

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

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ
ПРОЈЕКАТ**

*„Начела добре владавине – начело правне сигурности и
начело правичности“*

Тематски зборник - Пројекат

**Косовска Митровица
2016.**

НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ ПРОЈЕКАТ
*„Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело
правичности“ за период 2016-2018. година*

Издавач:

Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

За издавача

Проф. др Владан Михајловић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Владимир Боранијашевић, руководиоца пројекта

Секретар пројекта

Доц. др Јелена Беловић

Уређивачки одбор:

Проф. др Марија Крвавац

Проф. др Петар Станојевић

Проф. др Љубомир Митровић

Проф. др Слободанка Ковачевић-Перић

Доц. др Дејан Мирковић

Технички уредник

Младен Тодоровић

Дизајн корица

Кварк, Краљево

Штампа

Кварк, Краљево

Тираж:

50 примерака

ISBN 978-86-6083-044-1

ISSN 0354-6543

**Штампање овог зборника помогло је Министарство просвете, науке и
технолошког развоја Републике Србије**

ПРЕДГОВОР

Прва свеска тематског зборника радова под насловом „**Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности**“ резултат је истраживања на истоименом научно – истраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

У првој свесци тематског зборника публикована су 32 рада наставника и сарадника факултета који су резултате својих истраживања у 2016. години саопштили у форми научних и стручних радова. Сви пристигли радови позитивно су оцењени од стране два анонимна рецензента.

Два значајна начела на којима се заснива владавина права и на којима се темељи модерна демократска држава сагледана су кроз различите институте права. Радови су распоређени у пет целина: Грађанскоправна област, Правноекономска област, Кривичноправна област, Уставноправна и управноправна област и Теоријскоправна и историјскоправна област.

Објављени радови саопштени су на научном скупу који је 23. децембра 2016. године одржан на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, а чије је одржавање помогло Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Штампањем прве свеске зборника радова са пројекта не само да су остварени предвиђени пројектни задаци за 2016. годину, већ се на суд правничкој и широј јавности стављају теоријска и емпиријска разматрања наставника и сарадника факултета. Надамо се да ће резултати истраживања и ставови аутора изнети у публикованим радовима наићи на позитиван одјек и да ће отворити расправу о спорним питањима и помоћи у решавању дилема изазваних друштвено економским узроцима садашњице.

Уредник

Проф. др Владимир Боранијашевић

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Братислав Милановић</i> КРЕДИТНИ АРАНЖМАНИ МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ФОНДА У САВРЕМЕНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ФИНАНСИЈСКОМ ПРАВУ	11
<i>Проф. др Марија Крвавац</i> УНИФИКАЦИЈА НОРМИ ГРАЂАНСКОГ СУДСКОГ ПОСТУПКА СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНСТИ У ОКВИРУ ХАШКОГ ПРОЈЕКТА	37
<i>Проф. др Љубица Мандић</i> ПОСТУПАК ЗА ЛИШЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ	55
<i>Проф. др Владимир Боранијашевић</i> О ЗАШТИТИ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ	69
<i>Проф. др Олга Јовић Прлаиновић</i> ПРАВА ДЕТЕТА У СИСТЕМУ ЉУДСКИХ ПРАВА	85
<i>Доц. др Јелена Беловић</i> ОПШТА КЛАУЗУЛА ОДСТУПАЊА - ИЗРАЗ НАЧЕЛА ПРАВИЧНОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ	99
<i>Доц. др Душан Новаковић</i> ЗАЈЕДНИЧКА ИМОВИНА ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА (неке специфичне карактеристике)	115
<i>Доц. др Страхиња Миљковић</i> ДОКУМЕНТАРНИ АКРЕДИТИВ И НОВА УСР 600 rev. 2007. ПРАВИЛА	133
<i>Др Душко Челић</i> НОРМАТИВНА ДЕЛАТНОСТ УНМИК-а – ПРИЛОГ ВЛАДАВИНИ НЕПРАВА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ	147

<i>Гордана Дамјановић</i> УГОВОРНА И ПРИНУДНА ЛИЦЕНЦА	163
<i>Данијела Петровић</i> НАКНАДА ШТЕТЕ – општа разматрања	179
<i>Горан Тишић</i> ДОЦЊА ДУЖНИКА (MORA DEBITORIS, MORA SOLVENDI)	193

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Петар Станојевић</i> УТИЦАЈ ЖАЛБЕ НА ПРЕСУДУ ПРВОСТЕПЕНЕОГ СУДА НА РЕШАВАЊЕ ПРЕДМЕТА У РАЗУМНОМ РОКУ	219
<i>Проф. др Владимир В. Вековић</i> РЕФОРМА МАЛОЛЕТНИЧКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА И СПРОВОЂЕЊЕ АКЦИОНОГ ПЛАНА ЗА ПОГЛАВЉЕ 23	237
<i>Доц. др Драган Благић</i> КАЗНА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У ДОМЕНУ КРИМИНАЛНЕ ПОЛИТИКЕ	251
<i>Др Саша Атанасов</i> ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИ СВЕДОЦИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	269
<i>Др Здравко Грујић</i> САДРЖАЈ КАЗНЕ РАДА У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ – НОРМАТИВНА АНАЛИЗА	291
<i>Мирјана Ђукић</i> ОДНОС СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА И ПОЈЕДИНИХ КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ НАЧЕЛА	315

ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Проф. др Душанка Јововић
**ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА У ПЕРИОДИМА КРИЗНИХ
ПОРЕМЕЋАЈА** 333

Проф. др Љубомир Митровић
**СТАНДАРДИ КВАЛИТЕТА И БЕЗБЕДНОСТИ ХРАНЕ –
ПРЕТПОСТАВКА ЗА ПОВЕЋАЊЕ ИЗВОЗА ПОЉОПРИВРЕДНО –
ПРЕХРАМБЕНИХ ПРОИЗВОДА СРБИЈЕ** 349

Др Сузана Димић
**НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ И ОБЛИКОВАЊЕ ОПТИМАЛНОГ
МОДЕЛА ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА ФИЗИЧКИХ ЛИЦА** 369

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Владан Михајловић
**ПРАВДА КАО ОСНОВ МОРАЛНЕ ЕГЗИСТЕНЦИЈЕ
(ОДРЖАВАЊА) И РАЗВИТКА ЉУДСКЕ ЛИЧНОСТИ** 381

Проф. др Ђорђије Блажић
ИЗВРШЕЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ 393

Проф. др Слободанка Ковачевић-Перић
**НЕЗАКОНИТ ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА: ПРАВНЕ
ПОСЛЕДИЦЕ ПРЕСУДЕ У РАДНОМ СПОРУ** 415

Доц. др Дејан Мирковић
**НОВЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ
ЈАВНОМ ПРАВУ – СЛОБОДА ИЛИ ЛЕГИТИМИТЕТ** 427

Доц. др Бојан Бојанић
**ФУНКЦИЈЕ ПАРЛАМЕНТА У САВРЕМЕНОЈ УСТАВНОЈ
ДРЖАВИ СА ОСВРТОМ НА НАРОДНУ СКУПШТИНУ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ** 439

Невена Петровић
УВОЂЕЊЕ ЖАЛБЕ У УПРАВНИ СПОР -pro et contrum- 455

Ирена Божих
**ДОПРИНОС МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ РАЗВОЈУ
МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА** 467

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И ИСТОРИЈСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Милорад Жижих
ПРИМЕНА ОПШТИХ ПРАВНИХ АКТА 487

Проф. др Радомир Стојанових
**ТЕОРИЈСКО-ПРАКТИЧНИ АСПЕКТИ ПОЈМОВА
СЛОБОДЕ И ПРАВДЕ** 499

Проф. др Сава Аксић
ПРАВДА КАО МИНИМАЛНИ УСЛОВ ПРАВА 507

Доц. др Огњен Вујових
ФУРТУМ, *CONTRESTATIO* И ПРИРОДНО ПРАВО 515

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Братислав Милановић
Редовни професор

КРЕДИТНИ АРАНЖМАНИ МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ФОНДА У САВРЕМЕНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ФИНАНСИЈСКОМ ПРАВУ

Апстракт: *Међународни монетарни фонд, као најјача специјализована глобална међународна финансијска организација, функционално је концептирана ради реализације три основна циља: успостављање међународног монетарног система, који би био обавезан за државе чланице; стабилизацију валутних курсева; и пружање финансијске помоћи својим чланицама ради отклањања платно-билансних потешкоћа. Да би остварио поменуте задатке, Фонду, у складу са његовом правном инфраструктуром, стоје на располагању разни финансијски механизми, међу којима тзв. кредитна функција заузима доминантно место. При томе, ова функција Фонда реализује се системом тзв. „неповлашћених“ и „повлашћених“ кредита, са низом подврста у сваком од ових основних кредитних аранжмана. Међутим, ма колико кредитни функционализам ММФ-а био драгоцен у сфери уређења односа у области глобалног финансијског система, не може се оспорити чињеница да он има и низ негативних перформанси. Све чешће се јавно истиче да се кредитни функционализам Фонда заснива на доктрини модификованог „неолиберализма“ (са изричитим захтевом за свођење на минимум регулаторних функција државе), па чак и на доктрини „економског неоколонијализма“ (слаба, односно никаква преговарачка позиција држава чланица у односима са Фондом, његово активно укључивање у политичке процесе у земље са којима има закључене кредитне аранжмане итд.). Зато, данас у свету преовлађује став да треба креирати један нови концепт кредитне сарадње са Фондом, разумљиво, водећи рачуна о евидентној снази ове институције, али, такође, водећи рачуна и о сопственим интересима и циљевима држава чланица.*

Кључне речи: *кредитни функционализам, повлашћени и неповлашћени кредитни аранжмани, политика условљености Фонда и нови концепт креирања кредитних споразума Фонда и држава чланица.*

I Уводне напомене

Међународни монетарни фонд, као најјача специјализована глобална међународна финансијска организација, основана је давне 1945.

Др Братислав Милановић, редовни професор

године, са намером да својим правним, економским и другим механизмима релизује одређене циљеве у оквиру сложеног система финансијских односа на међународном плану. Сходно одредбама Статута Фонда, поменути циљеви, концепцијски се базирају на:

- промоцији међународне монетарне сарадње кроз институције које обезбеђују механизме за консултације и сарадњу у међународним монетарним проблемима, односно развијању међународне монетарне сарадње преко сталне установе која служи за саветовање и сарадњу у међународним монетарним проблемима;

- стварању услова за развој и ширење међународне трговине и њен уравнотежен раст, као и доприносу у промоцији и одржавању високог нивоа запослености и реалних прихода и развоја производних ресурса, односно развој могућности производних капацитета свих чланица, као првенственим циљевима економске политике;

- промовисању стабилности валутних курсева, одржавању правилних курсних аранжмана између чланица Фонда и избегавању конкурентског снижавања курсева;

- успостављању мултилатералног система плаћања по основу текућих трансакција између чланица Фонда и отклањању девизних ограничења која отежавају раст светске трговине;

- стављању државама чланицама ММФ-а на располагање одговарајућих средстава ради отклањања поремећаја у својим платним билансима; и

- смањењу степена и дужине трајања платнобилансне неравнотеже између чланица ММФ.¹

При томе, иако су поменути циљеви широко постављени, досадашња пракса Фонда, указује на то да његове функције, суштински, теже реализовању три основна задатка: 1) утврђивању стабилних валутних курсева; 2) пружању финансијске помоћи државама чланицама ради отклањања платно-билансних тешкоћа; и 3) успостављању међународног монетарног система, који би био обавезан за све његове чланице.²

Да би остварио поменуте задатке, Фонду, у складу са његовом правном инфраструктуром, на располагању стоје три функционална механизма и то: кредитирање држава чланица, надзор, као и пружање техничке помоћи. Обзиром да је кредитна функција Фонда (реализована кроз разне облике кредитних аранжмана, односно споразума),

¹ IMF Articles of Agreement, Art. I.

² Ђирић, Александар: *Међународно трговинско право (Opiumi deo)*, Ниш, 2010, стр. 329; Head, John.: *Seven Deadly Sins: An Assessment of Criticisms Directed at the International Monetary Fund*, Kansas Law Review 52, 2004, стр. 521.

доминантна, у односу на остале две, то ће иста у даљим истраживањима бити предмет дубљих аналитичких разматрања.

II Кредитни аранжмани Међународног монетарног фонда

1. Опште карактеристике

Међународне валутне и финансијске кризе, наметнуле су потребу јачања кредитног потенцијала Фонда, како би могао да одговори све већим захтевима земаља чланица и тако сузбио кризне ситуације и ублажио њихове последице. Примера ради, нафтни шок 70-их и дужничка криза 80-их година праћени су оштрим растом захтева за склапање кредитних споразума са Фондом. Такође, током 90-их година, процес транзиције у Централној и Источној Европи и кризе тржишта у настајању, као и кризе у Латинској Америци, с почетка 2000-их, такође, имале су за последицу високу тражњу за средствима Фонда. На крају, кредитирање ММФ-а у пуном капацитету је оживело крајем 2008. године, услед глобалног дисбаланса, насталог после финансијске кризе развијених економија.

Кредитирање земаља чланица, Фонд врши у оквиру свог кредитног потенцијала. Његова средства стоје на располагању чланицама кроз разне облике кредитирања, а конкретан приступ средствима Фонда примарно је одређен лимитима у односу на националне квоте, затим платнобилансним потребама и политиком прилагођавања чланица, правилима приступа општим средствима Фонда, која су униформна за све земље.

На захтев државе чланице, ММФ, обично, обезбеђује кредит у виду аранжмана (споразума), који по правилу предвиђају посебне услове и мере, са којима земља треба да се сагласи и да их спроводи - тзв. политика кредитне условљености Фонда.

С тим у вези, ипак морамо констатовати да ова политика условљености, једнострано наметнута државама чланицама, већ дуже време је предмет многобројних критика. Једна од примедби односи се на чињеницу да ова институција не води довољно рачуна о развојним циљевима држава корисника кредитних средстава. Поред тога, морамо подвући и да се овом политиком недвосмислено утиче на суверенитет држава чланицама у многим областима (макроекономска политика, фискална политика, буџетска политика, па и отворено уплитање у политичке процесе многих држава). На бази тога, марта 2009. године Фонд је „модернизовао“ свој оквир условљавања кроз ревидирана Упутства о условљености (Guidelines on Conditionality), са циљем да мере условљености буду што више прилагођене и усмерене различитим економским политикама држава чланица и њиховим почетним

економским позицијама. Међутим, сматрамо да то није довољно и да политика условљености, а могли би је слободно назвати „политиком ултимативности“, мора да претрпи много значајније реформе које ће бити у функцији „подизања ауторитета“ држава чланица у односу на моћ и снагу Фонда.

2. Процедурални аспекти кредитних аранжмана ММФ-а

Кредитни споразуми Фонда, односно исплата финансијских средстава државама чланицама, традиционално се реализују, најчешће, у оквиру *политике кредитних транши (credit tranche policies)* или, у мањем броју случајева, *политике посебних исплата (special policies)*. Средства у оквиру транши, које представљају еквивалент од 25% квоте државе чланице, исплаћују се са Рачуна општих средстава (*GRA*), за разлику од *политике посебних исплата*, која се примењује на посебне врсте кредита и исплате средстава се врше са Рачуна за специјалне исплате (*SDA*). Кредитним траншама се финансирају платнобилансне потребе држава, у односу на политику посебних исплата, којом се финансирају остале специфичне ситуације, а реализација транши (исплата средстава) зависи од испуњења конкретних обавеза државе чланице у областима економске и финансијске политике.

Начелно, постоје четири услова за повлачење средстава Фонда: 1) употреба средстава мора бити у складу са политиком Фонда; 2) средства се додељују за решавање платнобилансних проблема и резервних позиција државе чланице; 3) вучење у оквиру транши, по правилу, не може прећи 200% квоте; и 4) држава чланица треба испунити одређене услове за коришћење одобрених средстава.³ Битно је истаћи да се, према дискреционом овлашћењу Фонда, од последња два услова може одступити.⁴ Извршни одбор ММФ-а разматра све захтеве за коришћење општих средстава Фонда, да би утврдио да ли је предложено коришћење тих средстава у складу са политиком и Статутом Фонда.

Држава чланица повлачи кредитна средства *куповином* резервних средстава (стране валуте или специјалних права вучења) од Фонда, у еквивалентном износу *домаће валуте*, изражене у специјалним правима вучења. На тај начин држава чланица повећава количину домаће валуте у Фонду, односно додаје је износу који је уплатила као део укупне квоте. Исплата кредита се врши *откупом* домаће валуте од Фонда, а плаћање се

³ IMF Articles of Agreement, Art. V(3)(b).

⁴ IMF Articles of Agreement, Art. V(4).

обавља у резервним средствима која су купована од Фонда (стране валуте или специјалних права вучења).

Међутим, према одређеним теоријским ставовима, финансијски механизам куповине и откупа валута, ни правно, а ни технички, не представља кредит (позајмицу), али се може сматрати као *функционални еквивалент кредитима*, јер ММФ *аранжмани* садрже обавезе испуњења одређених услова држава за исплату средстава. На тај начин, кредити Фонда се, у одређеној мери, могу изједначити са тзв. *условном кредитном линијом*.⁵ У том смислу, коришћење финансијских средстава са Рачуна општих средстава (*GRA*) не представља уговор о кредиту, већ „привремену куповину валута“ (*interim purchase of currencies*). С друге стране, финансијска средства која се исплаћују преко повереничких фондова, са Рачуна за специјалне исплате (*SDA*), реализују се у форми „пуне кредитне трансакције“ (*full loan transactions*).⁶

Када држава чланица изврши уплату у резервним средствима (страним валутама или СПВ-а), стиче посебан захтев за исплату средстава од Фонда, који је сличан депозиту по виђењу у комерцијалним банкама. Овакав захтев се назива „позиција резервне транше“ (*reserve tranche position*) и једнак је износу квоте државе чланице, умањеном за количину валуте државе чланице на Рачуну општих средстава Фонда. Резервна транша (*reserve tranche*) се сматра *првим* извором кредитирања (*facility of first resort*), а финансијска средства за исплату резервне транше чине посебан део девизних резерви државе чланице. На тај начин, експлицитно, *куповина* у оквиру резервне транше не конституише кредит Фонда.⁷

Иако удео *резервних средстава* у уплати квоте држава чланица износи 25% квоте, исти се може мењати током времена. Позиција резервне транше се *повећава* када Фонд користи валуту конкретне државе чланице за кредитирање других чланица (или за административне исплате), а *смањује* се када држава чланица користи резервна средства за отплату кредита. Уколико је потребно, држава чланица се може обавезати да изврши уплату резервних средстава у висини и до 100% своје квоте.

Куповине у оквиру кредитних транши, поред извесних објективних мерила, у великој мери садрже дискреционо право Фонда, који врши селекционисање услова за доделу кредита на основу поделе кредитних транши на четири подједнаке транше, од по 25% квоте, при

⁵ Zimmermann, Claus: *A Contemporary Concept of Monetary Sovereignty*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, стр. 237.

⁶ Tan, Celine: *Regulation and resource dependency - The legal and political aspects of structural adjustment programmes*, Wolters Kluwer, Austin, 2010, стр. 167-177.

⁷ IMF Articles of Agreement, Art. XXX(c).

чему су лакши услови кредитирања постављени у оквиру прве транше у односу на следеће.

С тим у вези, коришћење *прве* кредитне транше подразумева да су платнобилансни проблеми државе чланице релативно мали и њоме се повећава удео валуте државе чланице у холдингу средстава Фонда, при чему исти не може прећи износ од 125% квоте. У *другој* кредитној транши износ одобрених средстава се креће од 125 до 150% квоте, док *трећа* и *четврта* кредитна транша повећавају удео домаће валуте између 175 и 200% квоте. То значи да, без коришћења *посебних финансијских инструмената Фонда*, држава чланица не може позајмити износе изнад 200% своје квоте (на годишњем нивоу). С друге стране, уколико је вршена куповина домаће валуте од стране других држава чланица, право куповине домаће државе сразмерно расте. Ипак, практично коришћење *специјалних* кредитних инструмената омогућава одобравање много већих износа средстава од теоретског лимита који је одређен Статутом Фонда.

Услови, чије је испуњење потребно за приступ кредитним средствима Фонда, значајно се разликују код резервне и виших кредитних транши.⁸ С тим у вези, *куповина* у оквиру резервне транше увек је безусловна, за разлику од кредитних транши које подлежу политици условљености Фонда.⁹ Прва кредитна транша, обично, садржи неку врсту осигурања Фонда, у форми *писма о намерама*, које, како је већ истакнуто, садржи мере економске политике на чије се предузимање држава чланица обавезала. У вишим кредитним траншама, условљеност исплате средстава се реализује, најчешће, путем *stand-by* аранжмана,¹⁰ на основу којих је држава чланица у могућности да врши куповине одобреног износа страних валута (или СПВ-а) са Рачуна општих средстава Фонда (*GRA*), током договореног периода важења аранжмана.¹¹

III Врсте кредитних аранжмана Међународног монетарног фонда

Током еволуције система кредитирања, Фонд је развио различите кредитне инструменте, односно „механизме“, прилагођене специфичним

⁸ Вучења у оквиру транши могу бити само у форми *stand-by* или *проширених* аранжмана, које земља може користити у границама унапред утврђеног временског периода.

⁹ Leckow, Ross: *Conditionality in the International Monetary Fund*, Current Developments in Monetary and Financial Law, Vol. 3 (IMF, Washington DC, 2005), стр. 53.

¹⁰ На тај начин се држави чланице омогућава „вучење“ средстава изнад статутарног лимита.

¹¹ IMF Articles of Agreement, Art. XXX(b).

околностима и потребама држава чланица. С тим у вези, кредитни аранжмани Фонда могу се поделити на две основне врсте и то *неповлашћене* (класичне) и *повлашћене* (концесионалне) кредитне аранжмане.

1. Неповлашћени кредитни аранжмани ММФ-а

Неповлашћени кредити ММФ-а (*non-concessional loans*) се одобравају кроз више облика кредитних споразума, од којих би смо, као најзначајније, издвојили: споразуме о Стенд-бај аранжманима (*Stand-By Arrangements*), споразуме о Флексибилним кредитним линијама (*Flexible Credit Lines*), споразуме о Линијама предострожности и ликвидности (*Precautionary and Liquidity Lines*) и споразуме о Проширеним Фондовим олакшицама (*Extended Fund Facilities*), које се користе за финансирање средњорочних потреба државе чланице (*medium-term needs*). Поред тога, за пружање хитне финансијске помоћи свим државама чланицама, користи се и Споразум о убрзаном финансирању (*Rapid Financing Instrument*).

1.1. Стенд-бај кредитни аранжмани

Споразум о овом облику кредита између државе чланице и Фонда о условима и начину коришћења финансијских средстава, формално-правно базира се на документу, тзв. Писму о намерама (*Letter of Intent*),¹² који је саставни део *stand-by* аранжмана (*Stand-By Arrangement*, у даљем тексту *SBA*). Поред овог главног *stand-by* документа, по правилу, примењују се и одредбе Техничког меморандума о разумевању (*Technical Memorandum of Understanding*),¹³ као и Меморандума о економским и фискалним политикама (*Memorandum on Economic and Financial Policies*),¹⁴ као споредни, али увек захтевани документи.

Једна од најбитнијих карактеристика *SBA*, подразумева његову примену у државама чланицама које се суочавају са *краткорочним*

¹² Први *стенд-бај* аранжман је реализован са Перуом, 1958. године. Ова Јужно-америчка држава је у Писму о намерама дефинисала политику коју намерава да имплементира преко стабилизационог програма и, према одредбама тих политика, прихватила услове из кредитног аранжмана. Према, Pahuja, Sundhya: *Technologies of empire: IMF conditionality and the reinscription of the north-south divide*, LJIL 13, 2000, стр. 770-771.

¹³ IMF, *Guidelines on Conditionality*, September 25, 2002.

¹⁴ Megliani, Mauro: *Sovereign Debt (Genesis - Restructuring - Litigation)*, Catholic University Milan, Italy, Switzerland, 2015, стр. 234.

платнобилансним проблемима. С тим у вези, програмски циљеви аранжмана су конципирани тако да су исплате Фонда условљене решавањем платнобилансних проблема (доследна примена политике условљености). Дужина *SBA* је обично од 12 месеци до 24 месеца, али не више од 36 месеци, док се отплата позајмљених средстава врши у року од 3 до 5 година (која се отплаћују у осам једнаких кварталних рата).

Када је реч о *подобности* државе за могућност финансирања овим путем, треба рећи да све земље чланице које се суочавају са потребама за спољним финансирањем, морају испуњавати одређене услове Фонда за реализацију *SBA*.

При томе, каматна стопа на ове аранжмане се састоји од: 1) тржишно одређене каматне стопе на специјална права вучења и каматне маргине (која тренутно износи 100 базних поена),¹⁵ које заједно чине основну стопу надокнаде (*basic rate of charge*); и 2) посебних доплата (*surcharges*), које зависе од износа и временског оквира трајања аранжмана. Велики кредити носе доплату од 200 базних поена, која се плаћа на износ кредита изнад 300% квоте. Уколико кредит остаје изнад 300% квоте и након три године, ова доплата расте до 300 базних поена. Сврха увођења ових наплата представља осигурање Фонда за коришћење средстава у већим износима и у дужем временском периоду.

Поред тога, на одобрени *SBA* аранжман земља чланица плаћа провизију за ангажовање средстава, почетком сваког дванаестомесечног периода (15 базних поена за износе до 200% квоте, 30 базних поена за износ од 200% до 1000% квоте и 60 базних поена за износ изнад 1000% квоте). Ове провизије се враћају уколико су износи повучени током релевантног периода, односно ако су у потпуности искоришћена одобрена средства.

Са пословног аспекта, ови аранжмани представљају, у ствари, *кредитну линију*, према којој Фонд *унапред* одређује модалитете извршења, на захтев земље чланице. На тај начин заинтересована земља добија од Фонда *гаранцију* да може да „повлачи“ његова средства до одређеног износа у одређено време, а да ММФ неће испитивати *оправданост* таквог вучења средстава. Према томе, ови аранжмани представљају комбинацију аутоматизма кредитирања с доношењем кредитне оцене и одлуке од стране Фонда, пошто давањем сагласности

¹⁵ Базни поен је јединица која је једнака 1/100 од 1%, а често се користи уместо процената када се расправља о каматној стопи, стопи приноса и другим показатељима учинка који се могу изразити процентом.

Фонда земља стиче *право аутоматског вучења* средстава у границама предвиђеног лимита и рока кредитирања.¹⁶

1.2. Аранжмани Флексибилних кредитних линија

Механизам кредитног аранжмана Флексибилне кредитне линије (*The Flexible Credit Line*, у даљем тексту *FCL*) дизајниран је у циљу задовољења потражње за кредитима који омогућавају превенцију и ублажавање криза, земљама са веома јаким институционалним политичким оквирима и унапређеним економским перформансама. Овај инструмент је настао 2009. године, као део реформе Фондовог кредитирања земаља које се нађу у *готовинској* кризи, са идејом прилагођавања својих кредитних инструмената различитим потребама и околностима земаља чланица.¹⁷ На тај начин, *FCL* аранжман обезбеђује одређено осигурање овим земљама и подстиче тржишно поверење, током периода појачаних ризика.¹⁸

FCL аранжмани се одобравају, на захтев државе чланице, државама које испуњавају *унапред* постављене *квалификационе* критеријуме. Ова врста аранжмана функционише као *обновљива* (револвинг) кредитна линија, чија се дужина трајања креће у распону *од једне до две године*, са привременим прегледом континуитета испуњавања квалификационих критеријума после годину дана, с тим да једногодишњи аранжмани не захтевају шестомесечни привремени преглед у очувању приступа кредитној линији.

С тим у вези, критеријуми који се користе за процену квалификованости земље за *FCL* аранжмане базирају се на: одрживости спољне позиције; дугорочним искуствима и приступу међународним тржиштима капитала под повољним условима; стању јавних финансија,

¹⁶ Одобравање овог вида финансијске помоћи, ММФ врши *аутоматски* (транша са ниском условљеношћу), ако тражена сума не премашује 25% квоте. Одобравање на бази оцена и процена о економској политици земље, врши се када се финансијска помоћ додељује сукцесивно у оквиру четири транше, свака од по 25% квоте земље чланице. За прву кредитну траншу довољно је да земља поднесе програм економских мера за решавање дефицита у билансу плаћања, док је за коришћење остале три више кредитне транше условљеност много већа. Поред тога, држава чланица мора да поднесе и одговарајући *стабилизациони програм*. Према, Јововић, Дејан: *Међународне финансијске институције (Положај и интереси СР Југославије)*, Београд, 1997, стр. 46.

¹⁷ До данас, три земље, Колумбија, Мексико, и Пољска, су користиле овај вид кредита.

¹⁸ *IMF Overhauls Nonconcessional Lending Facilities and Conditionality*, Public Information Notice (PIN) No. 09/40, April 3, 2009.

укључујући позицију одрживог јавног дуга; ниској и стабилној инфлацији (у контексту монетарне политике и политике курса националне валуте); солвентности банака; ефикасном надзору финансијског сектора; интегритету и транспарентности података итд.

Приступ новчаним средствима се одређује *од случаја до случаја* и није ограничен механизмом „редовног“ приступа, док се реализација средстава врши у виду *једнократне исплате* (ређе фазне исплате). Исплате средстава у оквиру *FCL* аранжмана *нису условљене* применом специфичних мера економске политике, као што је то случај код *SBA*, јер земље које испуњавају *FCL* квалификационе критеријуме, спроводе одговарајућу макроекономску политику. То значи да *FCL* омогућава *директан приступ* високим износима средстава Фонда, *без текућих услова*, обзиром на снагу институционалног политичког оквира државе чланице, како је већ истакнуто. Отплата средстава у оквиру овог аранжмана се одвија у периоду од 3 до 5 година.¹⁹

Као и код других неповлашћених механизма ММФ-а, трошкови повлачења *FCL* средстава варирају у зависности од обима и трајања кредита.²⁰ Тренутно, ефективна каматна стопа у оквиру *FCL* аранжмана, за приступ између 500 и 1000 процената квоте, креће се између 1,9 и 2,5% пре почетка - тј. на бази примене основне провизије. После 3 године она расте на око 2,3 - 3,2% и више, изнад оквира од 1000 одсто квоте. На *искоришћени износ* кредита плаћа се провизија (од 50 базних поена) и камата.

1.3. Кредитни аранжмани из предострожности и ликвидности

Споразуме о кредитним аранжманима из предострожности и ликвидности (*Precautionary and Liquidity Line*, у даљем тексту *PLL*) могу користити државе са *здравим институционалним политичким основама* и искуством у спровођењу такве политике. Земљама које су квалификоване за *PLL* аранжмане (суочене са *умереним слабостима*, а које не испуњавају *FCL* стандарде), *PLL* кредити не захтевају значајне корекције економске политике, које су обично повезане са *SBA* аранжманима. *PLL* комбинује *квалификациони процес* (сличан ономе који се користи у приступу *FCL* аранжманима, али са *нижим* критеријумима) са фокусирањем на *ex post* условљавања, у циљу решавања преосталих умерених недостатака, идентификованих током *квалификационог периода*. Претходни

¹⁹ *IMF Lending*, September 5, 2014.

²⁰ Високи кредитни износи носе доплату од 200 базних поена, која се плаћа на износ кредита изнад 300 одсто квоте. Уколико кредит остаје изнад 300 одсто квоте након три године, ова доплата расте до 300 базних поена.

(квалификациони) критеријуми служе као показатељи институционалне политике земље чланице, који треба да доприносу *консолидацији поверења у тржиште*, а према плановима конкретне државе.

Дужина трајања *PLL* аранжмана креће се у распону *од шест месеци до једне или, евентуално, две године*. У овом случају, период трајања аранжмана од шест месеци односи се на државе са *стварним* или *потенцијалним* краткорочним платнобилансним потребама, које могу учинити довољан (кредибилан) напредак у решавању њихових пропуста током периода од шест месеци, када може бити одобрено до 250% квоте земље чланице. Међутим, уколико су платнобилансне потребе земље резултат спољних удара (шокова), укључујући повећане регионалне или глобалне турбуленције, приступ може бити *повећан*. Обнављање шестомесечних *PLL* аранжмана је, обично, могуће тек након протеча две године (*cooling-off period*) од дана усвајања претходног шестомесечног *PLL* аранжмана. У случају аранжмана у дужини од једне до две године, максималан приступ средствима износи 500% квоте за прву годину и укупно 1000% квоте за цео аранжман. Ако *PLL* аранжман траје дуже од једне године, износи одобрени током друге године могу бити померени на искоришћавање потреба из прве године финансирања, уз одобрење Извршног одбора Фонда.²¹

Сви *PLL* аранжмани подлежу обавези вршења шестомесечне ревизије од стране Извршног одбора Фонда, која служи за утврђивање процене успешности извршења програма државе чланице. Ипак, шестомесечни *PLL* аранжмани не подлежу ревизији, али могу укључивати *претходне мере*, ако се такве мере сматрају кључним за успех аранжмана. Уколико земља чланица има *стварних* потреба у области платног биланса (у време одобравања аранжмана), приступ средствима се одвија *по фазама*, кроз полугодишње исплате, у складу са истим периодима ревизије.

Трошкови позајмљивања ресурса *PLL* аранжманима подлежу обавези плаћања *провизије*, која се исплаћује на почетку сваког дванаестомесечног периода, у зависности од износа који се може користити у уговореном периоду (15 базних поена за износ до 200% квоте, 30 базних поена на износе изнад 200% до 1000% квоте). Ове провизије се враћају (рефундирају), уколико се позајмљени износ врати током договореног периода важења аранжмана.

²¹ У случају једногодишњих или двогодишњих *PLL* аранжмана, претходно предузете мере, структурална прилагођавања и квантитативни критеријуми ће се користити само када су од велике важности за успех аранжмана, а квантификовани макроекономски оквир, потпомогнут одређеним индикативним циљевима, омогућава процену напретка земље ка испуњавању својих програмских циљева.

1.4. Аранжмани о проширеним Фондовим олакшицама

Када се земља суочава са озбиљним *средњорочним* платнобилансним проблемима због *структурних недостатака*, који захтевају дужи временски период решавања, Фонд може пружити финансијску помоћ за процес прилагођавања преко аранжмана Проширене кредитне олакшице (*Extended Fund Facility*, у даљем тексту *EFF*). За разлику од помоћи у оквиру *стенд-бај* аранжмана, помоћ у оквиру продуженог аранжмана има *дужи период коришћења*, како би земља успешно спровела *средњорочне* структурне реформе, као и *дужи рок отплате*.²²

EFF аранжмани се, најчешће, одобравају на период *до три године*, са максималним продужавањем још за једну годину, уколико је то потребно. Међутим, одобравање трајања аранжмана може ићи и *до четири године*, а заснива се, између осталог, на постојању потребе дужег финансирања платног биланса од трогодишњег периода, као и присуству одговарајућег уверавања о способности и спремности државе да спроведе дубоке и одрживе структурне реформе. Због тога је и продужен период отплате на период између 4 и 10 година, уз отплату у *дванаест једнаких полугодишњих рата*.

Висина задуживања држава чланица путем *EFF* аранжмана вођена је финансијским потребама земље, способношћу враћања кредитних средстава, као и доказом употребе средстава Фонда. При томе, разликују се два приступа средствима Фонда у оквиру овог аранжмана и то:

- *Нормалан приступ (Normal access)*, у оквиру кога се земља задужује до 200 одсто квоте годишње и, кумулативно до 600 одсто квоте током трајања програма; и

- *Посебан приступ (Exceptional access)*, када Фонд може позајмити износе *изнад* ових приступних граница, по принципу *од случаја до случаја*, у изузетним околностима, под условом да та земља испуњава *унапред* одређене критеријуме Фонда.²³

Трошкови позајмљивања ресурса *EFF* аранжманима подлежу обавези плаћања *провизије*, која се исплаћује на почетку сваког дванаестомесечног периода, у зависности од износа који се може

²² Овај аранжман је уведен 1974. године како би помогао земљама у решавању средњорочних и дугорочних платнобилансних проблема, који се одражавају у *широким* поремећајима и захтевају фундаменталне економске реформе. Његова употреба је знатно порасла у протеклом кризном периоду, одражавајући *структурну природу* неких платнобилансних проблема држава чланицама.

²³ *The IMF's Extended Fund Facility (EFF)*, September 21, 2015.

користити у уговореном периоду (15 базних поена за износе до 200 одсто квоте, 30 базних поена на износе изнад 200 одсто и до 1000 одсто квоте и 60 базних поена на износе веће од 1000 одсто квоте). Ове провизије се враћају (рефундирају), уколико се позајмљени износ *врати* током договореног периода важења аранжмана, док је висина каматних стопа је иста као и код *SBA* аранжмана.

1.5. Аранжмани убрзаног финансирања

Сврха закључења споразума о убрзаном финансирању (*Rapid Financing Instrument*, у даљем тексту *RFI*), уведеног 2011. године, огледа се у замени и проширењу обима ранијих концепата политике хитне финансијске помоћи (*emergency assistance policy*), коју је практиковао Фонд. У том смислу, *RFI* аранжман пружа брзу финансијску помоћ, *са ограниченим условљавањем*, свим земљама чланицама које се суочавају са *ургентним* потребама платног биланса (које произилазе из шокова поремећаја робних цена, природних катастрофа, пост-конфликтних ситуација и ванредних ситуација услед одређених нестабилности и др.), *без потребе* подношења свеобухватног стабилизационог програма. На овај начин, *RFI* аранжман представља замену Фондове досадашње политике која је покривала Хитну помоћ у случају природних катастрофа (*Emergency Natural Disaster Assistance, ENDA*) и Хитну пост-конфликтну помоћ (*Emergency Post-Conflict Assistance, EPCA*).

Услови одобравања *RFI* аранжмана су слични аранжману Убрзаних кредитних олакшица (*RCF*) за земље које испуњавају услове Фонда за смањење сиромаштва и привредни раст (*Poverty Reduction and Growth Trust, PRGT*). Овакав кредитни инструмент доступан је *свим земљама чланицама* (иако ће земље са ниским приходима, вероватно, више користити повлашћени аранжман *RCF*) и намењен ситуацијама у којима није потребно подношење свеобухватног економског програма (нпр. због пролазне и ограничене природе шока), или исти програм није изводљив (нпр. због тога што постоји одређена хитна потреба или је политички капацитет ограничен, укључујући и финансијску нестабилност).

Финансијска помоћ у оквиру ових аранжмана је обезбеђена у виду *трајних куповина* новчаних средстава (*outright purchases*), без потребе за програмом или ревизијама. За државу која тражи помоћ у виду *RFI* аранжмана је неопходно да *сарађује са Фондом*, како би решила потешкоће платног биланса и дефинисала *општу економску политику* коју

намерава да следи. Поред тога, предузимање неких *претходних мера* није неопходно, али може бити затражено у *оправданим случајевима*.²⁴

Приступ *RFI* аранжману је ограничен на 75% квоте годишње и 150% квоте на кумулативној основи, док ниво приступа у појединачним случајевима зависи од платно-билансних потреба земље чланице. Финансијска помоћ обезбеђена у оквиру *RFI* подлеже истим финансијским условима као *FCL*, *PLL* и *SBA* аранжмани и отплаћује се у року од 3 до 5 година.²⁵

Иако се финансирање у оквиру *RFI* аранжмана одвија, по правилу, у *једној* куповини, односно вучењу средстава (*one-off purchase*), у случају хитних платнобилансних потреба (ограниченог трајања), може се одобрити поновна употреба средстава, укључујући и случајеве у којима *RFI* олакшава напредак ка спровођењу свеобухватног економског програма, подржаног од стране Фонда. Поновна употреба, у трогодишњем периоду од прве реализације средстава, могућа је у случају да су билансни проблеми узроковани спољним шокovima или се држава обавезује да спроведе адекватне мере макроекономске политике, које укључују и надзор над спровођењем програма.

2. Повлашћени кредитни аранжмани ММФ-а

Повлашћени кредити Фонда (*concessional loans*) се одобравају државама са ниским приходима (*low-income countries*) у виду више облика кредитних аранжмана, који се концепцијски базирају на три најзначајнија и најчешће практикована споразума, и то: споразум о Продуженој кредитној олакшици (*Extended Credit Facility, ECF*), споразум о Стенд-бај кредитној олакшици (*Standby Credit Facility, SCF*) и споразум о Убрзаној кредитној олакшици (*Rapid Credit Facility, RCF*). Све врсте повлашћених кредита финансирају државне програме за постизање одрживе макроекономске позиције, заједно са тежњом за појачаним привредним растом и трајним смањењем сиромаштва.

Финансијске операције повлашћених (концесионалних) кредитних аранжмана се предузимају одвојено од редовних кредитних операција Фонда, коришћењем донација држава чланица (независно од обавезних капиталних уплата) и Фондових средстава. Поред тога, реализација повлашћених кредита врши се преко *повереничких фондова*, што омогућава већу флексибилност и лакше разликовање потреба држава

²⁴ Haddow, George, Bullock, Jane, Coppola, Damon: *Introduction to Emergency Management*, Fifth edition, Butterworth-Heinemann, Kidlington, Oxford, 2013, стр. 293-298.

²⁵ *The IMF's Rapid Financing Instrument (RFI)*, September 15, 2015.

чланица, као и прикупљање неопходних финансијских средстава. Такође, коришћење ових фондова у функцији је одрживости Рачуна општих средстава (*GRA*) Фонда, у смислу смањивања кредитних ризика и ризика ликвидности истог.²⁶

Средства за концесионално позајмљивање обезбеђују билатерални кредитори, донатори, као и сам ММФ,²⁷ а финансијска помоћ државама са ниским приходима реализује се преко ММФ-овог Фонда за смањење сиромаштва и раст (*Poverty Reduction and Growth Trust, PRGT*).²⁸ Условљеност исплате средстава преко *PRGT* фонда дефинисана је помоћу показатеља и мера, чије извршење спада под директну или индиректну контролу државе дужника. Концесионални кредитни аранжмани Фонда (*SCF, RCF* и *ECF*), због начина реализације средстава, популарно се називају *PRGT* инструментима (*PRGT Instruments*).

Средства билатералних кредитора, за финансирање концесионалних кредита, позајмљују се по тржишним кредитним стопама централних банака, влада држава чланица и овлашћених институција. Међутим, иако се услови отплате ових средстава уговарају на билатералној основи, основна камата на ова средства је дефинисана шестомоесечном каматном стопом на специјална права вучења (*6-month SDR interest rate*), а од реформе концесионалних инструмената, 2009. године, камата на кредите у специјалним правима вучења наплаћује се по стопи на СПВ, док су рокови доспећа ових кредита дефинисани у складу са условима отплате кредитних средстава дужника.²⁹

Поред кредитних средстава, билатерални донатори, као и ММФ, могу обезбедити финансијска средства и у виду субвенција (*subsidy resources*). Ова средства се могу реализовати субвенцијским донацијама

²⁶ Haddow, G., Bullock, J., Coppola, D.P.: *op.cit.*, стр. 294.

²⁷ Када су концесионалне операције уведене, финансиране су продајом златних резерви Фонда. Међутим, када су креиране Проширене олакшице за структурно прилагођавање (*Enhanced Structural Adjustment Facility - ESAF*), 1987. године, број кредитора је проширен на донаторе и билатералне кредиторе.

²⁸ Дотадашњи Фонд за раст и смањење сиромаштва и олакшице за спољне шокове (*The Poverty Reduction and Growth Facility and Exogenous Shocks Facility Trust - PRGF-ESF*) је преименован у Фонд за смањење сиромаштва и раст (*PRGT*), реформом концесионалног финансирања из 2009. године.

²⁹ Реформом из 2009. године, укупан капацитет концесионалних кредита пројектован је на 17 милијарди долара до 2014. године, при чему је износ појединачног финансирања држава удвостручен на годишњем нивоу. Значајно повећање средстава је реализовано ради обезбеђења додатних 10,8 милијарди СПВ, за испуњење кредитних обавеза до 2014. године. Ова средства се могу користити до 2018. године, али је неопходно ново повећање средстава. Од априла 2014. године обезбеђено је укупно 26,2 милијарде СПВ-а, за финансирање ових кредита.

или инвестирањем средстава донатора, заједно са *PRGT* фондом,³⁰ по нултој или каматним стопама нижим од тржишних. У другом случају, разлика у каматној стопи на инвестиционе приходе *PRGT* фонда и камате плаћене донаторима, представља износ субвенције *PRGT* фонду.³¹

2.1. Аранжмани о проширеним кредитним олакшицама

Аранжман Проширене кредитне олакшице (*Extended Credit Facility*, у даљем тексту *ECF*) је креиран у оквиру Фонда за смањење сиромаштва и раст (*PRGT*), као замена за раније споразуме о олакшицама за раст и смањење сиромаштва (*Poverty Reduction and Growth Facility*) и представља главно средство *средњорочне* подршке ММФ-а најсиромашнијим земљама, са вишим приступом финансијским средствима, повлашћенијим условима кредитирања, флексибилнијом садржином економског програма и уравнотеженијим и боље фокусираним условима.

Као и код ранијих *PRGF* кредитних споразума, *ECF* аранжман финансира економски програм земље чији је циљ стабилна и одржива макроекономска позиција са чврстим и трајним опредељењем ка расту и смањењу сиромаштва. Осим тога, *ECF* аранжман може помоћи у прибављању додатне стране помоћи, односно, може послужити као *катализатор* за привлачење других финансијских средстава. Ова врста помоћи доступна је свим државама које су подобне за коришћење средстава у оквиру *PRGT* фонда, а суочавају се са дуготрајним проблемима платног биланса (нпр. када се очекује *средњорочно* или *дугорочно* решавање основних макроекономских неравнотежа).³²

Финансирање у оквиру *ECF* аранжмана врши се у иницијалном периоду од 3 до 4 године, са могућношћу проширења на 5 година, док након истека или раскида *ECF* аранжмана, могу бити одобрени и додатни аранжмани исте врсте. Приступ *ECF* финансирању Фонд одређује *од случаја до случаја*, узимајући у обзир стање биланса плаћања земље, потребе и снаге економског програма, могућности државе да врати средства Фонду, износ повучених кредита, као и историју кредитних односа конкретне државе са Фондом, а руководи се *приступним нормама* (eng. *access norms*).³³ Укупан приступ концесионом финансирању, под

³⁰ *IMF Financial Operations* (Washington, October 2014), стр. 63.

³¹ До априла 2014. године, 155 држава реализовало је субвенцијске уплате, укупне вредности 1,356 милијарди СПВ-а.

³² *IMF Lending*, March 28, 2014.

³³ Приступне норме пружају опште смернице и флексибилно се користе, тако да не представљају ни плафоне, као ни одређене бенефиције. Норме су постављене на

PRGT условима, је ограничен на 150% квоте годишње, док је укупан концесиони кредит ограничен на 450% квоте (кумулативно). Ова ограничења могу бити прекорачена у *изузетним околностима*, док се приступ средствима Фонда може проширивати током аранжмана, ако је то потребно.

Код ревизије програма, пресудну улогу у процени резултата реализовања истог има Извршни одбор Фонда, који одобрава прилагођавање програма економским кретањима. Ревизија се обично спроводи на сваких *шест месеци*, али могуће је и *квартално* праћење у случају високе економске нестабилности у држави дужнику.

Трошкови финансирања под *ECF* аранжманом носе *нулту каматну стопу* до краја 2016. године, са грејс периодом од 5½ година и роком доспелости од 10 година. При томе, Фонд разматра ниво каматних стопа за све повлашћене аранжмане у склопу *PRGT*-а сваке две године, а следећи преглед очекује се крајем 2016. године.³⁴

2.2. Аранжмани о стенд-бај кредитним олакшицама

Споразуми о стенд-бај кредитним олакшицама (*Standby Credit Facility*, у даљем тексту *SCF*) представљају аранжман путем кога се позајмљују финансијска средства најсиромашнијим земљама за превладавање *краткорочних* потешкоћа у њиховом платном билансу. Креиране у оквиру *PRGT* Фонда, *SCF* олакшице замењују компоненту *високог* приступа (*High-Access Component, HAS*), присутну код Олакшица за спољне ударе (*Exogenous Shocks Facility - ESF*),³⁵ коју је до скоро

180% квоте за трогодишње аранжмане или на 112.5% квоте, уколико укупан концесиони кредит земље износи 150% квоте или више. За земље чији је укупан концесиони кредит изнад 300% квоте, норме не важе, а приступ аранжману се разматра обзиром на: лимит кумулативног приступа од 450% квоте, очекивања будућих потреба за подршком Фонда, као и начин отплате кредита.

³⁴ *The IMF's Extended Credit Facility (ECF)*, September 22, 2014.

³⁵ Олакшице за спољне ударе креиране су 2006. године, у оквиру Фонда за смањење сиромаштва и раст (*Poverty Reduction and Growth Facility, PRGF Trust*), за пружање финансијске помоћи државама које су се суочавале са последицама изненадних спољних удара. Под спољним ударима, у оквиру овог аранжмана, подразумевале су се изненадне промене цена берзанских производа, укључујући и цене нафте и хране, природне катастрофе, као и сукоби и кризе у суседним земљама са којима се тргује. Исплата средстава у оквиру овог аранжмана вршила се на два начина и то: преко компоненте *брзог* приступа средствима (*Rapid-Access Component, RAC*), путем које је држава могла позајмити 25% квоте за сваки спољни шок, а ресурси су се одобравали у једном кредитном инструменту; и компоненте *убрзаног* приступа (*High-Access Component, HAS*), која је омогућавала повлачење средстава *до 150% квоте*, а приступ се одређивао *од случаја до случаја*. Олакшице за спољне ударе - Компонента високог

практиковао ММФ. Овај иновирани кредитни механизам покрива шири спектар негативних околности, омогућава већи приступ средствима Фонда, ниже каматне стопе, може се користити *из предострожности* и у програмима за смањење сиромаштва и економски раст.³⁶

SCF аранжмани, као што је већ истакнуто, намењени су државама са ниским дохотком које су достигле одрживе макроекономске позиције, али код којих може доћи до *тренутних* потреба *краткорочног* финансирања и прилагођавања, укључујући проблеме изазване спољним или унутрашњим шоковима. Овај програм финансирања подржава економске програме земаља који имају за циљ поновно успостављање стабилне и одрживе макроекономске позиције, у складу са јаким и трајним економским растом и смањењем сиромаштва. Функционално посматрано, и овај аранжман може служити као *катализатор* у прикупљању додатне стране помоћи.

Период коришћења *SCF* аранжмана се креће од 12 до 24 месеца. Како је *SCF* аранжман намењен решавању повремених краткорочних потешкоћа, његова употреба је обично ограничена на 2 од било којих 5 година, колико износи максимални период важења аранжмана. У складу са тим, *SCF* аранжман може бити продужен или поништен, а могу бити одобрени и узастопни аранжмани ове врсте.

Приступ *SCF* средствима финансирања одређује се *од случаја до случаја*, узимајући у обзир стање платног биланса државе, потребе и снаге економског програма, могућности државе да врати средства Фонду, износ повучених кредита, као и историју кредитних односа конкретне државе са Фондом, а такође се, руководи и тзв. приступним нормама (*access norms*). Укупан приступ концесионом финансирању под *PRGT* условима је ограничен на 150% квоте годишње, док је укупан концесиони кредит ограничен на 450% квоте (кумулативно). Ова ограничења могу бити прекорачена у *изузетним околностима*, а приступ средствима се може проширивати током аранжмана, ако је то потребно.

Финансирање под *SCF* аранжманима носи 0,25% каматне стопе, иако до краја 2016. године коришћење овог аранжмана ослобођа државе чланице обавезе плаћања свих камата на „повучене“ износе повлашћених кредита. *SCF* аранжман садржи грејс период од 4 године, док рок отплате ове врсте кредита износи 8 година. Стопа провизије на „неповучени“ део одобрених средстава је прописана на 0,15% годишње, а иста се могу „повући“ у наредних шест месеци.

приступа (*ESF-HAC*) уведене су 2008. године и намењене су *краткорочном* финансирању привремених платнобилансних неравнотежа сиромашних земаља.

³⁶ *IMF Standby Credit Facility (SCF)*, September 22, 2014.

2.3. Аранжмани о убрзаним кредитним олакшицама

Споразумима о убрзаним кредитним олакшицама (*Rapid Credit Facility*, у даљем тексту *RCF*) омогућава се брза финансијска помоћ, под повлашћеним условима са *ограниченим условљавањем*, земљама са ниским приходима, које се суочавају са хитним платнобилансним потребама. Иначе, *RCF* аранжман је креиран у оквиру *PRGT* фонда, као део шире реформе финансијске подршке Фонда. Овакав начин финансирања поједностављује хитну помоћ Фонда, обезбеђује знатно виши ниво повлашћености, може се користити у широком спектру околности (укључујући кризне периоде) и ставља већи нагласак на смањење сиромаштва и економски раст земље чланице.

Исплата средстава у оквиру овог аранжмана, врши се преко *PRGT* фонда државама са платнобилансним проблемима и где подношење свеобухватног економског програма (као *ex ante* условљавања) није потребно (нпр. због пролазног и ограниченог карактера шока) или није изводиво (нпр. због ограничења институционалних капацитета или других домаћих нестабилности). То значи да овај аранжман може обезбедити *флексибилнију* подршку у знатно ширем спектру околности, укључујући шокове, природне катастрофе и ванредне ситуације, услед нестабилности. *RCF* аранжман, такође, пружа политичку подршку и може служити као *катализатор* у прикупљању додатне стране финансијске помоћи државама чланицама.

Реализација *RCF* аранжмана се врши у виду *директне исплате* средстава држави чланици, без изричитог условљавања или ревизија. Исплата може бити *једнократна*, када је потребно реализовати хитно финансирање ограниченог трајања. Поред тога, поновна употреба *RCF* аранжмана могућа је у периоду након три године, уколико су билансни проблеми узроковани спољним шокovima или је држава омогућила надзор над спровођењем своје макроекономске политике. Битно је истаћи да се за период од 12 месеци, могу извршити највише две исплате новчаних средстава ове врсте кредита Фонда.³⁷

Додела *RCF* средстава одређује се по принципу *од случаја до случаја*, узимајући у обзир стање биланса плаћања конкретне земље, потребе и снаге економског програма, могућности државе да врати средства Фонду, износ повучених кредита, као и историју кредитних односа конкретне државе са Фондом. У оквиру овог аранжмана, приступ новчаним средствима је, обично, ограничен на 37,5% квоте годишње, односно 150% квоте на кумулативној основи, а ако су у питању изненадни

³⁷ *IMF Rapid Credit Facility (RCF)*, September 22, 2014.

шокови (*shocks window*) *RCF* аранжмани дозвољавају и *проширен приступ* средствима (у износу од 75% квоте годишње и 150% квоте на кумулативној основи).³⁸

Трошкови финансирања под *ECF* аранжманом носе *нулту каматну стопу*, са грејс периодом од 5 година и роком отплате од 10 година.

IV Сарадња Републике Србије са Међународним монетарним фондом и њене даље перспективе

1. Правни и финансијски односи Републике Србије и ММФ-а

Бивша Социјалистичка Федеративна Република Југославија била је једна од земаља учесница Бретонвудске конференције (1944. године) и оснивач Међународног монетарног фонда (као и прве институције Светске Банке, Међународне банке за обнову и развој, *IBRD*). Одлуком Одбора извршних директора ММФ-а од 14. децембра 1992. године, констатовано је да је СФРЈ престала да постоји, чиме је престало и њено чланство у ММФ-у, а истовремено су утврђени услови под којима земље сукцесори могу да наследе чланство СФРЈ у ММФ-у. Од активе и пасиве СФРЈ у ММФ-у, СР Југославији је припало 36,52%.

Након тога, Одбор извршних директора ММФ-а је 20. децембра 2000. године донео одлуку, с ретроактивним дејством од 14. децембра 1992. године,³⁹ да је СР Југославија испунила услове за чланство у тој институцији.

После осамостаљивања Републике Црне Горе, Република Србија је наследила међународно-правни субјективитет државне заједнице Србија и Црна Гора и наставила своје чланство у међународним финансијским организацијама.

На бази тога, ММФ је 21. јула 2006. године потврдио континуитет Републике Србије у односу на државну заједницу Србија и Црна Гора,⁴⁰ као и да Република Србија наставља чланство у овој организацији с постојећом квотом од 467,7 милиона специјалних права вучења и свим правима и обавезама које проистичу из тог чланства.

На основу тога, Република Србија је наставила финансијску сарадњу са Фондом и то путем реализовања три кредитна аранжмана.

³⁸ *IMF Rapid Credit Facility (RCF)*, September 15, 2015.

³⁹ *IMF Approves Membership of Federal Republic of Yugoslavia and US\$151 Million in Emergency Post-Conflict Assistance*, Press Release No. 00/75, December 20, 2000.

⁴⁰ *Statement on Membership of the Republics of Montenegro and Serbia in the IMF*, Press Release No. 06/161, July 21, 2006.

Први кредитни споразум закључен је, 16. јануара 2009. године, у форми *стенд-бај аранжман из предострожности*, у износу од 350,77 милиона СПВ (око 400,33 милиона евра), односно 75% квоте,⁴¹ који је услед неочекиваног погоршања спољног финансијског окружења повећан 15. маја 2009. године на 2.619,12 милиона СПВ, тј. око 2.941,95 милиона евра, што представља 560% квоте.⁴² Од одобрених средстава, искоришћено је укупно 1.367,74 милиона СПВ, односно 1.536,33 милиона евра, што представља 293% квоте Републике Србије. Овај аранжман је успешно окончан 8. априла 2011. године.

Следећи кредит, одобрен 29. септембра 2011. године, представљао је седамнаестомесечни *стенд-бај аранжман из предострожности*, у износу од 935,4 милиона специјалних права вучења (око 1.076,75 милиона евра), што представља 200% квоте Републике Србије. Овај аранжман закључен је у циљу очувања макроекономске и финансијске стабилности у земљи и побољшања инвестиционе климе.⁴³ Прва ревизија аранжмана, у фебруару 2012. године, није окончана позитивно због одступања од договореног фискалног програма, а одобрена средства нису искоришћена.

За сада, последњи кредит са ММФ-ом, Република Србија је склопила 23. фебруара 2015. године, када је Одбор извршних директора одобрио нови *стенд-бај аранжман* у трајању од 36 месеци у износу од 935,4 милиона специјалних права вучења, тј. око 1.168,5 милиона евра, као подршка договореном економском програму за период од 2015-2017. године. Аранжман је закључен *из предострожности*, што значи да Србија не намерава да користи средства, али остаје могућност да средства буду искоришћена у случају платнобилансних потреба земље⁴⁴

У складу са актуелним аранжманом из 2015. године, главни циљеви договореног економског програма односе се на јачање јавних финансија, спровођење плана структурних реформи и повећање стабилности финансијског сектора. Остваривање ових циљева треба да омогући решавање макроекономских неравнотежа, пре свега успостављањем одрживог нивоа јавног дуга, односно његовим, смањењем почев од 2017. године, јачање финансијског сектора и његове улоге у подстицању привредног раста, као и унапређење конкурентности

⁴¹ *IMF Approves €402.5 million Stand-By Arrangement for Serbia*, Press Release No. 09/12, January 16, 2009.

⁴² *IMF Executive Board Completes First Review Under Serbia's Stand-By Arrangement and Increases Financial Support to €2.9 Billion*, Press Release No. 09/169, May 15, 2009.

⁴³ *IMF Executive Board Approves Stand-By Arrangement for the Republic of Serbia*, Press Release No. 11/353, September 30, 2011.

⁴⁴ *IMF Executive Board Approves €1.2 billion Stand-By Arrangement for Serbia*, Press Release No. 15/67, February 23, 2015.

привреде. На тај начин створиће се основа за одрживи привредни раст наше земље.

2. Перспективе даље сарадње Републике Србије са ММФ-ом

Одговорити на питање да ли Република Србија треба наставити сарадњу са ММФ-ом представља тешку и врло одговорну одлуку, обзиром да је недвосмислено утврђено да ова сарадња има низ лоших, али и добрих страна.

Лоше стране аранжмана са овом глобалном финансијском институцијом, генерално посматрано, базирају се на њеној доктрини *модификованог неолиберализма*, где се, између осталог, тражи минимум регулаторних функција државе у области привреде. То резултира тиме да се земљама са дуговима и дефицитима намећу врло ригорозни услови у погледу либерализације трговине, цена, курса националне валуте, камата, стратегије развојне политике, приватизације, смањења јавне потрошње, веће штедње и сл. Примера ради, ММФ је у марту 2016. године извршио *четврту* ревизију програма из предострожности са Републиком Србијом, а на дневном реду била је контрола испуњења најтежих задатака: отпуштање запослених у јавном сектору, завршетак процеса приватизације и реструктурирања (који ће можда значити и стављање „катанца“ на нека од највећих друштвених предузећа), реформа јавних предузећа и др. Све је то утицало на судбину више десетина хиљада запослених - само у државној управи, локалној самоуправи и локалним јавним предузећима број запослених у току 2016. године мора се смањити за 35.000. Већ је познато да из Железница Србије мора отићи 2.700 људи, а из ЕПС-а око 1.000. Још један дан Д је 31. мај 2016, када треба да се стави тачка на судбину 17 стратешких предузећа у реструктурирању, у којима ради око 21.500 запослених (Бор, Ресавица, Петрохемија и др.).

