току године, без обзира на изворе прихода, треба да плаћају исти износ пореза. Порески обвезници приближно једнаке економске снаге су неједнако порески оптерећени, у зависности од структуре својих прихода.¹⁵ Цедуларни порези у Србији су тако обликовани да су за опорезовање појединих извора прихода прописане различите пореске стопе. Поред законом прописаних различитих пореских стопа, постоји разлика и у погледу тзв.ефективних пореских стопа. Укључивањем у анализу нормираних трошкова, који су у различитим процентима прописани у зависности о којој врсти прихода се ради, добијају се ефективне пореске стопе. Сагледавањем ефективних пореских стопа, које се још више разликују у односу на законске пореске стопе, добија се права слика о различитом пореском терету прихода који подлежу цедуларним порезима.¹⁶ Изразита квалитативна диференцијација у опорезивању није спроведена само у цедуларној компоненти система пореза на доходак грађана у Србији. Пошто у основицу годишњег пореза улази опорезиви приход, чија висина зависи од признатих нормираних трошкова, квалитативна диференцијација има ефеката и у домену годишњег пореза на доходак грађана.¹⁷

Поред тога, важећим системом опорезивања дохотка се не остварује ни *вертикална правичности*. Замишљен као корективни, услед примене пропорционалне стопе код цедуларних пореза, годишњи порез је требало да допринесе равномерном опорезивању пореских обвезника. Међутим, његов фискални, али и ефекат са аспекта остваривања социјално политичких циљева је симболичан, јер га плаћа мали проценат пореских обвезника. Поред тога, поједини аутори скрећу пажњу да на остваривање вертикалне правичности утиче и високо постављен лимит за примену више пореске стопе код годишњег пореза.¹⁸

У систему годишњег пореза на доходак грађана није доследно спроведен принцип правичности опорезивања ни у погледу *умањења пореског терета*. Обвезници годишњег пореза су у повољнијем положају

¹⁵ Нав.према: Исаиловић, З. - Модели пореза на доходак грађана, Право и привреда 7-9/2010, стр.536.

¹⁶ О висини ефективних пореских стопа за све приходе који улазе у структуру пореза на доходак грађана у Србији видети детаљније у: Алтипармаков, Н. - Пореска правичност главних пореских облика у Србији, "Под лупом 2", Квартални монитор бр.24/2011.

¹⁷ Детаљ.о томе: Беговић, Б. и други, - Реформа пореског система, Центар за либерално демократске студије, Београд, 2003, стр.80-81.

¹⁸ Видети: Исаиловић, З. - Модели пореза на доходак грађана, нав.дело, стр.537

у односу на остале грађане, који плаћају порез на различите врсте прихода без права на умањење основице опорезивања. Механизам одбитака који се умањује основица годишњег пореза на доходак ставља у привилегован положај категорију обвезника годишњег пореза. Обвезници који су остварили годишњи доходак испод прописаног цензуса за опорезивање годишњим порезом немају право на умањење основице за опорезивање у висини одбитака.¹⁹

Годишњи порез на доходак физичких лица плаћају само они порески обвезници чији годишњи доходак прелази одређени износ прописан законом. Порески обвезници, поред цедуларних пореза које плаћају на различите изворе прихода у току горине, плаћају и годишњи порез. Као комплементаран, овај порез се плаћа по истеку године на збир свих опорезивих прихода, који су законом прописани да улазе у годишњи порез. Основица годишњег пореза на доходак се добија када се од тако добијеног дохотка за опорезивање одбију законом прописани износи одбитака, при чему укупан износ одбитака не може бити већи од 50% дохотка за опорезивање. Лични одбитак за пореског обвезника износи 40% од просечне годишње зараде по запосленом исплаћене у Републици у години за коју се утврђује порез према подацима републичког органа надлежног за послове статистике, док је за издржаваног члана породице 15% од просечне годишње зараде по запосленом исплаћене у Републици у години за коју се утврђује порез према подацима републичког органа надлежног за послове статистике, по члану.²⁰

¹⁹ Нав.према: Хрустић, Х.- Принцип правичности у опорезивању дохотка грађана у ЕУ и у Србији, Социјална мисао 3/2010, стр.186

²⁰ Вид.: чл. 88 ст.1 тач.1) и тач.2), ст.2 ЗПДГ

Табела: 3. Одбици у систему пореза на доходак грађана у Србији

	порез на зараде	годишњи порез на доходак
порески обвезник	стандардни одбитак 11.000 дин. ²¹	лични одбитак за пореског обвезника 24.283,2 дин.
		лични одбитак за издржаване чланове породице 9.106,2 дин.

Извор: Износи прописани чл.15а ст.2 и чл.88 ст.1ЗПДГ; подаци Републичког завода за статистику о просечној годишњој заради у 2013 год.објављени у "Службеном гласнику РС" бр.6/2014; Обрачун за личне одбитке код годишњег пореза на доходак грађана урађен је на месечном нивоу, у циљу његове упоредивости са висином стандардног одбитка код пореза на зараде.

Упоређивањем износа одбитака, може се закључити да постоји значајна разлика између стандардног одбитка код пореза на зараде и личних одбитака код годишњег пореза на доходак грађана у погледу висине износа. С мисао стандардног одбитка код опорезивања зарада јесте ослобођење оног дела зараде за који се претпоставља да је нужан за задовољавање основних животних потреба пореског обвезника. О висини егзистенцијалног минимума може се посебно дискутовати, али се мора имати у виду да зависи од животног стандарда становништва и материјалних могућности земље. Код годишњег пореза на доходак

²¹ Овај износ је прописан за пореског обвезника који ради пуним радним временом. За лице које ради са непуним радним временом, основица пореза на зараде се умањује за износ који је сразмеран радном времену тог лица у односу на пуно радно време. Уколико лице ради код два или више послодаваца са непуним радним временом, сваки послодавац врши умањење сразмерно радном времену које обавља код тог послодавца у односу на укупно радно време, с тим што збир умањења мора бити сразмеран укупном радном времену у односу на пуно радно време, одн. мора бити мањи од прописаног износа. Ако лице радом код два или више послодавца остварује пуно радно време, сваки послодавац врши умањење сразмерно радном времену које обавља код тог послодавца у односу на укупно радно време, с тим што укупно умањење не може бити веће од прописано износа (вид.: чл. 15а ст.3, ст.4 и ст.5 ЗПДГ).

субјективизацијом пореске обавезе, путем личних одбитака, постиже се праведност у опорезивању, јер се води рачуна о субјективним околностима пореског обвезника. Међутим, док се том субјективизацијом пореске обавезе постиже равномерност опорезивања између лица која су обвезници годишњег пореза на доходак, дискутабилно је остваривање вертикалне правичности између категорије која плаћа годишњи порез на доходак и свих осталих обвезника пореза на доходак који не подлежу овом порезу. Тачно је, обвезници годишњег пореза на доходак, који представљају материјално јачи слој у друштву, сnose већи порески терет, јер су додатно порески опорезовани. Поред цедуларних пореза, они плаћају, без права на порески кредит на име плаћених цедуларних пореза, и годишњи порез на доходак. Међутим, ова категорија ужива и додатне пореске олакшице. Поред стандардног одбитка коме подлежу сва лица чија се зарада опорезује, за разлику од осталих, обвезници годишњег пореза на доходак грађана остварују још једну олакшицу у виду личних одбитака за себе и чланове своје породице. Ако се има у виду и чињеница да су прописани знатно виши износи за одбитке код годишњег пореза на доходак, може се поставити питање у којој мери се постиже равномерност у умањењу пореског терета из социјалнополитичких разлога.

Један од важних принципа опорезивања, који је под знаком питања у нашем систему пореза на доходак је *алокативна неутралност*. Добар порески систем не би требало да омета ефикасну алокацију ресурса.²² Приликом обликовања пореског система мора се водити рачуна о томе да се порезима не омета оптимална алокација ресурса.

Цедуларни систем опорезивања дохотка подразумева појединачно опорезивање различитих извора приход применом пропорционалних пореских стопа. Предност примене различитих пореских стопа на приходе који потичу из различитих извора састоји се у томе што омогућава посебан порески третман за одређене врсте прихода, ради постизања одређених циљева фискалне политике. Ако се има у виду и друга предност цедуларног система, да омогућава да се "сваки извор прихода утврди на начин који му највише одговара",²³ постојање цедуларних пореза у Србији може се аргументовано бранити. Постојање цедуларизације, дакле, у некој мери се може сматрати пожељним. Међутим, главни недостатак у нашем цедуларном систему огледа се у мноштву различитих правила, како у погледу утврђивања пореске основице, признавањем стварних или нормираних трошкова различитих

²² Stiglitz, J.E. - *Ekonomija javnog sektora*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2008, стр. 465.

²³ Раичевић, Б. - *Јавне финансије*, Економски факултет, Београд, 2008, стр. 176.

висина, тако и у погледу висине пореских стопа. Претерана цедуларизација утицала је на опорезивање у домену прихода од рада. Приликом опорезивања прихода од рада, односно зарада, прихода од самосталних делатности, прихода од ауторских права, права сродних ауторских правима и права индустријске својине, примењују се различита правила у погледу утврђивања њихових основних елемената. Опорезивање различитих врста прихода од рада на различите начине има за последицу да постојећи систем пореза на доходак грађана није алокативно неутралан.²⁴

Други аргумент, истицан у литератури²⁵, о непостојању алокативне неутралности, који се односио на приходе од капитала, отпао је изменама закона. Према одредбама које су биле у примени до измена ЗПДГ из 2013.г. постојао је посебан порез на приходе од непокретности, који је плаћан по стопи од 20%. Како је пореска стопа на приходе од капитала 15%, а приходи од непокретности се *de facto* сматрају приходима од капитала, постојала је ситуација да се различите врсте прихода од капитала опорезују различитим пореским стопама. Међутим, изменама закона опорезивање прихода од непокретности више не постоји као посебна цедула, него је обухваћено порезом на приходе од капитала. Изједначавање прихода од издавања сопствене непокретности са осталим приходима од капитала (као што су камате, дивиденде) у пореском третману иде у прилог алокативној неутралности.

Приликом обликовања пореског система мора се водити рачуна да порези буду економични са аспекта државе и становништва.²⁶ Административни трошкови, који настају у поступку утврђивања, наплате и контроле јавних прихода, треба да буду што нижи. Неизбежни су и трошкови које порески дужник при плаћању пореза, али добро обликован порески систем тежи ка њиховом минимизирању. Цедуларна компонента нашег система пореза на доходак подразумева постојање различитих правила у поступку утврђивања пореске обавезе. Настојање да се обезбеди посебан порески третман сваком извору прихода према његовим специфичностима, постигнуто је. Негативна страна таквог изнијансираног приступа има за последицу усложњавање поступка утврђивања пореза. Постојање различитих правила у погледу утврђивања пореске основице, признавање нормираних трошкова у различитим износима, прописивање различитих пореских стопа и сл. чини одредбе закона које регулишу

²⁴ Ранђеловић, С. - Анализа алтернативних модела пореза на доходак физичких лица - ефекти примене у Србији, докторска дисертација, Економски факултет, Београд, 2012, стр. 239.

²⁵ Исто

²⁶ Раичевић, Б. - нав. дело, стр.123

цедуларне порезе веома сложеним за примену.²⁷ **Са аспекта администрирања порезом**, може се закључити да постојање цедуларних пореза утиче на повећавање административних трошкова и трошкове које порески обвезник има при плаћању пореза. У том правцу неекономичности иде и годишњи порез на доходак грађана. Његов фискални ефекат је мали, готово занемарљив, јер га плаћа веома мали број пореских обвезника (око 1%). Са друге стране, као корективан, овај порез повлачи велике трошкове наплате, због сложености примене. Оправдано се поставља питање у којој мери је његов опстанак економичан, када даје незнатне приходе држави, а захтева велике трошкове наплате, у складу са правилом да из пореског система треба елиминисати оне пореске облике чији су трошкови наплате једнаки или већи од наплаћеног пореза.²⁸

Запошљавање је тема врло актуелна у савременим земљама. Тренд пореских структура иде у правцу пореског растерећења рада, јер високо пореско оптерећење рада производи негативне ефекте на тржиште радне снаге. Сва давања, која фискално оптерећују радну снагу, заједно чине тзв. порески клин (енг. *tax wedge*), који показује удео пореза и доприноса у трошковима радне снаге. Сам назив указује да сва ова давања држави од стране запосленог лица представљају својеврстан "клин" између бруто трошкова радне снаге и нето прихода који добија запослени.²⁹ Доприноси за социјално осигурање и порез на доходак су формално пореска обавеза запосленог лица. Део доприноса за социјално осигурање је формално обавеза послодавца, јер је законом прописано да их они плаћају. Међутим, у фази инциденце, где се као дестинатари појављују послодавци или радници, од кретања на тржишту радне снаге и других околности зависи преваљивост фискалног терета, па укупан терет пореза и доприноса могу сносити послодавци или радници. Укупно фискално оптерећење производи одређене ефекте на понуду радне снаге, уколико га носе запослени. У случају да терет пореза и доприноса сноси послодавци, а не запослени, високо пореско оптерећење рада има негативне ефекте на тражњу за радном снагом. Пореско оптерећење рада у Србији³⁰ је високо због високих стопа доприноса за социјално

²⁷ Управо сложеност пореских прописа утиче на повећање административних трошкова (нав.према: исто).

²⁸ О томе више видети: Исаиловић, З. - Јавне финансије и финансијско право, нав.дело, стр.112

²⁹ Блажић, Н. - *Usporedni porezni sustavi - oporezivanje dohotka i dobiti*, Ekonomski fakultet u Rijeci, 2006, стр.124

³⁰ Чији је показатељ учешће пореза на зараде и доприноса за обавезно социјално осигурање у трошковима рада са 45,3%, знатно веће у односу на просек ЕУ (37,1%)

осигурање и оправдана су очекивања реформе система доприноса за социјално осигурање.

Решавање проблема великог фискалног оптерећења рада очекује се у оквиру система доприноса за обавезно социјално осигурање. Пошто се узрок великог фискалног оптерећења рада налази у постојању високих стопа доприноса за обавезно социјално осигурање, постојећем систему пореза на доходак се не могу упутити замерке у том погледу. Може се претпоставити да ће се у избору будућег модела опорезивања дохотка код нас водити рачуна о висини пореског оптерећења прихода од рада. Међутим, оно што би требало овде нагласити су мере које су предузете у оквиру постојећег система пореза на доходак у циљу повећања запослености. Важећим законом је дата пореска олакшица послодавцу за запошљавање нових лица и лица са инвалидитетом. Пореска олакшица се састоји у праву на повраћај дела плаћеног пореза на зараду за новозапослена лица, исплаћену закључно са 30.јуном 2016.г. у следећим квотама:

- 65%, ако је засновао радни однос са најмање једним, а највише девет лица;

- 70%, ако је засновао радни однос са најмање десет, а највише деведесет девет лица;

- 75%, ако је засновао радни однос са најмање сто лица.³¹

Пореска олакшица за запошљавање лица са инвалидитетом се састоји у ослобађању послодавца обавезе плаћања обрачунатог и обустављеног пореза из зараде тог лица за период од 3 године од дана заснивања радног односа.³²

Друга мера за подстицање запошљавања, интересантна правно технички гледано, није уведена доношењем закона већ уредбе, која је престала да се примењује од 1.јула 2014.г.³³ Послодавцима из приватног

(нав.према.: Хрустић, Х, - Пореско оптерећење рада у државама чланицама ЕУ и у Србији, Право и привреда 7-9/2010, стр.556).

³¹ Пореску олакшицу може да користи правно лице или предузетник (не може државни орган, организације или било који директни или индиректни буџетски корисник) уз услов да тиме повећава број запослених лица у односу на 31.март 2014.г.и да се ради о лицима која су најмање 6 месеци била пријављена у националној служби за запошљавање као незапослена (вид.: чл.21в ЗПДГ).

³² Вид.: чл.21г ЗПДГ.

³³ Уредба о подстицању запошљавања ("Сл.гласник Р Србије", бр.32/11 и 34/11), која је престала да се примењује ступањем на снагу Уредбе о престанку важења Уредбе о подстицању запошљавања ("Сл.гласник Р Србије", бр.65/14). Уредба о подстицању запошљавања је била предмет критике и Фискалног савета Р Србије. Са фискалног аспекта, по процени Фискалног савета, ова мера је довела до маргиналног губитка буџетских прихода, стављене замерке да није у складу са праксом добре фискалне и

сектора био дат порески подстицај у виду субвенционисања одређеног дела пореза на зараде и доприноса за пензијско и инвалидско осигурање³⁴ и то на следећи начин:

- у износу од 30% обрачунатог пореза на зараде и укупног доприноса за пензијско и инвалидско осигурање у периоду од:
 - 12 месеци, ако лице запосли на неодређено време,
 - док траје радни однос, ако лице запосли на одређено време,
 - у укупног износу обрачунатог пореза на зараде и укупног доприноса за пензијско и инвалидско осигурање ако запосли лице које је млађе од 30 година или старије од 45 година.

Увођење овог пореског подстицаја уредбом представља прави пример лоше праксе. Регулисање материје опорезивања уредбом није у складу са принципом законитости пореза (*nullum tributum sine lege*). Опорезивање се може вршити само на основу закона, да би постојала обавеза плаћања неког пореза нужно је законом регулисати његове основне елементе. У немогућности да се законом регулишу сва релевантна питања, подзаконским актима се детаљније регулише пореска материја. Међутим, овде се не ради о детаљнијем регулисању неких питања у вези опорезивања која се нису могла регулисати законом. У савременим правним државама за установљивање нових пореза, као и мењање пореског терета постојећих пореза, важи правило да се може вршити само на основу закона.³⁵ Уредбом о подстицању запошљавања се управо регулише промена пореског терета у већ постојем систему пореза на доходак физичких лица. Долази до промене у пореском третману послодаваца из приватног сектора, јер им је омогућено субвенционисање одређеног износа обрачунатог пореза и доприноса за пензијско и инвалидско осигурање. Пошто се ради о субвенционисању дела или целог износа обрачунатог пореза на зараде, материје која је регулисана важећим законом, требало је, ако се ишло на спровођење мера подстицаја запошљавања, то учинити изменом одговарајућих одредби постојећег закона.

пореске политике, јер поткопава предвидивост и кредибилитет пореског система. Уводи дискриминацију између тренутно запослених и незапослених радника и делимичну дискриминацију по основу старости пореских обвезника. Послодавци ће бити мотивисани да искористе фискалне погодности за новозапослене раднике на штету тренутно запослених (нав.: *Анализа фискалних ефеката уредбе о подстицању запошљавања Републике Србије, Фискални савет Републике Србије, Београд, 2011.*)

³⁴ Под условом да од 31.марта 2011.г. није смањено број запослених и да запосли лице које најмање шест месеци без прекида није било у радном односу. О условима и износу добијене субвенције вид.:чл.2 ст.1 и ст.2 Уредбе о подстицању запошљавања.

³⁵ Детаљ.: Поповић, Д. - Пореско право, Правни факултет Београд, 2012, стр.41.

Мера креатора наше економске политике за консолидацију јавних финансија, која је почела да се примењује од јануара 2014.год., посредно се рефлектује и на систем пореза на доходак грађана. Мада се ради о мери за смањење буџетског дефицита која је предузета у области регулисања примања лица у јавном сектору, само творци су је назвали солидарним порезом. Доношењем закона којим се регулише умањење примања лица у јавном сектору,³⁶ уследило је додатно финансијско оптерећење лица која раде у јавном сектору. Идеја о увођењу посебног пореза у условима економске кризе није новост, али солидарни порез, онако како је обликован код нас, додатно компликује стање у постојећем систему опорезивања дохотка физичких лица. Неки од кључних принципа опорезивања, попут правичности, алокативне неутралности, већ доведени у питање постојећим системом пореза на доходак, увођењем солидарног пореза су додатно нарушени. Слабости постојећег система пореза на доходак, које се огледају у великом фискалном оптерећењу рада и сложености поступка администраирања порезом на доходак, применом солидарног пореза су продубљене.³⁷

З а к љ у ч а к

Постојећи систем пореза на доходак грађана у Србији може се окарактерисати мешовитим, јер га чине цедуларни порези са корективним годишњим порезом. Показао је недостатке у различитим доменима. На терену правичности опорезивања, важећи мешовити систем не испуњава основне захтеве, јер је тако обликован да не остварује ни хоризонталну ни вертикалну правичност. Са аспекта економске ефикасности се, такође, постојећем систему опорезивања дохотка могу поставити оправдане примедбе. Релативно високо пореско оптерећење рада негативно утиче на тржиште радне снаге, али је оно последица високих стопа доприноса за обавезно социјално осигурање. Очекивање реформе система доприноса за обавезно социјално осигурање је оправдано, а такође и очекивање да ће се при избору будућег модела опорезивања дохотка код нас водити рачуна о висини пореског оптерећења рада. Диференцираним пореским третманом се нарушава алокативна неутралност пореског система. Са аспекта администраирања порезом, постојање различитих правила о опорезивању прихода из различитих извора, као и сложеност примене годишњег

³⁶ Закон о умањењу нето прихода лица у јавном сектору ("Сл.гласник Р Србије", бр.108/13).

³⁷ Детаљ.о томе: Димић, С. - "Солидарни порез" у светлу постојећег система опорезивања дохотка грађана у Србији, у: Право и друштвена стварност, Правни факултет Приштина, Косовска Митровица, 2014, стр.85-92.

пореза, утичу на повећање трошкова и усложњавање поступка утврђивања пореске обавезе.

О потреби реформе постојећег система пореза на доходак грађана у Србији готово да нема дилеме међу ауторима у фискалној литератури. Креатори пореске политике је већ извесно време најављују, међутим, остаје отворено питање да ли ће се коначно приступити увођењу синтетичког пореза, чија примена је толико дуго била одлагана. Поједини аутори се залажу за примену неког другог модела присутног у савременим пореским системима, попут дуалног, *flat tax*-а, отуда би истраживање у проналажењу оптималног модела опорезивања дохотка код нас могло ићи и у том правцу.

Suzana Dimić, LL.M
Teaching Assistant

PERSONAL INCOME TAX IN SERBIA

Summary

Tax reform in Serbia, started in late 90s, meant the establishment of tax forms on the model of the modern state. In the field of tax on personal income manifested through the attempt to introduce synthetic tax. And its implementation is not due to the then political and economic situation in the country.

Extension of income tax system, which is followed, made a step backward, the introduction of a mixed system of income taxation.



ЕВРОПСКИ УСЛОВИ И ОЦЕНА ИНСТИТУЦИЈА У СРБИЈИ

Апстракт: У циљу стварања атрактивног пословног окружења и основа за свеобухватне реформе на путу приближавања Европској унији многе европске земље, међу којима је и Србија настоје да своје институционалне капаците усмере у изградњу ефикасних институција, чиме би се олакшала имплементација европских закона. Брзина којом се реформе спровode и резултати који су до сада постигнути далеко су од очекиваних. Србија се у раскораку између прошлости која оптерећује и условљене будућности налази у тешкој ситуацији јер су проблеми годинама запостављани или погрешно решавани, па је на путу реформи пред њом велики посао и велики изазов. Међународне институције које се баве анализом успеха земаља у реформама и њиховим рангирањем показују да Србија јако мало напредује и да нема довољно капацитета да неопходне реформе спроведе. У раду се указује на остварене резултате у најзначајнијим областима – макроекономским питањима, реформи правосуђа, питањима економских слобода и др. Нажалост у великом броју анализа и рангирања Србија је на зачељу, а домаћи економски услови не указује да се могу очекивати значајније позитивне промене.

Кључне речи: институционални капацитети, институционална изградња, имплементација, реформе.

Увод

Крај двадесетог и почетак 21 века обележиле су велике промене у политичким и економским системима значајног броја земаља Централне и Источне Европе и Западног Балкана. Увођењем вишепартијског система, стварањем услова за функционисање тржишне привреде, давањем веће слободе медијима и другим процесима стварани су услови за дефинисање амбијента у коме је демократија основ за остварење економске реформе. Са ове временске дистанце јасно је да овај период карактерише запостављање развоја институција, недовољног јачања моћи државе и њеног јасног положаја. Преласком са ауторитативног облика власти на организовање државе као сервиса грађана, уз неадекватан развој институција јавља се вакуум у коме су старе институције неадекватне, а

* Асистент

нове још неразвијене и неприлагођене захтевима које бурне промене како у земљи тако и окружењу условљавају. Период транзиције од кога се очекивала велика трансформација друштва је уместо позитивних донео бројне негативне појаве од којих ће се многе привреде још дуго лечити. У том смислу је изгубљен не само период који је за нама, него сигурно и период у коме ће се настојати да се направљене грешке исправе. Иако је зависност привредног развоја и развијености институција позната и доказана, велики број привреда овог региона у овом периоду није остварио адекватан ниво институционалног развоја. Стварање институционалног оквира условљено је и одређено процесом придруживања Европској унији, тако да земље Западног Балкана концепт своје институционалне изградње врше у складу са захтевима Уније и реформишу своје управне капацитете како би имплементирале европске прописе у своје системе. Имајући у виду да је и Србија у преговорима за приступ Европској унији и она мора да изврши реформу институција, што обзиром на стање институција код нас није нимало лако.

Неопходност реформе постојећих и успостављања нових институција условљена је стварањем капацитета за владавину, па непостојање адекватних институција онемогућава државу у обављању њених основних функција. Немогућност државе да прикупи своје приходе, заштити своју и имовину својих грађана, смањи ниво корупције и злоупотреба на свим нивоима последица је непостојања институција и закона који би увели ред у најзначајнијим сегментима државног деловања. Само доношење закона без стварања институција које би их спроводиле представља краткотрајно козметичко решавање проблема са још тежим последицама.

1. Институције у Србији – између захтева и могућности

Пријем нових чланица у Европску унију условљен је копенхашким критеријумима из 1993. године, које земље кандидати за чланство у унији морају да испуне. Циљ и сврха ових критеријума је уређење земаља које су запостављале решавање проблема и тиме компликовале стање у земљи, па као такве могу бити проблем и самој Унији. У том смислу Унија је установљавањем критеријума у области политичких (достизање зреле и стабилне демократије, укључујући и људска права), економских услова (стварање стандарне, компетитивне тржишне економије) и способности земље да примењује законодавство и политику у складу са ЕУ, земљама кандидатима указала на обим послова који их на путу ка чланству очекује. О стању у тим земљама и оствареним резултатима у реформама Европска комисија у форми званичних докумената презентује податке и врши њихово рангирање. Ова пракса је уведена од 2002. године када је

Европска комисија донела одлуку о проширивању на област Западног Балкана.

Марта 2012. године Европски савет је одобрио Србији статус кандидата, а 28. јуна 2013. године одлучио да отвори приступне преговоре са Србијом, да би у јануару 2014. године усвојио оквир за преговоре чиме је утврђено европско опредељење Србије.

Документ Европске комисије - Извештај о напретку Србије за 2013. годину који прати Саопштење Комисије упућено Европском парламенту и Савету¹ обухвата детаљну анализу развоја свих политичких и економских институција по основу кључних критеријума и даје закључак за свако појединачно поглавље. Анализа се врши на основу података које је комисија сама прикупила као и података и прилога Владе Републике Србије, Европског парламента, међународних и невладиних организација. Оцена Савета је да је у Србији начињен помак у развоју институција, али да је још увек далеко од нивоа који се очекује и који је неопходан. Анализа појединих поглавља је дата са коментарима који су дипломатским – бираним изразима ублажено указали на прилично лоше стање у нашој земљи. Међутим, у сваком закључку се ипак указује да је напредак мали и ограничен што често условљава неповољне оцене о стању реформи и напретка код нас. Анализом података за сваку од области која се у извештају наводи у наставку рада указаће се на стање у Србији и њен положај у односу на земље у региону и њено место на скали у рангирању по утврђеним критеријумима. Само место на скали ранжираних земаља условљено је не само променама које се одвијају у Србији већ и променама у земљама које се на тим листама налазе. Због развоја и напретка у реформама других земаља а са циљем да се одржи положај земље, неопходно је да се трчи да би се стајало у месту. Као важан услов и фактор успешних реформи наводи се институционализација, професионализација и ефикасна јавна управа која би обезбедила владавину права², пораст ефикасности на свим нивоима, што би довело до пораста друштвеног благостања. Владавина права подразумева заштиту својинских, али и уговорних права као предуслова за смањење трансакционих трошкова и слободно одвијање тржишних трансакција. Управо су слободне и неспутане тржишне трансакције, висок степен размене за дати бруто домаћи производ и ниски трансакциони трошкови темељне карактеристике савремених привреда у чијим

¹ Извештај о напрету Србије за 2013, Европска комисија, Брисел, доступно на: [www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/\(20.06.2014\)](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/(20.06.2014))

² *Институционалне промене као детерминанта привредног развоја Србије*, Зборник радова, Економског факултета у Крагујевцу, 2013, стр 64..

темељима лежи владавина права.³ Изградњом ефикасних институција друштво креће у правцу благостања, напретка и вишег нивоа регуларности.

У оквиру политичких критеријма који захтевају стабилност институција којима се гарантује демократија, владавина права, заштита људских права и права мањина, као и међународна сарадња и сарадња са Хашким трибуналом Србија је остварила изванредан напредак. Наиме, остварено је усклађивање устава са европским стандардима, остварена већа транспарентност у раду Народне Скупштине, док се у рад Владе треба да укључи већи број заинтересованих страна у поступку доношења закона и прописа. При томе треба настојати да се хитност у доношењу закона не примењује јер се тиме смањује време за детаљнију анализу нацрта закона. Србија је такође предузела кораке у циљу уклањања препрека које утичу на рад независних регулаторних тела.

У оквиру Извештаја о напретку Србије велики значај придаје се правосудном систему, па је Србија након консултација са заинтересованим странама усвојила Националну стратегију о развоју правосуђа за период од 2013 – 2018. године, како би се обезбедила непристрасност, стручност, ефикасност и одговорност судова. Постојећи систем омогућава политички утицај на рад судова и судија, па га је неопходно мењати. Посебно питање и проблем представља број нерешених предмета, па је и поред напретка у току 2012. године тај број изузетно велики и износи преко три милиона случајева.⁴ Уставни суд је и поред решавања значајног броја случајева у току 2012. године још увек имао преко 12000 нерешених случајева, а забрињавајући је број случајева повреде права за суђење у разумном року. Управни суд је решио све случајеве старије од три године и 9551 случај у првих шест месеци 2013. године. Проблем је у растућем броју случајева, само је у првих шест месеци 2013. године било 11315, док је у току 2012. године било 4938.⁵ Акционим планом за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за период 2013–2018, поставља се приоритет решавања заосталих нерешених предмета. Због све већег обима и захтева посла неопходна је обука судија Управног суда, посебно из области азила, заштите потрошача, државних субвенција и конкуренције.

³ Б.Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Службени гласник, Центар за либерално демократске студије, 2011. стр.189.

⁴ Извештај о напретку Србије за 2013, Европска комисија, Брисел, доступно на: [www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/\(20.06.2014\)](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/(20.06.2014))

⁵ Исто.

Једно од кључних питања које изазива пажњу свих који су заинтересовани за реформе у Србији и саме Владе наравно, јесте питање корупције⁶. Јула 2012. године усвојена је Стратегија за борбу против корупције за период 2012-2018, а у августу и Акциони план, за чије је спровођење и координацију надлежно Министарство правде и државне управе. Веома важну улогу у борби против корупције има Агенција за борбу против корупције која је унапредила методологију у анализи података код утврђивања имовине функционера, ненаменском трошењу средстава намењених изборној кампањи итд. Број оптужница за случај корупције је у порасту, али је број правоснажних пресуда још увек јако мали. То је последица недовољних кадровских и техничких услова, као и недовољне међуинституционалне сарадње и свести људи уопште. Значајну улогу у откривању корупције имали би узбуњивачи, али је због неадекватне заштите њихова активност ограничена. Поред корупције на највишем нивоу значајна је и корупција у области здравства и образовања, док је корупција у правосуђу посебан проблем, обзиром да би област правосуђа требало да решава проблем корупције а не да је њен извор.

Смањење нивоа корупције је веома важно због трансакционих трошкова које она ствара, односно ресурса које апсорбује и тиме утиче и на ниво друштвеног богатства. Узрок корупције нераскидиво је повезан са државом и државном интервенцијом, па успешна борба против корупције подразумева темељну реформу државе и њених послова.⁷

У области основних права усвојена је стратегија борбе против дискриминације, побољшање положаја затвореника, поштовања права деце, мањина и свих облика организовања и удруживања. Клевета је декриминализована.

Остварен је напредак и у визном режиму, од децембра 2009. године примењује се визна либерализација за држављане Србије који путују у подручје Шенгенског споразума.

Нажалост веома је мали напредак остварен у области политике истраживања и развоја. Издвајања за науку и развој су 0,5% ДБП, што је далеко мање од националног циља у оквиру стратегије технолошког развоја за период од 2010 до 2015. године и испод циља Европске уније од 3% за период до 2020. године.

У области економских односа са иностранством Срија је ратификовала билатералне инвестиционе уговоре са Алжиром и

⁶ Корупција постоји уколико дође до намерног кршења начела непристрасности при доношењу одлука у циљу присвајања неке погодности за себе или за неко повезано лице. (Tanzi, 1995) у Економска анализа корупције, 2007, стр.473. Б.Беговић.

⁷ Б. Беговић, *Економска анализа корупције*, Центар за либерално демократске студије, 2007.стр.480.

Уједињеним Арапским Емиратима, преговара о споразуму о слободној трговини са Украјином и потписник је Пан-евро-медитеранске конвенције о правилима о пореклу робе. Процес придруживања Светској трговинској организацији тече јако споро и условљен је усвајањем Закона о генетски модификованим организмима.

У областима борбе против тероризма, заштите животне средине, развоја културе и осталим областима напредак је такође ограничен, али обзиром да је фокус рада на економским и правим реформама и институцијама остале области неће детаљно бити анализирани.

Помаци и углавном ограничен напредак остварени су и о осталим областима које Европска комисија оцењује у оквиру утврђених критеријума што Србију сврстава на зачеље бројних ранг листа. У наставку рада биће дат приказ положаја Србије у складу са постигнутим реформама, кроз извештаје значајних међународних институција.

2. Конкурентност и међународни положај Србије

Поред Европске комисије која у Извештају о напретку Србије указује на остварене резултате у области реформе и положај Србије у односу на земље региона и друге међународне институције како у Европи, тако и свету утврђују критеријуме на основу којих анализирају стање институција многих земаља, њихове могућности, перспективе и приоритете у развоју. У значајније извештаје чији резултати, анализе и мишљења креирају слику о некој земљи у свету је Глобални извештај о конкурентности Светског економског форума (Global Competitiveness Report, World Economic Forum), Индекс економских слобода америчке Херитиџ фондације (Index of Economic Freedom, The Heritage Foundation), Doing Business извештај и други.

Утврђивање индикатора конкурентности, њихова анализа и рангирање земаља у складу са оствареним нивоом испуњења индикатор, а установљена је од стране Светског економског форума (SEF) који је у оквиру Глобалног индекса конкурентности (GCI) дефинисао дванаест стубова конкурентности који су подељени у три групе. У оквиру прве групе – *Основни захтеви* укључени су: 1) Институције, 2) Инфраструктура, 3) Макроекономска стабилност, 4) Здравство и примарно образовање, друга група - *Фактори повећања ефикасности* односи се на 5) Високо образовање и обуку, 6) Ефикасност тржишних добара, 7) Ефикасност тржишта рада, 8) Софистицираност финансијског тржишта, 9) Технолошку спремност, 10) Величину тржишта, док су у оквиру треће групе – *Фактори иновативности и софистицираности* дати 11) Софистицираност пословних процеса и 12) Иновације. Анализом стања наведених индикатора утврђује се конкурентност националне

привреде и оцењује оценом од 1-7 (оцена 1 је најлошија, оцена 7 најбоља). Индекс глобалне конкурентности Србије за 2013. годину још увек је нижи од његове вредности из 2008. године када је износио 3,90 и износи 3,77. У извештају Светског економског форума који је обухватио 148 земаља, прва на листи је Швајцарска са индексом глобалне конкурентности 5,67, а последњи је Чад са 2,85 док је Србија са 3,77 на 101 месту, што представља њен најнижи ранг до сада. Позиција Србије и пад на ранг листи условљен је и повећањем броја земаља које су укључене у анализу, али је сигурно и резултат јако малог напретка у реформама. Посебно забрињава то што је Србија лошије рангирана од земаља у региону, што су боље резултате у реформама оствариле и Бугарска, Румунија, чак је и Босна и Херцеговина остварилаа скок од 12 места на листи конкурентности. Поред индикатора који су наведени, као подиндикатори се користе стопа инфлације, буџетски дефицит, ниво пореза, број процедура у покретању предузимачке активности и сл.

На стопу привредног раста значајно утиче и степен економских слобода а тај однос анализира и прати *Index of Economic Freedom, The Heritage Foundation*. Према овом индексу који прати степен заштите приватне својине, регулације, инфлације и др. за 2013. годину Србија је на 95 месту од 178 земаља и спада у ред делимично економски неслободних земаља. У оквиру 43 европске земље Србија је на 37 месту.

Још један од значајнијих извештаја је *Doing Business*⁸ извештај у коме се анализира лакоћа пословања, односно покретања приватног посла, који већ седам година ради Светска банка у 189 земаља и у коме анализира процедуралне аспекте у смислу лакоће добијања грађевинских дозвола, плаћања пореза, обављања спољнотрговинских трансакција, заштите инвенститора и сл. Код овог извештаја Светска банка даје конкретан проблем чију брзину и сложеност решавања оцењује и рангира. Анализу раде експерти Светске банке а критеријуми који се анализирају су бирократска и процедурална питања чиме је Светска банка настојала да избегне идеолошка и политичка питања и проблеме ранжираних привреда. Према овом извештају за 2014 годину Србија је погоршала свој положај за седам места, сада је на 93 позицији, а као најважнији фактор овог погоршања сматра се то што није извршила ниједну реформу. По питању добијања грађевинске дозволе Србија је рангирана у десет најгоре позиционираних земаља јер је неопходно 269 дана и 18 процедура. По једноставности плаћања пореза на 116 месту је са 66 уплата и 269 сати⁹. Ситуација није много боља ни у осталим областима тако да Србија са

⁸ Извештај Светске банке, доступно на: [/www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org) (23.06.2014).

⁹ http://www.euractiv.rs/srbija_i_eu/ 23.06. 2014.

оваквим пословним окружењем сигурно не спада у земље о које се инвеститори отимају, а имајући у виду да свој раст и развој између осталог везује и за прилив страног капитала, јасно је колико још мора да се ради на реформи наше привреде.

У оквиру свог Претприступног економског програма за период 2013-2015. године који је Влада у јануару 2013. године доставила Европској комисији предвиђен је раст БДП од 2% у 2013. године, до 3,5 % односно 4% у наредне две године. Након оствареног раста пољопривредне производње (јер се 2013 поредила са сушном 2012) и вишеструког пораста производње и Фиат-у, остварен је раст БДП за 2,5% у 2013, али ће без ове две компоненте у 2014 бити много мањи, ако га уопште и буде.¹⁰ Индекс раста БДП по становнику у Србији је најнижи у Европи и 6 пута је мањи од европског просека. Оптимистичне су прогнозе да ће јавни дуг који је давно прешао законске оквире и износи око 62,3%¹¹ БДП, моћи до 2020 да се сведе на 45% ДБП. Предвиђања су да се до краја 2014 може очекивати и пораст до 70%¹² БДП, што неминовно води у дужничку кризу. Овој сложеној економској ситуацији треба додати и изузетно високу незапосленост која је 2012. године достигла рекордних 23.9% а током 2013. године наставила да расте. Једна од три особе старије од 15 година је запослена, изражен је проблем дуготрајне незапослености и незапослености код младих људи, што се сигурно одражава и на поверење у Владу, јер је сигурно пораст животног стандарда и побољшање услова живота оно што грађани очекују. Проблем незапослености додатно отежава и велики број радника који остаје без посла, након неуспешно обављене приватизације, па и након продаје предузећа радници остају на терет буџету. Успоравању привредне активности допринео је и реални пад активности у области грађевинарства од 5,1%, мада је то много бољи резултат од пада у 2012 од 20%.¹³

У Србији постоји проблем у дефинисању и спровођењу државне политике, јер се при дефинисању државне политике поједини субјекти фаворизују, па тако дефинисана политика представља терет за привреду.¹⁴

Гломазна јавна управа, неефикасна јавна предузећа, велики број предузећа у реструктурирању, велики број пензионера у односу на радно активан број људи и други велики проблеми који карактеришу српску

¹⁰ *Квартални монитор*, бр.36, јануар- април 2014.,стр11.

¹¹ [http://www.javnidug.gov.rs/\(23.06.2014\)](http://www.javnidug.gov.rs/(23.06.2014))

¹² *Квартални монитор*, бр.36, јануар- април 2014.,стр12.

¹³ *Исто*,стр 17.

¹⁴ *Институционалне реформе у 2010 години*, Центар за либерално демократске студије, Београд, 2011. стр.30.

привреду само употпуњују слику сложености стања. Након поплава које су у мају 2013. године погодиле Србију и велике директне али и индиректне штете очигледно је да је пред Србијом изузетно тежак период у коме ни смањење плата јавног сектора и друге уштеде које Влада покушава да оствари, као ни повољни кредити које је успела да обезбеди не могу да створе услове за покретање привредног раста. Инсиситирање на развоју приватног предузетништва и смањење броја радника у јавном сектору као и продаја јавних предузећа као решења која Влада најављује не представљају неко дугорочније решење.

Очигледно је да у Србији не постоји област која је економски и правно здрава и ефикасна и која би била основ и покретач великих промена које су јој неопходне. Светска финансијска криза је додатно отежала положај Србије и успорила спровођење неопходних процеса реформи.

Имајући у виду да нема много могућности којима би могла да покрене реформе Влада мора да крене у изградњу институција које би створиле здраву основу за обнављање привреде која је у јако тешком положају. Довођењем нелегалних токова у токове легалне економије, доношење и спровођење закона омогућиће решавање проблема у привреди и створити основ за њену европску интеграцију. Поред имплементације закона и прописа, као решење за наше бројне и тешке проблеме могли би смо да преуземо и искуства високо развијених (рецимо нордијских) земаља у стварању паметне, високопродуктивне економије.

Закључак

Оствареним резултатима у области реформи и институционалне изградње у протеклих пар година Србија се сигурно не може похвалити ни приближити Европској унији. Иако се често у јавности говори о побољшаним односима са европском и светском заједницом, бројне анализе и извештаји о процесу реформи у многим земљама, међу којима је и Србија, указују да су позиције Србије лоше, а домаћи економски услови неповољни за веће промене и деблокирање стагнације. Посебно забрињава то што се реформе одвијају јако споро, па Србија не успева да одржи корак са реформама у осталим земљама. Побољшања у појединим областима су јако мала и свеукупној стагнацији не долазе до изражаја. Пораст ефикасности и професионализације на свим нивоима, а пре свега институционална изградња у постојећим условима представљају добру основу за почетак реформи које се морају што пре десити и чије спровођење неће бити ни лако ни безболно.

Danijela Petrović, LL.M
Teaching Assistant

EUROPEAN CONDITIONS AND ASSESSMENT OF INSTITUTIONS IN SERBIA

Summary

Serbia with its results within reforms and institutional building in the last several years cannot show it off nor even come closer to the EU. Even the public very often talk about better relations with European and World community, numerous analysis and report with regard to the process of the reforms in many countries, amongst which Serbia finds its place, show that position of Serbia are very low, and domestic economic conditions are unfavorable and also unblocking stagnation. Special worries concerns very slow reforms, so Serbia cannot keep it up with the reforms with other countries. Improvements in some areas are very minor and it the overall stagnation cannot come to expression. Increasing efficiency and professionalism at all levels, first of all institutional building in present conditions represent a good base for starting the reforms, that have to happen as soon as possible and realization of it would not be easy nor painless.

УПРАВНО – ПОЛИТИЧКА НАУЧНА
ОБЛАСТ

УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ - ЗНАЧАЈ И НЕЖНОСТ УСКЛАЂИВАЊА ПРОКЛАМОВАНИХ УСТАВНИХ ЦИЉЕВА И ДРУШТВЕНЕ СТВАРНОСТИ

Апстракт: У животу људи и друштвене заједнице владају неумитни закони дијалектике. Кроз векове и друштвене епохе та се дијалектика схватала различито и објашњавала принципима кретања и развита, како материје тако и идеја (духа). Не улазећи у то ко је ближи истини, материјалисти или идеалисти, сви се слажу да у људском и друштвеном животу ништа не остаје исто, све се мења, тече и прелази из ниже у вишу фазу развита. Као што човек пролази кроз различите етапе свог живота – од рођења па до смрти - тако се и друштво креће, развија од неразвијених облика и заједница ка оним вишим и савршенијим. Данас живимо у држави са развијеном организацијом људских односа, али не смемо да будемо уображени и самозадовољни. Нема краја људском и друштвеном усавршавању и увек могу да се нађу боља решења и облици организовања који нас приближавају напретку и остварењу пуноће и смисла живота. И када говоримо о држави као правно уређеној заједници, свесни смо да је и она подложна дијалектици и да треба да се мења и усавршава. То се у уставноправном смислу постиже таквим функционисањем правног система у коме се траже боља правна (уставна) решења и начела од постојећих. Да би правни, уставноправни систем био бољи (мада никад савршен), мора стално да се прилагођава потребама друштвеног живота. То се постиже тако што се правне норме и акти дограђују, побољшавају па и мењају када је то потребно и то пре свега важи за онај највиши правни акт сваке земље – устав. Устав као извор и основ целокупног правног поретка мора да тежи потпуности, перфекцији и, без обзира на амбиције свог творца, мора по потреби да се мења и побољшава. Ако би увек важио један устав временом би се претворио у неважећи папир, мртво слово које нема утицај на друштвени живот и људска збивања. Зато и уставни са амбицијом да буду вечити, савршени (као Устав САД) нису у томе успели па су временом морали да се мењају и допуњују. Неки други уставни и уставотворци нису се пак стидели своје несавршености па су временом доносили бројне уставе (или мењали постојеће) настојећи да сваки нови буде бољи од претходног.

* Редовни професор

Такву правну логику данас следе и примењују савремене државе тежећи да се кроз устав и уставне промене модернизују и приближе остварењу идеала правде, слободе, једнакости и пуне демократије. Мада ти циљеви и вредности никада нису достижни до краја, уставни и њихови творци преиспитују себе и настоје да се са сваким новим уставним покушајем још више приближе тим далеким (и по мало неостварљивим) циљевима.

Нема краја људском трагању и преиспитивању постојеће (дате) стварности па тако нема краја и задовољства и у уставној изградњи, усавршавању друштвене заједнице. Устави морају да буду актуелни, модерни, што реалнији, дакле да прате стварност и одговарају на њене захтеве и изазове. Зато се и врше уставне промене – не да би се задовољиле празне академске или теоријске амбиције, већ да би друштвени живот текао несметано, у правцу који обезбеђује напредак и благостање и појединца и заједнице као целине.

Кључне речи: чврст устав, меки устав, уставна ревизија, уставни амандмани, однос устава према друштвеној стварности, прилагодљивост устава друштвеним променама, реалност устава.

УВОД

Сваки устав има свој физички и правни живот, постојање. Физички и просторно, устав се доноси у једној земљи, траје неко време и нестаје, замењује се неким другим, бољим. У правном смислу устав тежи савршенству, постизању хармоничног правног поретка па тако надилази своје физичко ограничење или пролазност. Многи уставни имају амбицију да се овековече, да прокламоване принципе и друштвене циљеве представе као врхунац и завршетак друштвеног кретања и развитка. На тој доктрини или идеологији је настао, рецимо Устав САД од 1787. год. По угледу на вечите математичке истине или рачуне, овај Устав је прогласио и величао основне вредности и тековине америчког друштва као свете и непроменљиве. То се пре свега односи на принцип чврсте поделе власти због кога су очеви Америке веровали да не треба ништа мењати у америчком уставном уређењу и организацији власти. Прагматични Американци су тако успешно показали како се једна философија – философски рационализам - успешно преноси у политику и схватање државе.¹ САД су необичне и парадоксалне у много чему а свакако највише у томе да су донеле и до сада имају само један Устав, овај из

¹ Евгениј Васиљевић Спекторски, Држава и њен живот, Правни факултет, Универзитету Београду, Београд, 2000. год. стр. 90.