Овакву политику ММФ-а већ дужи низ година, чак, називају и политиком „економског неокOLONИЈАЛИЗМА“, чије благодети уживају, пре свега, велике мултинационалне компаније и пословне банке, а не грађани државе која реализује своје структурне реформе. То му, такође, омогућава да се активно укључују и у политичке процесе у земљама са којима има склопљене кредитне споразуме, чиме постаје значајан *политички фактор* јер се бави краткорочним и дугорочним структурним реформама привреде и друштва у овој земљи, у временима када је криза све дубља, а новца све мање. Политичко деловање ММФ-а има и своју глобалну димензију, у смислу да његовим највећим акционарима (пре свега САД-у) омогућавају спровођење сопствених интереса на светској политичкој сцени, на начин да државе које преговарају са овом глобалном финансијском институцијом,

а које су важне за америчке стратешке интересе, добијају одговарајуће бонитете, уз неизбежно пружање одговарајућег политичког еквивалента.

Насупрот томе, пословни аранжмани са ММФ-ом имају и својих добрих страна, јер се путем њих омогућава земљама са економских потешкоћама да решавају низ сложених проблема (макроекономски, платнобилансни, фискални, буџетски, развојни, структурални, стратегијски, реформски и др.).

Имајући у виду напред изнето, морамо закључити, када је Србија у питању, да она ни у будуће неће моћи без сарадње са ММФ-ом јер је очигледно да није економски довољно јака да сама спроведе нужне реформе, обзиром да има низ тешко решивих структурних и других проблема: забрињавајуће низак ниво домаће акумулације; алармантно низак степен привредног раста (за првих осам месеци 2015. године *GDP* бележи негативан раст од 0,5%, што нас са Хрватском, Украјином, Венецуелом, Либијом и Белорусијом сврстава у ред земаља са најспорије растућим привредама у свету); симболичан раст производње (индустријске 9,6% и пољопривредне 4,8%, у односу на исти период прошле године); висок спољнотрговински дефицит (2,35 милијарди евра, што је за 2,7% мање него у односу на прошлу годину); висок буџетски дефицит (закључно са 31. децембром 2015. године износи 31 милијарду динара); висока стопа незапослености (за период јануар-децембар 2015. износи 17,9%); стагнација прихода домаћинстава; одлагање спровођења комплетног сета структурних реформи још од времена глобалне економске кризе; висок ниво корупције; као и други социјални и економски проблеми.

Иако је стање такво-какво је, мишљења смо да ипак треба креирати један *нови концепт сарадње са ММФ-ом*, разумљиво, водећи рачуна о евидентној „снази“ ове институције, али водећи рачуна и о сопственим интересима и циљевима. С тим у вези, ваља обратити пажњу на неколико врло битних елемената.

Пре свега, морамо бити свесни чињенице да постојеће „скупе“ кредитне аранжмане са ММФ-ом не можемо заменити јефтинијим, јер је суштина да овај поверилац неће пристати да му се, уз редовно отплаћивање главнице, исплаћује умањена камата. Овај систем, у пракси познат као „препаковање“ кредитних аранжмана, начелно је могућ, али само ако је изричитом клаузулом у споразуму о кредиту то предвиђено (такав споразум Србија нема са овом институцијом, а у пракси је и врло редак). „Препаковање“ је могуће и у ситуацији када држави прети банкрот, као што је то био случај са Грчком, када су се и ММФ и Светска Банка, али и други повериоци сагласили и Грчка је своје скупе кредите заменила јефтинијим, обзиром да је она чланице „евро-зоне“ и под „кишобраном“ је великог заштитника, Европске Уније.

Стога, то захтева како квантитативно, тако и квалитативно *редизајнирање*, евентуално, нових кредитних аранжмана са овом институцијом.

У *квантитативном* погледу, то представља дозирану редукцију нових кредита, у смислу „свежих“ задуживања и то, искључиво, у стању крајње нужде. На то упозорава висок јавни дуг Републике Србије, који је на крају 2015. године износио 24,8 милијарди евра, тј. 75,5% *GDP*-а (са реалним изгледима да у врло кратком року достигне и 80%), што нас сврстава у ред презадужених земаља, са трендом да се Србији догоди „грчки сценарио“ са свим предиспозицијама за банкрот државе.

У *квалитативном* погледу, то значи повлачити само оне кредитне линије које ће бити у функцији реализације започетих реформи, а које неће бити толико оптерећујуће по нас. Да ли је то могуће реализовати, тешко је рећи, али шанси за то има. Веру у то поткрепљује чињеница да ова снажне финансијска институција мења свој „имиџ“, нарочито после велике светске економске кризе из 2008. године. Примера ради, ММФ није више „строги финансијски полицајац“, већ је либерализовао своје услове кредитирања (одступање од опште прокламоване једнакости права и обавеза у корист земаља у развоју, увођење флексибилнијих кредитних аранжмана, попустљивост у одређеним сегментима при реализацији повучених кредитних линија и сл.). Тако на пример, ММФ је „попустио“ Србији 2011. године, када је дозволио одмрзавање плата и пензија, али и 2015. и 2016. године, када је дозвољено делимично повећање плата и пензија, иако ће њихово замрзавање бити окончано до краја 2017. године.

Даље, треба променити свест и у погледу решавања проблема са већ узетим кредитима. Фрапантно је, али истинито, да док се ипак уговарају нови кредити, „гомилају“ се стари. Разлози за ово су многобројни, али се не можемо отети утиску да доминира немар, неодговорност, лоша организација и немање јасног плана приоритета у Републици Србији.

На крају, концепција нашег привредног развоја мора бити базирана на међусобном *садејству* страног јавног капитала, пре свега кредита ММФ-а (као и Светске Банке), али и страног приватног капитала (превасходно путем директних страних инвестиција).

Истовремено, није довољно да Србија само декларативно отвори врата страним инвеститорима и сматрати да је ствар завршена. Треба бити свестан чињенице да ће страни капитал разним моделима и даље споро улазити у Србију, јер за то требају одговарајуће претпоставке. То се, превасходно, односи на стварање повољне инвестиционе климе за улагања, у смислу осигурања стимулативног пореског режима, сигурности уложеног капитала (заштита од експропријације, национализације и др.), трансфера добити, репатријације уложеног

капитала, јачању тржишних механизма, стварању услова за здраву и ефикасну конкуренцију итд.

При томе, не треба заборавити да процена вредности инвестиционог амбијента једнострано од стране Србије није довољна. За то су потребне снажније потврде и гаранције, а њих, по правилу, детерминишу путем разних критеријума управо ММФ (и Светска Банка). Другим речима, увек постоји корелација између позитивних ставова ових финансијских организација и поверења страних инвеститора да своја средства пласирају у домаћу економију. Најновији пример за то је промена кредитног изгледа Србије са „стабилног“ на „позитивни“, док је кредитни рејтинг задржан на нивоу Б1 (став овлашћене агенције за процену кредитног рејтинга *Moody's*). Ова промена је резултат решености Србије да заустави раст јавног дуга кроз имплементацију програма фискалне консолидације и структурних реформи, подржаних стенд-бај аранжманима са ММФ-ом.

ЛИТЕРАТУРА

Zimmermann, Claus: *A Contemporary Concept of Monetary Sovereignty*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013;

Јововић, Дејан: *Међународне финансијске институције (Положај и интереси СР Југославије)*, Београд, 1997;

Leckow, Ross: *Conditionality in the International Monetary Fund*, Current Developments in Monetary and Financial Law, Vol. 3, IMF, Washington DC, 2005;

Megliani, Mauro: *Sovereign Debt (Genesis - Restructuring - Litigation)*, Catholic University Milan, Italy, Switzerland, 2015;

Тирић, Александар: *Међународно трговинско право (Општи део)*, Ниш, 2010;

Haddow, George, Bullock, Jane, Coppola, Damon: *Introduction to Emergency Management*, Fifth edition, Butterworth-Heinemann, Kidlington, Oxford, 2013;

Head, John.: *Seven Deadly Sins: An Assessment of Criticisms Directed at the International Monetary Fund*, Kansas Law Review 52, 2004;

Bratislav Milanović, Ph.D.
Full Professor

**CREDIT ARRANGEMENTS OF THE INTERNATIONAL MONETARY
FUND
IN THE MODERN INTERNATIONAL FINANCIAL LAW**

Summary

The International Monetary Fund (hereafter Fund) is the strongest global specialized international financial organization, functionally conceived in order to implement three main objectives: the establishment of the international monetary system, which would be mandatory for Member States; stabilization of exchange rates; and providing financial assistance to its members in order to eliminate balance of payments difficulties. In order to accomplish the aforementioned tasks, the Fund, in accordance with its legal infrastructure, has many various financial mechanisms, including the so-called credit function which occupies a dominant position. Thereby, this function of the Fund is carried out by so-called system of „non-concessional” and „concessional” loans, with a number of subspecies in each of these underlying credit arrangements. However, no matter how much credit functionalism of the Fund is valuable in the sphere of regulating relations in the global financial system, the fact that he has a number of negative performance cannot be challenged. It is often publicly pointed out that the credit functionalism of the Fund is based on the doctrine of the modified „neoliberalism” (with the explicit requirement to minimize the regulatory functions of the state), and even on the doctrine of „economic neo-colonialism” (weak, or no negotiating position of the Member States in relations with the Fund, its active involvement in political processes in the country with which it has entered into credit arrangements, etc.). Therefore, nowadays prevails the attitude that it is necessary to create a new concept of credit cooperation with the Fund, with taking into account the evident strength of this institution and the own interests and objectives of the Member States as well.

Key words: credit functionalism, non-concessional and concessional loans, IMF conditionality, a new concept of creating a credit agreement between the Fund and the Member States.

Др Марија Крвавац
Редовни професор

УНИФИКАЦИЈА НОРМИ ГРАЂАНСКОГ СУДСКОГ ПОСТУПКА СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНОСТИ У ОКВИРУ ХАШКОГ ПРОЈЕКТА

Апстракт: *Хашки пројекат унификације створио је систем конвенција који омогућава значајно подизање ефикасности вођења грађанског судског поступка у предметима са елементом иностраности. Споразуме најзначајније институције у области унификације правила међународног приватног права и међународног приватног процесног права треба инкорпорисати у национално право сваке државе. Због далекосежног отварања граница, средстава модерне комуникације и побољшаних могућности путовања и пословања, неопходна је прекогранична сарадња и поуздани правни извори који пружају правну сигурност. Свесни да се међународна трговина и инвестиције могу унапредити само кроз међународну сарадњу судова, која се може поспешити и појачати, усаглашавањем процесних правила аутори Хашких конвенција су креирали униформни сет правила за више сегмената грађанског судског поступка са елементом иностраности.*

У раду су анализирана нека питања у области грађанског судског поступка и међународне правне помоћи у којима је рад на унификацији од стране Хашке конференције показао веома значајне резултате, као и основна решења релевантних конвенција.

Кључне речи: *суд, поступак, унификација, конвенција, сарадња.*

УВОД

Међународно-приватно правна регулатива уређује ситуације са елементом иностраности на директан и индиректан начин. Узимајући у обзир сврху материјалноправне регулативе приватноправни односи са елементом иностраности могу бити регулисани колизионим правилима која упућују на право меродавно за одређено питање, било оно домаће или стране, или нормама које директно уређују одређену проблематику. Директно, непосредно регулисање постиже се утврђивањем норми непосредне примене и посебним материјалним правилима. Примена

Др Марија Крвавац, редовни професор

система на чију меродавност указују унапред утврђени критеријуми чини колизиони метод, док стварање посебних материјалних правила за ситуације са елементом иностраности представља директни, односно супстанцијални, метод регулисања грађанских и трговинских односа. Колизионе норме представљају правила о одређивању меродавног права и основни инструмент функционисања индиректног начина регулисања, јединственог у систему права. Када законодавац предвиди да је за уговор меродавно право које су изабрале странке надлежан орган, у моменту примене националних колизионих норми, још увек не зна до ког права ће га оне одвести, и које је решење спора. Савремено међународно приватно право у неким ситуацијама неспорно тежи постављању “еластичних” колизионих правила чија је сврха примена повољнијег права и заштита слабије стране уговорнице, већи обим деловања страначке аутономије воље. Уместо “слепог” колизионог правила које је утврђено на генералан и апстрактан начин за све евентуалне случајеве одређене врсте, колизиона норма добија социјалну димензију, водећи рачуна и о осталим околностима предмета у вези са другим државама.

У појединим сегментима грађанског и трговинског права држава директно уређује одређене приватноправне односе са елементом иностраности мимо колизионих правила, чиме их искључује или дупуњује¹. Супстанцијални метод има дужу традицију у односу на колизиони, а позитиван однос према директном методу регулисања приватноправних односа са елементом иностраности изражен је у међународним споразумима, у концепту једнаких правила у државама уговорницама, као што је случај са уговорним или транспортним правом. Такође, евидентан је и значајан број уговора у процесу свеобухватне унификације меничног и чековног права, ауторског и права индустријске својине који садрже непосредна решења.

Најважнија међународна организација чији је циљ "прогресивна унификација правила међународног приватног права"² јесте Хашка конференција за међународно приватно право. Конвенције ове организације имају дугу историју у процесу унификације и хармонизације области међународног приватног и процесног права чиме је конференција учинила велике напоре да се разлике националних процесних права у одређеној мери приближе.

¹ Крешимир Сајко, Међународно приватно право, Народне новине, Загреб, 2005., 126.

² Члан 1. Статута Хашке конференције за међународно приватно право.

1. ХАШКА КОНФЕРЕНЦИЈА ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Хашки пројекат унификације међународног приватног права и грађанског судског поступка са елементом иностраности резултат је свеукупне активности Хашке конференције за међународно приватно право. Она представља глобалну међувладину организацију, која је први пут одржана 1883. године на иницијативу холандског државног већа Т.М.С Asser.³ Ступањем на снагу Статута 1955. године Хашка конференција постаје стална организација. Број чланова конференције показује дугогодишњу тенденцију раста, а међу чланицама је данас и Европска унија, као правни следбеник Европске заједнице (чл.1 III 2 Уговора о ЕУ). Конференција заседа повремено у Хагу, ради одржавања седнице које трају и по неколико недеља, на којима се израђују нове конвенције и расправља о различитим питањима и проблемима који прате примену постојећих. Главни орган конференције је холандска Државна комисија формирана Краљевским декретом још 1897. у својству сталног саветодавног органа Конференције. Све земље чланице имају представнике у Већу за општа питања и политику које се одржава једном годишње и доноси кључне одлуке. Веће осигурава континуитет у раду преко Сталног бироа, на чијем је челу генерални секретар Хашке конференције. Поред генералног секретара у секретаријату ради пет руководећих правника, уз подршку додатног особља. Сходно Статуту, задатак Хашке конференције јесте рад на *"прогресивном уједначавању међународног приватног права"*.⁴ У том контексту, поред правних норми о примени меродавног права (колизионе норме), конференција обухвата и међународно приватно процесно право.

Хашка конференција за међународно приватно право је, неспорно, најуспешнија организација која се бави унификацијом међународног приватног и приватног процесног права.⁵ У том поступку Биро конференције најпре анализира питања која су предмет регулисања, након чега се одржавају седнице посебне комисије, у чијем раду, уз стручњаке Сталног бироа, учествују и стручњаци земаља чланица, заинтересованих међународних организација, ради израде нацрта конвенције. Главни извештај се именује у одређеном тренутку, и кад је текст будуће конвенције припремљен, односно усаглашен између стручњака земаља

³ О почецима вид. Kropholler A., Internationales Privatrecht, 6. издање, Tübingen 2006., 9.1.

⁴ Чл.1 новог Статута (BGBl 2006 II 1418) идентичан је са паралелним прописима у изворном Статуту (BGBl 1959 II 981).

⁵ Schack H., Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Izd., München, 2010., 72.

уговорница, сазива се дипломатска конференција. Уколико је успела, на дипломатској конференцији се прихвата текст нацрта конвенције, који је након тога спреман за потпис. Конвенције ступају на снагу кад их ратификује онај број држава који је самом конвенцијом одређен и, уколико је то предвиђено, кад прође одређени рок. Хашки правни документи подлежу ратификацији при чему је од значаја да земље потписнице ових конвенција нису само чланице Хашке конференције, већ у једном броју, и земље нечланице. Изразити успех, као и велики број земаља које су изразиле пристанак на обавезивање везује се за конвенције у области правне помоћи у ширем смислу, као и у области родитељско-старатељског права.⁶ Прекогранична сарадња је неопходна, а за несметан правни саобраћај су потребни поуздани правни оквири да би се одвијао брзо и несметано, због чега државе посежу за стварањем међународноправних оквирних услова, билатералним или мултилатералним споразумима. У том смислу мрежа Хашких конвенција које су оправдале циљ и потврдиле успех у примени, остаје без алтернативе.

Билатерални уговори који се односе на област међународне правне помоћи регулишу достављање и извођење доказа, укидају потребу за легализацијом јавних исправа и предужма судских трошкова, гарантују слободан приступ суду, правну помоћ и размењују информације о садржају страног права.

⁶ Конвенције хашке конференције за међународно приватно право доступне су на веб страници Хашке конференције <http://www.hcch.net>.

Хашка конвенција од 5. октобра 1961. године о укидању потребе легализације страних јавних исправа.; Хашка конвенција од 15. новембра 1965. године о достави у иностранство судских и вансудских докумената у грађанским и трговачким стварима; Хашка конвенција од 18. марта 1970. године о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима; Хашка конвенција од 25. октобра 1980. године о олакшању међународног приступа судовима; Хашка конвенција од 25. октобра 1980. године грађанскоправним аспектима међународне отмице деце; Хашка конвенција од 29. маја 1993. године о заштити деце и сарадњи по питању међународног усвојења; Хашка конвенција од 19. октобра 1966. године о надлежности, меродавном праву, признању извршењу и сарадњи у погледу родитељске одговорности и мерама за заштиту деце; Хашка конвенција од 30. јуна 2006. године о судској надлежности; Хашка конвенција од 23. новембра 2007. године о међународном остваривању алиментационих захтева деце и других чланова породице; Хашки протокол од 23. новембра 2007. године о меродавном праву код обавезе издржавања.

2. ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Први значајнији документ за правну помоћ у грађанским стварима Хашка конвенција о међународном приватном праву из 1897. године, брзо је замењен до данас формалноправно важећом хашком Конвенцијом о грађанском судском поступку. Уговор је закључен на Четвртој конференцији за међународно приватно право 17. јула 1905. године у Хагу. Реч је о једној од конвенција донетих пре Првог Светског рата, које су и данас на снази између врло малог броја држава уговорница. Краљевина Југославија је ратификовала ову Конвенцију 1930. године и она данас важи само у односима са државама које нису чланице каснијих хашких конвенција о грађанском поступку.⁷ Конвенција олакшава приступ судовима на тај начин што између држава уговорница укида полагање кауције за обезбеђење парничних трошкова и предвиђа могућност указивања бесплатне судске помоћи, уређује достављање судских и вансудских аката, као и начин достављања и извршења замолница за извођење појединих процесних радњи. Поред тога, Конвенција забрањује лични притвор као средство извршења према држављанима других држава уговорница. Документ прихвата конзуларни начин општења између држава уговорница у судским поступцима у грађанским и трговачким стварима.

Након Другог Светског рата, на Седмом заседању Конференције 1. марта 1954. године⁸ усвојена је конвенција под истим називом, која замењује Конвенцију из 1905. у односима између држава која су је ратификовале. Југославија је ратификовала конвенцију 1962. године. чиме допуњује и ревидира поступак међународне правне помоћи. Прво поглавље Конвенције из 1954. године посвећено је достављању судских и вансудских аката, чије одредбе предвиђају да се достављање писмена намењених лицима у иностранству у држава уговорницама има вршити на захтев конзула државе молиље (оне државе чији судски акти треба да се доставе) упућеног власти од које потиче достављени акт. Дакле, конвенција предвиђа конзуларни пут општења у поступку достављања судских и вансудских аката у грађанским и трговачким стварима, док се све тешкоће имају решавати дипломатским путем.⁹ Захтев мора да буде састављен на језику замољене државе, с тим што је остављена могућност других решења двостраним уговорима. Наиме, државе уговорнице могу да

⁷ Ближе Годоровић В., Међународна правна помоћ I, Пројурис, Београд 2005., 37.

⁸ "Службени лист ФНРЈ" Међународни уговори бр.6/62.; *Convention on civil procedure*, Hague 1905., 1954.

⁹ Чл. 1. Конвенције.

се споразумеју и прихвате директно општење између својих односних власти. Конзуларни пут општења се предвиђа и у погледу извршења замолница, које ће достављати конзул државе молиље оној власти коју назначи замољена држава. Она даље шаље акт којим се констатује поступање по замолници, или се у њему назначује чињеница која је такво поступање спречила.¹⁰ Свака држава уговорница може другим уговорницама саопштити да очекује да јој се замолнице које треба да се изврше на њеној територији доставе дипломатским путем. Судски орган који приступа извршењу замолнице примењује у погледу форме поступања домаће законе. Изузетно је допуштено и поступање на посебан начин, уколико то тражи орган који је поднео замолницу, под условом да то није у супротности са законодавством замољене државе.¹¹ Држављани држава уговорница имају слободан приступ судовима државе уговорнице и тада су ослобођени полагања акторске кауције. Наиме, држављани једне од држава уговорница који имају домицил у једној од тих држава, а који се појаве као тужиоци или као интервенијенти пред судовима неке друге од тих држава, немају обавезу полагања никакве кауције нити депоновања. Исто правило ће се применити на плаћање које би се тражило од тужиоца или интервенијента ради обезбеђења судских трошкова. Држављани сваке од држава уговорница у грађанским и трговачким стварима уживају национални третман у погледу бесплатне судске помоћи, сходно законима државе у којој се тражи бесплатна судска помоћ.¹² У томе се изједначају са домаћим држављанима без обзира на да ли имају домицил на територији било које земље чланице у погледу бесплатне судске помоћи. Притом, уверење или изјаву о сиромаштву у свим случајевима треба да издају или приме надлежни органи уобичајеног боравишта страних лица, а у њиховом недостатку надлежни органи стварног места становања. У крајњем случају, довољно је уверење или изјава издата или примљена од стране дипломатског или конзуларног представника земље којој страно лице припада. Национални третман за држављане државе уговорнице гарантован је и у погледу лишавања слободе, било да се оно спроводи као средство извршења, било као превентивна мера у грађанским и трговачким стварима.¹³

¹⁰ Чл. 9. Конвенције.

¹¹ Чл. 16. Конвенције.

¹² Чл. 20. Конвенције.

¹³ Чл. 26. Конвенције; Ближе Милан Пак, Међународно приватно право, Службени лист, Београд 2001., 19 и даље.; Вуковић Ђ., Међународно грађанско процесно право, Загреб, 1987., 157 и даље.

2. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О УКИДАЊУ ПОТРЕБЕ ЛЕГАЛИЗАЦИЈЕ СТРАНИХ ЈАВНИХ ИСПРАВА

Ради доказивања чињеница потребно је прибавити стране исправе готово у сваком појединачном грађанском судском поступку са елементом иностраности. Јавном исправом се доказује истинитост онога што се у њој утврђује или одређује, при чему се суд или други надлежни орган не упушта у оцену истинитости њене садржине. Приватне (нејавне) исправе су предмет слободне оцене њене доказне снаге. У поступку са елементом иностраности надлежни органи и заинтересована лица могу прибављати стране јавне исправе о садржини страног права. У теорији и пракси се полази од тога да страна јавна исправа има исту доказну снагу као и домаћа, уколико је прописно оверена (*легализација*) и уколико са земљом порекла исправе постоји узајамност. Легализација је термин којим се означава поступак у којем се, за потребе међународног промета, потврђује веродостојност потписа особе која је потписала исправу као и печата стављеног на исправи. Квалификација стране исправе, као јавне или приватне, подлеже праву државе чију припадност има орган који је исправу издао, док се карактер исправе као домаће или стране, одређује према правилима домаћег права. Питање овере и дејства јавних и приватних исправа издатих од стране једне државе, у другој, представља предмет споразумевања на ширем нивоу у настојању држава да поједноставе или потпуно укину сваки облик легализације и потврде формалне веродостојности исправа. За међународни правни саобраћај од изузетног значаја је Конвенција о укидању потребе легализације страних јавних исправа, усвојена на Једанаестом заседању Хашке Конференције за међународно приватно право 5. октобра 1961. године. Сходно конвенцијским правилима под легализацијом се подразумева потврда аутентичности потписа, печата и својства органа. Осим тога, под јавним исправама се имају подразумевати судске одлуке, укључујући оне издате од стране јавног тужиоца, шефа судске писарнице и судског извршитеља, административне исправе које је издао или оверио бележник, службене изјаве стављене на приватне исправе, као што је овера потписа, тачности датума, наводи о упису у јавне књиге. Конвенцијом нису обухваћене исправе које издају дипломатски и конзуларни агенти, као ни административне исправе о неком трговинском или царинском послу.

Доношење овог међународног правног документа имало је за циљ укидање потребе легализације страних јавних исправа држава уговорница на темељу начела међународне легализације и поједностављење, често, компликованог поступка унутрашње легализације. Јавне исправе државе уговорнице, које треба употребити у другој држави уговорници, подлежу упрошћеном поступку а једина формалност која може да се захтева јесте

стављање потврде на исправу "apostille" ,чији је образац прописан Конвенцијом, од стране надлежног органа порекла исправе. Садржина потврде може гласити на језику надлежног органа издавања исправе, уз обавезу да наслов " *Apostille (Convention de la Haye du 5 octobre 1961)*" мора да гласи на француском језику. У прилог ефикасности примене Конвенције иде и одредба која обавезује уговорнице на предузимање "посебних мера" како би се спречило да њихова дипломатско- конзуларна представништва приступају легализацији, онда када је она по закону искључена. Наша земља је ратификовала ову Конвенцију и на тај начин са земљама чланицама прихватила уговорни режим легализације јавних исправа.¹⁴

3. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ДОСТАВЉАЊУ У ИНОСТРАНСТВУ СУДСКИХ И ВАНСУДСКИХ АКТА У ГРАЂАНСКИМ И ТРГОВАЧКИМ СТВАРИМА

У области међународне правне помоћи у грађанским и трговачким стварима Хашка конференција за међународно приватно право донела је 15. новембра 1965. године на свом Десетом заседању¹⁵ Конвенцију о достављању у иностранству судских и вансудских аката у грађанским и трговачким стварима. Циљ ове конвенције је да се створе одговарајућа средства која обезбеђују да судска и вансудска акта која треба уручити у иностранству буду доступна примаоцу благовремено, у жељи да у том циљу побољшају организацију узајамне судске помоћи, поједностављењем и убрзањем поступка. Конвенција усваја практично

¹⁴ *Convention Abolishing the Requirement of Legislation for Foreign Documents, Hague 1961.*; "Службени лист ФНРЈ" Међународни уговори бр.10/62; "Службени лист СРЈ-Међународни уговори" бр. 10/2002.; За домаћу судску праксу видети: Решење Вишег Трговинског суда о захтеву предлагача да се призна пресуда Трговинског суда у Паризу, поводом приговора недостатка активне легитимације. Увидом у извештај суда у Паризу о регистрацији означеног тужиоца стало се на становишту да у случају када је оспорена веродостојност стране исправе, суд мора прво да затражи да се та исправа снабде Хашким апостилом чиме се потврђује њена веродостојност, да би тек потом, под условом утврђене узајамности имала исту доказну снагу као и домаћа.; Решење Вишег трговинског суда 713/05 од 17 фебруара 2005.; Пресуда Окружног суда у Новом Саду Гж 2626/99 од 11.11.1999."Исправа сачињена на нашем језику не може се користити као доказ већ у облику овереног превода на српски језик".

¹⁵ "Службени гласник РС"-Међународни уговори бр.1/2010, 13/2013; *Convention on the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters* (Concluded 15 November 1965, Entered into force 10 february 1969). Dutoit B., *Conférence de la haye de droit international privé*" *Sunders Report*" Actes et documents, Tome III, 1974,s. 53 и даље.; Matic Ž., *Međunarodno privatno pravo (posebni dio)* Zagreb 1982., 102.

решење у погледу достављања и предвиђа да се има примењивати у свим случајевима у грађанским и трговачким стварима поводом достављања судских или вансудских аката ради уручења у иностранству, изузев када адреса примаоца акта није позната.¹⁶ Сходно Документу Сталног бироа из 2009. који се бави анализом примене конвенције у погледу домена примене се искристалисало схватање о широком предмету конвенције који обухвата и стечај, осигурање, радне односе и заштиту потрошача. У првом делу, који се односи на *судска акта*, државе чланице прихватају обавезу да одреде централни орган који ће примати захтеве за уручење од других држава уговорница, у складу са својим законодавством. Државни или правосудни орган који је надлежан према праву државе молиће упућује захтев централном органу замољене државе, према обрасцу који је приложен уз Конвенцију, без икаквих захтева у погледу легализације или других формалности. Уколико централни орган утврди да захтев није у складу са конвенцијским одредбама без одлагања ће о томе обавестити државу молићу и изнети своје примедбе.¹⁷ Поред тога, централни орган замољене државе сам врши достављање акта или поверава одговарајућој агенцији, било на начин предвиђен њеним унутрашњим законом којим се уређује достављање у домаћим парницама, лицима који бораве на њеној територији, било на посебан начин који тражи подносиоц захтева, уколико такав начин није у супротности са прописима замољене државе. Изузев у другом случају, судски акт се може уручити примаоцу који на то пристане добровољно. О достављању акта у иностранству централни орган замољене државе, или било који други државни орган, сачињава потврду према обрасцу уз Конвенцију. Притом, свака држава уговорница има право да врши достављање судских аката лицима у иностранству директно, преко својих дипломатских или конзуларних представника, уколико се држава пријема томе не противи.

Уколико се држава пријема не противи Конвенција не искључује могућност да се судска акта достављају директно лицима у иностранству путем поште; да судски службеници, службена или друга овлашћена лица државе молиће врше достављање судских аката директно преко судских службеника, службених или других овлашћених лица замољене државе; да свако лице које учествује у судском поступку изврши уручење судских аката директно преко судских извршитеља или других овлашћених лица замољене државе.¹⁸ Државе могу да се сагласе о начину достављања судских аката који су другачији од предвиђених (нпр. путем директне комуникације њихових надлежних органа).

¹⁶ Вид. чл. 1. Конвенције.

¹⁷ Чл. 3. и 4. Конвенције.

¹⁸ Вид. чл. 10. Конвенције.

Замољена држава може одбити поступање по конвенцијским одредбама у погледу достављања уколико сматра да би то могло да угрози њен суверенитет и безбедност. Искључива надлежност замољене државе у односу на предметну ствар, у вези са којом се захтева достављање, не може бити разлог за одбијање поступања по замолници.¹⁹ Неспоразуми који настану у вези са прослеђивањем судских аката решавају се дипломатским путем. Када се тужени није појавио пред судом, у вези са позивом или сличним актом који је требао да буде достављен у иностранству, судска одлука се не може донети док се не утврди да ли је акт био уручен на начин предвиђен унутрашњим законом замољене државе у односу на домаће спорове; да ли је акт достављен туженом, или је достављен на његову адресу на други, конвенцијом, утврђен начин; и да ли је у било ком од ових случајева достављање или предаја извршена тако да је туженом остављено довољно времена да се брани (поштовање права на одбрану). Судија може, под јасно одређеним условима, донети пресуду, а у хитним случајевима одредити привремене мере и мере обезбеђења.²⁰ Осим тога, судија има право да туженом против којег је донета пресуда, дозволи повраћај у пређашње стање ради улагања жалбе, уколико, без своје кривице, није благовремено примио акт и уколико тужени изложи *prima facie* одбрану на суштину тужбе.

У другом делу Конвенција уређује достављање *вансудских аката*, за које свака држава поред централног, може одредити и друге органе, као и њихову надлежност. Конвенција допушта да унутрашњи прописи државе уговорнице предвиде и друге начине уручивања аката из иностранства на својој територији.

Државе уговорнице могу закључити споразум којим ће утврдити посебна решења у погледу достављања на двостраном или вишестраном нивоу. У билатералним уговорима о правној помоћи правило је да се достављање врши *lege fori*.²¹ Билатерални уговори често предвиђају достављање преко конзуларних функционера, и то само када су у питању адресати који су држављани државе молиље и без употребе средства принуде.

Чланице ове Конвенције које су истовремено и чланице конвенције о грађанском поступку, примењују одредбе о достављању у њиховим односима из чл.1 до 7. тих конвенција. Свака држава има обавезу да у време депоновања својих инструмената о ратификацији или приступању,

¹⁹ Вид. чл. 14. Конвенције.

²⁰ Вид. чл. 15 Конвенције.

²¹ Вид. Међународни уговори из области правосуђа, Збирка савезних прописа, Друга књига, Београд 1985.

обавести Министарство спољних послова Холандије о питањима која су изричито уређена Конвенцијом.²²

5. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ИЗВОЂЕЊУ ДОКАЗА У ИНОСТРАНСТВУ У ГРАЂАНСКИМ И ТРГОВАЧКИМ СТВАРИМА

У жељи да олакшају достављање и извршење замолница, као и да унапреде усаглашавање различитих начина који се у ту сврху користе, односно да побољшају узајамну судску сарадњу у грађанским и трговачким стварима земље уговорнице су закључиле Конвенцију о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима 18. марта 1970. године. Конвенција је усвојена на Једанаестом заседању Хашке Конференције за међународно приватно право,²³ и уређује питање извођења доказа као и вршење других судских радњи за потребе судских поступка који су у току пред надлежним судовима држава уговорница. Овај документ поставља као правило директну комуникацију између органа две државе. Сходно конвенцијским одредбама у погледу замолница судски орган државе уговорнице има овлашћење да се обраћа, у складу са домаћим прописима, надлежном органу друге државе уговорнице за прибављање доказа или спровођење друге судске радње. Притом, судски орган у замолници не може захтевати извођење доказа који нису намењени примени у судском поступку у току, или који тек треба да буде покренут.²⁴ У ту сврху, свака држава уговорница именује централни орган, у складу са националним правом, задужен за пријем замолнице судског органа друге државе уговорнице и достављање надлежном органу ради извршења. Конвенција предвиђа податке које треба да садржи замолница, и да се саставља на језику замољеног органа или је пропраћена преводом на тај језик.²⁵ Замолница се извршава по хитном поступку у складу са правилима поступка које предвиђа домаће право. Међутим, може се удовољити захтеву органа молиоца да се поступи у посебној форми само уколико то није у супротности са прописима замољене државе или ако њена примена није могућа у замољеној држави због унутрашње праксе и поступака, или практичних тешкоћа. У поступку извршења замолнице замољени орган примењује одговарајућа средства принуде, у случајевима и истом обиму која

²² Вид.чл. 29. Конвенције.

²³ "Службени гласник РС"-Међународни уговори бр.1/2010. *Convention on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters*-(Concluded 18 march 1970-Entered into force 7 october 1972.).

²⁴ Вид. чл.1. Конвенције.

²⁵ Вид. чл.3 и 4. Конвенције.

предвиђају унутрашњи прописи. Лице на које се она односи може у извршењу замолнице да одбије да сведочи, или је у обавези да одбије сведочење ако је то у складу са правом замољене државе; ако је то у складу са правом државе молиље која је право одбијања и забрану сведочења посебно назначила у замолници, или их накнадно потврдила. Надлежни орган може да одбије извршење замолнице када оно не спада у судску надлежност, или уколико замољена држава сматра да то утиче на њен суверенитет и безбедност.²⁶ С друге стране, извршење се не може одбити због искључиве унутрашње надлежности у предмету на коју се односи замолница.

Замољени орган доставља документа о извршењу замолнице органу државе молиље истим путем којим је замолница и упућена. Такође, замољени орган без одлагања обавештава државу молиљу уколико по замолници није у целини, или делимично удовољено. Извршење по замолници не повлачи наплату било које врсте, али замољена држава може од државе молиље да захтева накнаду трошкова за вештаке и тумаче, као и трошкове у вези примене посебног поступка који је тражила држава молиља.

Конвенција предвиђа да се осим судског прибављања доказа путем замолнице, докази могу прибављати од стране дипломатских или конзуларних представника и од стране пуномоћника. Наиме, дипломатски или конзуларни представник једне стране уговорнице може на територији друге уговорнице у грађанским и трговачким стварима и у оквиру свог јурисдикционог подручја, да изводи доказе према држављанима државе коју представља, у вези са поступком који се води пред судом државе коју представља, без принуде. Дипломатски или конзуларни представници имају ову могућност и када су у питању држављани државе пријема и треће државе, под конвенцијски предвиђеним условима.²⁷ Поред тога, свако лице које је у ту сврху пуноважно наименовано за пуномоћника (*commissioner*) може на територији једне државе уговорнице, без примене силе, да изводи доказе за потребе поступка који се води пред судом државе уговорнице под конвенцијски предвиђеним условима. Заинтересована лица у поступку извођења доказа могу бити правно заступана. Дипломатски или конзуларни представник, као и пуномоћник могу изводити само доказе који нису у супротности са прописима државе у којој се изводе.²⁸

²⁶ Вид. чл. 12. Конвенције.

²⁷ Вид. чл. 16. Конвенције.

²⁸ Вид. чл. 21. ст. 1. Конвенције.

Између држава чланица које су такође и чланице једне, или обе Конвенције о грађанском поступку (1905. и 1954.) овај документ мења одредбе чл. 8 до 16. ранијих Конвенција.

Република Србија је ставила резерву у односу на одредбу која предвиђа да ће држава уговорница прихватити замолницу састављену на француском или енглеском језику, или са преводом на један од ових језика уколико није ставила резерву у складу са чланом 33. Поред тога, судски службеници државе молиће могу у Републици Србији присуствовати извршењу замолнице по прибављеном одобрењу министарства правосуђа; а извођење доказа од стране дипломатских и конзуларних представника, као и од стране пуномоћника може вршити само по претходно прибављеном одобрењу министарства надлежног за правосуђе; дипломатски или конзуларни представници или пуномоћници који су овлашћени да у Републици Србији изводе доказе могу затражити помоћ у извођењу доказа уз употребу принуде.

Наиме, конвенција предвиђа извођење доказа по замолницама упућеним централном органу замољене државе; дипломатско-конзуларним путем и посредством посебно именованих пуномоћника (commissioner). Поступајући по замолници страног суда домаћи суд примењује национално право у погледу поступка (осим у изузетним случајевима). Притом, Србија је искључила примену одређеног броја чланова Конвенције.²⁹ У пракси је спорно питање домена примене, као и садржаја замолнице, поступка по замолници када она није упућена централном органу него је странка директно упутила суду у ком случају се не може гарантовати аутентичност документа. Спорно питање је и предрасправно откривање докумената (pre trial discovery) што указује да се неће извршавати замолнице које се односе на поступак предрасправног откривања докумената, познатог у земљама англосаксонског права.

4. КОНВЕНЦИЈА О ОЛАКШАЊУ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИСТУПА СУДОВИМА

На Четрнаестој хашкој Конференцији за међународно приватно право 25. октобра 1980. године државе уговорнице су усвојиле Конвенцију о олакшању међународног приступа судовима, која је ступила на снагу 1988.³⁰ У првом поглављу конвенција уређује питање судске помоћи, и предвиђа да држављани једне од држава уговорница као и лица

²⁹ Изјаве и резерве земаља уговорница на конвенције видети на : http://www.martindale.com/products/intl_law_dir.html.

³⁰ *Convention of International Access to Justice, Hague 1980.*; "Службени лист СФРЈ"-Међународни уговори бр.4/88.

са редовним боравиштем у некој од држава уговорница имају право коришћења судске помоћи у грађанским и трговачким стварима у свакој држави уговорници, као да су и сами држављани те државе или као да у њој имају редовно боравиште.³¹ У земљама у којима судска помоћ постоји у управним, социјалним или пореским стварима, исто решење се примењује и на поступак у тим областима. Свака држава уговорница треба да именује један централни орган који ће бити задужен за пријем молби за судску помоћ, с тим што савезне државе и државе са нејединственим правним поретком могу именовати више централних органа. Поред тога, свака држава уговорница именује један или више отпремних органа чији је задатак да молбе за судску помоћ прослеђује надлежном централном органу, без интервенције било ког другог органа, на обрасцу датом у прилогу конвенције.³² Молба за судску помоћ треба да буде сачињена у складу са обрасцем датом у прилогу конвенције и да су поднета сва потребна документа, уз резерву да замољена држава може да затражи допунске податке, или документа у вези са датим случајем. Отпремни орган има могућност да одбије да проследи молбу ако оцени да је она очигледно неоснована.³³ Молба за судску помоћ и сва пропратна документа морају бити сачињена на званичном језику или на један од званичних језика замољене државе, или пропраћена преводом на једном од ових језика. Изузетак је предвиђен уколико је у држави молили тешко прибавити превод на језик замољене државе. Молбе за судску помоћ се разматрају по хитном поступку. Уколико је неком лицу одобрено коришћење судске помоћи у једној земљи уговорници, у вези са поступком у којем је донета одлука, то лице ће уживати судску помоћ у свакој другој држави уговорници у којој затражи признање и извршење ове одлуке.

Конвенција установљава реципроцитет између држава уговорница у погледу ослобађања од плаћања акторске кауције као и у погледу извршивости одлука о обавези плаћања судских трошкова. Наиме, од физичких или правних лица са редовним боравиштем у некој од држава уговорница која се јављају као тужиоци или умешачи пред судом друге државе уговорнице не може се захтевати полагање кауције, или депозита, у било ком виду само зато што су у питању странци или што та лица немају домицил или редовно боравиште у земљи у којој је спор покренут.³⁴ Државе чланице су обавезне да именују један или више централних органа чији је задатак да молбе за судску помоћ прослеђују

³¹ Вид.чл.1 Конвенције.

³² Вид. чл.4. Конвенције.

³³ Вид. чл.6 ст.2. Конвенције.

³⁴ Вид. чл.14. Конвенције

надлежном централном органу замољене државе. Поред тога, оне су обавезне да одреде један или више отпремних органа који ће надлежном централном органу замољене државе доставити захтеве за извршење. Одлука о обавези плаћања судских трошкова изречена у једној држави уговорници постаје, на захтев повериоца, бесплатно извршна у свакој другој држави уговорници. Поверилац има могућност да директно поднесе захтев за извршење осим у случају противљења замољене државе³⁵ Конвенција изричито уређује која документа треба да буду приложена уз захтев за извршење.

У складу са Конвенцијом држављани једне државе уговорнице, као и лица са редовним боравиштем у једној од њих, могу у грађанским и трговачким стварима добити, и оверити преписе или изводе из јавних књига или судских одлука у складу са националним третманом. Национални третман се односи и на лишавање слободе било да се спроводи као начин извршења било као заштитна мера у грађанским и трговачким стварима.³⁶

Конвенција спада у ред најзначајнијих мултилатералних докумената (поред Конвенција о грађанском судском поступку из 1905. и 1954.) који предвиђају ослобађање од *cautio iudicatum solvi*. У складу са тим Нацрт новог ЗМПП Србије предвиђа да је тужилац који нема уобичајено боравиште у Републици Србији, а покрене поступак пред домаћим судом дужан туженом да на његов захтев обезбеди парничне трошкове (у новцу, или по одлуци суда, у другом погодном облику), осим у случајевима када тужени нема право на обезбеђење парничних трошкова у законом одређеним случајевима.³⁷ Тиме је предлагач ускладио решење са Хашком конвенцијом о олакшању међународног приступа судовима у којој категорија ослобођених лица од плаћања акторске кауције обавата она која имају редовно боравиште у било којој држави уговорници (без обзира да ли су држављани државе уговорнице или неке треће државе). Ово, за разлику од Хашке конвенције о грађанском судском поступку којим су ослобођени држављани државе уговорнице који имају домицил у било којој држави чланици конвенција из 1905. и 1954.године. У све три конвенције ослобођење тужиоца од обавезе плаћања акторске кауције праћено је одредбама о олакшаном признању и извршењу судских одлука којима се по окончању поступка трошкови спора досуђују у корист туженика а на терет тужиоца који није успео у

³⁵ Вид. чл.16. ст.4. Конвенције.

³⁶ Вид. чл.19. Конвенције.

³⁷ Вид. чл.31 и 32. Нацрта ЗМПП. ; Вид. Извештај Мирка Живковића, председника радне групе за израду Закона о међународном приватном праву доступном на сајту Министарства правде Републике Србије.

спору.³⁸ Хашка конвенција о олакшању међународног приступа судовима предвиђа могућност коришћења бесплатне судске помоћи у другој држави уговорници која се тражи захтевом на посебно прописаном обрасцу од стране државалаана и лица са редовним боравиштем у једној од држава уговорница.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Питање судске надлежности у међународном приватном праву везано је за принуде националних правних поредака, чија је сврха успостављање ефикасног судског система решавања спорова. Наиме, ефикасно решавање спорова са елементом иностраности подразумева, поред осталог, јасна међународно прихваћена правила о судској надлежности. Конвенције Хашког пројекта унификације процесних правила међународног приватног права не спадају у ред успешних унификација правила о судској надлежности у предметима са страним обележјем и правила о признању одлука. Истина, Хашка конференција је усмерила своју активност на доношење једног свеобухватног документа, што је за резултат имало израду Преднацрта конвенције о надлежности и признању одлука у грађанској и трговачкој материји али до усвајања није дошло.³⁹ Процесом унификације обухваћене су за сада поједине области, као што је то учињено усвајањем Конвенције о искључивој надлежности суда 2005. Конвенција уређује заснивање надлежности путем споразума странака и признање и извршење одлука заснованих на искључивом споразуму о надлежности суда⁴⁰. Она потврђује значај аутономије воље странака у грађанским и трговачким односима са елементом иностраности. Конвенција изричито утврђује када пророгациони споразум има дејство искључиве надлежности изабраног суда.

ЛИТЕРАТУРА

Brand R., The Haye Conference Working Group-Draft Text on Choise of Cort Agreements, The British Yearbook of PIL, Vol.5, 2003.

Dutoit B., Conférence de la Haye de droit international privé “Sunders Report” Actes et documents, Tome III, 1974.

³⁸ Маја Станивуковић, Мирко Живковић, Међународно приватно право (општи део), Службени лист, Београд 2004., 159.

³⁹ Ближе, Brand R., The Haye Conference Working Group- Draft Text on Choise of Cort Agreements, Yearbook of private International Law, Vol.5, 2003., 38.

⁴⁰ Ближе Милена Петровић, Хашка конвенција о споразуму о искључивој надлежности суда, Право и привреда бр.5-8/2008, Београд 2008., 529.

Дика М., Кнежевић Г., Стојановић С., Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд 1991.

Kropholler J., Internationales Privatrecht, Tübingen 2006.

Matić Ž., Međunarodno privatno pravo (posebni dio), Narodne novine, Zagreb 1982.

Пак М., Међународно приватно право, Службени лист, Београд 2000.

Петровић М., Хашка конвенција о споразуму о искључивој надлежности суда, Право и привреда бр. 5-8/2008, Београд 2008.

Станивуковић М., Живковић М., Међународно приватно право (општи део), Службени гласник, Београд 2013.

Тодоровић В., Међународна правна помоћ I, ProJuris, Београд 1999.

Vuković Đ., Međunarodno građansko procesno pravo, Zagreb 1987.

Sajko K., Međunarodno privatno pravo, 4. Izdanje, Narodne novine, Zagreb 2005.

Van Mehren A., Recognition and Enforcement of Foreign Judgments-General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements, Recueil des Cours de L'Academie de Droit international de la Haye, 167,1980-II.

Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., Павић В., Међународно приватно право, Службени гласник, Београд 2012.

Међународни уговори у области правосуђа, Збирка савезних прописа, Друга књига, Београд 1985.

Конвенција о грађанском судском поступку (1905)-"Сл.новине КЈ " бр.100/1930).

Конвенција о грађанском судском поступку (1954)-"Сл.лист ФНРЈ-додатак" бр.6/1962.

Конвенција о олакшању међународног приступа судовима (1980)-"Сл.лист СФРЈ- Међународни уговори" бр.4/1988.

Конвенција о укидању потребе легализације страних јавних исправа (1961)-"Сл.лист ФНРЈ-додатак" бр.10/1962; "Службени лист СРЈ-Међународни уговори " бр.10/2002.

Конвенција о прибављању у иностранству доказа у грађанским и трговачким стварима (1970)- "Сл.гласник РС-Међународни уговори" бр.1/2010 и 13/2013.

Конвенција о достављању у иностранству аката у грађанским и трговачким стварима (1965)- "Сл.гласник РС" –Међународни уговори бр.1/2010.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Сл.лист СФРЈ бр.43/1982,72/82 И Сл.лист СРЈ бр.46/96.; "Сл.гласник РС" бр.46/2006.

*Нацрт Закона о међународном приватном праву РС-
<http://arhiva.minpravde.gov.rs>*

Закон о парничном поступку РС “Службени лист СФРЈ” бр. 4/76,36/77,36/80, 69/82, 58/84, 57/89, 20/90,27/90 и 35/91; “Службени лист СРЈ” бр. 27/92,31/93,24/94, 12/98, 15/98 И 3/20002; “Сл.гласник РС” бр.125/04; “Сл.гласник РС” бр.111/09, 72/2011, 49/203-одлука УС, 74/2013-одлука УС, 55/2014.

Marija Kravac, Ph. D.
Full Professor

HAGUE CONVENTIONS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

Hague Convention is means about a greater uniformity of legal regulation in this most delicate dimension of international private law. Pointing out the particular contribution of the Hague Convention which consists of betterments parties and general cooperation between states author suggests de lege ferenda respecting of its basic intensions and stimulations in the new Serbian international private law. The Serbian rights for their solution in this area is based on its national legislation and international treaties. Until 2010 these solutions mainly relied on the general principles of international legal assistance, leaving enough space specifics of this matter and the fact of global flows intensifying economic and legal instruments in the world. By ratifying Hague Conventions a foundation was laid for providing answers questions with respect to the above facts, especially those that reflect the reality of the pro-European perspective SRB in her closer and economic-political movement and development.

Key words: court, procedure, cooperation, unification, convention.

ПОСТУПАК ЗА ЛИШЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ

Апстракт: *Поступак за лишење пословне способности је посебан ванпарнични поступак за уређење личних стања који је регулисан Законом о ванпарничном поступку Републике Србије. У овом поступку суд испитује да ли су се стекли законски услови за лишење пословне способности пунолетног лица, одлучује о мери лишења пословне способности и одређује време за које ће проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере. Законом о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије из 2014. године, законодавац је изменио одредбе које се тичу циља и предмета овог поступка, тока поступка, дужности суда да цени мишљење и ставове лица према коме се поступак води, као и одредбе које се односе на жалбу која је изјављена на решење о привременом смештају у здравствену установу. Аутор у раду систематски и целовито анализира правила поступка, посебно обрађује питања у вези са покретањем, током и одлучивањем у овом поступку.*

Кључне речи: *пословна способност, ванпарнични поступак, предлагач, противник предлагача, лишење пословне способности, решење.*

1. Правна заштита грађанских субјективних права у ванпарничном поступку се пружа кад је законом прописано да се одређена ванпарнична ствар има расправити по правилима ванпарничног процесног права. Ванпарнични поступак, као посебан грађански судски поступак, је сложена процесна установа, коју чини збир многобројних и хетерогених посебних поступака. Хетерогеност ванпарничних поступака онемогућила је формулисање неког општег ванпарничног поступка. То је и разлог што су ванпарнични поступци уређени тако што су прописана општа ванпарнична процесна правила, која се примењују у свим ванпарничним поступцима, и одређен број специфичних ванпарничних процесних правила, која се примењују у посебним ванпарничним поступцима. Циљ прописивања општих ванпарничних правила је у томе да се спречи понављање истих правила у различитим ванпарничним поступцима.

Правила ванпарничног процесног права налазе се у Закону о ванпарничном поступку који је донет 1982. године¹ а примењује се од 1. јануара 1983. године. У току своје дугогодишње примене, ЗВП је први пут новелиран Законом о изменама и допунама ЗВП из 2012. године.² По други пут, 2014. године,³ извршене су нужне измене у ЗВП у општим одредбама и у појединим ванпарничним поступцима. ЗВП је по трећи пут измењен почетком 2015. године.⁴ Последње измене односе се на јавног бележника.⁵

2. Различите потребе за пружање правне заштите по правилима ванпарничне процедуре изазвале су настајање различитих ванпарничних поступака јер су разноврсне и саме ванпарничне ствари. Иако су ванпарнични поступци многобројни и хетерогени, они се могу сврстати у неколико група.⁶ С обзиром на природу односа који се штити по правилима ванпарничног процесног права, 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.

Један од посебних ванпарничних поступака за уређење личних стања јесте поступак за лишење пословне способности.⁷ Овај ванпарнични поступак обухвата правна правила по којима се поступа кад постоји потреба да суд испита да ли су се стекли законски услови за лишење пословне способности пунолетног лица. Правила по којима се

¹ Вид. Закон о ванпарничном поступку – ЗВП, Службени гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Службени гласник РС бр. 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14 и 65/15.

² Вид. Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник РС, бр. 85/12. Одредбама овог Закона, уређен је посебан поступак за утврђивање времена и места рођења. У овом поступку судском одлуком утврђује се време и место рођења лица које није уписано у матичне књиге рођених. О овом поступку детаљно: Владимир Боранијашевић, „Поступак за утврђивање времена и места рођења“, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Косовска Митровица, 2014, 10 - 24.

³ Вид. Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку – ЗИД ЗВП 2014, Службени гласник РС, бр. 55/14.

⁴ Вид. Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник РС, бр. 67/15.

⁵ О томе: Гордана Станковић, Закон о ванпарничном поступку, објашњење, тумачење и стварни регистар, Службени гласник, Београд, 2014, 13-14.

⁶ Детаљно: Гордана Станковић, Љубица Мандић, Ванпарнично процесно право, Правни факултет у приштини, Косовска Митровица, 2013, 175.

⁷ Законодавац је задржао стари назив за овај посебан ванпарнични поступак и није ускладио терминологију која се користи у Препоруци Савета Европе. У поменутој Препоруци овај поступак се именује као “поступак за установљење мере заштите пунолетне особе умањених способности.“ (Тако; Г. Станковић, *op. cit.* 36).

поступа у поступку за лишење пословне способности делом су измењена и допуњена ЗИД ЗВП из 2014. године.

Било је неопходно да се правила овог посебног статусног поступка ускладе са Уставом РС, Породичним законом,⁸ Законом о здравственој заштити,⁹ Законом о заштити лица са менталним сметњама,¹⁰ Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом, Европском Конвенцијом о заштити људских права, Препоруком бр. Р (99) 4 Комитета министара држава чланица о основним принципима која се тичу правне заштите лица која су пунолетна а имају умањене способности.¹¹

Законодавац је, пре свега, изменио одредбу која описује циљ и предмет поступка за лишење пословне способности у складу са Препоруком бр. Р (99) 4 Комитета министара државама чланицама о начелима која се тичу правне заштите пунолетних особа умањених способности из 1999. године.¹² Према одредби чл. 31. ЗВП у овом посебном статусном ванпарничном поступку суд испитује да ли су се стекли законски услови за лишење пословне способности пунолетног лица, одлучује о мери лишења пословне способности, одређује време за које ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере и одлучује о враћању пословне способности када престану разлози за лишење пословне способности.¹³ Осим тога, законодавац је увео новине које се тичу тока поступка, дужности суда да цени мишљење и ставове лица према коме се поступак води, у мери колико то дозвољава његово ментално здравље, као и промене које се односе на жалбу која је изјављена на решење о привременом смештају у здравствену установу.

3. Поступак за лишење пословне способности покреће се по службеној дужности или предлогом. Поступак покреће суд по службеној дужности чим дође до сазнања да постоји потреба да се једно лице лиши

⁸ Вид. Породични закон - ПЗ, Службени гласник РС, бр. 18/05.

⁹ Вид. Закон о здравственој заштити, Службени гласник РС, бр. 107/06, 72/09, 88/10, 110/12 и 45/13.

¹⁰ Вид. Закон о заштити лица са менталним сметњама, Службени гласник РС, бр. 45/13.

¹¹ Тако: Г. Станковић, *op. cit.* 35 - 36.

¹² О томе: Гордана Станковић, Милена Трговчевић Прокић, Коментар Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник, Београд, 2015, 252.

¹³ Пре доношења ЗИД ЗВП 2014, вожило је правило да у поступку за лишење пословне способности суд испитује да ли је пунолетно лице према степену способности за нормално расуђивање у стању да се само брине о својим правима и интересима и одлучује о потпуном или делимичном лишењу пословне способности кад утврди да за то постоје законом одређени разлози, као и о враћању потпуне или делимичне пословне способности кад престану разлози за лишење, односно ограничење пословне способности.

пословне способности. Ванпарнични суд до таквих сазнања може да дође добијајући информације од других органа о потреби лишења пословне способности једног лица или ако је сам водио неки други поступак (нпр. поступак за принудну хоспитализацију једног лица).¹⁴ Суд који је покренуо овај статусни ванпарнични поступак, дужан је да лице према коме се поступак води без одлагања обавести о покретању поступка.

Када је у питању покретање овог статусног поступка предлогом, предлог могу да поднесу лица одређена законом. Наиме, активну процесну улогу у овом поступку имају: орган старатељства, супружник, ванбрачни партнер, дете или родитељ лица које треба потпуно или делимично лишити пословне способности.¹⁵ Осим тога, поступак се може покренути и предлогом деде, бабе, брата, сестре, унука, под условом да предлагач живи у породичној заједници са лицем према коме би се поступак водио.

Законодавац признаје активну процесну легитимацију и лицу које треба лишити пословне способности. Правилима ЗВП је предвиђено да пунолетно пословно способно лице може само да покрене поступак за сопствено лишење пословне способности уколико може да схвати значење и правне последице овог предлога.¹⁶ Предлагач би у том случају било лице које предлаже делимично лишење пословне способности због злоупотребе алкохола и других опојних средстава, јер у супротном, лице које треба потпуно лишити пословне способности, није у стању да схвати значење и правне последице које могу произаћи из покренутог и сопственог предлога.¹⁷ Предлог пунолетног лица које не може да схвати значење и правне последице свог предлога, треба сматрати као иницијативу за покретање поступка по службеној дужности.

У тренутку покретања поступка за добровољно лишење пословне способности, поступак има карактер једностраначког ванпарничног поступка. Кад о покренутом поступку пунолетног пословно способног лица буде обавештен орган старатељства као обавезан учесник поступка, долази до трансформације поступка у двостраначки. Истовремено долази и до промене процесних улога, тако да предлагач постаје лице према коме се поступак води.¹⁸

¹⁴ Тако: Г. Станковић, Љ. Мандић, *op. cit.* 176 - 177.

¹⁵ Вид. чл. 32. ст. 1. ЗВП.

¹⁶ Вид. чл. 32. ст. 3. ЗВП.

¹⁷ У том смислу: Владимир Боранијашевић, „Поступак за лишење пословне способности“, Зборник радова међународног саветовања, Актуелности грађанског процесног права – Национална и успоредна правнотеоријска и практична достигнућа, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Сплит, 2015, 133.

¹⁸ Тако: Г. Станковић, *op. cit.* 38.

4. Предлог је иницијална парнична радња којом се покреће поступак за лишење пословне способности. Одредбама ЗВП нису предвиђена правила у погледу форме и садржине предлога којим се покреће овај статусни ванпарнични поступак. Међутим, пошто је правилима ванпарничног процесног права предвиђена сходна примена Закона о парничном поступку¹⁹ у ванпарничном поступку, због тога се, у погледу форме и садржине ове иницијалне радње, а у складу са чл. 30. ст. 2 ЗВП, примењују одговарајућа правила ЗПП о поднесцима.

Да би ванпарнични суд могао да пружи тражену правну заштиту, потребно је, пре свега, да иницијална ванпарнична радња буде предузета у писменој форми и да има одређену садржину. Да би се предлог за лишење пословне способности сматрао потпуним он треба да садржи: означавање стварно и месно надлежног суда, означавање странака, означавање ванпарничне ствари и њене вредности, као и захтев за лишење пословне способности који мора да буде заснован на разлозима за лишење пословне способности.

Одредбом чл. 33. ст. 1. и 2. ЗВП законодавац је предвидео да предлог мора да садржи чињенице на којима се заснива, као и доказе којима се те чињенице утврђују или чине вероватним. Предлог треба да садржи и податке из којих произлази да предлагач има активну процесну легитимацију. С обзиром на околност да је круг лица овлашћених за покретање овог поступка широк, то ће и листа података бити широка. Процесна легитимација се доказује јавним исправама којима се указује на постојање брака, ванбрачне заједнице, сродства, живота у заједничком домаћинству.²⁰

5. Да би се спровео поступак за лишење пословне способности неопходно је предлог поднети суду који је стварно и месно надлежан. С обзиром на околност да је у статусним стварима месно надлежан суд на чијем подручју има пребивалиште или боравиште лице према коме се поступак води, то се предлог подиже код основног суда на чијем подручју је лице у чијем интересу се поступак води има пребивалиште односно боравиште. О покретању поступка суд је дужан да обавести одређена лица и институције. Кад поступак буде покренут, суд је дужан да обавести матичара надлежног за вођење матичне књиге рођених за лице о чијој се пословној способности одлучује, а ради евиденције поступка у циљу заштите личности учесника према коме се поступак води. У колико лице према коме се поступак води има непокретности, суд обавештава и орган

¹⁹ Закон о парничном поступку - ЗПП, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014.