1787. год. То је земља која се од свог настанка и доношења првог и једног Устава много променила и унапредовала. Она је постигла чудо у производњи, техници, науци и другим областима живота, али је начин на који функционише америчка Влада остао сличан оном из времена Џорџа Вашингтона, Александра Хамилтона и Томаса Џеферсона.² Но без обзира на амбицију да буде савршен и досегне до циљева најбољег могућег друштва, у томе ни један устав сам по себи не може да успе. За постизање тако далеких и тешко остварљивих друштвених и уставних циљева потребан је не само један него више устава. Зато уставни ређе проглашавају сопствену савршеност и непроменљивост, а више нагињу променама, отварају врата свом мењању, онда када се појави потреба за тиме. И људским (друштвеним) као и природним законима је ближе резонување да све што постоји није вечито, да оно што једном настане у једном тренутку мора и да нестане или престане, замени се и продужи са другим обликом постојања. Та законитост дијалектике може да се примени и на уставе. Од доношења првих устава па до данас, сведоци смо њихових бројних и честих мењања, како парцијалних тако и потпуних – доношењем нових устава уместо постојећих. Зато уставни ређе предвиђају забрану свог мењања јер је то и правни анахронизам и оно што је противно логици друштвеног живота. Ако уставни нешто и штите и забрањују у погледу свог мењања, онда се то углавном односи на њихове најважније одредбе и принципе, али не и све. Но, и када устав забрани да се мењају неке његове одредбе или вредности, нема гаранција да ће тако и бити, да се оне неће променити. Слово устава (или закона) не може да буде старије или постојаније од закона живота који нас воде у оном правцу који не можемо да бирамо или да га избегнемо. Колико год да из устава извиру, установљавају се основни друштвени односи и принципи људског понашања; они нису аутохтони, не могу се одвојити или супротставити друштвеној стварности и њеним законима развоја. Устав који би се уздигао над друштвеним животом и игнорисао га не би могао да буде то – основни закон једног друштва.

I

Устав је највиши правни акт који уређује најважније друштвене односе. У свакој земљи постоје темељни друштвени односи и вредности које морају да уживају највишу правну заштиту. Ти односи се уређују на начин како то жели држава или, боље рећи, водеће друштвене снаге које

² Everett Carll, Ladd, Устав као идеологија, часопис „Прегледи“, издање амбасада САД у Београду, бр. 242 од 1988. год. стр. 30-31

стоје иза ње. Када их уређује, држава настоји да постигне да они буду стабилни и дуготрајни јер од тога зависи и стабилност саме државе и њеног устава као основног правног акта. Ни за једну државу није добро да се такви односи импровизују, брзоплето и провизорно уређују да би се убрзо схватило да морају да се мењају и другачије и боље уређују. Та стабилност и дуготрајност друштвеног односа се донекле штити и одговарајућом техником или процедуром доношења и промене устава. Та техника треба да спречи олако и непромишљено мењање стабилних друштвених односа и у њу треба унети одређене мере, радње или фазе како би се уставној промени приступило успорено и отежано. Живот устава, његово трајање своди се на његово поштовање а то је, по Оливери Вучић, мешавина разлога који доводе како до његовог настанка тако и временом до потребе његовог поправљања и на крају, ако то више није могуће, замене старог устава новим.³

Живот устава се нужно поклапа са животом друштва, његових грађана и власти која се одвија под њим. Живети са уставом, под њим, значи бити одан и поштовати оно што представља суштинску вредност око које су сагласни сви битни друштвени чиниоци и снаге. Без устава и његовог поштовања нема ни поштовања друштва, грађана и свега оног у чему они налазе смисао свог постојања. Када би се држава лако одрицала устава, одрицала би се и разлога због кога постоји. Тај државни разлог се, по нашем великану Слободану Јовановићу, своди на изналагање државног интереса⁴, а то је општи интерес у коме се меша заједничко и појединачно, оно што је важно за све нас скупа и сваког посебно. Без уставотворне делатности државе не бисмо лако дошли до заједничког циља, оног што нас спаја и ствара заједничку моралну вредност у коју верујемо и одани смо јој. Зато та уставотворна делатност или власт представља извор свих наших делатности и власти: од ње се почиње, полази и силази наниже, у све сфере заједничког и појединачног живота и уређења. Само тако се долази до доброг правно уређеног и усклађеног друштвеног стања, односно друштва у коме свако налази себи место које му припада.

Иако у уставном праву и пракси преовлађује доктрина о чврстом уставу, то не сме да се прихвата буквално и апсолутно. Устав не сме да буде статичан и окамењен, већ динамичан и променљив акт, сходно потребама и развоју друштва. Чврст устав није и непроменљив, већ само теже променљив акт. Непроменљивост је средњевековна догма коју је заменила идеја револуције са којом се ушло у ново грађанско доба и у коме више ништа није свето и непроменљиво. Ако би донекле и могао да

³ Оливера Вучић, Промена и трајање устава „Досије“, Београд, 2005. стр. 11.

⁴ Видети: Слободан Јовановић, О држави, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублиц, Београд, 1990. год. стр. 133

се прихвати став о непроменљивости устава, то би више одговарало конзервативном друштву у коме владају укоренење навике и схватања. Еластичан устав више одговара потребама живота модерног друштва које је подложно сталним и брзим променама. На крају, и сама чињеница да је устав дело уставотворне власти која не трпи никаква ограничења више иде на руку променљивом него непроменљивом уставу.

Уставотворна власт која доноси устав је израз суверености уставотворца који је слободан да донесе устав какав жели а такође и да га промени када му то одговара. Зато и не постоји неки други, виши акт нити други, виши уставотворац који би стајао над уставом и његовим творцем и ограничавао га. То произилази из саме природе уставотворне власти која је највиша, тако да изнад ње нема неке више уставотворне власти. А то опет значи да, када доноси устав, уставотворац нема изнад себе неки други устав о коме мора да води рачуна а такође и тај његов акт не обавезује и не ограничава будућег уставотворца како ће поступати са постојећим уставом. Та идеја је јасно изражена још у Декларацији Монтањарског устава од 1793. год. у којој је децидно наглашено право народа да ревидира, допуњује и мења свој устав тако да једно поколење не може да потчињава она друга својим законима.⁵ Просто речено, да би смо сигурно знали да ли је једна власт уставотворна или не, треба видети да ли трпи ограничења своје суверености или не. Ако је, како тврди Ж. Перић, ограничена у својој суверености, онда неће моћи да буде и назове се уставотворном влашћу.⁶

Колико год вршење уставотворне власти представља замашан и компликован правни подухват, треба имати на уму да то није честа, редовна активност. Устави се не доносе и не мењају онако како се доносе или мењају обични закони. То је зато што устав није обичан већ један посебан, највиши закон. Обични закони се брже и лакше доносе али и мењају, што има и добрих и лоших страна. То већ није случај са уставом који се теже и споро мења, што такође има и својих мана мада су користи од тога далеко веће. Уставотворна власт није стално дејствујућа, не врши се континуирано⁷ и према њој се треба односити с опрезношћу. Њој треба приступати тек након темељних припрема и доброг проучавања друштвеног стања и односа који ће бити обухваћени уставним процесом.

⁵ Видети члан 28 Декларације права човека и грађанина од 1793. год. преузето од др Љубице Кандић, Одабрани извори из опште историје државе и права, „Савремена администрација“, Београд, 1992. год. стр. 253.

⁶ Живојин М. Перић, Политичке студије, Београд, 1908. год. стр. 44.

⁷ Оливера Вучић, Промена и трајање устава, „Досије“, Београд, 2005. год. стр. 28.

II

Без обзира како се гледа на промену устава она је нужна, неизбежна јер обезбеђује уставни развитак. Свака забрана или ограничавање уставне промене је анахронизам и противна је логици и природи уставотворне власти која се не да контролисати или спутавати. Такође формалне забране у уставном смислу ништа и не значе јер их уставотворци на крају и игноришу када се нађу у ситуацији да треба да приступе послу око промене устава. То што је, рецимо, Устав Грчке од 1968. предвиђао да краљевска демократија не може да се мења⁸ односно укине није сметало Грчкој да уставном ревизијом од 1973. год. укине монархију и прогласи републику.

Промена устава је последица дијалектике друштвеног живота – да све што се створи није вечито већ је подложно кретању, мењању и побољшавању. То је посебно својствено и изражено у људском животу и стваралаштву. Оно што људи чине никад не може да буде савршено, ма колико се нечему дивимо. Још је Аристотел давно приметио да су људи подложни страстима, дакле несавршени, и да треба да се потчине владавини безличних правила, односно мудро састављеним законима.⁹

И устав, као највећи људски правни подухват или дело, без обзира на претензије ка савршености, никада не може да постане савршен. И за њега важи, као и за остала људска остварења, да се доноси, траје и неминовно мења одн. замењује бољим и напреднијим. Променом устава се настоји да се отклони противуречност између устава као закона и текста с једне, и постојећег стања друштва и свести о тој стварности бар већине грађана, с друге стране.¹⁰ Уставна промена тражи и отклањање постојећих неусклађености и сукоба између уставне норме и праксе, али и подразумева отклањање појмовног сукоба између научно заснованих теоријских појмова и оних које доноси њихово тумачење.¹¹ Независно од жеље да буде дуговечан и да стабилизује постојећи поредак, устав сам по себи није свемоћан. Уопштено гледано, само развијање и мењање друштвених односа изискује и промену у самом уставу. Под променом устава се подразумева укидање појединих његових норми па и свих норми, затим замењивање укинутих норми новим нормама, као и

⁸ Видети: члан 137. тачка 1. Устава Грчке од 1968. год. „Збирка новијих устава“, Институт за упоредно право, Београд, 1972. год.

⁹ Видети: Аристотел, Политика, 1282б, БИГЗ, Београд, 1975. год.

¹⁰ Др Јован Ђорђевић, Теоријске основе промене устава, реферат са научног скупа: „Актуелни проблеми устава и уставних промена“ при одељењу Друштвених наука САНУ, одржаног 17-18. марта 1988. год. у Београду, Зборник радова, стр. 21.

¹¹ Ибид стр. 21

допуњавање текста устава другим нормама. Бројни су разлози за промену устава и они су углавном везани за промене односа у друштву, политици, привреди, култури, здравству и др.¹²

У погледу ширине уставних промена, разликује се потпуна од делимичне промене устава, дакле или доношење новог устава или његова измена и допуна. Иако је то теоријско питање и уставни га изричито не решавају, преовлађује гледиште да се под променом устава подједнако подразумева како његова измена и допуна тако и доношење новог устава. Постоје ситуације када не могу да се врше делимичне ревизије, када нису довољне и могуће измене и допуне устава, него се мора донети нов устав. То ће бити у случајевима уставног дисконтинуитета: када се напушта један уставни режим и успоставља други – наместо монархистичке владавине уводи републиканска или обрнуто. Некад потреба за доношењем новог устава може да искрсне и онда када је претходни устав застарео и услед дугог трајања изгубио актуелност па више не одговара потребама датог друштва.¹³ На крају, потреба за доношењем новог устава може да наступи и услед тога што је у првобитни уставни текст унето много значајних измена и допуна, тако да се изгубио њихов смисао а то онда изискује и нужну прераду и израду новог устава.¹⁴

Устав самим својим постојањем, настанком ствара и клице или зачетке свог пропадања или нестајања. И тек што је устав донет, могу се уочити нека његова решења неадекватна постојећим друштвеним потребама.¹⁵ Она могу бити последица нехата, недовољног познавања права или чак и лоше намере да се учини нешто супротно постојећој пракси.¹⁶ Углавном, у пракси промене устава могу се уочити две ситуације. У првој устав може врло брзо да покаже своје слабости и недостатке који изискују и његову промену. То је карактеристично за уставе који нису довољно изучили стварност, брзоплето су донети или су некритички копирали стране уставе који нису прилагођени условима и приликама земље у којој треба да се примењују. Друга ситуација важи за уставе који су добри, прилагођени друштвеној стварности и једно време се успешно и примењују. Но, због саме дијалектике друштвеног живота, кретања и развоја друштвених односа, и такви уставни временом долазе у раскорак са промењеном стварношћу и условима друштвеног живота. Они морају да се мењају јер ће у супротном да застаре и изгубе корак са

¹² Др Рајко Кузмановић, Уставно право, Бања Лука, 1999. год. стр. 48.

¹³ Др Миодраг Јовичић, О уставу, теоријско – компаративна студија, Савремена администрација, Београд, 1977. стр. 82.

¹⁴ Ибид, стр. 82

¹⁵ Оливера Вучић, Промена и трајање устава, „Досије“, Београд, 2005. год. стр. 41

¹⁶ Ибид, стр. 41

друштвеном стварношћу. Уместо да буду реални и по мери датих друштвених односа, такви уставни се претварају у фиктивне и папирнате, номиналне и неважеће акте.

III

Уставне промене имају важно место у животу сваког устава. Оне су његов крвоток, обезбеђују му динамичност, променљивост и прилагођавање новим условима друштвеног живота. За успешне уставне промене је од подједнаког утицаја и ко их врши и како, на који начин. Дакле, можемо да говоримо о субјектима и системима уставне промене, али и начину и техници те промене. Као што је потребно изабрати добар модел или систем уставне промене, тако је и важно применити адекватну технику и начин њеног извођења. Има различитих модела уставне промене као и различитих техника и средстава којима се врше уставне промене. Техника треба да поспеши и олакша уставну промену, али сама не може да обезбеди њен квалитет. Ниво и зрелост уставне промене пре свега зависи од људи, њихових намера и остварљивих циљева. Не постоји техника која је у стању да постигне, оствари немогуће циљеве и уставне пројекције. Техника је само помоћно средство, инструмент да се дође до једног циља, али ни она није свемоћна. Техника може много, али не и све, да надомести оно што људи пропустили или не знају да учине. Она не може да замени људе и учини оно што они треба или из неких разлога не могу да успеју. Ако уставотворац нема јасно виђење онога шта жели – каквим уставним циљевима и променама тежи - мала је корист и од најбоље правне, односно уставне технике. С друге стране, и лошија правна средства и техника не могу битно да умање квалитет и зрелост уставне промене која је добро осмишљена и реално остварљива. Што се тиче технике, уставни се мењају на два начина: уставним законима и уставним амандманима. Уставни закон се ређе примењује док су уставни амандмани уобичајена и стандардна техника или процедура путем које се мењају модерни уставни.

Мада се уставни закон више користи у друге сврхе – пре свега за спровођење устава - изузетно њиме могу да се врше измене и допуне устава. Путем уставног закона се тада врши уставна ревизија, дакле не ствара се нов уставни систем, него се врши делимична уставна реформа. Добар пример таквог коришћења уставног закона је био у случају уставне реформе у ФНРЈ и то 1953. год. Тада је донет Уставни закон о основама друштвеног и политичког уређења ФНРЈ и савезним органима власти и

њиме је тада делимично регулисана уставна материја.¹⁷ Уставни закон ФНРЈ од 1953. године је био хетероген уставни документ, изразио је уставно – правни дуализам тиме што је наговештавао прелаз из једног у други уставни систем. Он је задржао неукинуте делове старог југословенског Устава ФНРЈ од 1946. год. и то главе од I и IV¹⁸ и са новим, измењеним уставним решењима која су означила почетак изградње новог модела социјалистичког друштва практично је чинио нови Устав ФНРЈ који је важио све до 1963. год.

Устави се углавном мењају путем уставних амандмана и ови чине саставни део устава, заједно са првобитним уставним текстом. По правилу, амандмани уређују питања која се не налазе у изворном тексту устава па би њихова основна функција била да допуњују постојећи устав¹⁹, мада није увек тако. Амандмани се додају на крају устава као његово продужење и као такви се не уносе у основни уставни текст, не мешају са осталим уставним нормама. Но, без обзира на овакву систематизацију уставних амандмана, то су акти који имају снагу устава, чине његов саставни део и логички и концепцијски следе важећи уставни текст. Уставни амандмани представљају технику промене устава која се разликује од уобичајене промене устава где све извршене измене и допуне представљају јединствен текст. Овде, код промене устава путем уставних амандмана, основни уставни текст остаје формално неизмењен, али му се на крају додају амандмани који чине додатак устава и утичу на његову садржину и физиономију. Амандмани су први пут примењени у Уставу САД од 1787. год. и до сада их је усвојено 27, с тим да је овај последњи усвојен 1992. год.²⁰ Иначе прве измене америчког Устава су уследиле већ 1791. год. када је усвојено првих десет амандмана којима су обухваћена најважнија грађанска и политичка права.

Са праксом уставних амандмана у САД-е се наставило и касније па је следећа група амандмана (9) усвојена 1861. год. а после ње, 1946. год. је усвојено још четири амандмана, да би 1971. год. било усвојено још три амандмана²¹ и последњи, двадесет седми, како је речено, усвојен је 1992.

¹⁷ Оливера Вучић, Владан Петров, Дарко Симовић, Уставни судови бивших југословенских република, Досије, Београд, 2010. год. стр. 134.

¹⁸ Видети: Уставни закон о основама друштвеног и политичког уређења ФНРЈ и савезним органима власти од 1953. год. и даље. Професор Јован Ђорђевић Уставно право „Савремена администрација“ Београд, 1978. год. стр. 110.

¹⁹ Оливера Вучић, Владан Петров, Дарко Симовић, Уставни судови бивших југословенских република, Досије, Београд, 2010. год. стр. 131

²⁰ Јован Комшић, Теорије о политичким системима, Институт друштвених наука, Београд, 2000. год. стр. 430

²¹ Др Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи, „Нови глас“, Бања Лука, 1991. год. стр. 258.

год. Уставни амандмани су специјалност и наше уставне праксе и то како оне социјалистичке, тако и постсоцијалистичке.

Наши први амандмани су усвојени у току уставне реформе која је спроведена 1967, 1968 и 1971. год. и ради се о 42 амандмана на Устав СФРЈ од 1963. год. који су битно променили уставну слику земље и њен уставни систем пројектован Уставом од 1963. год.²² Још драстичније су биле уставне промене 80-тих година XX века а односиле су се на Устав СФРЈ од 1974. год. Те промене су вршене у два маха: 1981. и 1988. год. када је усвојено 48 амандмани којима је требало употпунити и доградити модел социјалистичког самоуправљања²³ мада је то учињено са закашњењем и неуспешно.

Амандманска техника је примењена и у уставном систему СР Југославије и односила се на промене Устава од 1992. год. Тако је амандман I на Устав СР Југославије од 1992. године омогућио одржавање превремених савезних парламентарних избора²⁴ а амандмани од 6 јула 2000 (II-IX) су регулисали материју везану за промењен режим избора председника СР Југославије и савезних посланика у оба већа Савезне скупштине.²⁵

Уставни амандмани се употребљавају на различите начине па тако постоје и неке њихове карактеристичне врсте које се срећу у уставној пракси многих земаља. Пре свега амандмани се употребљавају у смислу допуне, побољшања уставног текста, и то најбоље одговара изворном значењу овог појма. Овако употребљени, амандмани не „дирају“, не ремете основни уставни текст, већ га само допуњују, разрађују и обезбеђују његову дуговечност. У природи овако схваћеног амандмана је да допуњује, попуњава, а не да мења устав. Овакво схватање је преовладало у уставним амандманима на Устав САД-е од 1787. год.

Оваквом применом и значењем амандмана се обезбеђује уставни континуитет и поштовање важећег устава. То је важно питање које се поставља у току сваке уставне реформе²⁶ јер предложене уставне промене треба да воде очувању уставног поретка и континуитета, а не његовом

²² Видети: Амандмане на Устав СФРЈ усвојене 1967, 1968 и 1971. год.

²³ Видети: Амандмане на Устав СФРЈ од 1974. год. усвојене 1981. и 1988. год.

²⁴ Видети: Видети амандман I на Устав СР Југославије од 1992. год. и „Службени лист СРЈ“ бр. 34 од 23. септембра 1992. год.

²⁵ Видети: амандмане од II – IX на Устав СР Југославије 1992. год. „Службени лист СРЈ“ бр. 29 од 6. јула 2000. год.

²⁶ Видети: Др Маријана Пајванчић, Устав Републике Србије пет година после, реферат са научног скупа: Правне норме у времену и простору и одржаног 21. јуна 2012. год. на Правном факултету у Косовској Митровици, објављен у Зборнику радова, стр. 143-144

рушењу. Но, нису сви амандмани те врсте нити им је таква намера. Неки од њих имају за циљ не очување него мењање постојећег уставног стања и текста.

У таквим амандманима се изричито наводи које се одредбе из првобитног уставног текста мењају. Овим амандманима се или брише постојећа уставна норма или се, уместо постојеће, доноси нова која је замењује.

Најбољи пример таквих уставних амандмана су били они југословенски из епохе социјалистичких устава од 1963. и 1974. год. Ти амандмани су драстично одступили од постојећег уставног стања и навестили концепцију новог уставног система. То се посебно односи на амандмане на Устав од 1963. год. који су извршили судбоносне промене у концепцији федеративног уређења земље и односа између република и покрајина. Ти амандмани су у крајњој линији били последица крупних друштвених и политичких промена које су у међувремену извршене и које су утицале да важећи Устав од 1963. године постане превазиђен и неадекватан постојећој друштвеној стварности.

IV

Живимо у свету који се брзо развија и мења своје стереотипе – традиционалан начин живота и схватања. Око нас се догађају велика чуда, неслућени развитак технике и технологије према којима наш друштвени и политички живот и организовање изгледају наивно и превазиђено. Технички и индустријски смо много напредовали и закорачили у свет компјутера, софтвера и различитих програмерских новотарија. Наспрам тога, у нашем друштвеном и политичком животу и систему још увек доминира концепт власти, моћи, наметања воље једних другима и различити облици дискриминације. На дужи рок такав раскорак између техничког напретка и политичке организације је неодржив и тражи да се и тај друштвено - политички односно уставни живот мења и модернизује. Још увек робујемо стереотипу власти и нисмо спремни да прихватимо технолошки и аполитички модел владања и управљања друштвом.

Још увек је интерес политичке класе изнад интереса друштва и она не пристаје да се лиши значајне моћи и привилегија које извиру из власти. Но, традиционални концепт политичког владања је на великом испиту и под озбиљном сумњом. Уставни и политички системи и модели, настали на основи више или мање успешне поделе власти, све мање одговарају потребама модерног човека и друштва. Нама су потребнији другачији модели друштва и управљања. Уместо људи оптерећених комплексом моћи и властољубља, потребни су нам ствараоци, обдарени знањем, познавањем науке и моћи предвиђања различитих друштвених,

привредних па и природних појава које пресудно утичу на наш живот. Пролази време политичких дилетаната, аматера и авантуриста који улудо троше наше време и ресурсе зарад своје користи и друштвене славе. Долази време образованих људи, науке и прецизног предвиђања које не трпи импровизације и површне људе од чијих грешака сви испаштамо а за које нико не одговара. У светлу таквих друштвених и материјалних кретања, па чак и непредвидљивих природних и климатских промена, и наше представе о правном (уставноправном) устројству државе морају да се мењају. Морамо сви да се мењамо и ослобађамо досадашњег арсенала правних и политичких појмова и термина који чине ткиво традиционалне политичке заједнице. Термини и појмови традиционалне политичке науке: власт, демократија, сувереност, неједнакост, доминација и сл. морају да се замене новим појмовима и терминима који одговарају стандардима неполитичког и високо технолошки изграђеног друштва. У том смислу, и наше схватање устава и уставних промена мора да се ослобађа традиционалних вредности и шаблона који још доминирају и по којима се организује наш уставноправни живот. Морамо бити спремни за политичке промене које ће политичку власт ставити у службу науке, технике и технолошког напретка. Уместо доминације власти и политике, мора да наступи епоха доминације науке и технике и људи који иза ње стоје и бране је. Устави и будуће уставне промене морају да следе такву логику ствари и развика. Те промене не могу да измисле и донесу нешто ново на плану аранжирања власти или њеног побољшања. Оно што су давно и визионарски осмислили Лок, Монтескије и њихове ватрене присталице ми нисмо у стању да променимо и усавршимо. Власт и њена организација је дошла до тог нивоа развика да нема простора да се даље креће и побољшава. Зато и сви ти бројни устави и уставне промене не доносе ништа ново на плану уставне и политичке организације друштва. Све је то мање више понављање већ познатих идеја и решења из упоредне уставне и политичке праксе. Зато будуће уставне промене мање треба да се баве политичким појавама и односима. Оне треба да улазе у сферу друштвених кретања у којима предњачи наука, технолошки напредак и организациони модели управљања од којих ће нам свима живот бити бољи и занимљивији. Мораће да се мења садржај уставне материје, да се проширује на нова поља живота и интересовања која излазе из фокуса човека као политичког бића (zoopolitikon). Сви смо уморни од грађана који своју афирмацију траже и постижу у свету политике. У том свету доминирају политичке странке и њихове утакмице у којима има мање части и поштовања правила игре, а више нечасних радњи и подметања. Жељни смо другачијих људи, са новим идејама и погледима са оне стране политике, политичке безочности и егоизма. Будући устави или уставне промене треба да омогуће такве промене које ће промовисати нове лидере

и управљачке екипе. Уместо политичке класе класу техничара, инжењера, научника и образованих људи који се боре за визију неполитичког друштва и друштвених вредности у којима се цени рад, успех, поштење и знање које ствара добробит за све, заједницу као целину.

Vladan Mihajlović, LL.D
Full Professor

CONSTITUTIONAL CHANGE AND THE NEED OF HARMONIZING PROCLAIMED CONSTITUTIONAL GOALS AND SOCIAL REALISM

Summary

The Constitution is, in theory, an act that is difficult to change, but not unchangeable. The Constitution should not remain inert document, but must be dynamic and changeable according to the needs and development of the society. Immutability is one of the medieval dogmas that have been replaced by the idea of revolution, entered into a new era where nothing was sacred and the unchangeable. In spite of the desire to be long lasting and save the existing order, the Constitution is almost never able to do so. Because of this, developing and changing of social relations, demands the change in the Constitution itself. Changing of the Constitution means the elimination of certain norms, changing internal norms with new norms as well as complementing the text of the Constitution with other norms. In terms of the width of the Constitutional changes there it can vary from complete or partial modifications to the Constitution, the adoption of the new Constitution or a change or a harmonization of the Constitution. Sometimes it is possible to change the Constitution partly, but sometimes it is not possible to do something like that. In this case, access to the full constitutional revision and adoption of an entirely new Constitution is needed.

ЛОКАЛНА САМОУПРАВА И ТЕРИТОРИЈАЛНА ОРГАНИЗАЦИЈА СРБИЈЕ

***Апстракт:** Савремена јавна управа не може се замислити без савремене, ефикасне и ефективне локалне самоуправе која почива на фундаменталним принципима децентрализације, демократизације односа, аутономности, професионалности и другим принципима уређеним Европској Повељи о локалној самоуправи из 1985 године и пратећим документима Савјета Европе.*

Такође начела европског управног простора, као и стандарди добре праксе у земљама чланицама ЕУ се само дјелимично остварују кроз законе о локалној самоуправи и територијалној организацији.

Европски управни простор почива на више главних упоришних тачака: начелу владавине права, поверења - поузданости и предвидљивости; начелу јавности и прозачности; начелу деполитизованости (политичке неутралности) и одговорности, као и захтевима за економичношћу и делотворности. Право грађана Европске уније на добру управу је прописано у члану 41 Повеље о основним правима Европске уније.

Један од предуслова добре управе а сами ти и локалне самоуправе је и имплементирање поменутих стандарда Европске Повеље о локалној самоуправи и других пратећих докумената чији предуслов представља не само адекватан систем локалне самоуправе већ и адекватна и рационална територијална организација у којој се остварује локална самоуправа . Негативна искуства источно европских земаља са почетка 90-тих година прошлог вијека, укључујући и већину држава из нашег окружења, у односу на некритичке територијалне промјене и енормно повећавање територијалних јединица а самим тим и јединица локалне самоуправе које су довеле до озбиљних проблема у функционисању локалних самоуправа па чак и блокада, добра су поука да се не праве тако озбиљне грешке и проблеми који се рефлектују не само на локални систем већ и цијелокупно функционисање државе. Срећом, Србија је успјела да не начини грешке у том погледу задржавајући територијалну организацију из ранијег периода .

***Кључне ријечи:** Локална самоуправа, територијална организација, добра управа.*

* Редовни професор

Увод

Овај рад бави се питањима територијалне организације и локалне самоуправе Србије у намјери да да приказ уставно правног и законодавног оквира у којем се развија систем територијалне организације и локалне самоуправе као и да укаже на међусобну повезаност и условљеност ових области, али и да укаже на њихове разлике као и нека отворена питања уређивања односа у овој области . У том контексту рад се неће бавити питањима територијалне организације и покрајинске аутономије као облика регионалне аутономије који не припада систему локалне самоуправе. У нужној потреби мјери рад ће обухватити и поједине теоријске аспекте ових питања.

I. Теоријски аспекти система локалне самоуправе

1. Локална заједница и локални систем управљања

Основне напомене о територијалном, социолошком и политичком окружењу локалне управе, неопходне су ради бољег разумевања њене надлежности, организације и положаја.

Локалне јединице су дјелови државне територије, где се, по правилу, простире надлежност локалних органа. Скоро је немогуће дефинисати општи појам локалне јединице без пуно изузетака, јер се оне разликују по земљама и епохама у погледу територије, броја становника, организационој структури, кругу послова, положају у територијалном систему итд.¹

У модерним државама подручја локалних јединица најчешће се уређују централним прописима, на основу политичких, географских и економских критеријума, а у низу земаља и мишљења становништва датог подручја.² Основни проблеми локалних јединица су: величина, избор принципа монотипности или политипности, јединица опште или специјализоване надлежности, односно једностепености или вишестепености локалног система.

Међутим, претходно треба одредити подручја која сматрамо локалним а ту не спадају територије са државношћу унутар сложених држава и области које уживају територијално-политичку аутономију.

Развојем демократије других друштвено економских и политичких односа у појединим земљама јавила се и потреба за креирањем

¹ С. Иванишевић, Извршни слој у локалној управи, Загреб 1987

² На потоњем критеријуму инсистира Европска повеља о локалној самоуправи донета у Стразбуру 15. X 1985.

регионалних, територијално децентрализованих органа, као међустепена, између централних и локалних органа.³ Такође, неки системи користе и функционалну децентрализацију централне управе према регионима, оснивањем јавних институција или корпорација за регионални развој.⁴ У том контексту процес регионализације нужно добија и своју политичку димензију. Образују се регионална политичка тијела са различитим надлежностима и степеном самосталности, демократски изабрана од стране становника региона, на основу чега овај облик разликујемо од чисто административне регионализације.⁵ Регион представља најширу локалну јединицу, под условом да је утврђен политичко-територијалном подјелом и ако уз органе регионалне управе постоје политичка тијела, чија овлашћења немају карактер територијалне аутономије.⁶ Постоје и облици који се равноправно могу сврстати у вид територијалне аутономије или регионализма, али су преливања неминовна, јер се живот опире строгој категоризацији. Ту се, на основу целокупног правног режима датог подручја, треба одредити за једну варијанту, што није једноставан задатак. При разматрању регионализације уопште, а посебно са управноправног аспекта, треба имати у виду да су у организационој структури и пословима региона далеко наглашенији централни елементи него код других локалних јединица. Ова особеност је последица величине, потенцијала, значаја и близине централним структурама. Друштвено окружење управе има велики значај за разумијевање њене суштине и структуре. То је нарочито изражено код локалне управе, јер од ефикасности и законитости њеног рада, у највећој мјери зависи укупан утисак о држави у погледу заштите права, интереса и пружања услуга грађанима.

Заједнице на локалном нивоу, настају прије државе и независно од ње. Потпунији контакти успостављају се знатно касније, због слабости и незнатног интереса централне власти да задире у низ друштвених односа

³ Ибид, стр. 3.

⁴ Нпр. у Француској пре 1982. Спровођењем реформи, региони постају додатни међуниво локалне самоуправе. У Енглеској, пак, регион нема чврсте границе и не представља кохерентне територијалне јединице општег типа, иако у њему нека министарства имају биро, а поједине комуналне службе регионална предузећа.

⁵ Ибид, стр. 12-13.

⁶ Територијална аутономија подразумева посебан статус и право одређеног подручја утврђених уставом, прописима или на други начин. Формално разликовање од локалне самоуправе нема већег значаја, па већина аутора полази од изузетности аутономног статуса у односу на локалну самоуправу. Раније је, у оквиру класичног схватања, нарочито заступљеног у њемачкој теорији, истицан критеријум по коме аутономија представља самосталност у нормативној дјелатности, а самоуправа у извршењу и правосуђу. Политичка енциклопедија, стр. 56-57.

и живот локалних заједница. Тако су оне у почетку међусобно и са државом слабо "комуникационо" повезане. У феудализму западног типа, властелин на феуду посједује економску, политичку, административну и судску власт уз остављање извјесне аутономије локалним заједницама. Од XII вијека градови добијају значајнију аутономију у борби централне власти и феуда. Тек устројавањем апсолутизма централна држава "на западу" овладава цијелом територијом и врши подјелу на "своје" територијално-политичке јединице са властитим испоставама,⁷ уз задржавање извјесног степена самоуправе, најмањег у Француској, а највећег у Енглеској.

У англосаксонској теорији често се за друштвено окружење локалне самоуправе користи термин локална заједница. Постоје бројне дефиниције,⁸ при чему свака наглашава различите елементе овог појма.⁹ Тако аутори у први план, уз додатна обележја, истичу територију,¹⁰ становништво,¹¹ потребе локалне природе,¹² или активности за њихово задовољавање.¹³ Међутим, тек сви елементи заједно чине оквир локалне заједнице.

Напредак је учињен када се почео тражити друштвени садржај унутар тог оквира, до чега долазе дефиниције које посматрају локалну заједницу као друштвени систем.¹⁴ При том, треба разликовати њену организациону базу и идејно-вриједносну надградњу локалног

⁷ То је једна од значајнијих разлика у односу на државне организације Византије и осталих источних деспотија, где је само повремено долазило до расцепканости и изолованости појединих дјелова државне територије.

⁸ Г. А. Хиллеру је сакупио 94 дефиниција само са енглеског језичног подручја и класификовао их у бројнице, које у локалној заједници виде неку врсту међусобног и узајамног дјеловања људи, и ређе, које посматрају искључиво однос човјека и људске групе према природној околини.

⁹ Е. Пусић, Локална заједница, Загреб, 1963, стр. 11.

¹⁰ Међутим, ту постоји дилема о величини и типа подручја, па су поједини писци напросто изједначили локалну заједницу с простором најмањих јединица територијалне подјеле државе. Тако, Бобек, Хаммер и Офнер - Е. Пусић оп. цит. стр. 15.

¹¹ Спор постоји код одређивања јединице посматрања (појединац или друштвена група) и предмета изучавања (друштвене улоге, поједини аспекти личности или личност у цјелини).

¹² Данас није лако прецизирати које се потребе задовољавају на локалном нивоу.

¹³ Питање је да ли укључити само кооперацију или цјелокупну интеракцију људи при вршењу тих дјелатности.

¹⁴ Ибид, стр. 14. Међутим, ту постоји проблем разграничења од других друштвених система.

друштвеног система. Оба дијела локалне заједнице могу се посматрати с аспекта структуре или као процес, што је њихов значајнији аспект.¹⁵

Локална управа са другим органима на локалном нивоу – скупштином односно извршним слојем – и грађанима у својству политичког фактора, чини локални систем управљања, као врсту територијалног система управљања.

Под локалним системом управљања подразумева ”скуп разноврсних управних организација и одређених политичких институција, међусобно повезаних механизмом власти и ограничених дјеловањем на територију локалне јединице, који истовремено представља релативно самостални дио система територијалног управљања и институционалну структуру управљања локалном заједницом, те који се једним својим дјелом постепено трансформише у функционалне системе управљања”.¹⁶

2. Општина као основна локална јединица

У Западној Европи, закони о политичко-територијалној подјели су само правно фиксирани емпиријски настале општине, без обзира на број становника и економски потенцијал подручја. Томе доприноси и, тада преовлађујуће, схватање општине као ”природне” заједнице грађана једног насеља, везаних заједничким интересима и потребама. Утврђен је велики број, општина при чему већина обухвата изузетно малу територију. Разлог је и недовољна развијеност саме државе и функција које она врши односно намеће општинама. ”Основне јединице” обављају незнатан број послова, углавном за локалне потребе и организују локалне заједнице ради јединственог иступања и заштите заједничких интереса према феудалцима односно касније према државним органима.

Мала и сиромашна општина током XIX в. релативно успјешно врши повјерене функције одржавања реда и мира, прикупљања пореза, одржавања минималног броја чисто ”комуналних” служби и сл. Међутим, данас се од ње захтјева да учествује у низу национално важних, нарочито управних функција, за шта просјечна европска општина није располагала кадровима и средствима. На сцену политичко-територијалне подјеле, нарастањем потреба општина и функција државе, све више ступа критеријум ефикасности. Држава такође, настоји да уједначи обављање управних и других државних послова на цјелокупној територији.

Стога се у теорији и пракси појединих земаља, предлажу односно спроводе реформе територијалне подјеле, у правцу повећавања подручја

¹⁵ Ибид, стр. 24-25.

¹⁶ Ибид, стр. 42.

општина. И даље поштовани аргументи у прилог малих, све више уступају мјесто разлозима за веће општине. У супротном локални живот паралише се и улога општине своди на безначајне функције, што изазива низ негативних последица, пошто локална самоуправа постоји и у интересу читаве друштвене заједнице и растерећења централних органа. Предност мале општине, у виду политичког утицаја на рад општинских органа, може се обезбиједити и кооптирањем стручних грађана у политичка тијела. Контролу законитости и цјелисходности, без успоравања рада општинске управе, може спровести омбудсман. Такође, грађанима је значајније ефикасно, квалитетно и једнако доступно обављање управних дјелатности, од фиктивног учешћа у политичким токовима, што се и иначе у савременим условима све теже може остваривати непосредним утицајем.

Одређивање простора локалних јединица, не смије се у потпуности препустити становништву, јер би се богатија подручја релативно лако конституисала и одвојила. Стога, то по правилу, чине централни органи. Ипак, у последње време ради мотивисања грађана на активније учешће у вршењу и управљању локалним пословима, прописује се да је за промјене граница локалне територије неопходно претходно консултовање заинтересованих локалних заједница, уколико је могуће путем референдума. Очигледно став становништва не обавезује, али ”мудри” законодавац не олако, и без изузетно наглашеног општег интереса, прећи преко њега, пошто се то може негативно одразити на касније обављање управних послова локалног карактера и на политичку сферу.

II. Концептуална обележја система локалне самоуправе Србији

Сагледавање правног система локалне самоуправе Србије, упућује на закључак да он има неколика обележја :

1. Уставно правна, законодавна и аутономна уређеност система локалне самоуправе са наглашеним уставним уређивањем,

2. Једностепену локалну самоуправу, која је веома ријетка у компаративним системима, у којој између централних (државних) органа власти и основних јединица локалне самоуправе вема виших (другостепених) облика локалне самоуправе као „споне“ између државних органа управе и локалних органа.

3. Политипски модел организације са два типа јединца локалне самоуправе који су истовремено и називи за територијалне јединице – општине и градови укључујући и Град Београд као главни град и административни центар државе.

4. У нијансама диференцирану надлежност општина као основних јединица локалне самоуправе у којем преовладава „омнибус систем надлежности, и градова као јединица локалне самоуправе са нешто ширим надлежностима од општина и нешто нијансиранијом организацијом и називима органа локалне самоуправе од општина (градска скупштина, градоначелник итд)

III. Правни оквир локалне самоуправе и територијалне организације

1. Уставни оквир локалне самоуправе и територијалне организације

Устав Републике Србије¹⁷ у неколико одредби уређује локалну самоуправу и територијалну организацију. У том контексту Устав не дефинише право на локалну самоуправу, већ се бави правом на локалну самоуправу у односу на ограничење државне власти и односима државе и локалне самоуправе, прописујући да је државна власт ограничена правом грађана и локалну самоуправу, као и да право грађана на локалну самоуправу подлеже само надзору уставности и законитости. (Члан 12). Такође у односу на територијалну организацију и локалну самоуправу Устав, као надлежност Републике Србије, уређује да Република Србија уређује и обезбјеђује територијалну организацију Републике Србије и систем локалне самоуправе (Члан 97. став 1. алинеја 3). Устав такође уређује и начин доношења закона којима се уређује територија аутономних покрајина и локална самоуправа уређујући да већином гласова свих народних посланика Народна скупштина одлучује о законима којима се уређују територија аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе (члан 105. став 2. алинеја 5).

У VII дијелу Устава – *Територијално уређење „Покрајинска аутономија и локална самоуправа“* Устав уређује „појам“ и правни статус јединица локалне самоуправе. Појам локалне самоуправе Устав одређује са аспекта права грађана на локалну самоуправу, које подразумева право грађана да локалну самоуправу остварују непосредно или преко својих слободно изабраних представника. При томе уставом се не уређује садржина права на локалну самоуправу већ само начин његовог остваривања. Такође уставом се уређује и правни положај јединица локалне самоуправе на начин да јединице локалне самоуправе имају статус правних лица. (Члан 176).

У том контексту Устав методом генералне клаузуле уређује и разграничење надлежности државе, аутономних покрајина и локалне самоуправе . Јединице локалне самоуправе надлежне су у питањима која

¹⁷ Службени гласник РС бр. 98/2006 од 10.11.2006. године

се, на сврсисходан начин, могу остваривати унутар јединице локалне самоуправе, у којима није надлежна аутономна покрајина или Република Србија. Која су питања, или боље рећи, друштвени односи од републичког, боље рећи државног (примједба Ћ.Б), покрајинског и локалног значаја одређује се законом.¹⁸ (Члан 177).

Устав Републике Србије такође непосредно уређује типове јединица локалне самоуправе и положај јединица локалне самоуправе . У том контексту устав утврђује политипски концепт локалне самоуправе са општинама, градовима и градом Београдом као главним градом као јединицама локалне самоуправе који се уређује законом Такође устав уређује да се територија и седиште јединице локалне самоуправе уређује законом (Закон о територијалној организацији, напомена Ћ.Б), као и да оснивању, укидању и промјени територије јединице локалне самоуправе претходи референдум на територији те јединице локалне самоуправе. Члан 188

Када је ријеч о уставном положају јединица локалне самоуправе устав такође прописује начин оснивања и укидања општина, надлежности града, могућност оснивања градских општина и њихови послови, положај града Београда и његове надлежности.

У том контексту Устав уређује да се општине оснивају и укидају законом, да се Град оснива законом, у складу са критеријумима предвиђеним законом којим се уређује локална самоуправа и да Град има надлежности које су Уставом поверене општини, а законом му се могу поверити и друге надлежности. (Члан 189 став 1). Статутом града може се предвидети да се на територији града образују две или више градских општина. Статутом града се уређују послови из надлежности града које врше градске општине (Члан 189 став 2). Положај града Београда, главног града Републике Србије, уређује се законом о главном граду и статутом града Београда (Члан 189 став 3) . Град Београд има надлежности које су Уставом и законом поверене општини и граду, а законом о главном граду му се могу поверити и друге надлежности. (Члан 189 став 4).

Из самог назива али и садржине седмог дијела Устава може се закључити да уставотворац мијеша територијално уређење са локалном самоуправом. Територијално уређење и право на локалну самоуправу јесу међусобно повезани и условљени али по нашем мишљењу нијесу исте ствари јер имају потпуно различите предмете уређивања . Предмет

¹⁸ Устав веома често помиње термин Република или републички као означање за државу или њене органе. Република је облик владавине а организација власти је друго питање . У том смислу када говоримо о републичким органима власти цијенимо да је боље користити термин „државни“ јер је Србија држава а свака држава има државне органе .

уређивања локална самоуправе је право грађана јединице локалне самоуправе (општине, града, Главног града) док је територијална организација само административна подјела државне територије тј простора (рељефа) државе обележеног државном границом у односу на територије сусједних држава али и унутрашњег територијалног разграничења државне територије и припадности одређеног простора (рељефа) јединицама локалне самоуправе и другим облицима аутономије. Осим тога територијална организација тј. административна подјела, државе се уређује посебним законом о територијалној организацији а локална самоуправа сетом закона којима се уређују права грађана на локалну самоуправу. Међусобна повезаност територијалне организације и локалне самоуправе укључујући и директну зависност остваривања права на локалну самоуправу у јединици локалне самоуправе огледа се у околности да је право на локалну самоуправу могуће остваривати само ако постоји и територијална јединица, с обзиром да се то право у пуном обиму остварује само од стране грађана који живе на територији јединице локалне самоуправе. У свом организационом аспекту јединица локалне самоуправе има двојни карактер : друштвено политичка и територијална организација у којој грађани остварују различите друштвене потребе, своје уставно право на локалну самоуправу које укључује и политичка, економска и социјална права али је и територијална јединица у смислу постојања ограничене територије (подручју) у којем грађани то право остварују.

Посматрано са унутрашњег функционалног аспекта државе, територијална организација државе није од битнијег утицаја на остваривање функција државне власти које она остварује преко државних органа јер иста своје државне функције остварује не цјелокупној територији државе, уз изузетак принципа екстериторијалности, док је посматрано са аспекта функционисања локалне власти територија јединице веома битна у функционисању локалних органа власти којима је вршење функција локалне власти (тзв, стварна надлежност локалних органа) ограничено само на дио територије државе који територијално припада јединици локалне самоуправе (тзв. мјесна надлежност локалних органа) .

2. Законодавни оквир локалне самоуправе

Законодавни оквир локалне самоуправе је широк. Основе система локалне самоуправе чине Закон о локалној самоуправи, али и други закони којима се уређује поједини сегменти система локалне самоуправе као што су : територијална организација, финансирање локалне самоуправе, локални изборни систем, положај Града Београда као главног

града,¹⁹ али и велики број материјалних закона којима се уређују надлежности локалне самоуправе из различитих сфера друштвених односа и управних области.

Закон о локалној самоуправи који уређује систем локалне самоуправе у Србији такође се бави и уређивањем оснивања и територије јединице локалне самоуправе. У том контексту Закон уређује да се територија и седиште јединице локалне самоуправе одређује законом и да се оснивању, укидању и промени територије јединице локалне самоуправе претходи саветодавни референдум на територији те јединице локалне самоуправе. (Члан 16) Дакле Закон готово на исти начин уређује односе који су већ уређени Уставом уз допуну што одређује врсту референдума (савјетодавни) код територијалних промјена јединица локалне самоуправе. При томе и уставотворац и законодавац користе појмове оснивање, укидање и промјена територије . Промјена територије је генеричан појам који, у овом контексту, обухвата само два модела територијалне промјене и то 1. оснивање и 2. укидање јединица локалне самоуправе. Поред територијалних промјена Закон о локалној самоуправи уређује и микро (унутрашњу) територијалну организацију јединице локалне самоуправе као и критеријуме за оснивање јединица локалне самоуправе, мада уређивање ових односа и питања према својој природи прије би припадало законима којима се уређује територијална организација . Наиме Закон уређујући унутрашњу „територијалну“ организацију јединице локалне самоуправе прописује да територију јединице локалне самоуправе чини подручје једног или више насељених места, односно катастарских општина које улазе у њен састав. (Члан 17 став 1). Такође овај закон уређује и критеријуме за оснивање јединице локалне самоуправе на начин што прописује да територија за коју се оснива јединица локалне самоуправе представља природну и географску целину, економски повезан простор, који поседује развијену и изграђену комуникацију међу насељеним местима, са седиштем као гравитационим центром, што и нису баш критеријуми везани за локалну самоуправу као право, већ за територијалну организацију јединице локалне самоуправе (Члан 17 став 2)

¹⁹ Закон о локалној самоуправи "Службени гласник РС", бр. 129/2007 од 29.12.2007, Закон о територијалној организацији Републике Србије "Службеном гласнику РС", бр. 129/2007, Закон о главном граду "Службени гласник РС", бр. 129/2007 од 29.12.2007. године.

3. Законодавни оквир територијалне организације

Законом о територијалној организацији одређује се територија територијалних јединица и уређују друга питања од значаја за територијалну организацију Републике Србије. (Члан 1) Територијалну организацију Републике Србије чине општине, градови и град Београд као територијалне јединице и аутономне покрајине као облик територијалне аутономије. (Члан 2) Евидентно је да овај Закон као и Закон о локалној самоуправи такође уређује типове исте типове територијалне организације основних административних јединица које су истовремено и типови јединица локалне самоуправе. То јасно указује да су општина, град и град Београд са правним положајем главног града истовремено називи јединица локалне самоуправе и територијалних јединица што иначе произилази из поменутог двојног карактера јединице локалне самоуправе као друштвено политичке и територијалне заједнице и организације.

Територијалну организацију Републике Србије основних територијалних јединица чини 174 јединице од чега 150 територијалних јединица општина, 23 територијалне јединице града и 1 територијална јединица Града Београда.

Као и закон о локалној самоуправи и овај закон се бави микро територијалном организацијом на исти начин. Територију општине, града и града Београда чине насељена места, односно подручја катастарских општина која улазе у састав ових јединица локалне самоуправе. Границе јединица локалне самоуправе утврђене су границама одговарајућих катастарских општина са њене територије. Члан 3

За разлику од Закона о локалној самоуправи овај Закон, у односу на оснивање нових јединица локалне самоуправе проширује модалитете оснивања, укидања и промјене територије и на спајање, укидање и промена територије постојећих јединица локалне самоуправе уређујући да се ове промјене врше у складу са критеријумима предвиђеним законом којим се уређује локална самоуправа, по претходно одржаном саветодавном референдуму на територији тих јединица локалне самоуправе. (Члан 4). Могло би се рећи да овај Закон поново на,мање – више, исти начин уређује исте односе при чему се поново мијешају питања територијалне организације са локалном самоуправом. У том контексту Закон о територијалној организацији би треба само да уреди административно територијалну подјелу државе и територију сваке административне јединице а Закон о локалној самоуправи да уреди критеријуме за оснивање јединица локалне самоуправе. У том контексту постојећи услови у Закону о територијалној организацији за оснивање општина као јединица локалне самоуправе а који се односе на цензус броја становника, економски, географски или историјски разлози, услов

да јединица локалне самоуправе представља природну и географску целину, економски повезан простор, да поседује развијену и изграђену комуникацију међу насељеним местима, са седиштем као гравитационим центром су услови за оснивање јединице локалне самоуправе (члан 11), и нијесу релевантни за територијалну организованост јер одређена територија може да нема ни један од ових елемената а да буде дио територије општине као територијалне јединице, али не може бити јединица локалне самоуправе. Називи општина и градова, називи насељених места и катастарских општина, као и начин њихове промене, утврђују законом којим се уређује територијална организација .

Такође Закон о територијалне организацији, уређује да се поступак оснивања, спајања и укидања општина, као и промена територије општине, уређују се овим законом. (Члан 11 став 5) У овом контексту а узимајући у обзир околност да се ради о Закону о територијалној организацији, законодавац поступак оснивања и укидања општина посматра као промјене у локалној самоуправи али и промјене у територијалној организацији а не само као промјене територијалне организације поново мијешајући територијални аспект и право на локалну самоуправу.

Закон о територијалној организацији такође уређује да је Град Београд је посебна територијална јединица утврђена Уставом и законом (члан 21), да промена територије града Београда врши се на начин предвиђен за промену територије општине (члан 22) да се подела града Београда на градске општине утврђује се статутом града Београда, у складу са законом (члан 23). као и унутрашњу територијалну организацију града. Закон о главном граду

Закон о главном граду уређује да се територија града Београда утврђује се законом (о територијалној организација, напомена ЂБ), као и да се ради ефикаснијег и економичнијег обављања одређених надлежности града Београда, у оквиру законом утврђене територије града Београда, Статутом града се образују градске општине. Градска општина има својство правног лица, а статутом града се одређују послови из надлежности града Београда које врше градске општине. Град Београд може укинути постојећу градску општину и њено подручје припојити једној или више постојећих општина. (Члан 6).

Статутом града Београда ближе се уређује начин образовања и укидања градских општина, промена њихових подручја, органи и начин избора органа градске општине, као и међусобни однос органа Града и органа градске општине.(Члан 7).

Оснивање,укидање општина и територијалне промјене могу се вршити у два поступка и то : 1. Поступак по иницијативи и 2) Поступак по предлогу

Поступак по иницијативи за оснивање, укидање општина и територијална промјена има неколико фаза :

1. Иницијативу за покретање поступка за оснивање, укидање и промену територије општине, коју може поднети скупштина општине или 10% бирача који имају пребивалиште на територији општине на коју се промена односи.

2. Израда анализа са економским, просторним, демографским и другим показатељима ефеката промене која се иницира при чему је Графички приказ обавезан саставни део поднете иницијативе.

3, Оцјена Владе о законитости и оправданости (цјелисходности) промјена и достављање Народној скупштини предлог за расписивање саветодавног референдума.

4 Одлука Народне скупштине о расписивању саветодавног референдума на коме се грађани који имају бирачко право и пребивалиште на територији општине на које се промена односи изјашњавају да ли су "за" или "против" промене која се иницира. Сматра се да су грађани подржали промену која се иницира, ако се за њу изјаснила већина од оних који су гласали.

5. Утврђивања предлога за измену закона којим се оснива, укида или врши промена територије општине, Влада ће водити рачуна о резултатима спроведеног референдума.

6. Одлучивање Народне скупштине о предлогу закона

Поступак по предлогу је једноставнији и бржи. Поступак започиње подношењем предлога Закона о измјенама и допунама Закона о територијалној организацији или новог закона.

1. Подношење предлога закона којим се оснива, укида општина или врши промјена њене територије има народни посланик, скупштина аутономне покрајине или најмање 30.000 бирача, Предлог мора као прилог садржати анализу анализа са економским, просторним, демографским и другим показатељима ефеката промене која се предлаже при чему је Графички приказ обавезан саставни део поднетог предлога (члан 13 став 2)

2. Одлука Народне скупштине о расписивању савјетодавног референдума

3. Одлука Народне скупштине о доношењу закона при чему Скупштина води рачуна о резултатима спроведеног референдума. (Члан 13)

Ђорђе Блажић, PHD
Full Professor

Sumarry

Democracy of a society and therefore the state, among other things, reflected in the level of development of local government and its appropriate, realistic and rational factors, organized territorial division of the state of the primary and regional administrative territories. Adequate territorial organization and developed local government represent a significant factor in the development of state and society. Sometimes it is not clear enough deferred, or better equalize representing the matters of territorial organization and local government, while not enough attention on the legal nature of the relations which are governing these issues. Of course it is not easy to fully delineate these areas because they are interrelated and even conditioned by the existence of one of the existence of other forms. However, a clearer legislative delineation of these issues contributes to the clarity of the social relations that governing and also reduce potential problems as systemic and operational character that is capable of enforcing laws and regulations. In this context, I believe that these questions in the legal system of the Republic of Serbia still deserve more detailed study of the different standardization on constitutional law and especially at the legislative level.

ЛИТЕРАТУРА

1. Блажић др Ђорђе, Дујић др Слободан: *Реформа локалне самоуправе у Црној Гори*, монографија Агенција за локалну демократију и партнерство Црне Горе, Подгорица 2004.
2. Блажић Ђорђе, Систем локалне самоуправе, Факултет за државне и европске студије, Подгорица 2013 год.
3. Димитријевић Предраг, Систем локалне самоуправе, Правни факултет Ниш, 2013 година
4. С. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Tome I, X edition, Paris, 1988.
5. Ђорђевић др Снежана: *Предузетничко управљање градом*, - City manager модел, Чигоја штампа, 1998.
6. G. Dupuis et M.-J. Guedon: *Institution administratif*, 2. edition, Paris, 1988.
7. Garreau R.: *Le Local Government en Grande Bretagne*, cit. по J. F. Garner, *Administrative law*, London, 1963.
8. Илић Миле: *Локална самоуправа у Југославији*, Градина, Ниш 1996, стр. 63.

9. Иванишевић С.: *Извршни слој у локалној управи*, Загреб 1987.
10. Јеџур Ф.: *Problems of Local Government in England, Wales*, Cambridge 1959.
11. Јовичић М.: *Структура и територијална основа локалне самоуправе у европским земљама*, Београд 1974.
12. Маринковић Радивоје: *Локална самоуправа*, Институт за политичке студије, Београд
13. Милосављевић Б.: *Могући начини адекватнијег организовања локалне управе у СФРЈ*, Општина.
14. Милосављевић Б.: *Основни елементи за (нови) модел система локалне самоуправе*, Законитост, 11/12, 1990.
15. Пусић Е.: *Локална самоуправа*, Законитост, бр. 11/12,
16. Пусић Е.: *Локална заједница*, Загреб, 1963, стр. 11.
17. Пусић Е.: *Наука о управи*, Загреб 1989, стр. 148.
18. Пусић Е.: *Управни системи I*, Загреб, 1985, стр. 63.
19. Рамљак М.: *Актуални проблеми централизације и децентрализације*, Законитост, бр. 11-12/1990,.
20. Рамљак М.: *Централна и локална управа у развоју*,
21. Робсон W.: *Техника ефикасне општинске управе сада траћи шире јединице локалне самоуправе*, .
22. Влатковић М.: *Положај и организација органа општине*, Актуелна питања положаја и организације општинске и градске самоуправе, Саветовање у В. Бањи, 1992.

ТРИ ФАЗЕ ПОСТУПКА ПРИМЕНЕ ОПШТИХ ПРАВНИХ АКТА

Апстракт: *Поступак примене општих правних аката може се поделити у три фазе. Прва фаза поступка односи се на утврђивање аутентичног (изворног, правог) текста правне норме (нижа критика норме), и на утврђивање важења правне норме у временској и просторној димензији (виша критика норме). Друга фаза поступка примене односи се на сам процес тумачења права. Након тога следи завршна трећа фаза поступка која се односи на само стварање појединачних правних аката.*

Кључне речи: *поступак примене општих правних аката; нижа и виша критика норме; тумачење правне норме; појединачни правни акти.*

Наша и не само наша правна наука неоправдано је занемарили једну научну дисциплину –правно нормирање, а што се директно негативно одражава на ефикасност правног поретка. На том пољу, сем скромних изузетака и прилога, мањкају како теоријска сазнања о правном нормирању (што подводим по д појмом „*номотетика*“) тако и практична процесуална и лингвистичка решења саме израде и примене таквих аката (што подводим под појмом „*номотехника*“). А и понешто скромно сазнање које би се појавило односило би се, углавном, само на овај практично процесуални део, тј, на номотехнику.¹

Улога правника у поступку примене општих правних аката је изузетно значајна. Право се ствара да би се примењивало. Неадекватна примена права угрожава правни поредак, доводи до незаконитости.

Поступак примене општих правних аката није нимало лак. Изузетно је сложен и тражи велико знање и умеће сваког правника.

* Редовни професор

¹ Имајући назначено у виду, као прилог решавању дела назначеног проблема, објавио сам приручник „Стварање и примена општих и појединачних правних аката: правно нормирање-номотетика“ 2004. године, где сам употребио израз „номотетика“ под којим подразумевам свеобухватни приступ односном проблему.

Пракса показује изражену појаву неадекватног спровођења поступка примене општих правних аката, проишавши из интересне опструкције, незнања, или недовољног знања како оних који учествују у процесу стварања, тако и оних који учествују у процесу примене права. До овога посебно долази у слабијим, хаотичнијим друштвима и државама.

Циљ је овде да се укаже на оно што је основно, фундаментално и што би требало сваки правник да зна када се упушта у поступак примене општих правних аката.

Дакле шта је то основно што правник, поред осталог, треба да зна када приступи поступку примене општих правних аката?

Прво, под претпоставком да је правник ваљано стручан и едукован за назначено, требало би одмах да уочи да се назначени поступак састоји из три фазе (целине, дела), и етапно приступи њиховој обради.

Прва фаза поступка односи се на утврђивање аутентичног (правог, изворног) текста правне норме (нижа критика нормe), а након тога утврђивања важења те нормe у времену и простору (виша критика нормe).

Друга фаза поступка односи се на само тумачење те нормe, тј. утврђивања њеног правог значења.

Трећа фаза поступка односи се на израду појединачних правних аката (судских, управних и правних послова- уговора и трстамената).

1. Прва фаза поступка примене општих правних аката – нижа и виша критика нормe

Први корак у поступку примене општих правних аката (устава, закона, подзаконских аката) почиње тако што је, као прво, потребно утврдити прави (аутентични) текст правне нормe (нижа критика нормe).

Како утврдити аутентичан текст правне нормe?

Једино и искључиво тражењем одређеног државног службеног листа (гласила) у коме се налазе аутентични садржаји државних и не само државних општих правних аката. Никако преко јавних гласила (новина, интернета, часописа), публикација (књига, уџбеника) и сл. Мада ће се и у њима најчешће наићи на тачан текст нормe, ипак неопходно је позвати се на службено гласило (његов број и годину издања) у коме је аутентичан текст таквог акта.²

² Милорад Жижић, Стварање и израда општих правних аката (правно нормирање – номотетика), Крушевац, 2004. С 71-74.

Такво службено гласило(службени лист, службене новине) издаје свака држава периодично, по потреби и у њему објављује опште правне акте, подзаконске акте; а и друга правна и физичка лица могу у исто објављивати одређене садржаје.

Тиме се публикује, материјализује правни акт, ставља се на знање онима на које се односи да је донет и да ће ступити на снагу након протеча одређеног рока (*vocatio legis*), или изузетно, да је одмах ступио на снагу.

Други корак је утврђивање да ли та норма важи, да ли је на снази, да ли обавезује, или је престала са дејством тј. неважећа, прешавши у историјско право које није на снази.

Мора се утврдити важење правне норме у времену (временска димензија важења правне норме) и важење правне норме у простору (просторна димензија важења правне норме). Овако утврђивање важења правне норме назива се – виша критика норме.

Сваки правни акт има своју временску димензију важности, производње дејства. Дакле има два момента, и то – мемент почетка важења и момент престанка важења

Утврђивање важења правног акта може се утврдити на више начина.

Прво, момент почетка важења, као и момент престанка важења правног акта може бити утврђен у самом том акту (на пример,буџет државе је општи правни акт у рангу закона и важи увек од 1. јануара од 00.01 сати, а престаје да важи 31.децембра у 24.00 сати) .

Чешћи је случај да у самом општем правном акту није предвиђен момент важења и престанка важења правног акта

Најчешћи случај је да се општи правни акт прво објави у одређеном службеном листу, гласилу, а да са временским почетком важења почиње по истеку одређеног времена (*vocatio legis*) које је предвиђено као претпоставка да би се они на које се односи упознали са тим актом, његовим садржајем,и да би се понашали у складу са нормама у истом. Тај временски интервал (период, рок) може бити осам, петнаест дана и сл. Најчешће у нас предвиђен је рок од 8 дана од дана објављивања, за почетак важења општег правног акта (сем устава где је рок дужи, собзиром на изузетан значај таквог акта).

Сложеније је утврдити престанак важења општег правног акта, јер сем ређих ситуација (буџет) момент престанка важења таквог акта није предвиђен у истом, па се тиме усложњава делатност примењивача јер мора да користи нека правила, начела још из римског права.

Правило(начело) је да последњи општи правни акт укида претходни општи правни акт исте снаге (*lex posterior derogat legi priori*).На пример, да нови закон о браку укида претходни закон о браку

Следеће правило је да специјални општи правни акт укида општи правни акт (*lex specialis derogat legi generali*). На пример, закон о раду у државним органима укида одредбе закона о раду, који на општи начин регулише радне односе. Значи на запослене у државним органима примењиваће се закон о раду у државним органима као специјални закон, а неће се примењивати закон о раду који регулише уопште радне односе.

Некада долази до прећутног укидања опште правне норме (дерогација) што је сложенији проблем утврђивања важења.³ Један од примера, за време хиперинфлације у неком општем правном акту донета је норма на основу које се изриче новчана казна од пет милиона динара за одређен прекршај непрописног преласка улице. То је тада имало смисла јер је тај износ био на пример 1% просечне зараде. Сада би та норма, ако у међувремену са актом није укинута, била бесмислена, непримењива, јер би тај износ претпостављао 200 просечних зарада. Онда сви заинтересовани субјекти (творац, органи, примењивач) прибегавају једноставно непримењивању такве норме, тј. долази до фактичког стања прећутног укидања опште правне норме (дерогације).

Оваква ситуација је сложена, јер у најужем схватању позитивног права (да је оно нормативно, дато и обавезује) таква норма у таквом акту је саставни део позитивног права, јер није укинута, формалноправно на снази је. Али, фактички, због промењених околности, чињеница, смисла и сличног, она је непримењива, бесмислена, неостварљива, баласт у позитивном праву, не служи својој сврси, те то заинтересовани субјекти уочавају и прећутно (док се не створе услови да се таква норма и такав акт и формално правно укину) пристају на њено игнорисање, непримењивање, прећутно укидање, тј. дерогацију.

Није довољно утврдити само временско важење правне норме, тј. важење опште правне норме, акта у времену, већ је потребно и утврдити важење такве норме, акта у простору, на територији. Тај приступ се назива територијално (просторно) важење правне норме.

Једино се тада може говорити о успешном утврђивању важења правне норме у времену и простору, тј. о вишој критици норме.

Прво што треба знати код утврђивања важења опште правне норме јесте правило о могућности двојаког важења општих правних норми у простору, на територији. Нека општа правна норма може важити на територији целе државе, а нека само на делу такве територије.

Од чега ће зависити важење правне норме у простору (територији), тј. територијални принцип важења правне норме?

³ Исто, с.72-73.

Зависиће од више фактора. Превасходно од облика државног уређења, тј. да ли се ради о простој држави (централизованој или децентрализованој) или сложеној држави (федерацији или конфедерацији).

Тако у федералној држави, општа правна норма, општи правни акт који је донет од надлежног федералног органа важиће на целој територији на којој такав федерални орган распростире, врши власт. Исто, ће бити и у случају конфедерације.

Ако општу правну норму, општи правни акт доноси орган одређене чланице сложене државе(федерације, конфедерације), рецимо републике, покрајине, онда такав акт, норма

На пример, бивша Југославија, Совјетски савез, Сједињене америчке државе су биле или јесу сложене државе у виду федерације. Највиши заједнички, савезни органи у таквој федерацији (законодавни органи,парламент, конгрес, сенат) доносе опште правне акте који важе на целој територији такве федерације, и њих ће поштовати све чланице те федералне држав е(без обзира колико чланица таква федерација имала). Зашто? Зато што надлежни савезни орган који је донео такав акт има надлежност за вршење власти на целој територији те сложене државе, а што није случај са органима чланица такве сложене државе, који ће доносити опште правне акте само у оквиру своје територијалне надлежности.надлежности

Друга ситуација је када општу правну норму, општи правни акт доноси надлежни орган чланице федерације, односно конфедерације. У том случају та норма, односно акт важиће само на територији на којој тај орган доносилац акта има стварну надлежност вршења власти.

Након утврђења ниже и више критике норме завршава се прва фаза процеса примене општег правног акта. Таква општа правна норма је утврђеног правог текста и утврђене временске и просторне важности. Примењивач норме након овога прелази у другу фазу примене општих правних аката- у тумачење правне норме.

2. Друга фаза поступка примене општих правних аката – тумачење опште правне норме

Друга фаза примене општих правних аката односи се на спровођење специфичног поступка тумачења опште правне норме. При том тумач мора бити способан, стручан да примени одређена средства и врсте тумачења да би се утврдило право значење правне норме, циљ норме због чега је и донета.

У овом поступку тумачења норме тумач ће примењивати више средстава тумачења – језик,логику, историју норме, систем права, циљ. А

тима ће тумач у ствари примењивати језичко, логичко, историјско, системско и циљно тумачење да би утврдио право значење правне норме.

У овом процесу могу учествовати различити субјекти- законодавни, управни и судски органи, недржавни субјекти- правна и физичка лица. По снази и обвезности истиче се значај тумачења државних органа. Оно обавезује.

Када се утврди право значење правне норме, прелази се у трећу завршну фазу примене општих правних аката, односно у стварање појединачних правних аката – судских, управних и правних послова.⁴

3. Трећа фаза процеса примене општих правних аката – стварање појединачних правних аката

Трећа фаза поступка примене општих правних аката означава сам поступак стварања појединачног правног акта са појединачном правном нормом који произилази и ослања се на општи правни акт (сем у случају правних празнина када се специјално за ту ситуацију доноси непосредно појединачни правни акт)⁵.

Стварање појединачног правног акта врше судски и управни органи, као и недржавни субјекти – правна и физичка лица. Судски органи стварају судски акт. Управни органи стварају управни акт. Правна лица у виду друштвених организација стварају правни посао у виду уговора, а физичка лица стварају правни посао у виду уговора и тестаментa.

Појединачни правни акт може садржати потпуну појединачну правну норму или део норме, односно елемент норме нормативног карактера – диспозицију или санкцију. Ако садржи потпуну норму онда је то потпун појединачни правни акт. Ако садржи само део норме, било диспозицију или санкцију, онда је то непотпун појединачни правни акт.

Појединачни правни акт настаје деривативним (изведеним) путем из, односно на основу општег правног акта. Изузетак је случај код правних празнина.

Појединачни правни акт не сме да противуречи општем правном акту. Поштује се принцип законитости, а кроз утврђени поступак кроз који се такав акт доноси и материјализује.

Дакле поступак примене општих правних аката је сложен. Започиње доношењем општег правног акта, а завршава се стварањем појединачног правног акта произашлог из таквог општег акта. Правом је

⁴ Исто, с.74-75.

⁵ Исто, с.75.

утврђена надлежност, поступак и материјализација како општег тако и појединачног правног акта, од почетка до краја.

Milorad Žižić, LL.D.
Full Professor

THREE PHASES OF THE APPLICATION OF GENERAL LEGAL ACTS

Summary

There are three stages in the implementation of legal acts. And that the first phase of a series of covered standards, and criticism of the high standards. Second phase interpretation of the iuridicary. And the third phase the creation and implementation of individual legal acts. It is a complex process of determining the true text, of validity and interpretation of norms, and the creation and application of individual legal acts.

Мијал Стојановић*

УПОРЕДНОПРАВНА РЕГУЛАТИВА О РЕШАВАЊУ РАДНИХ СПОРОВА – СР НЕМАЧКА

Апстракт: Аутор у овом раду даје приказ о радним споровима и њиховом решавању у упоредном праву на примеру СР Немачке.

Кључне речи: радни спорови, методе решавања радних спорова, ArbGG, радни судови, индивидуални радни спорови, колективни радни спорови

Увод

Немачко законодавство и пракса у решавању радних спорова карактеришу дуга традиција, разноврсност начина (метода) решавања, висок квалитет у решавању истих и специјализовано радно судство, те су били предмет изучавања и преузимања од стране већег броја држава у свету.

Разноврсност начина (метода) решавања радних спорова је значајна особеност и карактеристика немачког законодавства и праксе у овој области. Од посебног и битног значаја у решавању радних спорова у СР Немачкој су:

- арбитражно решавање радних спорова;
- решавање радних спорова пред органима посредовања (спорови који настају у индустрији, првенствено између савета радника и послодавца, по одредбама Уставног закона о занатима - *Betriebsverfassungsgesetz*) и
- судско решавање радних спорова од стране радних судово као специјализованих за радне спорове.

Радно судство, као специјализовано судство за радне спорове, у СР Немачкој има дугу традицију. Оно датира између 1808. и 1813. године када су у тадашњим немачким државама, по угледу на француске *conseils de prud' homes*, установљени први органи који су били слични касније установљеним радним судовима. Овај податак указује да СР Немачка уз Француску и Швајцарску, има најдужу традицију у радном судству у Европи.

* Ванредни професор

1835. године у девет немачких градова установљени су занатски (*Gewerbe*) и фабрички судови (*Fabrikengerichte*). Најпре су ови судови деловали "у интересу предузећа", како би дисциплиновали раднике. Међутим, средином 19. века ти судови су почели да суде у споровима против послодаваца и у "интересу радника" у споровима о новчаним потраживањима.

1848. године Општи збор радника Саксоније је предложио Националној скупштини у Франкфурту да установи судове за радне спорове по паритетном начелу, што је подразумевало да свака страна у спору (радничка и послодавачка) има једнак број судија, а председника би бирале заједнички. Овај предлог је прихваћен у пруском Указу о занатским судовима из 1849. године.

1890. године донет је Закон о занатским судовима (*Gewerbegerichtsgesetz*) на основу којег су установљени занатски судови за занатске раднике, а 1904. године установљени су трговачки судови за трговачке раднике.

Први модеран закон о радним судовима донет је 1926. године.¹ У складу са овим законом радни судови су били трипартитног састава и били су надлежни за индивидуалне и колективне радне спорове у вези с применом и тумачењем закона, колективних уговора и индивидуалних уговора о раду.

Посебно уређење радног судства и поступка у радним споровима у СР Немачкој се заснива на два полазна става. Први је да посебно уређење има за циљ да првенствено обезбеди посебну заштиту раднику као економски слабијој и неурој странци у радном односу, те да нагласи принцип убрзања поступка у радним споровима.² Други полазни став за посебно уређење у радним споровима је да овај поступак, с обзиром на циљ, у мањој мери одступа од општег уређења парничног поступка.³

Организација, надлежност и поступак пред радним судовима у позитивном законодавству СР Немачке уређује се Законом о радним судовима (*Arbeitsgerichtsgesetz* – у даљем тексту: ArbGG) који је донет 1953. год. ArbGG је био више пута новелиран, последњи пут Законом о

¹ О развоју радног судства у СР Немачкој видети: Nikich, Arthur, *Arbeitsrecht*, Prva knjiga, *Allgemeinelehren und arbeitsvertragsrecht*, III izdanje, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1961.; Söllner, Alfred: *Die Arbeitsgerichtsbarkeit im Wandel der Zeiten, Festschrift 100 jaehrigen Bestehen des deutschen Arbeitsgerichtsverbandes*, Luchterhand, Berlin, 1994., str. 1-19.

² Brox, H. Rütters, B.: *Arbeitsrecht*, 13. Aufl. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Koeln, 1997, str. 280.

³ Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg: *Arbeitsrecht*, 4. Aufl. Beck, Muenchen, 1992., str. 564.

реформи грађанског поступка (*Zivilprozessreformgesetz*) који се примењује од 1.01.2002. године. Значајне новине, које се односе на жалбу, садржи и Закон о убрзању поступка пред радним судовима (*Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz*) из 2000. године.⁴

ArbGG, наиме, што се тиче поступка уређује само поједина питања и то она која одступају од општег уређења у Закону о парничном поступку (*Zivilprozessordnung* – у даљем тексту: ZPO), а нарочито она питања која у ArbGG нису посебно уређена, те овај закон упућује на примену одредби ZPO и то посебно када се ради о поступку пред првостепеним, другостепеним и трећестепеним судом. Посебно треба нагласити да из релативно већег броја чланова ArbGG (122 члана укупно), нешто мање од 70 чланова се односи на поступак у ужем смислу, те се може закључити да је одступање од редовног парничног поступка веома мало. Наиме, приличан број одредби ArbGG (првенствено оне које се односе на концентрацију поступка и оне које се односе на жалбени поступак) данас већ не одступају значајно од оних које садржи ZPO.

До значајног приближавања и изједначавања поступка прописаног ArbGG са поступком прописаним ZPO долази 1.1.2002. године. Наиме, од тада је поступак који важи за радне спорове у СР Немачкој, укључујући и новеле које се примењују од 1.1.2002. године, уграђен у општи парнични поступак. Последњом новелом ZPO је институт рочишта за поравнање пре главне расправе из ArbGG практично уведен и у општи парнични поступак.

На основу изнетог могуће је закључити да је у СР Немачкој поступак у радним споровима у суштини парнични поступак и да правила ZPO у великој мери одговарају и за одлучивање у радним споровима, при чему у одређеној мери специфичност радноправних односа (индивидуалних и колективних) захтева и делимично прилагођена процесна правила. Међутим, треба нагласити да наведено важи само за поступак у индивидуалним радним споровима (по терминологији ArbGG „поступак за доношење пресуде“ – *Urteilsverfahren*) док када се ради о поступку за доношење решења (*Beschlussverfahren*), што је карактеристично пре свега за колективне радне спорове, од правила парничног поступка се више одступа и приближава правилима ванпарничног поступка.⁵

⁴ О овим изменама видети: *Zivilprozessreform*, Zbirka i objašnjenja (*Rimmelspracher*), Beck, Muenchen, 2002.

⁵ Brox, H. Rütters, B.: Op. cit., str. 285.; Germelmann, Claas-Hinrich: *Posebnosti postopka pred delovnimi sodišči v Nemčiji*, Pravosodni bilten, Ljubljana, 2002., št. 1.; Däubler, Wolfgang: *Naši novi instituti v nemški sodni praksi*, Čatež, 2003

Значајан квалитет немачком радном судству даје и висок степен ефикасности у решавању радних спорова. Ову тврдњу потврђује чињеница да у радним судовима првог степена близу 90% предмета (захтева), а у радним судовима другог степена близу 50% истих се решава не одлучивањем у самој ствари (мериторно одлучивање) већ на други начин (поравнањем странака у радном спору, повлачењем тужбе, пресудом на основу признања или пресудом због изостанка). Овоме треба додати и чињеницу да судије посвећују велику пажњу: утврђивању чињеничног стања, проучавању предмета спора, припремању главне расправе, расправљању са странкама и њиховим заступницима, упознавању странака са својим ставовима о могућностима исхода спора, за јасноћу и уједначеност судске праксе, учешће целог већа (сената) у поступку договарања и закључивања судских поравнања.

Због наведених карактеристика систем радног судства СР Немачке се у новије време узима као огледни пример и постаје модел на основу којег су конципирани поједини системи радног судства у свету.

1. Појам радног спора

У немачком законодавству нема дефиниције појма радног спора већ се одређење истог врши на основу поступка решавања радног спора. У том смислу у ArbGG прави се разлика (раздвајање) између: 1) поступка за доношење пресуде (*Urteilsverfahren*) у коме се одлучује о индивидуалним радним споровима (чл. 2 ArbGG) и 2) поступка за доношење решења (*Beschlussverfahren*) у коме се одлучује о колективним радним споровима (чл. 23a ArbGG).

1.1. Индивидуални радни спорови

Радни судови у СР Немачкој одлучују о индивидуалним радним споровима, као врсте грађанских спорова између радника и послодавца из радног односа, у поступку за доношење пресуде.

Радни судови у поступку за доношење пресуде одлучују: 1) на основу искључиве надлежности и 2) на основу изборне надлежности.

На основу **искључиве надлежности** радни судови у СР Немачкој у поступку за доношење пресуде решавају следеће индивидуалне радне спорове:

- а) из индивидуалног радног односа;
- б) који се односе на постојање или непостојање радног односа тј. његовог настанка и егзистенције (што подразумева и спорове о законитости отказа радног односа);
- в) из преговора о заснивању радног односа;

- г) из недозвољених радњи у вези с радним односом;
- д) о радној документацији (чл. 2/1, т.3. ArbGG);
- ђ) између радника или њихових наследника и послодаваца који се тичу захтева који су с радним односом правно или економски непосредно повезани (чл. 2/1, т.4. ArbGG);
- е) између радника, односно њихових наследника и органа (тела) које заједнички установе партнери колективних (тарифних) уговора (чл. 2/1, т.4. ArbGG);
- ж) између радника који настану из заједничког рада (посла) или из недопуштених понашања која су у вези с радним односом (чл. 2/1, т.8. ArbGG);
- з) који се односе на ауторска права, изуме (проналасци) и техничких унапређења између радника и послодаваца, али само ако су у питању новчана потраживања односно захтеви којима се иста потражују (чл. 2/2 ArbGG);
- и) између странака тарифног (колективног) уговора односно између странака тарифног (колективног) уговора и трећих лица, ако се ради о грађанскоправном спору из тарифног (колективног) уговора (нпр. тужба због пропуштања најављеног штрајка, тужба за накнаду штете због противправног штрајка, тужба због тумачења одређене клаузуле у тарифном уговору).⁶

У напред наведеним случајевима радни судови су искључиво надлежни.

На основу **изборне надлежности** радни судови у СР Немачкој у поступку за доношење пресуде решавају следеће индивидуалне радне спорове:

- а) спорове у којима тужилац истовремено с било којим од напред наведених захтева, пред радним судом може остваривати и с њим правно или економски непосредно повезан захтев, за који иначе није прописана надлежност радног суда, осим ако није прописана искључива надлежност другог суда;
- б) грађанско-правне спорове, на основу споразума о надлежности радног суда, између правних лица и њихових заступника (чланови управе акционарског друштва, пословође друштва с ограниченом одговорношћу и др.) код којих лица, по правилу, није у питању радноправни однос с друштвом, већ намештенички однос (*Anstellungsverhältnis*) али решавање спорова који се односе на награде, плате, отпремнина или отказа пред радним судовима за та

⁶ Germelmann, Claas-Hinrich / Matthens, Hans-Christopf / Prüiting, Hans: *Arbeitsgerichtsgesetz – Kommentar*, 3. Aufl., Beck, Muenchen, 1999., str. 185-186.

лица има смисла због сличности проблематике која настаје у радним односима.⁷

1.2. Колективни радни спорови

Радни судови у СР Немачкој одлучују о колективним радним споровима у поступку за доношење решења. Колективни радни спорови су спорови у вези с статутом (уставом) предузећа (*Betriebsverfassung*) између послодавца на једној страни и савета рада (*Betriebsrat*) или других сличних органа на другој страни (чл. 2а/2, т.1. ArbGG).

Најзначајнији колективни радни спорови у вези са статутом (уставом) предузећа су:

- а) спорови који се односе на обим права, надлежност и одлучивање савета рада;
- б) спорови у вези са саставом и бројем чланова савета рада;
- в) спорови у вези с избором чланова савета рада;
- г) спорови у вези с избором представника радника у надзорни одбор и њиховим опозивом и
- д) спорови у вези с кршењем границе разборитости при одлучивању органа предузећа о помирењу када они доносе обавезујуће одлуке (*Enigungsstelle*).⁸

У поступку за доношење решења радни судови на основу Уставног закона о радницима одлучују и о споровима који се односе на саодлучивање (сауправљање) радника, али само када су у питању спорови који се односе на избор и опозив представника радника (чл. 2а/2, т.3. ArbGG). Међутим, када су у питању спорови у вези са одлучивањем органа који произилазе из права привредних друштава, о истима одлучују редовни судови.⁹

Најзад, у колективне радне спорове спадају и спорови у вези способности за закључивање тарифних (колективних) уговора. То су спорови у вези са репрезентативности синдиката, надлежности синдиката и послодавачких организација и појединих удружења за закључивање тарифног (колективног) уговора (чл. 2а/2, т.4. ArbGG).

Из садржине наведених одредби ArbGG може се са сигурношћу закључити да је у питању поступак у коме се решавају спорови који се у словеначком и нашем праву означавају колективним радним споровима.

⁷ Ibidem, стр. 216.

⁸ Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg: Op. cit., стр. 562.

⁹ Ibidem.

О поступку у колективним радним споровима (поступак за доношење решења) детаљни је ће бити речи у тачки 4. овог дела монографије.

2. Вансудско (алтернативно) решавање радних спорова

Немачко радно законодавство допушта, поред судског и алтернативно решавање радних спорова. Алтернативно решавање радних спорова је најпре било допуштено у индивидуалним радним споровима, а доношењем закона о радним судовима 1953. године и у колективним радним споровима. Међутим, странке у спору не могу уговорити обавезно арбитражно (алтернативно) решавање у споровима у којима је искључиво надлежан радни суд.

У индивидуалним радним споровима алтернативно решавање истих се остварује:

- а) решавањем радног спора од стране компетентног органа који је надлежан за притужбе особља у предузећима;
- б) решавањем радног спора од стране савета предузећа посредовањем код послодавца;
- в) решавањем радног спора од стране арбитраже (изузетно) и
- г) на рочишту за поравнање у судском спору.

У колективним радним споровима, алтернативно решавање истих се обавља посредовањем (медијацијом) и пред арбитром (комисије за нагодбу односно помирење, трипартитни арбитражни комитети).

2.1. Комисије за помирење

Алтернативно решавање радних спорова се примењује у колективним радним споровима у вези са статутом (уставом) предузећа (чл. 76 Закона о статусу предузећа - *Betriebsverfassungsgesetz*).

У ове спорове спадају тзв. интересни колективни спорови који се разликују од спорова у вези са тарифним (колективним) уговорима. Ове спорове решавају посебни органи у занатским радњама и предузећима - комисије за помирење (*Einigungsstelle* и *Schlichtungsstelle*) који у начелу одлучују у случају несагласности послодавца и савета предузећа о будућем уређењу (организацији) предузећа на основу варијанти допуштених законом (тзв. *Regulungsstreitigkeiten*).¹⁰ У овим споровима се примењују посебни поступци помирења (мирења).

¹⁰ Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg: Op.cit., str. 434.

У поступку помирења у овим споровима посебан значај имају начело слободног удруживања, право на учешће радника у одлучивању у предузећу (саодлучивање) и слобода уговарања странака у колективном радном односу. Овај начин решавања ових спорова има предност у односу на судско решавање истих. Странке у овом спору су дужне да саме реше спор поравнањем или помирењем, без посредовања радног суда.

Ако комисија за помирење не реши спор исти ће решити радни суд у већу од три судије. Радни суд ће се у тој ситуацији у спору ограничити само на испитивање и утврђивање да ли је споменути орган прекорачио границе слободног просуђивања. Ово ограничење испитивања од стране радног суда је допуштено само ако се ради о будућем уређењу (организацији) предузећа (*Regelungsstreit*), а не и о спору о правима (*Rechtsstreit*). Радни суд у поступку одлучује и о саставу комисије, ако се партнери не могу договорити о председавајућем (чл. 98 ArbGG).¹¹

2.2. Арбитража

Карактеристика регулативе решавања индивидуалних радних спорова у СР Немачкој је веома ограничена могућност странака да искључе надлежност радног суда и да решење спора повере арбитражи. Треба нагласити да арбитражно решавању радних спорова законодавац у СР Немачкој није наклоњен. Разлог за начелно одбијање арбитражног решавања радних спорова, нарочито индивидуалних, је првенствено у ставу да су радни судови ти од којих је могуће очекивати, да знају квалитетно да обезбеде примену свих одредби радноправног законодавства и тиме заштите права радника. Разлог је такође и у страху да би арбитража когентне законске одредбе, које су у корист радника, у мањој мери, поштовала у односу на државне судове.¹²

За решавање индивидуалних радних спорова из радног односа за које важи тарифни уговор, арбитражни договор којег одређује тарифни (колективни) уговор, је допуштен само код одређених специфичних делатности односно занимања – позоришни (драмски) уметници, филмски глумци, капетани и морнари. У тим случајевима арбитражни договор може бити већ укључен (садржан) у тарифни уговор и обавезује све оне на које се тарифни (колективни) уговор односи (чл. 101/2 ArbGG). Индивидуално закључивање арбитражних договора није допуштено (осим за припаднике наведене категорије занимања, код којих и лица које

¹¹ Ibidem, стр. 492.

¹² О арбитражном решавању радних спорова видети: Germelmann, Claas-Hinrich / Matthens, Hans-Christopf / Prütting, Hans: Op.cit., стр. 1370.

тарифни уговор иначе не обавезује, могу изричитим договором прихватити арбитражни договор који је одређен у тарифном уговору).

У случајевима у којима је допуштено одлучивање арбитраже, важи поступак који је уређен ArbGG (чл. 102-110). То значи да се у тим случајевима у арбитражном поступку не примењују одредбе ZPO (чл. 101/3 ArbGG). Арбитражни поступак у Немачкој је иначе на потпуно нови начин уређен законом из 1996. године, али ипак овим законом се не посеже у (не)допуштеност закључења арбитражних договора по посебним прописима, те се и арбитражно решавање радних спорова не мења.

Када је реч о колективним радним споровима ситуација је другачија. Наиме договор о алтернативном (арбитражном) решавању спора је допуштен само међу странкама тарифног (колективног) уговора и то само када је у питању решавање међусобних грађанскоправних спорова из тарифних (колективних) уговора као и утврђивање постојања или непостојања тарифних (колективних) уговора (чл. 101/1 ArbGG). Могућност арбитражног договора је дакле, ограничена само на решавање правних колективних. Раднике и послодавце за које одређени тарифни (колективни) уговор не важи, арбитражни договор који се односи на тај тарифни уговор не обавезује.¹³

Могућност побијања арбитражних одлука у радним споровима је шира у односу на друге арбитражне одлуке. Разлог за побијање арбитражне одлуке по ArbGG, између осталог је и околност да се арбитражна одлука заснива на кршењу закона (чл. 110/1 т. 2 ArbGG).

2.3. Рочиште за поравнање

Алтернативно решавање радних спорова је могуће и у судском поступку пред судом за радне спорове.

Алтернативно решавање радних спорова у судском поступку пред судом за радне спорове се врши на рочишту за поравнање. Рочиште за поравнање је обавезно у поступку судског решавања радних спорова. Ово рочиште обавља пре главне расправе пред председником већа (сената) у складу с чл. 54 ArbGG (о овом рочишту је било речи у т. 3.1.6.). Међутим, законодавац СР Немачке ипак није наклоњен рочишту за поравнање пре судског поступка.¹⁴

¹³ Ibidem, стр. 1363.

¹⁴ У нашем праву тзв. *вансудско поравнање*, прим. аутора.

3. Судско решавање радних спорова

3.1. Стварна надлежност судова

СР Немачка има тростепено радно судство.

У првом степену суде радни судови (*Arbeitsgerichte*) којих има 121.

Другостепени (инстациони) судови у радним споровима су покрајински радни судови (*die Landesarbeitsgerichte*) којих има 19 (у 16 покрајна по један другостепени радни суд и још по један радни суд у Нирнбергу, Хаму и Келну).

У првостепеним и покраинским радним судовима у СР Немачкој има укупно 1120 судија.

Трећестепени (ревизијски) суд је Савезни радни суд (*das Bundesarbeitsgericht - BAG*) чије је седиште у Ерфурту. Овај суд има 34 судије. BAG је установљен као Државни радни суд (*das Reichsarbeitsgericht*) 23. децембра 1926. године (када је уведено и суђење у три степена у радним споровима), као трећестепени односно ревизијски суд.

3.2. Месна надлежност судова

За одређивање месне надлежности важе правила ZPO (чл. 46/2 ArbGG). Међутим, када је у питању споразум (договор) о месној надлежности важе посебна правила. Уговорне странке (представници радника и послодаваца) могу у тарифном уговору договорити и месну надлежност суда који би одлучивао о свим грађанско-правним споровима из тог уговора (чл. 48/2 ArbGG). Значајно је да договор у тарифном (колективном) уговору обавезује све раднике и послодавце за које тарифни уговор важи. Ако би између радника и послодавца у конкретном, индивидуално одређеном случају дошло до спора у вези с правима из тарифног уговора, тужилац би морао поднети тужбу суду који је као надлежан одређен у тарифном уговору.¹⁵

Договор о месној надлежности у тарифном уговору важи и за лица на која се тарифни уговор непосредно не примењује, ако су се међусобно договорили да тај уговор у целини важи и у њиховом (радно-правном) односу (чл. 48/2 – ArbGG).

У поступку за доношење решења искључиво је месно надлежан суд на чијем подручју се обавља делатност (*Betrieb*) односно подручје у коме предузеће има своје седиште (чл. 82 ArbGG).

¹⁵ Germelmann, Claas-Hinrich / Matthens, Hans-Christopf / Prüting, Hans: Op.cit., str. 705.

3.3. Састав судског већа

Радни судови у СР Немачкој у складу са Законом о радним судовима (*das Arbeitsgerichtsgesetz – ArbGG*) који је ступио на снагу 1. октобра 1953. године суде у већу. Већа у радним споровима у сва три степена судства чине, судије професионалци и судије лаици (поротници) изабрани из редова радника и послодаваца. Судије лаици (поротници) су „судије по почасној функцији“ (*ehrenamtliche Richter*).

У првостепеном поступку на основу чл. 16 ArbGG одлучује веће које чине три судије, при чему је председник већа професионални судија, који је именован на трајни мандат и који је лично и материјално независан, а друга два члана су судије поротници – по један из редова послодаваца и радника. Чланове већа из редова послодаваца и радника именује Главна покрајинска радна власт за период од 4 године са кандидатске листе коју предложи удружења послодаваца, синдикати, независна удружења радника која имају професионалне или социјалне циљеве, и јавна предузећа. Захтев (решење) за учешће судија лаика (поротника) темељи се на идеји да је учешће представника радника и послодаваца, посебно оних који имају животно искуство у вези са питањима о којима се одлучује, нужно због тога да би се обезбедиле прихватљивост и разумљивост одлука у радним споровима.¹⁶

ArbGG између осталог, када су у питању судије, садржи и одредбе о минималној старосној граници за именовање судија лаика. Тако, судија лаик (поротник) првостепеног суда мора бити стар најмање 25 година, покрајинског радног суда најмање 30 година и Савезног радног суда најмање 35 година.

Судије лаици (поротници) бирају се за време од четири година. ArbGG детаљно уређује именовање судија поротника (чл. 21, 22 и 23 ArbGG), разрешење судија поротника (чл. 21 и 27 ArbGG) оставку судија поротника (чл. 24 ArbGG), независност и заштиту судија поротника (чл. 26), додељивање конкретних послова, тј. предмета судијама поротницима (чл. 31 ArbGG) и избор одбора судија поротника који врше службени надзор (чл. 29 ArbGG).

У другостепеном поступку поступку пред покрајинским радним судом састав већа је исти као и састав већа првостепеног радног суда, при чему је посебно назначено да у жалбеном поступку учествују и судије лаици (поротници) из редова послодаваца и радника (чл. 35 ArbGG).

¹⁶ Ide: Die Stellung der ehrenamtlichen Richter, Festschrift zum 100 jaehring Bestehen des deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Luchterhand, Berlin, 1994., str. 254.

У поступку пред Савезним радним судом, као трећестепеним, веће (сенат) на основу чл. 41 ArbGG се састоји од пет судија од којих су три члана већа професионалне судије (председник већа и двоје судија), а два члана већа су судије поротници, тзв. часне судије (*der Ehrenamtlicherichtes*). Судије BAG су распоређени у 10 већа (сената) од којих је свако специјализовано да одлучује о одређеној врсти радних спорова.¹⁷

Судије BAG именује савезни министар за привреду и рад у сагласности са савезним министром за правосуђе и Комисијом за избор судија (*der Richterwahlausschuss*) на неодређено време (за живота – *auf Lebenszeit*). У комисији за избор професионалних судија учествује 16 покрајинских министара надлежних за радно судство, по службеној дужности и 16 чланова које именује Савезни парламент (*Bundestag*). Седнице Комисије су нејавне, а председава им савезни министар за привреду и рад који нема право гласа.

У раду судијама BAG помаже 11 научних сарадника (*Die wissenschaftlichem Mitarbeiter*). Њихов мадат траје две године. То су углавном судије радних судова првог степена. Њихов задатак је првенствено да припремају тзв. *votume*, тј. нацрте одлука за које је формално одговоран судија известилац. Они такође учествују у припремању главне расправе, саветовању већа (сената) и припремању чланова већа за јавну седницу, с обзиром да се ради о добрим познаваоцима радног материјалног и радног процесног права. Учешће научних сарадника у раду већа BAG доприноси ефикаснијем решавању радних спорова (просечно време решавања радних спорова је 15 месеци, а ако се ради о споровима о отказу радног односа време решавања је 10 месеци).

BAG као врховни суд за радне спорове поред старања о обезбеђењу правичности у појединим споровима врши и уједначавање јединствене судске праксе у тим споровима. Првостепене и другостепене радне судове необавезује судска пракса BAG. Ипак то не важи у случајевима поништавања (укидања) нижестепених пресуда у конкретним радним споровима. Ипак судска пракса BAG је веома значајна за свакодневни рад нижестепених радних судова. Покрајински радни судови су увек дужни да допусте ревизију или правну жалбу (*die Rechtsbeschwerde*) против појединих одлука, ако се исте разликују од судске праксе BAG. При томе BAG задржава могућност, да по улагању ревизије или правне жалбе поново успостави јединственост судске праксе

¹⁷ Од 1954. до 2004. године у BAG је судило 98 судија од којих је 17 професора права и 36 доктора наука. Највећи број судија BAG је биран у животној доби од 42. до 45. године, а најмлађе судије су постале са 38 година живота.

тако што ће својом одлуком успоставити дотадашњу праксу или је променити. Ово је посебно значајно када су у питању спорови о заштити опстанка радног односа (*die Bestandsschutzstreitigkeiten*) јер се ради о једној трећени укупних радних спорова пред тим судом.