²⁰ О томе: Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., *op. cit.* 258 – 262; В. Боранијашевић (2015), 134.

који води јавну књигу о евиденцији непокретности, у циљу забележбе поступка за лишење пословне способности. Осим тога, суд код кога се води поступак дужан је да обавести и орган старатељства. Орган старатељства ће, уколико је то потребно, поставити привременог старатеља лицу према коме се поступак води.²¹

Кад поступак буде покренут, без обзира да ли је покренут по службеној дужности или предлогом, суд је дужан да предузме низ ванпарничних радњи у циљу утврђивања стања ствари. Наиме, суд у току поступка за потпуно лишење пословне способности треба да испита и утврди да пунолетно лице због болести или сметњи у психо – физичком развоју није способно за нормално расуђивање те због тога није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса.²² С друге стране, уколико пунолетно лице према коме се поступак води због болести или сметњи у психо – физичком развоју својим поступцима непосредно угрожава своја права или интересе или права и интересе других лица, суд га може делимично лишити пословне способности.²³

У поступку за лишење пословне способности суд одлучује на основу расправе на рочишту. Одржавање расправе на рочишту је обавезно да би суд могао да утврди све правно релевантне чињенице које су од значаја за мериторно одлучивање. Рочиште се заказује и одржава или у суду или у здравственој установи, ако се у њој налази противник предлагача. Осим тога, рочиште може да се одржи и у установи социјалне заштите ако се лице према коме се поступак води тамо налази.²⁴ На рочиште суд поред органа старатељства позива и лице према коме се поступак води, његовог стараоца, односно привременог заступника и предлагача. У овом поступку посебно је значајно ванпарнично процесно правило које предвиђа да је суд дужан да на рочиште позове лице према коме се поступак води, осим кад би обавештавање могло да му угрози здравље. Право да лице буде позвано на рочиште, да се на њему изјашњава и саслушава произлази из Препорука Савета Европе којима је предвиђено да се мера заштите којом се ограничава пословна способност не може одредити док суд који у овом поступку поступа лично не види лице према коме се поступак води.²⁵ Такође, одредбе ЗПП, чија се правила сходно примењују у ванпарничном поступку, предвиђају да странке имају право на правичан поступак, закониту и једнаку правну заштиту, и да је

²¹ Тако: Г. Станковић, Љ. Мандић, *op. cit.* 178; В. Боранијашевић (2015), 134 - 135.

²² Вид. чл. 146. ст. 1. ПЗ.

²³ Вид. чл. 147. ст. 1. ПЗ.

²⁴ У том смислу: Г. Станковић, Љ. Мандић, *op. cit.* 179.

²⁵ Тако: Г. Станковић, *op. cit.* 41; В. Боранијашевић (2015), 135.

суд дужан да свакој странци пружи могућност да се изјасни о захтевима, предлозима и наводима противне странке.²⁶

У поступку за лишење пословне способности јавност је искључена јер се ради о поступку за уређење личних стања у којима се штити и право на приватност.

У даљем току суд је дужан да пружи могућност лицу према коме се поступак води да се изјасни и да саслуша остала позвана лица. Лицу према коме се поступак води може у току поступка изјашњавања помагати неко друго лице у које оно има поверења или стручно лице које одреди суд. Изјашњавање лица према коме се поступак води је извиђајна радња коју суд предузима да би: утврдио да ли постоје разлози за одузимање пословне способности, стекао уверење о психо – физичким квалитетима лица, утврдио његове способности за расуђивање, као и способности да се само стара о заштити својих права и интереса.²⁷ Уколико се лице према коме се поступак води налази у здравственој установи, саслушаће се обавезно у тој установи, где ће се одржати и рочиште. Суд уважава мишљење и ставове лица према коме се поступак води, у мери у којој је то могућно с обзиром на стање менталног здравља тог лица.²⁸

Одредбом чл. 36. ст. 3. ЗВП прописано је да суд има могућност да одустане од саслушања лица према коме се поступак води. Суд то може да учини само ако би то могло да буде штетно по његово здравље или ако саслушање уопште није могућно с обзиром на душевно или физичко стање тог лица. Оваквом законском одредбом се штите права лица према коме се поступак води. Међутим, ово правило не одређује услове и критеријуме на основу којих суд треба да цени да ли би саслушање било штетно по здравље тог лица. Због тога суд у сваком конкретном случају мора о томе да води рачуна. Да ли је саслушање лица према коме се поступак води штетно по његово здравље, суд ће закључити на основу медицинске документације којом располаже, као и на основу налаза и мишљења вештака.

Новелама из 2014. године нису суштински мењане одредбе које се односе на круг лица које суд мора да саслуша у поступку да би добио сва потребна обавештења о животу и понашању лица према коме се поступак води. Наиме, према одредби чл. 37. ЗВП поред изјашњавања предлагача суд је дужан да у току поступка саслуша стараоца, односно привременог заступника и друга лица која могу да дају потребна обавештења о животу и о понашању лица према коме се поступак води, као и о другим важним

²⁶ Вид. чл. 5. ст. 1. ЗПП.

²⁷ О томе: Г. Станковић, Љ. Мандић, *op. cit.* 179.

²⁸ Вид. чл. 36. ст. 2. ЗВП

околностима. Суду је врло важно да дође до што више информација од лица које саслушава како би правилно закључио да постоје законски услови за лишење пословне способности пунолетног лица. У ту сврху, суд у току поступка прикупља потребне податке о тим чињеницама и од правних и других лица, који тим подацима располажу.

б. Уколико су разлози за лишење пословне способности болест или сметње у психо – физичком развоју, суд одређује вештачење. Лице према коме се поступак води мора бити прегледано од најмање два лекара одговарајуће специјалности. Они треба да дају заједнички налаз и мишљење о његовом стању менталног здравља и способности тог лица за расуђивање. Вештачење се врши у присуству судије, осим кад се обавља у стационарној здравственој установи.²⁹ Суд је дужан да лицу према коме се поступак води, његовом стараоцу, односно привременом заступнику омогући да они одреде вештака. Уколико они то не учине у року који им одреди суд, суд ће одредити вештака а наведеним лицима омогућити да се изјасне у погледу личности предложених вештака.³⁰

Уколико је по мишљењу лекара потребан дужи временски период за преглед лица које треба лишити пословне способности да би се утврдило стање његовог менталног здравља, суд може својом одлуком одредити да оно привремено буде смештено у одговарајућу здравствену установу. Новелама привремени смештај у одговарајућу здравствену установу може да траје најдуже 30 дана.³¹ Суд неће донети решење о привременом смештају у одговарајућу здравствену установу лица према коме се поступак води, ако би због тога могле наступити штетне последице по његово здравље.³² И раније одредбе ЗВП предвиђале су могућност привременог смештаја лица у одговарајућу здравствену установу, али најдуже три месеца. У литератури се истиче да је период од 30 дана довољан да се поставе дијагноза о менталном здрављу лица које је смештено у здравствену установу, а да задржавање дуже од 30 дана може да буде штетно за лице према коме се поступак води.³³

Против решења у смештају у здравствену установу дозвољена је жалба. Овај редовни правни лек могу изјавити лице према коме се поступак води и његов старалац, односно привремени заступник. Жалба се може изјавити у року од три дана од дана достављања решења о смештају у здравствену установу. Ово правно средство може да изјави лице према коме се поступак води без обзира на стање свог менталног

²⁹ Вид. чл.38. ст. 1. и 2. ЗВП.

³⁰ Тако: Г. Станковић, Љ. Мандић, *op. cit.* 180.

³¹ Детаљно: Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., *op. cit.* 277 – 278.

³² Вид. чл.38. ст. 3. ЗВП.

³³ У том смислу: Г. Станковић, *op. cit.* 48; В. Боранијашевић (2015), 138.

здравља.³⁴ Остали учесници који у овом поступку имају активну процесну легитимацију, немају право да изјаве жалбу.

Жалба изјављена на одлуку суда о привременом смештају у здравствену установу има, по правилу, суспензивно дејство. Иако је изричитом законском одредбом предвиђено да жалба на решење има суспензивно дејство, суд из оправданих разлога може одлучити да жалба нема суспензивно дејство. Последица законског решења о несуспензивном дејству жалбе значи да лице према коме се поступак води може бити привремено смештено у здравствену установу и пре правноснажности решења о привременом смештају, ако за то постоје оправдани разлози.³⁵

Уколико је против решења суда о привременој хоспитализацији изјављена жалба, првостепени суд је дужан да је без одлагања достави другостепеном суду. Другостепени суд је дужан да хитно одлучи о изјављеној жалби јер је у питању хитан поступак. Суд правног лека дужан је да о жалби одлучи у року од три дана од дана пријема жалбе.

7. Кад је поступак за лишење пословне способности покренут због прекомерног уживања алкохола или других опојних средстава, суд може да одлучи да застане са поступком, као обликом привременог обустављања ванпарничне делатности, ако се лице према коме се поступак води подвргне лечењу у одговарајућој здравственој установи. Застајање са поступком траје док се лице налази на лечењу.

Предлог да се застане са поступком и одложи доношење одлуке о делимичном лишењу пословне способности ради лечења противника предлагача³⁶ суд доноси на предлог лица према коме се поступак води, ако он то сам предложи или на то пристане на предлог суда. Уколико је до застајања са поступком дошло због лечења противника предлагача, суд одлаже доношење одлуке о делимичном лишењу пословне способности за одређени временски период који не може бити краћи од шест месеци ни дужи од годину дана. Међутим, уколико се догоди да противник предлагача самоиницијативно прекине лечење или буде отпуштено из здравствене установе, суд ће опозвати своје решење о застајању са поступком и поступак наставити тако што ће одлучити о предмету самог ванпарничног поступка.

8. Кад утврди да су испуњене све чињенице и правне претпоставке за доношење мериторне одлуке, суд доноси решење о окончању поступка извиђања и приступа одлучивању. Суд у поступку за лишење пословне способности одлучује решењем. Ако суд утврди да не постоје разлози за

³⁴ Вид. чл. 39. ст. 1. и 2. ЗВП.

³⁵ Тако: Г. Станковић, *op. cit.* 48 - 49.

³⁶ Детаљно: Г. Станковић, Љ. Мандић, *op. cit.* 182.

лишење пословне способности, он ће предлог одбацити. Кад утврди да постоје услови за лишење пословне способности, суд ће лице према коме се поступак води лишити пословне способности. У зависности од врсте разлога, суд ће противника предлагача лишити пословне способности потпуно или делимично.

Новелама из 2014. године прописана су специфична правила која се тичу садржине решења које суд доноси кад одлучује о лишењу пословне способности. Наиме, кад суд одлучи да одређено лице лиши пословне способности он је дужан да одреди рок у коме ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере, а који не може да буде дужи од три године.³⁷ Суд је дужан да у прописаном року који не може бити дужи од три године, а може бити краћи, спроведе поступак проверавања да ли постоје разлози због којих је изречена мера лишења пословне способности и у зависности од утврђеног стања ствари донесе одговарајућу одлуку.³⁸ Кад суд утврди да се стање менталног здравља лица потпуно лишеног пословне способности толико поправило да је довољно и делимично лишење пословне способности, суд одређује делимично лишење пословне способности.³⁹

Законодавац је у Новелама предвидео на нов начин садржину решења којим се лице према коме се поступак води делимично лишава пословне способности. Према одредби чл. 47. ст. 3. ЗВП у решењу којим се лице делимично лишава пословне способности, суд је дужан да на основу резултата медицинског вештачења одреди врсту послова које то лице може самостално предузимати, на које је противник предлагача, као лице које је делимично лишено пословне способности, законом овлашћен. Уколико суд у року провере постојања разлога за трајање изречене мере делимичног лишења пословне способности утврди да се стање његовог менталног здравља погоршало и да су се стекли законски услови за потпуно лишење пословне способности, суд изриче меру потпуног лишења пословне способности. Суд је дужан да у складу са утврђеним променама стања менталног здравља лица које је делимично лишено пословне способности, повећа, односно смањи врсте послова које то лице може самостално да предузима поред послова на које је законом овлашћен.⁴⁰

Решење о лишењу пословне способности има конститутивно дејство. Кад решење суда којим је лице лишено пословне способности постане правноснажно промењен је статус тог лица. Правна промена не

³⁷ Вид. чл. 40. ст. 2. ЗВП.

³⁸ Тако: В. Боранијашевић (2015), 140.

³⁹ Вид. чл. 42а. ст. 1. ЗВП.

⁴⁰ Вид. чл. 42а. ст. 2. и 3. ЗВП.

делује само према лицу коме је одузета или ограничена пословна способност, већ и према свим трећим лицима. Суд може одлучити да правне последице решења настану и пре правноснажности решења, кад процени да је то неопходно ради заштите интереса противника предлагача. Правне промене у том случају, настају од тренутка достављања одлуке лицу према коме је поступак вођен односно његовом законском заступнику.⁴¹

Правноснажно решење донето у поступку за лишење способности, којим се мења статус лица према коме је поступак вођен, доставља се од стране суда матичару ради уписа у матичне књиге рођених за то лице, органу старатељства као и органу који води јавне књиге за евиденцију непокретности ако лице на које се решење односи има непокретности. Ако суд није усвојио предлог за лишење пословне способности, правноснажно решење којим није промењен статус лица према коме је поступак вођен, се доставља органима које је суд обавестио о покретању поступка. То је неопходно ради брисања евидентирања поступка односно ради брисања забележбе поступка.

9. Против решења о лишењу пословне способности дозвољено је изјављивање жалбе као редовног правног лека. Ово правно средство има посебна обележја и специфичну правну природу. Жалба изјављена против првостепеног решења је суспензиван, деволутиван, неограничен, самосталан и преклузиван правни лек.

Против решења о лишењу пословне способности, лице које је лишено пословне способности а које сматра да је одлука суда неправилна, може да уложи жалбу којом ће покушати да елиминише незакониту одлуку из правног поретка и да издејствује одлуку која ће за њега бити повољнија од одлуке коју добија. Пошто странка изјављивањем жалбе настоји да промени правну ситуацију створену одлуком суда, жалба спада, према свом циљу, у офанзивне ванпарничне страначке радње.

Жалилац може да буде само лице према коме се поступак води, јер је оно потпуно или делимично лишено пословне способности и зато му законодавац признаје правни интерес за изјављивање овог редовног правног средства. Ако лице према коме је поступак вођен има стараоца, привременог заступника, и они као његови заступници, имају право да у име лица према коме је поступак вођен изјаве жалбу.

Против решења о лишењу пословне способности, лице које је лишено пословне способности има право да изјави жалбу без обзира на стање свог менталног здравља. Жалилац може изјавити жалбу у року од

⁴¹ О томе: Г. Станковић, Љ. Мандић, *op. cit.* 184.

осам дана од дана кад му је решење достављено.⁴² У литератури има мишљења да рок од осам дана за изјављивање жалбе важи само кад је лице према коме је поступак вођен потпуно лишено пословне способности, док у ситуацијама кад је предлог одбачен као недопуштен, кад је предлог одбијен као неоснован или се ради о делимичном лишењу пословне способности, треба узети да важи општи рок за жалбу који износи петнаест дана.⁴³

Новелама је предвиђено и ново решење које се односи на дужност другостепеног суда да у складу са начелом хитности, које доминира у овом посебном статусном поступку, одлучи по жалби. Према одредби чл.42. ст.2. ЗВП, другостепени суд је дужан да о жалби, која је изјављена против решења о лишењу пословне способности, одлучи у року од осам дана од дана када му је жалба достављена.

ЛИТЕРАТУРА

Боранијашевић, В., Поступак за утврђивање времена и места рођења, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Косовска Митровица, 2014;

Боранијашевић, В., Поступак за лишење пословне способности, Зборник радова међународног саветовања, Актуелности грађанског процесног права – Национална и успоредна правнотеоријска и практична достигнућа, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Сплит, 2015;

Закон о ванпарничном поступку, Службени гласник СРС, бр. 25/82 и 48/88 и Службени гласник РС бр. 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14 и 65/15;

Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник РС, бр. 85/12;

Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник РС, бр. 55/14;

Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник РС, бр. 67/15.

Закон о здравственој заштити, Службени гласник РС, бр. 107/06, 72/09, 88/10, 110/12 и 45/13;

Закон о заштити лица са менталним сметњама, Службени гласник РС, бр. 45/13;

Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014;

⁴² Вид. чл. 40а. ст. 1. ЗВП.

⁴³ Тако: Г. Станковић, *op. cit.* 50.

Породични закон, Службени гласник РС, бр. 18/05.

Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., Коментар Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник, Београд, 2015;

Станковић, Г., Закон о ванпарничном поступку, објашњење, тумачење и стварни регистар, Службени гласник, Београд, 2014;

Станковић, Г., Мандић, Љ., Ванпарнично процесно право, Правни факултет у Приштини, Косовска Митровица, 2013.

Ljubica Mandić, Ph. D.
Associate Professor

A PROCEDURE FOR DERIVATION OF LEGAL CAPACITY

Summary

A procedure for derivation of legal capacity is a special contentious procedure for arrangement of personal states regulated by the Law on Contentious Procedure of the Republic of Serbia. In this procedure the court examines whether there are legal conditions for derivation of legal capacity of an adult person, decides on a measure of deprivation of legal capacity and determines the time period in the scope of which it will check whether there are still reasons for further duration of the imposed measure. By the Law on Amendments and Supplements of the Law on Contentious Procedure of the Republic of Serbia in 2014, the legislator has changed the regulations which deal with the goal and subject of this procedure, the course of the procedure, the obligation of the court to respect the opinion and attitudes of a person to whom the procedure is conducted, as well as regulations related to the complaint which has been lodged in to the decision of the temporary accommodation in a health institution. In the paper the author systematically and comprehensively analyzes the rules of the procedure, especially dealing with the issues of initiating, course and deciding in this very procedure.

Key words: legal capacity, contentious procedure, a proposer, an opposing party, deprivation of legal capacity, a decision.

О ЗАШТИТИ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Апстракт: *Право на суђење у разумном року представља функционално људско право које омогућава да се оствари право на правну заштиту и право на правично суђење. Странка има право да се о њеним правима и обавезама расправи пред судом и одлучи без одуговлачења, у што краћем року. Иако је прописано и зајемчено многобројним међународним и националним правним документима, право на суђење у разумном року врло често је тешко оствариво у поступку пред националним судовима. Управо трајање судских поступака и даље представља велики проблем националног правосуђа. Аутор у раду нотира правне изворе у којима је регулисано право на суђење у разумном року и детаљно анализира правна средства за заштиту права на суђење у разумном року. У раду је обрађена уставна жалба а потом су анализирани захтев за заштиту права на суђење у разумном року као посебно правно средство и специфичности ванпарничног поступка који се по захтеву води. На крају рада, указано је на значај доношења Закона о заштити права на суђење у разумном року Републике Србије чија ће решења бити предмет детаљне анализе у наредном раду у оквиру пројекта.*

Кључне речи: *право на суђење у разумном року, разумни рок, уставна жалба, захтев за заштиту права на суђење у разумном року.*

1. Пружање законите и ефикасне правне заштите приоритет је сваког правосудног система. Странка која се обрати суду има право да јој судска заштита поводом повређеног, угроженог или оспореног права буде пружена без одуговлачења, у што краћем року, правилним утврђивањем чињеница и правилном применом материјалних и процесних норми. Странке које правну заштиту траже имају право да правну заштиту добију у одређеном, разумном року.

Иако се у литератури истиче да је право на суђење у разумном року тешко дефинисати једном реченицом и да у теорији не постоји једнообразна дефиниција применљива за све случајеве,¹ право на суђење у

¹ Славољуб Царић, Право на суђење у разумном року, Службени гласник, Београд, 2015, 11.

разумном року се може одредити као једно од основних права странака пред судом које подразумева да се о правима и обавезама странака треба расправити и одлучити без одуговлачења. Право на суђење у разумном року је функционално људско право које омогућава да се оствари право на правну заштиту и право на правично суђење.² Овом праву странке одговара дужност суда да поступак спроведе ефикасно, без одлагања и одуговлачења са циљем да странци правна заштита буде пружена у разумном року.

2. Право на суђење у разумном року прописано је великим бројем међународних и националних докумената. Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода један је од докумената који изричито предвиђа да „свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона“.³ Право на правичну и јавну расправу у разумном року је, према законодавцу, део права на правично суђење.⁴

И Међународни пакт о грађанским и политичким правима Уједињених нација посредно говори о суђењу у разумном року.⁵ Иако се изричито не говори о праву на суђење у разумном року, у чл. 14. ст. 1. прописано је да „сви су једнаки пред судовима и судовима правде. Свако лице има право да његов случај буде расправљан правично и јавно пред надлежним, независним и непристрасним судом, установљеним на основу закона који одлучује о основаности сваке оптужбе подигнуте против њега у кривичним стварима или о оспоравању његових грађанских права и обавеза“⁶. Евидентно је да у начелној, општој одредби није споменуто

² Гордана Станковић, Љубица Мандић, Ванпарнично процесно право, Свен Ниш, Косовска Митровица, 2013, 298.

³ Чл. 6. ст. 1. Закона о ратификацији Конвенције за заштиту људских права и основних слобода – Европска конвенција, Службени лист СЦГ – Међународни уговори, 9/ 03, 5/05. 7/2005 - исправка и Службени гласник РС – Међународни уговори бр. 12/2010.

⁴ Право на правично суђење подразумева и да се „пресуда изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде“ (чл. 6. ст. 1. Европске конвенције).

⁵ Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима Уједињених нација - Међународни пакт, Службени лист СФРЈ, бр. 7/71.

⁶ Без обзира што није одређен временски оквир нити је изричито прописано право на суђење у разумном року, пракса одређених међународних органа који се баве

суђење у разумном року, нити је одређен временски оквир, али је оно предмет одредбе из чл. 14. ст. 3. тач. ц која се односи на кривична дела и којом је прописано да свако лице које је оптужено за кривично дело има право „да му буде суђено без великог закашњења“. Из овог правила произлази право на суђење у разумном року уз констатацију да се односи само на кривични поступак.

И Устав Републике Србије⁷ у оквиру права на правично суђење говори о суђењу у разумном року. Тачније, према одредби из чл. 32. ст. 1. Устава РС „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“.⁸

Посебно значајна у домену регулисања и заштите права на суђење у разумном року је и Препорука Комитета министара Савета Европе државама чланицама бр. 6 из 2004. године која се односи на унапређење домаћих правних лекова.⁹ Државама чланицама се најпре препоручује да кроз стално преиспитивање утврђују да ли постоје домаћа правна средства и да ли су она делотворна у случају да постоји прихватљива тужба због кршења права предвиђених Европском конвенцијом; потом, препоручује се државама чланицама да преиспитују делотворност постојећих домаћих

заштитом права на суђење у разумном року указује на то да се ово правило може применити и поводом заштите права на суђење у разумном року. Један од таквих органа је и Комитет за људска права који је у случају *Munoz Hermoza v. Peru* констатовао повреду правила из чл. 14. ст. 1. Међународног пакта. Муноз Хермоза се обратио Комитету за људска права представком број 203, 1986. године жалећи се на повреду права на суђење у разумном року јер је дуги низ година доказивао пред различитим управним и судским инстанцама да је неосновано суспендован са радног места полицајца. Доступно на: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session44/203-1986.htm>, 18. август 2016.

⁷ Устав Републике Србије – Устав РС, Службени гласник, бр. 98/2006.

⁸ Право на правично суђење према Уставу РС подразумева и да се свакоме 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. Такође, јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку, у складу са законом (Вид. чл. 32. ст. 1 и 2. Устава РС).

⁹ Recommendation Rec (2004) 6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies, adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dd18e, 16. август 2016.

правних средстава након донетих пресуда Европског суда за људска права које указују на недостатке у националним законодавствима и пракси, и обраћају нарочиту пажњу на постојање делотворних правних средстава када су прихватљиве тужбе у вези са претераном дужином судских поступака.¹⁰ Ова препорука је споменута и у Декларацији о обезбеђивању ефикасности у имплементацији Европске конвенције на националном и европском нивоу, којом се позивају државе чланице да брзо и ефикасно имплементирају препоруке у њој наведене.¹¹

Закон о парничном поступку Републике Србије¹² прописује право на суђење о разумном року. Одредбом из чл. 10. ст. 1. ЗПП прописано је да странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року. Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења, у складу са претходно одређеним временским оквиром за предузимање парничних радњи и са што мање трошкова.¹³

Историјски посматрано, изричито прописивање права на суђење у разумном року у парничном поступку тековина је Закона о парничном поступку Републике Србије из 2004. године.¹⁴ Доношењем овог закона је по први пут било прокламовано право на суђење у разумном року. Овим законом је по први пут законским одредбама у области парничне процедуре било прописано да странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року¹⁵ а да је суд дужан да поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова.¹⁶ Ово решење је тада

¹⁰ У Додатку овој препоруци садржане су и врло значајне препоруке државама чланицама које се односе на дужину поступка која је прихватљива, како спречити застој у поступку, на који начин убрзати поступак, који могу бити облици досуђења новчане надокнаде због претеране дужине судског поступка али и могући облици помоћи у стварању ефикасних правних лекова.

¹¹ Declaration of the Committee of Ministers on sustained action to ensure the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels, Adopted by the Committee of Ministers on 19 May 2006 at its 116th Session, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl-19.05.2006&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged>, 16. Август 2016.

¹² Закон о парничном поступку – ЗПП 2011, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014.

¹³ Чл. 10. ст. 2. ЗПП 2011.

¹⁴ Закон о парничном поступку – ЗПП 2004, Службени гласник РС, бр.125/2004, 111/2009.

¹⁵ Чл. 10. ст. 1. ЗПП 2004.

¹⁶ Дужност суда да поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова је дужност која је била прописана и ранијим законским решењима. Одредбом из чл. 10. Закона о парничном поступку СФРЈ из 1977. године, (Службени лист СФРЈ бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и

било резултат усклађивања са одредбама Европске конвенције али и Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама којом је било загарантовано право на делотворну правну заштиту и право на правично суђење.¹⁷

У ЗПП 2004 право на суђење у разумном року било је регулисано као правни стандард. То је последица чињенице да законодавац није могао да временски уоквири трајање сваке конкретне парнице јер велики број елемената и фактора утиче на трајање саме парнице.¹⁸ Све су парнице међусобно различите и није било могуће прописивањем временски одређеног рока одредити и трајање саме парнице. Међутим, како би се испоштовало право на суђење у разумном року, ЗПП 2004 је низом правила конкретизовао прописано правило о праву на суђење у разумном року.¹⁹

ЗПП 2011 тежећи да се што потпуније оствари начело о суђењу у разумном року, самим тим и начело ефикасности, предвиђа ново правило по коме је суд дужан, заједно са странкама, у свакој правној ствари планира парницу. Суд је дужан да у свакој парници утврди временски оквир за спровођење поступка. Странка је дужна да најкасније на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу ако припремно рочиште није држано, предложи временски оквир за спровођење поступка. Пошто је странка изнела све чињенице и предложила доказе и изјаснила се о наводима и понуђеним доказима противне странке, суд утврђује које су чињенице неспорне, односно општепознате и које су чињенице спорне и која би правна питања требало да се расправе.²⁰ Суд, на предлог странака, доноси решење којим одређује временски оквир за спровођење поступка.²¹ И другим законским

Службени лист СРЈ бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02.) било је прописано да је „суд дужан да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова и да онемогући сваку злоупотребу права која странкама припадају у поступку.“

¹⁷ Вид. чл. 9 и чл. 17. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама која је била саставни део Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора (Службени лист Србије и Црне Горе, бр. 1/2003).

¹⁸ Гордана Станковић, Невена Петрушић, Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, 29.

¹⁹ Станковић, Г., Петрушић, Н., *op. cit.*, 29; Гордана Станковић, Предговор за Закон о парничном поступку, ИП Јустинијан, Београд, 2004, 16 – 17.

²⁰ Чл. 308. ст. 1 и 2. ЗПП 2011.

²¹ Решење о одређивању временског оквира нарочито садржи: број рочишта, време одржавања рочишта, распоред извођења доказа на рочиштима и предузимања других процесних радњи, судске рокове као и укупно време трајања главне расправе (чл. 308. ст. 4. ЗПП 2011).

решењима ЗПП 2011 покушао је да допринесе убрзању и концентрацији поступка.²² Разумни рок се и даље посматра као правни стандард али се и истиче да се треба тумачити онако како то чини Европски суд за људска права – применом критеријума које је развио у пракси ради конкретизације овог правног стандарда.²³

3. Иако прокламовано и регулисано великим бројем међународних и националних правних докумената, право на суђење у разумном року врло често је тешко оствариво у поступку пред националним судовима. Различитим законским мерама извршени су покушаји да се допринесе његовом што успешнијем остваривању али је упркос томе, трајање судских поступака и даље велики проблем националног правосуђа. У прилог томе иде и чињеница да се велики број странака обраћа Европском суду за људска права и тужи Републику Србију управо због повреде права на суђење у разумном року.

Питање заштите права на суђење у разумном року у Републици Србији решавано је на различите начине. Најпре, увођење уставне жалбе одредбама Устава РС било је један од начина, један од механизма за заштиту права на суђење у разумном року. Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.²⁴

Правила о уставној жалби садржана су и у Закону о Уставном суду.²⁵ Изворна верзија ЗУС из 2007. године садржавала је правило да се уставна жалба може изјавити против појединачног акта или радње државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту (чл. 82. ст. 1). Надаље, било је прописано да се уставна жалба може изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе

²² Вид. детаљно: Гордана Станковић, Закон о парничном поступку, Објашњења, тумачење и стварни регистар, Службени гласник, 2014, 19 – 21.

²³ Вид. Невена Петрушић, Драгољуб Симоновић, Коментар закона о парничном поступку, Службени гласник, Београд, 2011, 35 - 36. Критеријуми могу бити: понашање подносиоца представке у току поступка, делатност и активности суда у току поступка, тежина и сложеност предмета, итд.

²⁴ Чл. 170. Устава РС.

²⁵ Закон о Уставном суду – ЗУС, Службени гласник РС, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, 103/2015, 40/2015.

повређено право на суђење у разумном року (чл. 82. ст. 2). На тај начин је био наглашен значај права на суђење у разумном року.²⁶ Из наведених правила се може закључити да су постојале процесне претпоставке за изјављивање уставне жалбе и то: да се уставна жалба може изјавити против појединачног акта или радње државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење; да је појединачним актима или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом; и да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту. Питање исцрпљености правих средстава није се постављало када је предмет уставне жалбе била повреда права на суђење у разумном року.

Уставну жалбу је могло да подигне свако лице које је сматрало да му је појединачним актом или радњом државног органа било повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом. На основу писменог овлашћења тог лица, уставну жалбу је могла да подигне и друго физичко лице, односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода (83. ст. 2). Рок за изјављивање жалбе је био 30 дана од дана достављања појединачног акта, односно од дана предузимања радње којом се повређује или ускраћује људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом. ЗУС је детаљно прописивао и правила у погледу садржине уставне жалбе, о обустављању поступка по уставној жалби, о одлукама Уставног суда у поступку по уставној жалби, и захтеву за накнаду штете упућеном Комисији за накнаду штете, ради постизања споразума о висини накнаде.²⁷

Уставна жалба као правни лек за заштиту права на суђење у разумном року није дала очекиване резултате. Најпре се у литератури истиче да уставноправна заштита права на суђење у разумном року није била потпуна јер је уставни суд у поступку по уставној жалби могао само да утврди да се ради о повреди овог права.²⁸ Аргументација за овакав став налази се у чињеници да уставни суд уствари није имао могућност да суду наложи да убрза поступак. Такође, Уставни суд није имао ни могућност да о предмету одмах одлучи нити досуди накнаду због повреде права на суђење у разумном року. Тачније, усвајање уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року било је правни основ за подношење захтева за накнаду штете или отклањање других штетних последица пред

²⁶ Ова одредба ЗУС је престала да важи 1. јануара 2016. године када је ступио на снагу Закон о заштити права на суђење у разумном року, Службени гласник РС, 40/2015.

²⁷ Чл. 85 – 90. ЗУС.

²⁸ Станковић, Г., Мандић, Љ., *op. cit.* 300.

надлежним органом, у складу са законом.²⁹ Тако је подносилац уставне жалбе могао да поднесе захтев за накнаду штете Комисији за накнаду штете, ради постизања споразума о висини накнаде. Према закону, ако захтев за накнаду штете не буде усвојен или по њему Комисија за накнаду штете не донесе одлуку у року од 30 дана од дана подношења захтева, подносилац уставне жалбе могао је код надлежног суда поднети тужбу за накнаду штете.³⁰

Каснијим изменама и допунама ЗУС измењена су правила у погледу садржине уставне жалбе и одлука Уставног суда у поступку по уставној жалби.³¹ Најпре је било прописано да је саставни део уставне жалбе и опредељен захтев о коме Уставни суд треба да одлучи, уз истицање висине и основа накнаде материјалне или нематеријалне штете, када се накнада захтева,³² а одредбом из чл. 33. ст. 2. ЗИД ЗУС било је прописано да ће Уставни суд одлуком којом се усваја уставна жалба одлучити и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете, када је такав захтев постављен. На тај начин је била отклоњена немогућност Уставног суда да одлучи и о досуђивању накнаде штете а самим тим су и елиминисане одредбе о Комисији за накнаду штете која се показала као неефикасан орган и елиминисане парнице које су биле непредвидљивог трајања у случају изостанка споразума пред Комисијом за накнаду штете.³³

Још једна критика на рачун уставне жалбе односила се на непостојање рока у коме би уставни суд одлучио о уставној жалби због повреде права на суђење у разумном року. Наиме, законским одредбама које су се односиле на уставну жалбу није прописан рок у коме Уставни суд треба да о њој одлучи.

Уставна жалба је била коришћено средство у заштити права људских и мањинских права и зајемчених слобода. У знатном броју случајева, одлукама о уставним жалбама је утврђена повреда права на суђење у разумном року.³⁴ Такође, Уставни суд је сходно својим

²⁹ Ово решење је критиковано и због тога што није био предвиђен рок у коме би надлежни орган предузео одређене радње поводом накнаде штете или отклањања других штетних последица (Вид. Царић, С., *op. cit.* 71). О уставној жалби и: Ружа Урошевић, „Поведа права на суђење у разумном року у управном поступку и управном спору“, Билтен Врховног касационог суда, бр. 3/2013, Београд, 221 – 223.

³⁰ Чл. 90. ст. 1 и 2. ЗУС.

³¹ Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду - ЗИД ЗУС, Службени гласник РС бр. 99/2011.

³² Чл. 32. ст. 1. ЗИД ЗУС.

³³ Вид. Царић, С., *op. cit.* 72.

³⁴ У 2013. години од укупно 2262 одлуке о усвајању уставних жалби, повреда права на суђење у разумном року утврђена је у 848 предмета, а у првој половини 2014.

овлашћењима досуђивао и новчане износе на име накнаде материјалне и нематеријалне штете. Међутим, дужина поступка по уставној жалби и немогућност да се уставном жалбом убрза поступак, довело је у питање делотворност овог правног лека. Иначе се констатује да основни смисао постојања делотворног правног средства у заштити права на суђење у разумном року јесте његова ефикасност у току самог поступка чија се дужина доводи у питање – механизам за убрзање поступка.³⁵

4. Ново решење у домену заштите права на суђење у разумном року донео је Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова.³⁶ Овим законом уведене су одредбе о заштити права на суђење у разумном року.³⁷ Законодавац је уствари креирао посебно правно средство за заштиту права на суђење у разумном року. Странка у судском поступку која је сматрала да јој је повређено право на суђење у разумном року, могла је непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року.³⁸ Дакле, радило се о посебном правном средству које је странка која је сматрала да јој је повређено право на суђење у разумном року могла да користи у поступку који тече. Надлежност суда зависила је од тога код ког суда у текућем поступку је извршена повреда права на суђење у разумном року. Самим захтевом је могла бити тражена и накнада за повреду права на суђење у разумном року.³⁹

Увођење посебног правног средства за заштиту права на суђење у разумном року није сасвим ново законско решење, већ се може рећи да представља резултат конкретизације ранијих законских решења. Тачније, ЗУС РС својим одредбама гарантује странкама право на притужбу. Према одредби из чл. 8. странка и други учесник у судском поступку имају право притужбе на рад суда кад сматрају да се поступак одуговлачи, да је неправилан или да постоји било какав недозвољен утицај на његов ток и

године у 454 одлуке од укупно 1500 донетих о усвајању уставне жалбе, утврђена је повреда права на суђење у разумном року (Тако: Царић, С., оп. цит. 74).

³⁵ Тако: Татјана Зороска - Камиловска, Процесни средства за заштита на равото на судење во разумен рок, 137, <https://www.scribd.com/document/193498915/Татјана-ЗОРОСКА-КАМИЛОВСКА-ПРОЦЕСНИ-СРЕДСТВА-ЗА-ЗАШТИТА-НА-ПРАВОВО-НА-СУДЕЊЕ-ВО-РАЗУМЕН-РОК>, 27. август 2016.

³⁶ Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова – ЗИД ЗУС РС, Службени гласник РС, бр. 101/2013.

³⁷ Чл. 2. ЗИД ЗУС РС.

³⁸ Чл. 8а. ст. 1. Закона о уређењу судова – ЗУС РС, Службени гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон и 13/2016.

³⁹ Ако се захтев односи на поступак који је у току пред Привредним апелационим судом, Прекршајним апелационим судом или Управним судом, о захтеву одлучује Врховни касациони суд (чл. 8а. ст. 3. ЗУС РС).

исход. С обзиром да је један од критеријума за притужбу одлуговлачење поступка, евидентно је да ће повреда права на суђење у разумном року бити предмет притужбе. Разматрање притужби је у домену судске управе и сам поступак по притужби је следећи: председник суда је дужан је да размотри притужбу странке или учесника у поступку, да је достави на изјашњење судији на кога се односи и да о њеној основаности и предузетим мерама обавести подносиоца притужбе, као и председника непосредно вишег суда, у року од 15 дана од дана пријема притужбе. Председник суда може да одбаци притужбу, у потпуности или у одређеном делу, ако утврди да подносилац злоупотребљава право на притужбу а он то чини ако притужба има увредљиву садржину или ако поднесе притужбу исте или сличне садржине о којој је претходно одлучено. Ако је притужба неразумљива, председник суда ће наложити подносиоцу да је уреди у року од осам дана од дана пријема налога, а ако подносилац то не учини, одбациће притужбу. Ако је притужба поднета преко министарства надлежног за правосуђе, непосредно вишег суда или Високог савета судства, о основаности притужбе и предузетим мерама обавештава се и орган преко којег је притужба поднета.⁴⁰

На поступак за заштиту права на суђење у разумном року и одређивање накнаде за повреду права на суђење у разумном року сходно су се примењивале одредбе закона којим се уређује ванпарнични поступак.⁴¹

Поступак за заштиту права на суђење у разумном року представљао је посебан ванпарнични поступак. Она странка која је сматрала да јој је повређено право на суђење у разумном року, могла је да покрене поступак за заштиту тог права. Право на покретање поступка за заштиту права на суђење у разумном року имала је странка из било ког поступка – прекршајног, управног, кривичног, грађанског. Од диспозиције странке зависило је да ли ће поступак бити покренут или не.

Ванпарнични поступак је могао бити покренут предлогом. Иако законодавац говори о захтеву за заштиту права на суђење у разумном року, иницијална радња којом се покреће ванпарнични поступак је предлог. Предлог странке садржао је захтев за заштиту права на суђење у разумном року. Поред овог захтева, у предлогу је било могуће извршити кумулацију захтева, те део садржине предлога могао је бити и захтев за накнаду за повреду права на суђење у разумном року.

⁴⁰ Чл. 55. ЗУС РС. Вид. и: чл. 9, 9а – 9в, 10 и 10а Судског пословника, Службени гласник РС бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012,89/2013, 96/2015,104/2015, 113/2015, 39/2016,56/2016.

⁴¹ Чл. 8в. ЗУС РС.

Поред ових елемената садржине предлога, предлог којим је странка покретала овај посебан ванпарнични поступак садржавао је и неке друге елементе. Странка која је сматрала да јој је повређено право на суђење у разумном року је као предлагач била дужна да у предлогу означи пословни број судских списа из поступка у коме је до повреде права дошло, да означи стадијум у коме се поступак налази и да изнете тврдње о повреди права на суђење у разумном року и образложи.⁴² Такође, предлагач је у предлогу требао да затражи да непосредно виши суд одреди рок у коме треба окончати судски поступак који је у току и у коме је дошло до повреде права на суђење у разумном року.

Поступак је био конципиран као хитан, по пријему предлога непосредно виши суд је био дужан да прибави списе од суда код кога тече поступак и утврди чињенице које су од важности за оцену основаности захтева предлагача.⁴³ Суд који одлучује о предлогу је био дужан да утврди све чињенице у погледу сложености предмета али и чињенице у погледу процесног понашања странака. Тачније, да ли су странке својим процесним понашањем допринеле дужем трајању поступка. На основу утврђених чињеница, суд је оцењивао да ли је судећи суд предузео све мере како би се поступак спровео у разумном року али и да ли је сам предлагач утицао на дуго трајање поступка или његово одуговлачење.

Непосредно виши суд је одлучивао решењем, одлуком којом је одбијао или усвајао захтев за заштиту права на суђење у разумном року. Одлука непосредно вишег суда је могла бити вишеслојна. Најпре, уколико би непосредно виши суд утврдио да је захтев подносиоца основан, да је учињена повреда права на суђење у разумном року, тај суд је могао да одреди примерену накнаду за повреду права на суђење у разумном року.⁴⁴ Уколико би суд утврдио да је дошло до теже повреде права на суђење у разумном року, могао је одредити и накнаду због повреде права на суђење у разумном року, у разумном износу у складу са економским могућностима државе.⁴⁵ У том случају, суд је налагао Републици Србији да накнаду исплати из буџетских средстава и то у року од три месеца од дана подношења захтева предлагача за исплату. Тада је решење имало кондемнаторни карактер. Сматра се да суд није био дужан да одреди накнаду због повреде права на суђење у разумном року и то у случају да је

⁴² Станковић, Г., Мандић, Љ. – *op. cit.*, стр. 302.

⁴³ *Ibid.*, стр. 303.

⁴⁴ Накнада је исплаћивана из буџетских средстава Републике Србије одређених за рад судова у року од три месеца од дана подношења захтева странке за исплату.

⁴⁵ Станковић, Г., Мандић, Љ. – *op. cit.*, стр. 303.

закључио да је само утврђење повреде права на суђење у разумном року довољна сатисфакција за предлагача.⁴⁶

Надаље, непосредно виши суд је могао и да одреди рок у коме ће нижи суд окончати поступак у коме је учињена повреда права на суђење у разумном року.⁴⁷ Ово решење је изузетно значајно јер одлука непосредно вишег суда о повреди права на суђење у разумном року није имала само утврђујући карактер већ је садржала и налог нижем суду да у одређеном року оконча поступак у односу на који је утврђена повреда права на суђење у разумном року. Уколико би усвојио захтев за заштиту права на суђење у разумном року, суд је одређивао рок у коме је суд који води текући поступак био дужан да о предмету поступка одлучи.

Против решења о захтеву за заштиту права на суђење у разумном року могла је бити изјављена жалба Врховном касационом суду. Рок за изјављивање жалбе је износио 15 дана.

Поменута решења ЗУС РС нису била комплетна и у пракси је било постављено питање примене појединих законских решења. Зато је Врховни касациони суд усвојио правне ставове у вези са поступком за заштиту права на суђење у разумном року. Врховни касациони суд је заузео став: да је поступак за заштиту права на суђење у разумном року једностраначки; да странка може у поступку који тече истаћи два захтева – један се односи на убрзање поступка а други за примерену накнаду; у првом степену суди појединац а Врховни касациони суд суди у зборном саставу; одлука мора бити образложена; поступак је хитан и нема примене правила о застоју, прекиду, упућивању на парницу; такса се не плаћа ако се само захтева одређивање разумног рока за окончање предмета, а уколико се тражи и накнада нематеријалне штете такса се плаћа; итд.⁴⁸

5. Иако су усвојена решења ЗУС РС била боља од претходно предвиђених у заштити права на суђење у разумном року, упоредо са њиховом применом радило се и на доношењу посебног закона о заштити овог функционалног људског права. Тако је у Републици Србији 2015. године донет посебан Закон о заштити права на суђење у разумном року.⁴⁹

⁴⁶ Ibid, 304.

⁴⁷ Чл. 8б. ст. 1. ЗУС РС.

⁴⁸ Вид. Записник са трећег састанка Врховног касационог суда са судијама апелационих и виших судова, прекршајног апелационог, привредног апелационог и управног суда, доступно на: И на каснијим седницама Врховног касационог суда од 30. маја 2014, 02. јула 2014 и 15. септембра 2014. године усвајана су правна схватања у вези са заштитом права на суђење у разумном року. <http://www.vk.sud.rs/sr/y-zastiti-prava-na-sudjenje-u-razumnom-roku-1>, приступ: 27. август 2016.

⁴⁹ Закон о заштити права на суђење у разумном року – ЗЗПСРР, Службени гласник РС, бр. 40/2015.

Разлози за доношење овог закона били су вишеструки. Ефикасност и брзина поступка приоритет су сваког судског система јер предуги поступци имају шетне последице и по странке у поступку и саму државу. Тачније, одуговлачењем поступка успорава се остваривање зајемчених слобода и права странака, трошкови странака су већи а с друге стране, држава нема могућност да наплати трошкове судског поступка и има велике издатке на име накнаде штете по налозима пресуда Европског суда за људска права због кршења права на суђење у разумном року. Иако је у нашем законодавству право на суђење у разумном року уставно право и иако је било покушаја да се различитим правним средствима убрза поступак, у пракси је и даље актуелан проблем неефикасног суђења.⁵⁰ Значај доношења овог закона је велики: право на суђење у разумном року је добило статус законског права и обезбеђена је могућност његове судске заштите; сам закон предвиђа више правних средстава којима се само право штити (приговор ради убрзавања поступка, жалба, захтев за правично задовољење); сви учесници поступка су ослобођени плаћања судске таксе како би правна заштита овог права била доступна свим заинтересованим лицима. Оно што је, чини се, јако важно јесте то што Закон о заштити права на суђење у разумном року прописује мерила за оцену трајања суђења у разумном року. Сви аспекти решења ЗЗПСРР биће предмет наредног рада у оквиру истраживања на научно – истраживачком пројекту.

6. Као што је напред наведено, ефикасно пружање правне заштите представља приоритет сваког правосудног система. Свака странка у поступку има право да јој правна заштита буде пружена без одуговлачења, у разумном року. Право на суђење у разумном року је, међутим, врло често тешко оствариво у поступку пред националним судовима. Различитим законским мерама извршени су покушаји да се допринесе његовом што успешнијем остваривању. Нека од предвиђених правних средстава су била успешнија, нека нису била потпуно уређена, а нека су давала боље резултате од раније предвиђених. Упркос настојању законодавца да предвиђањем различитих инструмената за заштиту права на суђење у разумном року допринесе остваривању овог функционалног људског права, трајање судских поступака је и даље велики проблем националног правосуђа. Овој констатацији сведочи и велики број обраћања странака Европском суду за људска права, које туже Републику Србију управо због повреде права на суђење у разумном року. Озбиљан рад у овој области довео је до доношења Закона о заштити права на

⁵⁰ Закон о заштити права на суђење у разумном року, Јасмина Васовић, Предговор, Службени гласник, Београд, 2015, 7.

суђење у разумном року који је ступио на снагу 1. јануара 2016. године. Сва су очекивања да ће овај законски текст и правна средства предвиђена његовим одредбама имати више успеха у заштити права на суђење у разумном року.

ЛИТЕРАТУРА

Гордана Станковић, Закон о парничном поступку, Објашњења, тумачење и стварни регистар, Службени гласник, 2014;

Гордана Станковић, Љубица Мандић, Ванпарнично процесно право, Свен Ниш, Косовска Митровица, 2013;

Гордана Станковић, Невена Петрушић, Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005;

Гордана Станковић, Предговор за Закон о парничном поступку, ИП Јустинијан, Београд, 2004, 16 – 17;

Declaration of the Committee of Ministers on sustained action to ensure the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels, *Adopted by the Committee of Ministers on 19 May 2006 at its 116th Session*, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl-19.05.2006&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged>.

Закон о заштити права на суђење у разумном року, Службени гласник РС бр. 40/2015;

Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду, Службени гласник РС бр. 99/2011;

Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова, Службени гласник РС, бр. 101/2013;

Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014;

Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, бр.125/2004, 111/2009.

Закон о парничном поступку, Службени лист СФРЈ, бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 и 35/91 и Службени лист СРЈ бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02;

Закон о ратификацији Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/ 03, 5/05, 7/2005 - исправка и Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/2010;

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима Уједињених нација, Службени лист СФРЈ, бр. 7/71;

Закона о уређењу судова – ЗУС РС, Службени гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон и 13/2016.

Закон о Уставном суду, Службени гласник РС, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, 103/2015, 40/2015;

Записник са трећег састанка Врховног касационог суда са судијама апелационих и виших судова, прекршајног апелационог, привредног апелационог и управног суда, <http://www.vk.sud.rs/sr/y-заштити-права-на-суђење-у-разумном-року-1>;

Јасмина Васовић, Закон о заштити права на суђење у разумном року, Предговор, Службени гласник, Београд, 2015;

Munoz Hermoza v. Peru, представком број 203/1986, Комитет за људска права, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session44/203-1986.htm>.

Невена Петрушић, Драгољуб Симоновић, Коментар закона о парничном поступку, Службени гласник, Београд, 2011;

Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, Службени лист Србије и Црне Горе, бр. 1/2003;

Recommendation Rec (2004) 6 of of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies, adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dd18e;

Ружа Урошевић, „Повреда права на суђење у разумном року у управном поступку и управном спору“, Билтен Врховног касационог суда, бр. 3/2013, Београд, 221 – 223.

Славољуб Царић, Право на суђење у разумном року, Службени гласник, Београд, 2015;

Судски пословник, Службени гласник РС, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015, 39/2016, 56/2016;

Татјана Зороска Камиловска, Процесни средства за заштита на равото на судење во разумен рок, 137, <https://www.scribd.com/document/193498915/Татјана-ЗОРОСКА-КАМИЛОВСКА-ПРОЦЕСНИ-СРЕДСТВА-ЗА-ЗАШТИТА-НА-ПРАВТО-НА-СУДЕЊЕ-ВО-РАЗУМЕН-РОК>.

Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006.

Vladimir Boranijašević, Ph.D.
Associate Professor

ON PROTECTION OF THE RIGHT TO A TRIAL IN DUE TIME

Summary

The right to a trial in due time represents a functional human right which enables realization of the right to legal protection and the right to a fair trial. A party has a right for their rights and obligations to be discussed before the court and to be decided upon without delay, in the shortest possible period of time. Although regulated and guaranteed by a large number of international and national legal documents, the right to a trial in due time is very often hard to be realized in a procedure before national courts. It is duration of court procedures that continues to represent a huge problem of the national judiciary. In the paper the author notes the legal sources which regulate the right to a trial in due time and analyzes in detail the legal remedies for protection of the right to a trial in due time. A constitutional complaint has been processed in the paper, and a request for protection of the right to a trial in due time as a special legal remedy has been analyzed afterwards. It has been pointed to the specificities of the contentious procedure conducted on the request for protection of the right to a trial in due time. At the end of the paper, it has been pointed to the significance of bringing of the Law on Protection of the Right to a Trial in Due Time of the Republic of Serbia, decisions of which are going to be the subject of a detailed analysis in the following paper as a part of the project.

Key words: the right to a trial in due time, due time, a constitutional complaint, a request for protection of the right to a trial in due time.

Др Олга Јовић-Прлаиновић
Ванредни професор

ПРАВА ДЕТЕТА У СИСТЕМУ ЉУДСКИХ ПРАВА

Апстракт: *Права детета, почетком прошлог века, добијају контуре правне категорије о којој се расправља посебно и која је уређена целовито. Од тада датирају први институционални оквири за заштиту права детета, не само са становишта породице, друштва, државе већ и са становишта човечанства. Права детета као људска права у међународном праву имају наредбодавни карактер, призната су и заштићена на посебан начин, путем специјалних међународних докумената. Детету припадају разноврсна права чији је смисао да заштите дете у време одрастања и сазревања. Унапређење права детета је последица уверења да се на права детета примењују стандарди усвојени од стране међународне заједнице. У овом раду пажња је усмерена на универзални, регионални и национални систем заштите права детета.*

Кључне речи: *права детета, људска права, унапређење права детета.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Позитивно право као скуп правних норми које важе у одређеном тренутку регулисања друштвених односа дели се на објективно и субјективно право. Објективно право је скуп правила по којима се људи имају владати, створено од надлежног законодавца и подупрт ауторитетом државе и санкцијама услед кршења права које држава може наметати. Субјективна права почивају на норми објективног права која им та права даје и гарантује. Субјективна права стечена под условима које прописује правни поредак класификују се на различите начине, а заједничко им је да потичу од државе, од њеног уставотворца и законодавца, и зависе од њене воље.

Људска права, међутим, нису позитивноправног већ моралног порекла,¹ њихова природа није позитивистичка будући да имају дубље, етичке изворе, па их законодавац не може укинути по сопственом нахођењу. Људска права заснована су на претпоставци да човек, као

¹ Наведено према Michael Cranston, У чему се састоје људска права, Права човека: зборник докумената, Београд 1991, стр. 29-34.

аутономно и рационално биће, улази у државну заједницу с неким правима која му се не могу одузети: она припадају свим људима без обзира на порекло, пол, расу, вероисповест, или другу припадност. За разлику од позитивног права које настаје актом одређене друштвене снаге која доноси своје законе који су резултат друштвене конвенције, људска (природна) права произилазе из саме природе ствари, она постоје као објективни реалитет, са својом психолошком и моралном принудљивошћу.²

Људска права јесу политичка, остварују се у држави и у односу на државу: њима се држава ограничава или се од ње тражи конкретно деловање. То, даље, значи да државе имају обавезу да законски уреде област људских права, односно да се уздрже од кршења права и да створе услове за уживање људских права. За утврђивање основног каталога људских права нарочито су важни међународни документи као потврда сагласности о томе која су општа, универзална људска права.³

2. ЉУДСКА ПРАВА ДЕТЕТА

У области људских права детета основна дилема је у одговору на питање да ли људска бића могу да поседују различите степене права сходно сопственим специфичностима (права ембриона, фетуса, сасвим мале деце, менталних болесника, људи у коми или будућих генерација), односно шта чини специфичним права детета и колико је природа тих права иста или различита природи људских права.⁴ Међународно право људских права уважава културни плурализам, односно особености које произилазе из културних различитости и прихвата успостављање врховних вредности у виду правне норме.⁵

Свако људско биће има права која му се морају признати. Аналогно томе, питање је да ли дете треба да има права која имају одрасли или права детета треба ограничити на права која су примерена узрасту детета, тј. да ли детету признати посебна права поред оних која

² Вид. Слободан Перовић, *Право на слободу и природно право*, Правни живот, бр.7-8, Београд 2004, стр. 9. Емпиријско право је национално, док је трансцендентно право наднационално.

³ Вид. М. Cranston, *op.cit.*, стр. 29-34.

⁴ Вид. Morton Winston, *Understanding Human Rights*, у Winston M. (eds.) *The Philosophy of Human Rights*, Wadsworth Publishing Company, Belmont, 1988, стр. 6-7.

⁵ Вид. Невена Вучковић-Шаховић, *Права детета и међународно право*, Југословенски центар за права детета, Београд 2000, стр. 29-30.

имају одрасли.⁶ Приликом разматрања овог питања, принцип који мора бити узет у обзир односи се на чињеницу да је дете људско биће са сопственом вољом, ставовима и емоцијама, чије се жеље не смеју игнорисати или одбацити само зато што се ради о детету. Како је дете недовољно зрело, без искуства за разликовање вероватног од могућег, оно је, ипак, зависно од одраслих, па је зато целисходније обратити пажњу на обавезе које одрасли имају према детету, па тек онда говорити о правима детета. Теоријске расправе о еквивалентности права детета и одраслих своде се на став да је у комплексном односу дете-одрасли најважније усмерити дете на остваривање права у складу са дететовим развојним могућностима и његовим најбољим интересима.

2.1. Стварање, заштита и унапређење права детета у међународном праву

У међународном оквиру посматрано, државе учествују у процесу стварања, заштите и унапређења права детета закључивањем билатералних и мултилатералних уговора кроз активности међународних организација. Ратификовани међународни уговори су извори права који директно утичу на суштинске промене у односу према људима и њиховим правима. Као пуноправни субјекти међународног права државе и међународне организације учествују у процесу признавања људских права и права детета путем нормирања, заштите и унапређења тих права. Права детета штите се како уневерзалним међународним инструментима о људским правима, тако и посебним, који се баве само децом. Уневерзални документи усвајају се под окриљем глобалних међувладиних организација као што су Уједињене нације, потврђујући позицију већина држава, те кредибилитет и снагу усвојеном међународном инструменту.⁷

Из наведеног произлази да конвенције о људским правима које су донете под окриљем УН односе се и на права детета при чему неке од њих посвећују детету посебне одредбе, док друге, садрже одредбе које се тичу свих људи и самим тим се односе и на децу. Програм заштите људских права у оквиру Уједињених нација почео је усвајањем Уневерзалне декларације о људским правима 1948. године, која је формално необавезујућа, јер није међународни уговор и не подлеже ратификацији. Међутим, важност овог документа огледа се у томе да представља темељ за касније међународне уговоре о људским правима. Како су одредбе овог

⁶ Вид. Jonathan Herring, Family Law, Pearson Education Limited, England 2001, 2004, стр. 383.

⁷ Вид. Невена Вучковић-Шаховић, Невена Петрушић, Права детета, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2015, стр. 38.

документа усмерене на све мушкарце и жене, сматра се да су њима обухваћена и деца.⁸ Универзални систем заштите људских права, неколико година касније допуњен је са два међународна пакта о људским правима: Међународним пактом о грађанским и политичким правима и Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима.⁹ Тако, одредба чл. 24. Међународног пакта о грађанским и политичким правима прописује право детета на недискриминацију, право на име и упис у регистар рођених, као и право на држављанство, што је представљало значајан корак у стварању обавезујућих норми међународноправне заштите детета. Одредбама Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима признаје се право свих (људи) на највиши стандард менталног и физичког здравља који се може достићи, као и предузимање мера од стране држава ради смањења смртности приликом рођења и мера за обезбеђење здравог развоја детета.

У области међународног права детета највећи значај има Конвенција УН о правима детета усвојена 1989. године.¹⁰ Процес који је, хронолошки посматрано, претходио стварању међународног уговора о правима детета започет је усвајањем Декларације о правима детета 1959.

⁸ Вид. Universal Declaration on Human Rights, 1948, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/058.htm> (15.08.2016.).

Универзална декларација о људским правима усвојена је резолуцијом Генералне скупштине УН 217 А (III) од 10. децембра 1948. године..

⁹ Оба Пакта усвојена су резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А (XXI) 16. децембра 1966. године и заједно са Универзалном декларацијом о људским правима представљају корпус познат под називом Повеља о људским правима. СФРЈ је ратификовала Међународни пакт о грађанским и политичким правима законом од 30. јануара 1971. године (Службени лист СФРЈ, бр. 7/1971). Уз Пакт су усвојена и два протокола и то: Опциони протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима који је ступио на снагу 23. марта 1976. године и Други опциони протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима који је ступио на снагу 11. јула 1991. године. Савеза Република Југославија је оба протокола ратификовала 2001. године (Службени лист СРЈ- Међународни уговори, бр. 4/2001). Такође, СФРЈ је Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима ратификовала у јулу 1971. године (Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, бр. 7/71) чиме се између осталог, сходно одредбама члана 16, обавезала да надлежном телу УН подноси извештаје о предузетим мерама и постигнутим резултатима у обезбеђивању поштовања права признатих у Пакту. Октобра месеца 2000. године СРЈ је 12. марта 2001. године дала сукцесорску изјаву у УН-у која се односила и на поновно приступање Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима.

¹⁰ Генерална скупштина УН усвојила је Конвенцију о правима детета резолуцијом бр. А (44) 736, 20. новембра 1989. године на свом 44. заседању.

године.¹¹ Тенденција успостављања прецизних обавеза за државе чланице УН у погледу поштовања права детета иницирала је наставак процеса нормативног уобличавања права детета. На издвајање међународног права који се односи на права деце утицали су многобројни извештаји ауторитативних међународних институција који су предочавали распрострањену праксу дискриминације деце, угрожавања њиховог нормалног физичког и психичког развоја, и недовољну заштиту деце.

У погледу развоја и јачања међународног права у области права детета,¹⁴ и на међународном и на националном плану, Конвенција о правима детета поставља стандарде од пресудне важности за друштвени и правни положај детета. То је први међународни документ у области људских права који свеобухватно регулише основна људска права: грађанска, социјална, економска, културна и политичка, будући да су у до тада донетим конвенцијама о људским правима, грађанска и политичка права одвојена од економских, социјалних и културних.