На тај начин судска пракса BAG утиче на садржину правних норми у појединим областима као и на уређивање тзв. права о радним споровима (*das Arbeitskampfrecht*). На другој страни је правно образовање неопходно ако законодавац при новом социјалном развоју нема нове регулативе или је иста мањкава. На основу изнетог може се закључити да судска пракса BAG знатно утиче на уређивање модерне државне регулативе.¹⁸

4. Поступак у индивидуалним радним споровима (поступак за доношење пресуде)

4.1. Поступак код првостепеног суда

4.1.1. Тужба

У индивидуалним радним споровима тужба се може поднети суду у форми поднеска или на записник у суду. Ако се тужба подноси на записник, овлашћени службеник суда (*Rechtspfleger*) ће упозорити подносиоца на формалне недостатке, али га не сме упозоравати на садржинску неутемељеност односно не сме му помагати садржински при састављању тужбе.¹⁹

Што се тиче садржине тужбе нема разлика у односу на редован парнични поступак – тужба мора пре свега садржати конкретан тужбени захтев. Поред кондемпнаторне допуштена је изричито и тужба за утврђење, којом се најчешће захтева утврђење (не) законитости отказа радног односа. Тужбом за утврђење радник коме је отказан радни однос тражи да суд утврди да није било законског основа за отказ, те да радни однос још увек постоји.

С обзиром да је ова тужба законом изричито прописана, тј. допуштена (чл. 4 Закона о заштити пре отказа – *Kuendigungsschutzgesetzes*, у даљем тексту: KSchG), тужилац не треба да доказује посебан правни интерес, који је иначе процесна претпоставка за допуштеност тужбе за утврђење.²⁰ Рок за подношење ове тужбе по KSchG је три недеље. Тужбени захтев мора бити конкретизован, тако нпр. да гласи: „Утврђује се

¹⁸ Детаљније о савезном суду за радне спорове СР Немачке (BAG) видети: Novak, Janez, *Nemško delovno sodišče*, Podjetje in delo, Ljubljana, št. 8/2006/XXXII

¹⁹ Reichold, Claus: *Arbeitsrecht*, Beck, Muenchen, 2002., str. 72.

²⁰ Reinert, Hans Jochen / Schultz, Klaus-Peter: *Arbeitsrecht*, Nomen, Baden-Baden, 1995., str. 160; Reichold, Claus: Op. cit., str. 81.

да радни однос међу странкама, који је отказан од стране туженог дана..., није престао већ да и даље постоји.²¹

4.1.2. Заступање

У немачком парничном поступку широко је уважено обавезно адвокатско заступање. Међутим, када је у питању поступак у радним споровима од овог правила се одступа. Тако, у поступку пред радним судом првог степена свака странка може наступати сама.²² И ако странка жели у поступку пред радним судом учествовати преко пуномоћника, има више могућности избора: да је заступа члан синдикалне организације, удружење послодаваца, савези синдикалних односно послодавачких организација, под условом да су та лица овлашћена за заступање на основу статута и ако је странка у поступку само удружење, односно савез или је та странка њихов члан.

За разлику од првостепеног поступка, за поступак пред судовима другог и трећег степена у радним споровима је обавезно адвокатско заступање. Странка, дакле, мора имати пуномоћника који је адвокат. Изузетак од овог правила је, да само у поступку пред покрајинским радним судом пуномоћник може бити и представник организације радника или послодаваца, под истим условима који важе и пред радним судом првог степена (чл. 11 ArbGG).

4.1.3. Поука о правном средству

За обезбеђење и остварење ефикасније судске заштите, а нарочито неуких странака, значајна је одредба чл. 9/5 ArbGG којом се прописује да свака одлука суда мора имати правну поуку о правном средству, тј. о његовом постојању или непостојању, те року у којем се исто може поднети, јер исцрпљеност правних средстава је процесна претпоставка за подношење уставне жалбе. Ако правне поуке нема или ако је у правној поуци погрешно наведено да правног средства нема, рок за улагање правног средства је једна година, сем у случају више силе.

4.1.4. Убрзање поступка

У радном судству не постоји институт судског одмора (чл. 9/1 ArbGG), што значи да судови стално раде, што доприноси убрзању

²¹ Reinert, Hans Jochen / Schultz, Klaus-Peter: Op. cit., str. 160.

²² О процесној способности и ограничењима која се односе на пуномоћнике видети нпр. Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg: Op.cit., str. 565.

поступка. У прилог убрзању поступка је и решење да су одређени рокови краћи. Тако, рок који мора протећи између уручења тужбе и првог рочишта је недеља (седам) дана (чл. 47/1 ArbGG) док је у парничном поступку најмање две недеље (седмице), како је одређено чл. 274 ZPO. Пресуда се, по правилу, саопштава (објављује) странкама на рочишту, а само у изузетним случајевима суд ће објаву пресуде одложити, али за веома кратак рок (чл. 60 ArbGG).

У споровима поводом отказа радног односа посебно је наглашено начело убрзања поступка (чл. 61a ArbGG). У том смислу суд мора да закаже (и одржи) рочиште за поравнање у року од две недеље од подношења тужбе. Ако рочиште за поравнање није успело, а посао није закључен тј. ствар није расправљена на рочишту за главну расправу која је непосредно уследила рочишту за поравнање, суд ће туженом наложити да у одређеном року, који не сме бити краћи од 14 дана, одговори на тужбу (осим ако је то већ учинио). Суд ће у исто време одредити и тужиоцу одређени рок, који не сме бити краћи од две недеље, се изјасни о наводима у одговору на тужбу. Прекасно достављани поднесци се неће уважити, осим ако суд оцени да њихово уважавање не би одуговлачило поступак или ако странка закашњење накнадно оправда.

4.1.5. Концентрација поступка

У ArbGG је наглашен посебно значај начела концентрације поступка на основу којег главну расправу треба припремити тако да по могућности буде закључена само на једном рочишту (чл. 56 ArbGG). Ако закључење расправе на једном рочишту ипак није могуће, суд ће заказати следеће рочиште у најкраћем могућем року (чл. 57/1 ArbGG). Треба, ипак, нагласити да немачки правни експерти као слабост поступка у радним споровима констатују да суд нема довољно могућности да обезбеди концентрацију поступка и правовремено тумачење навода странака у спору.²³

Подразумева се да се овај циљ може достићи ако се расправа темељно и квалитетно припреми. Због тога су суду у тзв. припремном поступку дата широка овлашћења, а нарочито да од странака затражи и прибави правовремене допуне и објашњења навода односно о питањима која треба додатно разјаснити, да од странака или трећих лица захтева предлагање доказа које је могуће и неопходно потребно прибавити пре главне расправе (нпр. исправе и предмете који су примерени тј. погодни

²³ Galič, Aleš: Sodno varstvo v IDS de lege ferenda, Znanstvena monografija Delovno pravo in socijalna varnost, Inštitut za primerijalno pravo in Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana, 2003., str. 66.

за чување). Овим је суду омогућено да главну расправу добро припреми и да прибави битну процесну грађу.

Уколико странка у року који одреди суд не понуди тј. достави доказе односно допуне и објашњења у вези с тужбеним захтевом прети јој преклузија. Ипак, суд ће уважити (прихватити) прекасно достављене допуне, објашњења и доказе, само ако то не би проузроковало продужавање поступка или ако странка закашњење накнадно оправда (чл. 56/2 ArbGG).

Ове одредбе нису специфичне само за индивидуалне радне спорове. Скоро идентичне одредбе које се односе на концентracију поступка важе и за парнични поступак (чл. 272 и 273 ZPO). Концентracији поступка доприносе и правила о пресуди због пропуштања, која се примењују и у поступку пред радним судовима. Пресуду због пропуштања суд ће донети у случају изостанака туженог с објављеног рочишта, ако претходно није у писаној форми поднеском одговорио на тужбу (чл. 47 ArbGG).

4.1.6. Рочиште за поравнање

У радном судству у Немачкој већ дуго је наглашен циљ споразумног решавања спорова. Према статистичким подацима управо у радним споровима је, како у првом тако и у другом степену, највећи проценат закључењних судских поравнања – чак 40%.²⁴ Суд је дужан да пре првог рочишта за главну расправу закаже посебно рочиште за поравнање. Суд је дужан да на том рочишту са странкама проучи спорно чињенично и правно стање уз слободно поштовање (уважавање) свих околност, ако је потребно и уз постављање питања. Наведени покушај поравнања обавља председник већа, без присуства судија лика – представника радника и послодаваца у складу са чл. 54 ArbGG.²⁵

Ако ниједна странка не дође на рочиште, наступа мировање поступка. Ако не дође једна странка, сматра се да поступак мировања није успео. Ако је могуће, одржаће се усмена расправа. Новелом ArbGG из 2000. године одређено је да суд уз сагласност странака одређује да се за покушај поравнања одреди још једно рочиште. Од 1.01.2002. године институт рочишта за поравнање не примењује се само у радним споровима, јер је новелом ZPO уведен и у редован парнични поступак (чл. 278 ZPO). Треба нагласити да је радни суд у обавези да се у току читавог

²⁴ Reichold, Claus: Op.cit., str. 71.

²⁵ Детаљније о томе видети: Bertzbach, Kirchner: *Anliza delovnih sodišč, študija v okviru Twinning projekta Modernizacija sodstva in izobraževanja sodnikov*, Ministarstvo za pravosodje Republike Slovenije, Ljubljana, 1998.

поступка заузима да се спор реши мирно закључењем судског поравнања (чл. 57/2 ArbGG).²⁶

4.1.7. Привремене мере

О поступку по тужби у ИРС првостепени радни суд је надлежан и за издавање привремене мере.

Привремена мера се дефинише као одлука којом суд у радном спору у вршењу судске власти одређује присилну наредбу против одређене странке у поступку (тужиоца или туженог). Привремена мера у ИРС се издаје у форми усмене наредбе или решења, а у споровима у вези с новчаним потраживањима у форми писане наредбе (*mandamus*). Овлашћење радног суда да привременом мером у вези с радником одреди успостављање пређашњег стања (повраћај на посао, *reinstatement*) се заснива на чињеници да је суд законом овлашћен да поново успостави нарушени радноправни однос.

При доношењу привремене мере у ИРС радни суд мора утврдити да ли су испуњени следећи услови:

- а) постојање вероватноће да би тужени извршио имовинске или личне промене, које би могле бити штетне за доказни поступак или за могућност да се донесе пресуда у главној ствари;
- постојање нужне потребе да се избегне насиље или ненадокнадива штета;
- потреба да се постигне равнотежа странака у поступку у ИРС у вези са привременом мером и корисност таквог поступка;
- пажња суда о непристрасности у поступку;
- мишљење суда да се раднику омогући да се по правоснажности пресуде врати на посао.

Поступак за издавање привремене мере у ИРС је посебан поступак и води га други судија као поступак у главној ствари, а не судија радног суда. Поступак се покреће предлогом. У поступку је допуштено усмено саслушање странака на рочишту или ван рочишта. О привременој мери судија доноси решење или наредбу.

4.1.8. Обавезност главне расправе

Због заштите радника, који је често праву неука или бар мање искусна странка²⁷ суд мора увек одржати главну расправу. Због тога у радним

²⁶ Детаљније о судском поравнању видети: Doukoff, Norman M.: *Teoretični in praktični problemi sodne poravnave*, Pravna praksa, Ljubljana, 1-2/2002.

²⁷ Zöellner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg: Op.cit., str 565.

споровима не важи правило из ZPO да у споровима мање вредности суд може одлучити само на основу писаних поднесака. Исто тако не важе ни правила ZPO о писано припремљеном поступку (чл. 46 ArbGG). Значајна је и одредба да суд може увек да захтева лично присуство странке (чл. 51 ArbGG), које правило важи и у парничном поступку. Ако странка упркос том захтеву суда на рочиште лично не приступи (већ приступи њен пуномоћник), суд може одбити приступ пуномоћника, ако би се тиме поништио (учинио безвредним) циљ захтева о личном присуству (које је у одређеним случајевима корисно за разјашњење чињеничног стања, првенствено за покушај мирног решења спора (чл. 51/2 ArbGG).

4.1.9. Јавност

Када је у питању јавност и искључење исте у радним споровима, важе иста правила као и у ZPO. Искључење јавности је могуће када за то постоје законом прописани разлози. Суд може искључити јавност с рочишта за поравнање из разлога целисходности.²⁸

4.1.10. Трошкови поступка

Судске таксе су у радним споровима доста ниже у односу на таксе у парничном поступку (чл. 12 ArbGG) и доспевају за плаћање тек по закључењу поступка на сваком степену, што значи да странке немају обавезу да унапред уплате трошкове поступка (предујам).

У поступку пред првостепеним радним судом обавезно се плаћа такса чији је минималан износ 10 ЕУР, а максималан износ 500 ЕУР.

У поступку пред другостепеним (покрајинским) и трећестепеним (Савезним радним судом) обавезне таксе се умањују за једну петину, док се посебне таксе за вођење поступка увећавају и то у поступку пред покрајински судом за 1,5 пута, а пред Савезним радним судом за 2 пута у односу на таксе пред првостепеним судом. Трошкови доспевају тек онда када је поступак пред судом одређеног степена завршен, што значи да нема аванског плаћања истих.

Под условом узајамности не зарачунавају се трошкови судског тумача и преводиоца који настају због превода странцима или лицима без држављанства. Странка која у поступку побеђује, нема овлашћења да захтева повраћај трошкова за свог пуномоћника (чл. 12а ArbGG).²⁹

²⁸ Germelmann, Claas-Hinrich / Matthens, Hans-Christopf / Prütting, Hans: Op.cit., str. 755.

²⁹ O troškovima postupka videti: Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg: Op.cit., str 565.

4.2. Поступак код другостепеног суда

4.2.1. Услови за подношење жалбе

Другостепени судски поступак у индивидуалним радним споровима започиње подношењем жалбе као редовног правног средства.

У немачком законодавству услови за допуштеност жалбе су мање строги у односу на редован парнични поступак.

Уређење жалбених разлога у ArbGG је у већој мери измењено Законом о убрзању поступка пред радним судовима (*Arbeitsgerichtbeschleunigungsgesetz*) из 2000. године. У складу с новелираном регулативом, на основу чл. 64 ArbGG жалба је допуштена у следећим ситуацијама:

- а) ако вредност спорног предмета прелази 600 ЕУР,
- б) ако је у питању спор о постојању, непостојању или отказу радног односа,
- в) ако суд одлучи да жалбу допусти.³⁰

Алинејом 3 чл. 64 ArbGG прописана је тзв. допуштена жалба за коју важе иста правила као и за ревизију. Ако жалба није допуштена на основу алинеје 1 и 2, у складу с алинејом 3 иста је допуштена ако је допусти суд првог степена. Он ће то учинити у случају ако је у питању ствар од принципијелног значаја (*grundsätzliche Bedeutung*) или ако се ради о спору о постојању или непостојању тарифног уговора или његове важности (основа или обима), или о спору који је последица синдикалне борбе (индустријска акција синдиката), или ако пресуда суда првог степена одступа од пресуде било којег вишег суда или од пресуде суда првог степена, али само у случају ако је та пресуда донета у вези с истом странком и ако је та странка предложила њено доношење (чл. 64/3 ArbGG).

Решење о допуштености жалбе садржано је у изреци пресуде. Виши суд (покрајински радни суд) је везан овом одлуком (чл. 64/3 и 64/4 ArbGG). Ако вредност предмета спора у тужби није наведена, то не мора нужно да проузрокује негативне последице за странку које се тиче подношење жалбе у складу са чл. 64/1 ArbGG (допуштеност жалбе када је у питању вредност предмета спора). У том случају странка може одредити вредност предмета спора накнадно, али га мора веродостојно исказати (чл. 64/5 ArbGG). Уколико то странка не учини важи правило да вредност

³⁰ Ако институциони суд жалбу одбије као недопуштену, против те одлуке је могуће уложити посебну „ревизијску жалбу“ (*Revisionsbeschwerde* – чл. 77 ArbGG), али само ако је виши суд изричито допусти и то због разлога због којих је допуштена ревизија против пресуде.

предмета спора мора одредити суд првог степена у пресуди (чл. 61 ArbGG).

4.2.2. Рокови

Рокови за улагање правних средстава су у немачком законодавству по правилу дуги, што важи и за ArbGG. Тако, рок за жалбу је 30 дана. Странка мора у даљем року од 60 дана од дана пријема пресуде поднети детаљно образложење у вези основаности жалбе.

4.2.3. Забрана повраћаја на ново суђење

Захтев за убрзање поступка, као и захтев за што мањим и што боље предвидљивим трошковним ризиком у радним споровима је снажно изражена у чл. 68 ArbGG, којим се одређује да због грешке у поступку радног суда није допуштен повраћај захтева на ново суђење. Грешка у поступку може настати услед незавршеног (необављеног) доказног поступка, недовољно рашчишћеног чињеничног стања и сл.³¹

ArbGG овим решењем одређује апсолутну забрану укидања првостепених пресуда и враћање захтева суду првог степена на поновни поступак. И у парничном поступку у СР Немачкој је снажно подржан захтев да виши суд о захтеву, на основу нове јавне расправе самостално и коначно одлучи (чл. 538 и 539 ZPO). Ипак, ZPO допушта одређене могућности да виши суд у случају тежих процесних повреда (нпр. када је у питању пресуда пре чијег доношења суд уопште није спровео мериторан поступак – одбачај тужбе, пресуда због изостанка итд.) побијану пресуду укине и захтев врати првостепеном суду на поновни поступак.

Строго одређење које вишем суду у радном спору у целини забрањује да побијану пресуду укине и захтев врати суду првог степена на поновни поступак, припомаже у великој мери како убрзању тако и економичности поступка. Ова одредба, иако сигурно доприноси убрзању и економичности као веома значајним начелима радног процесног права, је у немачкој правној теорији критикована нарочито због тога што у одређеним случајевима практично значи да је странка прикраћена за једну инстанцу.³²

³¹ Bertzbach, Kirchner: *Anliza delovnih sodišč. študija v okviru Twinning projekta Modernizacija sodstva in izobraževanja sodnikov*, Ministarstvo za pravosodje Republike Slovenije, Ljubljana, 1998., str. 11

³² Isenhardt, Udo: *Das Berufungsverfahren, Festschrift zum 100 jaehrigen Bestehen des deutschen Arbeitsgerichtsverbandes*, Luchterhand, Berlin, 1994, str. 355.

4.2.4. Поступак по жалби

Поступак одлучивања о жалби се у суштини не разликује од поступка одлучивања о жалби у парничном поступку. Последњом новелом ZPO систем преклузивног навођења нових чињеница и доказа се проширује и на жалбени поступак (чл 67 ArbGG).

Када су жалбени разлози у питању за њих важи посебност. Тако, нпр. кршење (повреда) правила о томе да ли је одређена надлежност радног суда или би о захтеву морао одлучити парнични суд, није могуће истицати у жалби (чл. 65 ArbGG). Такође, у жалби се не могу истицати ни небитне околности у вези с постављањем судија поротника (лаика).

Жалбе у индивидуалним радним споровима које се односи на постојање, непостојање или на отказ уговора о раду и радног односа имају приоритет у решавању.

4.2.5. Образложење одлуке по жалби

Када суд другог степена донесе одлуку о жалби, може скратити образложење исте. Тако, суд може изоставити навођење чињеничног стања и навођење разлога за одлуку, ако следи разлоге суда првог степена и ако то изричито наведе. Ако је против другостепене одлуке допуштена ревизија, другостепеном суду је допуштено позивање на разлоге наведе у првостепеној пресуди као и на записнике и исправе из поступка пред првостепеним судом, под условом да се тиме значајно не отежава могућност оцењивања од стране ревизијског суда (новелиран чл. 69 ArbGG).

4.2.6. Правно средство против решења о одбацивању жалбе

Ако жалбени суд одбаци жалбу као недопуштену, против тог решења се може поднети посебна ревизијска жалба (*Revisionbeschwerde* – чл. 77 ArbGG), али само ако је виши суд израчито допусти. Разлози за допуштеност су исти као и за допуштеност ревизије против пресуде, о чему ће бити речи у тачки о ревизији.

4.2.7. Превремено извршење

У складу са чл. 62 ArbGG пресуде радних судова су извршне упркос томе да је против њих поднета жалба или приговор. Једино ако тужени

докаже да би извршењем претрпео ненадокадиву штету, суд ће одлучити да пресуда није непосредно (директно) извршива.³³

4.3. Поступак код трећестепеног суда (ревизија)

Против одлука другостепеног суда у индивидуалним радним споровима допуштено правно средство је ревизија. Ревизија се подноси и о истој одлучује Савезни радни суд као трећестепени суд у СР Немачкој.

Ревизија је у немачком законодавству допуштена само ако је у питању кршење правне норме материјалног или процесног права од стране жалбеног суда (чл. 73 ArbGG). Ревизија у радним споровима се темељи на систему тзв. допуштене ревизије који важи у парничном поступку. Допуштеност ревизије у радним споровима не зависи од вредности предмета спора или врсте захтева, већ од тога да ли ће је покрајински радни суд (LAG) као другостепени допустити (чл. 72 ArbGG).

О допуштености ревизије у индивидуалним радним споровима одлучује другостепени радни суд. По правилу, другостепени радни суд ће ревизију допустити ако:

- а) захтев има начелан значај, тј. ако је реч о правном питању које је од значаја за развој права и од користи за судску праксу, те да се у том циљу добије прецедентна одлука врховног суда;

пресуда вишег суда одступа од судске одлуке уставног суда, заједничког већа (сената) врховних судова, Савезног радног суда, или, док Савезни радни суд није донео одлуку о неком правном питању, од одлуке неког другог већа истог или другог покрајинског радног суда, при чему то правно питање мора бити битно за одлучивање о захтеву (тзв. ревизије због дивергенције).³⁴

Ако другостепени радни суд допусти ревизију, Савезни радни суд је тим допуштењем везан. Ако виши суд ревизију не допусти, странка може ту одлуку побијати, доказивањем да је ревизија морала бити допуштена, жалбом против решења о недопуштености ревизије. О допуштености ревизије у том случају одлучиће Савезни радни суд (чл. 72a ArbGG).

³³ У парничном поступку важи правило да је пресуда првостепеног суда непосредно извршива само ако тако одлучи суд (видети: Brox, H. Rütters, B.: Op. cit., str. 284.)

³⁴ Детаљније о ревизији у индивидуалним радним споровима СР Немачке видети, Holl, Thomas: *Das Revisionsverfahren, Festshrift zum 100 jaehrigen Bestehen des deutschen Arbeitsgerichtsverbandes*, Luchterhand, Berlin, 1994., str. 357-372; Brus, Marco.: *Dopustitev revizije v nemškem in slovenskem delovnem procesnem pravu - primerjalni pregled*, Podjetje in delo, 3-4/2005, Ljubljana, 2005., str. 623-634.

Међутим, ову могућност побијања решења о недопуштености ревизије странке имају неограничено само у случају ако наводе разлоге за тзв. ревизију због дивергенције а не и за случај ревизије због начелног питања. У последњем случају одлука вишег суда о недопуштености ревизије је коначна.

ArbGG допушта и тзв. прескочну ревизију (*Sprungrevision*) између наведених странака у наведеним споровима, само под условом да странке постигну сагласност о томе и да им то дозволи суд. У том случају странке могу „прескочити“ радни суд другог степена и непосредно против пресуде радног суда првог степена поднети ревизију (чл. 76 ArbGG).

Рок за подношење ревизије је 30 дана, с тим да странка мора у наредних 60 дана доставити детаљно образложење ревизије (новелирани чл. 74 ArbGG).

5. Поступак у колективним радним споровима (поступак за доношење решења)

5.1. Поступак код првостепеног суда

Правила о поступку за доношење решења важе за колективне радне спорове. У колективне радне спорове у СР Немачкој спадају:

- а) спорови који се односе на статут, тј. „устав“ предузећа (*Betriebsverfassung*);
- б) спорови из саодлучивања (спорови о избору представника радника у надзорни одбор и њиховом опозиву, као и спорови о избору чланова савета) ако за исте није одређена надлежност неког другог суда и
- в) спорови о тарифној способности, надлежности неког удружења за закључивање тарифних (колективних) уговора и њиховој примени.

Поступак у колективним радним споровима (поступак за доношење решења) у битним елементима подсећа више на ванпарнични поступак него на парнични. Посебна карактеристика овог поступка је у томе што су начело диспозитивности и расправно начело ограничени.

Поступак у колективним радним споровима се у складу с чл. 81 ArbGG покреће предлогом. Предлагач може предлог повући, при чему повлачење не проузрокује примену начела *ne bis in idem*, што значи да се предлог исте садржине може поново поднети. У овом поступку улога суда је активна и огледа се у томе што суд по службеној дужности утврђује и чињенице које учесници нису наводили. Такође, суд изводи и доказе које учесници нису предлагали. Овим решењем дат је значај истражном начелу (чл. 83 ArbGG). Међутим, тиме се учесници не ослобађају обавезе, нити

им се ускраћује право, да сами наводе чињенице које су од значаја за одређење предмета спора.³⁵

Странке се у колективним радним споровима (поступку за доношење решења) означавају као учесници (*Beteiligte*) што је једнако означавању у ванпарничном поступку. Због тога круг учесника који су пасивно легитимисани у овим споровима не одређује предлагач, као што то чини тужилац у парничном поступку, те у овом поступку учесник може бити свако коме је то право одређено законом (синдикати, удружења послодаваца). У складу с правилима ванпарничног поступка то је онај чији би правни интерес одлуком суда био погођен.

Законом који важи од 1.1.2002. године (*Zivilprozessreformgesetz*) допуштено је да се и у поступак за доношење решења уведе исти систем преклузије у првом степену који важи и у поступку за доношење пресуде (новелирани чл. 83 и 87 ArbGG).

У овом поступку судске таксе се не зарачунавају (чл. 12 ArbGG).

5.2. Поступак код другостепеног суда

Правна средства у поступку у колективним радним споровима код другостепених судова су иста као и у поступку у индивидуалним радним споровима. Редовно правно средство против одлуке првостепеног радног суда у колективном радном спору је **жалба**. Жалба се подноси другостепеном радном суду (чл. 87 ArbGG).

Другостепени радни суд ће жалбу прихватити и разматрати је:

- ако правна ствар о којој је одлучено у првостепеном поступку има начелан значај;
- ако се правна ствар односи на правне спорове: а) између странака тарифног (колективног) уговора о томе да ли уговор постоји или не постоји; б) у вези тумачења тарифног (колективног) уговора чије се подручје важења протеже ван области надлежности радног суда; ц) између странака тарифног (колективног) уговора или између њих и трећих лица због недозвољених радњи, или ако се ради о мерама за побољшање услова рада или у вези са слободом удруживања укључујући и право на деловање удружења; д) у вези тумачења правног прописа наведеног у пресуди првостепеног радног која је у поступку поднета другостепеном радном суду, а која је усмерена у корист против једне од странака или одступа од пресуде коју је донео надређени покрајински радни суд, а пресуда се заснива на том одступању.

³⁵ Zöellner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg: Op.cit., str. 567.

Другостепени радни суд у пресуду уноси одлуку о томе да ли је жалба дозвољена или није.

Законом који важи од 1.1.2002. године (*Zivilprozessreformgesetz*) допуштено је да се и у поступак за доношење решења уведе исти систем преклузије у другом степену који важи и у поступку за доношење пресуде (новелирани чл. 83 и 87 ArbGG).

5.3. Поступак код трећестепеног суда

Против одлука другостепених судова и у колективним радним споровима дозвољена је само тзв. допуштена **ревизијска жалба**. Ревизијска жалба се подноси Савезном радном суду као трећестепеном суду за радне спорове.

О допуштености ревизијске жалбе у колективним радним споровима одлучује другостепени радни суд. Међутим, одлука другостепеног суда о недопуштености ревизије, ако се ради о спору између потписника тарифних (колективних) уговора који се односе на важност или неважност тарифног уговора, тумачењу или домаћају важности истог, или о спору који се тиче недопуштеног понашања у вези са синдикалним акцијама или слободом удруживања на радноправном подручју, може се побијати пред Савезним радним судом директно, без сагласности другостепеног радног суда.

Закључак

Радно судство, као специјализовано судство за радне спорове, у СР Немачкој има дугу традицију. Оно датира између 1808. и 1813. године када су у тадашњим немачким државама, по угледу на француске *conseils de prud' homes*, установљени први органи који су били слични касније установљеним радним судовима. Овај податак указује да СР Немачка уз Француску и Швајцарску, има најдужу традицију у радном судству у Европи.

У периоду од оснивања радног судства до 2002. године донето је неколико закона о радним судовима и поступцима у радним споровима (1926, 1953, 2000, 2002. год.). Упоредно са законодавним активностима у СР Немачкој је стварана и квалитетна судска пракса која је значајно утицала на законодавну регулативу у области радних односа (индивидуалних и колективних).

Најзначајнији квалитет у решавању радних спорова у СР Немачкој је постојање специјализованог тростепеног судства у овој изузетно значајној друштвеној и правној области, јер су радни односи и индустријски односи кичма индустријске демократије. Специјализација радног судства у три степена омогућила је изузетно квалитетно и

ефикасно судство у области радних односа. Ефикасност радног судства се темељи на начелима убрзања поступка, концентрације поступка, забране повраћаја на ново суђење и активне улоге суда. Због своје ефикасности радно судство је битно доприносило изградњи индустријског мира и индустријске демократије у СР Немачкој као једној од најмоћнијих држава света.

Такође од великог значаја је и што је у решавању колективних радних спорова установљен као приоритетан модел аутономне медијације који је уговорен споразумом између Конфедерације немачких послодаваца (DBA) и Немачке конфедерације синдиката (DGB) који је закључен 7.9.1954. године. Овим споразумом је договорено да ни један спор у вези са закључивањем колективних уговора не би требало да буде решен одлуком донетом од стране тела које је основала држава већ искључиво кроз добровољно уговорен поступак посредовања бипартитним или трипартитним моделом.³⁶

Најзад, од великог значаја је и решавање колективних радних спорова методом арбитраже на нивоу предузећа, јер се овај метод показао добрим филтером помоћу којих се редуцирају прекиди рада предузећа у СР Немачкој.

Због наведених квалитета система решавања радних спорова и неке државе су, по угледу на СР Немачку, формирале радно судство као специјализовано, користећи њено богато искуство у овој области, чиме је радно судство у свету добило на значају. Овај утицај је од великог значаја, јер његовим убрзаним ширењем се омогућава напредак у развоју радних односа, као веома значајних правних и друштвених односа у савременом друштву.

Поред радног судства на одржавање социјалног мира у СР Немачкој битно утичу и висок степен синдикалног организовања радника, добра организованост послодавачких организација, висок ниво свести социјалних партнера (синдикати, послодавци и држава) и развијено колективно преговарање.³⁷

³⁶ *Conciliation and Arbitration Procedures in Labour Disputes*, International Labour Organization Office, Geneva, 1989., str. 61.

³⁷ Највећа синдикална организација је Немачка конфедерација синдиката (DGB) у којој је учлањено 50 посто запошљених радника, а највећа организација послодаваца је Конфедерација немачких послодаваца (BDA) у којој је учлањено 90 посто немачких послодаваца. Преко 90 посто запослених обухваћено је колективним уговорима који се закључују на нивоу предузећа.

Mijal Stojanović, LL.D.
Associate Professor

**COMPARATIVE LEGAL REGULATIONS ABOUT SOLVING
LABOUR DISPUTES - FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY**

Summary

The author gives an overview of labor disputes and their resolution in comparative law in the case of the Federal Republic of Germany.

Keywords : labor disputes, methods of resolving labor disputes, ArbGG, labor courts, individual labor disputes, collective labor disputes

ПОЛИТИКА, ПРАВО И СРПСКО ДРУШТВО

У претходном сепарату елаборирали смо појам идеје која влада космосом правно политичке стварности, сагледан са филозофско-логичког и психолошког аспекта, али како се видело и персоналистички.

Но са теоријског становишта, образложити смисао идеје уобличења друштва значи дедуковати њен априорно логички смисао на поље тзв. правно политичког феномена, на онтолошко биће две форме друштвености, правну и политичку.

а) У првом смислу, рационализација је једноставнија за разумевање. Извеснија утолико што, априорна идеја као таква у праву као сложеном логичком систему нормативне појмовности налази природног „саговорника“ као и онај ентитет и феномен на који се чистом мишљу готово елегантно може рационалистички поимати.

Наиме, ова идеја је ништа друго него субјективни априори, на неки начин упоредив са тзв. праначелом, пранормом Ханса Келзена. То је оно апстрактно биће нужно да би се разумео не само динамички смисао правно-нормативне стварности него и статичка стратифика-ција свеукупне пирамиде нормативно-правне појмовности.

Без ове идеје, без њеног аксиоматског значења, те аксиоматско логичке функционалности правом смислу речи, право као такво не може наћи аутентични логичко дедукциони прасистем сопствене логичке и менталне експозиције.

Наиме, мислити право, значи у првом реду мислити идеју којом се уређује свеукупна сложеност и мноштвено односна парцијалност и правно-појмовно-логичког света. Она као таква, иако посве апстрактна, и више него генусне природе у себи садржи и са собом носи управо суштину смислености правне мисије, правне телеологије и правне функционалности у аутентичном значењу. Она култивише свеукупни правни поредак утолико што се управо у њој и налази вредносни став основа метафизичке али и нормативне функционалности права у друштвеном контексту. Без идеје није разумљиво на који начин право може осим што иде паралелно са друштвом, те га само заодева у правно формалну одору него и то (а то је примарно) да утврђује валутативни смисао друштвене усмерености. У идеји је садржан управо тај, како смо

* Ванредни професор

ми то назвали културолошки аспект правне мисије као такве те је ту дат спекулативан и апстрактан норматив циљне, друштвене, хуманистичке и прогресивне смислености свеукупно нормативно-правне организације друштва.

То није, тзв. Штамлеров логички априори у нивоу имагинати-вне кохеренције логичког права, као нужне претпоставке разумевања друштва по себи него је управо истински логички априоризам друштвено функционалне телеологије правно-нормативног поретка. Утолико је идеја не само апстрактна и телеолошка него је у извесној мери и есхатолошка и у сваком случају више него сврсисходна и аутентично хуманоидна и људска.

Без ње се не може разумети смисао и суштина правног света као што се не може схватити карактер апокрифног и телеолошко нормативног смисла аутентичног разлога правне стварности.

Тај разлог, тај став основа правне функционалности у валутативном значењу придаје идеји уобличења друштва, у правном аспекту управо колосално значење. Оно значење које с једне стране друштво усмерава ка тенденцији Објективног духа а право устројава управо у културолошкој мисији. У том смислу идеја није самосврховита, није утилитаризам мислилачког мудровања или благодет посвећене искричавости. Она је у аутентичном смислу апликативна у рационалном значењу утолико што се без ње не може разумети хуманистички, културолошки те у том смислу (од многих незапажљив) револуционарно антрополошки смисао, у идеји садржане идеје културе.

Идеја културе, дакле готово као интуитивност а у овом случају освешћена интелектуалност је једно друго име за идеју уобличења друштва у правном аспекту. То је оно име које се превиђало и од најзначајнијих мислилаца филозофије политике као и правно теоријског умовања. Без ове идеје, без њеног културолошког значења, а суштински узев уистину антрополошко људског смисла, право би било један херметични регулациони механизам блиставе и гранитне логике, али не и одлучујући органон пројекције друштва у складу са хуманитетом и аутентичним људским достојанством.

У наведеном смислу рационализована идеја уобличења друштва, не значи само формално логичку дедукцију у логичко појмовном значењу. Него значи примарно управо ону дедукцију која је савршена не само са своје кохеренције и систематичности него је у исто време и функционална у телеологији културолошке апологије човечности.

У наведеном смислу право је само онда са људског становишта и праведно и правично утолико уколико је не само *dura lex – sed lex* него и само онда када је управо име за *Justitium*.

Блистава систематика правнога света, као архитектоника чисте умности може да плени својом лепотом и свеукупним естетизмом али тек и само онда кад се у самој систематици садржи дух идеје културе те функције њенога смисла. Када се другим речима суштина човечности, људског достојанства и аутентичне Божанске и моралне правде устројава у поредак правно нормативне стварности.

Ту је фундаментални, епохални значај *идеје уобличења друштва* а право је само облик у којему се њезин дух и свеукупна метафизичка смисленост остварује на најимпресивнији и најексклузивнији начин.

б) Ма колико *идеја уобличења друштва* била фундаментална и значајна у правном аспекту ауто рационализације она је далеко значајнија у аутентичном поимању рационализације тзв. политичког духа.

Наиме, утолико што право само по себи, већ садржи Објективни смисао, систематику и структуру, *идеја уобличења* је готово природно аксиоматско полазиште њеног разумевања, објашњења, али и функционисања у наведеном значењу.

Но теже стоје ствари са политиком. Теже је разумети, на који начин се идеја културе тј. идеја уобличења друштва може објективисати и рационализовати у једној псеудо духовној дисциплини каква је политика као појава *sui generis* а политички феномен, епифеномен особите врсте.

Како смо видели, политику у принципу одликује волунтаризам, субјективистичка пројекција и неретко илузорна идеологија, а најчешће бесмислена есхатологија. Но, са теорије сазнања сагледана, политика је незахватљива у аспекту тзв. „бивствене истинитости“. За њу не постоји критеријум вредновања, какво објективно мерило процене, осим тзв. наивно реалистичког „суда укуса“.

Другим речима, политика спада у тзв. аксиолошко биће постојања, те отуд и става да је свако политичко мишљење валидно утолико што субјективизам политичке воље не може добити објективно значење и тзв. аутентични суд стварносне истине.

Како је она по логици ствари дакле незахватљива аршинима тачности и мерљивости, то политика уистину уображава да јој је иманентно визионарство каткад пророштво а код неких штавише чак и мисија откровења.

Но, било како да је политика се отима Објективном смислу аутентичног значења и представља субјективни израз одређеног најчешће неаутентичног хтења илузорне пројекције.

Кад је то тако и пошто је тако питање је сад, на који начин и у којем смислу се може објективна идеја, тј. надпојам и логички априори који називамо идејом уобличења друштва „наметнути“ пустом волунтаризму политичког духа. Који је то аргумент којим се на основу наведене идеје може „отрезнити“ политички интелектуални илузионизам

те степен субјективне самосвести о висини и мисији сопственог политичког пројекта усмерити на пут аутентичног смисла и значења Објективне *идеје уобличења друштва*.

Наизглед на ово питање није могуће одговорити а суштински аутентични мислилац на њега може пружити више него једноставан рефлекс.

Наиме, утолико што се смисао политичке делатности никада не спроводи осим у оквирима правно устројеног нормативног поретка, мислилац ће врло лако и елегантно показати да се управо и само кроз идеју уобличења друштва (дакле културу као смисао) политичар по дефиницији може и мора духовно усмеравати ушраво по принципима духа идеје пројектоване у систему правног нормирања.

У правном свету политички авантуризам као и субјективни волунтаризам „октроисан је“ тзв. „надлежношћу“, објективитетом функционалности политичког духа. Како је ниже наведено владалска дужност, дакле примарна политичка делатност и духовност, са правног становишта није ништа друго него скуп правних норми којима се утврђује и домен и домет владарске дужности.

У истом смислу дакле, а можда у вишем значењу то важи за целину скупа људи који називамо *Парламентом*, а примарно за онај мањи скуп људи који се уобичајено назива *Владом*.

Како су политички прваци, као и превасходници политичке концепције одређеног историјског тренутка у исто време управо они који се налазе на примарним објективно нормативним системима надлежности тј. дужности, више је него јасно да сва њихова делатност може бити поимљена и третирана само са становишта управо утврђене *идеје уобличења друштва*.

У оном моменту у којем се они отргну сопственом својству објективно нормативног правног значења, као и од своје депсихологизованости почињу да бивају персоне у психолошком смислу, као и они који сопственом страшћу и умношћу иду изван граница објективно нормативног значења бивају пустолови и нешто најсупротније и смислу назначене идеје и карактеру управо сопственог својства.

То се уистину тешко разуме и зачудо управо од врхунског политичког духа најмање ћете наћи такав степен негирања сопствености, алијенације од субјективности те депсихологизовања сопственог менталног и сензитивног апарата.

Но, то је нужан услов, *sine qua non* дистинкције политичко правне идејне делатности спрам лидерског ментално бихејвиористичког наступа пустолова и анархиста. А најчешће управо таквих псеудодуховних пустоловина можете наћи у претенциозности некритичког политичког духа.

У овом смислу, мислилац ће свакако сугерисати и дати децизивно образложење са којих разлога је нужно да идеја уобличења друштва буде једини став основа, органон и примарно оруђе којим ће се служити политичка умност (и безумност) у сопственој од права одређеној мисији и функционалној делатности.

Образложење овог става уследиће у наредном тексту.

Како се горе видело, идеја којом се уобличава друштво посредством права и политике, у некој природној вези је са правом, са нормативним правним поретком као таквим. Међутим кад је у питању однос ове идеје са смислом политике, као и актуелним али и апстрактним „деловањем исте“ у остварењу сопствене пројекције, долази до изузетних потешкоћа.

Примарно то долази отуд што је *идеја уобличења друштва* у нивоу духовности тј. умно логичког статуса далеко изнад интензитета интелектуалности политичког духа уопште па чак и политичке умности која је високе имагинативне снаге и сензитивне моћи.

Идеја, као таква пре би се рекло да припада сама „по себи“ трансцендентном свету, као Објективни идеалитет а да је субјективише тек само моћни интуитивни мислилац и имагинативни мислилачки ум који је сагледа и захвата метафизичким рефлексом и контемплативно промовише у мисаоном обличју па и систему.

Отуд је управо посао мислиоца (писац ових редака се не усуђује да себи припише такво својство, али свакако да је објективни резултат његове теоријске поставке таквој претензији) да размотри и објасни који је пут којим се политички дух може усмерити управо кроз идеју у наведеном значењу и надпојмовном смислу.

Једии пут, једини исправан начин је тај што ће мислилац утврдити теоријски модел кохерентне релације ове идеје (идеје културе у назначеном смислу) и политичке пројекције духовника и политичких интелигенција политичке провенијенције.

Са његовог становишта тај модел је једноставан. Иако апстрактан, наизглед шематизован, а логичко епистемиолошки тек и само субјективна продукција он је аутентично валидан.

Најкраће узев, политичка духовност која у свом идеолошком, актуелно реал прагматичком деловању, али и у имагинативно есхатолошком смислу, сву своју делатност и активност усмерава уз експлицитну или имплицитну смисленост културе, није ништа друго него прихват и реализација идеје уобличења друштва у културолошком смислу и истој таквој сврсисходности.

Култура, у антрополошком смислу је у ствари појединац и друштво остварено и изражено у свој пуноћи своје човечности, тј.

достојанству и етичкој висини примереној људскости, је мера и мерило сваке политичке пројекције, идеологије па и есхатологије.

Ако се промишљено продубљују политички програми тзв. политичких партија у најапстрактнијем смислу речи, ова одредница готово ће се имплиците наћи у свакој политичкој пројекцији. У исто време, готово је мисаони подухват, (а уз најдобрамернију дозу пристојности мислиоца) у тзв. политичкој стварности тј. свету живота политике као такве пронаћи суштински смисао теоријски пројектоване идеологије, тј. културе.

Управо обрнуто, политички прахис најчешће ће се обраћати свеукупној појединачности тј. друштвености у њеном најнижем, примарно анималном аспекту.

То је нарочито изражено у систему тзв. анархо либерализма који нарочито гаји и политичка теорија и политички живот САД. То је онај политички концепт који смисао живота налази у ефемерној хедонизацији, потрошачкој филозофији бесмисла, апологији мамонске дивинизације приземности и ефемерне материјалности. Тај свет живота у исто време са тзв. друштвено праведног аспекта је далеко од идеје хуманитета и културе и у сваком смислу је и теоријски а и прагматски асоцијалан, неправедан, нечовечан и у принципу елитистички мизантропан (у Америци је 50.000.000 гладних људи, као последица управо пројекта анархо либерализма).

Сви они политички пројекти који иду путем овако дифузног, неинтелигентног, са становишта смисла Објективног духа и субјективне, појединачне људскости долазе до истоветног епилога.

То се највише може сагледати у оним друштвима тј. државама које су до крајњих граница па каткад и трагикомичних модела прихватиле фундаменталну поставку анархо либералистичне идеологије. (актуелни председник САД-а, стицајем нужних околности, тј. под присилом моралне нужности уноси у овај систем елементе социјалне правде и макар револуционарне идеје негације пројекта, датог од Кејнза па до кључног идеолога софистициране апологије првог концепта Пола Самјуелсона), а то су нарочито она друштва која су у тзв „транзицији“ кренуле путем духовног ишчашења, интелектуалне асиметрије и стрмоглавог пада у провалију и незнађе свеукупног смисла и нарочито човечности.

Има, у Европи, неких држава тј. друштава у којима није, разуме се, примењена идеја уобличења културе у горе утврђеном теоријском појму, али је макар у неким аспектима управо, макар и неконцептуални и несвесно прихватајући смисао управо људскости и социјалне правде, политички ум усмерила негде, тенденцијски управо ка овој идеји (то су примарно скандинавске државе, нарочито Норвешка, а у многим аспектима и Савезна Република Немачка).

Но, и ове друге државе, ма колико то изгледало, само су бледи рефлекс аутентичне идеје културе, тек и само наговештај да је могуће друштво усмеравати управо у асоцијацији са идејом, па чак и у примени исте (нпр. у Стокхолму је 40 духовних и високоуметничких институција које функционишу екстремним порезом производње и тзв. субкултуре) што на неки начин иде управо у правцу теоријског појма горе утврђеног смисла идеје уобличења друштва и политичке интелектуалности као такве.

Но, то последње изречено, ипак је тек и само преседан, универзална правилност је политичка пројекција и њен свеукупни ход усмерен ка уобличењу друштва тек и само у аспекту „задовољавања“ елементарних и примарно материјалних потреба друштва тј. свеукупне појединачности.

Дакле, најмањи број друштава има у виду духовну људску потребу као примарну те ону интелектуално уметничку у највишем смислу тек и само као ексклузивитет и реткост.

Управо ту је кључна контраверза политичке интелектуалности и њеног свеукупног нивоа духовности те интелектуалне висине. Као таква ретко је (у свом персоналном смислу) усмерена у остваривању есенције идеје уобличења друштва, у остварењу идеје културе. Не само да занемарује исту, не да је оставља по страни и маргинализује него је каткад у тој мери изузима чак и из своје пројекције да се може бити не баш интелигентно, али ипак помислити да је *атрофирана од духовности*, лишена културолошког нивоа. У основи, фундаментални недостатак политичке идеологије и свеукупног њезиног хтења произилази из једног дубљег основа. Из неразумевања суштинске дистинкције културе и цивилизације. Управо придајући цивилизацијском напретку примат, политички ум превиђа примарност културолошког над цивилизацијским нивоом духа. Цивилизацијски ниво манифестује се тзв. владавином *techno logosa* (као самосврховитог) а суштина културе тј. аутентичне идеје уобличења друштва је у подизању духовног човековог бића. У његовој интелектуалној и моралној димензији, у задовољавању његових сензитивно емоционалних афинитета, умних капацитета и нарочито метафизичко теолошке есенцијалности. *Techno logos* је негација управо ових величанствених одлика људскости, оних које изражавају људску супериорност спрам свих осталих *sresia*.

Култура је у ствари ништа друго него остварење човечности у наведеним духовним димензијама. Политичка пројекција која иде у супротном смеру је дакле супротност култури и у том смислу остварењу све пуноће људскога смисла и његовог онтолошког положаја у универзуму.

Фрапантно је то, да политички феномен управо и постоји, и као такав је имагинацијом највећих мислилаца и пронађен (zoon politicon Аристотела) само и због људскости тј. остварења идеала високо духовне и достојанствене људске егземпларности. Ту је став основа и децизивни разлог настанка политике као такве те политичког феномена као израза и наличја дифузне друштвености, оног стања, тзв. природног стања, чијем повратку је апеловао и вапио и тако велики мислилац какав је био Русо (Русо је то чинио управо зато, што је сагледао тенденцију политичке пројекције у негацији културе као и аутентичног платоновско аристотеловског смисла политике).

Но, мислилац у сваком случају мора да спрам ове дијагностике, утврђени теоријски модел, у горњој рефлексиви готово егзактно дефинисан, постави као меру и мерило да га у исто време само таквим сугерише и са највишим нивоом ауто одговорности промовише сиромашној политичкој интелектуалности.

Он на тај начин извршава своју мисију, у истом аспекту остаје у домену самосвојне стваралачке експозиције, а са становишта друштвеног статуса отклања и последњи траг одговорности са становишта тзв. интелектуалног ангажмана. Са том поставком, а и са такве нужне инспиративности па и одређене фрустрације, писац је и пројектовао идеју културе као једино аутентично морално средство истинског уобличења друштва.

Увек су ставови мислилаца друштва: филозофа, социолога, антрополога, политиколога, правно-теоријских духова универзалног тј. филозофско научно апстрактног домета. Они се морају изражавати у спекулативном смислу и са претензијом да захвате примарне принципе и кључне координате феномена који је предмет промишљања. У наведеном смислу, исти приступ је рефлектован и у овој краткој али у свакој случају дубинској и универзалној расправи.

Но, мислилац има каткад задатак, моралну обавезу па и интелектуалну одговорност да универзалистичко поимање проблематизује и акцентује и у аспекту у ужем смислу. Као ангажовани интелектуалац, не дакле анксиозног или салонског типа, него оног који своју мисаоност усперава у име човечности те хуманитета и културе, он мора да сагледа и утврди теоријско решење и у оквиру друштва коме припада, у којем стицајем трансцендентне нужности обитава и интелектуално дела.

У наведеном смислу, нужно је рефлектовати и утврђено теоријско становиште у тзв. свету српског политичког живота тј. савременој и актуелној политичкој пројекцији, делатности и одмах да кажемо псеудо есхатологији српског политичког ума. Оно што је прво и основно и што може да се изрази антиномијом је следеће.

Српско политичко друштво на неки начин иде кохерентно у правном и политичком аспекту уобличења. Правно-нормативни поредак конципира се, логички дедукује и нормативно-правно сигнификује „фотокопирањем“ тзв. европског правног поретка. Нормативно-правни систем српског друштва тј. државе у наведеном значењу, није ништа друго него ниско интелегентна компилација свеукупне контрадикторности тзв. европског права или права Европске Уније.

У нацији, у којој су деловали тако моћни правни мислиоци попут Слободана Јовановића, Лазе М. Костића, Ђорђа Тасића, Томе Живановића, Радомира Лукића, дакле у народу у којему се нијансирала дубока и високомислена правно теоријска мисао такво што је не само непримерено него и недостојно свеукупној духовној висини српског народа.

То је најгори могући интелектуални шамар а у исто време бласфемија једном народном генију који изан себе има Његоша, Лазу Костића, Теслу, Пупина, Миланковића, Цвијића итд.

Кад је тако у димензији правнога ума, а то ће показати емпирија у тзв. наивног човека онда је мислиоцу уистину тешко да остане равнодушан и још је мање исправно да услед интелектуалне фрустрације апстрахује од такве квази правне и готово малоумне „креативности“ законодавног правног псеудо ума.

У оваквом стању ствари, у мери у којој се у европском законодавству, имплицитно или експлицитно садржи и налази аутентична идеја културе, став основа правног уобличења друштва у истој мери је треба тражити и у нивоу „српске правне хијерархије“ (иако, како смо видели у европским државама постоје изузеци од правилности без идејног и културолошки назадног правног уобличења друштва (налик америчком)) наша правно нормативне псеудо духовност пошла је путем странпутице.

У основи то је онај пут који у фундаменту полази од анархо либералног модела тржишне псеудо логике, а добија аутентичне обресе истините економске анархичности (као копија увек је духовна висина имитације још нижи и тривијалнији облик од и тако борнираног оригинала).

Разуме се да је овакав нормативно правни поредак и са своје логичке димензије нешто посве супротно принципу правно логичког савршенства. Утолико што он није дедукција друштвене аутентичности те суштине тзв. српског идентитета, овај је поредак не само компилација нењго и аналитичко синтетичка недуховна концентрација и уистину једна алогичка асиметрија и у правном смислу не само контрадикција и конфузија него неретко апсурд и бесмислица (у многим од правних норми које важе у савременом српском друштву најлакше је наћи истински

апсурдне ставове са становишта логике али и у нивоу лингвистичког статуса).

Кад је овакво стање у оном делу друштва који се обликује и симболизује правном формом онда се једноставно да утврдити какво је стање политичког духа.

Једном речју оно се може окарактерисати крајњом плиткоумношћу, више него несмисленом пројекцијом, у крајњој линији апологијом безвредносног у систему сопственог, у овом случају европског идеала (*запањујуће је то да се уместо аутентичних вредности европског духа, логоса, хришћанства, ренесансе, филозофског идеализма, просветитељства, идеала француске револуције, идеала социјалне правде преузимају псеудо вредности, техницизам, софистика, мамонизам, етика егоистичности, формална псеудо слобода*).

Једном речју, политички дух српске савремености не само да је атрофиран од сопственог идентитета него је лишен фундаменталног става основа сваке политичке пројекције тј. идеје културе.

Нигде, осим у исто тако несрећним случајевима бивших република Југославије (нешто слично је и са државама бившег варшавског пакта и нарочито бивших Совјетских република) није дошло до тако високо духовног ишчашења до крајњег моралног пада те апологије безумности као у нашем свету политичког живота.

Ту уместо ума владају флоскуле и неаутентичне синтагме а уместо идеолошког пројекта, несмислена апологетска трућања о трансцендентном рају савременог европског света живота.

У овом смислу, задатак мислиоца је да са филозофском мирноћом, али и сензибилитетом сопствене душе, крајњом етичком одговорношћу и високо духовним ставом изрекне дијагностику у назначеном смислу. Тиме он не жигосе на било који начин тзв. политичку пустоловину искреног авантуризма него ону аутентично концептуално усмерену ка негацији и сопственог рода и идентитета и што је најгоре његовог основног концепта, величанствену идеју културе.

Идеја културе је изгнана не само из света политичког живота српске савремености, него је она прогнана и у самом духовном хоризонту, тзв. природног станишта и културолошке куће. Ту су се настанили псеудо интелектуалци, какви самосугестивни и уображени „уметници“ далеко претенциознији од памети и непристојнији од датих им талената, ту обитавају и псеудо „филозофи“, мислиоци, идеолози итд.

Другим речима, псеудо култура и субкултура је афилозофски и квази морални став основа и пројекције и параесхатологије политичког духа савременог српског света живота.

У наведеном смислу, човек српске савремености, не само да се морално унижава као и да му се гази људско достојанство, него се потцењивањем његове интелектуалности упућује на метафизичку срећу сопственог негирања.

То је чудо над чудима наше савремености, више него морбидна и апокалиптична истинитост драматичног статуса свеукупне српске духовно интелектуалне сцене.

Мислилац мора запазити и то да овакав политички безум свакако делује по каквој психотроничкој директиви, по каквом идејном изворишту који га упућује на управо бездан и беспуће.

Нормалан човек а још мање мислилац може да претпостави да је савремени политички дух у тој мери „идиотизован“, жовијално речено „наиван“ да истински аутентично и верно сопственом уверењу валоризује и дивинизира пројекат бласфемije, безумности, сатрапности и свеукупног нихилизма.

Хтео не хтео, мислилац се мора вратити Платоновом идеалу, његовом захтеву за мудрацима и филозофима на престољу. Позивајући се на великог и генијалног хеленског мислиоца у истом смислу апелујемо на архетипски гениј српског народа да пронађе аутентичну меру политичке духовности и сопствене моралне висине. Онај ниво, и онакав духовни параметар који произлази из бића и смисла српског идентитета из његове археологије умне моћи и из његове хришћанске и светосавске моралистике.

Тим путем, тим начином тј. прихватањем интуитивно разумљиве идеје културе, српски човек ће се поново повратити сопственој суштини. Од бесмисла тоталитарности која му је наметнута ослободити свој дух и своје аутентично морално биће.

Српски човек, његов интуитивни рефлекс може врло лако да препозна и распозна решење сопственог смисла и остварења.

Идеја културе нека му буде само помоћно средство којим ће се служити у поновном повратку сопствености, аутентичном достојанству и безмерној величини и доброты сопствене душе.

Овако деморалисан, испраног мозга и фрустрирајуће сензитивности нужно се усмерава на пут самопонижења те на епилог апокалиптичног и духовног и егзистенцијалног пада.

Завршна рефлексija

У овом раду, имали смо једну истински малу претензију; да укажемо на сложеност односа друштва, права и политике.

Осим тога нас је занимала суштина статуса и положаја појединца тј. човека у аутентичном значењу тј. метафизичко антрополошко-

психолошком смислу у нужном систему правно политичког структуисања и формализовања друштва – станишта људске коегзистенције.

Током више него опсежног истраживања и мишљења примереног нашим духовним дометима, дошли смо до сазнања да постоји невероватан несклад и некохерентност односа између људског положаја у друштву и правно-нормативног суда о његовој позицији с једне стране и политичко идеолошког дискурса и концепта о његовом тобоже рајском нивоу слободе у свеукупној стварности савременог света живота. Нажалост, морали смо доћи до закључка да је човек истински срозан у најзначајнијим својим својствима како у интелектуалном тако у моралном погледу. Да се с друге стране пропагира и промовише његова тобожња најинтензивнија „животна срећа“ за коју није знао човек ренесансе или хеленске и нарочито оне старије далекоисточне прошлости.

Крајње интуитивно, а посве нама дате способности контемплативног става, дошли смо до сазнања да је основни проблем савременог света живота тј. организације друштва и положаја човека у њему у недостатку суштинске идеје која је по природи ствари дата и припадна човеку, ми смо то назвали *идејом културе*. Покушали смо да идејом културе не само дијагностикујемо стање друштвеног духа савремености него и да конципирамо идеју уобличења друштва посредством права и политике а да ова буде културолошког значења и тзв. културног смисла и појма.

Колико смо у томе успели показаће критика и најбољи судија, време.

Свакако да смо са нашег становишта урадили онолико колико смо у овоме моменту у димензији сопствене духовне снаге могли, а без икакве сумње мање него што смо „несвесно хтели“ или што би можда могао да учини некакав дух изузетније интелектуалне снаге и моћније концептуално конструктивне моћи.

У сваком смислу смо покушали да будемо интелектуално поштени, морално чисти и да не залазимо у питања која су испод нивоа расправе и нашег духовног усмерења.

Експлицирали смо оно што нам се чини најбитније, а ипак смо свесни да је то тек и само торзо који у основним координатама поставља постулате и премисе из којих ћемо можда и ми (а можда и неки сензитивнији дух) изградити моћнији и монументалнији, а у исто време свеукупни теоријски модел спасоносне формуле уобличења друштва тј. очувања човека посредством културе у ничеанском значењу речи. То су били домети и основи инспиративности нашег духовног продуковања.

Литература:

1. Adorno, Metakritik der Erkenntnistheorie, Frankfurt 1955
2. Albert, Kritik der reinen Erkenntnislehre, Tübingen 1987
3. Aristoteles, Metaphysics, London 1925
4. Arnds, Juristische Enzyklopadie und Methodologie, 1876
5. Austin, The lectures of Jurisprudence, Oxford 1863
6. Austin, The Province of Jurisprudence Determined, Oxford 1832
7. Ayer, Language, Truth and Logic, London 1936
8. Ayer, The Foundation of Empirical Knowledge, London 1947
9. Ayer, The Problem of Knowledge, London 1956
10. Ayer, Thinking and Meaning, London 1947
11. Bagolini, La scelta del metodo nella giurisprudenza, RTDPC, XI/1957
12. Bakker, Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der gesetzgebungs, 1910
13. Bergel, Methodes de droit, Theorie generale de droit, Paris 1985
14. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1982
15. Bergson, Creative Evolution, New York 1944
16. Bergson, L., Evolution Creatice, Paris 1919
17. Berlin I., Empirical Propositions and Hypothetical Statements, „Mind“, Juli 1950
18. Berlin I., Two concepts of Liberty, London 1970
19. Binder, Philosophie des Rechts, 1925
20. Binder, Rechtsbegriff: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie, Rudolf Stammler 1915
21. Blanshard B., Reason and Analysis, Yale 1961
22. Blanshard B., The nature of Thought, New York 1939
23. Bobbio, Teoria della scienza giuridica, Torino 1950
24. Bolzano, Wissenschaftslehre, 1916
25. Bridgman, The logic of Modern Physics, New York 1927
26. Bund, Juristische Logik und Argumentation, Freiburg im Breisgau, 1983
27. Cairns, Legal Philosophy from Plato to Hegel, Baltimore, 1949
28. Carnap, Die logische Syntax der Sprache, Wien 1934
29. Carnap, Einführung in die symbolische Logik, Wien 1954
30. Carnap, Introduction of Semantics, Cambridge, Massachusetts 1942
31. Carnap, Introduction to Semantics, Cambridge, Harvard, University Press 1942
32. Cassirer, Kants Leben und Lehre, Berlin 1921

33. Cassier, Philosophie der symbolischen Formen, Bd. I-III, Berlin 1925
34. Cherry O., Human Communication, New York, 1957
35. Chomsky N., Knowledge of Language, New York – London 1986
36. Chomsky N., Language and Mind, New York 1965
37. Chomsky N., Reflections on Language, London 1976
38. Chomsky N., Syntactic Structures, Gravenhage 1957
39. Chomsky N., The Logical Structure of Linguistic Theory, London 1975
40. Darbellay, La regle juridique, St. Maurice 1945
41. Del Vecchio, Lezioni di filosofia del diritto, Milano 1958
42. Dewey, Experience and Nature, Chicago – London 1926
43. Dewey, Logic, The theory of Inquiry, 1938
44. Donovan, The Fetal, origin of Human Speech, „Mind“ 1891-92
45. Drews, Einführung in die Philosophie, 1921
46. Drews, Lebruch der Logik, 1928
47. Drews – Volkelt, Gewissheit und Wahrheit. Untersuchungen der Geltungsfrage der Erkenntnistheorie, 1918
48. Durr, Wesen und Geschichte der Erkenntnistheorie, 1924
49. Ehrlich, Die juristische Logik, 1925
50. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913

Напомена:

Литература о предметној расправи је непрегледна. Ми смо назначили само нека фундаментална дела и то на крају расправе. Нисмо их уносили у саму расправу у тзв. методолошко епистемиолошком смислу из два разлога; прво да не би замарали дубоког читаоца (који и тако познаје литературу) а с друге стране да би исказали аутентичност, и ако смемо да кажемо „евентуалну оригиналност“ нашег мислилачког захвата.

Уколико у том погледу има замерки, исту преузимамо на себе и евентуално литературу можемо прилагодити у пропедеутичком и методолошком смислу.

Radomir Stojanović, LL.D.
Associate Professor

POLITICS, LAW AND SERBIAN SOCIETY

Summary

Serbian society is shaped by the law, copying the so called European legal order, becoming under-intelligence compilation, the overall contradiction, so called european rights or the rights of the European Union. In politics nothing is better.

**ЗАШТИТА ПОЈЕДИНАЧНИХ ПРАВА ИЗ РАДНОГ
ОДНОСА ПРЕД СУДОМ
- Радни спор-**

Апстракт: Установљеност правним прописима права запослених да могу тражити заштиту својих повређених права, у духу је решења модерних правних система у оквиру којих су права на раду призната и заштићена као права човека која се остварују у области рада и радних односа. Заштиту појединачних права из радног односа запослени може остварити и у судском поступку, вођењем радног спора пред надлежним судом.

У првом делу рада аутор указује на основне разлике између „радног спора“ и „спора из радног односа“, са акцентом на процесне карактеристике судског поступка у радном спору.

У другом делу рада аутор, по угледу на упоредна правна решења, указује на сврсисходност увођења специјализованих судова за радне спорове. У прилог наведене тезе је и велики број спорова из радног односа који трају по неколико година, степен угрожености људских права на раду – људска права на раду су прва по степену угрожавања, што је и условило да Србија буде међу првим земљама по броју представки пред Судом за људска права. Највећи број представки односи се на кршења права на суђење у разумном року (члан 6. Европске конвенције о људским правима).

Кључне речи: заштита права, судска заштита, радни спор, специјализовани судови.

Уводна разматрања

Заштита права радника, у ширем смислу речи подразумева све норме важећег права којима се регулише положај радника, укључујући утврђивање, остваривање и заштиту радницима већ признатих права па све до безусловног и правовременог извршавања судских одлука донетих у радном спору.¹ Иако се под заштитом права, у прописима и у литератури, превасходно говори о заштити права запослених, треба

* Доцент

¹ Д. Р. Паравина, *Заштита права радника*, “Зборник” Правног фак. у Нишу, 1977, стр. 111.

указати на чињеницу узајамности права и обавеза из радног односа субјеката овог правног односа. Оно што је право запосленог то је за послодавца обавеза, и обратно. Дакле, када се говори о остваривању и заштити права запослених неминовно је говорити и о остваривању и заштити права послодавца, јер управо при остваривању права послодавца може доћи до кршења права запослених (интересни сукоб запосленог и послодавца).²

Установљеност правним прописима (међународним конвенцијама, уставом, законом, општим актом...) право запослених да могу тражити заштиту својих повређених права, у духу је решења модерних правних система у оквиру којих су права на раду призната и заштићена као права човека која се остварују у области рада и радних односа где се права радника не само посебно уређују, већ и остварују и заштићују, а због тога: а) што се права радника разликују од имовинских и других права грађана и квалификују као неутуђива, б) што се остварују и штите пред посебним органима и по посебном поступку и в) што се ради начела посебне заштите радника, као и ради склоности правног поретка за посебну валоризацију одређених институција, у одређеним границама и у одређеним условима, користи начело *favor laboratoris*".³ Циљ ове заштите је остваривање права на раду као специфичних права човека која настају на раду и поводом рада. Обзиром да су права на раду природна права човека она су неутуђива и, самим тим и неповредива.

Садржину радног односа чине индивидуална и колективна права, обавезе и одговорности субјеката тог правног односа. При остваривању ових права, обавеза и одговорности може доћи до повреде истих, што доводи до спора између субјеката радног односа. Сходно томе спор из радног односа може бити индивидуални и колективни, а у зависности од субјеката спора и предмета спора.

У поступку заштите појединачних права из радног односа запослени се може обратити: органима послодавца (интерна заштита); инспекцији рада (управна заштита); арбитру и посебној арбитражи за радне спорове преко и у оквиру Агенције за мирно решавање радних спорова (арбитражна заштита); независним и самосталним органима –

² П. Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2012, стр. 342-344.

³ О томе у нашој радноправној теорији: В. Брајић, *Радно право*, Београд, 1991, стр. 427-449; А. Петровић, *Судска заштита права радника*, "Гласник" Правног факултета у Крагујевцу, 1991, стр. 234; А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*, Београд, 1968, стр. 304-330; Р. Пешић, *Радно право*, Београд, 1966, стр. 230-241; итд. У странијој радноправној теорији: G.H. Camerlynck, Gerard Lyon – Caen, *Droit du travail*, Dolloz, Paris, 1967, стр. 57, 286, 575.

Заштитнику грађана, Поверенику за информације од јавног значаја и за заштиту података о личности и Поверенику за заштиту равноправности (квасисудска заштита); и надлежном суду, односно вођењем радног спора (судска заштита).

1. Карактеристике судске заштите индивидуалних (појединачних) права из радног односа

Заштита права радника пред судом је најзначајнији и најобјективнији облик екстерне/спољне заштите. Пред судом, као независним и екстерним органом, радник и послодавац иступају у спору као равноправне странке. „Људи прибегавају судији као живој праведности“ – *Аристотел*.

Општи појам радног спора одређује се на основу материјалноправних (странке, предмет спора) и формалноправних обележја (органи/надлежност и поступак решавања).⁴ Радни спор је спор између радника, односно запосленог и послодавца (индивидуални радни спор) или синдиката и послодавца, односно удружења послодавца (колективни радни спор), поводом повреде индивидуалних и/или колективних права радника, утврђених уставом, законом, подзаконским актима (хетерономни акти), колективним уговорима и другим општим актима, као и уговором о раду и другим појединачним актима (решење државног органа),⁵ који се решава пред надлежним судом или другим органом (арбитража) у утврђеном (судском или арбитражном) поступку.⁶ Како смо већ истакли, с обзиром на субјекте и предмет спора, разликују се индивидуални и колективни радни спор.

Индивидуални радни спор је спор који настаје између појединог радника и послодавца поводом повреде индивидуалног, појединачног и личног права, интереса, односно обавезе из радног односа, заснованог на закону, колективном уговору или уговору о раду, а за чије је решавање надлежан одређени орган.⁷ Дакле, за разлику од колективног радног спора (овде нећемо анализирати колективне радне спорове) *индивидуални радни спор* је спор који настаје између *појединог радника и послодавца*, поводом остваривања и заштите *индивидуалног, појединачног права*, правног

⁴ Б. А. Лубарда, *Радно право, Радправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2012, стр. 765.

⁵ Сличне дефиниције и: Б. А. Лубарда, нав. дело, стр. 764-765; Б. А. Лубарда, *Лексикон индустријских односа*, Београд, 1997, нав. дело, стр. 163; А. Балтић, *Основи радног права ФНРЈ*, Београд, 1955, стр. 237.

⁶ Б. А. Лубарда, *Радно право*, нав. дело, стр. 765.

⁷ А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, Београд, 1981, стр. 304.

интереса, односно обавеза *из радног односа*. Отуда, индивидуални радни спор је увек правни спор. У теорији се износи став да предмет индивидуалног радног спора може бити свако питање поводом којег радник и послодавац долазе у сукоб.⁸

Карактеристике индивидуалног радног спора су: **(а)** то је спор између запосленог и послодавца код кога је то лице у радном односу; **(б)** то је спор који настаје поводом радног односа тј. поводом заштите права и обавезе из радног односа; **(в)** то је спор чији предмет чине индивидуална, односно лична права, интереси и обавезе из радног односа; **(г)** то је спор који се решава пред прописима предвиђеним органи и прописима утврђеном поступку. Дакле, индивидуални радни спор карактеришу: субјекти, предмет, надлежни органи и поступак решавања.

Субјекти индивидуалног радног спора су радник (запослени) и послодавац.

Предмет спора може бити схваћен у *материјалноправном* и *формалноправном* смислу.⁹ У *материјално правном смислу*, предмет индивидуалног радног спора јесте (повреда) – индивидуално, појединачно право или правни интерес по основу радног односа. У *формално правном смислу*, предмет индивидуалног радног спора може бити: (тужбени) захтев за побијање коначне одлуке о појединачном праву или правном интересу; захтев за осуду на чинидбу (нпр. исплата доспелог потраживања зараде); захтев за утврђивање постојања оспораваног права по основу радног односа. Постоје три врсте тужбе: *конститутивна* (нпр. захтев за поништавање незаконите одлуке), *кондемнаторна* (тражи се осуда на чинидбу – нпр. враћање запосленог на рад), и *декларативна* (утврђивање постојања, односно непостојања неког права).

Процесну легитимацију за покретање судског поступка има запослени о чијем је праву одлучено, односно чије је право повређено или угрожено. Процесна легитимација идентификује оног ко је овлашћен да покреће поступак судске заштите. У радном спору то је искључиво овлашћење запосленог, односно у име запосленог представника синдиката чији је запослени члан ако га запослени власти. **Послодавац нема процесну легитимацију** за покретање радног спора против запосленог.¹⁰

⁸ Б. А. Лубарда, *Радно право*, нав. дело, стр. 765.

⁹ Б. А. Лубарда, *Лексикон индустријских односа*, нав. дело, стр. 163.

¹⁰ У том смислу и: В. Брајић, *Остваривање и заштита права на раду о по основу права запослених и радни спорови*, Зборник радова, Будва, 2001, стр. 424; Д. Паравина, *Радни спор у југословенском и упоредном праву*, Правни живот, III том, Београд, 1995, стр. 552; А. Балтић, *Основи радног права ФНРЈ*, Београд, 1955, стр. 237.

У радном спору запослени не може бити тужени,¹¹ али може у спору (парници) из радног односа. Дакле, разликују се појмови „радни спор“ и „спор (парница) из радног односа“.¹² У правној литератури под радним спором подразумева се судски спор у коме је предмет спора остваривање и заштита права радника из рада и по основу рада,¹³ спор који покреће запослени против послодавца. Спор из радног односа, (парница из радног односа) је шири појам од радног спора,¹⁴ јер појам спор (парница) из радног односа обухвата радни спор који покреће запослени против послодавца и спор по тужби послодавца против запосленог.

Сврха разликовања радних спорова и спорова (парница) из радног односа јесте у томе да се код радних спорова обезбеди примена посебних правила у судском поступку (хитност поступка, одређивање привремених мера по службеној дужности), а код спорова тј. парница из радног односа примењују се одредбе општег парничног поступка.¹⁵

1.1. Хитност поступка

Особеност права на раду – специфична људска права (права човека) која се стичу на раду и поводом рада, изискује и особеност поступка за решавање индивидуалних радних спорова. У том смислу и одредбе Закона о парничном поступку¹⁶ прописују да *поступак у парницама из радних односа и поступак у парницама поводом колективних уговора* спадају у посебне парничне поступке (ЗПП, Глава XXIX). Ако одредбама ове главе није другачије прописано, у парницама

¹¹ „У радном спору тужилац може бити само радник. У спору из радног односа тужилац може бити и послодавац“. (*Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3524/1996. од 11.11.1996. године*)

¹² П. Јовановић, *Радно право*, 2012, нав. дело, стр. 345-346.

¹³ *Правна енциклопедија*, Том 2, „Савремена администрација“, Београд, 1985, стр. 1367.

¹⁴ Постоје и схватања у правној теорији према којима спор у коме је тужилац послодавац, а тужени запослени, није радни спор, иако јесте спор из радног односа. Ово схватање имај најмање присталица у правној теорији. О томе више: З. Ивошевић, *Радно право*, Београд, 2007, стр. 284; и З. Ивошевић, *Радни спор*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/1998, стр. 605.

¹⁵ Упориште за овакво разликовање радних спорова од спорова (парница) из радног односа налази се и у Закону о парничном поступку („Службени гласник РС“, бр.72/11, 49/13, 55/14; у даљем тексту: ЗПП), у члану 483. предвиђа: „У поступку у парницама из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд посебно води рачуна о потреби хитног решавања радних спорова“.

¹⁶ ЗПП, чл. 436.

из радних односа сходно се примењују остале одредбе овог закона (ЗПП, чл. 436). Дакле, у парницама из радних односа примењују се посебна правила поступка и, супсидијарно, правила опште парничне процедуре. За овај поступак је карактеристична хитност, ефикасност, економичност, одређивање привремених мера¹⁷, краћи парнициони рокови, краћи рокови за жалбу. Посебно се инсистира на хитности поступка. Прописано начело хитности у решавању радних спорова конкретизовано је прописивањем краћих рокова од оних који важе у општем парничном поступку. У том смислу, према Закону о парничном поступку, суд мора увек у свим фазама поступка обраћати пажњу на потребу *хитног решавања радног спора*. Спор пред надлежним судом *правноснажно се окончава* у року од *шест месеци* од дана покретања спора (ЗР, чл. 195. ст.3). Практично, то значи да првостепени и другостепени суд мора да одлучи по жалби у наведеном року (правноснажност). Ову норму у наше матично радно законодавство унео је Закон о раду из 2001. године. Процесним језиком речено, ово је недозвољена норма, јер представља задирање материјалноправног прописа у материју ЗПП који уређује поступак у парници из радних односа. Осим тога, та спорна норма је крајње животно нереална, с обзиром на то да у Србији радни спорови у просеку трају по неколико година.¹⁸ Уколико би се ти рокови испоштовали у пракси, то би представљало „кардиналну одредбу“ вишеструког значаја за поступање у радним споровима. Наиме, вишегодишња пракса да се спорови из радног односа воде и неколико година – била би окончана, а запослени би у случају када је послодавац повредио закон, општи акт или уговор о раду и тиме нарушио права запосленог, у знатно краћем периоду (у року од шест месеци) могао иста и да оствари (заштити).

Хитност у радним споровима огледа се и у роковима предвиђеним за поједине процесне радње и извршење судске одлуке. Према Закону о парничном поступку, *рок за жалбу* на првостепену судску одлуку износи *осам дана* од дана пријема одлуке (општи рок је 15 дана). Правноснажна судска одлука из радног спора извршава се добровољно или принудно. *Добровољно* се извршава од стране послодавца, односно надлежног органа послодавца. Парнициони рок – рок за добровољно извршење правноснажне судске одлуке којом се налаже нека чинидба послодавцу, износи осам дана од дана достављања одлуке (општи рок за извршење чинидбе је 15 дана). *Принудно извршење* се спроводи тек после истека парниционог рока, уколико послодавац није извршио добровољно своје обавезе, на захтев

¹⁷ Суд ће одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке да донесе у року до осам дана од дана доношења предлога. Против решења о одређивању привремене мере није дозвољена посебна жалба (ЗПП, чл.439).

¹⁸ Д. Симоновић, *Радноправна читанка*, (друга књига), Београд, 2009, стр. 115.

запосленог, сагласно Закону о извршењу и обезбеђењу. У решење о извршењу суд уноси клаузулу којом забрањује новчаном казном, за случај да до извршења не дође у остављеном року.

1.2. Услови за покретање и вођење радног спора

Против *решења послодавца* којим је повређено право запосленог или када је *запослени сазнао* за повреду права проузроковану *фактичком* радњом послодавца, *запослени*, односно *представник синдиката* чији је запослени члан ако га запослени *овласти*, може да покрене спор пред надлежним судом. Значи, запослени може да тражи заштиту пред судом у радном спору због повреде права учињене правном или фактичком радњом послодавца.

Одлука послодавца којом се решава о правима, обавезама и одговорностима запослених је појединачни правни акт, коначан у првом степену од момента достављања. Достављањем запосленом одлука производи правна дејства. Да би се, дакле, могао водити радни спор морају се испунити следећи услови: 1) да је решењем (одлуком) послодавца, односно директора или другог овлашћеног органа, одлучено о праву, обавези и одговорност запосленог; 2) да је тим решењем повређено право запосленог; 3) да је тужба поднета у законом утврђеном року, односно да су поштовани законом прописани рокови за покретање радног спора.

На захтев запосленог, инспектор рада одложиће својим решењем, извршење решења послодавца о отказу уговора о раду до доношења правноснажне одлуке суда, ако нађе да је тим решењем послодавца очигледно повређено право запосленог, под условом да је запослени повео радни спор.¹⁹

Уским тумачењем наведених прописа могло би се закључити да се радни спор може покренути само против донетог решења о појединачним правима, обавезама и одговорностима запосленог и против свих чињења, тј. фактичких радњи којима се нарушавају права запослених. Важно је нагласити, повреда права запосленог може се вршити не само активним радњама, чињењем, тј. доношењем одлуке којом се ускрађује право запосленом које он има по закону или колективном уговору или уговором о раду, *већ и нечињењем*, недоношењем одлуке, решења („*ћутање послодавца*“), односно апстинирањем од вршења овлашћења, која је сходно правима и обавезама дужан да врши. Иако је законом прописан само поступак заштите када је о захтеву донета одлука, односно када је

¹⁹ Закон о раду РС („Службени гласник РС“, бр. 24/05, 61/05,54/09, 32/13; у даљем тексту: ЗР), чл. 271.

послодавац фактички повредио права запосленог, заштита повређеног права запосленог мора се допустити и у једном и у другом случају. У овом другом случају, када надлежни орган не донесе одлуку, нарочито се не би смело ускратити право запосленом на судску заштиту. Тиме би се „амнестирао“ злоупотреба права од стране послодавца, коју он чини неизвршавањем оних правних радњи које је правним прописима дужан да врши, што доводи до опструкције захтева или приговора запосленог и тиме ускраћује остваривање права запосленог које му законом (или другим актом) припада.

1.3. Овлашћењи субјекти за покретање спора

Спор пред судом може да покрене запослени. Запослени може да овласти представника синдиката чији је запослени члан, да покрене спор пред надлежним судом. Представник синдиката може да буде пуномоћник запосленог у спору из радног односа (парнична пуномоћ), под условом да је дипломирани правник са положеним правосудним испитом. Овај услов предвиђа Закон о парничном поступку²⁰ сходно којем: „Странке могу да предузимају радње у поступку лично или преко пуномоћника. Пуномоћник запосленог у спору из радног односа може бити и представник синдиката чији је запослени члан, под условом да је дипломирани правник са положеним правосудним испитом“.

1.4. Рок за покретање радног спора

Спор се покреће тужбом. Тужба мора бити разумљива и мора да садржи све што је потребно како би суд могао по њој да поступа. Тужба, пре свега, мора бити благовремено поднета. *Рок* за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права (ЗР, чл.195. ст. 2). Рок за заснивање радног спора важећи Закон о раду је шест пута увећао у односу на рок који је деценијама постојао у нашој радној легислативи (15 дана).²¹ Овај рок почиње да тече од првог дана после дана достављања решења којим је повређено право запосленог, односно од дана сазнања за повреду права фактичком радњом послодавца. Рок истиче последњег дана рока. Рок за покретање радног спора је *преклузиван рок*. Преклузивни рокови су строги рокови – не могу се продужавати нити скраћивати, чијим пропуштањем запослени губи право на судску заштиту повређеног права. Рок за подношење тужбе је *преклузиван рок*

²⁰ ЗПП, чл.85.

²¹ Д. Симоновић, нав. дело, стр.115.

материјалног права, а не процесни рок. То значи, ако последњи дан рока за подношење тужбе пада у недељу, или који други дан када суд не ради, овај се рок *не може померити* на први радни дан.

Суд ће **неблаговремену тужбу одбацити**. Одбацивањем тужбе решење (одлука) послодавца постаје правноснажна. За запосленог одбацивања тужбе има двооструке последице: (1) губитак права на судску заштиту; и (2) губитак субјективног права које је требало да буде предмет судске заштите. Субјективно право се губи без обзира да ли се ради о очигледној повреди права.

Пропуштање рока за покретање судског поступка неће довести до одбацивања тужбе у два случаја: први се односи на погрешну правну поуку, а други на ментално здравље запосленог. У првом случају, радник који пропусти законом предвиђен рок, зато што је у правној поуци коначне одлуке одређен дужи рок, не може сносити штетне последице ако судски поступак покрене у оквиру тог рока, јер је био у заблуди туђом омашком. Међутим, одсуство ма какве правне поуке у одлуци нема за последицу искључење преклузије. С обзиром да се рок за покретање судског поступка одређује законом, одсуство правне поуке у одлуци није од утицаја на правилност одлуке за одбацивање тужбе. Преклузија у овом случају наступа истеком законског рока. Са аспекта другог изузетка, дејству преклузије подложна је само психички здрава особа. Преклузија може погодити такво лице само ако је коначна одлука достављена његовом стараоцу.²²

2. Надлежност органа за решавање радног спора и обим овлашћења

До друштвене реформе деведесетих година, ова надлежност била је резервисана искључиво за судове удруженог рада, као специјализоване судове одвојене од редовног судства. Са свеукупним променама које су започете уставним променама – увођење својинског плурализма,

²² „Према лицу које није у стању да схвати значај својих радњи и да управља својим поступцима, уколико нема стараоца, не делује рок у коме се може покренути поступак судске заштите. Такво лице није у стању да предузме било коју вољну радњу, па ни радњу пријема одлуке за коју се везује почетак и крај преклузивног рока“. Ментално здрав и душевно оболео радник не могу бити изједначени пред прописом који има у виду здравог радника. Ево примера из решења Врховног суда Србије, Рев. 4754/93 од 19.1.1994. године: "Тужилац је поднео тужбу после истека предвиђеног рока, јер је у правној поуци погрешно наведено да је рок за њено подношење дужи. Странка не може сносити штетне последице услед пропуста у поуци о правном средству, па тужба радника не може бити одбачена“. Ако је могао да погрешно послодавац, може и радник. З. Ивошевић, (извод из Реферата), *Билтен судске праксе*, бр. 4/2008. године, стр. 15-17..

тржишни принцип привређивања концепт судова удруженог рада губи свој друштвени смисао и правну потпору.²³

Стварна и месна надлежност суда за суђење у радним споровима (и парницама из радног односа) одређена је Законом о уређењу судова²⁴ и Законом о парничном поступку. Сходно Закону о уређењу судова судску заштиту права из радног односа запослени остварује пред *судовима опште надлежности* (чл. 11. и чл. 22). Судови опште надлежности су: основни судови, виши судови, апелациони судови и Врховни касациони суд. Изузетно, радне спорове може да решава и привредни суд. То су спорови између запосленог и послодавца у стечају.²⁵

Стварно надлежан суд за решавање радног спора у **првом степену** је **основни суд**. Основни суд у првом степену суди: у споровима поводом заснивања, постојања и престанка радног односа; о правима, обавезама и одговорностима из радног односа; о накнади штете коју запослени претрпи на раду или у вези са радом; споровима поводом задовољавања стамбених потреба на основу рада. Основни суд, такође суди за кривична дела против радних односа, пошто кривична дела против радних односа не предвиђају тежу казну од казне затвора од три године (повреда права по основу рада и права из социјалног осигурања – затвор до две године; повреду права при запошљавању и за време незапослености – до једне године; повреда права на управљање – до две године; повреда права на штрајк – до једне године; злоупотреба права из социјалног осигурања – до три године; непредузимање заштите на раду – до једне године), док је виши суд надлежан у првом степену да суди за

²³ Ступањем на снагу Закона о судовима Србије 1991. године (“Службени гласник РС”, бр. 60/91) престали су да важе републички и покрајински закони о судовима удруженог рада, Закон о самоуправним судовима Србије и закони о мировним већима република и покрајина. Решавање радних спорова поверено је редовном судству.

²⁴ Закон о уређењу судова, (“Службени гласник РС”, бр. 116/08, 104/09. 101/10, 31/11 - др. закон, 78/11 - др. закон, 101/11 и 101/13, у даљем тексту: ЗоУС). Члан 11. Закона о уређењу судова прописује: „Судска власт је јединствена на територији Републике Србије. Судска власт у Републици Србији припада судовима опште и посебне надлежности. Судовима опште надлежности су основни судови, виши судови, апелациони судови и Врховни касациони суд. Судови посебне надлежности су привредни судови, Привредни апелациони суд, прекршајни судови, Прекршајни апелациони суд и Управни суд“.

²⁵ Радне спорове може да решава и Управни суд – управни спор између државног службеника и државе као послодавац, односно колективни радни спор о законитости решења министра о репрезентативности синдиката или удружења послодавца. У надлежности управног суда је и решавање управних спорова поводом права из социјалног осигурања (ЗоУС, чл. 11, чл. 15, чл. 22).

кривична дела за која је главна казна предвиђена казна затвора у трајању дужем од десет година.²⁶

Другостепени суд у радним споровима је апелациони суд. Апелациони суд одлучује о жалбама на одлуке основних и виших судова.

Врховни касациони суд одлучује у радним споровима по ванредним правним средствима (против правноснажне пресуде) – по ревизији и захтеву за преиспитивање правноснажне пресуде.

Месна надлежаност суда у радним споровима одређује се према Закону о парничном поступку. Тужба се подноси суду који је опште месно надлежан, ако законом није другачије прописано (ЗПП, чл. 38). Опште месно надлежан суд је суд на чијем подручју тужени-послодавац има пребивалиште, односно седиште. У случају сумње, седиште се сматра место у коме се налазе органи управљања правног лица као послодавца (ЗПП, чл. 40). Такође, за суђење је месно надлежан и суд на чијем подручју се рад обавља или се обављао.

За суђење у споровима против држављанина Републике Србије који стално живи у иностранству, где је упућен на службу или на рад од стране државног органа или правног лица, опште месно надлежан је суд његовог последњег пребивалишта (ЗПП, чл. 41).

Надлежност домаћег суда за спорове са страним (међународним) елементом може бити одређене изричито међународним уговором или законом, а ако нема изричитих одредби о надлежности домаћег суда, домаћи суд је надлежан за суђење у радним споровима кад његова надлежност произилази из одребе закона о месној надлежности домаћег суда.²⁷

Избор месно надлежног суда тужилац може да измени, сходно преовлађујућем глеидишту, док тужба не буде достављена туженом.²⁸

Обим надлежности суда у поступању: Тужба поднета суду не одлаже извршење решења послодавца. Одлагање извршења решења (одлуке) послодавца, на захтев запосленог може да наложи инспектор рада својим решењем, ако нађе да је решењем (одлуком) послодавца очигледно повређено право запосленог, уколико је запослени повео радни спор – до доношења правноснажне одлуке суда (ЗР, чл. 271).

²⁶ Према ЗПП у правом степену индивидуални радни спор решава судија појединац (чл. 35. ст. 1), док у другом степену суд одлучује у већу састављеном од троје судија, а Врховни касациони суд одлучује у већу састављеном од троје судија (чл.35. ст.1. и ст. 2). Наведено према: Б. А. Лубарда, *Радно право*, нав. дело, стр. 774-775.

²⁷ Б. А. Лубарда, *Радно право*, нав. дело, стр. 775.

²⁸ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2010, стр. 88.

Суд испитује одлуку у границама захтева, али није везан разлозима које је запослени навео. О спорној ствари суд решава на два начина: 1) *по принципу законитости*; и 2) *по принципу пуне јурисдикције*.

По принципу законитости суд цени законитост самог решења са становишта материјалног и процесног права које је важило у време доношења решења – да ли је донето у складу са законом, колективним уговором и другим општим актом, уговором о раду. У том спору суд има касаторна овлашћења. Ако суд утврди да је одлука законита, суд одбија тужбени захтев запосленог, чиме одлука постаје правноснажна. Ако утврди да одлука није законита, поништиће је или укинути, али се не упушта у одлучивање о спорној ствари. Поништава се она одлука код које уочене незаконитости не могу бити отклоњене у поступку поновног одлучивања пред надлежним органом послодавца (повреда битних правила поступка). Поништавајући одлуку суд налаже успостављање ранијег стања (нпр. враћање запосленог на рад). У том смислу ништавост делује и *ex tunc* и *ex nunc*.

У случајевима када незаконитости решења могу бити отклоњене у поступку поновног одлучивања, одлука се укида, а послодавцу налаже да „санира мане“ првобитног поступка, уклони уочене недостатке, с циљем доношења законите одлуке.

Међутим, како смо истакли, право запосленог може бити повређено и фактичком радњом послодавца – чињењем или нечињењем. Нечињење, непоступање послодавца у случајевима кафа је дужан да одлучи о праву запосленог изостаје доношење било какве одлуке или решења послодавца о праву и обавези запосленог. Предмет спора, у том случају, није захтев да се поништи решење, јер оно не постоји, већ захтев да послодавац предузме одређене радње или да се уздржи од вршења радњи како би запослени могао да оствари своја правом гарантована права. У овом случају суд одлучује по принципу пуне јурисдикције.

По принципу пуне јурисдикције, суд одлучује у меритуму о самим правима и обавезама. Дакле, када суд решава спорну ствар не оцењује само незаконитост донетих одлука, већ судском одлуком одлучује о самим правима, обавезама или одговорности. По овом принципу решавају се спорови о новчаним потраживањима: потраживање зараде, накнаде зараде и спорови о накнади штете. По принципу пуне јурисдикције решавају се и спорови у вези са изосталим уплатама на име социјалног осигурања, спорови поводом констатовања трансформације радног односа на одређено време у радни однос на неодређено време и у др.

3. Закључна разматрања

(Разлози за увођење специјализованих судова за радне спорове)

Анализирајући поступак судске заштите права и правних интереса из радног односа може се рећи да је поступак у радним споровима класичан судски поступак, који се води и одвија по правилима парничног поступка прописан Законом о парничном поступку. Неминовност је да друштвене реформе захтевају промену правног система и да су са тим променама судови удруженог рада изгубили друштвено-економску и правну основу. Стиче се утисак да се са првим пионирским - транзиционим променама деведесетих година прошлог века тежило да се „избрише“ сваки „*призвук социјалистичког и самоуправног*“, што је довело и до укидања судова удруженог рада. Међутим, битно је нагласити да идеја специјализованих судова није укоренењена у самоуправљању и друштвеној својини, већ у специфичности права која се штите и остварују у том поступку. У складу са искуствима модерних правних система где деценијама постоји развијен систем специјализованих судова за радне спорове, било би сврсисходније да су се прве реформе судства деведесетих година десиле само у промени назива судова удруженог рада. Тиме би се у целости одговарали захтеву за специјализацију судства за спорове из области радних односа, а позитивна искуства стечена у раду судија/судова удруженог рада успоставила би у систему правосуђа „такву“ судску заштиту права радника која би брзо, ефикасно и квалитетно извршавала своју функцију. У прилог ове тезе је и следећи податак. Наиме, према извештајима организација које се баве стањем људских права у Србији, права човека на раду (социокономска права) су прва према степену угрожавања.²⁹ Одбор за социјалну кохезију Савета Европе, 2002. године идентификовао је као најважније препреке за остваривање социјално-економских права: 1) неадекватно уређење права – недовољна прецизност, правне празнине), 2) неодговарајуће праћење и примена – слабости у надзору, дискриминација, неефикасна заштита (подвукао аутор), 3) недовољна средства, 4) слабости у управљању и процедурама – фрагментација одговорности или комплексна процедура), 5) неодговарајуће информисање и комуникација, 6) препреке психолошке и социокултурне природе – предрасуде, стигматизација одређених група), 7) недовољна пажња према „рањивим групама“.³⁰

²⁹ *Људска права, (интернет брошура)*, Београдски центар за људска права, доступно на адреси: www.bgcentar.org.rs/documents/II5ecosoc (2009), стр.1., 27. 06. 2014.

³⁰ О томе више: *Приступ социјалним правима у Европи: стварно стање*, Савет Европе, објављено у: Ревизија за социјалну политику, Правни факултет, Загреб, бр. 2, 2003.

Наведене чињенице с једне стране, и непостојање специјализованих судова за радне спорове с друге стране, препознати су као примарни системски узрок великог броја радних спорова, чије решавање траје годинама (и поред законом прописаног рока да се радни спор окончава у року од шест месеци). Свакако да такво стање у судству неминовно доводи и до великог броја притужби пред Судом за људска права. „Србија је прва од свих држава Савета Европе по броју притужби које су поднесене у односу на број становника. На сваких 727 становника Србије, дакле то је број који је битно мањи од хиљаду, долази једна притужба. И по апсолутном броју притужби Србија је врло високо пласирана, на петом месту се налази иза држава као што су Русија, Украјина, Турска и Италија. Али ту морамо да се присетимо колико је далеко већи број становника ове четири земље у односу на Србију. Дакле, ова два показатеља, укупан број притужби, врло високо место по укупном броју притужби и прво место по броју притужби по броју становника показују две ствари. Прво, да заправо грађани нису добро заштићени глобално гледано, са становишта уживања људских права, а са друге стране, да је порасла и проширила се свест, о значају и заштити људских права. Највећи проценат свакако ту отпада на она права која су обухваћена чланом 6. Европске конвенције, а то је право на правично суђење. Негде око 43% пресуда које су до сада донесене, дакле, 43% случајева између грађана Србије и Републике Србије су од стране Европског суда за људска права пресудом означени као повреда овог људског права: права на правично суђење“.³¹

Како год да се ти судови зову – самоуправни судови, судови удруженог рада, судови рада, радни судови и слично, на основу компаративног прегледа радноправних решења о надлежности судова за радне спорове, произилази да су ти судови одвојени – делимично или у потпуности у односу на организацију редовних судова.

Два су перманентна разлога за специјализацију судова и судија за радне спорове. *Примарни разлог* је специфична природа права из радног односа (универзална, неутуђива, лична), као и сложеност спорова. Тиме се следи однос каузалности, сходно коме специфичност права детерминише специфичност спора, а самим тим условљава и специфичност поступка. Ту специфичност чине: посебни прописи, посебан режим решавања, посебна овлашћења суда, посебна већа, посебан поступак и посебна улога синдиката. Судска заштита условљена је и поштовањем релативно кратких, преклузивних рокова. *Други разлог* је, на једној страни велики

³¹ В. Ракић-Водинелић, *извод из мишљења*, доступно на адреси: http://www.coe.org.rs/def/tdoc_sr/council_of_europe/coe_institutions/?conid=18, 25. 06. 2014.

број спорова из тог домена – потреба за ефикасним и брзим решавањем, а на другој страни придодата надлежност судовима опште надлежности да решавају спорове из радних односа оптерећује ионако обимну надлежност ових судова. Увођење посебних судова за радне спорове (спорове из радног односа) је са наведених аспеката друштвено најрационалније, најцелисходније и најефикасније.