Конвенција о правима детета је правни основ процеса усклађивања националних прописа који уређују доступност основних права детета и њихову заштиту, заједно са Факултативним протоколом о дечијој проституцији и порнографији и Факултативним протоколом о учешћу деце у оружаним сукобима.¹⁵ Унапређење заштите и остваривања права детета проширено је трећим Факултативним протоколом уз Конвенцију о правима детета о поступку по притужби, који је новијег датума,¹⁶ а пружа могућност детету да, на међународном нивоу, приступи правди кроз новоусвојени жалбени поступак. Појединац, група појединаца или њихови представници који тврде да су им права угрожена од стране државе чланице Конвенције могу поднети представку Комитету за права детета (независно међународно тело које надгледа спровођења Конвенције и

¹¹ Декларација о правима детета усвојена је 20. новембра 1959. године, резолуцијом Генералне скупштине бр. 1386 (XIV).

¹⁴ Вид. Н. Вучковић-Шаховић (2000), *op.cit.*, стр. 66.

¹⁵ Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, бр. 15/1990. Накнадно су ратификовани Факултативни протокол о учешћу деце у оружаним сукобима (The Optional Protocol on the involvement of children in armed conflicts) уз Конвенцију о правима детета и Факултативни протокол о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији (The Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography) уз Конвенцију о правима детета (Службени лист СРЈ-Међународни уговори, бр. 7/2000). Оба Протокола су усвојена 25. маја 2000. године резолуцијом Генералне скупштине УН (A/RES/54/263), а ступили су на снагу 18. јануара 2002. године.

¹⁶ Вид. Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, A/RES/66/138, усвојен 19. децембра 2011. године, ступио на снагу 14. априла 2014. године. <http://www.ohchr.org/> (20.09 2016.).

њених факултативних протокола), под условом да је држава прихватила поступак и да су у националној држави исцрпљени прави лекови (чл. 5 Протокола). Државе које су потписале протокол, међу њима и Република Србија, треба и да га ратификују како би биле обавезане одредбама садржаним у овом документу.

2.2. Европска димензија људских права детета

Познато је да се систем нормирања и унапређења људских права и права детета развија континуирано и на европском нивоу, и да регионалне организације закључују споразуме о људским правима организујући истовремено системе надзора над применом обавеза држава чланица. Јединствен систем заштите у области људских права формиран је при Савету Европе,¹⁷ усвајањем Европске конвенције о људским правима (1950),¹⁸ и кроз праксу Европског суда за људска права.¹⁹

У стварању заједничких стандарда поводом заштите људских права кроз примену Европске конвенције о људским правима и других конвенција Савета Европе, попут Конвенције о усвојењу деце (1967, ревидиране 2008. године), Конвенције о правном статусу деце рођене ван брака (1975), Конвенције о контактима с децом (2003) и препорука Комитета министара Савета Европе, те препорука Парламентарне скупштине СЕ (874 (1979) о Европској повељи о правима детета),²⁰ у области права детета, доприносе како резолуције, тако и декларације, повеље, препоруке, стратегије које државе чланице међународних организација уважавају без било каквих формално-правних обавеза да то чине, јер је реч о инструментима који не подлежу ратификацији и нису обавезујући. Они, по правилу, претходе међународним уговорима или представљају њихову допуну. Листа извора је дуга и не може се исцрпети овим набрајањем, већ се, напротив, непрекидно допуњује новим инструментима који имају јак морални и политички утицај на државе чланице. Стратешка активност СЕ у области унапређења и заштите права

¹⁷ Вид. Извод из судске праксе Европског суда за људска права, Сарајево 2001, стр. 19. Најзначајнија последица настанка СЕ била је усвајање Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенције о људским правима) 4. новембра 1950. године у Риму.

¹⁸ European Convention on Human Rights, *European Treaty Series - No. 5*, <http://www.echr.coe.int> (15.08.2016.).

¹⁹ Од 1. новембра 1998. године, Европска комисија за људска права, Комитет министара Савета Европе замењене су јединственим сталним Европским судом за људска права.

²⁰ Recommendation 874 (1979) on a European Charter on the Rights on the Child), <http://assembly.coe.int> (15.09.2016.).

детета операционализована је кроз Стратегију за права детета 2012-2015 („Монашка стратегија“) и од кључног је значаја за усмеравање и предузимање активности у домену људских права детета.²¹ У овом документу предвиђена су четири стратешка циља: промовисање услуга и система у области правосуђа, система социјалне и здравствене заштите; елиминисање свих облика насиља над децом укључујући сексуално насиље, трговину људима, телесно кажњавање и насиље у школама; гарантовање права деци са инвалидитетом, деци у притвору, деци у установама алтернативне неге, деци мигрантима и ромској деци; промовисање партиципације деце (приступ информацијама и право на изражавање мишљења у јавном и приватном животу). Њихово остваривање у земљама чланицама СЕ је упитно, с обзиром да је важност Стратегије истекла крајем прошле године, а такође, поставља се и питање напретка који је постигнут у примени Стратегије. Због кратке временске дистанце од истека рока њене примене остаје отворено питање утврђивања циљева на којима би требало утемељити активности СЕ у области права детета у наредном краткорочном, средњорочном или дугорочном периоду. Још једна моћна потитичка организација на територији Европе која доприноси поштовању људских права у светској политици јесте Европска унија. Наиме, ЕУ у сарадњи са СЕ одговора изазовима и претњама са којима се европски грађани сусрећу. У том циљу, почев од априла месеца 2014. године поменуте организације потписале су „Изјаву о намерама“ и поставиле оквир за сарадњу у области промоције људских права, демократије и владавине права, а на основу обавезујућих међународних конвенција Савета Европе, надзорних тела и програма помоћи.²² Већина европских земаља и држава чланица ЕУ промовише и штити права детета кроз посебно законодавство о правима детета (енглеско, ирско, бугарско, немачко, македонско, естонско, румунско, шведско, финско, норвешко, швајцарско, литванско, летонско, словачко, турско, холандско, кипарско право),²³ док у земљама у којима то није случај, област права детета регулисана је нижим правним актима и посебним законима који се тичу породице, социјалних права, образовања, здравствене заштите (белгијско, италијанско, мађарско, португалско,

²¹ Вид. Приказ Стратегије СЕ о правима детета за период 2012-2015, www.cpd.org.rs, стр. 2. (15.09. 2016.).

²² Канцеларија Савета Европе у Београду, Нови споразум о сарадњи између Европске комисије и СЕ о људским правима, <http://www.coe.org.rs> . (15. 09. 2016.).

²³ Европски центар за парламентарна истраживања и документацију (*European Centre for Parliamentary Research and Documentation: Request 1407 - Violence against children, by the National Assembly of the Republic of Serbia, Request 866 Bill on Youth (Children), by Slovak National Council*) .

француско, данско, словеначко, швајцарско, молдавско право) У појединим земљама је посебним законима основан заштитник за права детета (Ирска, Литванија, Хрватска, Пољска).²⁴

3. ПРАВА ДЕТЕТА У НАЦИОНАЛНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

У Републици Србији ратификовани међународни уговори примењују се непосредно, односно по својој правној снази, закони о потврђивању међународних уговора налазе се после Устава.²⁵ Ипак, непосредна примена међународних уговора трпи одређена ограничења, па је потребно усагласити постојеће законске текстове са потврђеним уговорима као и доношење нових закона. Тренутно стање у српском законодавству показује да је преко осамедесет закона релевантно у области права детета. Они су распоређени у следећим тематским целинама: деца у систему породичне заштите; деца ванпарничном, управном и извршном поступку; права детета у области наслеђивања; деца у систему кривичноправне заштите; деца у сукобу са законом; забрана дискриминације деце; деца у образовном систему; деца у систему здравствене заштите и јавног здравља; деца у систему социјалне заштите и сл.²⁶ Породични закон Републике Србије,²⁷ још увек, представља референтни оквир за примену стандарда и принципа о правима детета.²⁸ Овим законом посебно су прописана права детета, и то: право детета да зна своје порекло, право детета да живи са родитељима, право детета на личне односе (контакт), право детета на правилан и потпун развој, право детета на образовање, право детета на слободно изражавање мишљења и право детета да предузима правне послове.²⁹ Поред тога, за остваривање права детета од значаја су закони из области рада, социјалне и здравствене

²⁴ Вид. истраживање бр. з-0412 под насловом „закон о правима детета“, Библиотека Народне Скупштине РС за потребе рада народних посланика и Службе Народне Скупштине од 19.04.2012. године, www.parlament.gov.rs. (15. 09.2016.).

²⁵ Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/06.

²⁶ Вид. Милена Банић, Марија Петровић, Ивана Стевановић, Анализа законодавства Републике Србије из перспективе права детета, Центар за права детета, Београд 2011, стр. 6-9.

²⁷ Вид. Породични закон Републике Србије (у даљем тексту ПЗС), Службени гласник РС, бр. 18/05, бр. 72/2011 и 6/15-др. закон.

²⁸ Нацрт Закона о правима детета РС завршен је новембра месеца 2011. године, до данас, није усвојен, односно није у Парламенту иако је прошао две јавне расправе и процену Савета Европе, као ни Нацрт Закона о заштитнику права детета за који је 20.05.2015. године, упућена иницијатива Влади Републике Србије да буде донет након усвајања од стране Народне Скупштине.

²⁹ Вид. чл. 59-65. ПЗС.

заштите, информисања, јавних евиденција, закони у домену кривичног и грађанског правосуђа.³⁰

Предуслов за остваривање и заштиту права детета у свакој држави, дакле, представља добар законодавни оквир. Постоје прописи који су од непосредног или посредног значаја за права права детета, распоређени у законима којима су уређени поједине области друштвених односа. Међутим, у нашој земљи однос између нормативног и фактичког стања није задовољавајући. И поред мера која се предузимају за успостављање одговарајућег законског, институционалног и стратешког оквира који би био усклађен са међународним стандардима у области права детета, остваривање права детета у пракси прате одређени изазови. Ради унапређивања права детета, стратешким документима се усклађује и политика државе према деци. У том смислу, општа државна политика према деци садржана је у тексту Националног плана акције за децу (2004-2015. године),³¹ који утврђује приоритетне мере и активности за стварање што повољнијих услова за живот деце, њихово одрастање и укључивање у друштво. Имајући у виду обавезе државе које проистичу из Конвенције о правима детета, основни недостатак огледа се у томе што НПА не покрива све области права детета. Његова важност је истекла крајем прошле године, а Влада Републике Србије није учинила почетне кораке за формулисање и усвајање нове политике према деци, па сходно томе, активности усмерене на децу одвијају се према стратегијама за поједина питања, и то: Стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља, Стратегије превенције и заштите од дискриминације, Стратегије развоја образовања у Србији до 2020. године, Националне стратегије за младе (2015-2025.), које садрже циљеве непосредно применљиве на децу, док већина осталих стратегија (укупан број стратегија је преко шездесет) има само посредни утицај на живот деце.³³ Оно што на недвосмислен начин произилази из садржине стратешких докумената су главни правци развоја политике према деци, а односи се на: смањење сиромаштва деце и

³⁰ Вид. Н. Вучковић Шаховић, Н. Петрушић (2015), *op.cit.*, стр. 69.

³¹ НАП је стратешки документ Владе РС у коме је дефинисана општа политика државе према деци за период до 2015. године. Израдом НПА, Влада Срби испуњава своје међународне обавезе које проистичу из ратификоване Конвенције УН о правима детета и обавеза који проистичу из других докумената УН као што су Миленијумски циљеви развоја УН и Свет по мери деце. НПА у потпуности поштује четири основна конвенцијска принципа извиру сва права детета: 1. Недискриминација; 2. Најбољи интерес детета; 3. Право на живот, опстанак и развој; 4. Партиципација. <http://www.minrzs.gov.rs/>. (25. 09. 2016.).

³³ Вид. Други и трећи алтернативни периодични извештај о примени Конвенције о правима детета у Републици Србији (2008-2014), Милена Голић Ружић (ур.), Центар за права детета, Београд 2015, стр. 10-11.

заштиту деце од последица економске кризе; квалитетно образовање, без дискриминације и инклузија ромске деце у образовање; боље здравље за сву децу, унапређење положаја и права деце ометене у развоју; заштита права деце без родитељског старања; заштита деце од експлоатације, насиља, злостављања и занемаривања; заштита деце од трговине људским бићима; побољшање здравствене и социјалне заштите деце; јачање капацитета државе за решавање проблема везаних за права детета и повећање буџетских средстава за децу.³⁴

4. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Успостављање националних механизма заштите права детета је, заправо, основни циљ међународноправне заштите права детета, с обзиром да мимо правних односа у националној држави права детета немају вредносну димензију. Познато је да права детету припадају самим рођењем и морају бити призната у областима његових људских, индивидуалних, колективних, грађанских, политичких, економских, социјалних и културних интереса, у складу са развојним могућностима детета. Основна питања која се постављају увек када је у средишту пажње дете јесу: шта су уопште права детета, каква је природа тих права и шта је њихова садржина. Суштински, права детета нису другачија од људских права, њити је њихов основ различит. Само су различита поједина, специфична права, различита је посебна врста заштите. Посебан однос према уређењу права детета условљен је чињеницом да су деца субјетки права, а да изјавама своје воље не могу стицати права и обавезе до одређеног узраста, због непостојања интелектуалне зрелости и одсуства животног искуства.

Упркос томе што су права детета призната у међународном праву, и што је њихово остваривање у националној држави гарантовано ратификацијом међународних уговора, остваривање права детета незамисливо је без сталног процеса унапређења права. Држава има обавезу да поштује, штити и унапређује права детета. Процес унапређивања права детета подразумева непрестане активности усмерене на ширење идеје о правима детета, укључујући све системе друштва. То значи да у области права детета државе морају да предузимају одређене мере кроз национална тела за заштиту права детета, омбудсмана за права детета, да се изврши специјализација судства, унапреде мрежа социјалних установа, креира посебна политика у области права детета, унапреди образовање, информишу деца о својим правима и др.

³⁴ Вид. Н. Вучковић Шаховић, Н. Петрушић (2015), *op.cit.*, стр. 74.

ЛИТЕРАТУРА

Други и трећи алтернативни периодични извештај о примени Конвенције о правима детета у Републици Србији (2008-2014), М. Голић Ружић (ур.), Центар за права детета, Београд 2015.

Европски центар за парламентарна истраживања и документацију (*European Centre for Parliamentary Research and Documentation: Request 1407 - Violence against children, by the National Assembly of the Republic of Serbia, Request 866 Bill on Youth (Children), by Slovak National Council*).

Истраживање бр. 3-0412 „Закон о правима детета“, Библиотека Народне Скупштине РС за потребе рада народних посланика и Службе Народне Скупштине од 19.04.2012. године, www.parlament.gov.rs. (15. 09. 2016.)

Канцеларија Савета Европе у Београду, Нови споразум о сарадњи између Европске комисије и СЕ о људским правима, <http://www.coe.org.rs> (15. 09. 2016.)

М. Cranston, У чему се састоје људска права, Права човека: зборник докумената, Београд 1991.

С. Перовић, Право на слободу и природно право, Правни живот, бр.7-8, Београд 2004.

М. Winston, Understanding Human Rights, у Winston M. (eds.) *The Philosophy of Human Rights*, Wadsworth Publishing Company, Belmont, 1988.

М. Банић, М. Петровић, И. Стевановић, Анализа законодавства Републике Србије из перспективе права детета, Центар за права детета, Београд 2011.

Н. Вучковић-Шаховић, Права детета и међународно право, Југословенски центар за права детета, Београд 2000.

J. Herring, *Family Law*, Pearson Education Limited, England 2001,2004.

Н. Вучковић-Шаховић, Н. Петрушић, Права детета, Правни факултет, Ниш 2015.

Universal Declaration on Human Rights, 1948, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/058.htm> (15.08.2016.)

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Службени лист СФРЈ, бр. 7/1971.

Опциони протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима; Други опциони протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Службени лист СРЈ- Међународни уговори, бр. 4/2001.

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, бр. 7/71.

Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, бр. 15/1990.

Факултативни протокол о учешћу деце у оружаним сукобима (The Optional Protocol on the involvement of children in armed conflicts) уз Конвенцију о правима детета

Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији (The Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography) уз Конвенцију о правима детета, Службени лист СРЈ-Међународни уговори, бр. 7/2000.

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, A/RES/66/138, усвојен 19. децембра 2011. године, ступио на снагу 14. априла 2014. године. <http://www.ohchr.org/> (20. 09. 2016).

Извод из судске праксе Европског суда за људска права, Сарајево 2001.

European Convention on Human Rights, *European Treaty Series - No. 5*, <http://www.echr.coe.int> (15.08.2016.)

Recommendation 874 (1979) on a European Charter on the Rights on the Child, <http://assembly.coe.int> (15.09.2016.)

Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/06.

Породични закон Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 18/05, бр. 72/2011 и 6/15-др. закон.

Olga Jović - Prlainović, Ph.D.
Associate Professor

CHILD'S RIGHTS IN THE SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

Summary

A child belonging to a variety of rights whose purpose is to protect the child at the time of growing up and maturing. Improving the rights of the child is due to the belief that the rights of the child must apply the standards adopted by the international community. In this paper, attention is focused on the universal, regional and national system of protection of child's rights. The current status of the Serbian legislation shows that over eighty of law relevant to the field of child rights. They are arranged in the following topics: children in the system of family protection; children extra-judicial, administrative and enforcement proceedings; child's rights in the field of inheritance; children in the system of criminal protection; children in conflict with the law; prohibition of discrimination against children; children in the education system; children in the health care and public health; children in the system of social protection.

The establishment of national mechanisms for the protection of children's rights, in fact, the main objective of international legal protection of the rights of the child, given that past legal relations in the national state of child's rights have evaluative dimension. It is known that the rights of the child belong by birth and must be recognized in the areas of its human, individual, collective, civic, political, economic, social and cultural interests, in line with the evolving capacities of the child. The main issues raised whenever the child at the center of attention are: what are the rights of the child in general, what is the nature of these rights and what is their content. Essentially, children's rights are not different from human rights, unhealthy their different basis. Only the different individual, specific rights, different, special kind of protection.

Key words: child rights, human rights, the promotion of child's rights.

Др Јелена Беловић
Доцент

ОПШТА КЛАУЗУЛА ОДСТУПАЊА-ИЗРАЗ НАЧЕЛА ПРАВИЧНОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Апстракт: *По први пут се у српском праву, по узору на швајцарску кодификацију међународног приватног права, у коначној верзији Нацрта српског Закона о међународном приватном праву и поступку среће општа клаузула одступања као општа установа међународног приватног права. За очекивати је да ће у практичној примени ове установе, долазити до различитих тумачења с обзиром на чињеницу да ће ова установа представља новину за судску праксу. С тога је за правилно разумевање овог института битно дати упоредноправни приказ и са академског аспекта указати на његове битне карактеристике.*

Општа клаузула одступања израз је примене начела правичности на терену међународног приватног права. Веома често се дешавало да строге и непосредне тачке везивања не одговарају околностима конкретног случаја. С тога је клаузула одступања виђена као излаз за ситуације у којима „чврста“ колизиона правила не дају адекватно решење, остављајући слободној судијској процени простора за дискреционо одлучивање.

Кључне речи: *клаузула изузетка, генерална клаузула одступања, начело правичности, начело правне сигурности, Нацрт Закона о међународном приватном праву и поступку.*

1. УВОД

Норме које врше избор меродавног права, колизионе норме, по својој структури се битно разликују од осталих правних норми. Колизионе норме на посредан начин регулишу приватноправне односе са елементом иностраности, упућујући на правни оквир у чијем склопу ће се спорни правни однос или правно питање решавати, за разлику од осталих правних норми које, по правилу, одређују обавезно правило понашања. Принцип правне сигурности намеће примену јасних и прецизних колизионих правила, што у крајњој линији даје предност „чврстим“, „непосредно везујућим“ тачкама везивања. Међутим, живот је, не тако ретко, инвентивнији од правне норме, па се поставља питање: шта чинити уколико колизиона норма не одговара конкретним околностима случаја, односно шта чинити уколико принцип правичности намеће неко другачије решење правног проблема?

Др Јелена Беловић, доцент

Борба између ова два принципа у праву, стара је колико и само право. Основна идеја је да се и у колизионој техници, као техници иманентној међународноприватноправној дисциплини, пронађе формула која ће означавати другачији однос начела правне сигурности и начела правичности; формула која не представља опцију-начело правне сигурности или начело правичности, већ кумулацију, односно начело правне сигурности и начело правичности. Правна норма, као норма временски и просторне општости некада може занемарити разлику која постоји између два случаја на које се има применити.¹ Чврсто постављена правна правила, у нарочито динамичним сферама друштвеног живота, сасвим сигурно, не доводе до адекватног решавања свих случајева на које се она односи. Не без изузетка и у праву, основне парадигме у решавању одређених проблема, врло често представљају и ствар традиције. Тако у законодавству, континенталну правну традицију карактерише априористички приступ, који свој полазни основ налази у правној сигурности. Насупрот томе, англосаксонској правној традицији иманентан је постериористички приступ који своје извориште има у начелу правичности. Али, иако је реч о различитим приступима у решавању сукоба закона чији су класични облици обележје једног ранијег периода, од друге половине XX века евидентан је и њихов међусобни утицај. Тако у колизионој сфери, англосаксонски приступ утиче на традиционални континентални у правцу флексибилизације, односно „омекшавања“ правила, испољавајући се у више модалитета: било у виду правила са алтернативним тачкама везивања, или правила са ослоном на оквирне тачке везивања или коришћењем клаузуле изузетка као механизма флексибилизације.

2. КЛАУЗУЛЕ ИЗУЗЕТКА

Корекција правних норми, односно резултата до којег она води није резервисана само за дисциплину међународног приватног права. Правни систем као целина јесте надградња друштвене стварности, и сасвим је разумљиво да између ове две равни може доћи до неслагања. Уколико су правна правила ригидна крајњи резултат у неслагању између резултата до кога води правна норма и друштвене стварности може бити далеко већи, што значи да између карактера правне норме и потребе за корекцијом постоји однос директне пропорционалности. Моћно средство корекције на терену међународног приватног права јесте принцип

¹ Слободан Перовић, Закон о облигационим односима-ЗОО са регистром појмова, „Сл.лист СРЈ“, Београд, 1998, 13.

најближе везе. Један од могућих модела флексибилизације заснован на принципу најближе везе, јесте и могућност корекције колизионих норми који се остварује у форми такозваних клаузула изузетака.

У Генералном извештају са конгреса Атине одржаног 1994. године, клаузула изузетка дефинише се као: „правило које је производ законодавног консензуса или консензуса јуриспруденције, а чији је смисао да додели судији овлашћење (дискреционо) у циљу корекције једног или већег броја правила у области сукоба закона“.² Можда је још концизнија дефиниција клаузуле изузетка у америчком извештају посвећеном клаузулама изузетка, у коме се она дефинише као „ауторизована дозвола за одступање од правила или прилагођавање правила околностима случаја“.³

У литератури не постоји јединствена терминологија за означавање овог корективног средства, па се тако срећу називи: *клаузула изузетка*⁴, *клаузула одступања*⁵, *избегавајућа клаузула*⁶, *искључујућа клаузула*⁷, *омекшавајућа или корективна клаузула*⁸.

² Symeon C. Symeonides, Codification and Flexibility in Private International Law, *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer Science+Bussines Media, 2011, 3-4.

³ Symeon C. Symeonides, Exception Clauses in Conflict Laws-United States, Congress: *XIVth International Congress of Comparative Law*, International Academy of Comparative Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, 79.

⁴ Тибор Варади *et al.*, Међународно приватно право, „Сл. Гласник“, 9. издање, Београд, 2007. 395., Бернадет Бордаш, „Колизионе норме за брак и породицу: Да ли је време за измене?“, Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву, Ниш, 2004, 177.

⁵ Маја Костић, Генерална клаузула одступања од редовно меродавног права, докторска дисертација, Београд, 2001, 2, Един Муминовић, Проблем најтешње повезаности у међународном приватном праву, докторска дисертација, Сарајево, 1991,3, Маја Станивуковић, Мирко Живковић, Међународно приватно право-општи део, Београд, 2004, 298., Мирко Живковић, „Опште установе међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља“-Преглед двадесет година касније и *de lege ferenda*, Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву, Ниш, 2004, 29; Милан Пак, Међународно приватно право, Номос, Београд, 1995, 245., Срђан Стојановић, „Генерална клаузула одступања-излаз из кризе међународног приватног права“, Правни живот бр.1/1982, 71.

⁶ Krešimir Sajko, *Međunarodno privatno право*, 4. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2005,156.

⁷ Rajko Knez, „Značaj nekadašnjih rešavanja sukoba zakona za primenu Zakona o međunarodnom privatnom pravu u Sloveniji“, Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву, Ниш, 2004,84.

Ни страну литературу, такође, не карактерише термилошко јединство, па се тако срећу називи: *escape clause*, *exception clause*, *evasion clause*, *Ausweichklausel*, *Ausnahmeklausel*, *clause éshappatoire*, *clause d'exemption*.

У зависности од ширине захвата, клаузула изузетка може бити постављена као генерална (општа) или специјална (посебна) клаузула изузетка. По правима држава у којима судови примењују колизиона правила по службеној дужности, као на пример у Србији, Хрватској, Немачкој, Аустрији и Турској, на исти начин треба примењивати клаузуле изузетка, будући да су и оне део колизионоправне методе у решавању приватноправних односа са елементом иностраности.

Општа клаузула одступања (термин за који се због доследности опредељујем) примењује се на целокупно колизионоправно упућивање у инструменту у коме је постављена, док се посебне клаузуле изузетка односе на уже категорије везивања. Ове клаузуле изузетка постоје како у унутрашњим, тако и у међународним изворима међународног приватног права.

3. ОПШТА КЛАУЗУЛА ОДСТУПАЊА

Како је реч о општој установи међународног приватног права, за увођење опште клаузуле одступања у национална права потребно је постићи консензус уже и шире стручне јавности. Разлог томе је што је домашај ове клаузуле знатно шири него када су у питању посебне клаузуле изузетка.

Општа клаузула одступања на специфичан начин моделира међународно приватно право, дајући му једну сасвим нову димензију. Она *отвара* право ка стварности, што нужно захтева и адекватне компетенције судских органа који примењују право на конкретне случајеве. За континенталну правну традицију, ненавикнуту на овакав угао посматрања ствари, општа клаузула одступања је осамдесетих година представљала новину. Сада можемо констатовати да је она заправо тренд у савременим кодификацијама међународног приватног права.

За означавање појама опште клаузуле одступања у литератури и законодавству срећемо различите термине, па се тако срећу следећи називи: генерална клаузула изузетка, генерална клаузула одступања, клаузула генералне резерве, клаузула корекције, резерва изузетка, општа омекшавајућа клаузула...итд. Ова клаузула се у англо-саксонској

⁸ Vilim Bouček, „Opšte odredbe stvarnog statuta-prinos Tezama za Nacrt novog hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol.52, br.1/2003,39.

литератури среће и под називом *general evasion clause*, а у немачкој *Aufweichklausel (softening clause)*.

3.1. Општа клаузула одступања као правни институт

Општу клаузулу одступања као општу установу у националним законима у области међународног приватног права познају: швајцарски Савезни закон о међународном приватном праву из 1987.године⁹, словеначки закон из 1999. године¹⁰, белгијски закон из 2004. године¹¹, као и македонски закон из 2007. године.¹²

Ван европског континента ову клаузулу познаје и кодификовано међународно приватно право Квебека из 1991.године¹³, као и Законик о међународном приватном праву Републике Кореје из 2001. године.¹⁴

Потребно је напоменути да је и Нацртом новог ЗМПП-а у Републици Србији предложено усвајање овог правног института.¹⁵ Одредба чл.39 Нацрта која носи назив *Општа клаузула одступања* гласи:

„1. Право меродавно на основу одредаба овог Закона изузетно се не примењује ако је на основу свих околности случаја очигледно да однос има веома слабу везу са државом чије је право меродавно, а има веома блиску везу са другом државом.

2. Ако су испуњени услови из става 1 овог члана, примењује се право државе са којом је однос у веома блиској вези.

3. Одредба става 1 се не примењује уколико је извршен избор меродавног права у складу са овим Законом.“

⁹ Loi Fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, 1988 BB I 5, „Вид.“ чл.15.

¹⁰ Закон о mednarodnem zasebnem pravu in postopku, „Ur.list RS“, no. 56/1999, „Вид.“ чл.3.

¹¹ Code de droit international privé, „Moniteur Belge“, 27 Juillet, 2004, „Вид.“ чл. 19.

¹² Закон о међународном приватном праву, *Сл. Весник на Р. Македонија*, бр.87/2 од 12.7.2007, „Вид.“ чл.3..

¹³ Чл. 3082, Грађанског закона Квебека који је усвојен 1991, а ступио на снагу 1994. Овај Закон садржи колизионе норме у X књизи (чланови од 3076-3168).

¹⁴ Чл.8, ст.1, корејског закона из 2001. године. Ова одредба у енглеском преводу гласи: *“If the governing law designated by this Act is only slightly connected, and the law of another country is most closely connected with the legal relationship, the law of the other country shall apply”*.

¹⁵ 15. јула 2014. године објављена је коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, www.mpravde.gov.rs.

Стиче се утисак да је радна група имала намеру да прати тренд својствен *ex-уи* републикама, које су се приликом реформе, за нас још увек важећег ЗРСЗ-а, определиле за увођење опште клаузуле одступања као општег института. За сада је јавна расправа протекла без икаквих коментара у погледу предложеног члана, што заиста чуди, обзиром да се овај институт по први пут уводи у наше право.¹⁶

И приликом реформе немачког међународног приватног права 1986. године, постојали су предлози за увођење опште клаузуле одступања у немачко право. Међу бројним коментаторима, свакако су најзначајнији предлози Крузера (Kreuzera) и заједнички предлог Нојхауса и Крофолера (Neuhaus-Krophollera).¹⁷ Међутим, оба предлога нису била успешна и нису постала саставни део реформисаног немачког ЗМПП-а. Најјачи аргумент против ових предлога био је да они представљају озбиљну претњу по правну сигурност.¹⁸

Историјски посматрано, интересовање за појам опште клаузуле одступања везано је за рад на кодификацији швајцарског међународног приватног права.¹⁹ Резултат дискусије на јавној расправи након публикавања Нацрта закона, израђеног од стране Швајцарског удружења

¹⁶ Јавна расправа поводом Нацрта новог ЗМПП-а, 22.11.2011. (CD-ROM).

¹⁷ Према предлогу Kreuzera одступање од генерално апстрактних правила требало би дозволити уколико ова правила воде до неприхватљивог (*unacceptable*) резултата. Он идентификује пет ситуација у којима правила воде до неприхватљивог резултата: прва ситуација везана је за случајеве у којима спор показује ближу везу са неким другим правом; друга ситуација постоји када генерално апстрактна правила воде до правила која су неподношљиво контрадикторна са другим правилима која у конкретном случају такође треба применити; трећа ситуација постоји када треба заштитити оправдана очекивања странака; четврта, када би примена генерално апстрактних правила имала за резултат отежани приступ правди, и пета ситуација везује се за случајеве у којима треба применити право суда из разлога што би примена неког другог права проузроковала екстремни утрошак времена и новца. Предлог Neuhaus-Krophollera је за разлику од предходног укључивао и клаузулу јавног поретка, са ослоном на тврдњу да од генерално апстрактних правила треба одступити онда када се њима крше императивна правила немачког права и заштићена права странака. Schnabel K., “Exception Clauses in Conflicts Law and International Law Procedure-Germany”, 48.

¹⁸ *Ibid.*, 49.

¹⁹ Треба напоменути да је појам клаузуле изузетка, у швајцарском законодавству, био познат и раније, у додатку швајцарског Законика из 1976. године, у одредби која је регулисала односе родитеља и деце. Суд је у складу са том одредбом могао применити другачије право од оног на које указује колизиона норма, уколико се утврди да постоји ближа веза спорног правног односа са правом неке друге државе.....Nederlmann K., “Choice of Law Resolved by Rules or Presumptions with an Escape Clause“, American Journal of Comparative Law, 33, 1985, 297.

за међународно приватно право 1978. године, био је и више него очекиван: два опречна мишљења, односно две потпуно супротне струје, по већ ко зна који пут су се сукобиле. Док су се представници англосаксонских правних поредака залагали за правичност у конкретном случају путем судског права, дотле су представници европског континенталног права заступали мишљење да правна сигурност мора бити у првом плану, и да се стога генерално-апстрактних правила ни у ком случају не би смело одрећи. Но, као већ по обичају, швајцарци су се и овде осведочили мајсторима за компромисна решења. Они су одлучили да целокупну материју свеобухватно и детаљно регулишу путем прецизних и конкретних решења за сваку унапред предвидиву хипотетичку ситуацију. Са друге стране, пак, није испуштена из вида околност да законодавац, ма колико свестан и видовит био, никако не може унапред да предвиди све хипотетичке ситуације, а још мање могући развитак са свим новим проблемима на овом пољу права. Постављени задатак састојао се у знацима изналажења једног сигурносног вентила који би у одређеним ситуацијама омогућио целисходнија решења.²⁰ На тај начин, у област међународног приватног права уведен је један релативно нови институт у виду генералне клаузуле изузетка (*clause generale d' expection*).

Члан 15. швајцарског Савезног закона о међународном приватном праву у коме је садржана одредба о општој клаузули одступања, а који је послужио као узор и другим националним кодификацијама из области међународног приватног права које ову клаузулу познају, гласи:

„(1) Право одређено овим Законом се изузетно неће применити уколико је, с обзиром на све околности случаја, очигледно да спор има само врло слабу везу са тим правом, и да се налази у много ближем односу са неким другим правом.

(2) Ова одредба се не примењује у случају страначког избора права.“

Битна карактеристика швајцарског решења јесте да упутство за примену опште клаузуле одступања, не узима у обзир процену интереса (интереса странака или државног интереса), за примену једног или другог права, већ се искључиво ослања на принцип најближе везе. Корективну функцију принципа најближе везе, у швајцарском Савезном закону, проф. Лагард (*Lagarde*) поистовећује са корективном функцијом принципа проксимитета (*le principe de proximité*) и закључује да је њихова улога истоветна

По угледу на швајцарског законодавца, и словеначки се определио за решење којим у чл.2 усваја генералну клаузулу изузетка.²¹ То је највећа

²⁰ Стојановић С., *op. cit.*, 72.

²¹ „Вид.“ чл.2 словеначког ЗМППП-а. Формулација наведеног члана, готово да је истоветна одредби садржаној у члану 15. швајцарског Савезног закона. И у овом

новина Закона, којом се преноси на судије, арбитра, као и раднике у управи (Центри за социјални рад) велики терет одлучивања о дерогацији самог ЗМППП-а. У закон је унесена тзв. *искључујућа клаузула*, која омогућава дерогацију априорног везивања под одређеним условима.²² У самом Закону је назначено да се примена генералне клаузуле односи искључиво на материју сукоба закона. Сматрано је да се оптирањем за генералну клаузулу изузетка не угрожава правна сигурност, из разлога што је реч о институту који се уско примењује, с обзиром да је његова примена резервисана само за атипичне случајеве.²³

Швајцарско решење послужило је и као инспирација белгијског Закона о међународном приватном праву из 2004. године. Већ је у самом Нацрту²⁴, на предлог професора Ригоа (*Rigaux*) и Хекеа (*Hecke*), остављен је простор за флексибилност у сваком појединачном случају.

Општа клаузула одступања садржана је у одредби чл. 19 белгијског Закона. У ставу 1, истиче се „*да се меродавно право одређује у складу са колизионим нормама Закона.....изузетно, неће се применити, уколико је из околности случаја очигледно да спор са тим правом има само незнатне везе, као и да је блиско повезан са неким другим правом.....У том случају меродавно право ће бити одређено у складу са принципом проксимитета.*“

У циљу очувања правне сигурности, у ставу 3 искључује се примена клаузуле изузетка „*када странке, у складу са одредбама закона бирају меродавно право.*“

случају, за примену клаузуле тражи се испуњење два услова: а) *негативног*, да је с обзиром на све околности случаја очигледно да однос са правом на које упућује колизиона норма нема значајније везе, и б) *позитивног*, да постоји, у суштини, тешња веза са неким другим правом.

²² Knez R., *op.cit.*, str. 84.

²³ Као пример атипичног случаја (уз констатацију да се искључујућа клаузула у чл.30, ст.2, који се односи на деликтни статут понавља) наводи се: уколико се приликом скијања у Аустрији повреди два туриста-словеначки држављани (а не држављани различитих држава), реч је о атипичној ситуацији, обзиром да околности случаја указују да постоји ближа веза са правом њихове заједничке припадности (*lex patriae*), а слаба веза са правом државе на коју указује *lex loci delicti commissi*.....Ibid.

²⁴ Рад на Нацрту започео је 1995. године од стране групе професора међународног приватног права..... Grauw J., „Brief description of the Draft Belgian Code of Private International Law“, *Yearbook of Private International Law*, vol. 4., 2002, 145.

Он је поднесен белгијском Сенату на разматрање 1., јула, 2002. године. Након његовог разматрања у Конгресу и пристиглих коментара, текст је поновно предат Сенату 7. јула 2003. године. Усвајање овог Закона обележио је веома компликован поступак одлучивања, с обзиром да је захтевао консензус свих релевантних субјеката.

Приликом увођења клаузуле изузетка у белгијско право, стручна јавност имала је подељено мишљење. У групи којој припада и проф. Nuyssens, постављало се питање: није ли члан 19. исувише арбитраран, и не дозвољава ли судији да одлуку заснује на својој личној перцепцији правичности, угрожавајући на тај начин предвидљивост и правну сигурност? Међутим, овај аргумент поједини заговорници идеје опште клаузуле одступања сматрали су неоправданим јер у ставу 2., чл.19 стоји: *„да се при избору меродавног закона посебно води рачуна о предвидљивости страног закона који се примењује, као и околности да је однос о коме се ради регуларно настао по одредбама међународног приватног права државе са којом показује да је у вези.“* Проф. van Houtte, сматрао је да примена чл.19 може значити опасност по предвидљивост и правну сигурност, али да то првенствено зависи од понашања судија у ситуацијама када ће одлуке доносити са ослоном на овај члан.

Истичући значај једне овакве клаузуле, проф. Fallon је налазио да нема места за бригу, обзиром да су одредбом формулисана и правна упутства, које судија мора да следи приликом коришћења свог дискреционог права. Поред чињенице да је у ст.3, чл.19, искључена примена клаузуле одступања онда када је меродавно право одређено у складу са правоваљаним страначким споразумом, веома је важно да законодавац искључује њену примену и у случајевима када је меродавно право одређено *„на бази садржине правног питања“*, што заправо значи да је механизам опште клаузуле одступања практично неупотребљив када је реч о колизионим нормама са материјалноправном оријентацијом.

Македонски закон о међународном приватном праву из 2007. године, је увођењем опште клаузуле одступања, једнако као и словенчки Закон из 1999. године, начинио крупан искорак у односу на ранији савезни ЗРСЗ²⁵. У чл.3 садржана је генерална клаузула изузетка. Са ослоном на став 1 овог члана, меродавно право на које упућују колизионе норме македонског ЗМПП-а неће се применити, *„уколико је из околности случаја очигледно да не постоји значајна веза са тим правом, а да постоји значајна веза са правом неке друге државе“*. У ставу 2 овог члана, искључена је примена клаузуле изузетка у ситуацијама када постоји страначки избор права.²⁶

²⁵ Поред чињенице да се опредељује за општу клаузулу одступања, новина је и то што овај закон садржи низ правила о сукобу закона којим се штити слабија страна у правном односу, а која у потпуности одговарају савременим решењима, с обзиром да су донета по узору на европске прописе у области међународног приватног права.

²⁶ Тони Дескоски ., *The New Macedonian Private International Law Act*, Yearbook of Private International Law, 2009, 443.

Како би добили што прегледнију слику опште клаузуле одступања као правног института наводимо још и један пример ван европског континента. Канада представља сложено грађанскоправно подручје у коме је највећи део провинција базиран на *common law* правној традицији, док је Квебек, због снажних веза са Француском, свој правни систем изграђивао на принципима *civil law sistema*. Међутим, и у самом Квебеку се може наћи пуно правних института типичних за *common law* земље.²⁷ Наиме, канадска држава Квебек (Quebec) већ вековима одолева утицају претежног прецедентног права северноамеричких држава и своје право усклађује са правима европских земаља континентално-правне традиције. У том светлу је и извршена реформа Грађанског закона из 1866. године, са циљем да се уношењем нових концепата осавремени квебешко право и створи кодификација за XXI век, па су као страни узор у поступку формулисања правила међународног приватног права послужили швајцарски Савезни закон из 1987. године, Конвенција Европске Заједнице о праву меродавном за уговорне обавезе из 1980. године, као и низ конвенција донетих у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право.²⁸ С обзиром да је швајцарски Савезни закон послужио као узор, сасвим је јасно што се квебешки законодавац определио у прилог генералне клаузуле.²⁹

Право Квебека није познавало клаузулу изузетка све до 1994. године, када је донет нови Грађански законик. Особеност квебешког закона је у томе што је то једина кодификација колизионих норми која паралелно садржи две генералне клаузуле изузетка. Једне резервисане за област сукоба закона, у чл.3082, и још једне прописане чл. 3135 која се примењује у области сукоба јурисдикција. Наиме, у чл. 3135³⁰ усвојена је теорија *forum non conveniens*, која даје се дискреционо право суду, да на захтев странке, уступи надлежност ауторитету друге државе, уколико процени да је спор ближе повезан са том другом државом.

Специфична је и аргументација која је дата у прилог опште клаузуле у области сукоба закона. Сматрано је да ће овај институт

²⁷ Милена Петровић, Ограничење међународне судске надлежности: одабрана питања, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2009,51.

²⁸ Костић М., *op.cit.*, стр. 14.

²⁹ Чл. 3082 Закона гласи: „Изузетно, право одређено овом Књигом се неће применити, уколико је у светлу релевантних околности случаја јасно да ситуација има само незнатну везу са тим правом, и да је у знатно ближој вези са правом неке друге државе. Ова одредба се не примењује када је меродавно право одређено у неком правном послу.“

³⁰ Према чл. 3135 Законика „чак и када је суд Квебека надлежан за решавање спора, он може изузетно и на захтев странке да одбије надлежност, уколико сматра да су судови друге државе у бољем положају за његово решавање.“

служити као замена за низ општих међународноприватноправних института које овај Закон не предвиђа: изигравање закона, *renvoi* и предходно питање.

4. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ОПШТЕ КЛАУЗУЛЕ ОДСТУПАЊА ИЛИ УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Основне карактеристике генералне клаузуле изузетка јесу: 1. општост, 2. строга упутства за ангажовање њеног механизма, што има за последицу 3. рестриктивност њене примене, и 4. дискреција примењивача.

4.1. Општост

Сам назив овог правног института говори о његовом својству. Ово његово својство има за последицу и специфичан положај (место) које ова клаузула у једној кодификацији заузима. Реч је о општој установи, па је самим тим логично да се одредба којом је општа клаузула изузетка прописана налази у уводном делу кодификације, најчешће у делу који носи назив основне, односно опште одредбе. По својој природи ова одредба је несамостална, па је за њено дејство потребна допуна путем неке самосталне колизионе норме, која се по правилу налази у посебном делу кодификације. Као несамостална колизиона норма она изражава позитиван став законодавца о могућности корекције тачака везивања садржаних у посебном делу закона, препуштајући примењивачу коначну оцену о меродавном праву. У том контексту, колизионе норме из посебног дела кодификације могу се посматрати као обориве претпоставке, за које коначну оцену о њиховој потврди даје суд у сваком конкретном случају.

4.2. Претпоставке за примену

У свим правима која познају општу клаузулу одступања као правни институт, готово без изузетка, постављене су јасне претпоставке, односно упутства за њену примену. Реч је о две претпоставке; једне негативне и друге позитивне. За одлучивање са ослоном на клаузулу захтева се да обе претпоставке буду кумулативно испуњене. С тога се и поступак одлучивања са ослоном на клаузулу изузетка састоји из две фазе. У првој фази, судија или други орган примене, дужан је да консултује колизиону норму која даје обориву претпоставку да најближа веза постоји у тачки везивања која је предвиђена самом нормом. Ова обавеза је неспорна нарочито у оним правима у којима колизионе норме имају императиван карактер. Уколико се „на основу свих околности случаја“ покаже да између спорног правног односа и права на које указује

колизиона норма (нпр. право државе X) постоји само незнатна или слаба веза, иде се ка утврђивању постојања негативне претпоставке. За потврђивање ове претпоставке тражи се већи степен извесности, тј. није довољно утврдити да је интензитет везе слаб, већ је потребно констатовати и њен атрибут. Тражи се да постојање слабе везе буде *очигледно* или *јасно*. Утврђивање ових атрибута јесте поступак скалирања извесности, у овом случају интензитета везе, а њиховим констатовањем испуњава се негативна претпоставка. Након што је спроведена прва фаза која резултира потврђивањем негативне претпоставке, судија је дужан спроведе другу фазу у потрази за меродавним правом. Ова фаза подразумева идентификовање *знатно* или *очигледно* ближе везе са другим правом, узимањем у обзир свих релевантних околности појединачног случаја. На тај начин коначна одлука о меродавности права препушта се примењивачу.

4. 3. Изузетност примене

У свим националним законима о међународном приватном праву који прописују општу клаузулу одступања, наглашава се изузетност њене примене. Као и савки други изузетак од правила и ову клаузулу треба уско тумачити. Оправданости правила *exemptiones non sun extendendae* о уском тумачењу изузетка се заснива на законима логике у строгом смислу. Основ овог правила у ствари чине извесне поставке о систему права и о његовој друштвеној улози. Замишља се да идеалан систем права не би требало да има изузетака или, ако их мора имати, да би требало да их има што мање. Позивање на клаузулу изузетка оправдано је само у атипичним случајевима, а диктирано је потребом за постизањем правичних решења у сваком конкретном случају. У том смислу, она служи као једна врста „сигурносног вентила“. Примена колизионог правила намењеног неодређеном броју типичних случајева, на атипичан случај, може довести до неправичног резултата, па стога се са ослоном на генералну клаузулу изузетка омогућава корекција неадекватног решења. Зато се и институт корекције колизионих норми везује за нередовне околности.³¹

О изузетности примене говори и поступак упоредне евалуације претпоставки који треба спровести како би се ангажовао механизам одступања од унапред постављеног колизионог решења.

³¹ Владимир Чоловић, „Одступања од редовне примене колизионих норми („корекције“ колизионих норми)-потреба за другачијим ставом“, Страни Правни живот, бр., 2009, 47.

4.4. Дискреција примењивача

Differentia specifica клаузуле изузетка је лична процена примењивача да ли ће дато ауторизовано овлашћење и искористити. Процена објективних околности је нужан предуслов, али је ипак коначна одлука о примени опште клаузуле одступања ствар субјективне процене примењивача да ли ће одступити од колизионе норме или не. Примена захтева од судије да испитује и процењује различите факторе везане за конкретни спор. С обзиром да углавном нема чврстих правила о томе ком фактору треба дати коју снагу у потрази за најближом везом, на судији је и његовом уверењу да одреди значај сваког од њих у сваком конкретном случају.

Активирањем механизма клаузуле изузетка орган примене поступа *in modo legislatoris*, стављајући по страни постојећу колизиону норму и креирајући нову. Но, ово не представља редовну појаву у међународном приватном праву у оним системима где је уведена генерална клаузула изузетка. Примењивач има дискрецију да одступи од постојеће колизионе норме, али је она строго контролисана претпоставкама које се морају испунити, као и императивношћу колизионих правила.

Императивност колизионих правила је заправо предуслов за њихову корекцију, зато што корекција логички и временски следи тек након оцене да је колизиона норма неадекватна околностима случаја *in casu*.

Еволуција права познаје бројне напоре да се ублажи статичност правне норме. Међутим, искуство је показало да превелика доза правичности дата онима који примењују право, може довести и до неправичнијих решења него када се право стриктно примењује. Ако би се судији дозволила могућност да се сувише удаљи од законског текста поступајући по свом осећању правичности, могли би се лако наћи на путу правне несигурности, па и произвољности.³²

ЛИТЕРАТУРА

Бордаш Бернадет, „Колизионе норме за брак и породицу: Да ли је време за измене?“ Зборник радова: Двадесет година Закона о међународном приватном праву, Ниш, 2004.

³² Перовић С., Скица за један портрет, класици југословенског права-Михајло Константиновић, Београд, 1996, 13.

Bouček Vilim, „Opšte odredbe stvarnog statuta-prinos Tezama za Nacrt novog hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol.52, br.1/2003.

Варади Тибор *et al.*, Међународно приватно право, „Сл. Гласник“, 9. издање, Београд, 2007.

Дескоски Тони, „The New Macedonian Private International Law Act“, Yearbook of Private International Law, 2009.

Живковић Мирко, „Опште установе међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља“-Преглед двадесет година касније и *de lege ferenda*, Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву, Ниш, 2004.

Костић Маја, Генерална клаузула одступања од редовно меродавног права, докторска дисертација, Београд, 2001.

Муминовић Един, Проблем најтешње повезаности у међународном приватном праву, докторска дисертација, Сарајево, 1991.

Пак Милан, Међународно приватно право, Номос, Београд, 1995.

Петровић Милена, Ограничење међународне судске надлежности: одабрана питања, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.

Перовић Слободан, Скица за један портрет, класици југословенског права-Михајло Константиновић, Београд, 1996.

Перовић Слободан, Закон о облигационим односима-ЗОО са регистром појмова, „Сл.лист СРЈ“, Београд, 1998.

Сајко Креšимир, Међународно приватно право, 4. изданје, Народне новине, Загреб, 2005.

Станивуковић Маја, Живковић Мирко, Међународно приватно право-општи део, Београд, 2004.

Стојановић Срђан, „Генерална клаузула одступања-излаз из кризе међународног приватног права“, Правни живот бр.1/1982.

Symeonides Symeon C., Exeption Clauses in Conflict Laws-Unites States, Congress: *XIVth International Congress of Comparative Law*, International Academy of Comparative Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.

Symeonides Symeon C., Codification and Flexibility in Private International Law, *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer Science+Bussines Media, 2011.

Чоловић Владимир, „Одступања од редовне примене колизионих норми („корекције“ колизионих норми)-потреба за другачијим ставом“, Страни Правни живот, 2009.

Jelena Belović, Ph. D.
Assistant Professor

GENERAL EXCEPTION CLAUSE-THE PRINCIPLE OF EQUITY EXPRESSION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

For the first time the Draft of Serbian Private International Law and Procedure from 2014, modeled on the Swiss Codification of Private International Law, in its final version proscribes general exception clause as a general institution of private international law. It is expected that practical application of this institution would arise different interpretations due to the fact that this institution is a novelty for our jurisprudence. Therefore, for a proper understanding of this institute the comparative and academic analyze would be of the great importance.

General exception clause is expression of the principle of equity in the Private International Law field. Very often, the strict collision rules do not correspond to the circumstances of the case. Therefore, the general exception clause was seen as a path to the adequate decision, leaving a free space for judicial assessment of the case.

Key words: exception clause, general exception clause, the principle of equity, the principle of legal certainty, Serbian PIL Draft Code.

Др Душан Новаковић
Доцент

ЗАЈЕДНИЧКА ИМОВИНА ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА (неке специфичне карактеристике)

Апстракт : *Предмет разматрања у овом раду су имовински односи ванбрачних партнера у оквиру законског режима њихове заједничке имовине. Опредељење за истраживање имовинских односа везаних за ванбрачну заједницу може се објаснити занимљивошћу саме теме, која је актуелна и корисна у свакодневном животу. Имовински односи настали у овој заједници могу се посматрати са различитих аспеката: економског, правног, социолошког, итд. Предмет истраживања овог рада односи се на правни аспект имовинских односа. С обзиром на ту чињеницу, метод који у првом реду долази у обзир за такво истраживање је правни метод, који је коришћен у анализи законских норми којима је регулисана заједничка имовина ванбрачних партнера.*

*Разматрани су само неки правни односи у оквиру заједничке имовине ванбрачних партнера, јер је очигледно немогуће да се у овој материји размотре сви правни односи. У раду смо обрадили следеће теме: појам, настанак и правне карактеристике заједничке имовине ванбрачних партнера. Испитујући позитивно право које регулише заједничку имовину ванбрачних партнера (*de lege lata*), бавили смо се и будућим правом (*de lege ferenda*). Поред позитивно правних норми предмет излагања су и схватања правне науке о заједничкој имовини ванбрачних партнера.*

Кључне речи: *појам, настанак и правне карактеристике заједничке имовине.*

1.УВОД

Породични закон¹ чију структуру чини дванаест целина, у свом осмом делу прописује имовинске односе ванбрачних партнера.

Поменути закон предвиђа два брачна (ванбрачна) имовинска режима: законски, када су имовински односи регулисани законом и уговорни, када сами супружници (ванбрачни партнери) својим споразумом могу уређивати имовинске односе. У одсуству уговора о регулисању имовинских односа, примењује се законски имовински режим

¹ Породични закон – ПЗ, Службени гласник РС, бр.18/05, 72/11 и 6/15.

са правилима о посебној и заједничкој имовини, чему ће бити посвећена пажња у тексту који следи.

Један од елемената заједничке имовине је својина. Право својине је првобитно изучавано као право које има појединац, и које се врши искључиво индивидуално. Међутим то не значи да се ово право не може имати и вршити колективно. Право својине могу имати и вршити више лица. То указује да право својине може постојати и у другим облицима за које је карактеристичан већи број субјеката, као нпр. код супружника (ванбрачних партнера), где постоје два титулара, имаоца права својине (жена и мушкарац), због чега се њихов имовинскоправни однос може назвати заједничка својина (имовина) супружника (ванбрачних партнера).

У нашем праву постоји неколико облика заједничке својине. Законом нису одређени облици заједничке својине, као ни њена садржина. Они имају за објекат скуп ствари и права, па се често називају и заједничком имовином. Један од облика заједничке својине, који је типичан у породичном праву, је заједничка својина (имовина) супружника (ванбрачних партнера).

Сходно теми овог рада треба напоменути да “ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под условима одређеним овим законом”². Да би била правно призната и да би се могао применити исти имовинскоправни режим на односе ванбрачних партнера као и на имовинске односе супружника, ванбрачна заједница мора испунити одређене законске услове у погледу постојања заједнице живота (жене и мушкараца), трајања заједнице живота и непостојања брачних сметњи.³

У делу који следи анализираћемо имовинске односе ванбрачне заједнице која ужива породичноправну заштиту и користити термин заједничка својина (имовина) супружника (ванбрачних партнера).

Заједничка својина (имовина) није јединствен институт са истом садржином. Није регулисана у једном закону, па су облици заједничке својине уређени различитим законима. Право заједничке својине постоји “у случајевима и под условима одређеним законом”.⁴ Најчешћи облик заједничке својине (имовине) јавља се у породичном праву, и представља заједничку својину (имовину) супружника (ванбрачних партнера),⁵ те заједничку имовину чланова породичне заједнице, тј. “имовину коју су

² чл.4. ст.2. ПЗ.

³ чл.4. ст. 1. ПЗ.

⁴ чл. 18. ст. 1. Закона о основама својинскоправних односа-ЗОСПО, Службени лист СФРЈ, бр. 6/80, 36/90, Службени лист СРЈ, бр. 29/96 и Службени гласник РС, бр. 115/2005 - др. закон

⁵ Чл.191. ст.1. у вези чл.171.- 185. ПЗ.

заједно са супружницима односно ванбрачним партнерима стекли радом чланови њихове породице у току трајања заједнице живота у породичној заједници“⁶. Али заједничка својина (имовина) постоји у извесним ситуацијама и у наследном праву (наследничка заједница),⁷ где постоји личноправна веза између наследника.

Такође, заједничка својина (имовина) постоји и код заједничке недељиве својине (имовине) на заједничким деловима зграде и уређајима у згради, на коју имају право власници посебних делова зграде,⁸ као и код суседског права: заједничка ограда, зид, дрво, преградни зидови на међи и сл. по нашим предратним правним правилима.⁹

Чињеница, да је заједничка својина (имовина) посебна имовинскоправна категорија и превасходно породичноправни институт, може се констатовати да иста представља институт грађанског и породичног права, те наследног (не и за ванбрачне партнере, јер између њих нема законског наслеђивања) и стварног права. Употреба термина “заједничка имовина” у имовинској регулативи супружника (ванбрачних партнера), наглашава се имовинско заједништво, које се испољава кроз неодређеност (неопредељеност) њихових удела у заједничкој имовини све до момента деобе, када титулари заједничке имовине остварују право на своје уделе.¹⁰

Ванбрачна заједница која ужива породичноправну заштиту, изједначена је са брачном заједницом. Закон је одредио да се “на

⁶ Чл. 195. ст. 1. ПЗ

⁷ Заједничка својина (имовина) постоји када имовина оставиоца има више наследника, и наследство постаје њихова заједничка својина (имовина), од тренутка смрти оставиоца до доношења решења о наслеђивању, тј. до деобе заоставштине, када наследници постају сувласници или искључиви власници заоставштине. „ Вид “ чл. 229-230. Закона о наслеђивању- ЗОН Службени гласник РС бр.46/95.101/03 – УС И 6/15. Више о томе, Оливер Антић, Наследно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2004. 338

⁸ Чл. 19. ст. 2. ЗОСПО

⁹ Вид “Српски грађански законик, Општи имовински законик за Црну Гору , Обрен Станковић, Миодраг Орлић, Стварно право, Хомос, Београд, 2001, 172.

¹⁰ Етимолошки посматрано код заједничке имовине ради се о појму који је деривирао из појма “ заједничке својине” (нем. Gesamteigentum) односно института “ заједничке руке” (нем. Gesamte hand) .Опширније” Вид”. Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, Брачно и породично имовинско право, Савремена администрација, Београд, 1985, 36-46. О заједничкој својини / имовини” Вид” . О. Станковић, М. Орлић, оп.цит. 161-173. Зоран Рашовић, Стварно право, Службени лист СЦГ, Београд, 2005,243-264. Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, Стварно право, Свен, Ниш, 2006,221-224.

имовинске односе ванбрачних партнера сходно примењују одредбе овог закона о имовинским односима супружника”.¹¹

И Устав Србије садржи начело о уређењу ванбрачне заједнице, у делу који се односи на људска права и слободе, којим се предвиђа да се “ванбрачна заједница изједначава са браком, у складу са законом.”¹² Породични закон изричито предвиђа да се на имовинске односе супружника и ванбрачних партнера, који нису уређени тим законом ”примењују одредбе закона којим се уређују својинскоправни односи и закона којим се уређују облигациони односи”.¹³ Ови односи су имовинскоправне природе и за њих важи режим имовинског права, стварног и облигационог.

Посебна законска одредба о овим односима налази се у Закону о облигационим односима, где се предвиђа да ће се одредбе овог закона примењивати, осим на облигационоправне уговоре, и на друге уговоре и правне послове, нпр.(брачне уговоре) осим ако није изричито друкчије одређено.¹⁴

Остала имовинска питања између ванбрачних партнера нису изричито у закону регулисана.

Када говори о имовини ванбрачних партнера закон помиње само заједничку имовину, посебну имовину и не помиње, за разлику од заједничке имовине супружника, где законодавац дефинише посебну имовину супружника.

У пракси могу настати и ванбрачне заједнице које не уживају породичноправну заштиту и на њихове имовинске односе не могу се применити одредбе које важе за имовинске односе супружника. То је случај када два лица, живе и понашају се као супружници, али не могу да се венчају услед постојања брачних сметњи.

Спорови везани за ове заједнице који произилазе из имовинских односа, решавају се такође према правилима имовинског права.¹⁵ Сматрамо да се код ових заједница може применити и Упутство Савезног врховног суда Су. 42/54, од 4. III 1954. године,¹⁶ по коме ванбрачни

¹¹ Чл.191. ст. 2.ПЗ. “ Вид”. чл.168-190. ПЗ. (Имовински односи супружника).

¹² Чл.62. ст. 5 Устава Републике Србије, Службени гласник, бр.98/2006.

¹³ Чл.196. ПЗ.

¹⁴ Чл. 25. Закона о облигационим односима - ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр.29/78,39/85, 45/89- одлука УСЈ и 57/89, Службени лист СРЈ, бр.31/93 и Службени лист СЦГ, бр. 1/2003- Уставна повеља . „ Вид „ чл. 188. ст.1.ПЗ. Оливер Антић, Облигационо право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009. 30. и 43.

¹⁵ Марија Драшкић, Породично право и права детета, Чигоја, Београд, 2005. 416. Г. Ковачек Станић, оп. цит. 188.

¹⁶ Правни живот, бр.12/54.

партнер има право заштите својих стварних права (својине и др.), и одређених облигационих права (право на накнаду вредности свог удела у заједнички стеченим стварима, право на накнаду за уложен рад у ванбрачној заједници и сл) као сваки други грађанин.

2. ПОЈАМ ЗАЈЕДНИЧКЕ ИМОВИНЕ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

Према теоријском становишту, имовина је скуп свих субјективних имовинских права која припадају једном лицу (физичком или правном), којим нису обухваћене имовинске обавезе. Појам имовине обухвата апсолутна и релативна права. То значи да предмет имовинских права чине сва стварна и облигациона права (која гласе на ствар или новац), интелектуална имовинска права (ауторска права и права индустријске својине) и права личности која су имовинског карактера и могу се новчано изразити.