Поред наведених специфичности постоји и један “европски” разлог за специјализацију судства у области радних спорова.³² Наиме, у великом броју европских земаља – Немачкој, Аустрији, Швајцарској, Шведској, Шпанији, Мађарској, формиран су судови за радне спорове тзв. радни судови.³³ Спорове из радних односа решавају посебна већа. У Немачкој, на пример, већа у суду рада чине судија – професионалац, двојица судија поротника – један претставник синдиката и један судија – представник удружења послодаваца, суде у првом степену у споровима, у другом степену – земаљски суд, као призивни суд одлучује у федералној јединици (у истом саставу), а у трећем степену, као ревизиони суд, федерални суд. У Француској, слично радним судовима постоје Већа добрих људи (*Conseil de prud`homme*), као радни трибунал на нивоу департмана који воде порекло из феудализма, из “*Ancienoe France*”.³⁴ Радни спорови се решавају у трипартитно састављеном већу – поред професионалног судије у раду већа учествује члан којег одреди грански синдикат и гранско удружење послодаваца, према грани (делатности) којој припада послодавац код којег радник ради. Овакав трипартитни састав већа омогућује познавање специфичности рада (посла) у одговарајућој грани и доприноси правилном решавању радног спора, односно задовољењу социјалне правде. Поступак пред радним судом започиње “сесијом мирења” коју води сам судија – професионалац. Не мали број радних спорова решава се споразумом странака у фази мирења. То је једна од битних карактеристика Већа добрих људи што у првом реду измирује странке, па ако до измирења не дође ствар

³² З. Ивошевић, *Решавање спорова из надлежности судова удруженог рада после њиховог укидања*, “Гласник“ Правног факултета у Крагујевцу, 1991, стр. 242.

³³ M. Weiss, M. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer, 2008, стр. 149; G. Halbach, N. Paland, R. Schwedes, O. Wlotzke, *Labour Law in Germany: An Overview*, Bonn, 1994, стр. 168.

D. Крпач, *Regrutiranje i karijera profesionalnih sudaca u SR Nemačkoj*, I deo, *Institucionalni okviri sudačke djelatnosti i pravna obeležja statusa profesionalnog suca*, “Zbornik” Правног факултета у Загребу, br. 2/1990, стр. 146-175.

³⁴ А. Петровић, *Судска заштита права радника*, “Гласник” Правног факултета у Крагујевцу, 1989/1990, стр. 235-240.

пресуђује.³⁵ Даља карактеристика је изборност судија, што представља “*une importante onomale dans le syisteme judiciaire francias*”.³⁶ Најзад и најбитнија карактеристика је паритетност суда – састављен од једнаког броја послодаваца и радника.

Изузимање решавања радних спорова (спорова из радног односа) из надлежности грађанских судова, установљавање посебних судова за ову врсту спорова, условљено је потребом да се установи суд који ће бити приступачан радницима, који ће бити састављен од судија који познају психологију радне средине, који ће брзо и ефикасно судити радне спорове. Ка том циљу, мишљења смо да би рестаурација организационе структуре некадашњих судова удруженог рада могла ефикасно да послужи реafirмацији специјализованог судства за радне спорова. Свакако, оплемењена богатом судском праксом и искуством оних земаља које деценијама имају развијену мрежу специјализованих радних судова.

Slobodanka Kovačević-Perić, LL.D
Assistant Professor

PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS BY THE COURT

Summary

Legally regulated rights of employees to ask for protection of their rights is a phenomenon well in the spirit of modern legal systems, which support and protect right of people, in particularly in the area of labor law. Protecting a worker in the court of law (labor court proceedings) is the most important and most objective way of external protection. Courts of general jurisdiction have mandate in such cases, what additionally burdens already busy institutions. The intention is to introduce specialized labor courts. Since many of such cases can last for several years, degree of conditioning of rights in the domain of labor law is such that according to the number of complaints in the Court of Human Rights, Serbia is leading; majority of complaints refer to the violation of the right to be tried in the reasonable period of time (Article 6 of the European *Convention on Human Rights*).

³⁵ J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, P.U.F, Paris, 1987, стр. 274; Gerard Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sekurite sociali*, Paris, 1955, стр. 272-273.

³⁶ А. Петровић, нав. дело, стр. 237.

СЕКВЕНЦЕ ТЕОРИЈЕ О ДРЖАВИ СЛОБОДАНА ЈОВАНОВИЋА¹

Апстракт: Дело Слободана Јовановића је без сумње обележило српску и јужнословенску правну науку XX века. Његово дело је било актуелно чак и онда када је био означен као један од највећих државних непријатеља. Задње деценије прошлог века, име С. Јовановића је рехабилитовано а његово научно дело је опет добило место које му припада. Он је један од најплоднијих српских писаца, чија дела показују јасну дистанцу у односу на политичку, друштвену и сваку другу ефемерност, те његове мисли и запажања умногоме превазилазе и догађаје и време када су настала. По њему време настанка државе није могуће тачно утврдити, али што се тиче начина на који је држава настала, он сматра да држава није настала унутрашњим органским нарастањем племена као заједнице по основу крвног сродства њених чланова, него узроке настанка државе треба тражити у спољним факторима, тј у рату, када је услед овог разлога дошло до претварања племенског вође у војсковођу, који је онда у том случају имао власт над саплеменицима, који су ову власт били у обавези да поштују. Тако уместо крвне везе, чланови државе постају везани правним односом. Правећи разлику између државе и друштва, С. Јовановић примећује да се разлика између осталог састоји и у томе што у држави постоји једна власт која заповеда појединцима како да се понашају, без обзира да ли они то заиста желе и да ли се слажу са таквим заповестима, док у другим

* Доцент

¹ Рођен је у изгнанству 1869 године и са непуне три годинне дошао у Београд. Од 1886 до 1890 је студирао у иностранству, док је све остало време у иностранству провео или по нужди или због службе. Од 1893 до 1894 је био аташе посланства у Цриграду. 1897 год. је изабран за ванредног професора државног права на Правном факултету Велике школе у Београду. Био је на челу ратног пресбирора при Врховној команди од 1912 до 1913 и од 1914 до 1916 год. Средином новембра 1918 год. именован је у међусавезничку комисију за прикупљање података о повредама међународног ратног права, у којој су још били и Рајс и Бонасије. Запажено је било његово учешће на конференцији мира у Паризу, као и Комисији за ратну одговорност. 1928 је био један од оснивача Југословенског удружења за међународно право, када је почео и да председава Српском академијом наука. 1941 год. Слободан Јовановић је напустио земљу и никада се више није вратио. – Момир Милојевић, *Међународноправне теме Слободана Јовановића*, Београд 1998. стр. 521 – 523.

заједницама појединци се могу понашати по правилима тих заједница само ако то они заиста и желе. И ако припадник одређене школе, ипак је налазио начина да у извесној мери испољи свој став, поштовао је предводнике и ауторитете немачке школе, али им нипошто није робовао.

Кључне речи: *Држава, право, друштво народ, племе, рат, освајање, потчињавање, појединац, крвна веза, правна веза, власт, морал, теорија.*

Дело Слободана Јовановића је без сумње обележило српску и јужнословенску правну науку XX века. И поред чињенице што је у другој половини прошлог века, његов научни допринос концепцијски маргинализован, с обзиром да је био означен међу највишима на листи идеолошких непријатеља ондашњег, комунистичког режима, дело С. Јовановића је ипак све време било присутно у науци, и то, или на имплицитан начин – коришћењем његових научних достигнућа, или директним позивањем на његово дело. И ако је неспорно у периоду прве половине прошлог века био један од водећих интелектуалаца на простору ондашње државе јужних словена, његово дело је значајније чињеницом што је то период у коме је постојала читава плејада генијалних правника, па је тим – пре било теже заузети иоле значајније место у ондашњој правној науци. Задње деценије прошлог века, име С. Јовановића је рехабилитовано а његово научно дело је опет добило место које му припада.

Ако се стање у правној науци у Србији с почетка прошлог века може окарактерисати као време највећег успона и највећих достигнућа српске правне мисли, онда је Слободан Јовановића сигурно најзначајнији представник тога периода, научник, мислилац друштвених наука, теоретичар права, чијим је именом обележен читав један период, најзначајнији у историји српске правне мисли.

У том периоду, периоду релативног мира, као да је судбина била на страни правде па је историја хтела да надокнади све у научном смислу претходно изгубљено време, време у коме је сва снага српскога народа била усмерена на ослобађање од вековнога ропства и стицање независности, па је и било разумљиво што је наука у односу на пуку физичку егзистенцију остала у другом плану, у сенци ослободилачких ратова. Тада се јавља пуно имена која ће обележити златни период српске правне науке, међу њима и име С. Јовановића, који није само један од највећих српских правника, теоретичара фасцинантне моћи опажања, него и полититколог, културолог, социолог, историчар бритких мисли, импресивних запажања и бистре логике. Мајстор стила и виртуоз који на делу показује како се приликом изучавања истог проблема могу применити различите методе, школским примерима показује примену

најапстрактнијих научних метода на примерима изучавања конкретних случајева из праксе друштвених наука, и то са аспекта нормативног, догматичког, социолошког, политиколошког, историјског или и још других аспеката.

Логичар, који приликом објашњавања иде до тачности филигранске мере и микроскопских раздвајања, који је мисли могао да пренесе захваљујући чињеници да је био рођени ерудита, редак је пример свестраног научника, и то не само код Срба, него и много шире. Уз то, и један од најплоднијих српских писаца, чија дела показују јасну дистанцу у односу на политичку, друштвену и сваку другу ефемерност, те његове мисли и запажања умногоме превазилазе и догађаје и време када су настала.

Готово у исти план са научничким даром Слободана Јовановића избијају и његове карактерне особине личности, објективног и неутралног критичара времена, догађаја и људи. Он, и према таквим учењима, као што је марксизам, која су му далека и у идолошком, и у филозофском, и у методолошком смислу, нема нихилистички и априорно критички став, већ напротив, једном непоколебљивом и леденом непристрасношћу цени и добре и лоше стране тога учења, па му и одаје признање за вредности које има – епитет једног од највећих учења двадесетог века. А величина духа се управо огледа у ставу, не према блискости и сличности, него према разликама и супротностима.

Са друге стране му научничка непристрасност није дозволила прихватање и слагање са свим оним што је долазило чак и из блиских му учења. Њему је само истински научнички дух беспопштедне критичности омогућио да се уздигне изнад времена и да његова дела добију карактер свевремених.

Уз све то, обим његовог дела је импресиван. Свако његово дело, као и научни чланак, ако се и односи на проблеме или појаве о којима је већ писано, промишља их изнова на начин да поставља нове критеријуме, догађаје описује на начин да се неке околности по први пут приметите, а одговор нуди са снагом јаким аргумената. Због свега овога, било је разлога за његов снажан утицај на потоње генерације наших правника.

Ако се оставе по страни радови С. Јовановића које је он писао као младић из области књижевне критике и историје, може се рећи да је најзначајнија дела С. Јовановић написао из области политичке историје, политичке социологије и теорије, из којих су области најзначајнија дела Политичка историја Србије XIX века, почев од 1842 до 1903, Вођи француске револуције, Примери политичке социологије, Макијавели, Берк, Маркс. И ако је био правник, о праву је мање писао, а главно дело из

области науке о држави му је Држава, а из уставног права: Уставно право према Видовданскоом уставу Краљевине СХС.²

Имајући у виду предметну усмереност овог чланка који је написан са циљем да истакне само његов теоријскоправни дискурс, ми ћемо се само укратко осврнути на његову теорију о држави.

Конкретно, у том аспекту С. Јовановић сматра да многобројни чиниоци утичу на настанак државе, а да су везани за историјске услове. По њему време настанка државе није могуће тачно утврдити, али што се тиче начина на који је држава настала, он сматра да држава није настала унутрашњим органским нарастањем племена као заједнице по основу крвног сродства њених чланова, него да узроке настанка државе треба тражити у спољним факторима, тј у рату, када је услед овога дошло до претварања племенског вође у војсковођу, који је онда у том случају имао власт нада саплеменицима, коју су ови били у обавези да поштују. На овај начин организовано племе је кренуло у освајање других племена, као што је могуће да су се два или више племена удружила против заједничког племена и на тај начин створила државу. У заједницама насталим на овај начин, односи између чланова заједнице се више не базирају на крвној, него на правној вези. На овај начин је крвна веза у заједници замењена правним односима.³

Тако да држава није најстарији облик људске заједнице, него су то заједнице које су везане крвним сродством, односно то су породица и племе, а да тек после крвне везе настаје правна веза. Оличење правне везе је држава, која је настала ратом. Он сматра да је рат утицао на стварање државе у четири пра – варијанте. Прво да је после сукоба победничко племе потчиљавало побеђено, стварајући тако нову заједницу која није природна, већ принудна и односи у њој се не заснивају на крвној вези него на праву. Друго, на начин да се два племена удруже против заједничког непријатеља. Трећи начин да се једно племе самовољно подвргло војној дисциплини, као последица опасности од спољног непријатеља, што представља потчињеност истом војсковођи. И на четврти начин, да држава настаје као последица увећања племена и стварањем савеза

² Радомир Лукић, *Дело Слободана Јовановића*, реферат са научног скупа одржаног 1991 год у Београду под називом: Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас, Београд 1991. стр. 9.

³ Владан Михајловић, *Слободан Јовановић и грађанска држава*, Врњачка Бања, 1996. стр. 38; Димитрије Продановић, *Неки елементи теорије државе Слободана Јовановића*, реферат са научног скупа одржаног 1991 год у Београду под називом: Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас, Београд 1991. стр. 134 – 135.

племена, с обзиром да је само веза која иза себе има силу оличену кроз државу, сигурна за унутрашњу стабилност и сигурност заједнице.⁴

"Порекло државе губи се далеко у времену, и за цело никада се неће потпуно сигурно знати како је држава постала. Ипак могу се о томе правити више или мање вероватне претпоставке. Изгледа да држава није најстарији облик људске заједнице. Њој су претходиле извесне природне заједнице, као племе и породица, чији су чланови били везани између себе крвном везом, као потомци истих предака. Према тим ранијим заједницама, држава представља једну заједницу која није природна него вештачка. Чланови једне државе везани су између себе не као потомци истих предака, него као поданици исте власти; на место крвне везе долази правна";⁵

"Али тешко је претпоставити да је држава постала из племена као природан резултат његовог органског растења... Кад се постанак државе не може објаснити органским растењем племена, онда не остаје ништа друго него да се покуша објаснити извесним спољашњим утицајима ван самога племена. Ти спољашњи утицаји своде се на један, а то је: на рат. Државна се организација јавља тек онда кад два племена дођу једно с другим у сукоб. Такви се сукоби обично свршавају потчињавањем једног племена другом племену, услед чега се ствара једна заједница која није природна већ принудна, и која се не оснива на крвној вези већ на правној, - на праву победиоца над побеђеним. Претерано би било рећи да је држава могла постати само потчињавањем једног племена другом племену; она је могла постати и на тај начин што су се два племена удружила противу заједничкога непријатеља... Најзад може се претпоставити да је држава постала и без икаквог спајања племена, било насилног било драговољног. Другим речима, може се претпоставити да се једно племе, узето само за себе, организовало као држава. Такав би случај био онда кад би се једно племе, због борбе с другим племенима, морало подвргнути војној дисциплини."⁶

По Јовановићу основне елементе државе чине људи, земљиште и извесна колективна сила, а у издањима дела *Основи правне теорије* о држави од 1914 за колективну силу употребљава термин власт, истичући да је власт правни појам, па јој у правној теорији и није потребан посебан назив.⁷

⁴ Владан Јончић, *Оружани сукоби као фактор настанка државе по Слободану Јовановићу*, Београд 1991. стр. 251 – 252.

⁵ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Београд 1922. стр. 21.

⁶ *Ibid*, стр. 22.

⁷ М. Милојевић, *Ibid*, стр. 526.

Обрађујући теорију државе С. Јовановић у делу Држава обухвата све основне појмови државе. У области која је толико била обрађивана, још од Аристотела и Платона, па се и данас у појединим сегментима обрађује још увек, заиста је тешко, или немогуће (примедба С. А.) бити оригиналан. И, ту је С. Јовановић прихватио теорију немачких теоретичара Јелинека и Лабанда, као што смо се и ми у послератном периоду ослањали на дела совјетских теоретичара. Међутим, касније ће С. Јовановић у своју теорију о држави уносити и елементе других теорија, не дирајући при томе у основе теорија које је прихватио.⁸

У делу Држава, С. Јовановић је највише пажње обратио на правно – организациону страну државе, а много мање на њену социолошку или политичку страну. Последњем издању ове књиге писац је додао део о поратној држави у којем су укратко и садржајно приказане промене у парламентарним државама, као и државни облици настали под утицајем нових политичких идеологија – комунистичке и фашистичке, које С. Јовановић основано критикује. При томе, код њега преовлађује мисао да настаје држава маса, уместо раније државе елите.⁹

У делима у којима излаже политичку доктрину, С. Јовановић у први ред истиче људе са својим карактерима одређеним биолошки, пре него масе које се дају водити и код којих већу улогу имају страсти и прохтеви него разум, а које се поводе за вођама са својим мутним представама о стварности и још мутнијим захтевима и циљевима. На једној страни вође замишљају да су апсолутни господари, а на другој страни се појављују бунтовне и незадовољне масе без довољно одређених идеја, са осећањем понижености. Ироничан, какав је изгледа и у животу био, историју схвата као велику иронију, живописну позорницу без редитеља и смисла.¹⁰

С Јовановић, излажући основе схватања о држави, примећује да држава представља посебну друштвену заједницу, коју за разлику од осталих облика друштвеног живота проучава једино правна наука, мада правна наука проучава и остале облике друштвеног живота, али само уколико имају везе са државом. Правећи разлику између државе и друштва, С. Јовановић примећује да се разлика између осталог састоји и у томе што у држави постоји једна власт која заповеда појединцима како да се понашају, без обзира да ли они то заиста желе и да ли се слажу са таквим заповестима, док у другим заједницама појединци се могу понашати по правилима тих заједница само ако то они заиста и желе.¹¹

⁸ Р. Лукић, *Ibid*, стр. 9.

⁹ *Ibid*, стр.10.

¹⁰ *Ibid*,. стр. 12.

¹¹ Д. Продановић, *Ibid*, стр. 133.

С обзиром да држава одређује спољно понашање појединаца, не треба извући закључак да између појединаца који живе у истој држави не постоји никакво духовно јединство, односно да њена правила не садрже и део заједничке свести припадника који живе на њеној територији. Раније је то било правило, јер је задатак државе био да штити правила заједничких обичаја, посебно имајући у виду чињеницу да су државе настајале од група које су међусобно биле у крвном сродству. Међутим, то је много мање случај у савременим државама, које обухватају велики број становника, и где, поред заједничке свести о држави и правилима по којима она треба да регулише одређене односе, постоји и пуно ужих или ширих група које имају своје посебне интересе, па и правила о регулисању одређених односа, која се могу поклапати са представам о привилима која о тим односима може имати већина.¹²

Дакле, држава која је у почетку била војна власт, постепено се у миру претвара и у правну власт. На тај начин, С. Јовановић оповргава теорије које државу оправдавају као природну или божанску нужност, затим теорију силе (мада ову теорију делимично и сам прихвата), као и уговорне теорије Гроцијуса, Хобса, Лока и Русоа. Мада за ове задње сматра да су се највише приближиле решењу проблема на начин да су у државној принуди нашле правни основ, али да греше на тај начин што правни основ налазе у уговору између појединаца закљученом пре настанка државе.¹³

У периоду свога настанка, прве функције државе су биле безбедносна и војна, док је функција културне мисије настала касније,¹⁴ односно, како тврди С. Јовановић, и ако се у модерној држави развила и културна мисија у најширем смислу, држава је у основи остала војна установа, јер без војне мисије не би била сигурна за своју егзистенцију, па не би ни могла постојати.¹⁵ По њему је спорно до које мере је оправдано учешће државе у функцији културног развоја друштва, те је и питање о границама државне интервенције у ствари питање о границама културне мисије.¹⁶

Међутим, настанак државе је у многоме изменио положај човека у друштву, као и његова схватања у целини. За једне је држава оличење највишег добра, и само у држави и преко државе човек може да постане нешто више и у правом смислу грађанин. Други у њој виде оличење највећег зла, оличење ропства и извор неједнакости и експлоатације. Мало

¹² *Ibid*, стр. 133 – 134.

¹³ *Ibid*, стр. 135.

¹⁴ В. Јончић, *Ibid*, стр. 253.

¹⁵ М. Милојевић, *Ibid*, стр. 525.

¹⁶ Д. Продановић, *Ibid*, стр. 137.

пре настанка државе човек је у архаичној заједници био неосетљив на своју индивидуалност, а са настанком државе, човек добија веру у себе и سموображење сопствене величине. Са друге стране, С. Јовановић сматра да држава на ово реагује на начин да држава увек поставља границе људској слободи, човековом егоизму и његовој себичности.

Унутар себе држава води рачуна о моралу, у њеном је интересу да негује морални развитак, и по томе је она морална установа. За разлику од овог односа који постоји унутар државе, који држава има циљ да задржи на одговарајућем моралном нивоу, у међународним односима, у односима са другим државама, држава се још увек више служи силом него међудржавним уговорима и повељама.¹⁷

"Макиавелијева погрешка састоји се у томе, што није увидео да држава мора у свом властитом интересу неговати морални развитак људи, и да је с тога у основи морална установа... Иако држава има рачуна да своје поданике начини што моралнијим, она сама, као целина, не може се подвести под морална правила. Као целина, она долази у однос било с другим државама, било са својим поданицима; ни једна ни друга од те врсте односа не може се регулисати моралним принципима. Кад би се ти односи регулисали моралним принципима, држава би морала жртвовати своје интересе, било страним државама било својим поданицима, кад год то морални принципи изискују. На то ниједна држава, бар досада, није хтела пристати"¹⁸

Међутим, С Јовановић сматра да су дилеме о моралности државе бесмислене и као такве последица "моралности" људског سموображења, као последица представе да је човек пре настанка државе био потпуно слободан и неприкосновен, а да је настанком државе то све њему ограничено, с обзиром да нико нема право, до да он сам себи ограничи слободу. Он сматра, да, уколико би заиста пре настанка државе човек био слободнији него у држави, он би имао права на дилеме о моралности државе. Али, с обзиром да човек није био слободнији и моралнији ван државе него у њој, онда је нормално да се њеним настанком признају и поштују права појединаца, али морају бити и ограничена поједина права у интересу осталих.¹⁹

"Сасвим је с тога излишно тражити оправдање државној власти. То би имало смисла да је појединац ван државе одиста слободнији него у њој. Али, тако није, и као год што смо видели да за државну власт нема законских граница, јер извор закона то је она, тако сада имамо да

¹⁷ В. Михајловић, *Ibid*, стр. 20.

¹⁸ Слободан Јовановић, *Из историје политичких доктрина, Платон, Макиавели, Берк, Маркс*, Београд 1990. стр. 144 – 145.

¹⁹ В. Михајловић, *Ibid*, стр. 20.

констатујемо, да своје право коерције држава изводи од туда, што је и слобода појединаца њено дело. Исто тако стоји и са осталим личним правима. Истина је да је појединац и пре државе имао својих интереса, да их је имао самим тим што је постојао, али то је било све што је имао. Они су се претворили у права тек онда, кад је у државној власти организована једна виша сила која ће им и од других прибавити уважења. Право и држава тако су нераздвојно везани, да би било апсурдно тражити овој правну основу ван ње саме. Појединац може црпсти своја права из једне организације над собом. Државна власт, пак, не би била суверена, кад би се морала позивати на ма шта више од себе, па макар то било само за то да би своје постање оправдала. Њена је величина у томе што јој оправдања не треба."²⁰

С тога, у односу између међународног и унутрашњег, односно државног права, како га назива С. Јовановић, сматра да докле год држава постоји као суверена, а она само као суверена може да постоји, међународно право се мора оснивати на њеној суверености, односно међународно право није никакво надржавно право него се оно изводи из унутрашњег права државе. А држава ће постојати као суверена док год се над државом не створи нека надржавна власт. Таква власт још увек није створена с обзиром да је Друштво народа савез држава а не надржава.²¹

На основу наведених пар секвенци из теорије о држави С. Јовановићеве, можемо извести закључак да он није имао намеру да пружи неку општу теорију о држави која би важила за све њене појавне облике, у потпуно истој мери као што његова теорија о држави не лебди у безваздушном простору сувопарних и беживотних апстракција. Он се определио да изложи правну теорију државе, која се као таква односи на државну организацију, узету саму за себе – као правну установу.²²

Али, и ако је био приврженик правне теорије државе која је била развијена у Немачкој под именом "немачка школа", С. Јовановић ипак није остао њен заробљеник, на начин да се претворио у заслепљеног и некритичког присталицу који би себе лишио властитог става и расуђивања. То је и разлог што теорија државе С. Јовановића и није чиста и до краја правна, и без остатака изграђена на идејно чистим правним принципима.²³

²⁰ Слободан Јовановић, *О суверености*, Ниш 1996. стр. 35 – 36.

²¹ М. Милојевић, *Ibid*, стр. 531.

²² Данило Баста, *Слободан Јовановић као теоретичар државе и права*, Зборник радова са научног скупа одржаног 1997 год. под називом: Слободан Јовановић, личност и дело, Београд 1997. стр. 338 – 339.

²³ *Ibid*, стр. 340.

Свој правнички дар С. Јовановић је ипак више показао у свом "Уставном праву", него у "Држави". Он је имао правнички дар да иза скученог правног прописа види пуно различитих случајева конкретног живота који су њиме само оскудно регулисани, а још чешће чак и поменути. Ту је потребан изузетан дар рашчлањивања смисла појединих одредби и машта да се замисле конкретни случајеви и да им се нађе исправно решење. Просто је незамисливо да један човек може у толикој мери да поседује дар за уметност и лепо, а да истовремено буде обдарен за ситан рад сувопарног правника који "цеди" прописе да би нашао решење бројних случајева.²⁴

Дакле, и ако присталица и следбеник немачке школе, С. Јовановић, и ако је усвојио основне поставке Лабанд – Јелинекове школе, то је учинио на основу личног научног уверења у истинитост те теорије. Међутим, у томе схватању је унео свој лични печат, а на појединим местима се није у потпуности слагао са свим постулатима наведене школе, па је и улазио у дијалог са Лабандом и Јеленком, или са Келзенем и Дигијем, као што је на појединим местима њихова дела подвргавао одмереној и уверљивој критици. Тако да, и ако је С. Јовановић припадао немачкој школи, ипак је налазио начина да у извесној мери испољи свој став, "поштовао је предводнике и ауторитете немачке школе, али им нипошто није робовао".²⁵

²⁴ Р. Лукић, *Ibid*, стр. 12.

²⁵ Д. Баста, *Ibid*, стр. 364.

ЛИТЕРАТУРА:

- Баста Данило, *Слободан Јовановић као теоретичар државе и права*, Зборник радова са научног скупа одржаног 1997 год. под називом: Слободан Јовановић, личност и дело, Београд 1997.
- Јовановић Слободан, *О држави, основи једне правне теорије*, Београд 1922.
- Јовановић Слободан, *Из историје политичких доктрина, Платон, Макиавели, Берк, Маркс*, Београд 1990.
- Јовановић Слободан, *О суверености*, Ниш 1996.
- Јончић Владан, *Оружани сукоби као фактор настанка државе по Слободану Јовановићу*, Београд 1991.
- Лукић Радомир, *Дело Слободана Јовановића*, реферат са научног скупа одржаног 1991 год у Београду под називом: Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас, Београд 1991.
- Милојевић Момир, *Међународноправне теме Слободана Јовановића*, Београд 1998.
- Михајловић Владан, *Слободан Јовановић и грађанска држава*, Врњачка Бања 1996.
- Продановић Димитрије, *Неки елементи теорије државе Слободана Јовановића*, реферат са научног скупа одржаног 1991 год у Београду под називом: Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас, Београд 1991.

Sava Aksić. LL.D
Assistant Professor

SOME SENTENCES IN SLOBODAN JOVANOVIĆ'S THEORY OF STATE

Summary

Slobodan Jovanović's science achievement was one of the most important science achievements in XX-th century on the territory of south Slovens. It was present in science even wan his literature was forbidden from communist regime, and he personally sentenced on penal. In the end of last century his name was rehabilitated, and his science opus again took place belong to him. His opus exceed time when it was appeared, and shows clear science distance from political, social and others happens. He believe the state was no origin from inner grow of Tribe then from external reasons, that mean from issue of wars. By making distinction from state and society, he noticed that in state exists one authority that orders to people, who they have to obey it, but in society people do not have to obey any authority, if they do not won't that. Although Slobodan Jovanović belonged to German Law School, he finds out the way to show his original standpoint of view. He respected the principles of this school but he had his own standpoint of view in this Law science Trend.

Дејан Мировић*

БОСНА ПРОТИВ СРЈ И МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ У КОНТЕКСТУ ПОСТМОДЕРНИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ

Апстракт: СРЈ се почетком деведесетих година нашла на удару нове постмодернистичке теорије у међународном праву. Постмодернистичка теорија се заснива на идеји да међународно јавно право као грана права губи свој значај, али не и његови делови као што су људска права и међународно кривично право. На основу такве доктрине оправдавају се такозване хуманитарне интервенције и тужбе пред Међународним судом правде. Најпознатији пример за такву селективну примену међународног јавног права пред Међународним судом правде је случај БиХ против СРЈ. Постулати постмодернистичке теорије су, у суштини, показатељ регресивног тренда у развоју међународног права у задње две деценије.

Кључне речи: Међународни суд правде, СР Југославија, постмодернистичка теорија, међународно јавно право

Увод

У односима између Југославије (и Србије) са једне стране, и светског суда правде са седиштем у Хагу са друге стране (Стални суд међународне правде и Међународни суд правде), могу се издвојити три периода. Први период је трајао од 1920. године до 1939. године (тада је прва Југославија била учесник у једном судском поступку и давању саветодавног мишљења). Други период је трајао од 1945. до 1991. године и карактерише га фактичко игнорисање поступака и саветодавних мишљења пред МСП од стране СФРЈ. Коначно, трећи период се може дефинисати као период интезивне примене нове постмодернистичке теорије међународног права на Југославију и покретања тужби против СРЈ.

У првом периоду од 1920-1939. ССМП је био под доминантним утицајем Француске и Британије.¹ Краљевина СХС је морала да се

* Доцент

¹ САД су се повукле из Друштва народа убрзо после оснивања ове међународне организације а СССР све до 30-тих година није био члан ове међународне организације.

прилагоди тој чињеници али и да покушава да избегне притисак Немачке и Италије на међународној сцени.

О том периоду је сведочанства оставио високи службеник (касније познати писац) југословенске амбасаде у Риму и Берлину Милош Црњански. Он наводи да је приликом сусрета са југословенским премијером Стојадиновићем италијански министар иностраних послова гроф Ђано тражио од Београда да се повуче из Друштва народа. Исто је Рим тражио и од новог југословенског премијера Цинацар-Марковића.²

Са друге стране, Француска је користила ССМП као средство за остваривање својих циљева. Пример за то је позната пресуда ССМП у случају српских дугова Француској из 1929.³

На сличан начин је поступала и Енглеска (ради подржавања Италије и њене контроле над Албанијом).⁴ У том контексту треба посматрати саветодавано мишљење ССМП поводом спора Краљевине СХС и Албаније око манастира Свети Наум из 1924. када је ССМП пресудио у корист Албаније.

У периоду након Другог светског рата, Међународни суд правде (МСП) и Уједињене нације наслеђују ССМП и Друштво народа. Истовремено се формира и нова комунистичка (касније социјалистичка) Југославија. У том времену се убрзано развија и међународно јавно право. МСП након 1945. има много више случајева од ССМП јер се нове државе (бивше колоније) обраћају овом правосудном органу ради заштите својих права.⁵

Ипак, у том другом периоду, нова социјалистичка Југославија (или СФРЈ од 1963. године) није тужила друге државе пред МСП нити је тражила саветодавно мишљење у периоду 1945-1991.⁶

² Црњански М. "Ембахаде", Службени гласник, Београд, 2009.стр 400. и 425, на пример, "Напуштање Друштва народа , Мусолини је сматрао као доказ пријатељства према њему".

³ Француска је преко ССМП вршила притисак и на друге земље , на пример Турску у случају Лотус када је француски капетан изазвао изазвао судар у којем су погинули туски држављани.

⁴ Црњански М. "Ембахаде", Службени гласник, Београд, 2009,стр 643.

⁵ Најпознатији случај пред МСП је свакако Јужна Намбија .

⁶ Водећи авантуристичку (мегаломанску) спољну политику и ослањајући се на удаљене афричке и азијске (такозване несврстане или бивше колоније) државе са којима прва Југославија није никада имала културне, историјске или значајне економске везе , социјалистичка Југославија се није приконила ни истоку ни западу (Наравно у контексту развоја међународног права Покрет несврстаних је имао и одређену позитивну улогу, јер као што наводи судија МСП проф. др Миленко Крећа одређене резолуције ГС УН донете после њихове иницијативе као што је Декларација о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи између држава

Коначно, у трећем периоду, након распада комунистичког блока 1991. године трећа Југославија (или СРЈ) потпада под "удар" МСП тј. нових доктрина у међународном праву, а пре свега, постмодернистичког схватања међународног јавног права.⁷ Судија МСП проф. др Миленко Крећа дефинише то доктрину као постпозитивизам или постмодернизам ("критичка теорија"). Постмодернизам у теоријском и практичном смислу) карактерише негирање значаја међународног јавног права. Истовремено и контрадикторно делови међународног јавног права као што су људска права, међународно кривично право и хуманитарно право добијају на значају.

На основу оваквих конструкција и постулата оправдавају се и такозване хуманитарне интересенције. Такође, улога државе као субјекта међународног јавног права слаби. Урушава се утицај УН као најважније међународне организације (регионалне и војне организације попут НАТО и ЕУ преузимају то место). Међународни уговори губе снагу као извори права. Слично се дешава и са обичајима као неписаним изворима међународног права.⁸ Неформална пракса (која се примењује од "случаја до случаја") заузима место уговора и обичаја.

Босна против СРЈ и Међународни суд правде 1992-2000.

У претходно наведеном контексту избија грађански рат у БиХ. Убрзо након избијања сукоба, муслиманске власти у Сарајеву, без

из 1970. су "снажно допринеле прогресивном развоју међународног права" , види Крећа М."Међународно јавно право "Правни факултет, Београд, 2012. стр 48.

⁷ Такође, *ad hoc* судови попут Међународног суда за бившу Југославију добијају првенство над сталним МСП и то је чињеница која додатно отежава тежак правни положај СРЈ.

⁸ Исто стр 65-69. Више о постмодернистичкој теорији и фрагментацији међународног јавног права види у тексту два финска професора међународног права (Marti Koskeniemi и Päivi Leino) у познатом [Leiden Journal of International Law](#) / Volume 15 / Issue 03 / September 2002, pp 553-579. у којем се наводи између осталог : "Successive ICJ Presidents have expressed concern about the proliferation of international tribunals and substantive fragmentation of international law. This is not a new phenomenon. International law has always lacked a clear normative and institutional hierarchy. The problem is more how new institutions have used international law to further new interests, especially those not predominant in traditional law. The anxiety among ICJ judges should be seen less as a concern for abstract "coherence" than a worry about the demise of traditional principles of diplomatic law and the Court's privileged role as their foremost representative. As jurisdictional conflicts reflect divergent political priorities, it is unclear that administrative co-ordination can eliminate them. This does not, however, warrant excessive worries over fragmentation; it is an institutional expression of political pluralism internationally " .

релелевантог правног и чињеничног основа покрећу поступак против СРЈ пред МСП. Тачније, муслиманске власти у Сарајеву након избијања грађанског рата у БиХ нису имале основни услов за признавање једне државе, суверену власт (слично као и власти у Кијеву 2014. године). Зато је било више него спорно њихово обраћање МСП у својству представника БиХ.

Прецизније, власти у Сарајеву 1993. нису имале никакву мрежу институција која је била способна да проводи одлуке на територији Републике Српске и Херцег Босне (преко 2/3 територије бивше југословенске републике БиХ). Према међународном јавном праву муслиманске власти и територија у централној БиХ коју су контролисале, могли су се у најбољем случају дефинисати само као недржавни ентитет у време подношења тужбе.⁹

Ипак, муслиманске власти 1993. подnose уз нескривену подршку правника из САД Захтев за покретање судског поступка против СР Југославије. МСП у контексту примене нове постмодерне теорије у међународном праву без двоумљења, прихвата тај поднесак.¹⁰

Формално, захтев је био заснован на Конвенцији о геноциду из 1948. Такође, захтев (у контексту међународног кривичног права и људских права) се заснивао и на наводном кршењу од стране СРЈ Женевских конвенција из 1949. и пратећих Протокола из 1977. као и Хашких конвенција из 1907. (и Повеље УН из 1945. године и Универзалне декларације о људским правима из 1948).

Када се претходно има у виду, јасно је да су се против СРЈ (у маниру постмодернистичке теорије) користили само они делови међународног јавног права који су били погодни за покретање поступка односно међународно кривично право и људска права. Остали делови међународног јавног права су једноставно игнорисани.

Наравно, сам захтев није поднео неки муслимански правник из Сарајева већ амерички професор Френсис Бојл. Годину дана касније је поднета и тужба против СРЈ, која је у суштини, била проширена и допуњена верзија Захтева за покретање судског поступка.

⁹ Крећа М. "Међународно јавно право "Правни факултет, Београд, 2012. стр. 140.

¹⁰ Муслиманска власт је у свом поднеску тражила и да се укине ембарго на оружје и исплаћују репарације, као и да Београд престане да помаже својим сународницима у БиХ. Такође, власти у Сарајеву су тражиле и да се СРЈ осуди за наводни геноцид на Косову, као и да се осуди (само њима познат) "геноцид" над Мађарима у Војводини и "геноцид" на муслиманима у СРЈ. Ово подсећа на захтев нових власти у Кијеву према Москви 2014.

У поднесцима Сарајева пред МСП су се наводили разни фалсификати, попут оног да је у БиХ погинуло неколико стотина хиљада људи за само годину и по дана рата (250.000). Наводила су се и квазиисторијска "открића" (која су чак и у условима ратне пропаганде звучала неозбиљно). На пример, да је Илија Гарашанин био српски православни свештеник који је хтео својим Начертанијем да разори Отоманско царство, узорну мултиетничку државу у којој су поштована људска права много пре Универзалне декларације УН.¹¹

Посебно је било контрадикторно негирање континуитета СРЈ. То је несумњиво био не само пример примене нове владајуће доктрине у међународном јавном праву већ и пример за *contradictio in adjecto*. Прецизније, власти у Сарајеву никако нису могле да оправдају контрадикцију између свог става да СРЈ није чланица УН (јер није наследница СФРЈ) док истовремено туже ту државу пред судом УН.¹²

Дакле, тужба против СРЈ је била написана неозбиљно, на основу историјских фалсификата и нејасних правних критеријума који су били засновани на неформалној постмодернистичкој пракси и фрагментацији међународног јавног права.

МСП се на почетку процеса (1993.) задовољио само доношењем привремених мера (захтевом странама у поступку да спрече геноцид на територији БиХ).¹³ Међутим, године 1996. МСП ипак даје свој "допринос" развијању постмодернистичке доктрине. Доноси пресуду о

¹¹ Види више о тим неозбиљним тврдњама Сарајева: "Србија пред Међународним судом правде" Књига 1. "Филип Вишњић", Београд, 2007. стр.13. Прва књига је иначе изашла 2007. године и приредио је шеф правног тима СЦГ пред МСП, проф. др Радосав Стојановић. У књизи се налазе веродостојни записници са усмене расправе која је у случају БиХ против СРЈ одржана 2006. године. У другој књизи под истим насловом се налази пресуда МСП у том случају, објављена почетком 2007. године као и приложена издвојена мишењења судија из већа које је одлучивало у том случају. Проф. др Радосав Стојановић наводи да га је за заступника пред МСП именовано 2005. године тадашњи министар СЦГ Вук Драшковић. Пре њега је ту дужност обављао Тибор Варади. Стојановић у предговору и детаљно наводи зашто је ангажовао професора међународног права са Оксфорда Ијана Браунлија и париског адвоката Ксавије де Руа. Такође, наводи и да је козаступник био српски дипломата и правник Саша Обрадовић. Коначно, суд је поделио расправу у два круга, за излагање тужбе од 27. фебруара до 7. марта 2006. и од 8. до 16. марта 2006. године за излагање одбране. СЦГ је имала завршну реч од 2. маја до 9. маја 2006.

¹² Наравно, било је квазиправних покушаја попут тврдњи да је Скупштина СРЈ својом (иначе општом и апстрактном) декларацијом из 1992. године, наводно, преузела све уговоре бивше СФРЈ укључујући и Конвенцију о геноциду из 1948.

¹³ МСП није покушавао да разреши квазиправне конструкције, на пример МСП у Привременим мерама отворено признаје да није решен статус СРЈ у УН.

прелиминарним приговорима у којој тврди да има јурисдикцију у спору БиХ против СРЈ, иако признаје да није решено питање статуса СРЈ у УН .

Одбрана СРЈ у периоду 1995-2000.

Бранећи се од ових неконзистентних правних напада, СРЈ је поднела контратужбу против БиХ 1995. године. У контратужби се наводе докази о злочинима муџахедина/најамника (који су, несумњиво били нелегални борци у босанском рату по међународном праву). Цитира се расистичка (и релевантна за процес, за разлику од Начертанија Гарашанина) Исламска декларација Алије Изетбеговића. МСП је 1997. прихватио контратужбу. СРЈ је затим 1998. године поднела додатне анексе уз контратужбу. Такође, СРЈ условила је успостављање дипломатских односа са Сарајевом решавањем судског спора. У том контексту (активне) одбране СРЈ, српски члан председништва БиХ је именовано козаступника БиХ пред МСП. Он је затим писмом из 1999. године обавестио суд да БиХ одустаје од тужбе против СРЈ. Ипак, МСП је на крају одбацио овај захтев за одустајањем.

Босна против СРЈ и Међународни суд правде 2000-2006.

Након промене власти у Београду 2000 године, СРЈ мења правни тим и примењује нову стратегију одбране. Одустаје од континуитета са СФРЈ већ у новембру 2000. Затим Београд једнострано повлачи тужбу против БиХ 2001. године. Овај гест добре воље је пратило и успостављање дипломатских односа (и серија извињења највиших државних функционера из Београда). Међутим, у Сарајеву је то доживљено као испољавање слабости и поступак против СРЈ се наставља (иако је и даље, део БиХ - Република Српска била против тога). Затим СРЈ 2001. подноси захтев за ревизију Пресуде из 1996. године којом је утврђена јурисдикција МСП. Захтев за ревизију је заснован на чињеници да је СРЈ примљена у УН тек 2000. године и то као нова држава која се одрекла континуитета са СФРЈ¹⁴(дакле, из ове правне чињенице произилази да СРЈ није могла бити тужена од стране БиХ 1993. пред МСП јер утврђено је да у периоду од 1992-2000. није била чланица УН).

У истом периоду СРЈ подноси и Иницијативу да МСП *ex officio* преиспита своју јурисдикцију у процесу БиХ против СРЈ.

¹⁴Тачније, 2000. године је СРЈ на основу молбе у којој се фактички одрекла континуитета са СФРЈ, примљена као нова чланица у УН. О томе и настанку нових држава од СФРЈ види више Крећа М."Међународно јавно право", Службени гласник , Београд, 2012, стр 150-151.

Међутим, МСП одбија све те аргументе. Године 2003. дозвољава да се настави поступак против државе за коју је утврђено, од стране СБ УН и Генералне скупштине, да није била чланица УН у периоду на који се односи тужба.¹⁵

Дакле, у маниру највулгарније примене постмодернистичке доктрине, одбацујући Захтев за ревизију, МСП је фактички тврдио да учлањење СРЈ у УН 2000. године није нова чињеница (и да није ретроактивно деловала на разјашњење статуса СРЈ у УН у периоду 1992-2000). МСП је, дакле, тврдио да није важно да ли је СРЈ била чланица УН и сходно томе Статута МСП, већ је важно оно шта је МСП одлучио 1996. године. Да би оправдао ове неозбиљне тврдње (или новоустановљени принцип по којем је МСП изнад одлука СБ УН и Генералне скупштине) МСП се позвао на општи правни принцип - *res judicata*.

Да би правни скандал био још већи, МСП само годину дана касније 2004. у складу са постмодернистичком теоријом ("од случаја до случаја") доноси одлуку да одбаци тужбе СРЈ против 10 НАТО држава.¹⁶

Коначно, године 2006. Црна Гора се одваја од Србије и та чињеница даје прилику за МСП да настави са применом двоструких стандарда према Србији јер се поступак постепено пресумерава само према Београду.¹⁷

Усмена расправа пред МСП

После овакве правне "припреме" усмена расправа пред МСП се одржава 2006. године. СРЈ позива 8 сведока, БиХ 3 сведока. БиХ именује Алжирца Ахенда Махиуа за ад хок судију, Србија проф.др Миленка Крећу. Да би ситуација за Београд била још компликованија, српски тим на челу са професором Радетом Стојановићем често на неозбиљан и конфузан начин доказује своје тврдње. На пример, тврди се да је СФРЈ била мултиетничка земља у којој није било мржње. "Доказ" за то је био несметан долазак немачких туриста на летовање(?!). Такође, неозбиљно је било и сведочење српских политичара Драгољуба Мићуновића и Душана Михајловића (који је чак говорио о томе како је предводио младе извиђаче у Србији).

¹⁵ Иницијативу да МСП *ex officio* преиспита своју јурисдикцију над Југославијом МСП решава тек у пресуди 2007.

¹⁶ Оправдање је била чињеница да је после пријема СРЈ у УН 2000. године постало јасно да МСП није имао надлежност над СРЈ у периоду 1992-2000).

¹⁷ О распаду заједничке државе види више Кнежевић М."Изневерена држава: Србија и Црна Гора у времену разлаза ", Институт за политичке студије, Београд. 2007,

Ипак, највећа грешка је било позивање Мајкла Роуза, бившег команданта УНПРОФОР-а као кључног сведока одбране. Он је у свом сведочењу тврдио да су Срби починили највише ратних злочина (а у Сребреници и геноцид). Такође, посредно је оптужио за директну умешаност у рат у БиХ и саму земљу која га је позвала да сведочи. Тачније, генерал (иначе из НАТО државе која је заједно са САД предводила бомбардовање Републике Српске 1995. и СРЈ 1999. године) је изјавио пред МСП следеће: "Војне снаге под командом генерала Младића су починиле највише ратних злочина и зверстава у том грађанском рату...¹⁸. Затим је говорио о наводном ангажовању ваздухопловства СРЈ у БиХ: "Београд никада није ништа тврдио за бомбардере, али пилоти су били сахрањени -имали су војну сахрану, бар сам тако чуо - у Југославији". Коначно, Роуз је закључио: "Режим са Пала је почино геноцид".

Овакав потез одбране или позивање Роуза је посебно несхватљиво ако се зна да је цивилни представник/саветник УН у БиХ (надређен Роузу) за време рата био из Русије (Виктор Андрејев). Он би сигурно дао истинитији исказ од генерала Роуза. Међутим српска одбрана га није позвала да сведочи пред МСП.

После оваквог (разарајућег по одбрану) сведочења, нису много вредели ни правни аргументи Саше Обрадовића и Наташе Фоно-Ивановић, представника одбране. Они су узалуд (прецизно и тачно) доказивали да не може бити речи о геноциду. Изнели су да намера босанских Срба али и других страна у рату, није била уништење других етничких група већ разграничење и стварање сопствених држава. Изнели су и чињеницу да чак и МКСЈ није утврдио посебну намеру неопходну за геноцид, *dolus specialis*. Такође, они су оспорили, позивајући се на тумачење Комисије за међународно право УН, прешироко и креативно тумачење босанске стране да је уништавање културних и верских објеката и премештање становништва геноцид. Истицали су у том контексту разлику између индивидуалних злочина, злочина против човечености, ратних злочина са једне стране, и геноцида са друге стране (као злочина над злочинима) за који је увек неоподан *dolus specialis*. У контексту доказивања да није било *dolus specialis*, наведени су докази о лечењу 13.500 муслимана и Хрвата 1993. у болницама у Бања Луци, о сарадњи са Фикретом Абдићем и слично. Коначно, одбрана је поставила и умесно (и логично) питање - ако је постојао код босанских Срба *dolus specialis*, зашто геноцид није извршен у Жепи, другој заштићеној енклави у том подручју која је пала у руке ВРС у истом периоду кад и Сребреница?¹⁹

¹⁸ "Србија пред Међународним судом правде", књига 2. "Филип Вишњић", Београд, 2007. стр. 403-423.

¹⁹ Исто, стр 695.

Пресуда 2007

На основу исказа сведока "одбране" као што је био британски генерал Роуз и позивања на пресуду *ad hoc* Међународног кривичног суда за бившу Југославију у случају Радисава Крстића (у којој није утврђен *dolus specialis* Крстића већ само његово обезбеђивање аутобуса за евакуацију људи из Сребренице и наводно учествовање у такозваном удруженом злочиначком подухвату)²⁰ МСП је СРЈ прогласио кривом зато што није спречила геноцид у Сребреници (и што није казнила одговорне за тај злочин).

Пресуда у спору Босна против Србије је донета 26. фебруара 2007. године. На око 160 страница МСП је већином гласова донео закључке који су били примери за примену постмодернистичке теорије али и за *contradictio in adjecto*.²¹ На пример, веће је тврдило да одбацивање надлежности МСП у споровима СРЈ против десет НАТО држава из 2004. важи само за те процесе и да се не може применити на случај тужбе БиХ против СРЈ. Веће је тврдило и да је Србија наследила континуитет СЦГ али не и СФРЈ и на основу тога закључило да се на Црну Гору не односи пресуда МСП.

Такође, из пресуде произилази и да је МСП сам себи дао право да суди о геноциду иако то никада пре није био случај у пракси овог суда.

Повлачење контратужбе од стране СРЈ је за веће учинило ирелеватним питање злочина 10.000 муцахедина у Босни .

Када се ради о питању доказивања, најважније је за веће оно што су изнели кључни сведоци одбране (као што је, наравно, Мајкл Роуз).

За закључке о Сребреници, релевантно је само оно што је МКСЈ утврдио у случају Крстић (упркос томе што је чак и МКСЈ признао да је 10.000 до 15.000 муслиманских бораца покушало пробој ка Тузли, дакле, почињен је злочин над њима, ратним заробљеницима, али то спада под Женевску конвенцију из 1949. а не Конвенцију о геноциду из 1948.)²²

Занемарено је од стране већа и оно што је пред МСП изнео Владимир Милићевић, официр МУП Србије. Он је изнео доказе да је на територију Србије (Бајину Башту) без икаквих проблема пребегло око 450

²⁰ Види пресуду Крстићу на званичном сајту МКСЈ <http://www.icty.org/>

²¹ Пресуда МСП према српском тексту у "Србија пред Међународним судом правде", књига 2. "Филип Вишњић", Београд, 2007. стр 17-185

²² О Женевској конвенцији и ратним правилима види детаљније Крећа М. "Међународно јавно право", Службени гласник , Београд, 2012, стр.792-821.

бораца бригаде из Жепе (ти војници су збирнути и дозвољено им је да касније оду у западну Европу).²³

Коначно, веће МСП није узела у обзир чак ни признање (донето у сагласности са тужилаштвом) Биљане Плавшић пред МКСЈ у којем она негира постојање геноцидне намере или геноцидног плана руководства Републике Српске.

У складу са постмодернистичком тероријом веће МСП у пресуди већином гласова износи да је СРЈ, иако није учествовала у рату у БиХ, крива "због непоштовања обавезе спречавања геноцида". Основни "доказ" за осуду је разговор (без сведока) Весли Кларк – Милошевић у Дејтону, тачније верзија тог разговора америчког генерала коју нико осим њега не може да потврди јер је Милошевић већ био мртав у време доношења пресуде. Други "доказ" за наводну кривицу СРЈ је изјава министра иностраних послова Вука Драшковића из 2005. године.²⁴

Против овакве скандалозне пресуде 2007 су гласали само руски судија Скотников, словачки Томка и ад хок судија из Србије Крећа. Руски судија је у свом издвојеном мишљењу истакао да је више него контрадикторно тврдити да надлежност МСП није постојала у случајевима СРЈ против 10 држава а јесте у случају БиХ против СРЈ.²⁵ Такође, Скотников је сматрао да је МСП изградио "паралелну реалност" и посебно је истакао да пресуда МКСЈ у случају Крстић није у складу са Конвенцијом о геноциду јер код Крстића није утврђена геноцидна намера или *dolus specialis*.

Издвојено мишљење српског судије Миленка Креће

Српски судија Миленко Крећа је такође издвојио своје мишљење поводом пресуде из 2007.²⁶ Он у њему наводи (користећи правни стил и високи ниво расправе који може да служи на понос српској правној науци, посебно када се његово издвојено мишљење упореди са издвојеним мишљењима судија Кита, Бенуме и Махијуа) да не постоји апсолутна *res judicata*²⁷. Крећа истиче да је такав екстремно догматски став према

²³ "Србија пред Међународним судом правде", књига 1. "Филип Вишњић", Београд, 2007. стр. 459.

²⁴ "Србија пред Међународним судом правде", књига 2. "Филип Вишњић", Београд, 2007. 166-185.

²⁵ Исто, стр, 287-299.

²⁶ Исто стр, 358-457.

²⁷ "Свакако није фетиш, нити је судови сматрају за *deus ex machina*" пише Крећа.

пресуди имало само варварско право Лангорбарда.²⁸ Затим наводи да МСП није отворени суд пред којим свако може да тужи свакога, већ да је неопходан услов за тужбу чланство у УН или обраћање Савету безбедности УН. Крећа се пита и зашто је направљена дистинкција између Србије и Црне Горе када су власти из Сарајева 1993. године тужили СРЈ као државу састављену из две републике. Такође, како је могуће да се одбацује надлежност суда у случајевима СРЈ против НАТО 2004. године јер СРЈ није била чланица УН, а годину дана раније у случају БиХ против СРЈ се поступа на потуно супротан начин (Крећа иронично цитира тим поводом Балзакову реченицу "Закони су мреже од паучине преко којих прелазе велике муве и у којима остају мале").

Судија Крећа (као и његов руски колега) разматра и квазиправне конструкције које је веће применило поводом појма геноцида у пресуди БиХ против СРЈ. Он упозорава да у пресуди није доказана геноцидна намера СРЈ као *conditio sine qua non* тог кривичног дела. Затим истиче да у пресуди МКСЈ у случају Крстић, на које се позива МСП, долази до замене теза јер се нестали воде као мртви (у пресуди Крстићу се кривица не заснива на геноцидној намери већ на учешћу у такозваном удруженом злочиначком подухвату, или колективном "примитивном и архаичном концепту одговорности" творевини судија МКСЈ, истиче српски судија). Такође, Крећа критикује и квазиправне и неумесне конструкције МКСЈ из ових пресуда по којима је доказ за геноцид тврдња да се жене из Сребренице наводно нису више удавале након тог злочина и зато нису рађале децу.

Српски судија истиче да у пресуди МСП није дефинисан обим уништења јер се не зна да ли се он односи на вође или народ (вођа сребреничких муслиманских војних формација Орић је иначе побегао из града). Затим он упозорава да веће које је донело пресуду није било у стању да дефинише објект уништења или групу над којом је извршен геноцид. Тачније, апстрактна дефиниција "несрби" не говори ништа у правном смислу и може да доведе до бесмислених конструкција (по којима су Срби имали намеру да униште Црногорце у БиХ иронично

²⁸ Овај народ је формирао трећу варварску државу на територији Италије а најпознатија збика правних прописа је била *Edictum Rhotari* који је њихов краљ Ротари донео око 650 године нове ере . У кривичном праву је код њих била заступљена објективна одговорност, доказивање невиности уопште у германском праву је било на окривљеном , у сведочењу се употребљавао и божији суд или ордалија , на пример бацање у хладну воду завезаног оптуженика и слично . Више о томе види Аврамовић С. Станимировић В. "Упоредна правна традиција ", Номос , Београд, 2006. стр. 183-198.

примећује српски судија). Зашто се сребренички муслимани одвајају од муслимана у БиХ као целине, пита се такође Крећа.

Затим судија Крећа износи аргумент који српска одбрана није смела ни да помене пред МСП. Он истиче да су се елементи геноцида испољили управо код генерала Весли Кларка приликом бомбардовања СРЈ 1999. године због "континуираног бомбардовања целокупне територије државе, загађивања тла, ваздуха и воде, уништавања привреде земље, загађивања животне средине осиромашеним уранијумом". Као доказ да је постојала геноцидна намера Крећа наводи познату изјаву генерала Кларка: "Систематски и прогресивно ћемо нападати, рушити, деградирати и пустошити".

Коначно, Крећа у издвојеном мишљењу пита шта је СРЈ требала да уради да би спречила ратне злочине у Сребреници. Да ли је Београд требало да војно интервенише у БиХ, већ тада признатој држави од стране УН? Ако је тако, зашто УН нису употребиле своје војне снаге у БиХ да спрече ратне злочине у Сребреници? На крају, Крећа пита своје колеге да ли је Србија "недовољно" гонила и кажњавала осумњичење за ратне злочине у БиХ тако што је изручила око 40 војних и политичких руководиоца МКСЈ?

Закључак

СРЈ се почетком деведесетих нашла у веома тешкој (и уникалној) политичкој и правној ситуацији. Да би ситуација била још комплекснија, поред политичких санкција уведених од стране УН, СРЈ се суочила и са променом владајуће доктрине у међународном јавном праву. Та нова владајућа доктрина је била изузетно неповољна за мале државе попут СРЈ. Заснована на неформалној пракси и фрагментацији међународног јавног права она је фактички уништила релативну правну сигурност која је постојала до 90-тих година прошлог века (и омогућила великим силама да манипулишу и замењују тезе на међународној сцени).

У том контексту, муслиманске власти у Сарајеву иако нису поседовале атрибуте суверене државе (нису контролисале ни 1/3 територије БиХ) поднеле су (уз помоћ САД) тужбу против СРЈ.

Дакле, СРЈ се у правном смислу налазила у ситуацији која се није могла упоређивати са оном у којој су се налазиле Краљевина СХС и СФРЈ. Краљевина се након 1919. у политичком смислу налазила у "процепу" између два блока сила (фашистичких и западних) у тадашњој Европи. Ипак, нико Краљевини СХС није оспоравао чланство у Друштву народа нити континуитет са Краљевином Србијом. Такође, против Краљевине СХС нису биле уведене санкције. Коначно, међународно јавно право се тада заснивало на равнотежи европских сила.

Такође, и комунистичка Југославија (СФРЈ) је била у много повољнијем положају од СРЈ. Међународно јавно право се заснивало на равнотежи два велика глобална блока (комунистичког и капиталистичког). Оно се развијало у прогресивном смислу након формирања УН и МСП (СФРЈ је у пракси игнорисала МСП али нико јој није оспоравао процесне способности пред тим судом). Такође, СФРЈ није била под санкцијама и била је чланица најважнијих вишестраних међународних уговора.

Дакле, када се претходно има у виду, почетком деведесетих СРЈ се није суочавала само са последицама санкција. Међународно јавно право се у том периоду убрзано урушавало због нестанка равнотеже снага. Западне земље и теоретичари су усвојили постмодернистичку доктрину ради оправдавања својих политичких интереса.

Нова постмодернистичка теорија се заснивала на неколико основних постулата. Сувереност државе и важност УН су од другоразредног значаја у односу на људска права и међународно кривично право. Међународно јавно право као грана права је дерогирано, али не и његови делови - људска права и међународно кривично право. Тачније, од целог система модерног међународног права (ствараног и формулисаног вековима још од Вестфалског мира и Гроцијуса у XVII веку) остала су наводно на снази, само његова два дела, међународно кривично право и људска права.²⁹ Такође, према постмодернистичкој теорији, уговори и обичаји као главни извори модерног међународног права, треба да уступе своје место неформалној пракси која се примењује од "случаја до случаја" како одговора интересима западних земаља.

Такав вулгаран и политички мотивисан приступ међународним односима и теорији је довео до апсурдних, политичких и контрадикторних тумачења и поступака.

Један од најбољих примера за то је био случај БиХ против СРЈ пред МСП. Не само зато што је то био најдужи случај у историји МСП већ и зато што се појам геноцида у том случају по први пут и у потпуности измешта из његовог правног контекста и премешта у сферу политике и ратне пропаганде. Тачније, пред МСП-ом као судом УН који пресуђује спорове између држава се по први пут у случају БиХ против СРЈ води

²⁹ Или делови међународног јавног права који су почели убрзано да се развијају и самостално формулишу тек после 1945. године, дакле неколико векова након настанка модерног међународног јавног права који се везује за дела Хуга Гроцијуса. У сваком случају, у ранијој теорији они су се увек сматрали као делови међународног јавног права. Када се претходно има у виду, јасно је да постмодернистичка теорија негира опште усвојену хронологију развоја међународног јавног права.

процес поводом оптужбе за геноцид иако је кривица за геноцид индивидуална, а не колективна .

Такођ, надлежност МСП се када се радило о СРЈ олако и различито утврђује као да се радило о два различита суда у различитим временским периодима. Зато је СРЈ могла бити тужена од стране БиХ пред МСП за догађаје од 1992-1995 (иако је СРЈ постала чланица УН тек 2000. године). Са друге стране, наводно СРЈ не може тужити чланице НАТО за агресију 1999. године јер тада није биле чланица УН (тешко да може бити јаснијег примера за *contradictio in adjecto*). Из овог занемаривања правног разума се посредно извлачи и следећи "закључак". Бомбардовање осиромашеним уранијумом цивила у СРЈ 1999. године није геноцид. Са друге стране хуманитарне везе Београда и Срба у БиХ јесу "неспречавање и некажњавање " геноцида.

Када се претходно има у виду, онда није изненађење ни чињеница да је "најзначајније" сведочење за веће МСП у случају БиХ против СРЈ било оно Весли Кларка. Дакле, сведочење човека који је упркос међународном хуманитарном праву бомбардовао осиромашеним уранијумом цивиле у СРЈ 1999. године 78 дана.

Коначно, у том неповољном контексту примене постмодернистичке теорије, поставља се питање да ли је одбрана СРЈ могла нешто више да учини у случају БиХ против СРЈ? Нема сумње да је могла, посебно након 2000. Повлачење контратужбе, позивање као главног сведока одбране генерала Роуза, игнорисање политичких елемената у пресудама МКСЈ, допринели су неповољној пресуди 2007. Овоме треба додати и изјаве тадашњег министра иностраних послова СЦГ и биће јасно да је целокупна стратегија одбране пред МСП била непрофесионална.

Свакако, случај БиХ против СРЈ и пресуда из 2007. треба да буду поука будућим генерацијама правника у Србији. Нема непрестаног прогреса у развоју међународног јавног права више него убедљиво показује тај случај. Такође, постмодернистичка теорија је регресивна појава у развоју ове гране права. Она је, у суштини, само слабо прикривено оправдање за употребу силе у међународним односима (Макијевели је још пре 500 година уочио такву појаву када је писао да је мерило прогреса у међународним односима поштовање закона а назадовања примена силе).³⁰ Постмодернистичка теорија управо прати и оправдава незакониту употребу силе и кршење међународног јавног права.

³⁰ Макијавели Н. "Владалац" Јавор издаваштво, Београд, 2012. стр.74-75.

Dejan Mirović, LL.D
Assistant Professor

**BOSNIA AGAINST THE FEDERAL REPUBLIC OF YUGOSLAVIA
AND THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE
CONTEXT OF POSTMODERN THEORY**

Summary

The Federal Republic of Yugoslavia in the early nineties came under the impact of the new postmodern theory in international law. Postmodernist theory is based on the idea that public international law as a branch of law rights practically loses its significance, but not its parts, such as human rights and international criminal law. Based on these informal practices run the so-called humanitarian interventions and trials before the International Court of Justice . The most famous example of such selective enforcement of public international law by the International Court of Justice is in the case of Bosnia and Herzegovina against Yugoslavia. Application and postmodernist The theory postulates are in fact, an indication of regressive trend in the development of international law.

**CONTUMELIA И CONVICIUM
ИЛИ О ДОСТОЈАНСТВУ И УГЛЕДУ ЧЛАНА ПОРОДИЦЕ**

Апстракт: Слобода говора уме да дође у сукоб са потребом за заштитом угледа и части другог лица. Зато је неопходно дефинисати ту другу категорију. Њене границе су уједно границе прве појаве. Овде нема непосредне речи о аспекту угледа и части појединца који би се тицао политичког живота. Реч је само о једном најопштијем одређењу те категорије које се може пронаћи у D. 47. 10. 1. Без разумевања тог „приватно-правног“ аспекта достојанства појединца не може бити ни правилног разумевања политичких импликација слободе говора.

Кључне речи: *contumelia, convicium, iniuria, famosus libellis.*

1. Појашњење

Достојанство и част су специфичне вредности. Њихово уважавање и заштита су неопходни за опстанак сваког појединца (и не само појединца) од тренутка доласка на овај свет до тренутка одласка са њега. Међутим, то су категорије које захтевају заштиту и након смрти, јер сећање на умрле наставља да живи док год постоји заједница чији су они чланови били. Исто тако, потреба за слободом говора¹ је једна насušна потреба. Међутим, обе ове категорије имају и својих граница. Када се те границе пређу долази до тешких сукоба. Зато је некако природно наишло на ред да се дефинише заштитни објекат који би се могао назвати *достојанством и угледом члана римске породице*. Неко ће приговорити да је то питање које је требало прво обрадити (у првом чланку који се односи на тему коју је аутор изабрао за рад у оквиру Пројекта). У процес истраживања се, свакако, никада не улази потпуно спремно и то није разлог да се грешке не исправљају.

Свако испитивање би требало да полази од релевантних и несумњивих извора. Поред тога, започиње се са изворима који пружају

* Доцент

¹ Овај чланак је најављени наставак истраживања проблема заштите како психо-физичког и моралног интегритета појединца, тако и слободе говора у правном и политичком систему античког Рима, Вид. Огњен Вујовић, „Заштита психо-физичког интегритета и угледа појединца“, Тематски зборник – Пројекат, Косовска Митровица 2013, 447-454.

најопштије информације о неком проблему. Зато је аутор изабрао да овај пут укаже на неке аспекте које отварају почетни параграфи поглавља у Дигестама у коме има речи о клевети у увреди (*De iniuriis et famosis libellis*). Ту се налазе одговори који могу пружити јаснију слику о природи моралног интегритета појединца као заштитног објекта код античких Римљана. Може се рећи да су то претходна питања без којих није могуће раумети наведени појам. Зато ће у овом чланку бити дата најопштија одређења деликата *contumelia* и *convicium*.

Током посматрања и анализе најопштијих римских правничких решења биће упоредног позивања на одговарајуће одредбе из позитивног законодавства Републике Србије. Аутор јесте са тим поступком отпочео због потребе да своје истраживање некако уклопи у тему Пројекта, али се убрзо показало да такав приступ може отворити нове хоризонте у проучавањау древних појава. Колико ће помоћи самим стручњацима за позитивно право остаје да се види.

Вратимо се теми рада.

Свако ко се сусретне са насловом чланка (био лаик, или не) поставиће следећа питања:

2. Шта је то *contumelia*?

Треба почети од извора који најопштије дефинише ту појаву, али и њен однос са другим општим појмом (са инјуријом). Пре тога, треба напоменути да на то да је инјурија општији појам несумњиво указује следећи параграф из Дигеста из титулуса који говори о Аквилијевом закону (*Ad lege Aquiliam*). Параграф је сачињен на основу Улпијанове осамнаесте књиге о едикту (*Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*):

*Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriam actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit:...*²

Овде се каже да се инјурија не сме разумети као нека тужба за контумелију, већ као нешто што није начињено у складу са правом, што је противправно, као када је неко крив за убиство:...

Дакле, инјурија је као општији појам некада обухватала и поступке који би се сада могли сврстати под контумелију. Изгледа да су се у неком тренутку развоја права тај други појам и тај други деликт издвојили из првог. Из цитираног параграфа се, чини се, може закључити да се овај

² D. 9. 2. 5. 1. Наведено према Theodor Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti, recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero*, Vol I, 1870., 278. Поменуто дело је могуће пронаћи и на интернет адреси:
<http://www.archive.org/stream/digestaiustinia01kruegoog#page/n6/mode/2up>.

деликт потпуно осамосталио, јер Улпијан има потребу да каже да инјурија не значи контумелију. На основу тога би се могло претпоставити и да је контумелија издвојена из инјурије тек у неко време које није далеко од времена када је Улпијан писао.

Најопштије одређење контумелије је присутно у 47. књизи Дигеста у десетом титулусу под називом „De iniuriis et famosis libellis“ (што би се могло превести као „Инјурије и клеветничка писања“)³ у уводном (*principium*) делу одломка из Улпијанове 56. књиге о Едикту (*Ulpianus libro quinquagesimo sexto ad edictum*).⁴

D. 47. 10. 1. pr: Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter. specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo.

³ Аутори често термин *iniuriis* у овом контексту преводе као увреде (*contumelies*). Тако Вотсон наслов овог поглавља преводи као „Увреде и клеветничка писања“ (*Contumelies and Defamatory Writings*), Вид. *The Digest of Justinian, translation edited by Alan Watson, Vol. 4., Philadelphia 1998.*, 285.

У овом чланку термин *iniuriis* није преведен као „увреде“, јер он указује на много шири круг понашања, а контекст у коме је дат свакако не дозвољава његову спецификацију.

У сваком случају термин *iniuriis* је придев који поједини речници преводе као „неправедан“, Вид. *Srpsko – latinski i latinsko – srpski rečnik*, Priređivač Alba Avis, Zemun 2001, 729.

Берегер, с друге стране, реч *iniuria* преводи као „противправност“ (*unlawfulness*), Вид. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Transactions of the American Philosophical Society, Held at Philadelphia for promoting usefull knowledge, New Series, Volume 43, Part 2, 1953, Clark, New Jersey 2004, seventh printing 2008*, 502.

Имајући у виду историјат деликта инјурије и са њим повезан развој самог тог термина, могло би се рећи да би придев *iniuriis* било могуће превести само као „противправан“, а не као „неправедан“.

Реч *famosus* је придев који се преводи као „чувен“, али и „озлоглашен, увредљив“, Вид. *Srpsko – latinski i latinsko – srpski rečnik*, Priređivač Alba Avis, Zemun 2001, 679. *Libellus* је именица са значењем: „књижица, писамце, бележница ... јавни оглас“, *Ibid.*, 755. Бергер, такође, *libellus* објашњава као „мала књижица“, „памфлет“ („a small booklet (liber), а pamflet“, Adolf Berger, 561.) Бергер даје и нека додатна и врло корисна појашњења.

⁴ У раду је коришћено опште прихваћено Момзеново издање Дигеста, Theodor Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti, Vol II 1870*. (Поменуто дело је могуће пронаћи и на интернет адреси:

<http://www.archive.org/stream/digestaiustinia00kruegoog#page/n14/mode/2up>). Уосталом, на Момзеново издање се ослања и навођени Вотсонов превод.

Превод: Инјурија је, као што реч каже, оно што није учињено у складу са правом: било шта, што није учињено у складу са правом. То је опште. Посебно, инјурија говори о контумелији (*contumelia*).⁵ Понекада инјурија указује на штету насталу кривицом (*damnum culpa datum*), као када се говори с обзиром на Аквилијев закон: понекада неоправданом инјуријом називамо, када се изрекне неоправдана или неправедна пресуда,⁶ инјуријом се назива, оно чему недостају право и правда, будући да је без права. *Contumelia* од *contemnendo*.

Последњи део реченице о контумелији у Момзеновој редакцији, као што се могло видети, долази након зареза. Међутим, ту је реч о етимолошком појашњењу посебног појма. Тај појам је додуше некада био тешње обухваћен концептом инјурије, али сада само уопштено. Зато, у оквиру таквог једног општег одређења противправности, има посебно и самостално значење, као што ће га имати сваки деликт који се издвоји и осамостали од општег прекршаја или инјурије. У сваком случају, наведено термилошко објашњење не стоји у непосредној вези са претходним делом реченице, па је нужно да оно чини посебну целину. Зато би након *quasi non iuriam* требало ставити тачку, као што је то учињено у горе понуђеном преводу.

У речнику латинских термина се може наћи следећи превод речи *contemnendo*, за коју Улпијан каже да је корен речи *contumelia*: „*con – temno, tempsi, temptum* – презирати, не хајити“.⁷ Бергер, с друге стране, наводи да је *contumelia* – увреда. Он истиче како је то један од облика инјурије, али и да није прецизно дефинисана. По њему, она има исто значење као и грчки *hybris*.⁸

Исти аутор појашњава и *convicium*, па каже како је то вербални прекршај уперен против части неке особе. Он је сматран инјуријом када је почињен путем довикивања (*loud shouting*) у јавности (*vociferatio*).⁹

Очигледно је да Бергер не налази јасан критеријум за успостављање разлике између контумелије и конвицијума. Чини се да се даљим читањем одломка из наведеног Улпијановог коментара тај

⁵ Термин *contumelia* се уобичајено преводи као увреда, Вид. Alan Watson, 285. Вотсон га преводи као *contumely*, што би се са енглеског језика могло превести као *увреда*, мада је у том језику уобичајени правнички термин за увреду *insult*.

Овде је изабрано да се ова реч не преводи, јер се чини да потпуно одговарајућег термина не може бити пошто је реч о специфичној римској појави.

⁶ Како Вотсон преводи „for when someone delivers judgment unfairly or unjustly”, *Ibid*.

⁷ *Srpsko – latinski i latinsko – srpski rečnik*, Priređivač Alba Avis, Zemun 2001, 616.

⁸ Adolf Berger, 415.

⁹ *Ibid.*, 416.

критеријум ипак може пронаћи. О томе ће бити речи у поглављу које следи.¹⁰

С друге стране, када је о поменутом грчком деликту *hybris* реч, онда читаоце треба упутити на:

„Све у свему, *hybris* је комплексан правни институт, који подразумева више елемената. До њих смо дошли комбиновањем информација из извора који имају теоријско (Аристотелова *Реторика*) и практично утемељење (судски говори). Међу тим елементима круцијалним сматрамо следеће. Прво, то је спољашња манифестација самог акта: у питању је понашање које је неумерено, обесно, саможиво, у нескладу са правним, моралним или друштвеним нормама. Други елемент се везује за последицу: *hybris* је понашање којим се неко други срамоти, понижава, омаловажава, обешчашћује (дакле, нема *hybris*-а без последице коју трпи жртва). Треће је субјективни елемент — стање свести, односно намера починиоца: такав поступак је упућен ка другом са циљем да се он осрамоти, понизи, увреди, да му се угрозе част и углед...“¹¹

Дакле, контумелијом се означава понашање којим се угрожава туђи морални интегритет.

3. Шта је то *convicium*?

Поред контумелије, исти одломак из Улпијановог коментара на едикт, у следећем параграфу уводи још један појам. Реч је о деликту *convicium*:

*Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit.*¹²

Превод: Лабееон каже да се инјурија може починити или поступком (мисли се на физички поступак), или речима: поступком, када се почини руком: речима, када се не почини руком, то је *convicium*.

Следећи параграф:

*omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: ad dignitatem, cum comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur.*¹³

¹⁰ Овом приликом треба истаћи да аутор своје мишљење о том питању износи само на основу увида у наведени извор, а не и проучавањем ставова који су присутни међу изучаваоцима овог проблема у римском праву.

¹¹ Сима Аврамовић, „Hybris у античкој Атини – правни аспекти и савремени изазови“, *Зборник Матице српске за класичне студије* 10/2008, 212.

¹² D. 47. 10. 1. 1.

¹³ D. 47. 10. 1. 2.

Превод: свака инјурија је или почињена на телу, или на достојанству, или наноси инфамију¹⁴: телесна је она када је неко погођен¹⁵ (очигледно се мисли *када је неко физики погођен*, примедба О. В): на достојанству је она када неко одвуче пратиоца матроне: случај инфамије је када угрожава нечију част (Вотсон, овај део реченице *ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur* преводи као *and to disgrace when an attempt is made upon a person's chastity*¹⁶).

Из наведених реченица је потпуно јасно да се физички интегритет појединца може угрозити само физичким актима, а да се морални интегитет (који је обуваћен терминима *ad dignitatem* и *pudicitia*) може повредити и физичким актима, али без физичких последица. У сваком случају, не може се рећи да међу овим категоријама може доћи до неког нерешивог преплитања. На основу наведених извора је већ на први поглед јасно да код угрожавања моралног интегритета нема никаквих физичких последица. Дакле, не радња, већ последица радње указује где треба сврстати одређени деликт: да ли у инјурију, да ли у контумелију, или у конвицијум. С друге стране, јасно је да *convicium* представља све оно што „није почињено руком“. То значи да контумелија може бити „почињена руком“. ¹⁷ По том критеријуму испада да одвођење пратиоца матроне као деликт никако не може представљати конвицијум, али зато може контумелију, јер је на неки начин морао бити „почињен руком“. Међутим, код овог деликта постоје неке специфичности које га издвајају као посебан прекршај.

Дакле, повредом достојанства је сматрано одвођење пратиоца матроне. Уколико би се употребила терминологија позитивног законодавства Републике Србије, онда би се могло рећи да је ту на основу околности, јасно да је починилац то учинио у намери омаловажавања матроне и куће којој она припада и коју представља.

Тако Кривични законик Републике Србије када говори о кривичном делу увреде у члану 170. став 4. наводи:

Неће се казнити за дело из става 1. до 3. овог члана учинилац, ако је излагање дато у оквиру озбиљне критике у научном, књижевном, или уметничком делу, у вршењу службене дужности, новинарског позива,

¹⁴ Као што се види, овде није понуђен превод појма *infamia*, јер је реч о још једној специфичној римској појави. У сваком случају, у даљем тексту овог параграфа из Дигеста је понуђено његово ближе појашњење.

¹⁵ *Pulsatio* и *pulso* се преводи као ударање, ударити, тући, Вид. *Srpsko – latinski i latinsko – srpski rečnik*, Приређивач Alba Avis, Zemun 2001, 856. У чланку је изабран термин „погођен“, јер указује на исту појаву, а чини се прикладнијим.

¹⁶ Alan Watson, 285.

¹⁷ То је критеријум о коме је било речи, упор. фн. 10. и став на који се она односи.

политичке делатности, у одбрани неког права или заштити оправданих интереса, ако се из начина изражавања или из других околности види да то није учинио у намери омаловажавања (подвукао О. В.).¹⁸

Ниједан деликт, па ни *деликт одвођења пратиоца матроне* се не може посматрати само са аспекта радње, већ и са аспекта могућих последица. Из формулације која је дата у поменутом параграфу у Дигестама је потпуно јасно да никаква физичка последица није морала да наступи да би починилац био кажњен. Међутим, то *одвођење* је у очима Римљана морало бити страшно управо због могућих страшних последица. Прво што читаоцу може пасти на памет је да одвођењем пратиоца матрона остаје без неопходне заштите како свог физичког, тако и свог моралног интегритета. Међутим, у поменутом параграфу се изричито каже да је тиме повређено њено достојанство. Све то некако, само по себи, намеће закључак да се овај деликт састојао у угоржавању достојанства како матроне, тако и њене куће путем њеног физичког угрожавања. Дакле, акт је физички и угрожавање је физичко, али је довољно да последица буде морална а не и физичка, па да настане деликт. Због тога је можда боље рећи да морални значај последице (достојанство, *ad dignitatem*) претеже над физичким. Све то упркос томе, или баш због тога што би неко одвео пратиоца од матроне да би јој несметано физички наудио и тиме јој уједно укаљао достојанство. То, опет захтева поређење са одговарајућим члановима нашег позитивног законодавства који говоре о кривичним делима која су уперена против полне слободе:

*Ко принуди другог на обљубу или са њом изједначен чин употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица, казниће се ...*¹⁹

Треба напоменути да је извесно да што се тиче принуде и претње (уопште) у неком старијем периоду (макар у временима пре пунских ратова): „Старо право није познавало никакве могућности за заштиту лица које би претњом било приморано да изврши неку штетну правну или фактичку радњу...”²⁰

4. Где има сагласности, тамо нема деликта

Види се да је данас за настанак кривичног дела и за постојање жртве битно да је последица резултат принуде, силе, или претње. Слично

¹⁸ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, члан 170. став 4.

¹⁹ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, члан 178. став 1.

²⁰ Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2005, 368.

је било код Римљана. То се може закључити из следећег параграфа који додуше говори о инјурији која је почињена на деци неког патер фамилијаса (*liberis nostris*), али се ту налази и један општи принцип:

*Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi nolentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filli vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*²¹

Одавде је сасвим јасно да нема инјурије, тамо где има сагласности (*quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*). Одвајањем пратиоца од матроне она остаје фактички незаштићена, па је могуће да буде предмет принуде, присиле, или претње. Зато је сам тај чин довољан за настанак деликта, као и да се извршилац казни. Некада се чини да су Римљани много боље штитили категорију сагласности воља него што је то данас случај.

Шта даље каже наш Кривични закон:

*Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда лица према којем је дело извршено или ако је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин или према малолетнику или је дело имало за последицу трудноћу, учинилац ће се казнити ...*²²

Претпоставља се да је након одвођења матроне могла наступити њена „тешка телесна повреда“ и томе слично, па зато чин одвођења њеног пратиоца није био ни мало наивна ствар.

Пошто угрожавање матроне, представља и угрожавање достојанства куће којој она припада и коју представља, онда треба видети ко је све пасивно легитимисан:

*Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.*²³

Превод: Инјурија се може починити или на самој туђој личности (мисли се директно према одређеном лицу, примедба О. В.), или на туђим особама. На самој личности, када неко непосредно на патер фамилијасу, или на мајци породице почини инјурију: преко других, када последица погађа, или преко слободних, или преко робова, или преко снаје (израз

²¹ D. 47. 10. 1. 5.

²² Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, члан 178. став 3.

²³ D. 47. 10. 1. 3.

nuruive, Вотсон преводи као *daughter-in-law*²⁴): инјурију можемо претрпети, уколико она погађа, оне који су под нашом влашћу, или који су предмет наше наклоности.²⁵

Дакле, рекло би се да за сваку инјурију може да гони патер фамилијас као представник породичне куће. Инјуријом су повређени непосредно, или он, или мајка породице, или опет они, али сада посредно, преко потчињених лица.

На основу овог параграфа се може закључити да су предвиђањем деликта инјурије, пре свих, били заштићени патер фамилијас и мајка породице. Били су заштићени директно (заштитом њиховог сопственог телесног интегритета, али, јасно је видљиво из претходно наведених тачака, подједнако и моралног интегритета) и индиректно (преко санкционисања повређивања њихових укућана (лица *alieni iuris*), али и оних лица која су предмет њихове наклоности). Дакле, инјурија је и у Улпијаново време имала прилично широк заштитни објекат. И не само то, него се чини да је патријархална породица још увек била владајући облик породичног организовања и породичних односа. Пошто је Улпијаново дело послужило за састављање овог параграфа у Дигестама, онда се може закључити да је и у Јустинијановом времену то још увек био владајући облик породице.²⁶

5. Потреба за заштитом угледа и части, чак и након смрти

*Et si forte cadaveri defuncti fit iniuria, cui heredes bonorumve possessores extitimus, iniuriam nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si qua et fit iniuria. Idemque et si fama eius, cui heredes extitimus, lacessatur.*²⁷

Овде је реч о случају где наследници имају право на тужбу за инјурију уколико је тело покојника било предмет понашања које спада под овај деликт, или како то Вотсон преводи „if perchance the corpse should

²⁴ Alan Watson, 285.

Nurus је именица женског рода којом се означава снаха, али и невеста и млада жена, Вид. Adolf Berger, 793.

²⁵ Вотсон овај део реченице преводи на следећи начин: *for a contumely affects us which is suffered by those who are subject to our power or are the objects of our affection*, Вид. Alan Watson, 285.

²⁶ Аутор чланка се није упознао са одговарајућим студијама које су проучавале породицу уопште, па ни историјат античке римске породице. Због тога своје читаоце моли за разумевање уколико се приликом извођења овог закључка поткрала нека грешка.

²⁷ D. 47. 10. 1. 4.

be contumeliously treated“²⁸ Дакле, овде се Вотсон определио за превод који указује на увредљиво (*contumeliously*) понашање, што је, наравно, сасвим исправан поступак.

Последња реченица овог параграфа каже како исто важи уколико се угрожава углед покојника.

Позитивно законодавство Републике Србије, такође, предвиђа да се гоњење кривичних дела против части и угледа предузима по приватној тужби (у првом ставу 177. члана):

*Гоњење за дело из члана 170. до 172. овог законика предузима се по приватној тужби.*²⁹

Поред тога, предвиђа се и ко има права на тужбу када су у питању част и углед покојника:

*Ако су дела из члана 170. до 172. овог законика учињена према умрлом лицу, гоњење се предузима по приватној тужби брачног друга или лица које је са умрлим живело у трајној ванбрачној заједници, сродника у правој линији, усвојиоца, усвојеника, брата или сестре умрлог лица.*³⁰

Улпијан, с друге стране, каже и да је код инјурије која је почињена на покојниковом телу, или на његовој сахрани, уколико се десила након тренутка прихватања заоставштине,³¹ реч о, како Вотсон преводи, увреди начињеној наследнику.³² Али, ако се десила пре прихватања заоставштине, онда је реч о увреди која је нанета самој заоставштини³³ и наследник је само преко ње овлашћен да подигне тужбу, завршава Вотсон.³⁴

Из овог примера се види да инјурија као повреда достојанства прати саму личност појединца. Пошто се десила након што је наследник прихватио заоставштину, онда је угрожена сама личност наследника, јер је он продужио и личност покојника. Ако се десила пре прихватања заоставштине, онда је причињена непосредно заоставштини, јер још нема лица које би продужило личност покојника. И након што је такво лице прихватило заоставштину, поменути инјурија остаје као непосредна повреда саме заоставштине, а не и личности наследника.

²⁸ Alan Watson, 285.

²⁹ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, члан 177. став 1.

³⁰ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, члан 177. став 2.

³¹ Како Вотсон каже *if it occur after the inheritance has been accepted*, Alan Watson, 285.

³² “the insult is to the heir“, Alan Watson, 285.

³³ “but if it be before acceptance, the insult is rather to the inheritance itself and it is thus through the inheritance that the heir will acquire the action“., *Ibid.*

³⁴ Упор. D. 47. 10. 1. 6.

Наше законодавство, када је у питању заштита части и угледа покојника, у Кривичном законнику у члану 177. став 2. предвиђа да се гоњење за увреду и изношење личних и породичних прилика, које је такве природе да шкоди части и угледу покојника и чланова његове породице, предузима путем приватне тужбе:

*Ако су дела из члана 170. до 172. овог законика учињена према умрлом лицу, гоњење се предузима по приватној тужби брачног друга или лица које је са умрлим живело у трајној ванбрачној заједници, сродника у правој линији, усвојиоца, усвојеника, брата или сестре умрлог лица.*³⁵

Очигледно је да се и данас сматра да су углед и част покојника нераскидиво везани искључиво за породичну заједницу којој је припадао.

6. Закључак

Физички интегритет појединца се може угрозити само физичким актима, а морални интегитет (који је обуваћен терминима *ad dignitatem* и *pudicitia*) се може угрозити и физичким актима, али не мора бити физичких последица. Значај последице, дакле, претеже код дефинисања деликата, јер је последица у најближој вези са заштитним објектом. Пошто је тако, онда радња деликта може да послужи за помоћ у одређивању карактера последице, али и у успостављању разлике међу деликтима који у основи штите исти тип заштитног објекта. То ће уједно бити полазне тачке за даљу анализу деликата у оквиру исцртаног истраживања.

³⁵ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, члан 177. став 2.

Ognjen Vujović, LL.D
Assistant Professor

CONTUMELIA* and *CONVICIUM
Or About Reputation and the Honor of Member of Family

Summary

Freedom of speech may oppose the need to protect the reputation and the honor of other person. That is why is necessary to define the other category. The boundaries to it are at the same time the boundaries to the freedom of speech. Here it is not the mean of honor aspect and reputation of one person regarding political life. It is only about one general determination of the category which may be found at D.47.10.1. Without understanding this “personal-legal” aspect of dignity of one person political implications of freedom of speech cannot be correctly understood.

**ЗАЈЕДНИЧКО ИЗДВОЈЕНО МИШЉЕЊЕ У ОДНОСУ НА
ЗАКЉУЧАК УСТАВНОГ СУДА IУо-870/2012
ДА ЛИ ЈЕ УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ „УСТАВОБРАНИТЕЉ“?**

***Апстракт:** Уставно судство као „четврта грана власти“, која се налази између права и политике, свој задатак заштите уставног поретка остварује у различитим уставним системима са мање или више успеха. То зависи од бројних фактора.*

Поред уставног и законског оквира, то зависи и од стабилности конкретног уставног система, тј. изграђености његових институција, уставне и политичке културе, а у доброј мери и од самог уставног суда или прецизније речено од његовог персоналног састава. У транзиционим друштвима какво је наше, где демократија не успева да се стабилизује и где је политичка култура на изузетно ниском нивоу, нема много изгледа да ће уставни суд успети да се „одбрани“ од извршне и законодавне власти и изгради ауторитет истинског „уставобранитеља“.

Посебно су деликатне ситуације када уставни судови решавају питања која имају велику политичку тежину, а у случају Уставног суда Србије, свакако су најделикатнија она која се односе на заштиту уставног поретка на територији Аутономне покрајине Косова и Метохије. Тако су се пред Уставним судом нашли предлози о оцени уставности тзв. Бриселског споразума и четири „Бриселске уредбе“.

У овом раду аутор анализира Заједничко издвојено мишљење у односу на Закључак Уставног суда IУо-870/2012. Оно је специфично јер се по први пут у пракси Уставног суда односи на закључак о једној процесној радњи – застајању са поступком.

Чини се да нам поступање Суда у овом предмету може помоћи у тражењу одговора на питање шта је основно мерило рада Уставног суда - Устав или актуелна политика, тј. да ли је Уставни суд Србије „уставобранитељ“?

***Кључне речи:** Уставно судство, Уставни суд Србије, Издвојено мишљење, „Уставобранитељ“.*

* Асистент

I

Уставносудска власт која се означава и као „четврта грана власти“ представља „угаони камен“ владавине права.¹ Контрола уставности установљена пре више од два века, данас је, у оквиру неколико основних система уставног судства, поверена различитим органима. У неким државама контрола уставности је у надлежности редовних судова, а у знатном броју држава постоји уставни суд као нарочити орган државне власти надлежан за вршење уставносудске функције. Такође, познат је и систем самоконтроле у коме законодавни орган врши контролу уставности (Устав ФНРЈ из 1946. и Уставни закон из 1953.), а некада је овај задатак поверен „друкчијим“ органима, какав је нпр. Француски Уставни савет.

Од времена свог настанка, с почетка XX века, уставно судство је значајно реформисано, па „Келзенов негативни законодавац“ данас, као једна од важних полуга у систему поделе власти, нарочито у стабилним демократијама, делује на законодавну власт и превентивно, тако да се законодавац уздржава од доношења закона за које процени да би могли бити проглашени неуставним.

Уставом Србије, као и у већини савремених држава, Уставни суд је позициониран као самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе, а његове одлуке су коначне, извршне и општеобавезујуће.² За положај Уставног суда од великог значаја су и оне уставне норме којима се прописују његове надлежности и услови и начин избора судија.

Широке надлежности Уставног суда требало би да допринесу јачању његове позиције, но може се догодити да оне постану препрека његовој ефикасности. Управо се то и догодило, па је велики број уставних жалби због повреде права на суђење у разумном року, иначе законом „дописана“ надлежност, оптеретио рад Уставног суда.

Иако се не може са сигурношћу рећи који је најподеснији начин избора судија уставног суда који ће допринети њиховој независности, сматра се да је највећи уплив политике у системима где судије уставног суда бира законодавни орган. Мешовити системи избора судија уставног суда, и поред потенцијалне опасности да ће свака власт имати „своје судије“, примењен на начин који предвиђа Устав Србије из 2006. године, ствара солидну основу за стварање једне респектабилне институције која ће се у свом раду, колико је год то могуће, дистанцирати од политике и приближити праву.

¹ Бојан Бојанић, Положај и надлежности Уставног суда Србије, НБП – Журнал за криминалистику и право, број 3/2013, 141.

² Члан 166. Устава Републике Србије из 2006. године

Но, пракса често демантује теорију, па је тако и у овом случају. У Пољској парламент бира све судије, а пољски Уставни трибунал се, и поред чињенице да се поступак његовог избора одвија без икаквог система тежа и противтежа, с правом сматра „најреспектабилнијим посткомунистичким уставним судом“.³ С друге стране, и поред повољног уставног оквира, и то како у погледу установљених надлежности, тако и начина избора судија, Уставни суд Србије се није изборио за позицију „уставобранитеља“.

Ова два примера нам на најбољи начин показују да уставни и законски оквир не морају пресудно да утичу на позицију „четврте гране власти“ у конкретном уставном систему. Њен статус у доброј мери зависи од тога да ли је подела власти спроведена у дело или је само мртво слово на папиру.⁴ У неуређеним уставним системима, у системима који болују од недостатка политичке и уставне културе, тамо где демократија не успева да се стабилизује, а транзиција предуго траје, нема много изгледа да се уставни суд одбрани од „настртаја“ законодавне и извршне власти и буде прави чувар устава.

Независност уставног суда нигде није дарована, па осим повољног политичког амбијента који првенствено зависи од законодавне и извршне власти, веома су битне и оне претпоставке које се тичу самог суда.⁵ Дарко Симовић с правом наглашава да успешно остваривање улоге заштитника устава и јемца уставом установљене равнотеже власти превасходно зависи од његовог састава, јер људи уливају живот правним институцијама и начин на који ће оне заживети у пракси првенствено зависи од њиховог персоналног састава.⁶

Уставни суд се у свом раду често налази у деликатној позицији, а то је посебно случај када решава осетљива питања која имају велику политичку тежину. Но, то је уједно и права прилика да се гради ауторитет ове институције коју Уставни суд Србије, нажалост, ретко користи. Он се пред таквим питањима повија, одуговлачи са њиховим решавањем, ствара

³ Z. Kuhn, J. Kysela, *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries*, *European Constitutional Law Review* 2–2006, 187. Наведено према: Дарко Симовић, *Слабости институционалних гаранција независности Уставног суда Србије*, Регионална конференција о избору судца уставних судова, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012, 7.

⁴ Слободан Орловић, *Уставни суд Републике Србије у праву и политици*, Српска политичка мисао, број 4/2008, vol. 22, 241.

⁵ Боса М. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова*, Београд 2012, 34.

⁶ Дарко Симовић, *Проблем политизације и састав уставног суда*, Улога и значај уставног суда у очувању владавине права, Београд 2013, 242.

привид да се њима бави темељно и озбиљно.⁷ Примере оваквог поступања Уставног суда налазимо у предметима оцене уставности Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, сета правосудних закона, Статута АП Војводине, Закона о утврђивању надлежности АП Војводине, жалби неизабраних судија, а ту свакако спадају и оцена уставности тзв. Бриселског споразума⁸ и „Бриселских уредби“.⁹

II

Једна од четири „Бриселске уредбе“, Уредба о посебном начину обраде података садржаних у катастру земљишта за Аутономну покрајину Косово и Метохија, била је, поред осталог, предмет расправе на седници Уставног суда одржаној 18. јуна 2013. године. Већином гласова Уставни суд је, у складу са одредбама члана 55. став 1. Закона о Уставном суду и члана 182. став 2. Устава, како је наведено у изреци, донео Закључак IУо-870/2012 о заступању са поступком оцене уставности наведене Уредбе.

У образложењу Закључка се наводи да се Одбор за уставна питања и законодавство Народне скупштине дана 13. децембра 2012. године обратио Уставном суду са предлогом да се застане са поступком оцене уставности и законитости оспорене уредбе. Као разлог за заступање Одбор је навео да је у току израда закона којим ће се регулисати суштинска аутономија АП Косово и Метохија – у складу са чланом 182. став 2. Устава Републике Србије. Том приликом Одбор је обавестио Уставни суд да је Министарство правде и државне управе формирало радну групу за израду тог закона.¹⁰

У образложењу се даље наводи да се и Влада Уставном суду обраћала у два наврата са захтевом да застане са поступком „до доношења посебног закона којим ће се уредити суштинска аутономија АП Косово и

⁷ Владан Петров, *Нови Уставни суд Србије (2006–2012) – реформа уставног судства на странпутици?*, Свеске за јавно право, 9/2012, 27.

⁸ Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа

⁹ Уредба о посебном начину обраде података садржаних у матичним књигама за подручје Аутономне покрајине Косово и Метохија („Службени гласник РС“, број 86/11)/предмет IУо-628/2011, Уредба о контроли преласка административне линије према Аутономној покрајини Косово и Метохија („Службени гласник РС“, број 98/11)/предмет IУо-774/2011, Уредба о посебном начину признавања високошколских исправа и вредновања студијских програма универзитета са територије Аутономне покрајине Косово и Метохија („Службени гласник РС“, број 16/12)/ предмет IУо-869/2012 и Уредбе о посебном начину обраде података садржаних у катастру земљишта за Аутономну покрајину Косово и Метохија („Службени гласник РС“, број 94/11)/предмет IУо-870/2012.