Од наведених права “право својине у садржини имовине је најочигледније право које се огледа у праву држања, коришћења и располагања са стварима, те спада у најважније стварно право”.¹⁷

Право својине, као и остала стварна права, представљају основу имовине. “Без својине нема имовине, нема промета, зајма, залогe закупа итд.”¹⁸.

Право својине је зајамчено Уставом Републике Србије.¹⁹

“Имовина је важна у економском смислу, јер изражава укупан економски потенцијал субјекта.”²⁰ За појам имовине најважнији је “економски интерес” лица које је поседује и који је видљив приликом њеног преноса.

Имовину треба разликовати од права својине. Право својине је једно субјективно грађанско право. “Право својине у садржини имовине је право које се огледа у праву држања, коришћења и располагања са стварима”.²¹

Имовина представља шири појам од права својине, јер осим права својине обухвата и остала имовинска права која припадају једном лицу. Међутим, појам имовине се често поистовећује са појмом својине, јер се

¹⁷ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, Увод у грађанско право, Пунта, Ниш, 2008. 210

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Чл.86. Устава Републике Србије.

²⁰ Обрен Станковић. Владимир Водинелић, Увод у грађанско право, Хомос, Београд, 1996, 154.

²¹ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, (2008), 210.

реч “имовина” узима као хомоним за разне појмове,²² како у теорији тако и у пракси.

Заједничка имовина је скуп стварних права са неодређеним уделима и облигационих права чији је износ потраживања неутврђен. Заједничка имовина припада заједничарима, и сваки заједничар има у заједничкој ствари свој удео, чија величина није одређена, али је одредива.²³

Како је најважније стварно право које улази у заједничку имовину право заједничке својине, то се на правне карактеристике заједничке имовине примењују правни принципи који се односе на заједничку својину. Има места упоређивању ова два института јер се у вези са заједничком имовином у судској пракси појављују спорови који за предмет имају својину на стварима (покретним и непокретним), те се у суштини може говорити о овој имовини као о заједничкој својини.

По дефиницији “заједничка својина је својина више лица на неподељеној ствари када су њихови удели одредиви али нису унапред одређени”.²⁴ Заједничка својина се простире на ствар у целини. Оваква заједничка својина обично се назива “неподељена својина” јер њихови удели нису одређени ни идеално ни реално, па се њима не може располагати док траје режим заједничке својине. Код заједничке својине, право својине није подељено, оно припада свим носиоцима заједничке својине.²⁵

Наведено се односи и на заједничку имовину ванбрачних партнера, која се појављује као резултат рада и њихове заједнице живота. И заједничку имовину морамо посматрати као целину.

Породичним законом је одређен појам заједничке имовине ванбрачних партнера, тако што се наводи: “Имовина коју су ванбрачни партнери стекли радом у току трајања заједнице живота у ванбрачној заједници представља њихову заједничку имовину”.²⁶ Под заједничком имовином подразумева се целокупна имовина коју су супружници (ванбрачни партнери) стекли радом у току трајања брачне (ванбрачне) заједнице, па се за ову имовину често, у судској пракси употребљава израз “брачна (ванбрачна) тековина”.

У заједничку имовину, као што смо навели, улазе и облигациона права. То су потраживања и обавезе у оквиру заједничке имовине које по

²² А. Гамс, Љ. Ђуровић, *op. cit.* 47.

²³ А. Гамс, Љ. Ђуровић, *op. cit.* 48

²⁴ чл.18. ст. 2. ЗОСПО

²⁵ Драгољуб Лазаревић, Коментар Закона о основама својинскоправних односа, Пословни Биро д.о.о., Београд, 2012,144.

²⁶ Чл. 191. ст.1 ПЗ.

закону терете оба супружника (ванбрачна партнера) и преузете су у циљу вођења заједничког живота. И ова права су неподељена као и стварна права у имовини, с тим што правни израз неподељености облигационих права може бити само *солидарност*.²⁷ Дакле када имовину чине облигациона права, та права су солидарна.

За вршење права заједничке својине (имовине) супружника (ванбрачних партнера) потребна је сагласност заједничара.

Породични закон помиње заједничку имовину а не заједничку својину, али на стварима у заједничкој имовини постоји заједничка својина. Режим заједничке својине проширен је и на имовинске вредности стечене радом у ванбрачној заједници,²⁸.

Правни теоретичари прихватају наведени појам заједничке имовине ванбрачних партнера, уз евентуалне допуне које не мењају суштину појма, али доприносе прецизности у његовом дефинисању.²⁹

3. НАСТАНАК ЗАЈЕДНИЧКЕ СВОЈИНЕ (ИМОВИНЕ) ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

Својина (имовина) ванбрачних партнера настала током трајања ванбрачне заједнице постаје заједничка имовина, под истим условима који важи за заједничку својину (имовину) супружника.

Према томе: постојање заједнице живота ванбрачних партнера и заједнички рад на стицању имовине су конститутивни елементи за постојање-настанак заједничке имовине ванбрачних партнера. Заједничка имовина може настати и игром на срећу. “Имовина стечена игром на срећу у току трајања заједнице живота у браку представља заједничку имовину, осим ако супружник који је остварио добитак, не докаже да је у игру уложио посебну имовину”.³⁰ У Породичном закону се посебно предвиђа режим права интелектуалне својине. “Имовина стечена коришћењем права интелектуалне својине у току трајања заједнице живота у браку представља заједничку имовину”.³¹

²⁷ А. Гамс, Љ. Ђуровић, *op. cit.* 48.

²⁸ О. Станковић, М. Орлић, *op. cit.* 169.

²⁹ Зоран Поњавић, *Породично право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2007,374; Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет у Београду, Београд, 2014, 147; М. Драшкић, (2005), 395; Марија Драшкић, *Ванбрачна заједница*, ИРО Научна књига, Београд, 1988.169; Милан Почуча, Небојша Шаркић, *Породично право и породично правна заштита*, Гласник, Београд, 2011, 153; Гордана Ковачек Станић, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2014. 184-188.

³⁰ Чл.172ПЗ. Ова одредба се по нашем мишљењу односи и на ванбрачне партнере.

³¹ Чл.173. ПЗ, Ова одредба се по нашем мишљењу односи и на ванбрачне партнере

Једно од питања које може бити спорно у пракси код ванбрачне заједнице, проистиче из проблема везаних за тренутак почетка и престанка ванбрачне заједнице живота. Код утврђивања тих чињеница од значаја је и примена правила која регулишу имовинске последице престанка ванбрачне заједнице живота.

Ово је посебно значајно код заједница које су дуго трајале, које имају заједничку децу, заједничку имовину, издатке и сл. Ове тешкоће настају због непостојања регистра ванбрачних заједница, као и што се у пракси ретко споразумно раскида ванбрачна заједница. Примена правила и нису неопходна у тренутку када долази до њеног заснивања.³²

Такође треба напоменути да су за последице престанка ванбрачне заједнице законодавно одређена иста правна дејства као код престанка брачне заједнице.

Имовина која је стечена пре настанка заједнице живота или по престанку заједнице живота јесте посебна, а не заједничка имовина супружника (ванбрачних партнера).

Остала питања настанка заједничке својине (имовине) супружника (ванбрачних партнера) нису посебно регулисана у Породичном закону.

3.1. Постојање заједнице живота ванбрачних партнера

Како смо навели према Породичном закону “ванбрачна заједница је трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи (ванбрачни партнери)”³³.

Постојање заједнице живота ванбрачних партнера представља први услов настанка њихове заједничке имовине. Заједница живота треба да је стварна, потпуна и да се може уподобити брачном односу.³⁴

Што се тиче чињенице да ванбрачна заједница живота треба да буде трајнија, то је питање за судску праксу и правну теорију, јер се ради о тумачењу правног стандарда, чија садржина није унапред дата. Такође у Образложењу Предлога Породичног закона каже се да период трајања ванбрачне заједнице није пресудан, већ намера ванбрачних партнера за трајношћу њихове заједнице. По том обележју ванбрачна заједница треба да личи на брак и да је заснована са намером да траје неодређено време.³⁵

Овај услов је основ за разликовање ванбрачних заједница које су стабилне, трајније природе са жељом да се са неким живи, од ванбрачних

³² З. Поњавић, *op.cit.* 147.

³³ Чл. 4. ст.1. ПЗ (ванбрачна заједница живота), чл.3. ст.1, 16. и 32. ПЗ (брачна заједница живота).

³⁴ М. Драшкић, (2005), 162.

³⁵ М. Драшкић, (2005). 163. С. Панов, *op. cit.* 127.

заједница које су пролазне и краткотрајне и где је у питању страст и сексуални нагон.³⁶

Сматрамо да трајање заједничког живота не може да утиче на само стицање права на заједничку имовину, јер је релевантна само чињеница рада ванбрачних партнера која ствара заједничку имовину. При томе постоји могућност да дугогодишњи рад створи имовину већег обима и да у случају краткотрајног рада имовина буде мала или је уопште не буде. Али ако је стечена већа имовина за кратко време заједничког рада и живота ванбрачних партнера нема основа да се право на удео у тако стеченој имовини ускрати једном од партнера само зато што заједница није трајала дуже време, у законском оквиру³⁷. Наиме, заједничке имовине се може стећи и за кратко време заједничког живота и рада ванбрачних партнера. Зато је неправично ускратити право на удео у заједничкој имовини позивањем на околност да заједница није трајала дуже време.³⁸

Када између ванбрачних партнера дође до прекида заједнице живота прекида се и стицање заједничке имовине. Евентуални спорови у вези ове чињенице, могу се свести на доказивање чињенице постојања или непостојања заједничког живота, јер непостојањем заједничког живота нема ванбрачне заједнице.

Трећи услов се односи на захтев да између ванбрачних партнера у време заснивања ванбрачне заједнице није постојала ниједна брачна сметња.

3.2. Заједнички рад

Заједнички рад је други услов за стицање заједничке својина (имовине) супружника (ванбрачних партнера).

Рад као конститутивни елеменат појма заједничке имовине може бити заједнички или самосталан, непосредан или посредан. Заједнички рад постоји када оба ванбрачна партнера заједно обављају исте или међусобно повезане делатности. То ће најчешће бити рад у привредним друштвима (друштва лица и друштва капитала) на заједничком имању, занатској радњи или канцеларији за пружање интелектуалних услуга и сл.

Самостални рад је рад сваког ванбрачног партнера појединачно, без учешћа другог партнера. Непосредан рад је онај рад који као непосредни резултат има зараду која доприноси стварању нове вредности, док посредан рад, као непосредни резултат нема зараду, већ се таквим радом другом ванбрачном партнеру омогућава или олакшава стицање

³⁶ М. Драшкић (2005), 137. С. Панов, *op. cit.* 128. З. Поњавић, *op. cit.* 354. М. Почуча, Н. Шаркић, *op. cit.* 153.

³⁷ З. Поњавић, *op. cit.* 350.

³⁸ Исто, М. Драшкић, (1988). 177.

зараде, односно стицање веће зараде, којом се ствара нова вредност³⁹ где у оба случаја долази до стварања или повећања заједничке имовине. Под радом се сматра и свака активност која, не само да доприноси стицању нове својине (имовине), већ и одржавању или спречавању губитка и штете на постојећој имовини супружника (ванбрачних партнера). Рад ванбрачних партнера не мора у подједнакој мери доприносити стицању заједничке имовине тако да се имовина стечена радом сматра заједничком и када је очигледно да је допринос једног ванбрачног партнера у њеном стицању био несразмерно мањи. Тада се том ванбрачном партнеру додељује у случају деобе накнада у новцу према вредности његовог удела. Исто тако могуће је доказивати да рад једног ванбрачног партнера није допринео стицању заједничке имовине и тада партнер нема никаква права на ту имовину.

Овде треба напоменути да се заједничка својина (имовина) може стећи и на други начин, наследством, поклонима итд .

Што се тиче деривативног стицања права својине (имовине), правни посао као основ стицања права својине, може бити и уговор о продаји, и уговор о трампи, будући да Породични закон предвиђа да су супружници (ванбрачни партнери) слободни да закључују уговор о поклону и тиме стичу право својине,⁴⁰ пошто су то правни послови на основу којих се стиче право својине.

Интересантно је поменути случајеве када је употребом ствари једног ванбрачног партнера наступио прираштај на ствари другог партнера.⁴¹ Долази у обзир како прираштај покретних ствари, тако и прираштај непокретних ствари. Прираштај је иначе настанак нове ствари од делова, односно вредности (материјала и рада) који припадају разним лицима између којих не постоји уговорни однос.⁴² Закон о основама својинскоправних односа не дефинише појам прираштаја, већ установљава да се право својине стиче по самом закону, стварањем нове ствари, спајањем, мешањем, грађењем на туђем земљишту итд.⁴³ Ово набрајање законодавца за поједине начине стицања својине, правна теорија назива “прираштајем”.⁴⁴ Прираштај је и заједнички назив за неколико оригинарних начина стицања својине.

³⁹ М. Драшкић (2005), 397.

⁴⁰ Вид. чл.190. ПЗ.

⁴¹ Вид. Упутство о решавању односа који настају у вези са ванбрачним заједницама, Савезног врховног суда, М. Драшкић, (1988), 142.

⁴² О. Станковић, М. Орлић, *op.cit.* 98; З. Рашовић, *op. cit.* 134.

⁴³ Чл .21. ЗОСПО.

⁴⁴ Р Ковачевић Куштримовић, М. Лазић (2006), 157.

Ако би се овај начин стицања својине применио на ванбрачне партнере, нарочито интересантан би био вештачки прираштај, до кога није дошло спонтано, него услед човекове (људске радње), имајући у виду природу односа у ванбрачној заједници. У обзир долазе како облици прираштаја на покретним стварима: прерада (*specificatio*) и сједињење (спајање и меша), тако и прираштај непокретних ствари (грађење на туђем земљишту, сејање и сађење на туђем земљишту). Када повраћај у пређашње стање није могућ треба решити питање својине на новој ствари у чијем су саставу учествовали делови који припадају различитим власницима и друге правне последице које у тим случајевима настају. Сматрамо да у овим случајевима треба применити одредбе Закона о основама својинскоправних односа,⁴⁵ правна правила грађанског права о стицању права својине и Упутство Савезног врховног суда о начину решавања спорова који настају у вези са ванбрачним заједницама.

Заједнички рад може се сматрати једним од оригинарних начина стицања заједничке својине (имовине).

4. ПРАВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ЗАЈЕДНИЧКЕ ИМОВИНЕ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

Породични закон нема изричиту одредбу из које се може извести закључак какве су правне карактеристике ове имовине.

Њена суштинска карактеристика, из које произилазе и остале, јесте неопредељеност удела титулара права, ванбрачних партнера, у стварним и тражбеним правима која је сачињавају. Сходно томе нема ни права на уделима, већ се својинска овлашћења ванбрачних партнера, док заједничка имовина постоји, остварују само као целина, неподељено, на све оно што је стечено радом у току трајања њиховог заједничког живота у ванбрачној заједници.

Заједничари се појављују као посебна страна у правним односима, независно од делова који ће им припасти у део приликом евентуалне деобе. Зато се ни један заједничар не може сматрати сопствеником наведене имовине.⁴⁶ Како делови нису унапред одређени (али су одредиви), не зна се на који део заједничке ствари се односи право својине (имовине), те заједничар не може располагати својим неутврђеним уделом, не може га отуђити, оптеретити нити га се може одрећи или пренети на друго лице.

⁴⁵ Вид. одредбе ЗОСПО о стицању права својине код прираштаја и правне последице када су ствари тако спојене или помешане да се више не могу раздвојити без знатне штете или несразмерних трошкова.

⁴⁶ М Драшкић, (2005), 400.

Ванбрачни партнери немају ни идеални ни реални удео у заједничкој својини (имовини), као сувласници где је познат идеални део или етажни власници на посебним (физичким) деловима зграде, с тим што супружници (ванбрачни партнери) могу имати заједничку својину (имовину) на посебном делу зграде.

Специфичност правног режима који овај део имовине издваја у посебну целину огледа се у постојању, као што смо навели два титулара, имаоца права својине (имовине), жене и мушкарца, који су носиоци стварних права на неодређеним деловима ствари и облигационих права са неутврђеним износима потраживања према сваком ванбрачном партнеру. Њихов однос није по правилу однос супростављених страна које су се случајно нашле у овој улози, већ однос двеју страна код којих постоји заједничка воља да живе заједно.

Следећа специфичност огледа се у чињеници да супружници (ванбрачни партнери) заједнички и споразумно управљају и располажу заједничком имовином.⁴⁷ Сматрамо да је исправан назив (споразумно) јер назив ”споразумно” садржи по природи ствари заједнички начин вршења права која настају из заједничке имовине. Исто тако термин “споразумно” нужно значи равноправност правних субјеката у доношењу одлука о управљању и располагању заједничком имовином.

Затим, ”сматра се да послове редовног управљања заједничком имовином супружник увек предузима уз сагласност другог супружника”⁴⁸ (ванбрачног партнера). То се односи на послове који су потребни за одржавање имовине или подмиривања текућих потреба заједничког домаћинства

Супружник (ванбрачни партнер) “не може располагати својим уделом у заједничкој имовини нити га може оптеретити правним послом међу живима.”⁴⁹ Док на ствари постоји режим заједничке својине (имовине) она је практично искључена из правног промета, јер удели нису одређени. Зато се овај облик својине (имовине) назива својином “заједничке руке”.

Када дође до деобе заједничке имовине супружника (ванбрачног партнера) и утврђивањем њихових удела онда се може уделима располагати и могу се удели оптеретити.⁵⁰

⁴⁷ Чл.174. ст. 1. ПЗ.

⁴⁸ Чл.174. ст.2. ПЗ.

⁴⁹ Чл.174. ст.3. ПЗ .

⁵⁰ Супружник (ванбрачни партнер) може да реализује право на располагање и оптерећење имовине уколико изврши деобу заједничке имовине и тиме из заједничке имовине утврди сувласнички односно суповерилачки удео или стекне сопствену-посебну имовину. Такође, тестаментом може супружник (ванбрачни партнер)

Ванбрачни партнер може да користи заједничка добра у имовини у већој мери, и ако привређује мање и према томе удео у заједничкој имовини му је мањи. Међутим, реализација коришћења према величини удела долази у обзир тек кад дође до деобе. Деобом, тј. одређивањем удела у заједничкој својини (имовини) престаје заједничка својина (имовина) супружника (ванбрачних партнера) и настаје су својина на стварима или посебна својина (имовина) на стварима. Деобом долази и до утврђивања суповерилачког удела сваког супружника (ванбрачног партнера) у заједничкој имовини.⁵¹ Тада повериоци једног ванбрачног партнера могу да наплате своје потраживање из заједничке имовине, јер је познат удео ванбрачног партнера- дужника.

Према закону, у случају судске деобе “претпоставља се да су удели супружника у заједничкој имовини једнаки”,⁵² (одредба се односи и на ванбрачне партнере). Али ако удели нису једнаки могу се одредити (на основу законских критеријума о доприносу у стицању те имовине).

Ако није спорно шта представља заједничку имовину, могу бити спорни удели у заједничкој имовини.

Чињеница непостојања државне евиденције о ванбрачним заједницама може да има одређене правне последице услед којих правни статус ванбрачних партнера, иако по закону једнак, може да буде неповољнији у односу на правни статус супружника. Наиме непостојање евиденције о ванбрачној заједници може створити још једну правну дилему, која се тиче односа ванбрачних партнера. То је да ли на ванбрачне партнере може да се примени одредба Породичног закона о претпоставци да је упис права на непокретностима у јавни регистар извршен на име оба супружника и када је извршен на име само једног од њих⁵³. Сматрамо да може, јер је правни статус супружника (ванбрачних партнера) у погледу имовинских права по закону једнак.

Правна сигурност трећег лица је већа ако је преносилац права заједничке својине (имовине) брачни партнер, него ванбрачни партнер. Зато ће прибавилац приликом реализације правног посла, због

располагати својим уделом у заједничкој имовини и пре деобе, али само у мери у којој неће бити повређен удео у заједничкој имовини другог супружника (ванбрачног партнера), у ком случају наследник утврђује обим наследства деобом брачне (ванбрачне)тековине, утврђењем удела умрлог, споразумно у оставинском поступку или ако је обим удела споран у парници.

⁵¹ Чл. 177. ПЗ. сходно чл. 191. ст. 2. ПЗ.

⁵² Чл.180.ст. 2. ПЗ.

⁵³ Чл.176. ст.2. ПЗ. Ово правило важи осим ако након уписа није закључен писмени уговор супружника (ванбрачних партнера) о деоби заједничке имовине односно брачни уговор или је о правима супружника на непокретностима одлучивао суд.

немогућности провере да ли је преносилац права на непокретности у ванбрачној заједници или није, да увек када прибавља неко право од лица које није у браку, тражити изричиту сагласност ванбрачног партнера преносиоца, или изричиту изјаву преносиоца да конкретан предмет уговора није стечен у ванбрачној заједници.

Поред тога, заједничка имовина супружника (ванбрачних партнера) на непокретностима може да се упише у јавни регистар на оба супружника (ванбрачних партнера), као сувласника на одређеним уделима, чиме се сматра да су извршили деобу заједничке имовине и постали сувласници на одређеним уделима.⁵⁴

Можемо констатовати да је иста ситуација и са другим стварним правима уписаним у јавни регистар. И она припадају неподељено супружницима (ванбрачним партнерима) као и својина, уколико улазе у заједничку имовину. То произилази из формулације Породичног закона који говори о правима супружника на непокретностима која се уписују у јавни регистар. Ту су обухваћена стварна права на непокретности као и нека облигациона права на овим стварима: право откупа, право закупа, (не према ЗОО) уговорно право прече куповине и право грађења. Такође сматрамо да и права интелектуалне својине стечена у току трајања заједнице живота у браку (ванбрачној заједници) пошто се уписују у одређене регистре требају уписати на име оба супружника (ванбрачних партнера) на неодређеним уделима.

У вези уписа непокретности у јавни регистар постоји мишљење са којим се и ми слажемо, да супружник који је уписан у јавни регистар као власник непокретности не мора доказивати да је заједничар на непокретности, док ванбрачни партнер на чије је име непокретност уписана мора доказивати да је искључиви власник непокретности.⁵⁵ Ово са разлога што свака странка сноси терет доказивања чињенице која, по материјалном праву, иде њој у прилог. Тумачењем материјалноправних одредби Породичног закона произилази да терет доказивања наведене чињенице сноси ванбрачни партнер, јер његов правни статус није унапред познат као код супружника.

ЗАКЉУЧАК

Имовинскоправне односе ванбрачних партнера Породични закон регулише у оквиру правила о имовинскоправним односима у браку. То указују на потребу да се ови имовинскоправни односи уреде на начин који би одговарао успостављењу и јачању односа у ванбрачној заједници.

⁵⁴ Чл. 176. ст. 1. ПЗ

⁵⁵ М. Драшкић, (1988), 174.

Породични закон регулисао је само основне одредбе о заједничкој својини (имовини) ванбрачних партнера, што пред судску праксу и правну теорију ставља бројне задатке у вези са применом основних одредби. Зато би требало ову материју детаљније регулисати уочити недостатке и предложити решења, а што смо ми учинили у предходним редовима.

Институтом заједничке својине (имовине) ограничава се право својине, које улази у поменути појам, јер ова својина (имовина) садржи ограничења. Допуштеност постојања заједничке својине (имовине) предвиђено је за тачно одређена лица и у одређеним случајевима. Ванбрачни партнери иако самостални субјекти приликом управљања, располагања и оптерећења заједничке имовине, везани су при одлучивању у овим правима јер се тражи њихова сагласност. Такође, ограничења проистичу и из императивних норми које се тичу личних односа ванбрачних партнера.

Исто тако, треба навести и то да ако се установа заједничке имовине схвати као резултат заједничког рада ванбрачних партнера који воде заједнички живот као да су у браку, онда ниједна околност која произилази из њиховог личног односа, као што је постојање брачне сметње или дужина трајања заједнице не може сама по себи бити препрека за признање односно губљење једног искључиво имовинског права, као што је право на стицање и поделу заједнички стечене својине (имовине).

Заједничка својина (имовина) ванбрачних партнера је правна установа своје врсте, што је чини различитим од других сличних установа. Уређена је као заједничка својина (имовина) на неопредељеним али опредељивим уделима.

ЛИТЕРАТУРА

Антић О, *Наследно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2004.

Антић О, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.

Гамс А, Ђуровић Љ, *Брачно и породично имовинско право*, Савремена администрација, Београд, 1985.

Драшкић М, *Породично право и права детета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005.

Драшкић М, *Ванбрачна заједница*, Научна књига, Београд, 1988.

Ковачевић-Куштримовић Р, Лазић М, *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш, 2008.

Ковачевић-Куштримовић Р, Лазић М, *Стварно право*, Пунта, Ниш, 2006.

Ковачевић-Станић Г, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2014.

Лазаревић Д, *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, Пословни биро д.о.о, Београд, 2012.

Панов С, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014.

Поњавић З, *Породично право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2007.

Почуча М. Шаркић Н. *Породично право и породично правна заштита*, Гласник, Београд, 2011.

Рашковић З, *Стварно право*, Правни факултет у Подгорица, Подгорица, 2005.

Стојановић Д, Антић О, *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2004.

Станковић О, Водинелић В, *Увод у грађанско право*, Хомос, Београд, 1996.

Станковић О, Орлић М, *Стварно право*, Хомос, Београд, 2001.

ЗАКОНОДАВСТВО

Закон о основама својинскоправних односа, Службени лист СФР, бр.6/80 и 36/90,

Службени лист СР, бр. 29/96 и Службени гласник РС. бр.115/05.

Закон о облигационим односима, Службени лист СФР, бр. 29/78, 39/85, 45/89-одлука УСЈ и 57/89, Службени лист СР, бр.31/93 и Службени лист СЦ, бр.1/2003 Уставна повеља.

Закон о наслеђивању, Службени гласник РС, бр.46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.

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

Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр.98/2006

ПРАВНА ПРАВИЛА

Општи имовински законик за Црну Гору
Српски грађански законик.

СУДСКА ПРАКСА

УПУТСТВО о решавању односа који настају у вези са ванбрачним заједницама, Савезни врховни суд, “Правни живот”, бр.12/54.

Dušan Novaković, Ph. D.
Assistant Professor

COMMON PROPERTY OF EXTRAMARITAL PARTNERS (SOME SPECIFIC FEATURES)

Summary

This paper is about the property relations of extramarital partners related to the legal regime of their common assets. My interest in exploring this topic can be explained by the fact that the topic itself is interesting as well as relevant and useful in everyday life. Property relations arising in this community can be viewed from different aspects: economic, legal, sociological, etc. The subject of this paper refers to the legal aspect of property relations. Due to this fact, the method primarily used for this research is the legal method, which was employed in the analysis of the legal norms that define the common property of extramarital partners.

The paper involves only certain legal relations related to the common property of extramarital partners, because it is obviously impossible to take in consideration all legal relations. This paper covers the following topics : definition, origin and legal characteristics of the extramarital partners' common property. Examining the positive law that defines common property of extramarital partners (*de lege lata*), we have dealt with future law (*de lege ferenda*), we have dealt with future law (*de lege ferenda*).

In addition to the positive legal norms we have also considered the approach of jurisprudence related to the common property of extramarital partners.

Key words: concept, the emergence and legal characteristics of the common property.

Др Страхинџа Миљковић
Доцент

ДОКУМЕНТАРНИ АКРЕДИТИВ И НОВА UCP 600 rev. 2007. ПРАВИЛА

Апстракт: *Документарни акредитив у савременим тржишним околностима где до изражаја у све већем обиму долази закључења дистанционе купопродаје представља један од најсигурнијих инструмената плаћања. Аутономија, самосталност обавезе, пословање документима (не робом), представљају опредељујуће детерминанте зашто се документарном акредитиву у међународној дистанциној купопродаји придаје епитет сигурног инструмента плаћања. Документарни акредитив је представља инструмент: а) уредне наплате и условног обезбеђења плаћања; б) кредитирања купца и в) обезбеђења уредне испоруке. Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве као униформна правила регулишу трансакције по документарним акредитивима на глобалном тржишту роба и капитала.*

Кључне речи: *документарни акредитив, инструмент плаћања, дистанциона купопродаја, налогодавац, корисник, једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве.*

І УВОДНА ИЗЛАГАЊА

Акредитив (*letter of credit, le credit documentaire, das Akkreditiv*) је инструмент плаћања којим се акредитивна банка (банка издавалац) обавезује да по налогу налогодавца (комисионо или за свој сопствени рачун) на основу договорених докумената поднесених у складу са уговореним условима (или без докумената) обави плаћање или обавести другу банку (кореспондентна банка) да обави плаћање трећем лицу (кориснику акредитива) или да по његовом налогу (пренос акредитива), или да по налогу налогодавца сама или уз помоћ друге банке акцептира или откупи меницу вучену од стране корисника акредитива, без права регреса, под условом да је поступљено у складу са условима отвореног акредитива банке издаваоца (акредитивна банка).¹

У околностима савременог тржишног пословања где у међународним размерама у све већем обиму долази до закључење посла

¹ Мирко Васиљевић, Пословно право, Београд, 2004, 757.

дистанционе купопродаје (често уговорне стране се и не познају), документарни акредитив² представља један од најсигурнијих инструмената плаћања.³ Документарни акредитив епитет међународног стиче услед испуњења два кумулативна услова и то да: а) налогодавац или корисник акредитива имају седиште у различитим државама и б) банке које су укључене у посао имају седиште у различитим државама. Од есенцијалног значаја, а зарад бољег разумевања механизма функционисања и његове улоге у међународном промету, посао документарног акредитива карактеришу два битна обележја: а) да је то типичан банкарски услужни посао где долази до примене општих правила банкарских послова, као и правила која важе за подгрупу услужних банкарских послова и б) да је инволвирано учешће најмање три стране: налогодавца (дужник из основног посла, најчешће купац из међународне продаје роба), акредитивне банке (која, извршавајући налог свог комитента, отвара акредитив у корист лица које је он означио у налогу за отварање документарног акредитива) и корисника акредитива (поверилац из основног посла, најчешће продавац из међународне продаје робе), с тим да када је реч о међународном документарном акредитиву, није погрешно рећи да је обавезно и учешће четврте стране.⁴

Док наративно посао документарног акредитива спада у категорију неутралног банкарског посла, дотле по вокацији првенствено је реч о инструменту плаћања који истовремено представља и инструмент условног обезбеђења плаћања (акредитивна банка мора да хонорише усклађену презентацију). Документарни акредитив своју функцију остварује и приликом обезбеђења уредне испоруке.⁵ Као инструмент плаћања и обезбеђења уредне испоруке, документарни акредитив представља ефикасан метод савладавања „ризика првог чина“.⁶ Документарни акредитив може имати функцију инструмента кредитирања купца, и то на начин пребацивања ризика кредитирања са

² О значају акредитива на глобалном нивоу погледати извештај International Chamber of Commerce – ICC „2015 Rethinking trade & Finance“, 2015, 52-64, www.iccwbo.org 20. октобар 2016.

³ Милорад Бејатовић, Банкарско право и хартије од вредности, Нови Сад, 2008, 127.

⁴ Наташа Петровић, „Међународни документарни акредитив и место карго осигурања у њему“, Право и привреда, бр. 5-8/2006, 808.; В. М. Васиљевић, М., op. cit., 757.

⁵ М. Васиљевић, op. cit., 758-759.

⁶ Ризик „првог чина“ – продаје или плаћања: продавац је сигуран да че остварити наплату цене из претходно отвореног акредитива од стране купца код реномиране банке, а купац је сигуран да му је извршена испорука јер банка неће хонорисати робна документа која не испуњавају услове из отвореног акредитива. – В. Мирко Васиљевић, Пословно право, Београд, 2001, 791.

добављача на банку у случају да се акцептира вучена меница.⁷ Поред тога што своју функцију остварује као инструмент плаћања, кредитирања и обезбеђења уредне испоруке, своју функцију као инструмент обезбеђења остварује и у околностима када је банци понуђена асигнација акредитива (уступање потраживања обезбеђено акредитивом). У околностима постојања обезбеђење путем асигнације акредитива као средства обезбеђења кредита, неопходно је обратити пажњу на неколико чињеница, а посебно на: а) рејтинг банке издаваоца или потврђујуће банке; б) стручност особа у банкама инволвираним у послу реализације акредитива и в) рок и износ акредитива.⁸

II ЗАШТО ДОКУМЕНТАРНИ АКРЕДИТИВ

Аутономија, самосталност обавезе и пословање документима представљају есенцијалне карактеристике које документарни акредитив детерминишу као незаменљив и незаобилазан инструмент документарне продаје којим се избегава ризик првог чина. Управо наведене карактеристике представљају опредељујуће детерминанте зашто се документарном акредитиву у међународним купопродајним односима придаје епитет сигурног инструмента плаћања.

Аутономија акредитива обезбеђује се кроз независност: а) у односу на основни посао и б) у односу на уговор о отварању акредитива и односа између банака. Независност акредитива у односу на основни посао због кога се и отвара, манифестује се тиме да без обзира што обавеза из основног посла није извршена она нема утицаја на обавезу акредитивне банке према кориснику акредитива.⁹ Услов под којим банка треба да исплати акредитивну своту, акцептира или откупи меницу, предвиђени су искључиво и изричито у самом акредитиву, па самим тим неиспуњење обавезе испоруке робе од стране продавца не даје право купцу да опозове акредитив истичући приговор *non adimpleti contractus*.¹⁰ Евентуални спор који може настати између продавца и купца из основног посла нема утицаја на односе поводом документарног акредитива,¹¹ а из разлога јер

⁷ Петар Касавица, Процес формирања и уривљања портофилиом корпоративних клијената пословне банке, Београд, 2016, 327.

⁸ Лидија Барјактаровић, Управљање ризиком, Београд, 2009, 141.

⁹ Чл. 1074 „Акредитив је независан од уговора о продаји или другог правног посла поводом кога је акредитив отворен“. – Закона 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. 1/2003 - Уставна повеља.

¹⁰ Н. Петровић, *op. cit.*, 811.

¹¹ *Ibid*, 811.

се отварањем акредитива ствара самостална и апстрактна обавеза акредитивне банке.¹² Аутономија акредитива обезбеђује се и у односу на: а) уговор о отварању акредитива и б) односа између банака. Акредитивна банка према кориснику акредитива не може истицати приговоре које произилазе из њеног односа са налогодавцем акредитива, с једне стране, а ни приговоре произилазе из односа са другим кореспондентним банкама, с друге стране. Као што акредитивна банка не може према кориснику акредитива истицати приговоре које има са осталим субјектима поводом акредитива, тако ни корисник акредитива не може да истиче приговоре према акредитивној банци који свој основ имају у уговорним односима између банака учесника акредитивног посла и односа између налогодавца и акредитивне банке.¹³

У погледу преузетих обавеза акредитивна банка је самостална тј. иако отвара акредитив по налогу свог комитента њена обавеза према кориснику акредитива је самостална. Самосталност обавезе према кориснику акредитива испољава се на начина да акредитивна банка не иступа као пуномоћник налогодавца.¹⁴ Однос између акредитивне банке и корисника акредитива настаје једностраном изјавом банке упућеној кориснику акредитива, а такав успостављен однос за налогодавца представља однос *res inter alios acta*.¹⁵ Управо из разлога што се однос између акредитивне банке и корисника акредитива закључује на основу једнострано упућене изјаве банке (везана је садржином упућене изјаве), налогодавац накнадним налозима нема могућност да: а) захтева од банке да одбије плаћање кориснику акредитива,¹⁶ и б) да мења услове отвореног акредитива.¹⁷ Налогодавац не може бити тужен због неизвршавања обавеза из отвореног документарног акредитива према кориснику акредитива тј. не може бити тужен због неплаћања купопродајне цене.¹⁸ Самостална обавеза банке постоји и у случајевима када и ако акредитована банка изврши плаћање на основу предаје не саобразних докумената, тј. налогодавац нема *locus standi* за утврђивање да је прихватање таквих докумената а самим тим и плаћање на основу њих кршење услова документарног акредитива.¹⁹

¹² М. Васиљевић, *op. cit.*, 797.

¹³ *Ibid*, 797.

¹⁴ Roy Goode, *Commercial law*, London, 2004, 973.

¹⁵ Н. Петровић, *op. cit.*, 812.

¹⁶ Изузетак постоји само у случају када су банци предати несаобразни или преварни документи.

¹⁷ R. Goode, *op. cit.*, 973.

¹⁸ Н. Петровић, *op. cit.*, 813.

¹⁹ R. Goode, *op. cit.*, 974.

У погледу испуњавања своје обавезе према кориснику акредитива, акредитивна банка једино испитује поднета документа, а не робу на коју се документа односе.²⁰ У складу са одредбама чл. 5. Правила 600 rev. 2007, а приликом испитивања поднетих документа, банка се руководи начелом строге саобразности поднетих документа према спољном изгледу а у складу са условима акредитива.²¹ На основу члана 5. Правила 600 rev. 2007, акредитивна банка нема обавезу да се бави садржином поднетих документа (обавеза утврђивања садржине података у поднетим документима) а ни стањем робе која је предмет уговора о купопродаји. Акредитивна банка је у обавези да хонорише поднете документе на основу њиховог спољног изгледа,²² тј. проверава само да ли су поднета документа у складу са садржином отвореног акредитива, а не и садржином поднетих документа. Члан 34. Правила 600 rev. 2007. предвиђа да акредитивна банка није у обавези и није одговорна у погледу стања, тежине, квалитета, количине испоруке, вредности робе, као ни за добру веру или радње или пропусте, платежну способност, извршење обавеза или углед пошиљаоца, превозиоца, осигуравача, или било ког другог лица.²³

III ЈЕДНОБРАЗНА ПРАВИЛА И ОБИЧАЈИ ЗА ДОКУМЕНТАРНЕ АКРЕДИТИВЕ UCP 600 rev. 2007.

Више од 70 година - *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP)*²⁴ – Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве (у даљем тексту: Правила), регулишу трансакције по документарним акредитивима широм света.²⁵ Од настанка Правила су остала витална компонента међународне трговине. Банкарски, спољнотрговци, правници, транспортери, академци и сви који послују са

²⁰ М. Васиљевић, *op. cit.*, 797

²¹ Art. 5. „Banks deal with documents and not with goods, services or performance to which the documents may relate.“

²² R. Goode, *op. cit.*, 976

²³ Art. 34. UCP „A bank assumes no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification or legal effect of any document, or for the general or particular conditions stipulated in a document or superimposed thereon; nor does it assume any liability or responsibility for the description, quantity, weight, quality, condition, packing, delivery, value or existence of the goods, services or other performance represented by any document, or for the good faith or acts or omissions, solvency, performance or standing of the consignor, the carrier, the forwarder, the consignee or the insurer of the goods or any other person.“

²⁴ http://www.letterofcredit.biz/UCP_600.html, 25. октобар 2016.

²⁵ <http://www.pks.rs/Vesti.aspx?IDVestiDogadjaji=6910>, 25. октобар 2016.

документарним акредитивима, позивају се на Правила у свом свакодневном раду.²⁶

Комисија за банкарску технику и праксу Међународне трговинске коморе Париза – *International Chamber of Commerce* (ICC) 2006. год. једногласно усваја ревидирани текст Једнообразних правила и обичаје за документарне акредитиве. Комисија за банкарску технику и праксу при МТК Париз у тежњи да створи униформна правила путем сета широко прихваћених уговорних правила, а све у циљу превазилажења различитости националних правних прописа,²⁷ водила се и увек ће се водити интересима увозника, извозника, банака, транспортних организација и свих оних који учествују у међународним пословним трансакцијама.²⁸ Ово је шеста ревизија Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве односно ревизија се односи на Правила 500 rev. 1993.²⁹

Један од круцијалних, а самим тим и иницијалних разлога ревизије претходних Правила 500 rev. 1993. правила, основ налази у томе да су у претходном периоду управо она добрим делом постала препрека несметаном протоку докумената, а по неким проценама тек око 20% презентованих документа могуће је одмах прихватити.³⁰ За разлику од претходних, нова Правила 600 rev. 2007. су концизнија, јаснија, једноставнија, а одликује их и то да имају свега 39. чланова (претходна правила имали су 49. чланова). Усвајањем Правила 600 rev. 2007. створио се одређени дуални систем, и то на начин да се Правила 500 rev. 1993. примењују на акредитиве издате до 01. јула 2007. год., и акредитиве који су издати од 01. јула 2007. год. а за која важе нова Правила 600 rev. 2007.³¹

Specificum Правила 600 rev. 2007. је да не садржи одређене одредбе које су биле део старих Правила 500 rev. 1993, с једне стране, док с друге стране садржи нове одредбе које представљају резултат кретања на тржишту капитала. Правилима 600 rev. 2007. изостављени су поједини

²⁶ UCP-e се користи - примењује у 175 земаља широм света, с тим да се у око 11-15% међународних трговинских трансакција користи документарни акредитив достижући вредност од 1 трилион US \$, <https://www.tradefinanceglobal.com/letters-of-credit/ucp-600/>, 02. новембар 2016.

²⁷ Svetlana Topolšek, „Usvojen novi tekst Jednобразnih pravila i običaja za dokumentarne akreditivе UCP600 Rev“, Beograd, 2007, 5.

²⁸ <http://static.elmercurio.cl/Documentos/Campo/2011/09/06/2011090611422.pdf> , 25. октобар 2016.

²⁹ UCP500 rev. 1993 - Uniform Customs and Practices for Documentary Credits 1993, <https://www.jus.uio.no/lm/icc.ucp500.1993/doc.html> , 25. октобар 2016.

³⁰ S. Topolšek, op. cit., 5.

³¹ Cvijeta Anđelković, „Prva iskustva u primeni revidiranih jednобразnih pravila i običaja za dokumentarne akreditivе UCP 600“, Bankarstvo 11-12, 2007, 73

чланови Правила 500 rev. 1993. која се односе на: а) инструкције за отварање/измену акредитива (чл. 5.); б) опозив-део (чл. 6.); в) опозив акредитива (чл. 8.); некомплетне и нејасне инструкције (чл. 12.) и друга документа (чл. 38.).³² Изостављање одређених чланова не представља недостатак већ предност нових Правила 600 rev. 2007., а то све из разлога јер се предвиђањем нових чланова концизније и потпуније нормира: а) дефиниција (чл. 2.); б) тумачења (чл. 3.),³³ в) авизирање акредитива (чл. 9.),³⁴ г) номиновање(чл. 12.);³⁵ д) презентација уредних докумената(чл. 15.)³⁶ и е) оригинална документа и копије(чл. 17.).³⁷

³² Упоредити UCP500 rev. 1993 - Uniform Customs and Practices for Documentary Credits 1993 са UCP600 rev. 2007 - Uniform Customs and Practices for Documentary Credits 2007.

³³Art. 3. “Interpretations:

For the purpose of these rules:

Where applicable, words in the singular include the plural and in the plural, include the singular.

A credit is irrevocable even if there is no indication to that effect.

A document may be signed by handwriting, facsimile signature, perforated signature, stamp, symbol or any other mechanical or electronic method of authentication.

A requirement for a document to be legalized, visited, certified or similar will be satisfied by any signature, mark, stamp or label on the document which appears to satisfy that requirement.

Branches of a bank in different countries are considered to be separate banks.

Terms such as “first class”, “well known”, “qualified”, “independent”, “official”, “competent” or “local” used to describe the issuer of a document allow any issuer except the beneficiary to issue that document.

Unless required to be used in a document, words such as “prompt”, “immediately” or “as soon as possible” will be disregarded.

The expression “on or about” or similar will be interpreted as a stipulation that an event is to occur during a period of five calendar days before until five calendar days after the specified date, both start and end dates included.

The words “to”, “until”, “till”, “from” and “between” when used to determine a period of shipment include the date or dates mentioned, and the words “before” and “after” exclude the date mentioned.

The words “from” and “after” when used to determine a maturity date exclude the date mentioned.

The terms “first half” and “second half” of a month shall be construed respectively as the 1st to the 15th and the 16th to the last day of the month, all dates inclusive.

The terms “beginning”, “middle” and “end” of a month shall be construed respectively as the 1st to the 10th, the 11th to the 20th and the 21st to the last day of the month, all dates inclusive”.

³⁴Art. 9. „Advising of Credits and Amendments:

a. A credit and any amendment may be advised to a beneficiary through an advising bank. An advising bank that is not a confirming bank advises the credit and any amendment without any undertaking to honour or negotiate.

b. By advising the credit or amendment, the advising bank signifies that it has satisfied itself as to the apparent authenticity of the credit or amendment and that the advice accurately reflects the terms and conditions of the credit or amendment received.

c. An advising bank may utilize the services of another bank (“second advising bank”) to advise the credit and any amendment to the beneficiary. By advising the credit or amendment, the second advising bank signifies that it has satisfied itself as to the apparent authenticity of the advice it has received and that the advice accurately reflects the terms and conditions of the credit or amendment received.

d. A bank utilizing the services of an advising bank or second advising bank to advise a credit must use the same bank to advise any amendment thereto.

e. If a bank is requested to advise a credit or amendment but elects not to do so, it must so inform, without delay, the bank from which the credit, amendment or advice has been received.

f. If a bank is requested to advise a credit or amendment but cannot satisfy itself as to the apparent authenticity of the credit, the amendment or the advice, it must so inform, without delay, the bank from which the instructions appear to have been received. If the advising bank or second advising bank elects nonetheless to advise the credit or amendment, it must inform the beneficiary or second advising bank that it has not been able to satisfy itself as to the apparent authenticity of the credit, the amendment or the advice”.

³⁵ Art. 12. “Nomination:

a. Unless a nominated bank is the confirming bank, an authorization to honour or negotiate does not impose any obligation on that nominated bank to honour or negotiate, except when expressly agreed to by that nominated bank and so communicated to the beneficiary.

b. By nominating a bank to accept a draft or incur a deferred payment undertaking, an issuing bank authorizes that nominated bank to prepay or purchase a draft accepted or a deferred payment undertaking incurred by that nominated bank.

c. Receipt or examination and forwarding of documents by a nominated bank that is not a confirming bank does not make that nominated bank liable to honour or negotiate, nor does it constitute honour or negotiation”.

³⁶ Art. 15. “Complying Presentation:

a. When an issuing bank determines that a presentation is complying, it must honour.

b. When a confirming bank determines that a presentation is complying, it must honour or negotiate and forward the documents to the issuing bank.

c. When a nominated bank determines that a presentation is complying and honours or negotiates, it must forward the documents to the confirming bank or issuing bank.

³⁷ Art. 17. Original Documents and Copies:

a. At least one original of each document stipulated in the credit must be presented.

b. A bank shall treat as an original any document bearing an apparently original signature, mark, stamp, or label of the issuer of the document, unless the document itself indicates that it is not an original.

c. Unless a document indicates otherwise, a bank will also accept a document as original if it:

Утицај савременог корпоративног пословања оличен кроз мултинационалне компаније није прошао без последица приликом доношења нових ревидирани Правила 600 rev. 2007. Знатан утицај мултинационалног корпоративног пословања је покушај да се приликом дефинисања субјекта акредитивног посла у новим ревидираним Правилима уведе појам „party“ уместо појма „bank“. Предвиђањем појма „party“ омогућило би се да компаније (фирме) и физичка лица отварају акредитиве,³⁸ чиме би се обесмислио посао акредитива као неутралног банкарског посла. Иако се тежило да поред компанија и физичка лица отварају акредитив, неопходно је истаћи да је идеја мултинационалних корпоративног пословања да се банкарски сектор истисне из посла акредитива и онемогући се увид у кретање новчаних трансакција. И поред тога што је наведена идеја провејавала, тренутно се одустало од тога, с тим да ипак, треба остати обзрив и резервисан према ставу да се у некој наредној ревизији Правила поред банке и небанкарске институције појаве као субјекти који могу да отварају акредитиве. Иако до тог тренутка може протећи доста времена за сада су чланом 2.³⁹ Правила 600 rev. 2007. дефинисани су и прецизирани субјекти акредитивног односа.

i. appears to be written, typed, perforated or stamped by the document issuer's hand; or
ii. appears to be on the document issuer's original stationery; or
iii. states that it is original, unless the statement appears not to apply to the document presented.

d. If a credit requires presentation of copies of documents, presentation of either originals or copies is permitted.

e. If a credit requires presentation of multiple documents by using terms such as “in duplicate”, “in two fold” or “in two copies”, this will be satisfied by the presentation of at least one original and the remaining number in copies, except when the document itself indicates otherwise”.

³⁸ S. Topolšek, op. cit., 5.

³⁹ Art. 2. “Definitions:

For the purpose of these rules:

Advising bank means the bank that advises the credit at the request of the issuing bank.

Applicant means the party on whose request the credit is issued.

Banking day means a day on which a bank is regularly open at the place at which an act subject to these rules is to be performed.

Beneficiary means the party in whose favour a credit is issued.

Complying presentation means a presentation that is in accordance with the terms and conditions of the credit, the applicable provisions of these rules and international standard banking practice.

Confirmation means a definite undertaking of the confirming bank, in addition to that of the issuing bank, to honour or negotiate a complying presentation.

Confirming bank means the bank that adds its confirmation to a credit upon the issuing bank's authorization or request.

Иако се Правилима 600 rev. 2007. предвиђа једноставнија процедура отварања акредитива и поступања по њему, треба истаћи да Правила прате и *International Standard Banking Practice for the Examination of Documents under UCP 600 (ISBP 681)*⁴⁰ (познатији као ISBP Водич) којим се решавају знатни проблеми приликом тумачења појединих одредби Правила, а то објашњавајући међународну стандардну банкарску праксу код испитивања докумената по документарном акредитиву.⁴¹

И поред тога што су доста једноставнија и ефикаснија, банке су током пословања у знатној мери почеле да искључује поједине чланове Правила 600 rev. 2007. приликом издавања акредитива и то користећи могућност предвиђене чланом 1.⁴² Иако се чланом 1. искључује наступање ризика по банку, оне су у знатној мери почеле да примењују члан 35.⁴³

Credit means any arrangement, however named or described, that is irrevocable and thereby constitutes a definite undertaking of the issuing bank to honour a complying presentation.

Honour means:

- a. to pay at sight if the credit is available by sight payment.
- b. to incur a deferred payment undertaking and pay at maturity if the credit is available by deferred payment.
- c. to accept a bill of exchange (“draft”) drawn by the beneficiary and pay at maturity if the credit is available by acceptance.

Issuing bank means the bank that issues a credit at the request of an applicant or on its own behalf.

Negotiation means the purchase by the nominated bank of drafts (drawn on a bank other than the nominated bank) and/or documents under a complying presentation, by advancing or agreeing to advance funds to the beneficiary on or before the banking day on which reimbursement is due to the nominated bank.

Nominated bank means the bank with which the credit is available or any bank in the case of a credit available with any bank.

Presentation means either the delivery of documents under a credit to the issuing bank or nominated bank or the documents so delivered.

Presenter means a beneficiary, bank or other party that makes a presentation”.

⁴⁰ Захваљујући ISBP-у (водич) дошло је и долази до смањења броја дискрепанци (*lat. Discrepantia* - несагласност, неслагање) у акредитивним документима.

⁴¹ С. Anđelković, *op. cit.*, 73.

⁴² Art. 1. „The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007 Revision, ICC Publication no. 600 (“UCP”) are rules that apply to any documentary credit (“credit”) (including, to the extent to which they may be applicable, any standby letter of credit) when the text of the credit expressly indicates that it is subject to these rules. They are binding on all parties thereto unless expressly modified or excluded by the credit.“

⁴³ Art. 35. „...messages or delivery of letters or documents, when such messages, letters or documents are transmitted or sent according to the requirements stated in the credit, or when the bank may have taken the initiative in the choice of the delivery service in the absence of such instructions in the credit.

којим се искључује одговорност банке. Знатан број банака је са резервом прихватио одредбе о одговорности за губитак докумената у транзиту. Иако може доћи до губитка докумената у транзиту, то су пре свега изузетно ретки случајеви, а банка се може унапред осигурати од губитка докумената на начин што ће у условима акредитива предвидети да се акредитивна документа морају послати у две поште, да се скенирају, итд.⁴⁴

Приликом отварања акредитива код спољнотрговинског пословања, на страни банке је обавеза да клијенте (уговорне стране из основног посла) обавести да могу искључити од примене одређене чланове Правила 600 rev. 2007.⁴⁵ Разлог зашто су банке у обавези да обавесте клијенте (уговорне стране) о праву да могу искључити од примене (изричито) одређене одредбе, је да их у супротном одредбе Правила 600 rev. 2007. обавезују тј. неће бити у могућности да уговор реализују на начин како су и желели.

ЛИТЕРАТУРА

1. Мирко Васиљевић, Пословно право, Београд, 2001;
2. Мирко Васиљевић, Пословно право, Београд, 2004;
3. Милорад Бејатовић, Банкарско право и хартије од вредности, Нови Сад, 2008;
4. Наташа Петровић, „Међународни документарни акредитив и место карго осигурања у њему“, Право и привреда, бр. 5-8/2006;
5. П. Касавица, Процес формирања и уривљања портофилиом корпоративних клијената пословне банке, Београд, 2016;
6. Лидија Барјактаровић, Управљање ризиком, Београд, 2009;
7. Roy Goode, Commercial law, London, 2004;
8. Svetlana Topolšek, Usvojen novi tekst Jednobraznih pravila i običaja za dokumentarne akreditive UCP600 Rev. Beograd, 2007;

If a nominated bank determines that a presentation is complying and forwards the documents to the issuing bank or confirming bank, whether or not the nominated bank has honoured or negotiated, an issuing bank or confirming bank must honour or negotiate, or reimburse that nominated bank, even when the documents have been lost in transit between the nominated bank and the issuing bank or confirming bank, or between the confirming bank and the issuing bank.

A bank assumes no liability or responsibility for errors in translation or interpretation of technical terms and may transmit credit terms without translating them.“

⁴⁴ C. Anđelković, op. cit. 74.

⁴⁵ Art. 1. „... They are binding on all parties thereto unless expressly modified or excluded by the credit.“

9. Cvijeta Anđelković, „Prva iskustva u primeni revidiranih jednobraznih pravila i običaja za dokumentarne akreditive UCP 600“, Bankarstvo 11-12, 2007.

Нормативни акти

1. UCP500 1993 - Uniform Customs and Practices for Documentary Credits 1993;
2. UCP600 2007 - Uniform Customs and Practices for Documentary Credits 2007;
3. Закона 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. 1/2003 - Уставна повеља

Интернет домени

1. http://www.letterofcredit.biz/UCP_600.html
2. <http://www.pks.rs/Vesti.aspx?IDVestiDogadjaji=6910>
3. <https://www.tradefinanceglobal.com/letters-of-credit/ucp-600/>
4. <https://www.jus.uio.no/lm/icc.ucp500.1993/doc.html>
5. <http://static.elmercurio.cl/Documentos/Campo/2011/09/06/2011090611422.pdf>

Strahinja Miljković, Ph. D.
Assistant Professor

LETTER OF CREDIT AND NEW UCP 600 rev. 2007 RULES

Summary

Letter of Credit in market circumstances where evident in the increasing volume coming conclusion spacing sale represents one of the most secure payment instruments. Autonomy, independence liabilities, business documents (not the edge), are decisive determinate why the letter of credit in international trade relations spacer attaching the epithet secure payment instrument. A letter of credit is an instrument: a) proper collection and conditional payment security; b) credit the buyer and v) ensuring proper delivery. Uniform Customs and Practice for Documentary Credits as uniform rules governing transactions by documentary letters of credit in the global market of goods and capital.

Keywords: letter of credit, payment instrument, spacing buying and selling, principal, user, Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.

Др Душко Челић
Асистент

НОРМАТИВНА ДЕЛАТНОСТ УНМИК-а – ПРИЛОГ ВЛАДАВИНИ НЕПРАВА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ

Астракт: *Пракса спровођења Резолуције СБ ОУН бр. 1244, од стране УНМИК-а, на жалост, у најважнијим њеним сегментима јесте пракса кршења њеног духа и слова. Сведоци смо бруталног непоштовања суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије (односно, Републике Србије, као државе-сукцесора) али и неиспуњења обавеза које је међународна заједница преузела на себе, нарочито у погледу поштовања елементарних људских права свих грађана на Косову и Метохији. Уместо да буде непристрасна, Мисија УН на Косову и Метохији, на челу са Специјалним представником, је своју улогу свела на асистирање сепаратистичкој албанској политици свршених чињеница.*

У раду се указује на непостојање правног основа за "конверзију" контролног мандата Специјалног представника у мандат који је обухватио вршење целокупне извршне, законодавне и судске власти на Косову и Метохији. Такође, указано је на правну неутемељеност непоштовања затеченог правног поретка, као и прекида континуитета са правним поретком Савезне републике Југославије, односно, Републике Србије, као државе-сукцесора. Услед одсуства правног основа, као и ванправних мотива, поменути нормативна делатност УНМИК-а, пре би се могла назвати "квазизаконодавном политиком", упркос њеној формално-правној заоденутости у рухо општих правних норми.

Кључне речи: *Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК). Територијални интегритет и суверенитет Југославије/Србије. Квазизаконодавна политика УНМИК-а. Прекид континуитета са правним системом Југославије/Србије.*

1. "ПРАВНИ ОСНОВ" НОРМАТИВНЕ ДЕЛАТНОСТИ УНМИК-а

Као што је познато, Резолуцијом Савета безбедности ОУН бр. 1244, усвојеном 10. јуна 1999. године¹, којој је предходила војна интервенција НАТО-а против Савезне републике Југославије, под изговором "спречавања насиља и репресије које су оружане снаге СР Југославије (по)чиниле против албанског становништва на Косову и

¹ У даљем тексту: Резолуција.

Метохији", уведена је привремена управа Уједињених нација (УНМИК²) на овом делу територије наше земље.

Садржина мандата УН на Косову и Метохији, према тексту Резолуције, требала је да буде ограничена поштовањем суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије³. Ово ограничење поменуто је више пута, како у основном тексту, тако и у анексима Резолуције.⁴ Разуме се, поштовање суверенитета СР Југославије, са становишта његове садржине, ваља тумачити систематски имајући у виду целину текста Резолуције као и "Кумановског споразума"⁵. То значи да је суверенитет СР Југославије на Косову и Метохији ограничен у погледу вршења војног и цивилног дела безбедносних функција, чије је вршење "пренето" на мултинационалне војне и цивилне снаге безбедности на Косову и Метохији. Но у свему осталом, принцип суверенитета СР Југославије је, према тексту Резолуције, морао бити поштован.

Када је пак реч о територијалном интегритету СР Југославије, он је морао бити безусловно поштован. Чињеница да се у Резолуцији захтева успостављање "широке аутономије и суштинске самоуправе за Косово",⁶ ни у ком случају се не би могла тумачити као ограничење територијалног интегритета СР Југославије (односно, Републике Србије, као државе сукцесора), већ напротив, аутономија управо подразумева државни оквир у коме се она остварује; стога, аутономија, макар она била и "суштинска", представља потврду а никако негацију територијалног интегритета наше земље. У том смислу, Резолуција иде и корак даље, прецизирајући,

² Резолуција заправо у тач. 5. говори о: "цивилном и безбедносном присуству на Косову под покровитељством УН". Сама скраћеница "УНМИК" није садржана у Резолуцији, већ у акту Специјалног представника Генералног секретара ОУН – "УНМИК/РЕГ/1999/1 О овлашћењима прелазне управе на Косову" од 25. јуна 1999. године. У преамбули овог акта, наводи се да је Савет безбедности ОУН овластио Генералног секретара да : "успостави међународно цивилно присуство на Косову, под називом Мисија Прелазне управе Уједињених Нација на Косову (УНМИК)." Термин УНМИК представља скраћеницу за енглеску верзију поменуте "кованице": United Nations Interim Administration Mission in Kosovo.

³ О карактеру и садржини мандата УНМИК-а, видети: Душко Челић, Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет?, Уставне промене у нас, Косовска Митровица, 2004, 135-145.

⁴ Вид. ст. 9. преамбуле, тач. 10. основног текста, тач. 5. Анекса I, тач. 5. и 8. Анекса II Резолуције.

⁵ Реч је о "Војно-техничком споразуму између Међународних снага безбедности (КФОР) и Влада Савезне Републике Југославије и Републике Србије" закљученом у Куманову, 9. јуна 1999. године.

⁶ У ст. 10. преамбуле Резолуције, користи се термин: "substantial autonomy and meaningful self-administration for Kosovo".

expresis verbis, да ће: "народ Косова моћи да ужива суштинску аутономију у оквиру СР Југославије."⁷

Генерални секретар Уједињених Нација, је поменутом Резолуцијом био овлашћен "да успостави присуство међународних цивилних снага на Косову да би могла да се успостави привремена управа за Косово под којом ће становништво на Косову уживати суштинску аутономију унутар СР Југославије, и које ће омогућити прелазна управа, истовремено успостављајући и надгледајући развој привремених демократских институција самоуправе, како би се обезбедили услови за нормалан и миран живот свих становника Косова."⁸ Истовремено, Резолуцијом се "тражи од Генералног секретара да именује ... Специјалног представника који ће контролисати остваривање присуства међународних цивилних снага..."⁹

Специјални представник Генералног секретара је, вероватно имајући у виду поменуте одредбе, 25. јула 1999. године, донео "Уредбу бр 1999/1", у којој је сам себи прописао овлашћења која су, очигледно, много шира од оних датих Резолуцијом.¹⁰ Овом уредбом, сву законодавну, извршну и судску власт на територији Косова и Метохије, Специјални представник Генералног секретара, доделио је сам себи.¹¹ Потпуно је нејасно како је на основу контролне надлежности над међународним цивилним снагама на Косову и Метохији, Специјални представник "засновао" сву законодавну, извршну и судску надлежност на Косову и Метохији, коју, узгред, према важећем Уставу, територијална аутономија и нема?