¹⁰ Закључак Уставног суда IУо-870/2012, „Службени гласник РС“ број 67/2013

Метохија¹¹“, први пут 29. марта 2013. Године, а потом и 4. јуна 2013. године.¹¹

Члан 55. Закона, на основу кога је Суд донео предметни Закључак, гласи: „У току поступка, а на захтев доносиоца оспореног акта, Уставни суд може, пре доношења коначне одлуке о уставности или законитости, застати са поступком и дати могућност доносиоцу општег акта, да у одређеном року отклони уочене неуставности или незаконитости.

Ако у одређеном року уставност или незаконитост не буде отклоњена, Уставни суд ће наставити поступак.“¹²

Сматрамо да је ова законска одредба апсолутно јасна и недвосмислена, али да је Уставни суд у конкретном случају исту погрешно применио. До застајања са поступком, у складу са наведеном одредбом, може доћи на захтев доносиоца оспореног акта, па из тога произлази да Одбор за уставна питања и законодавство Народне скупштине није био надлежан за подношење таквог захтева, а његов поступак се може схватити искључиво као притисак законодавне власти на рад Уставног суда. Даље, до застајања са поступком може доћи искључиво са циљем да доносилац акта у одређеном року отклони уочене неуставности или незаконитости. То се од Владе у овом случају није могло очекивати јер недостатке једног акта могуће је отклонити његовом изменом или доношењем новог. Како Влада као орган извршне власти није надлежна за доношење закона, већ за њихово спровођење, а материја која је регулисана Уредбом је *par excellence* законодавна, то значи да је Влада узурпирала законодавну надлежност и да је једино могуће решење уклањање из правног поретка неуставног акта. Но, поставља се питање шта је сврха ове „гимнастике“ и зашто Суд није касирао Уредбу, што је и био предлог судије известиоца. Каква је разлика између укидања спорног акта од стране његовог доносиоца и касирања од стране Уставног суда, осим што је Влади дат рок од шест месеци и тако одложено отклањање неуставности и штетних последица које може произвести један такав акт.

У Заједничком издвојеном мишљењу у односу на Закључак Уставног суда ИУо-870/2012¹³ три судије које су издвојиле мишљење, најпре су, имајући у виду чињеницу да је то прво издвојено мишљење у Уставном суду у односу на закључак о застајању са поступком оцене уставности или законитости општег акта, укратко изнеле чињенице и околности у којима је донет Закључак. Предмет ИУо-628/2011 формиран је

¹¹ Исто.

¹² Закон о Уставном суду, „Службени гласник РС“ број 109/2007, 99/2011, 18/13-Одлука УС.

¹³ У даљем тексту Издвојено мишљење.

на основу иницијативе за оцену уставности Уредбе о посебном начину обраде података садржаних у матичним књигама за подручје Аутономне покрајине Косово и Метохија, која је поднета 2011. године. Предмети ИУо-774/2011 (Уредба о контроли преласка административне линије према Аутономној покрајини Косово и Метохија), ИУо-869/2012 (Уредба о посебном начину признавања високошколских исправа и вредновања студијских програма универзитета са територије Аутономне покрајине Косово и Метохија) и ИУо-870/2012 (Уредба о посебном начину обраде података садржаних у катастру земљишта за Аутономну покрајину Косово и Метохија) формиран су на основу предлога овлашћених предлагача за оцену уставности од 2011, односно у последња два од 2012. године када су достављени и (нови) предлози за оцену уставности прве две уредбе.¹⁴

Заједничко за сва четири наведена предмета је да Влада у остављеном року, а ни касније, Уставном суду није доставила тражене одговоре, податке, обавештења и документацију. Припремна седница, поводом сва четири предмета, одржана је 11. децембра 2012. године, а судије известиоци сматрали су да се у свим предметима као основно поставља питање формалне уставности оспорених уредби, тј. да ли је Влада, као орган извршне власти, прекорачила своје уставне надлежности када је доносила ове уредбе.¹⁵

Уставном суду је у току ових поступака достављено више захтева за застајање са поступком. Поред Одбора за уставна питања и законодавство Народне скупштине и Владе која се два пута обрађала Уставном суду, како је то наведено у Закључку, у Издвојеном мишљењу се наводи да се Суду обрађало и Министарство правде и државне управе захтевом за застајање са поступком, како би се пружио могућност да се ова материја уреди на Уставом прописан начин.¹⁶ Такође, сазнали смо да се Влада први пут обратила Суду 22. фебруара 2013. године, што значи да је то чинила три пута у току поступка. Занимљиво је то да су се прва два пута Уставном суду обрађали органи који нису имали активну легитимацију за подношење захтева за застајање са поступком. Прво Одбор за уставна питања и законодавство Народне скупштине, а потом Министарство правде и државне управе. Ни у једном случају, дакле, не ради се о доносиоцу оспорених уредби, што је услов активне легитимације који предвиђа раније наведени члан 55. Закона.

¹⁴ Заједничко издвојено мишљење у односу на Закључак Уставног суда ИУо-870/2012, „Службени гласник РС“ број 67/2013

¹⁵ Исто

¹⁶ Исто

Након разматрања наведених захтева судије известиоци у предметима УО-628/2011, УО-774/2011 и УО-869/2012 предложиле су доношење одлука којима ће се утврдити неуставност оспорених уредби, пошто по њиховој оцени није било услова за застајање са поступком. Истог дана на седници II Великог већа био је предлог закључка судије известиоца у предмету УО-870/2012 да се застане са поступком оцене уставности. На Седници Уставног суда одлучено је да се најпре води јединствена расправа о застајању са поступком, као о претходном питању.¹⁷ Како предлог судија известиоца да се не застане са поступком оцене уставности није усвојен, није се ни гласало о предложеним касаторним одлукама. Сходно одредбама члана 59. Пословника о раду Суда¹⁸ одређене су нове судије известиоци у овим предметима.

Према нашем поимању суштине института застоја, стоји у Издвојеном мишљењу, за застајање са поступком морају *кумулятивно* (подвукао Б.Б.) бити испуњени следећи услови: захтев за застајање са поступком мора поднети доносилац оспореног општег акта; захтев за застајање са поступком мора бити у довољној мери образложен и поткрепљен одговарајућим доказима да би постојале неопходне претпоставке за одлучивање Суда; доносилац оспореног акта мора бити надлежан за доношење акта због кога тражи застајање; неуставност, односно незаконитост морају бити уочене и констатоване како од стране подносиоца захтева, тако и од стране Суда; мора постојати висок степен извесности да ће доносилац оспореног општег акта у одређеном року отклонити уочене неуставности, односно незаконитости.¹⁹

За своје неслагање са усвојеним Закључком судије налазе аргументе у процесним недостацима у погледу прва два наведена формална услова. Иако Влада као доносилац оспорене уредбе има право да захтева застајање са поступком, она ни у једном од своја три захтева није дала образложење нити је пружила ваљану аргументацију којом би поткрепила намеру да донесе посебан закон о суштинској аутономији АП Косово и Метохија.²⁰ Иако је, већ више пута помињани, члан 55. Закона о Уставном суду кристално јасан и не оставља простора за различито тумачење, већини судија, захваљујући „кретивном“ тумачењу, све ово није представљало озбиљну препреку за доношење Закључка о застајању са поступком.

¹⁷ Заједничко издвојено мишљење у односу на Закључак Уставног суда УО-870/2012,

„Службени гласник РС“ број 67/2013

¹⁸ „Службени гласник РС“, број 103/13

¹⁹ Заједничко издвојено мишљење у односу на Закључак Уставног суда УО-870/2012,

„Службени гласник РС“ број 67/2013

²⁰ Исто

По потписницима Заједничког издвојеног мишљења, није било ни материјалних претпоставки за застајање са поступком. И заиста, очигледно је да је постојао само један услов који јесте испуњен, а то је уочена неуставност предметне уредбе, која се у захтевима Владе експлицитно не помиње, али је „видљива“. Наиме, само обраћање Уставном суду у смислу члана 55. Закона довољно говори о постојању свести о неуставности, иначе би у супротном доносилац акта био заинтересован за окончање поступка и отклањање сумње у уставност спорне уредбе. Ни остали подносиоци предлога о застајању са поступком, истини за вољу неовлашћени, у том смислу нису износили другачији став. Напротив, у захтеву Министарства је најексплицитније „призната“ неуставност Уредбе, јер је разлог за застајање образложен могућношћу да се „ова материја уреди на Уставом прописан начин“. У захтеву Одбора стоји да је у току израда закона која ће регулисати ту материју.²¹ Одбор, дакле, не спори да та материја није уредбодавна, већ законодавна, чиме је *de facto* призната неуставност наведене Уредбе.

Из Закључка Уставног суда јасно је да је и овај орган уочио неуставност, јер у образложењу наводи да Влада као доносилац оспореног акта није надлежна за доношење закона којим би се уредила спорна питања и тако отклониле неуставности.²² У овом предмету споран је, међутим, резон већине судија Уставног суда по коме доносилац оспореног акта због кога тражи застајање са поступком не мора бити надлежан за његово доношење, као и то да се као један од начина за отклањање неуставности од стране доносиоца акта наводи могућност његовог укидања. С правом се у Издвојеном мишљењу износи запитаност у погледу смислености застајања са поступком како би се дала могућност доносиоцу оспореног акта да га уклони из правног поретка, кад исти ефекат има његово касирање од стране Уставног суда при чему се то чини без одлагања, брже и ефикасније, не чекајући на проток рока од шест месеци за такав исход.

Проблематичан је и став већине судија да се застајање са поступком може одредити како би подносилац акта отклонио неуставност предлагањем надлежном органу да донесе нови општи акт!? При том, Уставни суд је свестан неизвесности исхода таквог поступка, и поред јасно исказане намере да се питања која су предмет оспорене уредбе регулишу законом, јер „ни један орган, с обзиром на поступак доношења општих правних аката, не може унапред гарантовати да ће било који

²¹ Заједничко издвојено мишљење у односу на Закључак Уставног суда IУо-870/2012, „Службени гласник РС“ број 67/2013

²² Исто

општи акт бити донет или измењен, чак и када је надлежан за његово доношење...“²³

У Издвојеном мишљењу се истиче да је овакав „читање“ одредбе члана 55. став 1. Закона супротно њеном јасном језичком значењу, као и да је супротно циљу због кога је застајање са поступком установљено. Наиме, доносилац оспореног акта није био у могућности да својим самосталним поступањем отклони уочену неуставност. Потом се наводи да Влада није доказала озбиљну намеру да ће се њеним делањем и делањем законодавног органа отклонити последице неуставности оспорених уредби.²⁴

С правом се доводи у питање рок од шест месеци који је Закључком дат Влади, јер је доносилац предложио да Суд застане са поступком до средине јуна 2013, а рок од шест месеци почео је да тече од јула 2013. године. Дакле, Суд је застао са одлучивањем о застоју „пошто је Закључак донет шест месеци након подношења првог захтева за застајање, што је иначе уобичајени рок за застој поступка, а да је затим, тек након протеча рока који је сама Влада тражила, Суд одредио рок од наредних шест месеци за отклањање уочених неуставности. На тај начин је једном, без сваке сумње, у формалноправном смислу неуставном подзаконском акту, поступањем Уставног суда, продужен живот најмање за годину дана“.²⁵ Демократска странка Србије²⁶ је у писму председнику Уставног суда, поред осталог, изразила незадовољство поводом одуговлачења овог поступка, тј. о два узастопна шестомесечна рока за отклањање неуставности и незаконитости предметне Уредбе, као и каснијем одлагању објављивања Закључка, што се сматра личном „заслугом“ председника Уставног суда.²⁷

Иначе, када је реч о „куповини времена“ за рачун Владе Уставни суд се није зауставио на овоме, већ је 26. фебруара 2014. Године, када је својом одлуком оценио неуставном Уредбу о посебном начину обраде података садржаних у катастру земљишта за Аутономну покрајину Косово и Метохија, њено објављивање одложио за шест месеци и тиме

²³ Закључак Уставног суда IУо-870/2012, „Службени гласник РС“ број 67/2013

²⁴ Заједничко издвојено мишљење у односу на Закључак Уставног суда IУо-870/2012, „Службени гласник РС“ број 67/2013

²⁵ Исто

²⁶ Двадесет и пет посланика Демократске странке Србије, међу којима су била и четворица из других политичких странака, подносиоци су предлога за испитивање уставности и законитости четири „Бриселске уредбе“

²⁷ <http://dss.rs/pismo-demokratske-stranke-srbije-predsedniku-ustavnog-suda-srbije/>

Влади Србије још једном дао прилику да предметну материју уреди у складу са Уставом.

Уставни суд је овом приликом до краја остао доследан „својој логици“, па у образложењу Закључка наводи да се његовим доношењем омогућава уклањање из правног поретка општег акта без стварања правне празнине и наступања штетних последица за физичка и правна лица на која се та питања односе. У издвојеном мишљењу три судије износе супротан став, сматрајући да се даљим важењем и применом оспорене Уредбе продужавају последице њене неуставности.²⁸

III

И поред чињенице да је позиција судија Уставног суда, у ситуацији у којој постоји велики јаз између норме и стварности у погледу положаја Аутономне покрајине Косово и Метохија, деликатна, то никако не значи да се Уставни суд може понашати „као да Устав, такав какав је, час постоји, час не постоји“.²⁹ Флексибилно тумачење Устава у таквим околностима је нужно, но, аргументација Уставног суда у образложењу Закључка о застајању поступком оцене уставности свакако превазилази границе таквог тумачења.³⁰

Како се може схватити чињеница да је Суд спреман да без икаквих ваљаних аргумената, супротно законским одредбама, прихвати захтев о застајању са поступком Владе Србије, која је доношењем спорне уредбе узурпирала законодавну власт. Суд је, како стоји у образложењу Закључка, „посебно имао у виду да је доношење закона којим ће се уредити суштинска аутономија Аутономне покрајине Косово и Метохија, а на шта се Влада позвала у свом захтеву, обавеза утврђена одредбом члана 182. став 2. Устава“. Као да та уставна обавеза није постојала и претходних седам година. Но, суд је био вољан да прихвати сваки „аргумент“ Владе и да искористи сваку процесну могућност, а онда када их није било сам их је стварао „флексибилним тумачењем“ и тако успешно одложи, за готово две године, уклањање из правног поретка једног неуставног подзаконског акта, вршећи, не превише успешно, своју уставну функцију заштите уставности и законитости.

²⁸ Заједничко издвојено мишљење у односу на Закључак Уставног суда IVо-870/2012, „Службени гласник РС“ број 67/2013

²⁹ Владан Петров, Уставни суд између устава и текуће политике, <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Ustavni-sud-izmedju-vazeceg-ustava-i-tekuce-polit-ike.sr.html>

³⁰ Исто

Уставни суд је у свом раду у периоду од 2006. године више пута решавао питања која имају велику политичку тежину и готово сваки пут се повијао пред „очекивањима“ извршне и законодавне власти и на све могуће начине довијао како иста не би изневерио. Упорно је пропуштао прилику да на великим предметима гради свој ауторитет и заузме позицију коју му је Устав одредио. Показало се још једном да, као што смо у првом делу рада већ истакли, на том путу уставни и законски оквир јесу потребан, али не и довољан услов. Од великог утицаја је и персонални састав уставног суда, а академик Коста Чавошки је одмах након избора судија Уставног суда указао на бројне „оптерећујуће факторе“ овог елемента.³¹ Квалификација „истакнути правник“, као услов за њихов избор, подразумева, иако није нормативно прецизирана, највише професионалне и моралне квалитете, па се у њиховом раду очекује апсолутна посвећеност Уставу, као основној мери њиховог делања. Они би, дакле, требало да се, колико је год то могуће, дистанцирају од актуелне политике и максимално приближе праву.

Заједничко издвојено мишљење у односу на Закључак Уставног суда IУо-870/2012 изазвало је велику пажњу у јавности, а наметнуло се и питање да ли постоји озбиљно неслагање између „чувара устава“. Тим поводом у медијима се писало као о професионалној побуни судија које су издвојиле мишљење. Издвојена мишљења која су саставни елемент уставног одлучивања су потврда да се у питањима оцене уставности која мају снажну политичку димензију судије Уставног суда не морају увек слагати, наглашава Петров. У конкретном случају ауторитет издвојеном мишљењу дају његови потписници, од којих је један бивши председник и судија са највише искуства у суду, други је редовни професор Уставног права на Правном факултету у Београду, а трећи је судија неспорних професионалних квалитета који је и раније издвајао мишљење.³²

Поступање Уставног суда у случају „бриселских уредби“, као и у већини „осетљивих“ предмета није допринело изградњи ауторитета ове институције и одговор на питање из наслова овог рада не може бити позитиван. По нашем дубоком уверењу Уставни суд Србије не заслужује епитет „уставобранитеља“. Са једнаком сигурношћу можемо констатовати да његов углед достојно бране судије које издвајају мишљење у односу на све одлуке којима се не штити уставност и законитост, судије чији је

³¹ Коста Чавошки, *Уставни закон као спроводбени закон*, у: Споменица академику Гаши Мијановићу, Бања Лука 2011, 97.

³² Владан Петров, Уставни суд између устава и текуће политике, <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Ustavni-sud-izmedju-vazeceg-ustava-i-tekuce-polit-ike.sr.html>

поглед усмерен ка Уставу а не ка актуелној власти, које брину о уставном поретку, а не о политичкој целисходности. С тога се „издвојено мишљење“ с правом може сматрати истинским „чуваром Устава“.

Bojan Bojanić, LL.M
Teaching Assistant

**COMMON SEPARATE OPINION CONCERNING THE CONCLUSION
OF THE CONSTITUTIONAL COURT IUo-870/2012
WHETHER THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIAN IS
"CONSTITUTIONAL-DEFENDER"?**

Summary

Constitutional jurisprudence as the "fourth branch of government", which is located between law and politics, their task - to protect the constitutional order, achieving in different constitutional systems with more or less success. This depends on a number of factors.

In addition to the constitutional and legal framework, it depends on the stability of a particular constitutional system, ie. construction of its institutions, constitutional and political culture, or, not least, personnel composition of the Constitutional Court. In transitional societies, such as ours, where democracy still is not stabilized, and where political culture is on extremely low level, there is not much hope that the Constitutional Court can achieve in "defense" from the executive and legislative authority, and build a true authority as the "constitutional - defender".

Particularly delicate situations are when the Constitutional court resolving the issues that are of great political importance, as in the case of the Constitutional Court of Serbia, certainly the most delicate, those relating to the protection of the constitutional order in the territory of the Autonomous Province of Kosovo and Metohija. Thus, the Constitutional Court had to decide on the constitutionality of the so-called Brussels Agreement and the four "Brussels decrees."

In this paper, the author is analyzing the joint dissenting opinion in relation to the conclusion of the Constitutional Court IUo-870/2012. What specifically is because for the first time in the practice of the Constitutional Court refers of a procedural action – temporary stopping the proceeding.

It seems to us that action used by the Constitutional Court in this case can help finding answer to the question: Is the basic framework of the Constitutional Court – the Constitution or the current policy, ie. whether the Constitutional Court of Serbia is true "constitutional-defender"?

Невена Петровић*

КРИТИЧКА АНАЛИЗА СИСТЕМА ВАНРЕДНИХ ПРАВНИХ ЛЕКОВА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОНАВЉАЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Систем ванредних правних лекова (иначе, па и у управном поступку) установљава се са двојаким циљем. Први је заштита субјективних права и интереса странака, а други заштита објективне законитости.

Но, иако је њихово установљавање инспирисано посве легитимним циљевима, њихова примена у пракси једнако може довести до кршења права и законитости у име чије заштите нормативно постоје. Ово, будући да њихова примена значи могућност правног интервенисања против коначних и правоснажних управних аката што за практичну последицу може имати уклањање из правног поретка аката (наведених својстава) којима је странка стекла какво право или јој је наметнута каква обавеза.

Имајући у виду описану деликатност која долази до изражаја при њиховој практичној примени, а руководећи се разлозима који диктирају њихов управнопроцесни егзистенцијализам, релевантним међународним актима, које домаћи законодавац настоји (или би барем требао настојати) да уважи, установљавају се механизми и гаранције који имају за циљ да обезбеде остваривање сврхе њиховог постојања, а то је могућност изузетног правног интервенисања против коначних и правоснажних аката.

Кључне речи: Ванредна правна средства у управном поступку
Понављање управног поступка, позитивно-правна регулатива,
међународни стандарди, тенденције.

I

По приступању Савету Европе¹ и ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода² наша земља

* Асистент

¹ Државна заједница СЦГ приступила је Савету Европе 03.04.2003. год. Након усвајања Декларације о независности ЦГ од 3. 06. 2006., а у складу са чл. 60 Уставне повеље државне заједнице СЦГ, Комитет министара је на свом 967. састанку усвојио Декларацију о наставку чланства Србије из заједнице држава СЦГ у СЕ и продуживању обезбеђивања дужности и обавеза.

преузела је обавезу да своју законску регулативу усклади са Конвенцијом и праксом Европског Суда за људска права. То је уједно подразумевало и обавезу РС на подржавање и имплементацију најбитнијих процедуралних начела у судским и другим правним поступцима.

Како је управна власт често у прилици да непосредном применом закона одлучује о правима, обавезама и на закону заснованим интересима грађана и других странака у управном поступку то се, у оквиру истог, за државу конституише обавеза да сходно слову Конвенције изгради и обезбеди одговарајуће механизме и гаранције (и) у управном поступку који се води по ванредним правним лековима.³ Добар систем управних поступака осигурава квалитет одлука које управа доноси, као и њихову законитост, нарочито кад постоји овлашћење на вршење дискреционе оцене. Тиме се штите права грађана и доприноси њиховој делотворнијој заштити и остваривању избегавањем непотребно компликованих, формализованих и предугих поступака, али и унапређује транспарентност и одговорност управе⁴.

Закон о општем управном поступку Републике Србије⁵ уопште не користи термин ванредна правна средства (као што уосталом не помиње ни термин редовна) већ само говори о: 1) жалби, 2) понављању управног

² Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода усвојена је у Риму 4. 11. 1950. од стране 13 држава чланица Савета Европе. Циљ Европске конвенције није само да пружи, већ и да осигура стварно поштовање права. ЕСЉП је праћена Протоколима који нису обавезни за све државе потписнице Конвенције већ само за оне који су их прихватили. ЕСЉП је првенствено оријентисана на заштиту политичких и грађанских права, док протоколи гарантују економска и социјална права. Државна заједница СЦГ ратификовала је Конвенцију 26. 12. 2003. Ратификациони инструменти депоновани су у Савету Европе 3. марта 2004. Уз Конвенцију Србија је ратификовала и значајан број Протокола. Детаљније видети: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/medjunarodne-aktivnosti-eu-integracije-i-projekti/medjunarodna-pravna-pomoc/multilateralni-ugovo>. Приступљено 215. 06. 2014.

³ Премда, Конвенција није била превасходно намењена за примену на област управе, у једној својој пресуди из 1971. год. Суд је стао на становиште да за примену Конвенције није од пресудног значаја да су обе стране у спору приватна лица као ни карактер закона којим се спор решава... Н.С. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Hague 1996, (Kluwer Law International), стр. 26. Према: Д. Вучетић, *Управни спор у Србији и ЕУ стандарди управног судовања*, стр. 80

⁴ „Све су то захтеви <<новог јавног менаџмента>> који афирмише начела ефикасности, продуктивности и профитабилности управног система.“ П. Димитријевић, *Управно право*, Ниш, 2013, стр. 139.

⁵ Објављен у “Сл. листу СРЈ” бр. 33 од 11 јула 1997, 31/1, “Сл. гласнику РС” бр. 30 од 7. маја 2010.

поступка и 3) нарочитим случајевима поништавања, мењања и укидања решења.

Административни (управо)правни лекови нису само инструмент у рукама грађана којим они бране своја права у односу на органе управе. Они су такође и инструмент самоконтроле органа управе јер им омогућавају да идентификују системске грешке и на тај начин унапреде, генерално, административну праксу у будућим сличним случајевима.⁶

У њихову корист изјаснио се и Савет Европе. Наиме, поменуто тело је административним (управноправним) средствима, нарочито жалби у управном поступку, дало посебну тежину у својим препорукама⁷ имајући у виду чињеницу да осим што доприносе заштити права странака (и објективне законитости) и пружају могућност самоконтроле органима управне власти, значајно доприносе смањењу оптерећења управних судова. То је од великог значаја за наш правни систем ако се има у виду чињеница да у земљи функционише само један Управни суд.⁸

Према томе, главна сврха правних лекова из ЗУП-а је:

1. Успостављање делотворног, једноставног и ценовно приступачног начина заштите права и интереса странака али и објективне законитости;
2. Давање могућности за спровођење самоконтроле на нивоу органа управе;
3. Растерећење управних судова решавањем предмета у интерним процедурама у поступку по правним лековима.

Потреба делотворније, рационалније и ефикасније заштите права и интереса грађана и других странака у управном поступку (али и објективне законитости), нужно уважавање начела правоснажности и стечених права странака, интерес правне сигурности, преко потребно

⁶ Сигма, *Добра управа кроз бољи систем управних процедура* (Овај документ је израђен уз финансијску подршку ЕУ. Мишљења изнета у њему не могу се посматрати као мишљења која обавезно одражавају мишљења ОЕЦД-а и држава чланица или држава корисница које учествују у Сигма програму) *Доступно на:* http://www.sigmaxweb.org/publications/Comments_LawAdminProceduresKosovo_JN_Oct_2012_Serbian.pdf. Приступљено 15. 06.2014.

⁷ Council of Europe , Recommendation(80)2 Concerning the Exercise of Discretionary Power by Administrative Authorities, adopted by the Committee of Ministers to member states on good administration, adopted by the Committee of Ministers on June 20, 2007.

⁸ Упркој очитој преоптерећености Управног суда „...нема још ни нормативних наговештаја модела двостепеног управног судства, а камоли оснивања врховног управног суда као друге и највише управно-судске инстанције. А за тако нешто постоје, већ низ година, озбиљни стручни и научни аргументи, уз позивање на проверена упоредна искуства.“ З. Томић, *Управни спор и управно судовање у савременој Србији*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту 1/2010, стр. 32.

усклађивање ЗУП-а са релевантним међународним стандардима и провереним актуелним упоредноправним решењима и други стандарди *добре управе*⁹ који се реформом јавне управе настоје реализовати (између осталог и Нацртом новог ЗУП-а), свакако захтевају не само изванредно познавање њихове уставне и законске регулативе већ и безмало значајнију пажњу правничке стручне јавности како ће се у практичној примени на најадекватнији начин остварила сврха њиховог установљавања.¹⁰

Но, како се садржина овога рада тиче превасходно *Понављања управног поступка*, као вида ванредне самоконтроле управе у функцији заштите права странака, а у светлу релевантних мрђународних стандарда, то се у наставку нећемо бавити целином управноправних средстава тј. жалбом, као ни нарочитим случајевима поништавања, мењања и укидања решења¹¹ већ ћемо предстојећа излагања посветити његовој законској регули, актуелним тенденцијама које стреме испуњењу обавезе на имплементирање релевантних међународних начела, те неким упоредноправним решењима у циљу истицања добрих страна постојећих норми али и указивања на могуће правце даљег реформисања.

II

Оно што је у судским поступцима (парничном, кривичном, управносудском) понављање поступка, то је раније у управном поступку

⁹ У Сигминој процени постојећег ЗУП-а и предлозима за унапређење управне праксе на Косову и Метохији, између осталог, истиче се: „*Концепт добре управе редефинише рад управе и односе између управе и грађана. Овај концепт одговара на очекивање и потребу уравнотеженог приступа остваривању јавног интереса уз истовремену заштиту права и интереса грађана. Добра управа треба да буде на услузи заједници и да промовише поверење друштва у извршну власт; тиме добра управа доприноси политичкој стабилности и подстиче економски развој и социјално благостање. За разлику од тога, нефункционална управа представља препреку продуктивним инвестицијама и може да узрокује отпор и протест грађана против државе, а у најгорем случају да доведе до нефункционалне државе.*“

¹⁰ Н. Петровић, *Нарочити случајеви поништавања, мењања и укидања решења у функцији заштите права странака и објективне законитости*, Зборник радова Правног факултета у Косовској Митровици „Право и друштвена стварност“, свеска друга, стр. 1.

¹¹ О актуелним тенденцијама у сфери законске регулативе и ставовима домаћих управно-правних стручњака на тему нарочитих модалитета поништавања, мењања и укидања решења упућујемо на : П. Димитријевић, *ор. cit.*, стр. 426-438; З. Томић, *Опште управно право*, Београд, 2012, стр. 338-348; С.Лилић, *Управно право управно процесно право*, Београд, 2013, стр. 534-547.

била „обнова поступка“.¹² ЗУП-ом из 1997 дотадашња „обнова поступка“ постаје понављање поступка.

Понављање управног поступка је правна могућност да се о једној управној ствари која је коначно (или правоснажно) решена под законом предвиђеним условима поново расправља. Понављање се не може тражити док год постоји могућност да се изјави жалба с обзиром на то да се сви разлози за понављање могу изнети у жалби, укључујући и *beneficio novotum*¹³. Дакле, процесни услов за употребу овог ванредног пута управне контроле управе јесте да је решење постало коначно. Није нужно да је решење правоснажно, премда се и против таквих може користити. До понављања може доћи уколико је поступак окончан решењем¹⁴ из било ког од 11 ЗУП-ом алтернативно предвиђених разлога¹⁵ који се могу поделити у 3 групе. Законски основи понављања тичу се најкрупнијих повреда процесних одредаба или су везани за проналазак нових чињеница

¹² С. Лилић, *op.cit.*, стр. 534.

¹³ Однос између ова два управноправна средства интересантан је особито у погледу неких отворених (правно нерегулисаних) питања која својим присуством у пракси завређују озбиљнију пажњу, како стручне правничке јавности, тако и законодавца. Примерице: Да ли је дозвољена допуна жалбе у управном поступку? Уколико јесте, могу ли се у допуни износити нове чињенице и нови докази (што је иначе, један од разлога за понављање поступка) и до ко када је то, евентуално, могуће чинити? Анализа чл. 220 и ст. 2 чл. 222 ЗУП-а не даје одговор на ова питања. Стога, питамо се како ће орган овлашћен за решавање по жалби поступити у случају пријема допуне жалбе (приспеле по истеку рока за жалбу а пре но што је по жалби решено) у којој су изнете нове чињенице или нови докази? Хоће ли исту одбацити с позивом на преклузивну природу рока за жалбу или... Будући да постоји (велика) вероватноћа да би се тај исти орган са одлучивањем по тим истим новим чињеницама, одн. доказима сусрео поводом предлога странке за понављање управног поступка, у пракси, орган ће најчешће примити допуну (под условом да је учињена пре истека рока за решавање по жалби) и размотрити њену садржину, не одбацујући је дакле, избегавајући тиме врло извесну активацију овог ванредног правног лека а уједно доприносећи процесној економичности.

¹⁴ Не и када је поступак окончан поравнањем странака или закључком о обустави услед одустанка странке од захтева.

¹⁵ Пошто је ово ванредно правно средство заступљено у свим постојећим системима управно процесног законодавства, то допушта упоредноправно посматрање. Примерице: *Аустријски закон о управном поступку* (AVG) има само 3 разлога, која су истина шире формулисана, тако да се поклапају са првих 5 нашег ЗУП-а. *Пољски Кодекс* садржи 7 разлога, *Чехословачки ЗУП* 5, *Швајцарски* 3,... Извор: П. Димитријевић, *op. cit.*, стр. 423. Нашем ЗУП-у идентичне основе за понављање управног поступка познаје *ЗУП Р. Српске* и *ЗУП БиХ*, по један (последњи основ по нашем ЗУП-у) мање предвиђају *ЗУП ЦГ* и *ЗУП МК*, чак 3 мање *ЗУП ХР*,...

или доказа услед којих се тражилац нада повољнијем решавању¹⁶ своје индивидуалне правне ситуације.

Разлози. У прву групу улазе разлози везани за недостатке у погледу чињеничног стања:

1) ако се сазна за нове чињенице или стекне могућност да се употребе нови докази који би, сами или у вези с већ изведеним и употребљеним доказима, могли довести до другачијег решења да су те чињенице, односно докази били изнесени, односно употребљени у ранијем поступку¹⁷;

2) ако је решење донесено на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака;

3) ако се решење заснива на пресуди донетој у кривичном поступку или у поступку за привредни преступ, а та пресуда је правоснажно укинута;

4) ако је решење повољно за странку донесено на основу неистинитих навода странке којима је службено лице органа доведено у заблуду;

5) ако се решење заснива на претходном питању, а надлежни орган је то питање касније решио у битним тачкама другачије¹⁸.

Другу групу разлога чине недостаци који се тичу органа, доносиоца акта:

6) ако је решење донело лице које није било овлашћено за његово доношење;

7) ако је решење донело лице које је морало да буде изузето;

8) ако колегијално тело које је донело решење није одлучивало у прописаном саставу или ако за решење није гласала прописана већина;

Трећу групу разлога чине повреде Уставом, међународним актима и законима зајемчена права странке:

9) ако лицу које је требало да учествује у својству странке у поступку није била дата могућност да учествује у поступку¹⁹;

¹⁶ Р. Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, стр. 429.

¹⁷ Упореди: чл. 473 тачка 3, 5, 6 и 7 Законика о кривичном поступку; чл. 422 тачка 9 Закона о парничном поступку.

¹⁸ У погледу решавања прејудиционог питања наш ЗУП прихвата аустријско-немачки модел који подразумева да ораган управе који у поступку решавања управне ствари наиђе на претходно питање може исто расправити сам или, застати са поступком док га надлежни орган (или суд) не реши. Код овог разлога понављања се подразумева да је орган управе сам решио, односно распрвио претходно питање али то исто питање, само као главно, надлежни орган касније реши у битним тачкама другачје.

¹⁹ Уврстивши овај разлог као основ понављања управног поступка законодавац санкционише директну повреду чл. 9 ЗУП-а зајемченог *начела саслушања странке*. Из поменутог начела произилази обавеза органа који води поступак да пре доношења

10) ако странку није заступао законски заступник²⁰;

11) ако лицу које је учествовало у поступку није била дата могућност да се служи својим језиком или писмом²¹.

Новине. Поред постојећих 11 Нацрт новог ЗУП-а (чл. 39) предвиђа још и нова 2 разлога за активацију овог ванредног правног лека настављајући деградацију начела коначности и правоснажности.

1. ако је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а том одлуком није истовремено и поништио оспорени управни акт и

решења пружи странци могућност да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за решавање ствари. Установљавањем поменутог права странке (а корелативне обавезе органа) законодавац настоји, барем донекле ублажити подређени положај странке приликом једностраног и ауторитативног одлучивања о њеним правима, обавезама и на закону заснованим интересима. Но, упркос чињеници да је ово право странке у функцији материјалне истине (чл. 8 ЗУП-а) од њега се праве изузеци. Реч је о случајевима кад законодавац предвиђа могућност вођења скраћеног испитног поступка (чл. 131 тачка 1-4), премда се и у таквим случајевима странци може, а некад, чак и мора дати могућност да се изјасни о релевантној чињеничној грађи. ЗУП РС овај вид повреде процесних одредаба нормира и као разлог за употребу редовног правног средства у управном поступку и тужбе у управном спору. Упореди: чл. 422 тачка 1 ЗПП-а.

Поменуто начело, познато и као „право на одбрану“ широко је заступљено и у земљама чланицама ЕУ. Као важан елемент „права на добру управу“ зајемчено је чл. 41 ст. 2 *Повеље о темељним правима ЕУ*, а на његов значај указују и *Резолуција 77(31) о заштити појединаца од аката управне власти*, те *Препорука CM/REC (2007)/7 о доброј управи*. На значају истог инсистира и *Европски кодекс доброг управног поступања*. Детаљније о улози овог процесног права странке на паневропском плану видети: Д. Ђерда, *Правила управног поступка у европском праву*, Зб. Прав. Фак. Свеуч. Риј. бр. 1, стр. 132-133.

²⁰ Прописивањем да *...околност да процесно неспособну странку није заступао законски заступник а по закону је требало да је заступа* повлачи понављање поступка законодавац санкционише повреду чл. 43 ст. 2 ЗУП-а. Упореди: чл 422 тачка 2 ЗПП-а.

²¹ Као једно од основних начела на којима се управни поступак базира ЗУП у чл. 16 ст. 2 прецизира : *Ако се поступак не води на језику странке, односно других учесника у поступку, који су држављани РС, обезбедиће им се преко тумача превођење тока поступка на њихов језик,...* И даље, у ст. 3 истог чл.: *Странке и други учесници који нису држављани РС имају право да ток поступка прате преко тумача и да у том поступку употребљавају свој језик*. Овиме се штите интереси странака које не познају језик органа и омогућава им се да у поступку ефективно учествују. Уједно, поменути домаћим нормама афирмише се „право на правично суђење“ загарантовано *Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода*. Видети: чл.6 ст. 3 тачка 5. Занимљиво је рећи да од земаља у региону овај основ понављања не познају ЗУП ЦГ и МК.

2. ако став из накнадно донете одлуке Европског суда за људска права у истој ствари може бити од утицаја на законитост окончаног управног поступка²².

Легитимација за тражење понављања. До понављање поступка може доћи:

- услед тражења странке,
- јавног тужиоца и
- *ex officio* од стране органа доносиоца решења којим је поступак окончан.

Рокови. Постоје два рока у оквиру којих се може предлогом захтевати понављање поступка. Први, субјективни рок износи месец дана од када је странка сазнала за разлог понављања (почетак овога рока рачуна се на различите начине у зависности од тога који је конкретан разлог у питању). Други, објективан, јесте рок од 5 година рачунајући од достављања решења.²³ Странка може тражити понављање у року од месец дана и то (чл. 424):

- у случају из чл. 239 тачка 1 - од дана кад је могла изнети нове чињенице, односно употребити нове доказе;
- у случају из чл. 239 тачка 2 и 3 – од дана када је сазнала за правоснажну пресуду у кривичном поступку или у поступку за привредни преступ, а ако се судски поступак не може спровести, од дана кад је сазнала за обуставу тог поступка, односно за околности због којих се поступак не може покренути, или нема могућности за кривично гоњење, односно за гоњење за привредни преступ;
- у случају из чл. 239 тачка 5 – од дана кад је могла употребити нови акт (пресуду, решење);
- у случају из чл. 239 тачке 4, 6, 7 и 8 – од дана кад је сазнала разлог за понављање;

²² Како је напред већ речено, наша је земља приступањем СЕ и ратификовањем ЕКЗЉП, те својим стремљењем ка ЕУ, у обавези да своју регулативу хармонизује не само са правом Заједнице већ и праксом Европског суда. С тим у вези, видети: чл. 422 тачка 10 ЗПП-а.

²³ Објективни рок за орган који покреће поступак по слжбеној дужности почиње да тече, према ставу из судске праксе, не од дана достављања коначног решења странци, како произилази из законског текста, него од дана доношења коначног решења. То је због тога што судска пракса полази од става да је орган упознат са коначним решењем од дана када га је донео. Према: Р. Марковић, *op. cit.*, стр. 437. У ЗУП-у ХР овај рок износи 3 године.

- у случају из чл. 239 тачке 9-11 – од дана кад јој је достављено решење.

По протеку рока од 5 година од достављања решења странци, понављање се више не може тражити, нити покренути по службеној дужности. Понављање се изузетно може тражити, односно покренути по службеној дужности и по истеку овог рока само у случају најгрубљих повреда предвиђених у тачкама 2, 3 и 5.

Новине. Нацрт новог ЗУП-а у чл. 139 предвиђа да странка може поднети захтев за понављање поступка у року од 90 дана од дана сазнања за разлоге понављања или од кад је стекла могућност употребе нових доказа, односно у року од шест месеци од дана објављивања одлука из тачака 11 и 12 ст. 1 овог чл. у „Службеном гласнику РС“. Исти рокови односе се и на орган ако се понављање поступка врши по службеној дужности. Изузетна (важећим ЗУП-ом установљена) могућност понављања поступка по протеку рока од пет година од дана обавештавања странке о решењу, њиме се искључује.

Предлог за понављање поступка. Понављање поступка иницира се предлогом. У предлогу странка је дужна навести законске разлоге по којима тражи понављање, учинити вероватним њихово постојање као и оклолност да је предлог стављен у року. Предлог за понављање поступка по правилу, не одлаже извршење решења, али орган који је надлежан за одлучивање по њему, ако има довољно разлога за оцену да би прдлог био уважен, може одложити извршење решења док се о предлогу не одлучи (чл. 250 ст. 1).

Надлежност за одлучивање по предлогу. О предлогу за понављање поступка одлучује орган који је донео решење којим је поступак чије се понављање тражи окончан²⁴. Ако је поступак окончан решењем другостепеног органа, првостепени орган који прими предлог за понављање, прикључиће све списе предмету и доставиће их другостепеном органу (чл. 245 ст. 3). Ако је решење по коме се тражи понављање управног поступка било предмет управног спора, понављање се може дозволити само због чињеница које је орган утврдио у раније спроведеном поступку, а не и због оних које је суд утврдио у поступку по тужби (чл. 241).

Поступак по предлогу састоји се из две процесне деонице. Прва је одлучивање о предлогу за понављање. Друга, под условом да је прва

²⁴ То може бити како првостепено решење против кога жалба није активирана (било зато што је законом искључена или неблаговремено уложена) тако и другостепено донето по изјављеној жалби на првостепено решење или коначно првостепено „ђутање управе“.

резултирала одобрењем, односно дозволом по предлогу, мериторно одлучивање у поновљеном поступку.

Решавање о предлогу за понављање поступка (*iudicium rescindens*)²⁵. Ова деоница има карактер претходног поступка у коме се испитује постојање елементарних процесних претпоставки:

- да ли је предлог благовремен
- да ли је изјављен од стране овлашћеног лица
- да ли је околност на којој се предлог заснива учињена вероватном.

За дозволу понављања закон захтева једновремено присуство свих горе наведених формалнопроцесних услова. Следствено томе, одсуство ма кога од њих онемогућиће даљи рад орган по предлогу за обнову поступка. У том случају, орган закључком *одбацује* предлог. Насупрот томе, уколико су ови услови кумулативно испуњени, орган прелази на испитивање да ли су околности на којима се предлог темељи такви да би могли довести до друкчијег решавања ствари. Уколико то није случај, тј. ако орган нађе да утицај изнетог разлога није таквог правног значаја да би се у поновљеном поступку могла донети другачија одлука – отпада реална потреба и интерес да се поступак понавља²⁶, те решењем *одбија* предлог. Ако пак орган установи, да би у предлогу наведене околности могле резултрати другачијим решењем да их је имао у виду при његовом доношењу, доноси *закључак* којим дозвољава понављање поступка, одређујући у том закључку истовремено у ком ће се обиму поступак поновити. Кад се поступак понавља по службеној дужности, орган ће донети закључак којим се понављање дозвољава, ако претходно утврди да су испуњени услови. Закључак о дозволи је увод (улазница) у следећу процесну секвенцу. Међутим, закључак о дозволи није увек мост, оно што нужно спаја ове две фазе поступка. Наиме, закон у чл. 247 ст. 2 предвиђа, када је то према околностима случаја могуће²⁷, а у циљу убрзања поступка, да орган може, чим утврди постојање услова за понављање, прећи на оне процесне радње које треба поновити, без доношења предметног закључка. Закључак о дозволи (за разлику од предлога) одлаже извршење решења док се о предлогу не одлучи.

Решавање у поновљеном поступку (*iudicium rescissorium*). У овој фази поступка се најпре предузимају процесне радње на које је, према процени поступајућег органа, разлог понављања могао утицати. Поступак се поновља у целини или делимично, у обиму претходно утврђеном закључком. Кад о предлогу за понављање одлучује другостепени орган,

²⁵ Ова фаза је део поступка покренутог по предлогу странке или јавног тужиоца.

²⁶ З. Томић, *op. cit.*, стр. 340.

²⁷ Примерице, када је у питању једноставна ствар или није потребно спроводити посебан испитни поступак.

он ће сам извршити потребне радње у поновљеном поступку, а изузетно, кад нађе да ће те радње брже и економичније извршити првостепени орган, наложиће му да он то учини и да му списе достави у одређеном року (чл. 247 ст. 3). Након поновљеног поступка, а на основу резултата истог, тачније, на темељу чињеница утврђених у поновљеном и раније спроведеном поступку, орган доноси решење којим мериторно решава. Њиме се решење које је било предмет понављања може:

1. потврдити, односно оставити на снази или
2. заменити новим решењем.

У првом случају надлежни орган је, упркос првобитној процени да би разлог на коме је предлог за понављање утемељен могао довести до друкчијег решавања ствари, оценио да тај разлог ипак, није таквог правног значаја да би на темељу њега ваљало интервенисати у ранију одлуку. Стога, доноси негативан управни акт, одбијајући било какву промену у правном поретку. У другом, признајући том разлогу правну релевантност, значајан утицај на одлуку о главној ствари, посеже за ЗУП-ом признатим му касаторним овлашћењима, и доноси позитиван акт којим ранији уклања из правног поретка, и то тако што га поништава или укида. До ког ће вида поменутог елиминисања доћи зависи од околности датог случаја²⁸.

Правна заштита. Против закључка или решења донетог по предлогу за понављање поступка, као и против новог решења донетог у поновљеном поступку, може се изјавити жалба ако је доносилац поменутих аката првостепени орган. У случају да је њихов доносилац другостепени орган, против њих се, као коначних, може непосредно покренути управни спор.

²⁸ При томе ће се нарочито узети у обзир: 1. да ли је могуће уклонити већ произведене учинке ранијег решења; 2. да ли је разлог за обнову поступка проузрокован понашањем странке (нпр. подношењем лажне исправе) или је везан за рад самог органа (нпр. странци није била пружена могућност да учествује у поступку), или је пак резултат трећих узрока (као што је разлог из тачке 3 чл. 239) итд. Према: З. Томић, *op. cit.*, стр. 341. *Судска пракса*: Републички фонд за ПИО користећи се правом на понављање поступка по службеној дужности, пружено ЗУП-ом, и то чланом 239. ст. 2 и чланом 240. ст. 1 тачка 1., поновио је поступке у великом броју предмета који се тичу остваривања права на пензију лица која су се самостално бавила уметничком делатношћу. По поновљеним поступцима по службеној дужности ПИО фонд је донео већином укидајућа решења. Решењима се тако укидају раније донета решења ПИО фонда на основу којих су осигураници-лица која су се самостално бавила уметничком делатношћу, остварила право на пензију па им се то време стажа осигурања, које су као чланови одговарајућих удружења стекли, не урачунавају у стаж осигурања. Доступно на: <http://www.besplatnapravnopomoc.rs/tekstovi/upravni-postupak/odluke-republickog-fond-za-penzijsko-i-invalidsko-osiguranje-donete-po-osnovu-ponavljanja-postupka>. Приступљено: .06.2014.

Закључак

Систем ванредних правних лекова у управном поступку установљава се са двојаким циљем. Први је заштита права странака а други, заштита објективне законитости.

Једно од ванредних правних средстава, чије је постојање инспирасно поменутиим циљевима јесте и *понављање управног поступка*.

Међутим, примена ванредних правних средстава у пракси доводи до кршења права и законитости у име чије заштите постоје.

Имајући у виду ту деликатност с једне стране, а са друге, чињеницу да наша земља, приступањем Савету Европе, ратификовањем одређених међународних аката, те тежњом ка чланству у ЕУ, преузима на себе обавезу хармонизовања домаћег законодавства са правом и праксом Заједнице, аутор у раду анализира једно од ванредних правних средстава. Реч је о *понављању управног поступка* у погледу кога је законодавац чинио (и чиниће) извесне интервенције како би одговорио релевантним начелима на којим поменути акти инсистирају а све у циљу реализације *права на добру управу*.

Nevena Petrović, LL.D
Teaching Assistant

Summary

The system of legal remedies in a legal procedure has been established with a double aim. The first is the legal protection of clients and the second is the protection of the objective legitimacy.

One of the exceptional legal remedies, inspired by previously mentioned aims, is the repetition of legal procedure.

However, in practice, the use of exceptional legal remedies intended to protect the law and legality leads to their violation.

Recognizing the delicacy of the matter on one side and the fact that our country aspiring to become a member of the EU by joining the Council of Europe and ratifying international documents assumes the obligation to harmonize the domestic legislation with the law and practice of the Union on the other, the author analyses in this work one of the exceptional legal remedies. It is the one about the repetition of the legal procedure in terms of which the legislator has done (and will continue to do) certain interventions in order to respond to the relative principles which mentioned acts insist on solely with the purpose of realizing the right on good administration.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

Тематски зборник - Научно истраживачки пројекат
„Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и
даљи развој“ за период 2013-2015. година, Правни
факултет Универзитета у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици.

Тираж 100

ISBN