II ПРЕКИД КОНТИНУИТЕТА СА ПРАВНИМ СИСТЕМОМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

⁷ Тач. 10. Резолуције користи термин: "substantial autonomy within the federal Republic of Yugoslavia. Вршење "суштинске аутономије" уз поштовање принципа суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије, потврђено је и у тач. 5. Анекса I као и у тач. 5. и 8. Анекса II Резолуције.

⁸ Тач. 10. Резолуције

⁹ Тач. 6. Резолуције

¹⁰ Према схватању Б. Милисављевића, поставља се питање које су границе привременог вршења власти од стране међународне организације (каква је УНМИК), односно, да ли из мандата привремене управе једном територијом, произилази право на доношење закона? Овакве нејасноће последица су додељивања општег мандата од стране Савета безбедности, које специјални представник на терену често тумачи веома слободно и произвољно. (Бојан Милисављевић, Нове мировне мисије Организације уједињених нација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 179.)

¹¹ В. чл. 1. "УНМИК/УРЕД/1999/1".

Присвајајући сву власт на Косову и Метохији, Специјални представник је отишао и корак даље. Тако је, у маниру "револуционарног" законодавца, утврдио услове под којима ће: "закони који су били на снази на територији Косова пре 24. марта 1999. године наставити да се примењују на Косову"¹². Новом уредбом донетом 12. децембра 1999. године, тадашњи Специјални представник Генералног секретара УН, Bernard Kouchner, задао је и формално, смртни ударац једном од темељних правних принципа - принципу правне сигурности, прописујући да ће се на Косову и Метохији примењивати "закон који је био на снази на Косову на дан 22. марта 1989. године"!?!¹³ Ова одлука донета је из разлога који нису правне природе: под притиском албанских судија и тужилаца, који су одбили да примењују правне норме које су чиниле правни поредак затечен 23. марта 1999. године, јер "наметаће тих закона, који су дискриминациони у односу на Албанце, и који су симболи деценија угњетавања, озакоњује српску окупацију Косова".¹⁴ Не само поменуте околности, већ и сам датум који је накнадно Специјални представник

¹² Вид. чл. 3. "УНМИК/УРЕД/1999/1".

¹³ Вид. Чл. 1(б) "УНМИК/УРЕД/1999/24".

¹⁴ "The increasingly contentious relationship between local jurists and UNMIK began with the first legal regulation signed by Kouchner, which dealt with Kosovo's applicable law. Signed on July 25, Regulation No. 1 stated that the law "prior to March 24, 1999, shall continue to apply in Kosovo," as long as it does not conflict with international human rights standards or with the UN resolution, number 1244, which placed Kosovo under international administration and military protection. The UN interpreted the regulation to mean that the Serbian criminal code and Yugoslav criminal procedure code, in effect in Kosovo prior to the commencement of NATO bombing on March 24, would stay in force. Although UNMIK's interpretation is in conformity with international law, the failure to state categorically which law was in effect opened the door for Kosovo Albanian lawyers to argue that UNMIK should recognise the old Kosovo criminal code, in effect until 1989, when Kosovo's autonomy was revoked. And for them, the Serbian code was unconstitutionally imposed, discriminatory against Albanians, and symbolic of the past decade of repression. Some newly appointed judges threatened to resign. One judge from Prizren, A. Krasniqi, said that by forcing the Serbian laws on Kosovo, UNMIK was "legitimising Serbia's occupation of Kosovo." The issue came to a head at an August 15 meeting between Kouchner and the newly appointed judges and prosecutors. At the meeting, Kouchner bowed to demands that Serbian law not be enforced, thereby contradicting his own regulation. More importantly, legal experts conclude, he allowed the Albanian jurists to politicise the judicial process. There are only minor differences between the Kosovo and Serbian penal code and, even Albanian lawyers admit, the issue was purely symbolic – and political. (Fred Abrahams: "Justice Delayed In Kosovo", IWP R No. 96, 26. новембар 1999, <https://iwpr.net/global-voices/justice-delayed-kosovo>, 15. 3. 2015).

одредио "релевантним" у погледу важећих општих правних норми, указује да је критеријум којим се он руководио, политичке а не правне природе.¹⁵

Као да се поменути високи чиновник Уједињених нација угледао на комунистичке "револуционарне" законодавце, који су оружаном насиљем заменили "правним"¹⁶, с тим што су они такве потезе правдали задовољењем "револуционарне правде", за разлику од њега, који овакву праксу вероватно сматра практичном демонстрацијом "примене" Резолуције. Ту и такву владавину (не)права, УНМИК је у лицу Специјалног представника Генералног секретара, наставио да спроводи, доношењем на десетина "Уредби"^{17, 18}, којима је на Косову и Метохији, супротно Резолуцији, установљен правни систем потпуно независан од правног система СР Југославије, односно Републике Србије.

Понашајући се, противно духу и слову Резолуцији СБОУН бр. 1244, као супститут државе на Косову и Метохији,¹⁹ независан од државних власти Савезне Републике Југославије, односно, Републике Србије, а не као привремена управа која је била дужна да поштује

¹⁵ Реч је, наиме, о датуму усвајања амандмана на тада важећи устав Социјалистичке републике Србије из 1974. године, којима је Србија воспоставила уставотворну власт на читавој територији. Наиме, уставом Социјалистичке републике Србије из 1974. године, (ондашња) Социјалистичка Република Србија није могла самостално амандирати нити доносити устав, без сафласности скупштина аутономних покрајина у њеном саставу (ондашње Социјалистичке аутономне покрајине Војводине и Социјалистичке аутономне покрајине Косово). Амандманима на Устав Социјалистичке републике Србије, донетим 23. марта 1989. године, поново је успостављена уставотворна власт Србије. Интересантно је да је усвајање поменутих мандмана био повод за нови талас манифестовања сепаратистичких намера албанског сепаратистичког покрета на Косову и Метохији, праћен, масовним демонстрацијама, различитим облицима грађанске непослушности и првим појавним облицима организоване оружане побуне.

¹⁶ У том погледу, чак је и Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, донет 25. октобра 1946. године, Сл. лист ФНРЈ, бр. 86/1946, био "милостивији" према предходном правном поретку, у односу на господина Кочунер-а.

¹⁷ Реч је заправо о актима који, у највећем броју случајева, по своје обиму и садржини, представљају законске текстове. Према чл. 4. већ поменуте УНМИК/УРЕД/1999/1, ова (законодавна) акта носе назив "уредбе" ("regulations").

¹⁸ О обиму и размерама "законодавне" делатности Специјалног представника говори и податак да је он донео преко 200 "уредби" и њихових измена и допуна, као и преко 100 "административних упутстава" ("administrative directions"), које заправо, по својој садржини и обиму јесу пандан општих аката који се у нашем систему називају уредбама, (<http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette>, 12. 12. 2015.).

¹⁹ Више о томе, вид. Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No. 1, 12.

затечени правни поредак, правни систем и институције²⁰, Специјални представник је "општим актима – уредбама" установио не само читав низ општеобавезујућих правила понашања, већ и нове квазиправне институције и механизме за решавање спорова, укључујући и оне настале поводом стварних права на непокретностима.

Специјални представник је поред "законодавне", развио и "уставотворну" делатност. Најрадикалнији захват у уставно-правни положај Косова и Метохије након усвајања Резолуције, учињен је "уредбом о уставном оквиру за привремену самоуправу на Косову"²¹, коју је Специјални представник донео 15. маја 2001. године.

"Уставни оквир" је и формално и суштински несагласан са Резолуцијом. Формална несагласност огледа се у чињеници што Специјални представник, ни Резолуцијом нити било којим другим актом УН, није овлашћен да доноси било каква општа акта, па дакле ни ову "уредбу". Као што смо раније констатовали, Специјални представник је овај недостатак "надоместио" на начин што се једнострано прогласио "надлежним" за вршење свих видова власти на Косову и Метохији.

Суштинска несагласност ове "уредбе" са Резолуцијом, огледа се у томе што она садржински представља својеврсну ревизију Резолуције. Овом приликом навешћемо само неке од основних разлога који поткрепљују наш суд.

1) Косово и Метохија не дефинишу се као део територије Србије и Југославије (данас Србије и Црне Горе), већ као посебан "ентитет"²².

2) Према "уставном оквиру" СР Југославија и Република Србија немају никакве надлежности на Косову и Метохији, чак ни оне које су

²⁰ Поред слова и духа Резолуције 1244, на обавезу поштовања затеченог правног поретка у вршењу мандата УНМИК-а, подсећа и Генерални секретар ОУН, у свом извештају Савету безбедности ОУН од 12. 7. 1999. године, у коме јасно наводи обавезу УНМИК-а у том погледу: "In implementing its mandate in the territory of Kosovo, UNMIK will respect the laws of the Federal Republic of Yugoslavia and of the Republic of Serbia insofar as they do not conflict with internationally recognized human rights standards or with regulations issued by the Special Representative in the fulfilment of the mandate given to the United Nations by the Security Council. In the same vein, the UNMIK interim civil administration will respect the existing institutions to the extent that they are compatible with its mandate." (Вид. Report of the Secretary-General on the United Nations Interim administration mission in Kosovo, S/1999/779 од 12. 7. 1999, т. D. IV 36, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1999/779, 11. 3. 2014.).

²¹ Овај акт носи званичну ознаку: "УНМИК/УРЕД/2001/9", у даљем тексту: "Уставни оквир".

²² "Косово је ентитет под привременом међународном управом који, са својим становништвом, има јединствене историјске, правне, културне и језичке атрибуте." (чл. 1.1 "Уставног оквира").

изричито Резолуцијом поменуते,²³ а о надлежностима које јој припадају чак и уз најрестриктивније тумачење већ помињаних одредаба резолуције о поштовању принципа суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије, као и принципа садржаних у Споразуму из Рамбујеа^{24, 25}, нема ни говора.

3) Ни на једном месту у "уставном оквиру" не помиње се поштовање принципа суверенитета и територијалног интегритета Југославије, што Резолуција, као што смо навели, више пута чини; напротив, организација власти као и надлежности привремених органа власти на Косову и Метохији²⁶, урђени су потпуно независно у односу на надлежност органа власти у СР Југославији и Републици Србији. Тако је, установљен правосудни систем на Косову и Метохији потпуно независан у односу на правосудни систем Србије и Југославије, на челу са "врховним судом Косова" као највишом и последњом судском инстанцом, у оквиру кога је предвиђено да се, путем посебног већа, независно врши и квази уставно-судска власт.²⁷

4) Дефинише се извесна форма квази-војне структуре на Косову и Метохији у виду тзв. "косовског заштитног корпуса",²⁸ и у овом случају,

²³ Тач. 6. Анекса II Резолуције предвиђено је да ће "договореном броју југословенског и српског особља бити дозвољено да се врати и обавља следеће функције: 1. везу са међународном цивилном мисијом и међународним безбедносним присуством; 2. обележавања/чишћења минских поља; 3. одржавање присуства на местима српске културне баштине; и 4. одржавање присуства на главним граничним прелазима."

²⁴ Резолуција неоправдано користи израз "Споразум из Рамбујеа" за документ под називом: "Привремени споразум за мир и самоуправу на Косову". Реч је о коначном тексту Споразума од 23. фебруара 1999. године, који јсу потписали чланови тзв. "делегација Косова" као и представници "контакт групе" Kristopher Hill, Wolfgang Petritsch и Борис Мајорски (осим поглавља 2 и 7). Као што је познато, текст нису потписали чланови делегације СР Југославије и Републике Србије, те он у правом смислу и није споразум.

²⁵ Према чл. I 3. Споразума из Рамбујеа, било је предвиђено да СР Југославија има надлежности у области: територијалног интегритета, одржавања заједничког тржишта, монетарне политике, спољне политике, царина и савезних пореза, савезних избора и у другим областима прецизираним у одговарајућим члановима Споразума.

²⁶ "Уставни оквир" их назива "Привремене институције самоуправе".

²⁷ Вид. чл. 9.4.4, као и чл. 9.4.11 "Уставног оквира".

²⁸ Сама формулација надлежности "корпуса", и ако двосмислена и непрецизна, оставља сумње у погледу његовог квази-војног карактера: "... извршава задатке брзог реаговања у случају елементарних непогода на Косову у циљу јавне безбедности за време ванредних ситуација и задатке хуманитарне помоћи." (Поглавље 7 "Уставног оквира"). Ако се има у виду да је "корпус" настао "преображајем" тзв. ослободилачке војске Косова", као и војни карактер организације, опремања и деловања ове творевине, онда сумњи и нема много места.

потпуно независно у односу на одговарајуће структуре у СР Југославији (потом Србији и Црној Гори, потом Србији).

5) Предвиђен је међународно-правни капацитет Косова и Метохије, укључујући и "постизање и финализовање" споразума међународно-правног карактера.²⁹ Обавеза "координације" ових активности са Специјалним представником, ничим не доводи у питање оцену да је утврђивање ове надлежности Косова и Метохије противно Резолуцији.

6) "Уставним оквиром" нису предвиђене никакве институционалне везе "институција привремене самоуправе" на Косову и Метохији са органима Србије и Југославије, што је супротно принципима из Рамбујеа³⁰, на које изричито упућује Резолуција.³¹ Наиме, Споразум из Рамбујеа, у поглављу 1 ("Устав"), у члану IX ("Представљање"), садржи право "грађана Косова" да изаберу одређени број својих представника у органима законодавне, судске, и извршне власти у СР Југославији и Републици Србији.³²

7) Читав систем функционисања "привремених институција самоуправе" заснива се на принципу тзв. већинске демократије, насупротив принципу тзв. консоцијативне демократије,³³ што политичку вољу

²⁹ Вид. чл. 5. 6. "Уставног оквира".

³⁰ О садржини и контексту преговора у Рамбујеу вид. Предраг Симић, Пут у Рамбује: Косовска криза 1995-2000, Неа, Београд, 2000.

³¹ Вид. тач. 11.а и 11.д основног текста Резолуције, као и тач. 5. Анекса I и тач. 8. Анекса II Резолуције.

³² Најмање 10 посланика у Савезној скупштини, најмање 20 посланика у Народној скупштини, најмање по један члан у Савезној влади, и један члан у Влади Републике Србије, најмање по један судија у Савезном уставном суду и у Савезном суду, као и три судије у Врховном суду Србије.

³³ Консоцијационализам (енглески: Consociationalism), или консоцијативизам, је назив који у најширем смислу означава друштвено-политичко уређење у коме је одређеним друштвеним групама зајамчено учествовање у власти, односно одлучивању. Тај систем је карактеристичан првенствено за у етничком или религијском смислу хетерогене државе, а сврха му је да се, што је могуће више, отклоне, сукоби засновани на таквим поделама. Уколико се таква подела власти настоји спровести кроз њено демократско устројство, користи се израз консоцијативна демократија.

Према једном од најзначајнијих теоретичара консоцијативне демократије, А. Лијпарту (А. Lijphart), за постојање класичне консоцијације, неопходна су четири услова: 1.) подела власти, која учвршћује удео свакој од група у сваком сегменту власти, било да је реч о законодавној, извршној или судској власти; 2.) аутономија као елемент самоуправе сваке од друштвених група; 3.) Пропорционалност, која се не односи само на заступљеност у заједничким институцијама, него и на пропорционалну (пре)расподелу јавних ресурса, и 4.) право вета сваке од друштвених

албанске заједнице на Косову и Метохији чини институционално доминантном а српски народ на Косову и Метохији оставља без икаквих делотворних инструмената за очување виталних националних интереса³⁴, што је такође у супротности са принципима из Рамбујеа а тиме и са самом Резолуцијом. Упоредна нализа одговарајућих одредаба Привременог споразума за мир и самоуправу на Косову (Рамбује, 23. фебруар 1999. године), и "уставног оквира" указују на њихову суштинску разлику и далеко нижи ниво права и гаранција за Српски народ на Косову и Метохији у октроисаном акту Специјалног представника.³⁵

С обзиром да је Резолуција дефинисање привременог "правног оквира" за Косово и Метохију, везала за поштовање суверенитета и територијалног интегритета Југославије и споразуме из Рамбујеа, то је више него јасно да је и овом "уредбом" Специјалног представника, извршена груба ревизија Резолуције. По своме дејству, ова ревизија

група, као средство које гарантује заштиту виталних интереса у извршној или у законодавној или пак у обе гране власти истовремено. (Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, http://muse.jhu.edu/journals/journal_of_democracy/v015/15.2lijphart.html, 22. 12. 2015.).

У друштвима која су, нарочито након сукоба, оштро подељена по религијским, језичким, културним или етничким основама, као што је друштво на Косову и Метохији, консочијативна демократија омогућила би српском народу као и свим мањинским неалбанским заједницама, прописивањем посебног начина одлучивања о појединим питањима, мерама обавезне заступљености итд, равнотправније учешће, приступ власти и заштиту виталних националних интереса приликом одлучивања у законодавној, извршној и судској власти.

³⁴ "Уставни оквир" садржи, условно речено, два елементa консочијативне демократије: 1.) одредбу о, условно речено, суспензивном вету у трајању од 5+5 дана, у коме посебан "панел" подноси предлог "Привременој скупштини Косова", у вези већ усвојеног закона или дела закона за који најмање пет чланова скупштине "тврде да закон или неке његове одредбе нарушавају виталне интересе којој припадају." Таква препорука, међутим, не обавезује скупштину да је приликом поновног одлучивања, прихвати (Вид. чл. 9.1.39 - 9.1.41. "Уставних оквира"); и 2.) одредбу о обавезном учешћу "најмање једног припадника српске заједнице" у "Привременој влади Косова", (Вид. чл. 9.3.5(а) "Уставног оквира"), но, без предвиђеног посебног поступка у погледу одлучивања у тој "влади", када је реч о виталним националним интересима. Имајући у виду наведене одредбе "Уставног оквира", као и домаћај њихове (евентуалне)примене, мишљења смо да идеја консочијативности у њему није суштински прихваћена.

³⁵ Упор. ст. трећи преамбуле поглавља 1. Споразума из Рамбујеа са чл. 1.1 "Уставног оквира", чл. I 6) и ц) Споразума из Рамбујеа са чл. 5.6 "Уставног оквира", чл. II 1. Споразума из Рамбујеа са чл. 9.1.3 "Уставног оквира", чл. II 7. и 8. Споразума из Рамбујеа са чл. 9.1.39 - 9.1.42 "Уставног оквира", чл. V Споразума из Рамбујеа са чл. 4. "Уставног оквира", чл. VII Споразума из Рамбујеа са поглављем 4 "Уставног оквира", итд.

представља значајан, готово одлучујући корак ка одређивању (прејудицирању) будућег статуса Косова и Метохије. Оно што ће у историји Уједињених Нација остати забележено као раритет, то је чињеница да је један обавезујући акт Света безбедности (Резолуција бр. 1244), дерогиран актом чиновника Уједињених нација ("уредба" Специјалног представника генералног Секретара ОУН за Косово и Метохију).

Имајући у виду наведене чињенице, о правном оквиру и општим правним актима УНМИК-а, као и о њиховом правном карактеру, можемо говорити само условно, а поменути нормативну делатност УНМИК-а, будући узроковану ванправним мотивима, можемо сматрати неком врстом квазизаконодавне политике.

III "ОПШТЕ ВАЖЕЋЕ ПРАВО" НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ ПРЕМА "КВАЗИЗАКОНОДАВНОЈ ПОЛИТИЦИ" УНМИК-а

Као што смо раније указали, један од првих потеза УНМИК-а, био је прекид правног континуитета када је реч о позитивном праву на територији АП Косово и Метохија, у односу на остали део територије Републике Србије. И не само то, тај прекид правног континуитета, деловао је ретроактивно, тако да је на Косову и Метохији, када је реч о позитивном праву, према "законодавној политици" УНМИК-а, важеће право било оно које је било на снази на дан 22. марта 1989. године.³⁶ Ретроактивни прекид правног континуитета спроведен је пошто је предходно СПГС, сопственим актом – "уредбом", мимо мандата прописаног Резолуцијом Савета безбедности ОУН бр. 1244, прописао да "сва извршна, законодавна и судска власт припада њему".³⁷

Према УНМИК-овој "квазизаконодавној политици", на Косову и Метохији позитивно право чинили су следећи извори и "извори":

³⁶ Вид. чл. 1.1 "УНМИКУРЕД1999/24", измењено и допуњено "УНМИК/УРЕД/2000/59".

³⁷ Вид. "УНМИК/УРЕД/1999/1".

1. "уредбе" које објављује Специјални представник Генералног секретара, ("Унмик-ово законодавство у ужем смислу);

2. закони и општи акти Социјалистичке Аутономне Покрајине Косово, који су били на снази до 22. марта 1989. године (покрајинско законодавство);

3. закони и општи акти Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, који су били на снази до 22. марта 1989. године (савезно законодавство);

4. закони и општи акти Социјалистичке Републике Србије, који су били на снази до 22. марта 1989. године, а који су се, сагласно одговарајућим одредбама тада важећег Устава Социјалистичке републике Србије³⁸, примењивали на целој територији Републике Србије, (републичко законодавство), које је, или није, или је крајње спорадично примењивано из разлога "непознавања права" УНМИК-а;

5. закон и општи акти које је, након 2001. године, доносила "скупштина" као део "привремених институција самоуправе на Косову",³⁹

6. међународно признати стандарди људских права,⁴⁰ садржани у међународним конвенцијама и изворима;

7. "закони и општа акта" које су самопроглашене власти на Косову и Метохији, почеле да доносе након једностраног "проглашења независности Косова", 17. фебруара 2008. године.⁴¹

У области стварноправних односа, поменути "квазизаконодавна политика" УНМИК-а имала је за последицу, да се ионако партикуларно, поднормирано, несистематизовано и некодификовано право у области стварноправних односа поводом непокретности на територији АП Косово и Метохија⁴², претвори у "правни хаос", међусобно неусклађених и

³⁸ Устав Социјалистичке републике Србије, Сл. гласник СРС, бр. 8/74, прописао је у чл. 300. да се "републичким законом уређују јединствено за целу територију Републике... основи својинско-правних и других стварно-правних односа..."

³⁹ Вид. чл. 9.1.26. и 9. 1. 27. "УНМИК/УРЕД/9/2001".

⁴⁰ У чл. 1.3. "УНМИК/УРЕД/1999/24", користи се израз: "internationally recognized human rights standards."

⁴¹ С обзиром на противправност овог чина, о правном поретку и општим правним актима, можемо, и за потребе овог рада, говорити само условно, као акте de facto vlasti, које представљају системско задирање у стварноправне односе на непокретностима.

⁴² Област стварноправних односа у Србији (па тако и на Косову и Метохији), није била кодификована до увођења Управе Уједињених Нација на Косову и Метохији. Еволуција правне (де)регулативе у овој области, делила је бурну историјску судбину заједничких држава југословенских народа. Прва држава Срба, Хрвата и Словенаца, затекла је изразити правни партикуларизам у свим областима права, па дакле и у грађанској и стварној. Историјске прилике и правно-политички разлози нису, на

контрадикторних, садржаних у још бројнијим изворима, него што је то био случај до 10. јуна 1999. године. При томе је начињена "општа збрка у којој се не зна који југословенски и српски закони су на снази а који не,"⁴³ и уопште, који је пропис на знази.⁴⁴ Збрка закона, "уредби", "административних упутстава", и упутстава који чине сложен и неразмрсив "правни" систем, готово неприменљив за решавање спорова у вези својине на непокретностима на Косову и Метохији.⁴⁵ Поред тога, готово до краја мандата специјализованих тела за решавање захтева физичких лица у вези заштите имовинских права на непокретностима намењених становању, земљишту и другим непокретностима, (до краја 2006. године), није постојао поступак у вези са објављивањем

жалост, ишли у прилог очекиване унификације и кодификације приватног права; та настојања окончана су у Краљевини Југославији доношењем Преднацрта Грађанског законика 1934. године. По завршетку Другог светског рата, власт ФНРЈ је Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, аброгирајући грађанско-правне прописе затечене на тлу Југославије, прекинула континуитет између правног система "старе" и "нове" Југославије. Убрзана парцијална кодификација појединих области грађанског права у "другој Југославији", на жалост, никада није била обједињена у јединствен грађански законик. Услед прерасподеле законодавне надлежности са федерације на републике и покрајине, на основу Амандмана XXX, ст. 2, тач. 3, на Устав СФРЈ из 1963. године, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/1971", ни кодификација стварног права под називом Предоснова за нацрт Закона о правима на ствари, израђена 1964. године, није могла успешно "пребродити" законодавну процедуру. Тек 1978. године припремљен је нови Предлог за доношење Закона о основним својинско-правним односима, са нацртом Закона, чија је материја обухватала далеко уже поље стварно-правних односа од Предоснове. Након спроведених стручних расправа и скупштинске процедуре, Закон о основним својинскоправним односима (у даљем тексту: ЗОСПО), донет је 30. јануара 1980. године. Он је, на минималистички начин (под) регулисао неке од стварно-правних института, док је њихов највећи део, остао у надлежности законодавних власти ондашњих република и покрајина, које су поједина питања из области стварноправних односа на непокретностима, регулисале парцијално, посебним законима.

⁴³ "Unfortunately, the "legal chaos" described in the Third Annual Report has not visibly diminished. There is still a general confusion as to which Yugoslav laws are applicable and which are not... (Ombudsperson institution in Kosovo, Fourth annual report, 2003/2004, Pristina, 12. July 2004, 8.).

⁴⁴ "Most of these laws overlap each other and whichever of them is determined to be valid depends on who is the deciding authority. In short, no one is clear on what the applicable law is any more." Dule Vicovac, Challenges in Providing Legal Aid to Displaced Persons Following Armed Conflict: Lessons Learned from Kosovo, Journal of Human Rights Practice, Oxford, March, 2013, Vol. 5, Number 1, 2013, 198.

⁴⁵ Marco Roccia, Reforming property law in Kosovo: a clash to legal orders, European Review , 4 (2015), 566.

новодонетих "прописа" на Косову и Метохији, тако да општа јавност – она на чија права и обавезе се односе законски прописи и други општи акти, није чак ни упозната са већином закона који су се примењивали, према УНМИК-овој "законодавној политици".⁴⁶

IV ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Резолуцијом Савета безбедности ОУн бр. 1244 од 10. јуна 1999. године, *expresis verbis* је потврђен суверенитет и територијални интегритет Савезне Републике Југославије.⁴⁷ Кршећи слово и смисао Резолуције, Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији ретроактивно је аброгирала затечени правни поредак у Аутономној покрајини Косово и Метохија и на том делу Републике Србије успоставила "правни систем" независан у односу на остатак Србије, негирајући сваку државно-правну везу са њом. Овај "подухват", без преседана у пракси међународних мисија, изведен је нелегалном квазиправном активношћу Специјалног представника Генералног секретара Уједињених нација, који је, самовољно одређујући сопствени мандат, сам себи доделио сву законодавну, судску и извршну власт на Косову и Метохији. Тиме је сам себи, односно УНМИК-у, доделио улогу носиоца суверенитета на територији Косова и Метохије, за шта није било упоришта како у општем међународном праву, тако ни у релевантној Резолуцији Савета безбедности ОУН⁴⁸. Код привремених управа над територијом, као новом облику мировних мисија, не ради се о заснивању суверених права ОУН над подручјем на коме се обавља, већ о заснивању ограничене јурисдикције међународне заједнице. Узроци заснивања привремене управе над територијом могу свести на: 1.) проблем заснивања суверенитета на некој територији на којој је то питање било спорно (што поводом Косова и Метохије није био случај већ и самим тим што је суверенитет Југославије односно Србије потврђен и самом Резолуцијом којом је та привремена управа уведена) и 2.) немогућност друштва да, након унутрашњих сукоба, самостално обавља власт на одређеном подручју.⁴⁹ Јасно је да је у случају СРЈ односно Србије, реч управо о другом случају, тиме се неоснованост поступања УНМИК-а,

⁴⁶ Ombudsperson institution in Kosovo, Fourth annual report, 2003/2004, Pristina, 12. July 2004, 8-9.

⁴⁷ Вид. ст. 9. преамбуле Резолуције, тач. 10. основног текста Резолуције, тач. 5. Анекса I и тачке 5. и 8. Анекса II Резолуције.

⁴⁸ Б. Милисављевић, *op. cit.* 173.

⁴⁹ Б. Милисављевић, *op. cit.* 172.

односно Специјалног представника генералног секретара ОУН, додатно поткрепљује.

Правна норма мора имати етичку суштину и примењивати се у складу с њом, у супротном, оно, у суштинском смислу, нужно пада у неправу.⁵⁰ Задирање УНМИК-а у правни поредак Републике Србије на Косову и Метохији, које смо у овом раду назвали "законодавном политиком УНМИК-а", чија је суштина успостављање "правног дисконтинуитета" правног поретка на Косову и Метохији у односу на правни поредак Републике Србије, коме је припадао до 10. јуна 1999. године, уз прописивање опште ретроактивности од више од 10 година, (23. март 1989. године), представља јединствен пример одсуства етичке садржине права и правне извесности. Примена права које је познато, тј. позитивно, основа је правне извесности. Чак и да је УНМИК имао право да мења затечени правни поредак, а ми смо у раду стали на супротно становиште, садржина и општа ретроактивност примене свих прописа⁵¹ на Косову и Метохији, без испуњења било ког од општих или посебних услова,⁵² као и ширење домена примене ретроактивности на правне односе који су већ окончани⁵³, не дају им морални а тиме ни правни карактер. Јер позитивно право, и у случају УНМИК-а, као самопрокламованог "сурогат-законодавца", није ничим неограничено

⁵⁰ Оливер Антић, Сумрак права, Годишњак правног факултет у Источном Сарајеву, бр. 1/2010, 6.

⁵¹ Поред квалитативног, постоји и квантитативно ограничење поља примене ретроактивности. Наиме, Само поједине законске одредбе могу имати ретроактивно дејство а не и цео закон. То је још једнагарантија начела друштвене и правне сигурности, јер цео закон никада не може имати ретроактивно дејство, чак и под предпоставком постојања друштвеног интереса за ту ретроактивност. (Слободан Перовић, Ретроактивност закона и других општих аката, теорија сукоба закона у времену, Научна књига, Београд, 1987, 166.).

⁵² Да би правна норма деловала ретроактивно, потребно је да она буде когентна и да општни (претежнији) интерес изискује њено повратно дејство. Приликом одмеравања тих интереса пак, нарочито би требало узети у обзир да ли повратно дејство правне норме: 1.) нарушава правну сигурност; 2.) погоршава положај адресата; 3.) отклања или пак подстиче неједанкост пред законом и 4.) отклања примену правне норме која је била противна правном поретку или моралу. Свега тога у "Законодавној политици УНМИК-а" није било. (О ретроактивности закона у грађанском праву, са упућивањима, вид. Владимир В. Водинелић, Грађанско право, уводне теме, Номос, Београд 1991, 90-99.).

⁵³ Ширење домена примене ретроактивности на правне односе који су већ окончани, сматра се неодрживим, јер се нико, па ни закон, не може фактички вратити у прошлост. (Милан Петровић, К питању сукоба закона у времену, Зборник за теорију права, св. 3, Београд, 1987, 315.).

право прописивања правила понашања, чију примену обезбеђује монополем физичке принуде.

ЛИТЕРАТУРА

F. Abrahams: “Justice Delayed In Kosovo”, IWP R No. 96, 26. новембар 1999, <https://iwpr.net/global-voices/justice-delayed-kosovo>, 15. 3. 2015;

О. Антић, Сумрак права, Годишњак правног факултет у Источном Сарајеву, бр. 1/2010;

D. Vicovac, Challenges in Providing Legal Aid to Displaced Persons Following Armed Conflict: Lessons Learned from Kosovo, Journal of Human Rights Practice, Oxford, March, 2013, Vol. 5, Number 1;

В. В. Водинелић, Грађанско право, уводне теме, Номос, Београд 1991;

Војнотехнички споразум између Међународних снага безбедности (КФОР) и влада Савезне републике Југославије и Републике Србије, Документи о Косову и Метохији, Documents on Kosovo and Metohia, Либер прес, Београд, 2002;

A. Lijphart, Constitutional Design for Divided Societies, http://muse.jhu.edu/journals/journal_of_democracy/v015/15.2lijphart.html, 22. 12. 2015;

Б. Милицављевић, Нове мировне мисије Организације уједињених нација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007;

<http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette>, 12. 12. 2015;

Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No. 1;

Ombudsperson institution in Kosovo, Fourth annual report, 2003/2004, Pristina, 12. July 2004;

С. Перовић, Ретроактивност закона и других општинских аката, теорија сукоба закона у времену, Научна књига, Београд, 1987;

М. Петровић, К питању сукоба закона у времену, Зборник за теорију права, св. 3, Београд, 1987;

Резолуција СБ ОУН бр. 1244, Документи о Косову и Метохији, Documents on Kosovo and Metohia, Либер прес, Београд, 2002;

Report of the Secretary-General on the United Nations Interim administration mission in Kosovo, S/1999/779 од 12. 7. 1999, т. D. IV 36, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1999/779, 11. 3. 2014;

М. Рокција, Reforming property law in Kosovo: a clash to legal orders, European Review, 4 (2015);

П. Симић, Пут у Рамбује: Косовска криза 1995-2000, Неа, Београд, 2000;

Устав Социјалистичке републике Србије, Сл. гласник СРС, бр. 8/74;

"УНМИК/УРЕД/1999/1";

"УНМИК/УРЕД/1999/24";

"УНМИК/УРЕД/ 2000/59"

"УНМИК/УРЕД/2001/9";

Д. Челић, Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет?, Уставне промене у нас, Косовска Митровица, 2004.

Duško Čelić, Ph. D.
Teaching Assistant

QUASI-NORMATIVE ACTIVITIES OF UNMIK - CONTRIBUTION OF RULE INJUSTICE ON KOSOVO

Summary

The practice of implementation of UN Security Council Resolution no. 1244, by UNMIK, unfortunately, the most important of its segments is the practice of violation of its spirit and letter. We are witnessing the brutal disrespect the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia (The Republic of Serbia as the successor state), as well as failure to fulfill the obligations that the international community has taken on, in particular as regards respect for fundamental human rights of all citizens in Kosovo and Metohija. Instead of being impartial, the UN Mission in Kosovo and Metohija, headed by the Special Representative, his role reduced to assisting separatist Albanian politics of graduates fact.

The paper points to the absence of a legal basis for "conversion" of the control rool of the Special Representative's mandate, which covered the entire exercise executive, legislative and judicial authority in Kosovo and Metohija. It also pointed to the failure to comply with the current legal groundlessness of the legal order, as well as discontinuity with the legal system of the Federal Republic of Yugoslavia, (The Republic of Serbia), as a state-sukceora. Due to the absence of a legal basis, as well as non-legal motives said normative activities of UNMIK, rather could be called "quasi-legislative policy".

Key words: United Nations Interim Administration in Kosovo (UNMIK). The territorial integrity and sovereignty of Yugoslavia / Serbia. Quasi-legislative policy of UNMIK. Discontinuity with the legal system of Yugoslavia / Serbia.

Гордана Дамјановић
Асистент

УГОВОРНА И ПРИНУДНА ЛИЦЕНЦА

Апстракт: *Актуелност феномена интелектуалне својине узрокована је транзицијом цивилизације из индустријског у постиндустријско доба које се још назива и информационим добом. Информационо друштво поставља и нова правила која се означавају као „економија заснована на знању“ Због тога је нови миленијум донео нову улогу интелектуалној својини, која је постала важна због унапређења иновационих и привредних потенцијала како у високо развијеним земљама, тако и у земљама у развоју. Поуздан патентни систем и уопште систем права интелектуалне својине, представља предуслов за пренос технологија и улагања. Без адекватне заштите ниједно предузеће се не би упустило у откривање своје технологије. Наша земља не може да рачуна на страна улагања ако не створи амбијент у коме ће права интелектуалне својине бити адекватно заштићена. Поред заштите, неопходно је обезбедити и ефикасно искоришћавање права. С обзиром да титулари права нису често у могућности да сами искоришћавају своје интелектуалне творевине, опредељују се за уступање имовинско правних овлашћења уговором о лиценци. Међутим, право на искоришћавање заштићених права је истовремено и обавеза титулара. Санкција због некоришћења овлашћења је принудна лиценца. Ову санкцију не треба ипак посматрати као казну, зато што се њом не одузима титулару право, већ се само ограничава. И поред тога што се принудна лиценца веома ретко користи, од изузетне је важности, јер сама могућност издавања исте делује превентивно на носиоца, да свој проналазак искоришћава у производњи или да га уступи заинтересованом лицу.*

Кључне речи: *технологија, патент, уговор о лиценци, принудна лиценца.*

Интелектуална својина ствара правне претпоставке да креативни људи живе од свог рада. Та морална идеја да интелектуални рад буде награђен такође је и претпоставка економског развоја друштва. Већ одавно у свету не постоји развијена земља која нема развијен систем заштите интелектуалних права.

21. век је донео нову улогу интелектуалној својини широм света. Државе настоје да уврсте интелектуалну својину у приоритетне области, пре свега ради унапређења иновационих и привредних потенцијала. Наша земља не може да рачуна на страна улагања ако не створи амбијент у коме

Гордана Дамјановић, асистент

ће права интелектуалне својине бити адекватно награђена. Заштита интелектуалне својине има дугу традицију у Србији. Њени почeci датирају од 1883. године, када је у Паризу потписана Конвенција за заштиту индустријске својине, која представља једну од првих међународних споразума у области права интелектуалне својине. Србија је тада била једна од само 11 држава потписница споразума који је до данас потписало близу 180 држава.¹

Данас је Србија потписница свих конвенција из области права интелектуалне својине којима администрира Светска организација за интелектуалну својину (World Intellectual Property Organization-WIPO). Светска организација за интелектуалну својину створена је на основу Конвенције о оснивању светске организације за интелектуалну својину (у даљем тексту Конвенција), која је закључена 14. јула 1967. године на дипломатској конференцији у Штокхолму. До ступања на снагу Конвенције (26. априла 1970. године) није постојао институционални механизам који би омогућавао државама потписницама међународних уговора из области интелектуалне својине ефикасно извршаваће уговора, као и доношење одговарајућих одлука о програмским, финансијским, административним и другим питањима од заједничког интереса држава-чланица.²

Главни задатак Светске организације за интелектуалну својину је унапређење заштите интелектуалне својине као и припремање и закључивање нових мултилатералних уговора из ове области. Да успешно остварује свој задатак, показује податак да је пре потписивања конвенције егзистирало свега седам међународних уговора, док данас, администрира преко тридесет мултилатералних међународних уговора у оквиру Светске организације за интелектуалну својину.³

У члану 2 Конвенције, дефинисано је да се интелектуална својина односи на књижевна, уметничка и научна дела, интерпретације уметника извођача, фонограме, радио и ТВ емисије, проналаске у свим областима људске активности, као и на научна открића, индустријски дизајн, жигове, заштиту од нелојалне конкуренције и сва друга права везана за интелектуалну активност у индустријској, научној, књижевној и уметничкој области.

¹ Наша земља је чланица Париске конвенције о заштити индустријске својине од 26. Фебруара 1921. године. Конвенција је објављена у Службеном листу СФРЈ-Међународни уговори и други споразуми, бр. 5/74.

²Весна Бесаровић, Благота Жарковић, „Интелектуална својина, међународни уговори“, Београд, 1999, 418.

³ В. Бесаровић, Б. Жарковић, стр.420.

Једнако важне, поред међународних споразума, јесу и Директиве које се односе на област интелектуалне својине, закључене у оквиру ЕУ. Може се рећи да су Директиве најважнији извор секундарног законодавства које обезбеђује остварење циљева ЕУ и хармонизацију националних законодавстава уз истовремено поштовање разлика националних традиција и структура правних система. Циљ Директива није унификација права, него хармонизација права држава чланица ЕУ.⁴ Имајући у виду комплексност нормативних активности у овој области и велики број Директива са којима је Србија ускладила прописе, остварују се добри резултати у области заштите права интелектуалне својине.⁵ Право интелектуалне својине у нашој земљи је у великој мери хармонизовано са правилима ЕУ, релевантним међународним конвенцијама али и са Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (у даљем тексту TRIPS)⁶ и захваљујући чињеници да су закони из те области новијег датума, па је приликом њиховог доношења озбиљно вођено рачуна о потреби хармонизације. Хармонизација је неопходна и због знатно увећане економске улоге права интелектуалне својине у економским односима⁷.

Поред правне, дакле, неопходно је истакнути и економску перспективу система интелектуалне својине, будући да се патенти, жигови и други облици интелектуалне својине користе за различите видове аранжмана у односима са другим учесницима на тржишту.

Интелектуална права чини скуп правних овлашћења која правни поредак признаје титуларима права. Основни задатак ауторског објективног права, које је део права интелектуалне својине, је пружање правне заштите аутору, и његовом ауторском делу. Објективно ауторско право пружа заштиту и наследницима, након ауторове смрти, као и корисницима ауторских дела у случајевима када аутор пренесе своја овлашћења на друга лица или када су корисници појединих врста

⁴ Биљана Мићашевић-Ковачевић, „Директива Савета бр.93/83/ о координацији одређених правила у погледу ауторских и сродних права која се примењују на сателитско емитовање и кабловски пренос“, Европски правник, Нови Сад, 2006., 106.

⁵ „Ефикасна заштита интелектуалне својине-важна ставка на европском путу Србије“, www.zis.gov.rs, 15.09.2016.

⁶ Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), чини Анекс 1Ц Споразума из Маракеша којим је установљена Светска трговинска организација, закључен је 15. Априла 1994 године и ступио на снагу 1. Јануара 1995. године.

⁷ Слободан Марковић, „Хармонизација југословенских прописа у области патентног права са прописима ЕУ“, Правни живот бр.11/2001, 698.

ауторских дела одређени законом.⁸ Ауторско субјективно право се састоји од две врсте овлашћења, моралних са једне и имовинско правних овлашћења са друге стране. Морално правна овлашћења пружају заштиту аутору за разлику од имовинско правних овлашћења која обезбеђују аутору право искоришћавања и располагања делом.

Право индустријске својине се такође састоји од две групе овлашћења, као што су имовинско правна и морално правна овлашћења. И док морално правна овлашћења обезбеђују титулару право да буде назначен у пријави али и свим осталим исправама које се односе на предмет заштите, имовинско правна овлашћења обезбеђују титулару несметано коришћење и располагање заштићеним правом.

Права интелектуалне својине су као и било која друга власничка права, допуштају ствараоцу, или стицаоцу права на патент, жиг или ауторско право, да има користи од свог рада. Право интелектуалне својине постоји да би пружило подстицај титуларима права за улагање сопствених ресурса у стварање интелектуалних добара.

Најразвијеније земље света све више улажу у интелектуални ресурс, чиме се борба за глобални престиж у свету преноси на терен научно-технолошког развоја. Ко у том домену оствари предност има шансе да обезбеди не само економску већ и војну и политичку доминацију. Креативне гране привреде као што је издаваштво, затим, музика и филм, постали су моћан генератор економског развоја и запослености како у високо развијеним земљама тако и у земљама у развоју.⁹

Чест је случај у пракси међутим, да ствараоци интелектуалних добара немају потребне механизме за њихово успешно искоришћавање. Тежиште њихових интересовања се своди уступање искључивих овлашћења уговором о лиценци. Поред уговорне, ту је и принудна лиценца, која се примењује као метод искоришћавања интелектуалних добара онда када је то у интересу целокупне друштвене заједнице.

1. УГОВОР О ЛИЦЕНЦИ

Реч лиценца је латинског порекла и потиче од речи *licentia* што означава дозволу, допуштање или слободу за коришћење туђег искључивог права индустријског власништва.

Уговор о лиценци је такав уговор којим се давалац лиценце обавезује да уступи стицаоцу лиценце право искоришћавања проналаска,

⁸ Весна Бесаровић „Интелектуална својина, индустријска својина и ауторско право, Београд, 2005.,21.

⁹ Милован Марковић, Општи увод у право интелектуалне својине, Београд, 2007.,4.

жига, дизајна али и право коришћења ауторског дела, док се стичалац лиценце обавезује да за то плати накнаду. С обзиром на ексклузивност права интелектуалне својине, корисници морају да добију дозволу од стране титулара права како би могли да их користе.

Уговор о лиценци је основни инструмент којим се остварује промет имовинско правних овлашћења интелектуалне својине. Он припада групи уговора о коришћењу ствари односно права. Ови уговори имају за циљ да се туђа ствар односно туђе право користи уз обавезу да се после извесног времена предмет уговора врати другој уговорној страни. Поред уговора о лиценци, у групу уговора о уступању ствари односно права на привремено коришћење спадају уговор о закупу, уговор о послузи и уговор о зајму.¹⁰

Имовинско правна овлашћења се могу преносити на транслативни и констативни начин. Код конститутивног облика преноса, имовинско правна овлашћења остају код титулара права али се из њих изводи једно уже овлашћење, право коришћења. Уговор о лиценци је пример конститутивног преноса заштићених права, док се транслативни пренос може остварити на основу уговора о цесији. Наиме, Закон о патентима¹¹ предвиђа да се право на подношење пријаве, право из поднете пријаве, патент и мали патент, могу пренети на основу уговора о цесији. Закон о жиговима¹² предвиђа да носилац жига и подносилац пријаве на жиг могу уговором о цесији пренети жиг односно право из пријаве за све или само за неку робу или услуге на друго лице. Предмет уговора о цесији може бити и дизајн као и право из пријаве, према Закону о правној заштити дизајна¹³. Поред наведених заштићених права, предмет уговора о цесији могу бити и незаштићена права попут техничког знања и искуства know-how, као и непријављени проналасци, дизајн или знак за обележавање роба односно услуга. Међутим, аутор за свог живота може вршити само конститутивни промет имовинско правних овлашћења, што заправо значи да аутор не може закључивати уговор о цесији већ искључиво своја имовинско правна овлашћења може уступати уговором о лиценци. Ово ограничење је последица прихватања монистичке теорије субјективног ауторског права¹⁴. Према монистичкој теорији ауторско право није ни чисто лично ни чисто имовинско право, већ јединствено право састављено од лично правних и имовинско правних елемената, који заједнички служе за заштиту личних и материјалних интереса аутора. Пошто аутор

¹⁰ Слободан Перовић, Облигационо право, Београд, 1982, 288.

¹¹ Закон о патентима- ЗОП, Службени гласник РС бр.39/11.

¹² Закон о жиговима, Службени гласник РС бр. 104/09, 10/13.

¹³ Закон о правној заштити дизајна, Службени гласник РС бр. 101/07, 45/15.

¹⁴ В.Бесаровић, (2005),.312.

задржава морално правна овлашћења до краја живота, он уговором може само уступити поједина имовинско правна овлашћења. Закључивањем уговора о лиценци аутор дакле не само да задржава сва морална права већ и она имовинско правна овлашћења која није пренео уговором, док се после протеча времена за који је уговор закључен, аутору „враћају“ имовинска права у пуном обиму.

Уговор о лиценци се разликује од куповине односно продаје интелектуалне својине. Продајом, власничка права прелазе са продавца на купца као и технологија за договорену цену. Уговором о лиценци преноси се право на коришћење интелектуалне својине, право на промет, производњу, коришћење или продају производа који садрже технологију, и то на тачно одређени начин, време и у одређеном региону. Заправо се закључивањем уговора о лиценци, успоставља континуирани интерактивни однос између даваоца и корисника лиценце, који заједнички раде на реализацији заједничког циља, а то је ефикасно коришћење технологије у обостраном интересу.¹⁵

Разлози за коришћење лиценцирања могу веома различити, тако да је основно лиценцирање, заправо само један начин коришћења права интелектуалне својине. Уговор о лиценци се може закључити у циљу спречавања копирања производа односно услуга, затим, да би се осујетила конкуренција, контролишу тржишта или генеришу приходи. Данас се дакле, користе сложеније методе експлоатације попут унакрсног лиценцирања. Унакрсно лиценцирање патената се остварује када обе стране у трансакцији имају интелектуалну својину за коју су вољне да дају лиценцу. Често ће исход овог унакрсног лиценцирања бити исплата нето накнаде једној или другој страни. У другим случајевима доћи ће до размене патената или патентних збирки.¹⁶ Многе фирме користе сопствена права интелектуалне својине као полуге у преговорима за склапање послова попут заједничког истраживања и развоја, спајања или стратешке сарадње софистицираних предузећа која користе права интелектуалне својине за различите пословне подухвате.¹⁷

Уговором о лиценци може се уступити одређено право интелектуалне својине, на пример право на коришћење патентом заштићеног проналаска или право на умножавање и дистрибуцију ауторског дела. Али, уговор о лиценци се може односити и на више права

¹⁵ „Закључивање уговора о лиценцирању технологије“, Приручник Завода за интелектуалну својину, [www.zis.gov.rs/ upload/ documents/ pdf-sr/pdf/ razmena %vrednosti: pdf](http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf-sr/pdf/razmena%vrednosti.pdf), 18.06.2016.

¹⁶ Камил Идрис, *Интелектуална својина, моћно средство економског раста*, Београд, 2003, 112.

¹⁷ “Successful Technology Licency”, www.wipo, 12.09 2015,

интелектуалне својине која су неопходна за репродуковање, употребу или продају производа (на пример уступа се дозвола за развој софтверског производа који је заштићен патентом, жигом и ауторским правом). Неке лиценце могу на пример укључивати право коришћења жига упоредо са правом на производњу, коришћење, продају, дистрибуцију и/или увоз патентираних проналазака. Уговором о лиценци се могу уступити и сва права интелектуалне својине која су неопходна у циљу стварања тржишта производа, која су у складу са техничким стандардима или спецификацијама¹⁸.

Уступање права интелектуалне својине мора бити у складу са националним прописима и међународним конвенцијама. Материја уговора о лиценци је уређена Законом о облигационим односима¹⁹ (чл.686 до 707) који садржи детаљну регулативу општег типа уговора о лиценци. Ипак, на првом месту се од домаћих извора налазе већ наведени прописи из области права интелектуалне својине. На питања која нису регулисана наведеним прописима, примењују се одредбе закона којима се уређују облигациони односи.²⁰ Од међународних извора уговора најзначајнија је Конвенција о оснивању светске организације за интелектуалну својину, Париска конвенција за заштиту индустријске својине, Мадридски аранжман о међународној регистрацији жигова²¹ и Локарнски аранжман за међународну класификацију узорака и модела.²²

Уговор о лиценци спада у облигационе именоване, двострано обавезне (синалагматичне²³) и теретне уговоре, који се закључује *intuitu personae*. Ако се уговор упише у одговарајући регистар, на захтев једне од уговорних страна, он добија апсолутно правно дејство, делује *erga omnes*. У нашој земљи је надлежност за вођење регистра али и свих других управних поступака у вези заштите права интелектуалне својине припала Заводу за интелектуалну својину (у даљем тексту Завод) са седиштем у Београду. Да би уговор производио дејство, потребно је да је закључен у писаној форми и да садржи основне податке уговорних страна, датум

¹⁸ На пример, група предузећа је пристала на одређени технички стандард да обезбеди интероперабилност уређаја, па титулари права интелектуалне својине обједињују своја права како би уступили дозволу свакоме ко жели да користи стандард на разуман начин и под недискриминаторским условима, www.wipo, 12.09.2015.

¹⁹ Закон о облигационим односима - ЗОО, Сл. лист СФРЈ бр.29/78.

²⁰ Чл.46 ЗОП.

²¹ Мадридски аранжман о међународној регистрацији жигова, Сл.лист СФРЈ-Међународни уговори и други споразуми, бр.2/74.

²² Локарнски аранжман за међународну класификацију узорака и модела, Сл.лист СФРЈ-Међународни уговори и други споразуми, бр.51/74.

²³ Јаков Радишић, Облигационо право, Београд, 2000, 125.

закључења, време трајања и обим лиценце, као , број пријаве или регистрованог права за које је лиценца установљена.²⁴

Субјекти уговора јесу давалац и прималац лиценце. И док се као прималац лиценце може појавити било које лице, домаће или страно, физичко или правно, далеко је сложеније одређивање даваоца лиценце. Заправо, уговором се могу уступити не само заштићена права, већ ту могућност имају и подносилац патентне пријаве, пријаве за дизајн и жиг. Претпоставка за закључење уговора је постојање искључивог субјективног права на коришћење проналаска. Такво право не постоји све док се проналазак (или друго право интелектуалне својине) не пријави Заводу. Наиме, настанком права из пријаве, које је такође искључиво право, уговорени облици коришћења проналаска од стицаоца постају овлашћења која су деривирана из искључивог права преносиоца²⁵.

Уговор не може трајати дуже од периода заштите права која се уступају. Дакле, лиценца као изведено право дели правну судбину изворног права, па уколико изворно право престане да постоји, свакако долази и до престанка лиценце.

Предмет уговора се може посматрати као објект интелектуалне својине ради кога се уговор закључује и као карактеристична радња коју поводом одређеног објекта треба да изврши давалац лиценце. Радња која је предмет уговора је уступање овлашћења на искоришћавање неког од објеката права интелектуалне својине. Свакако да предмет уговора опредељује његову садржину. Тако се у лиценцном уговору који укључује компјутерске програме, у клаузулама које одређују дозвољену употребу или примену, бити одређено да се одржава поверљивост. У уговору који се односи на жиг, нарочиту пажњу уговорне стране обраћају на контролу правилног коришћења жигова у рекламирању и маркетингу²⁶.

1.1 Врсте уговорне лиценце

Основна карактеристика искључиве лиценце је да давалац лиценце не сме вршити нити сме уступити трећем лицу овлашћења која је већ уступио кориснику лиценце. То значи, да само стицалац лиценце може користити лиценцу на одређеној територији и за одређено време. Да би корисник имао право на искључиву лиценцу, она мора бити изричито уговорена, и такође мора бити уписана у одговарајући регистар Завода, да

²⁴ Биљана Јовичић, „Лиценца и залога“, ЕИЦ Билтен бр.18/јул, 2014,3.

²⁵ Слободан Марковић, Патентно право, Београд, 1997, 317.

²⁶ Закључивање уговора о лиценцирању технологије“, Приручник Завода за интелектуалну својину ,[www.zis.gov.rs/ upload/ documents/ pdf-sr/pdf/ razmena %vrednosti: pdf](http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf-sr/pdf/razmena%vrednosti.pdf), 14.09.2016.

би произвела erga omnes дејство. Као последица околности да је искључива лиценца искључиво право, њен носилац има активну легитимацију за подизање тужби против трећих лица због неовлашћеног коришћења проналаска на начин којим се вређа лиценца. Носилац лиценце је активно легитиман да тужи и даваоца лиценце, и то не само због повреде уговорне обавезе, већ и непосредно због повреде лиценце као искључивог права.²⁷

Код ауторских уговора, такође, ако је аутор уступио искључиво право, онда се за време трајања уговора мора уздржати од сваког уступања права коришћења другом лицу у обиму који је уступио. Код неких ауторских уговора законодавац прописује искључивост у погледу уступљеног права, на пример, код издавачког уговора.²⁸

За искључиву лиценцу је у старијој правној теорији заступано становиште да представља једну врсту цесије права интелектуалне својине. Овакво схватање је постојало у француском, швајцарском као и у немачком праву за које је карактеристична дефиниција коју је дао Кехлер, према којој се „право лиценце састоји у преносу права употребе и материјалног добра на одређено друго лице, али не тако да му се преда искључива употреба, него да се уз његову употребу придружи и употреба власника патента и евентуална употреба трећих лица“. Оваква схватања, да уговорна лиценца постоји само када је у питању неискључива лиценца, данас се више не јављају, већ правна теорија уговорном лиценцом сматра и искључиву и неискључиву лиценцу.²⁹

Суштинска разлика између цесије са једне и лиценце са друге стране, огледа се у томе што се код уговора о цесији преноси само право, док се код уговора о лиценци преноси овлашћење коришћења предмета лиценце. Цесионар постаје цедентов правни следбеник, он стиче право индустријске својине, док га цедент губи. Давалац лиценце и даље остаје титулар права и преноси само једно или више имовинско правних овлашћења, док стицалац лиценце не постаје његов правни сукцесор.

Неискључива лиценца овлашћује свог носиоца на коришћење заштићеног проналаска у уговором предвиђеном року с тим што давалац лиценце за себе задржава право да исто овлашћење уступи и другима или да га сам користи. Носилац неискључиве лиценце нема активну легитимацију за тужбе против трећих лица због повреде лиценце. Али, ако давалац лиценце повреди неку уговорну обавезу, стицалац неискључиве

²⁷ С.Марковић, (1997),319.

²⁸ В.Бесаровић, (2005),. 312.

²⁹ Драгомир Којић, „Врсте уговора о лиценци“, Правни живот бр.11/2001,767.

лиценце може поднети тужбу против даваоца лиценце због повреде уговорне обавезе.³⁰

Данас су искључиве лиценце изузетак а неискључиве или како их још називају, просте лиценце, правило. Ако се даје искључива лиценца то у уговору треба недвосмислено да стоји, због тога што се полази од обориве претпоставке да је давалац лиценце желео да пренесе што мање права на стицаоца лиценце.³¹

Поред наведене поделе уговора о лиценци која је остварена на основу обима уступљених права, уговори о лиценци се могу поделити и на основу других критеријума. Тако се на основу критеријума територије, деле на просторно ограничене и просторно неограничене уговоре. Код просторно ограничених уговора, кориснику лиценце се ограничава простор на коме може искоришћавати предмет уговора, а ако уговором о лиценци није одређена територија, сматра се да је лиценца просторно неограничена. На основу критеријума времена трајања, уговори о лиценци се могу закључивати на одређено или на неодређено време, међутим, ако је предмет уговора неко од заштићених права интелектуалне својине чије је трајање ограничено, онда лиценца не може бити одобрена за време дуже од трајања законске заштите тог права.³²

2. ПРИНУДНА ЛИЦЕНЦА

У праву интелектуалне својине важи правило да ствараоцу припадају сва морална и имовинско правна овлашћења за његов рад. Морално правна овлашћења се састоје у томе да он буде назначен у свим списима, исправама, и публикацијама које се односе на пријављено односно заштићено право, док се имовинско правна компонента овлашћења састоји у праву да се економски искоришћава заштићено право. Стваралац је физичко лице и нема могућности да увек сам, непосредно, искоришћава своје дело односно проналазак, због тога што су често неопходна додатна финансијска средства, технички капацитети и стручни кадрови. Управо из тог разлога титулари права се одлучују на закључивање уговора о лиценци. Али, титулар има не само право већ и обавезу да искоришћава проналазак или друго заштићено право³³ Нису ретки случајеви да проналазач заштити проналазак али га економски не искоришћава, нити жели да уступи своје право трећем лицу путем уговора. Друштвени интерес захтева да се у таквим ситуацијама ограниче

³⁰ С. Марковић, (1997),319.

³¹ Д. Којић, *op.cit.* 768.

³² В. Бесаровић, (2005),187.

³³ Зоран Миладиновић,“ Принудна лиценца“, Правни живот бр.11/2000,697.

искључива права носиоца патента. Принудна лиценца је облик ограничавања права у таквим случајевима и може се појавити у облику принудне лиценце и принудне лиценце у јавном интересу.³⁴ Принудна лиценца је дакле санкција за некоришћење проналаска, али се принудном лиценцом не одузима титулару право на патент, већ се само ограничава. И ако се везују искључиво за патенте, одредбе о принудној лиценци наилазимо и у законима који регулишу друге облике интелектуалне својине. Тако се принудна лиценца може издати за нове биљне сорте и топографије интегрисаних кола, док су у САД уобичајене у области ауторског права. Ипак, треба нагласити да није дозвољена принудна лиценца жигова.³⁵

Принудна лиценца се може доделити из неколико разлога, који се сви у ширем смислу тичу заштите јавног интереса. То су неискоришћавање и недовољно искоришћавање патентираног проналаска, зависност неког другог патента од патента који је предмет принудне лиценце, злоупотреба монопола, додељивање принудне лиценце у јавном интересу (у ужем смислу) и рестрикција у трговини.³⁶

Принудна лиценца се не може тражити због неискоришћавања или недовољног искоришћавања проналаска пре истека рока од четири године од подношења патентне пријаве, односно три године од издавања патента, при чему се примењује рок који истиче касније. Лице заинтересовано за коришћење туђег проналаска је дужно да докаже да је пре подношења захтева покушало да добије овлашћење носиоца права за коришћење заштићеног проналаска и да овлашћење није добило у разумном року. Уколико титулар права докаже да је постојао разлог који оправдава некоришћење или недовољно коришћење заштићеног проналаска, принудна лиценца неће бити издата.³⁷ У одређеним случајевима, јавни интерес намеће потребу издавања принудне лиценце која се не сматра мером санкције због некоришћења, или недовољног коришћења, па се њеном издавању може приступити одмах, без потребе да се сачека протек времена у којем носилац патента може добровољно да приступи непосредном или посредном искоришћавању.

³⁴ Његослав Јовић, „Принудна лиценца за патенте који се односе на производњу фармацеутских производа“, Српска правна мисао, Бања Лука, 2015, 42.

³⁵ Лана Бубало, „Институт принудне лиценце у међународном, упоредном и босанскохерцеговачком праву“, Нова правна ревија, 2/2013, 55.

³⁶ Атила Дудаш, „Развој правне регулативе принудне лиценце у међународним и домаћим изворима патентног права“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2013, 464.

³⁷ Чл.28. ЗОП.

Институт принудне лиценце је први пут установљен Париском конвенцијом у којој се у члану 5А, тачки 2 истиче да „свака земља има могућност да прибегне потребним законским мерама којима се предвиђа давање принудних лиценци, да би спречила злоупотребе које би могле настати употребом искључивог права датог патентом, на пример некоришћењем“.

Одредбе Париске конвенције су знатно пооштрене TRIPS ом. Принудна лиценца ће се доделити само у појединачним случајевима, под условом да је потенцијални корисник покушао да добије сагласност носиоца патента (осим у ванредним ситуацијама, стању нужде или ради некомерцијалне употребе проналаска), при чему се обим и трајање коришћења проналаска ограничавају у складу са сврхом за коју се принудна лиценца издаје.³⁸ Преузимајући решења TRIPS а, наш ЗОП а истиче да се обична лиценца може доделити у следећим случајевима. Прво, ако субјект сам не користи или недовољно користи проналазак заштићен патентом, а другим лицима одбије да га уступи или им поставља неоправдане услове за уступање. Затим, принудна лиценца се може одобрити и у случају када се без коришћења основног проналаска не може у целини или делимично економски искоришћавати други проналазак који је касније заштићен на име другог лица. Такође, принудна лиценца се може одобрити, када је неопходно исправљање поступка за који је у судском или управном поступку утврђено да се противи начелу слободе конкуренције.³⁹ ЗОП а су поред оштег института, регулисани и посебни облици принудне лиценце, а то су, принудна лиценца за коришћење технологије полупроводника, принудна лиценца у корист оплемењивача биљних сорти и принудна лиценца за патенте који се односе на производњу фармацеутских производа ради извоза истих у државе које се суочавају са проблемом јавног здравља.

Наведени трећи посебни облик посебне принудне прописан је из разлога што је актуелни ЗОП а усклађен са TRIPS ом а то је нужни услов за обнављање чланства у Светску трговинску организацију (у даљем тексту СТО), јер ни једна земља не може бити чланица 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 TRIPS у се није ни постављало.⁴⁰

³⁸ А. Дудаш, 466.

³⁹ Чл.26. ЗОП.

⁴⁰ Наша земља је имала статус посматрача од 1955. године, статус придруженог члана од 1959, статус пуноправног чланства од 1962, док од 1992. године нисмо били чланови ГАТТа. Данас Србија има статус кандидата за чланство....Предраг Шулејић,

На рунди преговора која је у оквиру СТО одржана у Дохи 2001. године, донета је Декларација којом је потврђено право свих држава чланица да заштите јавно здравље и издају принудне лиценце. Наиме, земљама чланицама је омогућено да у случају великих епидемија, принудним лиценцама омогуће производњу домаћих лекова. Међутим, проблем настаје када земља у развоју не поседује производне капацитете за производњу лекова, док увоз генеричких лекова произведених по принудној лиценци није могућ, с обзиром да су принудне лиценце непреносиве, што онемогућава да се принудна лиценца пренесе привредном субјекту који располаже производним капацитетима. На састанку који је одржан у Канкуну 2003. године, донета је Одлука о имплементацији, којом је омогућено давање принудне лиценце за извоз у земљу која не поседује сопствене производне капацитете, с тим што Веће TRIPS а мора бити обавештено, и све произведене количине морају бити извезене, док земља увозница мора доказати да заиста не поседује производне капацитете.⁴¹ Захваљујући наведеном институту онемогућени су несавесни титулари патената да злоупотребе своја права, тако што би наплатили прескупо лек у периоду озбиљног вандредног стања, јер омогућују флексибилност у вандредним ситуацијама.⁴² Наведени посебан облик принудне лиценце, који је прописаним и нашим актуелним ЗОП а, представља резултат проналажења равнотеже између интереса корисника са једне и титулара права са друге стране. Могућност одобравања наведеног посебног облика принудне лиценце постоји само у случајевима јавног некомерцијалног коришћења и у случајевима вандредног стања у земљи, које може бити изазвано епидемијама.

И поред тога што се институт принудне лиценце веома ретко користи у нашој земљи, само постојање овог института је веома битно, зато што и могућност издавања принудне лиценце, делује превентивно на титулара права да свој проналазак искоришћава у производњи или да то своје право уступи заинтересованом лицу. Са друге стране, наш актуелни ЗОП а, прописујући јасне услове под којима трећа лица могу користити

„Заједничка трговинска политика ЕУ и однос према СТО“, Скрипта за европске студије, Београд, 2004, 13.

⁴¹ WTO-Intellectual Property, TRIPS and public health, <http://www.wto.org/english/trips/pharmpatent-e-htm>, 11.12.2010.

⁴² David Carer, “Drug Production, Public Interest vs Intellectual Property rights“, Yale Journal of Medicine and Law, Vol VI, Issue 2, www.yalemed.law.com/2010-02-drug-production-public-interest-w-i-p-r, 04.10.2011.

заштићени проналазак, а да тиме не чине повреду патената, штити интересе титулара права на патент.⁴³

ЛИТЕРАТУРА

Бесаровић Весна, Интелектуална својина, индустријска својина и ауторско право, Београд, 2005.

Бесаровић, Весна, Жарковић Благота, „Интелектуална својина, међународни уговори“, Београд, 1999.

Бубало Лана, „Институт принудне лиценце у међународном, упоредном и босанскохерцеговачком праву“, Нова правна ревија, 2/2013.

Дудаш Атила, „Развој правне регулативе принудне лиценце у међународним и домаћим изворима патентног права“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2013.

Идрис Камил, Интелектуална својина, моћно средство економског раста, Београд, 2003.

Јовић Његослав, „Принудна лиценца за патенте који се односе на производњу фармацеутских производа“, Српска правна мисао, Бања Лука, 2015.

Јовичић Биљана, „Лиценца и залога“, ЕИЦ Билтен бр.18/јул, 2014.

Којић Драгомир, „Врсте уговора о лиценци“, Правни живот бр.11/2001.

Carer David, “Drug Production, Public Interest vs Intellectual Property rights“, Yale Journal of Medicine and Law, Vol VI, Issue 2, www.yalemed.law.com/2010-02-drug-production-public-interest-w-i-p-r, 04.10.2011.

Марковић Слободан, Патентно право, Београд, 1997.

Марковић Слободан, „Хармонизација југословенских прописа у области патентног права са прописима ЕУ“, Правни живот бр.11/2001.

Марковић Милован, „Општи увод у право интелектуалне својине“, Београд, 2007.

Миладиновић Зоран, „Принудна лиценца“, Правни живот бр.11/2000.

Мићашевић-Ковачевић Биљана, „Директива Савета бр.93/83/ о координацији одређених правила у погледу ауторских и сродних права која се примењују на сателитско емитовање и кабловски пренос“, Европски правник, Нови Сад, 2006.

Перовић Слободан, Облигационо право, Београд, 1982

⁴³ Зоран Миладиновић, „Ограничење патента као субјективног права интелектуалне својине“, Правни живот бр.11/2004, 828.

Радишић Јаков, Облигационо право, Београд, 2000.

Шулејић Предраг, „Заједничка трговинска политика ЕУ и однос према СТО“, Скрипта за европске студије, Београд, 2004.

Интернет извори

Ефикасна заштита интелектуалне својине-важна ставка на европском путу Србије“, www.zis.gov.rs.

„Закључивање уговора о лиценцирању технологије“, Приручник Завода за интелектуалну својину, www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf-sr/pdf/razmena%vrednosti.pdf.

“Successful Technology Licency”, WTO-Intellectual Property, TRIPS and public health, <http://www.wto.org/english/trips/pharmpatent-e.html>.

Закони и међународни споразуми

Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78.

Закон о патентима, Службени гласник РС, бр. 39/11.

Закон о жиговима, Службени гласник РС, бр. 104/09, 10/13.

Закон о правној заштити дизајна, Службени гласник РС, бр. 101/07, 45/15.

Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78.

Мадридски аранжман о међународној регистрацији жигова, Службени лист СФРЈ - Међународни уговори и други споразуми, бр. 2/74.

Локарнски аранжман за међународну класификацију узорака и модела, Службени лист СФРЈ - Међународни уговори и други споразуми, бр. 51/74.

Gordana Damjanović
Assistant

CONTRACTUAL AND COMPULSORY LICENSE

Summary

Actuality of intellectual property phenomenon is caused by the transition from an industrial civilization to a post-industrial age which is also called the information age. The information society establishes a new rule that are referred to as "knowledge-based economy". Therefore, the new millennium brought a new role of intellectual property, which has become important for enhancing innovation and economic potentials in highly developed countries as well as in developing countries. A reliable patent system and the system of intellectual property rights in general is a precondition for the transfer of technology and investments. No company would disclose their technologies without adequate protection. Our country cannot rely on foreign investments if it doesn't create an environment in which intellectual property rights will be adequately protected. In addition to protection, it is necessary to ensure the efficient use of rights. Considering that right holders are not often able to exploit their own intellectual creation, they choose to assign the property legal rights by the license agreement. However, the right of exploitation of protected rights is also the obligation of the holder. The sanction for non-use of authorization is compulsory license. This sanction should nevertheless not be seen as a punishment, because it doesn't deny the right to the rightholder, but it only limits it. Despite the fact that the compulsory license is very rarely used, it is of great importance, because the mere possibility of issuing such license act preventively to the holder to exploit his invention in production or to transfer it to the interested party.

Keywords: technology, patent, licensing agreement, compulsory license.

НАКНАДА ШТЕТЕ - општа разматрања -

Апстракт: *Интересовање за штету уопште, а посебно за нематеријалну штету која се досуђује код повреде права личности не престаје. Томе доприноси повећани ризик настанка штете условљен техничко технолошким напретком, бројним природним и ратним катастрофама, саобраћајним несрећама, али и медијским повредама права на приватност и сл. Настала штета и губитак њоме изазван се морају надокандити, а накнада се може посматрати као новчана и морална. Обзиром на то да се нематеријална штета не може егзактно утврдити, јер су бол и страх субјективне категорије које се различито испољавају код људи, утврђивање правичне надокнаде је посебан изазов како за теорију, тако и за праксу.*

Кључне речи: *штета, нематеријална штета, правичност.*

Увод

Актуелност питања штете временом не јењава. Напротив, бројни фактори ризика условљени развојем технике и технологије, али и начином живота и рада у савременим условима, мултипликују могућности настанка штете како на материјалним, тако и на нематеријалним, односно неимовинским добрима. Свако од нас се нашао у ситуацији у којој је претрпео неки вид штете или сам нанео штету некоме.

Појам штете¹ је актуелан не само за право, већ и за економију, медицину али и свакодневни живот. Штета се као израз користи кад год се пропусти нека пријатност или се деси нека непријатност, па тако врло често чујемо да је штета што неко није завршио факултет, да је штета настала услед елементарних непогода, да је много фактора који штетно утичу на здравље и слично. Настанак штете условљен је чињењем или нечињењем односно пропуштањем да се нешто учини од стране појединаца, државе, удружења и организација, али може настати и од

¹ Штета се дефинише као оштећење имовине или онемогућење стицања имовине, проузроковане неком лицу од стране од стране трећих лица, или под дејством природних догађаја, али и као физичко и морално оштећење личности (физичка повреда човека трајних последица, повреда моралних квалитета човекових). Стеван М. Куколеча, Организационо-пословни лексикон-израза, појмова и метода, Рад, Београд, 1986, 1490.

опасних ствари, животиња, биљака и др. Посматрана као губитак или погоршање неког животног добра човековог насталог на материјалном добру она представља *штету у економском смислу*. У правном смислу који има уже значење, штета не обухвата сваку врсту шкођења коју човек доживљава, него само оног који је достојан правне заштите, те у *правном смислу* под штетом подразумевамо *сваки уштрб неког правно заштићеног добра, односно интереса, који настаје мимо воље погођеног лица, и који је неко дужан да надокнади*.² Веома је важно да је штета настала мимо воље оштећеног јер је у супротном реч о отуђењу или утрошку имовине.

Већина законодавстава не даје јасну и свеобухватну дефиницију штете, већ наводи и набраја различите врсте штета. Када је у питању наше законодавство, питање штета регулисано је Законом о облигационим односима, којим се она дефинише као умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење психичког бола или страха (нематеријална штета).³

Различитост појавних облика штете, велики број критеријума поделе, али и њихов различит правни третман условио је појаву више врста штета, па тако разликујемо материјалну и нематеријалну штету, посредну и непосредну, предвидљиву и непредвидљиву штету и друге. У раду је акценат на нематеријалној штети, њеном дефинисању, историјском развоју, утврђивању висине штете и њене правичне накнаде.

1. Нематеријална штета – актуелност и оспоравања

Једна од важнијих, ако не и најважнија подела штета је подела на *материјалну* и *нематеријалу* штету. Основ ове поделе је правно добро које је штетом погођено, па ако је штета настала на материјалном добру реч је о материјалној штети, а ако је настала на неимовинским или личним добрима ради се о нематеријалној штети.

Док се имовинска штета тиче, отприлике, онога што оштећени има, неимовинска се тиче њиховог личног интегритета, тј. онога што он јесте.⁴ То што он јесте, односи се пре свега на његов живот, здравље, част и углед, достојанство, име, физички и психички интегритет. Повредом било ког од наведених неимовинских права човека у смислу претрпљеног страха, бола или било којих патњи представља *неимовинску штету*. Врло

² Јаков Радишић, Облигационо право, Номос, Београд, 2000, 198.

³ Чл. 155. Закона о облигационим односима – ЗОО, Службени гласник СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003- Уставна повеља.

⁴ Rudolf Hammann, Methoden und Problematik der Schadensberechnung (Munchen, 1972), 13. у Ј. Радишић, (2000), 199.

често повреда материјалних добара може изазвати поред материјалне штете и нематеријалну, али и повреда нематеријалних добара може да доведе до појаве материјалних трошкова, па је неопходно да се поред утврђивања врсте правног добра које је оштећено утврдити и исход настале штете.

Сам појам нематеријална штета указује на њено негативно одређење у односу на материјалну штету. У правној теорији постоје разлике у дефинисању нематеријалне штете, али им је заједничко то, да је за правилно изучавање правног института нематеријалне штете и њене накнаде неопходно познавати права личности као нераздвојног дела личности, која она има током целог живота без обзира на било коју припадност, статус или друга одређења⁵. При томе се мора водити рачуна о томе да се права личности мењају са друштвеним променама, успостављају се нова, док се постојећа трансформишу.

Нематеријална штета се не може изједначити са повредом права личности као таквом, већ само са оном чије се последице манифестују у неком од видова нематеријалне штете које закон разликује, али их не дефинише, а то су: трпљење физичког или психичког бола или страха. *Физички бол* се дефинише као „чулни бол“, непријатна сензација услед интензивне надражености коже или неког другог органа, док би страх био „емоција жестоког узбуђења или престрављености у присуству (стварном или антиципираном) опасности или бола“.⁶ Одређивање појма психичког бола је теже и врло често изазива забуну, јер се као термин не користи ни у психологији ни у психијатрији као дисциплинама које изучавају појаве које се могу означити овим термином, већ је реч је о законском, односно правном термину, који је прихваћен у правосудној пракси. *Психичким болом* се најчешће означавају психичке непријатности, односно доживљаји који се врло често јављају под називом „душевни бол“.

Признавање људских права као основа за утврђивање нематеријалне штете није одувек било прихваћено у правној теорији. Наиме, иако појам нематеријалне штете досеже далеко у прошлост у појединим раздобљима развоја човечанства нематеријална штета је оспоравана, а велики број држава није био правно опремљен да пружи адекватну заштиту или накнаду за штету коју су лица претрпела противправном радњом другог лица.

Одговорност за нематеријалну штету и њена накнада везују се за Римско царство, односно Римско право, а први пропис који пружа

⁵ Више о томе: Здравко М. Петровић, Наташа Мрвић-Петровић, Накнада нематеријалне штете, Службени гласник, Београд, 2012, 17.

⁶ Hogase V. Inglis, Ava Semprni Inglis, Обухватни речник психолошких и психоаналитичких појмова“, Савремена администрација, Београд, 1972, 55 и 530.

заштиту од телесне и духовне повреде јесте Закон 12 таблица.⁷ Важно је нагласити да пружена заштита није била грађанскоправна накнада штете коју би оштећени добио за штету коју је претрпео, већ казна починиоцу због противправног поступања. Казнени карактер накнаде због повреде права личности остао је у примени до 19. века, све до развоја теорије о правима личности. У Француској је грађанским закоником Code civil из 1804. године, лично право човека било заштићено, иако нису постојале посебне одреднице о заштити права личности. Применом одредбе 1382. Законика оштећеним лицима се даје право на накнаду штете, а оном ко је крив налаже њена надокнада, чиме се казнени карактер накнаде због повреде права личности потискује. Аустријски грађански законик из 1811. године прописује урођена права човека, а параграф 1329 садржи одреднице које се односе на заштиту телесног интегритета, здравља, физичког изгледа, живота и слободе. Заштита повреде права личних добара код нас била је регулисана грађанским закоником Краљевине Србије (Српски грађански законик - СГЗ), параграфом 800, односно 820, 821 и 822 у којима је ближе дат опис права која се штите.⁸ У бившој СФРЈ 1978. године донет је Закон о облигационим односима, који ће касније представљати основу за законе о облигационим односима република које су настале након распада СФРЈ.⁹ У нашем праву обавеза накнаде штете регулисана је Законом о облигационим односима.

У историјски дугом периоду од Римског царства и права, које је пружило основе за настанак и развијање грађанскоправног института накнаде нематеријалне штете, до данас, оспораване су могућности утврђивања и накнаде саме штете, као и круга лица које на надокнаду имају право. Спорно је да ли се последице повреде тела и психе могу надокнадити материјалним давањем, као и то да ли се може надокнадити штета настала повредом личности.

У теорији су се издвојиле *позитивна* и *негативна* теорија као основне теорије о оправданости и основаности досуђивања накнаде нематеријалне штете, мада постоје и друге које сматрају да је за надокнаду нематеријалне штете неопходно испуњавање одређених услова.

⁷ Закон (Законик) 12 таблица (lat. *Leges duodecim tabularum*) јесте прва и најважнија кодификација римског грађанског права. Законик је био урезан на металним плочама (легура бакра и цинка) и постављен на римском форуму 451/450г. пре нове ере, где је стајао све док Гали нису запалили Рим око 390. пре н.е., З. Петровић, Н. М. Петровић, (2012), 17, фн. 14.

⁸ Више о томе у З. М. Петровић, Н. М. Петровић, Накнада штете због смрти, телесне повреде или оштећења здравља, Југословенски преглед, Београд, 2008, 10.

⁹ Ibid.

Према присталицама *негативне теорије* циљ надокнаде штете је успостављање ранијег стања (реституција), што у условима настанка штете на неимовинским добрима није једноставно. Саму новчану надокнаду заговорници ове теорије виде као основ да се на страни оштећеног појави неосновано богаћење. Указујући на то да је бол субјективна категорија, унутрашњи доживљај који варира од човека до човека, сматрају да је његово новчано одређивање немогуће, а надокнада нематеријалне штете неморална и означава деградацију човекових личних добара.¹⁰ Негативан став о накнади нематеријалне штете најчешће је заступан у совјетској теорији.

Чињеница да је оштећени доживео штету, да трпи болове и да је нарушена његова психичка равнотежа за присталице *позитивне теорије* је довољан основ за накнаду претрпљене штете. Обзиром на то да није добровољно, већ против своје воље претрпео штету оштећени има право да тражи накнаду а право мора да „поставља питање изналажења средстава којима ће уклонити, односно, колико је максимално могуће, ублажити, неравнотежа која је у психички живот жртве унета трпљењем психичког, односно физичког бола“.¹¹

Имајући у виду растући значај нематеријалне штете, као и то да проузроковање штете у савременим условима представља извор облигација који конкурише облигацијама насталим као израз воље правних субјеката, у току је процес објективизирања нематеријалне штете. Европска комисија је 2005. године усвојила Начела европског одштетног права (Principles of European Tort Law), где се наводи да неимовинска штета не обухвата само физичке или душевне болове, већ подразумева и саму објективну повреду заштићеног права личности, а када се ради о повреди живота и здравља неимовинска штета одговара душевним боловима оштећеног, тежини повреде његовог телесног или душевног здравља.¹² Присталице позитивне теорије указују на то да нематеријална штета није „цена“ за претрпљене болове како физичке, тако и психичке, већ да се новчаном накнадом оштећеном омогућава да себи прибави неко задовољство које ће му омогућити да заборави проузроковане патње. Нематеријална штета није циљ већ средство којим оштећени задовољењем потреба које не би могао подмирити, олакшава себи живот и чини га подношљивијим, ублажава душевни бол који подноси. Нематеријална штета и накнада те штете се доживљавају, али

¹⁰ Вид. З. Петровић. Н. М. Петровић, (2012), 36.

¹¹ Обрен Станковић, *Накнада штете*, Номос, Београд, 1998, 43.

¹² European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer 2005, 171- 178.

тако што је штета непријатан, накнада штете (сатисфакција) пријатан доживљај.¹³

2. Одговорност за штету – критеријуми и подела

Настала штета и губитак њоме проузрокован погађају оног коме се штета догодила (*casum sentit dominus*), а само изузетно када за то постоје правом признати разлози коначне имовинскоправне последице штете прелазе на другога. Правни поредак допушта да се штета на другога превали само у случају када се она може њему *приписати*, кад је неко други „ближи“ штети него ималац добра које је њоме погођено.¹⁴ Преношење, односно расподела последица штетног догађаја представља разлог за интервенцију права. Да би постојало право на надокнаду штете, неопходно је да постоји одговорност штетника за штету коју трпи оштећени, што подразумева постојање правног основа такве одговорности. Сам појам основа одговорности треба да да одговор зашто, односно због чега неко одговара. Грађанска одговорност представља одговорност за штету и настаје као последица повреде познате норме која је присутна у скоро свим савременим кодификацијама грађанског права, а гласи *Neminem laedere*¹⁵ и односи се на забрану да се другоме учини штета. У правној теорији одговорност се посматра као *вануговорна*, одговорност код које не доводи свака штета до одговорности за њену накнаду и *уговорна* код које основ одговорности каузална веза остварена вољом странака у вези са неким правним послом, односно не извршавањем каузалног обећања због чега друга страна трпи штету.

Претпоставке одговорности разликују се зависно од тога да ли се одговорност заснива на критеријуму кривице или проузроковања штете. Закон о облигационим односима разликује три основа одговорности темељена на штети:

1. одговорност по основу кривице – субјективна одговорност,
2. одговорност без обзира на кривицу – објективна одговорност,
3. одговорност по основу правичности.

Када се за реализацију одговорности тражи кривица штетника ради се о *субјективној одговорности*, ако је пак тужени одговоран за било коју штету узроковану повредом или сметањем својинских права у

¹³ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4518/94 од 21. IX 1994. године у Драгољуб Симоновић, Накнада штете: према Закону о облигационим односима, Службени гласник, Београд, 2009, 360.

¹⁴ Helmut Koziol, Oesterreichisches Haftpflichtrecht, Band I Allgemeiner Teil, 2. Auflage (Wien, 1980), 1, у Ј. Радишић, (2000) 191.

¹⁵ Ibid, 180.

питању је *објективна одговорност* за причињену штету. ЗОО је прихватио принцип претпостављене кривице, што значи да штетник, лице које је причинило штету, одговара за штету и дужно је надокнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.¹⁶

Субјективна одговорност је заснована на кривици која се може испољити у тежем или лакшем облику. ЗОО предвиђа да кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом.¹⁷ Намерно проузроковање штете представља тежи облик кривице, док је непажња лакши облик. Основна подела кривице је подела на умишљај или намеру (*dolus*) и на непажњу (*culpa*). Ако је радња проузрокована намерно а учинилац свестан последица које ће из ње настати и пристаје на њено наступање у питању је умишљај, који се може јавити као директан и евентуалан. Непажња или немарност је такав облик кривице који се углавном одређује објективно (понекад може и субјективно), где се понашање учиниоца упоређује са понашањем других људи како би се утврдило да ли учинилац има дужну пажњу, пажњу која је редовна и уобичајена у контакту са другим људима. Непажња се може посматрати као обична (*culpa levis*) и као крајња или груба непажња (*culpa lata*). Код грубе непажње штетник у свом раду нема пажњу коју би имао сваки просечан човек, док обичне непажње разликујемо пажњу доброг домаћина, пажњу доброг привредника и пажњу доброг стручњака.

Објективна одговорност као одговорност без обзира на кривицу предвиђена је ЗОО, као посебна одговорност, која важи за опасне ствари и опасне делатности. Одредбама овог закона за штету од ствари или делатности од којих потиче повећана опасност штете за околину, одговара се без обзира на кривицу. Сматра се да настала штета потиче у вези са опасном ствари или опасне делатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете.

ЗОО као ни судска пракса нису дефинисали појам опасне ствари или делатности, односно закон садржи еластичан оквир који се мења, обухватајући нове категорије опасних ствари и нове категорије опасних делатности. Уважавајући резултате судске праксе и правне теорије, који се односе на опасне ствари и опасне делатности свако возило у покрету, лифт, саксија на тераси изнад улице, радови у руднику, каменолому и слично представљају опасност за човека и његову околину за коју се одговара без обзира на кривицу. Сама чињеница да је штетник ималац опасне ствари и да се бави опасном делатношћу, представља основ

¹⁶ ЗОО, чл.154.

¹⁷ ЗОО, чл. 158.

одговорности за накнаду штете, без обзира да ли је крив за проузроковану штету.

Одговорност по основу *правичности* настаје из чињенице да се право и правда не подударају увек. Начелно би свака судска пресуда трабала да буде правична, како то није случај, ЗОО је предвидео основ правичности, као корекцију субјективном и објективном основу одговорности, чијом би применом дошло до неправичних решења. Ако је рецимо одговорно лице слабог имовног стања и исплата пуне накнаде штете може да га доведе у оскудицу, суд доноси одлуку о исплати мање накнаде него што износи штета. По основу правичности снижење накнаде може бити примењено само ако штета није настала намерно или крајњом непажњом.

Одговорност због кривице или субјективна одговорност, кривицу штетника сматра најјачим разлогом имовинске одговорности. Услови за остварење права на накнаду штете код *субјективне одговорности* су:

- постојање штете,
- узрочна веза између штетникове радње и штетне последице,
- противправност штетникове радње,
- кривица штетника.

За накнаду штете код *објективне одговорности* неопходно је испуњење само прва два услова:

- постојање штете,
- узрочна веза између штетникове радње и штетне последице.

Први и основни услов без кога нема надокнаде јесте *постојање штете*, јер да нема штете не би било ни грађанскоправне одговорности за учињену радњу. Услов да једно лице (оштећени) може да тужи друго лице (починиоца штете) је да је оно претрпело штету.¹⁸ Из чињенице да начињена штета мора да се надокнади произлази облигација између оштећеног и штетника.

Да би дошло до одговорности за накнаду штете неопходно је да између штетникове радње и штете постоји *узрочна веза*, односно да штетна последица настаје као резултат радње коју је штетник предузео. Правна теорија и судска пракса опредељују критеријуме за одређивање када треба сматрати да узрочна веза постоји. Широко прихваћена теорија у бројним правним системима, тако и код нас је теорија *адекватне узрочности*, по којој се правно релевантним узроцима сматрају узроци који су подесни или подударни са штетном последицом. Ова теорија истиче адекватан узрок, који по редовном току ствари, и на основу

¹⁸ ЗОО, чл. 154.

практичног искуства, производи дату последицу.¹⁹ Овом теоријом се одређују оквири за одабирање адекватног узрока од више различитих, обзиром да штета никад не настаје као последица једног узрока. Као главни узрок настанка штете јавља се људска радња, чак и у ситуацијама када се као узроци штете истовремено јављају и људска радња и природни догађаји. Узрочна веза се не претпоставља, већ се мора доказати, а терет доказивања је на оштећеном лицу. Између радње и последице мора постојати непрекинута узрочна веза, тј. мора бити у континуитету, јер се прекидом ове везе учиниоц штете делимично или у потпуности ослобађа одговорности. Континентално право разликује посредни од непосредног узрока, од велоког броја догађаја који су предходили штети треба издвојити оне који су временски најближи. Прецедентно право разликује *чињенични узрок (cause-in-fact)* код кога се примењује тест *да није* (да није радње А, да ли би се десио догађај Б?) и *најближи узрок (proximate cause)* по коме туженикова радња мора да представља најближи узрок тужиоцеве штете.

Ако је радњом штетника повређено неко правило предвиђено позитивним прописима, онда за такву радњу кажемо да је *противправна*. Постоје мишљења да је за противправност радње довољно да буде прекршена нека правна норма, али и мишљења која инсистирају на томе да штетникова радња мора бити скривљена. Противправност се посматра не само као поступање које је противно прописима, већ и правилима обичаја и морала. Код грађанског деликта противправност се процењује независно од противправности као елемента одговорности за кривично дело и прекршај. Ако је штета проузрокована у самоодбрани, уз пристанак оштећеног, у случају вршења јавне дужности у границама овлашћења на основу закона, онда противправност не постоји.

Право на накнаду штете оштећени може остварити ако се радња којом је штета настала, починиоцу може приписати *кривица*.²⁰ Кривица постоји када се лице не понаша како се понаша разуман и пажљив човек у одређеној ситуацији. У смислу облигационог права, кривица се везује за лице које је штету проузроковало и очекује се да штету надокнади. Да би се једно лице сматрало кривим неопходно је да буде способно за расуђивање, односно да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима. Кривица штетника код субјективне одговорности егзистира као услов одговорности, али служи и као основ одговорности, јер даје

¹⁹ Вид. Оливер Антић, Облигационо право, Правни факултет Београд, 2012, 479.

²⁰ Кривица се може разумети на различите начине – као поступање које је погрешно са становишта основаних друштвених очекивања или као ментално стање које заслужује морални или друштвени прекор, Марија Караникић Мирић, Објективна одговорност за штету, Правни факултет Београд, 2013,7.

одговор на питање зашто једно лице одговара за причињену штету. Теорија и законодавство разликују доказану и претпостављену кривицу, а ЗОО усваја концепцију о претпостављеној кривици и код уговорне и код вануговорне одговорности. У грађанско-правном смислу познате су објективна и субјективна теорија кривице.

3. Правичност и накнада нематеријалне штете

Причињена штета се мора надокнадити што подразумева отклањање штетних последица по оштећеног од стране штетника. Расподелом последица настале штете, за шта је неопходна интервенција права, штета се преноси од стране оштећеног на страну штетника. Ниме, штетник надокнадом штете сноси последице свог понашања, док оштећени обзиром на то да није својом вољом ушао у облигациони однос са штетником очекује надокнаду штете. Надокнада штете у условима када је штета материјална подразумева повраћај у пређашње стање, односно *реституцију*, која се може посматрати као *натурална* и *новчана*. Када су у питању последице нематеријалне штете, отклањање се може остварити на два начина: *моралном* (нематеријалном) сатисфакцијом и *новчаном* (материјалном) сатисфакцијом.²¹

Надокнада нематеријалне штете у смислу отклањања штетних последица може се остварити у мањем броју случајева претрпљене нематеријалне штете, док се код већине штета насталих на нематеријалним добрима не може натуралном реституцијом вратити стање у пређашње. Чињеница да нематеријална штета погађа неимовинска добра човека, да је врло често изазвана губитком који је ненадокнадив (губитак блиске личности, органа и слично) а који изазива субјективно различит ниво бола код различитих особа, отежано је утврђивање надокнаде којим се оштећени може обештетити, јер нема општег мерила за одмеравање накнаде. С друге стране, нема дилеме да се при утврђивању нематеријалне штете не може поћи само од субјективног доживљаја оштећеног и његове перцепције, већ се морају имати у виду и друштвена схватања и третирања таквог стања које постоји у одређеним приликама.²²

ЗОО чланом 200. регулише случајеве у којима се оштећеном лицу може досудити новчана накнада нематеријалне штете и циљ коме таква накнада служи. Као посебан вид материјалне сатисфакције, правична

²¹ Сатисфакција је специфичан облик „накнаде“ неимовинске штете којим се оштећеном признаје субјективно задовољење (задовољштина), више о томе у О. Антић (2012), 522.

²² Више о томе у Олга Јеличић, Новчана накнада нематеријалне штете у случају телесне повреде, Наша законитост, бр 10/82, Загреб 1982, 58.

новчана накнада може се досудити: 1) за претрпљене физичке болове; 2) за претрпљене душевне болове; 3) због умањења животне активности, која представља последицу проузроковане телесне повреде или нарушења здравља; 4) због наружености (тзв. естетска штета); 5) због повреде части, угледа, слободе или права личности; 6) због смрти блиског лица; 7) за претрпљени страх. Основ за досуђивање правичне новчане накнаде представља јачина бола и страха и њихово трајање. У циљу конкретизације и правичног одмеравања накнаде нематеријалне штете поред страха и бола узима се као критеријум и кривица штетника, имовинске прилике штетника и оштећеног као и друштвено економске прилике у земљи. Није непознато да друштвене и економске прилике утичу на накнаду неимовинске штете. Развијеније привреде, привреде које нису у кризи, имају могућности и стварају услове за већи износ накнаде неимовинске штете, док су код мање развијених износи накнаде штете нижи. Важно је поменути да накнада нематеријалне штете након 1995. године поприма и обележја тржишне категорије.²³

Надокнада неимовинске штете моралном сатисфакцијом остварује се објављивањем пресуде или исправке, опозивом увреде или било којим другим начином којим се може отклонити настала штета.²⁴

Правичност новчане накнаде огледа се у томе да њена висина оштећеном пружи одговарајућу сатисфакцију према значају повређеног добра и тежини повреде. Правичност је основен начин примене права, у коме се конкретан случај не расправља (само) са аспекта строге законске регулације, него првенствено у светлу владајућег поимања правде у друштву.²⁵

Приликом одмеравања накнаде штете важно је да се утврди и урачуна износ свих примања која је оштећени остварио по основу истог штетног догађаја, а односе се на примања која се исплаћују по основу инвалидског, здравственог или пензионог осигурања. Посебан проблем представља ситуација када је штета делимично већ надокнађена или је од исплате до пресуђења протекао дужи временски период.²⁶

Растући значај нематеријалне штете и улога инстритуција у заштити оштећених се поред правног мора прићи и са економског аспекта, како би се утврдио утицај и ефекат који она има на благостање како

²³ Више о томе: Марија Милисављевић, Новчана накнада неимовинске штете у новим околностима, Билтен Врховног суда Србије, бр. 3/95, 45.

²⁴ О. Антић, (2012), 522.

²⁵ Невенко Мисита, Правичност и новчана накнада неимовинске штете, Годишњак Правног факултета Сарајево, XXXBVI88, 186.

²⁶ Здравко Петровић, Однос нанкаде штете и других примања код истог штетног догађаја, Правни живот, бр. 10/2000, 485.

појединаца, тако и друштва у целини. Сви који су доживели губитак или штету су због смањене могућности да живот остваре у пуном смислу, остварили мањи ниво личног благостања и тиме утицали на нижи ниво благостања друштва у целини. Велика количина ресурса која се троши за лечење и друге облике помоћи оштећених, као и ресурси који се троше у области правосуђа имају своје алтернативне опције коришћења, тј. опортунитетне трошкове. Примена тих ресурса у некој другој области може да доведе до пораста благостања. Уз све наведено и чињеницу да су ресурси оскудни, јасно је да се и у области нематеријалне штете мора применити принцип ефикасности. О облицима нематеријалне штете и примени принципа ефикасности у циљу пораста благостања биће речи у раду у оквиру друге фазе пројекта.

Закључак

Питање штете генерално, а посебно питање нематеријалне штете један је од значајнијих извора облигација. Бројни фактори ризика условљени развојем технике и технологије, али и начином живота и рада у савременим условима, мултипликују могућности настанка штете. Нематеријална штета као штета која се досуђује у случају повреде права личности, може се састојати у новчаној или неновчаној (моралној) репарацији. Новчаном накнадом која је предмет спора позитивне и негативне теорије о накнади нематеријалне штете, лице које је штету доживело може себи да обезбеди неку сатисфакцију за доживљени губитак, односно да обезбеди осећај задовољства којим на неки начин може да ублажи доживљену непријатност. Поред новчане накнаде, веома је важна морална накнада у смислу опозива увреде, објављивања пресуде и слично. Правично утврђивање накнаде нематеријалне штете условљено је болом и страхом који су доживљени као и њиховим трајањем, али и кривицом штетника и друштвено економским условима појединих земаља. Обзиром на то да накнада штете али и поступци у којима се о њој одлучује апсорбују велику количину ресурса, неопходно је и у области нематеријалне штете применити принцип ефикасности, што би водило порасту личног благостања оштећених, али и благостања друштва као целине.

ЛИТЕРАТУРА

Антић, Оливер *„Облигационо право“*, Правни факултет Београд, 2012.

Јеличић, Олга *„Новчана накнада нематеријалне штете у случају телесне повреде“*, Наша законитост, бр 10/82, Загреб 1982.

Караникић Мирић, Марија *„Објективна одговорност за штету“*, Правни факултет Београд, 2013.

Куколеча, М. Стеван *„Организационо-пословни лексикон-израза, појмова и метода“*, Рад, Београд, 1986.

Милисављевић, Марија *„Новчана накнада неимовинске штете у новим околностима“* Билтен Врховног суда Србије, бр. 3/95.

Мисита, Невенко *„Правичност и новчана накнада неимовинске штете“*, Годишњак Правног факултета Сарајево, XXXXVI88.

Петровић, Здравко Наташа, Мрвић - Петровић *„Накнада нематеријалне штете“*, Службени гласник, Београд, 2012.

Петровић, Здравко *„Однос нанкаде штете и других примања код истог штетног догађаја“*, Правни живот, бр. 10/2000.

Радишић, Јаков *„Облигационо право“*: општи део, Номос, Београд, 2000.

Драгољуб Симоновић *„Наканада штете: према Закону о облигационим односима“*, Службени гласник, Београд, 2009, 36.

Станковић, Обрен *„Накнада штете“*, Номос, Београд, 1998.

Норасе В. Inglis, Ава Семрни Inglis *„Обухватни речник психолошких и психоаналитичких појмова“*, Београд, 1972.

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer 2005.

Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени гласник СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003-Уставна повеља.

Danijela Petrović
Teaching Assistant

FAIR COMPENSATION OF NON-PECUNIARY DAMAGE

Summary

The question of damages in general, and in particular the question of non-pecuniary damage is one of the most important source of obligations. Numerous risk factors which are conditioned by the development of technics and tehnology, but also conditions of leaving and working in modern world, multiply the possibility of damage. Non-pecuniary damage as the damages being adjudicated in the case of violation of a right of a person, may consist of a monetary or non-monetary (moral) compensation. With monetary compensation, which is subject to dispute between the positive and negative theory of non-pecuniary damage, a person who suffered the damage can provide some satisfaction for suffered loss, respectively to provide some satisfaction due to which somehow may alleviate the perceived inconvenience. In addition to the monetary compensation moral compensation is very important in terms of revocation of the insult, the announcing of the judgement, etc. A poper determination of non-pecuniary damage is qualified by the experienced pain and fear, as well as with its duration, but also by the fault of the offender and by the socioeconomics conditions of particular countries. Considering that compensation of non pecuniary damage, as well as the preceedings in which decisions are made about, absorbs a large amount of resources, therefore it is needed to apply the principe of efficiency, which also woul lead to increasing personal prosperity of the damaged, but also the prosperity of the society as a whole.

Key words: damage, non- pecuniary, fairness.

ДОЦЊА ДУЖНИКА (MORA DEBITORIS, MORA SOLVENDI)

Апстракт: Доцња дужника је класичан институт облигационог права. Корени овог института сежу дубоко у прошлост, у доба римског права где је овај институт био познат под називом *mora debitoris* или *mora solvendi*. Данас у већини земаља чије право припада евроконтиненталном правном кругу институт доцње дужника у својим кључним аспектима одражава став и дух римске правне доктрине и праксе о доцњи дужника у чијем средишту је тзв. субјективан појам доцње дужника. Међутим, током 20. века, у неким земљама евроконтиненталног правног круга римски (субјективни) појам доцње дужника је напуштен и замењен новим, објективним појмом доцње дужника. У раду се излажу субјективно и објективно схватање појма доцње дужника и њихове разлике, а потом детаљно анализирају услови (претпоставке), правне последице и престанак доцње дужника.

Кључне речи: доцња дужника – *mora debitoris* - доспелост – опомена – последице и престанак доцње дужника

1. ПОЈАМ ДОЦЊЕ ДУЖНИКА

Када дужник пусти да прође време одређено за испуњење обавезе и дуговану чинидбу не изврши, тј. кад закасни или задоцни са чинидбом, тада наступају по закону одређене правне последице у погледу његовог положаја према повериоцу ради заштите повериоца и његовог права.¹ Нарочито „правно стање“ у које долази дужник услед неиспуњења обавезе (дуговане чинидбе) у одређено време, тј. услед закашњења или задоцњења са испуњењем једне доспеле обавезе назива се доцња (*задоцнелост*) дужника.²

Појам доцње дужника, међутим, ни у литератури ни у законодавствима није јединствено дат. Разлог томе је што у вези са појмовним одређењем доцње већ дуго времена постоје и опстају теоретска неслагања и размимоилажења. Неспорно је, наимае, да је за доцњу

¹ Лазар Марковић, Облигационо право, Службени лист СЦГ, Београд, 1997, 115.

² Доцња дужника је класичан институт облигационог права. Корени овог института сежу дубоко у прошлост, још у доба римског права, где је овај институт био познат под називом *mora debitoris* или *mora solvendi*.

неопходно да дужник закасни (задоцни) са извршењем обавезе, међутим, дилема је да ли је за наступање последица доцње довољна сама објективна чињеница закашњења или је за њихово наступање потребно да се стекне и једна субјективна чињеница, односно да је до закашњења дошло дужниковом кривицом. Одговор на наведено питање још поодавно је поделио правнике на присталице тзв. субјективне и објективне концепције доцње, а супротстављени теоријски ставови у већој или мањој мери рефлектовали су се и у виду различитих законодавних решења.

Према *субјективној концепцији* доцње, дужник не пада у доцњу, па тако и не може да сноси неповољне последице доцње, ако касни са испуњењем своје обавезе из разлога за које није одговоран, односно који му се не могу уписати у кривицу.³ По том становишту, треба правити разлику између простог закашњења (одугвлачења) са испуњењем обавезе и доцње у правнотехничком смислу под којом ваља разумети само скривљено закашњење (задоцњење).⁴ Другим речима, неопходан услов доцње је кривица дужникова за задоцњење са чинидбом. С обзиром на то ова субјективна концепција доцње позната је и као доцња која се заснива на принципу кривице.⁵ Сходно томе, ако дужник није крив за изостанак чинидбе, тј. ако је задоцњење у испуњењу обавезе наступило из узрока за који није одговоран, нпр. дејством случаја или више силе, то се не сматра доцњом.⁶ По немачкој теорији, у питању је само објективно одлагање испуњења, које по себи није довољно за наступање последица доцње.⁷ И француски писци сматрају да такво закашњење није доцња у

³ Вид: Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, Облигационо право, Научна књига, Београд, 1987, 592.

⁴ Ово разликовање се у правној терминологији одражава и кроз употребу различитих израза. Тако се у француском и немачком језику једна реч користи за просто закашњење (француски: Retard = немачки: Verspätung, Verzögerung, Säumnis), а друга за доцњу у правнотехничком смислу схваћену као скривљено закашњење или задоцњење (француски: Demeure = немачки: Verzug).

⁵ Otto Von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band III, Schuldrecht, Verlag von Duncker und Humboldt, München – Leipzig, 1917, 134, фн. 81.

⁶ Упор. Богдан Лоза, Доцња, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том I, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, 133.

⁷ Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Verlag C.H.Beck, München, 1976, 280; Писац Crome у том смислу указује да просто закашњење са испуњењем дуговне чинидбе по себи не носи у свим случајевима правне последице. Штавише, таква закашњења су у животу честа и она не узрокују повериоцу никакав уштрб. Стога наступање последица доцње претпоставља неки даљи, дубљи разлог. Упор. Carl Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Verlag von J.C.W. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen - Leipzig, 1902, 132-133.

правнотехничком смислу.⁸ Одговорност дужника за доцњу не постоји, тј. дужник се не сматра кривим за доцњу, ако нпр није уопште знао да дугује чинидбу или није знао да треба да изврши чинидбу баш у одређено време, тј. ако је био у извињавајућој заблуди у погледу или постојања чинидбе или њеног рока. Тада дужник не долази у доцњу и не сноси њене последице. Ако пак дужник пропусти да изврши своју обавезу из незнања, али је незнање последица његовог нехата за који се по закону одговара, тада постоји кривица дужникова и тада наступа доцња са свим својим последицама.⁹

Према *објективној концепцији* доцње, дужник пада у доцњу чим не испуни своју обавезу у року одређеном за испуњење, без обзира на кривицу.¹⁰ Ово становиште не прави појмовну разлику између закашњења и доцње, већ доцњу управо везује за објективну чињеницу закашњења. Да би дужник пао у доцњу осим простог закашњења са испуњењем обавезе никаква додатна субјективна чињеница у виду његове кривице није нужна. Отуда је ова објективна концепција доцње позната и као доцња која се заснива на принципу узрочности.¹¹ Суштина ове концепције се дакле огледа у ставу да кривица дужника није појмовна претпоставка доцње, већ да о евентуалној кривици дужника треба водити рачуна само у погледу извесних последица доцње. Наиме, већ објективно задоцњење са испуњењем обавезе представља доцњу и производи одређене последице, а ако је и скривљено, оно онда повлачи и додатне, крупније и далекосежније последице. Пошто по наведеној концепцији кривица дужника није појмовна претпоставка доцње, онда доцњу не спречава чињеница што дужник из оправданих разлога није знао за постојање или

⁸ Француски писац Laurent истиче да је доцња (demeure) технички термин који означава да је дужник у закашњењу са испуњењем своје обавезе и да је дужан да надокнади штету коју закашњење узрокује повериоцу. По њему доцњу не би требало мешати са закашњењем, јер свака доцња имплицира закашњење, али свако закашњење није доцња; закон одређује услове под којима закашњење прераста у доцњу: дужник није у доцњи осим у случајевима предвиђеним законом. Постављајући питање зашто дужник није у доцњи самим закашњењем, Laurent даје одговор да је то зато што доцња имплицира да поверилац трпи штету и да је дужник дужан да је надокнади. Стога, по њему, само закашњење не доказује да поверилац трпи неки губитак, а ако поверилац не може да докаже ма какву штету он не може ни да захтева накнаду штету, а то значи и да дужник није у доцњи. Дакле, дужник није у доцњи сем уколико се правно не утврди да је његово закашњење да испуни обавезу узроковало штету повериоцу. Упор. Francois Laurent, *Principes de droit civil*, Tome XVI, Bruylant-Christophe & Comp. – Durand & Pedone Lauriel, Bruxelles – Paris, 1875, 295-296.

⁹ Л. Марковић, *op. cit.* 117.

¹⁰ Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић: *op. cit.* 592; Б. Лоза, *op. cit.* 133.

¹¹ О. Gierke, *op. cit.* 134, фн. 81.

доследност своје обавезе, што је оправдано сумњао у тражбину повериоачеву или што су га неотклоњиве околности спречиле да обавезу благовремено испуни. Доцња не наступа само у два случаја: 1) ако је дужник закаснио зато што је поверилац одбио да прими испуњење или је непредузимањем одређених радњи онемогућио дужника да обавезу испуни (у случају поверилачке доцње), и 2) код узајамних уговора кад дужник против повериоачевог захтева истакне приговор неиспуњеног уговора.¹²

Субјективна концепција доцње је била усвојена још у римском праву,¹³ и сматра се традиционалном, а свој одраз је нашла и у неким водећим правним системима евроконтиненталног правног круга. Данас је ова концепција, рецимо, заступљена у законодавствима Француске, Аустрије, Италије и Немачке. Објективна концепција доцње представља, у извесном смислу, модернији приступ поимању доцње. Она је први пут усвојена у швајцарском Законику о облигацијама,¹⁴ а то законско решење је утицало и на нека друга каснија законодавства. Она је заступљена нпр. у холандском Грађанском закону,¹⁵ а прихваћена је и у нашем Закону о облигационим односима.¹⁶

2. УСЛОВИ ДОЦЊЕ ДУЖНИКА

По објективној концепцији доцње да би дужник доспео у доцњу, потребно је да су, по правилу, испуњена два услова: да је повериоачево потраживање доспело и да поверилац опомене дужника. По субјективној концепцији доцње, овим условима се придодаје и трећи: одговорност (кривица) дужника за доцњу.

2.1. Доследност потраживања

Као први услов за наступање доцње дужника, потребно је да постоји доспело потраживање повериоца према дужнику.¹⁷

¹² Вид. Јаков Радишић, Облигационо право, Општи део, Номос, Београд, 2000, 330.

¹³ Упор. Paul Frederic Girard, Manuel elementaire de Droit Romain, Arthur Rosseau, Paris, 1906, 646; Мирослав Милошевић, Римско право, Службени гласник, Београд, 2007, 325; Обрад Станојевић, Римско право, Досије студио, Београд, 2008, 324.

¹⁴ Упор. Чл. 102. Швајцарског Законику о облигацијама.

¹⁵ Упор. Чл. 81.- 87. Књиге 6. Холандског Грађанског Законику.

¹⁶ Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, као и Службени лист СРЈ, бр 31/93. Упор. чл. 324. ЗОО.

¹⁷ Иако се у прописима обично као услов наводи тек доспелост тражбине, треба имати у виду да он инволвира још два додатна услова која у законским текстовима нису изричито поменута и која се законски претпостављају. У питању су

Доспелост тражбине представља такво њено својство које значи да поверилац може да потражује (захтева) чинидбу од стране дужника и да у случају неизвршења може да је утужи.¹⁸ Временски моменат у којем тако схваћена доспелост наступа назива се *термин доспелости*.¹⁹ Наступање доспелости се, дакле, огледа у приспећу рока (тренутка)²⁰ од којег поверилац може, односно овлашћен је, да захтева (тражи) чинидбу, односно испуњење обавезе.²¹ Које је то време (рок) кад кад тражбина

пуноважност и судска остваривост (тужљивост, утуживост) тражбине. Тражбина повериоца у погледу које дужник може запасти у доцњу мора да је пуноважно настала и да постоји, односно да није у међувремену престала. Тако нпр. уколико је тражбина након настанка, а пре њене доспелости престала услед тзв. накнадне објективне немогућности испуњења, нема места примени правила о доцњи. Прописи о доцњи начелно претпостављају могућност да се обавеза, односно дугована чинидба накнадно испуни (Јаков Радишић, *op. cit.* 328). Другим речима, чинидба коју дужник дугује мора у „физичко-природнонаучном“ или „правном“ смислу још бити *могућа*, односно за дужника још *достижна (остварива)* (Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, 241.) Отуда, уколико је испуњење дуговане чинидбе постало објективно немогуће, не може наступити доцња: дужник не може запасти у доцњу јер се његова обавеза на чинидбу услед немогућности угасила. У том случају се не примењују правила о доцњи, већ једино правила о *немогућности испуњења обавезе* (K. Larenz, *op. cit.* 280; Helmut Koziol, Rudolf Welsch, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, Manz, Wien, 2001, 49). Осим тога, у обзир долази само утужива тражбина, јер само у вези са таквом постоји утуживо право на чинидбу или *захтев* повериоца. Правна могућност повериоца да се обрати суду кондемпнаторном тужбом и своје право оствари принудним путем представља *sine qua non* дужничке доцње. Из тога произилази, да уколико је посреди неутужива тражбина (нпр. застарело потраживање), не може се говорити о доцњи у правном смислу (Оливер Антић, *Облигационо право, Службени гласник, Београд, 2008, 149.*)

¹⁸ Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, 305.

¹⁹ Peter Gauch, Walter Schlupe, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991, 23.

²⁰ Време испуњења као правно релевантна чињеница се појављује или у облику термина или у виду рока. Под термином се подразумева одређен временски тренутак, а под роком временски интервал између два термина. У пракси се, међутим, ово суптилно разликовање не спроводи, већ је уобичајено да се употребљава само израз „рок“ кад се говори о времену као фактору у облигационом односу. О томе вид: Јаков Радишић, *Време и рокови у уговорним облигационим односима и правне последице њиховог непридржавања*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 8/1969, 105.

²¹ У немачкој правној доктрини се у вези са временом испуњења држи да *доспелост* (нем. *Fälligkeit*) треба разликовати од *испуњивости* (нем. *Erfüllbarkeit*). Наиме, доспелост се везује за моменат од којег поверилац *може* да захтева испуњење чинидбе и од којег дужник *мора* чинидбу да изврши. Насупрот томе, испуњивост се везује за моменат од којег дужник *сме* да изврши дуговану чинидбу, у ком случају

постаје доспела, односно кад се има извршити чинидба, по правилу одређују сами учесници облигационог односа својом вољом, односно споразумно уговарајући време испуњења. Другим речима, моменат наступања доспелости се одређује примарно споразумом између дужника и повериоца. Али, ако рок за испуњење обавезе није одређен, а сврха посла, природа обавезе и остале околности (нпр. предвиђени начин и место испуњења) не захтевају извешан рок за испуњење онда важи законска претпоставка о непосредном наступању доспелости у моменту настанка тражбине (обавезе), тј. поверилац може одмах захтевати испуњење обавезе.²² У том случају, настанак облигационог односа и доспелост се стичу у истом моменту.²³

2.2. Опомена (Interpellatio)

За наступање дужничке доцње, није довољно да постоји доспела обавеза која још није испуњена; потребно је и да поверилац након доспелости опомене дужника да обавезу испуни.²⁴ Модерна права евроконтиненталног правног круга, попут римског,²⁵ полазе од

ако поверилац не прими понуђену чинидбу пада у поверилачку доцњу. Упор. К. Larenz, *op. cit.* 164; Hans Brox, Wolff-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 2009, 114-115.

²² Вид. Чл. 314. ЗОО.

²³ У вези са доспелешћу као условом доцње поставља се, међутим питање да ли доцња може наступити и онда кад се тражбини могу истаћи извесни приговори. Наиме, у теорији је присутна дилема какав је утицај приговора на доспелост и посредно на наступање доцње. Да ли је наступање доцње и њених последица већ тиме искључено што дужнику припада један (трајни или одложни) приговор, дакле једно право на ускраћивање чинидбе или се захтева и да он приговор истакне у спору да би избегао последице наступања доцње? У доктрини о овоме постоје различита мишљења. По једном гледишту, потраживање није доспело уколико му се може супротставити неки трајни или одложни приговор. Довољно је дакле да на страни дужника постоји само правна могућност истицања таквог приговора према повериоцу, а није потребно да се он стварно и истакне. По другом становишту, које изгледа прихватљивије, сматра се да трајни или одложни приговор дужника (као што је нпр. *exceptio non (rite) adimpleti contractus*) може спречити доспевање потраживања односно наступање доцње само онда ако је он стварно и истакнут од стране дужника. Просто постојање приговора не може искључити доспелост, јер суд о приговору не води рачуна по службеној дужности. већ се дужник на приговор мора позвати (Dieter Medicus, Stephan Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck, München, 2012, 232.).

²⁴ Ј. Радишић, *Облигационо право, Општи део, Номос, Београд, 2000, 329; W. Fikentscher, Schuldrecht, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, 241.*

²⁵ Овај захтев је изразио још Марцијан у Дигестама: *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.* О опомени у римском

принципијелног става да дужник доспева у стање задоцнелости (пада у доцњу) не већ по доспелости, него тек опоменом од стране повериоца.²⁶ Инсистира се на томе да последице доцње могу погодити дужника само ако он буде „стављен у доцњу“ или „доведен у стање задоцнелости“,²⁷ па се зато тражи да поверилац опоменом дужника стави или доведе у доцњу.²⁸ Опомена је, дакле, нужна да би се отклонила неизвесност увек онда, кад је време испуњења обавезе неодређено или макар дужнику непознато.²⁹ Другим речима, ако рок за испуњење обавезе није био унапред одређен, поверилац је дужан дужника опоменути на испуњење обавезе, затражити испуњење обавезе, позвати га да обавезу изврши.³⁰ Ако дужник по опомену у разумном року не испуни своју обавезу пада у доцњу. Отуда за већину случајева важи правило: нема доцње без опомене.³¹ У основи овог захтева за опоменом лежи идеја да дужника треба да погоде неповољна дејства (последице) доцње тек онда, кад је поверилац по доспелости опоменом јасно ставио до знања дужнику да он остаје при свом захтеву и да тражи испуњење обавезе, односно извршење дуговане чинидбе. Довођење дужника у доцњу путем опомене представља

праву детаљније: Carl Otto von Madai, *Die Lehre von der Mora: Dargestellt nach Grudfassen des Römischen Rechts*, Schwetschke und Sohn, Halle, 1837, 18, 27, 28-69.

²⁶ Упор. Eduard Heilfron, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II. Abteilung: *Recht der Schuldverhältnisse*, Speyers & Peters, Berlin, 1909, 154.

²⁷ У француској терминологији тзв. *la mise en demeure*. Више о томе вид. Francois David, *De la mise en demeure*, *Revue critique de la jurisprudence en matiere civile, administrative, commerciale et criminelle*, No. 1-2/1939, 95-140; Rene Demogue, *Traite des obligations en general*, Tome VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932, 253.

²⁸ Ambrois Colin, Henri Capitant, *Cours elementaire de droit civil francais*, Tome II, Librairie Dalloz, Paris, 1915, 14.

²⁹ Ј. Радишић, *op. cit.* 329.

³⁰ Б. Лоза, *op. cit.* 134.

³¹ Ови правило је најстрожије спроведено у француском праву. Опомена се третира као конститутивни елемент без којег је доцња незамислива. Полазећи од тог принципијелног става француско право је чврсто стало на позицију да и код орочених обавеза протек рока сам по себи није довољан да би се дужник нашао у доцњи, већ да је потребно и да дужник буде стављен у доцњу - позивом или опоменом повериоца, која треба да буде учињена на посебан начин, у виду тзв. *sommation*. Упор. Charles-Bonaventure-Marie Toullier, *Le droit civil francais, suivant l'ordre du Code*, Tome.6, Waree, Paris, 1824, 260. У том правцу се истиче и да стављање у доцњу (путем опомене) представља правно констатовање закашњења, при чему се оно истовремено и квалификује. Стављање у доцњу (путем опомене) заправо производи одређене ефекте, које обично закашњење не би могло да произведе. Упор: Leobon Valery Leon Jupile Larombiere, *Theorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV, livre III du Code Civil*, art.1001 a 1386, Tome I, A.Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1885, 408.

један вид вршења (остваривања) права потраживања, један начин употребе захтева садржаног у тражбини.³²

Опомена представља једнострану изјаву воље повериоца упућену дужнику којим поверилац недвосмислено саопштава да тражи (захтева) дуговану чинидбу.³³ Опомена је по својој суштини у ствари позив или апел повериоца дужнику да обавезу испуни.³⁴ Међутим, опомена није тек обичан позив или апел повериоца упућен дужнику да овај приступи испуњењу обавезе. Опомена је више од тога. Под опоменом се може схватити само такав позив повериоца којим он недвосмислено изражава, односно ставља до знања дужнику, да очекује дуговану чинидбу без одлагања, односно да захтева *неодложно* испуњење обавезе.³⁵ У том смислу опомена мора да буде јасна. По правилу, опомена садржи и упозорење, односно предочавање дужнику да ће у случају даљег одлагања испуњења (затезања са испуњењем), пасти у доцњу и да ће за њега наступити неповољне последице доцње. Међутим, у теорији је спорно да ли опомена мора да садржи и овакво упозорење. По једном мишљењу опомена не мора да садржи и упозорење на последице доцње,³⁶ док по другом је и то потребно, јер би у супротном дужник могао позив повериоца на испуњење схватити тек као неку врсту „пријатељског подсећања“.³⁷ С друге стране, да би се изјава воље сматрала опоменом, она мора да буде и довољно одређена, јер дужнику мора бити јасно, која се чинидба од њега захтева. Код дужника не сме опоменом бити створена основана сумња о идентитету дуга.³⁸ Утолико је непуноважна условна опомена, али и опомена којом би се тражило нешто друго од дуговане чинидбе. Нужно је да постоји подударност навода у опомени и онога што дужник стварно дугује. То значи да садржина опомене мора да одговара садржини облигационог односа и обавези која из њега потиче.³⁹

³² E. Bucher, op. cit. 357.

³³ D. Medicus, S. Lorenz, op.cit. 2012, 233.

³⁴ J. Радишић, op. cit. 329.

³⁵ Упор. Philippe Malaurie et al, Droit civil, Les Obligations, Defrenois, Paris, 2004, 495 ; K. Larenz, op. cit. 280; W. Fikentscher, op. cit. 241. Dirk Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Carl Heymanns Verlag, 2009, 202.

³⁶ K. Larenz, op. cit. 280-281.

³⁷ У том смислу, упор. W. Fikentscher, op. cit. 241.

³⁸ Bernhard Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Verlag von O. Härling, Berlin, 1910, 195.

³⁹ Ипак, кад поверилац потраживање јасно означи, али тражи више него што му се дугује, поставља се питање да ли је таква опомена пуноважна (тзв. plus petitio случајеви). Начелно, изгледа да би таква опомена требала да буде без дејства (B. Matthiass, op. cit. 195). Међутим, пракса по овом питању није тако строга, а у законима ово питање није регулисано јер се пошло од тога да би одредба којом би се

У већини законодавстава евроконтиненталног правног круга се не тражи да опомена схваћена у смислу позива, односно изричите једностране изјаве воље повериоца буде учињена у некој посебној форми, тј. на неки посебан начин. У том погледу важи принцип неформалности. Изузетак представљају, право Италије и Француске. По првом се захтева да опомена буде учињена у писменој форми,⁴⁰ а по другом и више од тога - да опомена буде учињена у нарочитој, свечаној форми (sommation).⁴¹ И наш ЗОО. полази од принципа неформалности опомене, те предвиђа да се опомена може учинити усмено или писмено, преко суда или изван суда. Штавише, и извесне радње којима се започиње неки поступак чија је сврха да се постигне испуњење обавезе имају, такође, значај опомене.⁴²

Када се говори о опомени првенствено се мисли на случај када се она чини вансудски. Опомињање дужника се најчешће тако и врши. У тој варијанти, опомена се манифестује као позив на чинидбу, односно као једнострана изјава воље упућена од стране повериоца дужнику усмено или писмено. У том облику, опомена представља једну једнострану, за пријем подобну, изјаву воље.⁴³

таква опомена изричито огласила без дејства могла бити опасна (Упор. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Verlag von J. Guttentag, Berlin - Leipzig, 1888, 58.). При одговору на ово питање по становишту немачког Савезног Врховног суда треба поћи од тога да ли дужник у складу са начелом савесности и поштења „може схватити изјаву као позив на вршење стварно дуговане чинидбе и да је поверилац спреман да прими у односу на његово тражење мању чинидбу“. (Наведено према: D. Medicus, S. Lorenz, op. cit. 234). Ако је то случај, тј. под наведеним условом, опомена је ваљана. Другим речима, за онолико колико се повериоцу стварно дугује, опомена је пуноважна. У теорији се сматра да је опомена ваљана и у случају кад је њоме захтевано мање од дугованог (Ј. Радишић, op. cit. 329.).

⁴⁰ Упор. чл. 1219. Италијанског Грађанског Законика.

⁴¹ Вид. чл. 1139. Француског грађанског Законика У француском праву опомињање у виду sommation претпоставља формалну писмену опомену која се саставља пред службеним лицем тзв. huissier-ом, тј. судским извршитељем или пред нотаром и која се службеним путем доставља дужнику.

⁴² Чл. 324. ст.2. ЗОО.

⁴³ Она је једнострана, јер представља резултат само једне воље, наиме воље повериоца, а подобна за пријем, јер се она мора дати (упутити) једном одређеном лицу (по правилу дужнику) при чему њено дејство зависи од тога да она овом лицу стигне (Fritz Paech, Der Leistungsverzug, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1902, 49.). Отуда, ако је реч о чињењу опомене тзв. одсутном лицу, тј. где се опомена шаље дужнику, опомена производи дејство од момента кад стигне дужнику, (кад доспе у његове руке), без обзира да ли је он заиста и упознат са њеним садржајем или не (Friedrich Scholmeyer et al, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II Band, Recht der Schuldverhältnisse, C.H.Beck, München, 1900, 121.). Штавише, пријем изјаве не претпоставља и некакву активну радњу адресата опомене; ништа се више од

У теорији се заступају различита становишта о правној природи опомене као једностране изјаве воље. По једном становишту, опомена представља једнострану правни посао, док по другом, преовлађујућем становишту, опомена није једнострану правни посао, већ тзв. правна радња слична правном послу.⁴⁴ Међутим, чак и кад се опомена појми као изјава воље која није правни посао него као радња слична правном послу, на такву изјаву су аналогно примењива већина правила о једностраним правним пословима: правила о пословној способности, заступању тумачењу, пријему, и сл.⁴⁵ Отуда спор о правној природи опомене има извесну теоријску вредност, али није и од већег практичног значаја.⁴⁶

Опомену може упутити само поверилац или његов заступник. Како се ради о једностраној изјави воље, за њену пуноважност се тражи да поверилац поседује пословну способност. Ипак, по правилу, није реч о изјави која је строго везана за личност, па утолико није нужно да поверилац лично опомиње дужника, већ то може учинити и тако што ће на чињење опомене овластити неког другог. У том случају, опомена може дакле потицати и од овлашћеника (пуномоћника). Али ако је поверилац пословно неспособан, опомена мора онда потећи од његовог законског заступника.

С друге стране, опомена треба да буде упућена дужнику. Позив на испуњење који је саопштен неком трећем лицу не може се сматрати опоменом уколико то лице не пренесе поруку дужнику, односно његовом заступнику.⁴⁷

Осим у виду изричите изјаве, опомена може уследити и путем једне тзв. „одлучне радње“ или акта.⁴⁸ Наиме, са опоменом у смислу изричите једностране изјаве воље, односно позива повериоца којом се тражи од дужника испуњење обавезе изједначавају се и извесне конклюдентне (прећутне) радње или акти под условом да су они предузети од стране повериоца с истим циљем и намером - ради испуњења обавезе дужника. Овакве радње или акти, дакле, долазе у обзир само ако се могу схватити као еквивалент позиву.⁴⁹ За разлику од изричитог изражавања

пасивности пријемника (адресата изјаве) не захтева. Ово из разлога што дужник има право да буде опоменут, али о некаквој кореспондирајућој обавези дужника на пријем опомене не може бити речи, будући да не постоји никакво подобно правно средство којим би се он принудио на пријем. (F. Paech, *ibid.* 49.).

⁴⁴ D. Medicus, S. Lorenz, *op. cit.* 233.

⁴⁵ K. Larenz, *op. cit.* 281.

⁴⁶ Упор. Н. Brox, W.D. Walker, *op.cit.* 245.

⁴⁷ J. Радишић, *op. cit.* 329.

⁴⁸ K. Larenz, *op. cit.* 281.

⁴⁹ F. Laurent, *op. cit.* 297.

воље, овде је реч о прећутном изражавању воље, тј. о таквом акту на основу којег се индиректно, али са сигурношћу може установити постојање одређене правно релевантне намере.⁵⁰ С обзиром да се оваквом радњом замењује изричита изјава, а постиже исто дејство, она се у теорији назива и *сурогатом опомене*.⁵¹ Теорија и судска пракса у такве радње сврставају нпр: презентирање менице, признанице, обвезнице, и сл.⁵² Спорно је, међутим, питање да ли такав карактер има и слање рачуна. У ранијој теорији је заступано становиште да се опомена може састојати и у слању обичног рачуна.⁵³ У новије време, међутим, теорија и судска пракса слање рачуна углавном не узимају за опомену, него тек као извештај о висини тражбине (дуга) и подсећање дужника на његову обавезу.⁵⁴ Али ако је у питању слање изравнатог рачуна са налогом за уплату, држи се да подношење оваквог рачуна има карактер опомене.⁵⁵ Посебно су подобне да буду третиране као опомена извесне радње којима се започиње поступак пред судом или неким другом органом под условом да је реч о радњама чија је сврха да се постигне испуњење обавезе. Према становишту француске теорије у обзир долазе све оне радње којима се у ствари постиже и прекид застарелости.⁵⁶ Ово становиште има резона. Ипак, најчешће ће се радити о случају тзв. судског опомињања, где се опомињање врши подизањем тужбе. У том смислу, имајући у виду сврху и циљ опомене у обзир ипак не би могле доћи све врсте тужбе, већ само оне које садрже захтев за испуњење. Другим речима, значај опомене може имати подизање кондемпнаторне тужбе (тужбе на чинидбу), али не и подизање тужбе за утврђење.⁵⁷

⁵⁰ Међутим, опомињање на овај начин никад није тако поуздано и сигурно као у случају изричите изјаве. Код прећутног изражавања воље је наине на основу околности конкретног случаја потребно утврђивати да ли се на основу такве радње (понашања) може поуздано и са сигурношћу закључити да се њоме изражава воља ради постизања ефекта опомене. Другим речима, од случаја до случаја треба утврђивати кад овакве радње представљају еквивалент опомени у смислу изричите изјаве.

⁵¹ Упор. D. Medicus, S. Lorenz, op. cit. 231.

⁵² Радишић, op. cit. 329.

⁵³ Упор. F. Scholmeyer et al, op. cit. 121.

⁵⁴ K. Larenz, op. cit. 281; J. Радишић, op. cit. 329.

⁵⁵ K. Larenz, op. cit. 281; J. Радишић, op. cit. 329; P. Gauch, W. Schluer, op.cit. 153; J. Марковић, op.cit. 118.

⁵⁶ Упор. L. Larombiere, op. cit. 505.

⁵⁷ Упор. § 286 I 2 Немачког Грађанског Законика. О томе детаљније: D. Medicus, S. Lorenz, op. cit. 234; H. Brox, W. Walker, op. cit. 246,

2.3. Случајеви у којима опомена није услов доцње

Иако се опомена од стране повериоца тражи у већини случајева да би дужник запао у доцњу, постоје и ситуације у којима је, с обзиром на природу облигационог односа или с обзиром на сврху опомене, она непотребна. У тим ситуацијама опомена се не сматра условом доцње, односно доцња дужника може наступити и без опомене.⁵⁸

Пре свега, опомена је услов доцње само кад време испуњења обавезе, односно извршења дуговане чинидбе, није одређено. Ако је, пак, време у коме треба испунити обавезу тј. предузети дуговану чинидбу одређено, онда опомена није потребна, већ дужник запада у доцњу чим то време протекне.⁵⁹ У овом случају примењује се начело: *dies interpellat pro homine* – „дан (рок) опомиње уместо човека“. ⁶⁰ Ово се начело примењује без обзира да ли је време за испуњење дуговане чинидбе одређено правним послом, законом или судском одлуком, али оно важи само кад је време за испуњење, односно предузимање чинидбе календарски одређено или одредиво.⁶¹

Опомена је непотребна и кад дужник извршење чинидбе озбиљно и коначно ускраћује (нарочито из разлога што он његову обавезу на

⁵⁸ Још у римском праву били су признати извесни случајеви у којима је доцња дужника могла наступити и без опомене. Они су били познати под називом *modus ex re*. За детаљнији увид за упућивањима, упор. С. О. Madaï, *op. cit.* 86-227.

⁵⁹ Ј. Радишић, *op. cit.*, 330.

⁶⁰ Ово правило данас познаје већина права евроконтиненталног правног круга, с изузетком француског права. Оно, наиме, стоји на супротном становишту (*dies non interpellat pro homine*). По француском праву и код орочених обавеза потребно је учинити опомену дужнику. По француском праву доцња дужника не наступа по самом праву тек протеклом рока, већ је потребно да поверилац опомене дужника, тј. да поверилац дужнику упути један акт из којег се види његова жеља да добије испуњење обавезе. Опомена није потребна само ако је примена правила *dies interpellat pro homine* изричито стипулисана споразумом између страна. Упор. Чл. 1139. француског Грађанског Законика; Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traite elementaire de droit civil*, Tome II, Librairie generale de droit & de jurisprudence, Paris, 1931, 64.

⁶¹ Ово време за чинидбу може различито бити одређено, у виду рока или термина. То може бити случај кад је или један тачно одређен датум био утврђен као време за испуњење (нпр. плативо 1. децембра) или кад је код утврђивања времена за испуњење датум био тек одредив, при чему је остављена била могућност да се он накнадно може календарски тачно одредити (нпр. три месеца од данас, четири недеље након стицања пунолетства). Међутим, време за испуњење није ни календарски одредиво, ако би оно требало да се одреди на основу једног таквог догађаја чије је наступање временски неизвесно (нпр. плативо три месеца након повериоцеве смрти). Упор. F. Scholmeyer, et al, 123.

чинидбу оспорава). Тада се говори о одбијању испуњења. Пошто се овде ради о једном изузетку од општег правила, овај изузетак се има уско тумачити, због чега одбијању испуњења треба поставити строга мерила. Зато није довољно ако дужник само изражава сумњу у погледу своје обавезе на чинидбу, већ мора јасно изразити да он неће испунити обавезу.⁶² Одбијање мора бити такво да се оно може појмити као дужникова „последња реч“.⁶³

Осим наведених случајева, опомена је непотребна и кад је непосредно наступање доцње оправдано из нарочитих разлога имајући у виду одмеравање обостраних интереса дужника и повериоца.⁶⁴ Неколико ситуација овде долазе у обзир.⁶⁵ Тако, није потребно опомињати дужника који се унапред одрекао права да буде опоменут. Надаље, опомена може бити непотребна и кад се дужник понаша на начин који показује да је за повериоца опомињање дужника могуће само уз повећани трошак,⁶⁶ (нпр. кад дужник избегава да прими опомену тако што се скрива од повериоца те га тиме онемогућава да опомену упути).⁶⁷ Нема потребе за опоменом ни онда кад дужник опомену предухитри, тиме што самоиницијативно изјави и обећа (гарантује) да ће извршити чинидбу одмах или у одређено време (нпр. тачно одређеног дана). У том случају нема потребе за опоменом од стране повериоца, јер се узима да је дужник сам себе опоменуо на испуњење обавезе (тзв. „самоопомена“).⁶⁸ Излишна је, коначно, опомена кад је из циља уговора евидентно да је предузимање чинидбе особито хитно (нпр. код уговора о делу кад је водоинсталатер позван да поправи попуцалу водоводну цев, при чему је уговорено да он радове треба да изврши што је могуће раније. Наручилац овде има особит интерес на хитно извршење чинидбе. Пошто водоинсталатер то већ зна, опомена је непотребна).

⁶² Н. Brox, W. Walker, op. cit. 248.

⁶³ D. Medicus, S. Lorenz, op. cit. 234.

⁶⁴ D. Medicus, S. Lorenz, op. cit. 235.

⁶⁵ Приликом модернизације немачког облигационог права 2002. године, у измењени Немачки грађански Законик посебно су регулисани наведени случајеви. Упор. § 286 II 4 немачког грађанског законика; За образложење овог решења вид: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, 146.

⁶⁶ D. Medicus, S. Lorenz, op. cit. 235.

⁶⁷ Ј. Радишић, op. cit. 330; Љубиша Милошевић, Облигационо право, Савремена администрација, Београд 1982, 231.

⁶⁸ Ј. Радишић, op. cit. 330; D. Medicus, S. Lorenz, op. cit. 235.

Коначно, кад је реч о уговорним обавезама стране су слободне да захтев за опоменом уговором искључе.⁶⁹ Ипак, такво искључење је једино пуноважно, ако се не противи начелу савесности и поштења.

2.4. Одговорност (кривица) дужника за задоцњење

По субјективној концепцији доцње, као посебан услов доцње се тражи и одговорност (кривица) дужника за задоцњење. Ово је најјасније и експлицитно изражено у немачком праву. По § 286 IV немачког Грађанског Законика „Дужник не долази у доцњу, све док његова чинидба изостаје услед околности за коју он није одговоран.“ Одговорност о којој је реч у овом члану, по ставу немачке теорије значи у ствари кривицу.⁷⁰ Објективно закашњење дакле није довољно да би наступиле последице доцње. При томе, кривица дужника се претпоставља, те је на дужнику терет тврдњи и доказивања оних чињеница из којих се изводи да он за закашњење није одговоран. Као околности које могу искључити његову одговорност долазе пре свега у обзир: привремене препреке извршењу чинидбе фактичке или правне врсте, извињавајућа заблуда и постојеће право на ускраћивање чинидбе.⁷¹

3. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ДОЦЊЕ ДУЖНИКА

Са наступањем доспелости поверилац је овлашћен да судским путем, односно тужбом захтева (још увек) могуће испуњење обавезе. Ово овлашћење повериоца траје и даље и кад дужник падне у доцњу. Ово је само по себи објашњиво и разумљиво. Поверилац може настојати путем тужбе за испуњење (тужбе за осуду на чинидбу) и принудног извршења да дође до чинидбе.⁷² С друге стране, дужник остаје упркос његовој доцњи и даље овлашћен да испуни обавезу тј, да изврши дуговану чинидбу. Доцња, дакле, не уништава испуњивост.⁷³ Према томе, могло би изгледати да доцња дужника у погледу садржаја и испуњивости тражбине (потраживања) ништа не мења. Међутим, задоцњење дужника са испуњењем обавезе представља једну врсту повреде обавезе и нарушавања облигационог односа, а то има за последицу да доцња

⁶⁹ D. Looschelders, op. cit. 205.

⁷⁰ D. Medicus, S. Lorenz, op. cit. 236.

⁷¹ Упор. K. Larenz, op. cit. 282-283.

⁷² P. Gauch, W. Schluep, op. cit. 158.

⁷³ Ibid.

дужника доводи до извесне промене у садржини облигационог односа.⁷⁴ Оне се огледају у томе што поверилац поред задржаног права на испуњење обавезе (чинидбе) како она гласи са доцњом дужника стиче и извесна додатна права, односно што дужник у доцњи дугује обично и додатне обавезе. Отуда, уопште узев, доцња увек собом повлачи промену садржине облигационог односа на уштрб дужника,⁷⁵ тј. извесне негативне последице по дужника у смислу да се његов правни положај погоршава. Но, последице доцње дужника могу бити различите. Оне зависе од тога да ли је дужник запао у доцњу својом кривицом или не: неке последице доцње настају без обзира на дужникову кривицу за долазак у доцњу, док друге зависе од његове кривице.⁷⁶

3.1. Последице доцње без обзира на кривицу

Без обзира на кривицу дужника, његова доцња повлачи две главне последице, односно изазива два главна дејства. Међутим, та дејства имају ограничени домашјај: она се испољавају или само код извесних врста обавеза или само код извесних врста уговора. Прво дејство односи се само на новчане тражбине (потраживања). Оно се састоји у обавези плаћања тзв. затезне камате (мораторног интереса). Друго дејство ограничава се на узајамне уговоре, где поверилац стиче тзв. право избора, које му даје могућност и да изабере да одустане од уговора.⁷⁷

3.1.1. Обавеза плаћања затезне камате код новчаних обавеза

Код новчаних обавеза кад дужник западне у доцњу, током доцње он дугује поред главнице (капитала) и камату (интерес) због доцње⁷⁸ (тзв. **затезна камата** или **мораторни интерес**) на износ дуга до дана исплате.⁷⁹

⁷⁴ У старијој домаћој доктрини, те промене су назване „преиначењем садржине облигационог односа“. Уп. С. Јакшић, Облигационо право, Општи дио, Сарајево, 1960, 394-414.

⁷⁵ О. Girke, *op. cit.* 136.

⁷⁶ Ј. Радишић, *op. cit.* 331; Ђорђе Николић, Облигационо право, Пројурис, Београд, 2014, 144.

⁷⁷ Уп. Ј. Радишић, *op. cit.* 331; P. Gauch, W. Schluer, *op. cit.* 158.

⁷⁸ Чл. 277. ст. 1. ЗОО.

⁷⁹ Израз затезна камата и мораторни интерес су синоними. Први одражава да је то камата која се плаћа јер је дужник одуговлачио са испуњењем новчане обавезе, што је затезао са плаћањем. С друге стране, израз мораторни интерес се везује за латински назив за доцњу (мога). Он се још увек користи у француском праву и теорији (interets moratoires) док је код нас више био раније у употреби (Упор. Драгољуб Аранђеловић,

Затезна камата има тројаки циљ. Прво, она треба да представља накнаду повериоцу који је за извесно време био лишен одређених новчаних средстава због тога што је дужник одуговлачио са испуњењем, односно што је затезао са плаћањем, услед чега поверилац није могао да користи новац који му припада. Да је користио тај новац, могао је да оствари неку добит. Друго, затезна камата је цена за ризик којем је поверилац изложен да му дужник неће платити дуг. Док дужник није пао у доцњу тај ризик није заслуживао пажњу. И треће, затезна камата треба да заштити повериоца од смањења моћи новца за време доцње дужника.⁸⁰

Поверилац има по самом закону право на затезну камату у случају доцње дужника са плаћањем.⁸¹ У нашем праву, затезна камата се плаћа по стопи која се прописује посебним законом.⁸² По одредби члана 3. Закона о затезној камати, стопа затезне камате на износ дуга који гласи на динаре утврђује се на годишњем нивоу у висини референтне каматне стопе Народне банке Србије увећане за 8 процентних поена.⁸³

Основи облигационог права, Општи део, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1936, 139-140.), а данас се готово изобичаји у домаћој правној терминологији.

⁸⁰ Упор. Ивица Јанковец, Правни аспекти новчаних обавеза, Службени гласник СЦГ, Београд, 2003, 132.

⁸¹ То право не мора бити предвиђено уговором на основу којег је настала обавеза плаћања коју дужник није на време извршио. Пропис о затезној камати у случају доцње има императивни карактер, па отуда уговором не може бити одређено да у случају доцње дужника поверилац неће имати право на затезну камату. Пресуда Вишег привредног суда Србије, ПЖ. 1773/86 од 7.5.1986, Информатор, бр. 3412 од 10.11.1986, 5. Упор. И. Јанковец, *op. cit.* 132.

⁸² Закон о затезној камати, Службени гласник РС, бр. 119/2012.

⁸³ У земљама евроконтиненталног правног круга стопа затезне камате је регулисана у различитим износима. Штавише, у неким од њих законодавна пракса је да се одређује виша стопа затезне камате кад је у питању однос између привредних субјеката него кад је реч о односима између грађана. Тако је према члану 104. Законика о облигацијама Швајцарске стопа затезне камате 5% годишње, али ако је есконтна стопа у месту плаћања виша од 5%, међу трговцима се затезна камата може обрачунавати према висини есконтне стопе. По немачком праву, стопа затезне камате у грађанскоправним односима је 4% годишње, док је у привредно-правним односима 5% годишње. С друге стране, по француском и италијанском праву стопа затезне камате је иста за све послове. У француском праву је раније била предвиђена различита стопа затезне камате за цивилне и комерцијалне обавезе, али је то промењено законом из 1975. године. Она је променљива и годишње се утврђује декретом (Упор. *Philippe Malaurie et al. op. cit.* 491.) По члану 1284. ст. 1. италијанског Грађанског Законика стопа затезне камате износи 5% годишње и она се примењује без обзира да ли посао у питању има карактер привредног или непривредног посла. Више о томе: И. Јанковец, *op. cit.*, 133. За наше право детаљно вид: Ђорђе Николић, Затезна камата и стопа затезне камате у праву Србије, Правни живот, бр.10/2011, 759-778.

Затезна камата се у доктрини поима као једна врста обештећења која се дугује повериоцу: као накнада штете коју је поверилац претрпео због дужниковог задоцњења са испуњењем обавезе. Поверичева штета се, у ствари, претпоставља, јер би новац да је био уложен у банку, донео, сигурно, извесну камату.⁸⁴ То је становиште и нашег ЗОО.⁸⁵ Сходно овом становишту, сваки дужник новчане обавезе који падне у доцњу, дужан је своме повериоцу исплатити и затезну камату. Ову камату дужник дугује без обзира на чињеницу да ли је поверилац због тога претрпео било какву штету. Ово се схватање темељи заправо на резону да је новац посебна врста ствари која се у свако доба може дати „под интерес“ и да би поверилац могао, ако ништа друго, дуговану суму да депонује као штедни улог и да добије одговарајућу камату.⁸⁶ Међутим, ако би услед доцње дужника поверилац претрпео штету која је већа од износа који би добио на име затезне камате, поверилац у таквом случају има право захтевати разлику до потпуне накнаде штете, с тим, што он мора у конкретном случају и да докаже да је претпео такву штету.⁸⁷

3.1.2. Право повериоца на избор код узајамних уговора

Кад код узајамних уговора једна од страна западне у доцњу са испуњењем обавезе друга страна као поверилац има право не само да захтева испуњење обавезе од дужника, већ може и да одустане од уговора.⁸⁸ Поверилац дакле стиче право на избор. Међутим, ако поверилац жели да одустане од уговора, мора оставити дужнику накнадни разумни рок за испуњење.⁸⁹ Ако дужник не испуни обавезу ни у накнадном року, уговор се раскида по самом закону, уколико поверилац, без одлагања, не обавести дужника да остаје при уговору и да захтева да он своју обавезу испуни.⁹⁰ Изузетно, поверилац може одустати од уговора и без остављања накнадног рока за испуњење дужнику: ако из

⁸⁴ Ј. Радишић, *op. cit.* 331.

⁸⁵ Чл. 278. ЗОО.

⁸⁶ Слободан Перовић, Коментар члана 278. у: Коментар Закона о облигационим односима (гл. редактор: Слободан Перовић), књига I, Савремена администрација, Београд, 1995, 643.

⁸⁷ Чл. 278. ст. 2. ЗОО; чл. 106. Швајцарског законика о облигацијама; С. Перовић, *op. cit.* 643; Ј. Радишић, *op. cit.* 331

⁸⁸ Ово је становиште савремених правних система. Римско право и пандектно право допуштало су, начелно, да се захтева само испуњење обавезе и накнада штете због доцње.

⁸⁹ Упор. чл. 107. Швајцарског Законика о облигацијама.

⁹⁰ Чл. 125. ст. 1. и 2. ЗОО, чл. 126. ст. 2. и 3. ЗОО.

дужниковог држања произилази да он своју обавезу неће испунити ни у накнадном року.⁹¹

3.2. Последице доцње за коју је дужник одговоран (крив)

Ако је дужник скривио доцњу, тј. ако је одговоран за околност која је довела до доцње (ако му се таква околност може приписати, урачунати), таква (субјективна) доцња повлачи за њега још две допунске последице: обавезу накнаде штете и одговорност за случај. тј. случајну немогућност испуњења обавезе. Дужник се може ослободити одговорности само ако докаже да је са испуњењем обавезе задоцнио због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.⁹²

3.2.1. Обавеза накнаде штете

Дужник је обавезан да накнади повериоцу штету због задоцњења,⁹³ тј. штету коју овај трпи услед доцње.⁹⁴ Захтев повериоца за накнаду штете ступа поред примарног захтева за испуњење. Отуда, за штету одговара и дужник коме је поверилац оставио накнадни разуман рок за испуњење. Штета услед доцње је она штета коју поверилац трпи услед тога што обавеза није благовремено испуњена. Отуда је смисао ове накнаде довести повериоца у оно имовно стање, у коме би био да је дугована чинида благовремено извршена.⁹⁵ Штета због доцње са испуњењем је сложена, јер обухвата више различитих штета. Под њу се могу подвести, пре свега користи које би поверилац имао од предмета обавезе да је испуњење уследило благовремено. Затим, трошкови које је поверилац морао учинити због доцње (нпр. кад се обавеза дужника састоји у предаји ствари одређених по роду, поверилац је овлашћен да, пошто претходно о томе обавести дужника, по свом избору набави ствар истог рода и захтева од дужника накнаду плаћене цене).⁹⁶ Осим тога, у штету због задоцњења спада и штета и уговорна казна коју би поверилац морао платити трећим

⁹¹ Упор. чл. 127. ЗОО; чл. 108. Швајцарског законика о облигацијама.

⁹² Чл. 263. ЗОО.

⁹³ Упор. чл. 1146. Француског грађанског законика; чл. 85. (6.1.8.10а) Холандског Грађанског законика; чл. 103. Швајцарског законика о облигацијама; чл. 1223. Италијанског Грађанског законика; § 280 I и § 280 II у вези са § 286 Немачког грађанског законика; чл. 262. ЗОО.

⁹⁴ У француској правној теорији накнада коју дужник дугује на име штете услед доцње позната је под називом „мораторна накнада“ (dommages-interets moratoires). Упор: М. Planiol, G. Ripert, op. cit. 85-86; P. Malaurie et al, op. cit. 497.

⁹⁵ Н. Brox, W. Walker, op. cit. 251.

⁹⁶ Чл. 290. ЗОО.

лицама услед сопствене доцње изазване дужниковом доцњом. Надаље, ту се могу подвести и трошкови опомињања и вођења судског поступка.⁹⁷ И, коначно, трошкови повериоца због узалудног одласка у место испуњења.⁹⁸

3.2.2. Одговорност за случајну немогућност испуњења

Скривљено задоцњење са испуњењем обавезе, односно дуговане чинидбе, изазива и пооштравање дужникове одговорности: после скривљеног западања у доцњу дужник одговара не само за штету изазвану сваким степеном кривице чак и у случајевима где би иначе одговарао само за намеру или грубу непажњу, него одговара и за штету проузроковану случајном немогућношћу испуњења своје обавезе. То је **одговорност за тзв. мешовити случај** (casus mixtus), и она проистиче из општих начела о узрочној вези; иако је случај непредвидљив догађај, он је, ипак, посредна последица доцње, јер не би деловао да је дужник своју обавезу испунио благовремено.⁹⁹ Према томе, ако после наступања доцње дође до немогућности испуњења обавезе, јер је нпр. ствар која је предмет чинидбе случајно пропала, дужник ће за то одговорати. Он се не ослобађа своје обавезе и биће у обавези да надокнади штету, јер дужник у доцњи код обавеза које за предмет имају предају ствари сноси ризик случајне пропасти ствари.¹⁰⁰ Ипак, ова одговорност није апсолутна. Дужник се, наиме, може ослободити одговорности за штету ако докаже да би ствар која је предмет чинидбе пропала услед случаја и да је он чинидбу на време испунио.¹⁰¹

⁹⁷ P. Gauch, W. Schluer, op. cit. 162.

⁹⁸ J. Радишић, op. cit., 332.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Упор. чл. 1138. Француског грађанског законика.

¹⁰¹ Чл. 262. ст. 5. ЗОО. У швајцарском праву ова могућност ослобађања је шира и чини се да је боље нормативно уређена. Наиме, према члану 103. швајцарског Законика о облигацијама „Дужник се може ослободити ове одговорности за случај ако докаже да је дошао у доцњу без своје кривице и да би случај погодио на штету повериоца предмет обавезе и да је извршење било благовремено.“ Предност швајцарског решења у односу на наше огледа се у томе, што се дужник у два случаја може ослободити одговорности. Прво, ослобађање може уследити кад дужник докаже да је доцња наступила без сваке кривице с његове стране (први ослобађајући доказ) и друго, кад дужник докаже да би предмет чинидбе и код благовременог испуњења погодио предмет чинидбе на штету повериоца (други ослобађајући доказ). На тај начин, у швајцарском праву је попуњена логичка празнина у нормативном решењу која постоји у нашем праву кад је реч о првом ослобађајућем доказу, јер ова могућност ослобађања показује да одговорност за случај постоји само код скривљене доцње. О томе: P. Gauch, W. Schluer, op. cit. 163.

4. ОКОНЧАЊЕ ДОЦЊЕ ДУЖНИКА (PURGATIO MORAE)

Доцња дужника у извесном смислу представља једно привремено стање које траје све док дужник не испуни своју обавезу односно док доцња не престане на неки други законом одређени начин.¹⁰²

Пошто доцња повлачи значајне неповољне последице по дужника, дужник је заинтересован да што пре изађе из тог неугодног положаја, да се „очисти од доцње“ (purgatio morae). У томе ће он успети уколико накнадно испуни своју обавезу, односно кад понуди чинидбу коју дугује и уз то и испуњење свих оних додатних (секундарних) обавеза које су настале као последица доцње у конкретном случају.¹⁰³ То је први и најчешћи случај престанка доцње. После такве ефективне понуде доцња престаје, било да поверилац прими извршење првобитно дуговане чинидбе са накнадом због задоцнелости, било да не прими, и услед тога сам падне у тзв. поверилачку доцњу.¹⁰⁴ С друге стране, и поверилац може својим понашањем да изазове престанак доцње дужника. То ће бити случај уколико накнадно поверилац или једнострано продужи дужнику рок за испуњење његове обавезе¹⁰⁵ или уколико се споразуме са дужником о новом року испуњења. Међутим, сматра се да ово правило важи само условно, тј. ако дужник у продуженом року обавезу заиста и испуни.¹⁰⁶ Коначно, доцња престаје и кад се дужникова обавеза угаси услед тога што је њено испуњење постало немогуће.

Услед окончања доцње дужника престају и последице доцње. Правило је, дакле, да последице доцње престају кад и сама доцња престане из ма ког узрока. Међутим, треба имати у виду да последице доцње престају само за будућност. Реч је о дејству *ex nunc*. За отклањање последица које су већ наступиле, потребно је да се о томе сагласе и поверилац и дужник. До тога може доћи једино путем споразума о опроштају дуга.¹⁰⁷

¹⁰² Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.* 596.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Л. Марковић, *op. cit.* 122.

¹⁰⁵ Као продужење рока сматра се и кад поверилац једнострано повуче опомену. Упор. Ж. Ђорђевић – В. Станковић, *op. cit.* 596.

¹⁰⁶ Ј. Радишић, *op. cit.*

¹⁰⁷ Л. Марковић, *op. cit.* 122; Ж. Ђорђевић – В. Станковић, *op. cit.* 596.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге и чланци

- Антић Оливер: Облигационо право, Службени гласник, Београд, 2008.
- Аранђеловић Драгољуб, Основи облигационог права, Општи део, Издавачка књижевница Геце Кона, Београд, 1936.
- Brox Hans, Walker Wolff-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, Verlag C.H.Beck, Muenchen, 2009.
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1988.
- Gauch Peter –Walter Schlueter: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1991.
- Gierke von Otto: Deutsches Privatrecht, Band III, Schuldrecht, Verlag von Duncker und Humboldt, Muenchen –Leipzig, 1917.
- Girard Frederic Paul: Manuel elementaire de Droit Romain, Arthur Rousseau, Paris, 1906.
- David Francois: De la mise en demeure, Revue critique de la jurisprudence en matiere civile, administrative, commerciale et criminelle, No. 1-2/1939, 95-140.
- Demogue Rene, Traite des obligations en general, Tome VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932.
- Ђорђевић Живомир, Станковић Владан: Облигационо право, Научна књига, Београд, 1987.
- Јакшић Стеван: Облигационо право, Општи дио, Сарајево, 1960.
- Јанковец Ивица, Правни аспекти новчаних обавеза, Службени гласник СЦГ, Београд, 2003.
- Josserand Louis: Cours de droit civil positif francais, Tome II, Theorie generale des obligations, Recueil Sirey, Paris, 1939.
- Koziol Helmut, Rudolf Welser: Grundriss des buergerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, Manz, Wien, 2001.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrecht, verlag C.H.Beck, Muenchen, 1976.
- Laurent F: Principes de droit civil, Tome XVI, Bruylant-Christophe & Comp. –Durand & Pedone Lauriel, Bruxelles-Paris, 1875.
- Madai, Carl Otto: Die Lehre von der Mora: drgestellt nach Grufassens des Roemischen Rechts, Schwetschke und Sohn, Halle, 1837.
- Malaurie Philippe et al.: Droit civil, Les Obligations, Defrenois, Paris, 2004.

Марковић Лазар: Облигационо право, Службени лист СЦГ, Београд, 1997.

Matthias Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Verlag von O. Härling, Berlin, 1910.

Medicus Dieter, Lorenz Stephan: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Verlag C.H.Beck, Muenchen, 2012.

Милошевић Љубиша: Облигационо право, Савремена Администрација, Београд, 1982.

Милошевић Мирослав: Римско право, Службени гласник, Београд, 2007.

Larombiere Leobon Valery Leon Jupile: Theorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres II et IV, livre III du Code civil, art.1101 a 1386, Tome I, A.Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1885.

Лоза Богдан: Доцња, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том I, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978.

Looschelders Dirk: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Carl Heymanns Verlag, 2009.

Николић Ђорђе: Затезна камата и стопа затезне камате у праву Србије, Правни живот, бр. 10/2011, 759-778.

Николић Ђорђе: Облигационо право, Пројурис, 2014.

Raech Fritz: Der Leistungsverzug, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1902.

Перовић Слободан: Коментар члана 278, Коментар Закона о облигационим односима (гл. Редактор: Слободан Перовић), књига I, Савремена администрација, Београд, 1995, 643.

Planiol Marcel, Ripert Georges: Traite elementaire de droit civil, Paris, 1931.

Радишић Јаков: Облигационо право, Општи део, Номос, Београд, 2000.

Радишић Јаков: Време и рокови у уговорним облигационим односима и правне последице њиховог непридржавања, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 8/1969, 105.

Станојевић Обрад: Римско право, Досије студио, Београд, 2008.
Toullier Charles-Bonaventure-Marie: le droit civil francais, suivant l'ordre du Code, Tome 6, Waree, Paris, 1824.

Fikenscher Wolfgang: Sschuldrecht, Walter de Gruyter, Berlin –New York, 1992.

Heilfron Eduard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse, Speyers & Peters, Berlin, 1909.

Colin Ambroise, Capitant Henri: Cours elementaire de droit civil francais, Tome II, Librairie Dalloz, Paris, 1915.

Crome Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tuebingen –Leipzig, 1902.

Scholmeyer Friedrich et al.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II Band, Recht der Schuldverhältnisse, C.H.Beck, Muenchen, 1900.

Прописи и законски материјали

Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, као и Службени лист СРЈ, бр 31/93.

Закон о затезној камати, Службени гласник РС, бр. 119/2012.

Швајцарски Законик о облигацијама, од 30. марта 1911. године, (превод), Институт за упоредно право, Савремена администрација, Београд, 1976.

Италијански грађански законик, књига IV, Облигације, превод, Институт за упоредно право, Београд, 1964.

Немачки грађански законик, Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), електронска копија доступна на: www.dejure.org и www.juris.de

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Verlag von J. Guttentag, Berlin - Leipzig, 1888.

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040.

Холандски грађански законик, књига 6, Boek 6 Algemeen Gedeelte Van Het Verbintenissenrecht, електронска копија доступна на: <http://ssrn.com/apstract=1737848>

Француски грађански законик, Code Civil, електронска копија доступна на: www.legifrance.gouv.fr

Goran Tisic
Teaching Assistant

DEFAULT OF DEBTOR (MORA DEBITORIS, MORA SOLVENDI)

Summary

The default of debtor is old (classical) institute of obligation law. Its roots reach deep into history, as far back as the law of ancient Rome, where this institute has been named *mora debitoris* or *mora solvendi*. In the most contemporary European civil law systems, the institute of debtor default in key aspects echoes attitude and spirit of the Roman law doctrine and jurisprudence about *mora debitoris*, in which central point is the subjective concept of the debtor default. But, into 20. century, some European civil law countries are abandoned Roman subjective concept of the debtor's default and adopted new, objective concept of the debtor's default. In this paper, the author first, explain the subjective and objective conception in the notion of debtor's default and its differences, and next, in detail, explicates and analyses the conditions (requisites), the law effects and the termination of the debtor's default.

Key words: default of debtor - *mora debitoris* - exigible claim – warning - consequences and termination of debtor's default.

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Петар Станојевић
Редовни професор

УТИЦАЈ ЖАЛБЕ НА ПРЕСУДУ ПРВОСТЕПЕНЕОГ СУДА НА РЕШАВАЊЕ ПРЕДМЕТА У РАЗУМНОМ РОКУ

Апстракт: *Правни лекови представљају правна средства помоћу којих овлашћена лица побијају судску одлуку због постојања стварних или правних недостатака и траже од суда њено преиначење или укидање. Сама суштина иницирања поступка по правним лековима има за циљ исправљање незаконите или неправилне судске одлуке, донешене услед одређених грешака или пропуста. Да би се осигурало отклањање неправилности и грешака начињених одлукама првостепеног суда, наводи се чињеница да о поднетом правном леку одлучује кривични суд вишег степена, састављен од судија са већим знањем и искуством. Класификација правних лекова се може извршити на много начина и на основу много критеријума али најважнија је подела на : а)Редовни и ванредни правни лекови; б)Правни лекови са суспензивним и несуспензивним дејством; в)Деволутивни и недеволутивни правни лекови; Редовни правни лекови су институти кривичног процесног права којима се правно напада неправоснажна одлука. Право на улагање жалбе на пресуду у кривичном поступку је уставног ранга садржано у члану 26. став 2. Устава Србије у коме се наводи да свако има право на жалбу против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу . Осим тога редовни правни лекови су и средство за активно стицање правоснажности судских одлука. У редовне правне лекове спадају : 1) жалба на пресуду првостепеног суда; 2) жалба на пресуду другостепеног суда; 3) жалба против решења; У овом раду, акценат ћемо ставити на редовни правни лек – Жалба на пресуду првостепеног суда и на њен утицај на решавање предмета у разумном року*

Кључне речи: *жалба, пресуда, правни лекови, суђење у разумном року*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Доношење првостепене пресуде у кривичном поступку представља активност примене права, која због своје специфичности представља

Др Петар Станојевић, редовни професор

процес у процесу.¹ Анализа судског одлучивања, као социолошког процеса, преко проучавања активности суда, уводи се у теоријском и практичном виду тек у XX веку, а код нас се ова проучавања јављају још касније.

Ипак, колико год судије биле стручне и трудиле се да донесу правилну и закониту пресуду, не могу се искључити грешке и заблуде у доношењу пресуда у кривичном поступку. На ову чињеницу упућују и подаци да није мали број невиних осуђених лица, па чак и на најтеже кривичне санкције у историји правосудја.²

Настале грешке и пропусти код првостепених судова могу се отклонити једино правним лековима. Поред осталих начела, у кривичном али и грађанском поступку битно је напоменути начело материјалне истине и начело суђења у разумном року.³ Начело материјалне истине представља скуп процесних наредби и установа којима се обезбеђује да истина која се у кривичном поступку утврђује мора бити материјална. Ове процесне наредбе су:

- дужност свих органа кривичног поступка да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу, непристрасно оцене изведене доказе (суд) и да са једнаком пажњом испитују (јавни тужилац и полиција), тј. утврђују (суд) чињенице које терете окривљеног или иду у корист окривљеног (чл.6, ст.4 и чл.16, ст.2);

- заснованост пресуде, или решења које одговара пресуди, само на чињеницама у чију извесност је суд уверен (чл.16, ст.4);

- изведени докази се цене по слободном уверењу судије (чл.16, ст.3), а не по формалним законским правилима.⁴

¹ Загорка Јекић, „Правно регулисање неслагања судија код доношења судских одлука у кривичном поступку“, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, 1984 85.

² Међутим, Министарство данас не води податке колико је годишње донето правоснажних пресуда по којима Република Србија обавезна на накнаду штете због неоснованог лишења слободе или због накнаде штете неосновано осуђених лица. Министарство, даље, нема податке колики су новчани износи исплаћени на име накнаде штете овим лицима по основу правоснажних пресуда (главница, камата, трошковипоступка).

Министарство правде, такође не води и нема податке о новчаним износима који су исплаћени на име трошкова кривичног поступка лицима против којих је донета правоснажна ослобађајућа пресуда, обустављен поступак због застарелости или због одустанка тужиоца од даљег вођења поступка.

Извор: „Језиви одговори језиво коштају“, <http://www.nin.co.rs/pages/article.php?id=60867>, 12.05.2011.

⁴ Законик о кривичном поступку, http://www.paragraf.rs/propisi_download/zakonik_o_kvivicnom_postupku.pdf

Друго начело, пак, захтева да се започети кривични поступак не одуговлачи у бесконачност, да се не стварају беспотребни трошкови, јер на другој страни и кривичне санкције имају правни ефекат и њима се постиже сврха кажњавања, али само ако се на учioniца кривичног дела та санкција примењује довољном брзином (кривични поступак против окривљеног који је у притвору је хитан) (чл. 14).

Баш овде треба поменути и питање дискрепанције која се намеће између концепта човекове слободе и ефикасног поступка. Слободе и права човека не трпе ограничења, а ефикасност поступка то захтева. Како је вршење сваке, па и судске, власти повезано са могућношћу њене злоупотребе, тим су више кривичном поступку потребна посебна правна средства која би то онемогућила и гарантовала непристрасност и објективност суђења. Она омогућују да човек у кривичном поступку не трпи више него што је законом предвиђено, што се уосталом потврђује и начело невиности које прописује да: *„Свако се сматра невиним док се његова кривица не утврди правоснажном пресудом“* (Чл. 2)⁵ Поред института презумпције невиности, свакако да централно место заузима институт, односно систем правних лекова који обезбеђују правилну и закониту репресију и доследно поштовање слобода и права човека у кривичној процедури.

Циљ овог рада јесте да на систематски начин изнесе проблематику редовних правних лекова, а посебно жалбе на првостепену пресуду и да тако ултимативно одговоримо на питање да ли се тиме постиже праведност и јединство правосуђа и да ли се осигуравају права грађанима, јер право на правичност суђења иако није сегментирано као посебно начело, свакако се интегрише у начела препоставке невиности и суђења у разумном року.

ПОЈАМ ПРАВНИХ ЛЕКОВА

Поступак правних лекова, а посебно жалбе на првостепену пресуду у кривичном поступку, омогућују грађанима да остварују своја права и сами, без обавезне помоћи стручних лица, што значи да су формалности код овог института сведене на минимум. Но, самим тим, намеће се и логично питање да ли поред правних постоје и стварне могућности за остваривање права и слобода грађана у кривичном поступку. Може се зато рећи да је проблематика правних лекова уопште, а посебно жалбе на првостепену пресуду, једно од најинтересантнијих питања у теорији кривично-процесног права. На другој страни, у пракси

⁵ Ibid.

кривичног суђења, овај институт стално открива нова питања. У овом контексту посебно је интересантно питање диференцијације чињеница и правних питања, како за правну грану уопште, тако и за жалбу на првостепену пресуду.

Наиме, у току поступка долази до судара интереса између окривљеног и браниоца на једној страни, и оштећеног и јавног тужиоца на другој страни, у којој обе стране подједнако бране свој интерес, а може се рећи да овај судар нигде није тако оштар као овде. Повређен је друштвени и правни интерес и захтева се успостављање пређашњег стања уколико је то могуће; уколико пак то није остварио, тражи накнада штете, али се истовремено примењују и кривичне санкције. Учиниоца кривичног дела зна какав удар могу представљати кривичне санкције и да су истовремено скопчане и са евентуалним одузимањем слободе али и неким видидом друштвеног и индивидуалног презира који може оставити извесне последице. Окривљени, чији се криминални профили могу објаснити једино ако се њихова личност посматра и са био-психолошке и социолошке стране, своју одбрану виде једино у жалби на првостепену пресуду, као редовном правном средству. Она за њих представља већу гаранцију него сам поступак, јер преко жалбе окривљени стварају уверење да им је пружена довољна могућност да заштите своја права и интересе, стичу повређе у судове и убеђење да је донета пресуда која је најправичнија за конкретн случај. Колико је интересантно питање правних лекова, а посебно улагање жалбе, најбоље илуструје податак да се при свакој реформи, како код нас тако и у свету, највећи део дискусије посвећује правним лековима.

Да бисмо доследно схватили институт правних лекова, морамо најпре објаснити појам правног средства, као ширег појма, а под којим се подразумевају средства помоћу којих учесници у кривичном поступку могу изменити неку процесну ситуацију до које је дошло због процесних радњи органа који води поступак, или другог учесника у истом. Дакле, правне лекове можемо дефинисати као посебну врсту правних средстава којим правни субјекти нападају судску одлуку по основу формалне или материјалне повреде закона упућујући га до другостепеног суда са предлогом да се побијена одлука преиначи или укине у предложеном правцу.⁶

⁶ Др. Панта Марина сматра: „ Правни лекови су правна средства која омогућавају странкама и другим овлашћеним лицима и субјектима да се и после доношења првостепених одлука – одлука које нису постале правоснажне, боре за испитивање евентуално погрешно донетих судских одлука, обезбеђујући на тај начин њихову потпуну заштиту права и интереса.“ Вид. Панта Марина, *Кривична постапка на СФРЈ*“, Скопље, 1979, 465.

Према нашем Законнику о кривичном поступку, према томе да ли се напада правоснажна или неправоснажна пресуда, све правне лекове делимо на редовне и ванредне. У редовне правне лекове спадају:

- а) жалба на првостепену пресуду (чл. 432- чл. 462);
- б) Жалба на другостепену пресуду (чл. 463) и
- в) жалба против решења (чл. 465.)

У ванредна правна средства спадају:

- а) захтев за понављање кривичног поступка (чл. 470-чл. 481) и
- б) захтев за заштиту законитости (чл. 482- чл. 494).

Према томе какав се учинак постиже правним лековима деле се на деволутивне и недеволутивне, и у деволутивне спадају они по чијем улагању одлучује непосредно виши суд (недеволутиван је захтев за понављање кривичног поступка, јер по њему одлучује исти суд, односно суд чија се пресуда и напада (чл. 474)). Даље, правни лекови могу да се деле и на суспензивне и несуспензивне, где суспензивност правног лека јесте својство којим се забрањује извршење нападнуте пресуде, док се несуспензивност односи на ванредне правне лекове. У зависности од тога да ли се правним леком напада пресуда у целини, односно по свим основама или делимично, правни лекови се деле на потпуне и непотпуне.

Као разлоге постојања правних лекова може да наведемо следеће:

а) отклањање пропуста које је учинио првостепени суд, било због повреде које су садржане у чињеничном стању, било због повреде закона, а због чега је једна судска одлука незаконита и иста наноси штету не само процесним субјектима већи друштву у целини;

б) разматрање једне кривичне ствари у више инстанци чини једну судску пресуду убедљивијом;

в) институт правних лекова налази своје оправдање и у побољшању квалитета рада првостепених судова;⁷

Из свега изложеног може се доћи до закључка да свестраније и детаљније разматрање института правних лекова, а посебно жалбе на првостепену пресуду у кривичном поступку, захтева и сагледавање и образложење друштвено- политичког аспекта кривичног правосуђа. Судска одлука којом се решава конкретна кривична ствар треба да има ауторитет закона, а институт правних лекова доприноси остваривању друштвено.политичке улоге правосуђа као јединствене власти народа.

⁷ Без обзира да ли се и колико води рачуна о квалитету првостепених судија и њиховом апредовању, ове судије не могу бит равнодушне према дефинитивном исходу конкретне кривичне ствари, где су и сами учествовали. Баш ова чињеница наводи судије да одговорније и савесније раде.

ЖАЛБА НА ПРЕСУДУ ПРВОСТЕПЕНОГ СУДА КАО РЕДОВНИ ПРАВНИ ЛЕК

Као што смо већ напоменули, институт жалбе представља редовни правни лек, предвиђен у ЗКП-у, али посматран кроз призму учесника у кривичном поступку представља својеврсни „алат“ којим се побијају пресуде, или се бар покушавају отклонити заблуде, неправичности и грешке. Сама концепција жалбе, како потпуног правног лека, чини да се њена валидност у отклањању стварнихх и правних недостатака насталих у првостепеном поступку употпуни са правилном сктруктуром жалбе како би финални „продукт“ била законита и правична одлука.

Највећа специфичност код улагања жалбе јесте то што се првостепеном суду подноси иста, али је свакако главни адресат другостепени суд као суд правног лека. Првостепени суд је ту да испита постојање процесних сметњи за одлучивање по жалби и када жалилац преда жалбу у довољном броју примерака, председник већа испитује благовременост и дозвољеност жалбе.⁸

Право на жалбу има за смисао остварење вишестепености судства тј. остваривање једног од начела независности судства и једног од начела владавине права, као и отклањање неправилности и незаконитости у првостепеним одлукама суда. Као што смо рекли, да би се жалбом постигао жељени ефекат она мора бити изјављена у одређеном року, од стране одређених овлашћених лица, са прописаном садржином. Чак иако се одмах види да ли жалба по својој садржини испуњава критеријуме (да ли је поптуна, односно неоснована), суд не може одмах одбавити жалбу већ о том мора донети одлуку. Иако би логичка консеквенца била да се сада преда предмет суду правног лека на дање олучивање, првостепени суд и даље има своју формалну улогу у виду достављања жалбе на одговор процесним странама, које имају сад рок од осам дана да одговоре на исту.

Титулари права на овај редовни правни лек могу изјавити жалбу у року од 15 дана од дана достављања преписа пресуде, што је и предвиђено у члану 432 ЗКП. Протеком рока настаје преклузија која се састоји у томе да лице које је рок пропустило више не може улагати жалбу против те

⁸⁸⁸ Иако се на овај поступак гледа као као на формални правни акт који не захтева неко комплексније сагледавање, један од главних индикатора за одбацивање жалбе је то што се подноси од стране неовлашћених лица па је суд одбацује као недозвољену, каои то што се подноси након истека законског рока, што опет доводи до њене неблаговремености. Мишљења смо да иако странке овде имају релативну самосталност, неки вид „правног упићивања и саветовања“ је ипак нужан, како би оне правилно искористиле своја законска права и правилно формулисала иста

пресуде. Новом одредбом у ЗКП, у нарочито сложеним предметима, странке и бранилац могу одмах по објављивању пресуде захтевати продужење рока за изјављивање жалбе. О овом захтеву председник већа одлучује решењем против ког није дозвољена жалба. Уколико ипак усвоји захтев, председник већа може продужити рок за жалбу за највише још 15 дана.

Чланом 433. ЗКП, као титулари права на жалбу против пресуде првостепеног суда се предвиђају: овлашћени тужилац, оптужени, бранилац оптуженог, законски заступник оптуженог и оштећени. Као новина јесте и то што у титуларе жалбе спада и лице коме је одузета имовина проистекла из кривичног дела, а оштећеном је, осим одлуке о трошковима кривичног поступка, признато право да изјави жалбу и против одлуке о досуђеном имовинскоправном захтеву.

У корист оптуженог, жалбу може изјавити и сродник по крви у правој линији, усвојилац, усвојеник, брачни друг, брат, сестра, хранилац и лице са којим живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници. Код оптуженог такође постоји једно ограничење - по свом положају и улози у кривичном поступку, окривљени, не може тражити преиначење пресуде на своју штету. Јавни тужилац може изјавити жалбу како на штету, тако и у корист оптуженог, и та његова специфичност произилази из његове улоге заштитника закона у кривичном поступку. Потпуно право жалбе поседује бранилац окривљеног, тако да он пресуду може побијати из свих жалбених основа за шта му није потребно посебно овлашћење оптуженог. То произилази из пуномоћја на основу кога врши функцију одбране. Бранилац не може изјавити жалбу против воље оптуженог, осим ако се не ради о изреченој казни затвора од 30 до 40 година. Оптужени има право располагања жалбом, те се може одрећи права на улагање или одустати од већ изјављене жалбе. Одрицање и одустајање од жалбе представљају иреверзибилне чинове, што значи да се не могу опозвати. Такође, оптужени се не може одрећи права на жалбу, такође не може одустати од изјављење жалбе, уколико му је изречена казна затвора у распону од 30 до 40 година.

Закоником је прописана садржина жалбе (члан 435. ЗКП) која је обавезна да би жалба уопште могла да произведе правно дејство, и она мора да садржи: 1) означање пресуде против које се улаже жалба, 2) законски основ за изјављивање жалбе, 3) образложење жалбе, 4) предлог да се побијана пресуда укине (потпуно или делимично) или преиначи и 5) потпис лица које изјављује жалбу. Уколико жалба нема прописну садржину, суд ће је решењем одбацити. Ту разликујемо лица која имају и која немају браниоца. Закоником је прописана могућност да се у жалби износе нове чињенице и нови докази, али је истовремено законодавац обавезао жалиоца да наведе разлоге зашто их није раније изнео.

Жалбом се пресуда може нападати због:

- битне повреде одредаба кривичног поступка;⁹
- повреде кривичног закона;¹⁰

погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања и

- неправилна одлуке о кривичним санкцијама и другим одлукама (одлука о трошковима кривичног поступка, одлука о мери безбедности и одузимању имовинске користи, одлука о досуђеном имовинскоправном захтеву или одузимању имовине проистекле из кривичног дела.

Жалбени поступак се одвија у две процесне фазе. Прва се одвија пред првостепеним судом док се друга одвија пред другостепеним. По

⁹ Још једна од новина тиче се што у апсолутне битне повреде одредаба кривичног поступка спадају и наступање застарелости кривичног гоњења, амнестија, помиловање или пресуђена ствар, односно постојање других околности које трајно искључују кривично гоњење. Међутим, осим ове повреде ту спадају још и:

2. да је пресуду донео стварно ненадлежан суд, осим ако је за пресуду за кривично дело из надлежности нижег суда донео непосредно виши суд;
3. да је суд био непрописно састављен;
4. да је на главном претресу учествовао судија или судија поротник који се морао изузети;
5. да је главни претрес одржан без присуства лица које је бил обавезно да присуствује, или ко је оптуженом, браниоцу, оштећеном или приватном тужиоцу (противно њиховом захтеву) било ускраћено да на главном претресу употребљавају свој језик;
6. да је противно овом законика била искључена јавност на главном претресу;
7. да је суд повредио одредбе кривичног поступка у погледу постојања оптужбе овлашћеног тужиоца, односно одобрења надлежног органа;
8. пресудом није потпуно решен предмет оптужбе;
9. да је пресудом оптужба прекорачена;
10. да је пресудом повређена одредба *забране преиначења на штету оптуженог*;
11. да је изрека пресуде неразумљива, али и ако:
12. се пресуда заснива на доказу на коме се не може заснивати;
13. је изрека пресуда противречна сама себи или су разлози пресуде противречни изреци и
14. ако суд у току главног претреса није применио или је неправилно применио неку одредбу овог законика.

¹⁰ Повреда кривичног закона постоји као:

1. Повреда у погледу кривичног дела;
2. Повреда о кривичној санкцији или одузимању имовинске користи или опозивању условног отпуста;
3. Повреда у погледу погрешно примењеног закона за то кривично дело;
4. Повреда у погледу одредби о урачунавању забране напуштањ стана, притвора или издржаване казне.

правилу се жалба подноси првостепеном суду (оном суду који ј еизрекао пресуду), међутим овај суд је ограничен на додношење процесних одлука, односно на решење о одбацивању жалбе као неблаговремене и недозвољене. После тога долази почетак друге фазе поступка, односно другостепеном суду се достављају жалба, одговор, као и сви остали списи. Након тога се одређује судија известилац, њега одређује председник жалбеног већа са задатком да припреми извештај о стању ствари. Он проверава наводе жалбе вршећи све потребне радње за припремање извештаја о стању ствари. Међутим, уколико је у питању дело које се гони по захтеву јавног тужиоца, онда судија извештац доставља списе јавном тужиоцу који у прописаном року (15 дана) саставља свој предлог и враћа списе. Након тога, председник жалбеног већа заказује претрес, односно седницу већа, зависно од тога шта се жалбом добија. Уколико дође до седнице већа за кривично дело којем је прописана казна затвора до 15 година, веће образују 3 судије, али уколико је прописана казна у трајању од 15 година или тежа казна, веће је састављено од 5 судија.

Седница већа почиње извештајем судије известиоца о стању ствари. Уколико постоје разлози за одбацивање жалбе, решење о одбацивању жалбе се може донети и без обавештења странака о седници већа. Недолазак странака које су уредно позване не спречава одржавање седнице већа

Да би председник жалбеног већа заказао претрес, морају да буду испуњени одређени услови:

1. Постојање оправданих разлога да предмет не буде враћен првостепеном суду на поновни главни претрес
2. Да постоји потреба за извођењем нових доказа или понављањем раније изведених доказа због неадекватног утврђивања чињеничног стања.

Претрес такође почиње извештајем судије известиоца о стању ствари. Лица која се позивају на претрес су иста као код позивања на главни претрес, уз изузетак да се недолазак оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца неће тумачити као одустанак од гоњења.

Другостепени суд по жалби има право да донесе одређене одлуке. Он може донети решење о:

- одбацивању жалбе, под условом да је она неблаговремена, недозвољена или неуредна;
- Одбити жалбу као неосновану и потврдити првостепену пресуду;
- Усвојити жалбу и укинути првостепену пресуду и упутити предмет на поновно суђење

- или усвојити жалбу и преиначити првостепену пресуду.

ДЕЛОВАЊЕ ЖАЛБЕ НА ПРЕСУДУ ПРВОСТЕПЕНОГ СУДА КАО РЕДОВНОГ ПРАВНОГ ЛЕКА НА РЕШАВАЊЕ ПРЕДМЕТА У РАЗУМНОМ РОКУ

Суђење у разумном року, односно решавање предмета у разумном року представља облик судске заштите на који имају право све странке у судском поступку. Оне странке, које сматрају да им суђење или истрага трају предуго, од 1. јануара 2016. године имају право да поднесу приговоре и жалбе, а уколико се тачност њихових навода, моћи ће да траже и обештећење од државе које ће се кретати од 300 до 3.000 евра. Таква решења се предвиђају Законом о заштити права на суђење у разумном року.¹¹

Време данас и стање ствари у коме су судови претрпани предметима, што доводи до дугих поступака који могу трајати и више година, долазимо у ситуацију у којој странка, због таквих маратонских процеса трпи велику штету. Протеком доста времена, сама идеја заштите праца се обесмишљава те се јавља потреба да се повећа ефикасност а смањи трајање суђења, што би допринело правној сигурности. То су главни узроци стварања института суђења у разумном року.

Међутим логично, следи питање, шта је разумни рок и када је он повређен? То зависи од случаја до случаја при чему се као параметри узимају сложеност спора, број странака и друге околности али је Европски суд за људска права заузео становиште да је разумни рок најчешће повређен ако поступак траје дуже од две године. Међутим, намећу се одређена питања: да ли је тај рок повређен ако траје дуже од 2 године, а на његово трајање утичу саме странке, побијајући првостепено решење суда? Да ли жалба на пресуду првостепеног суда, као редовни правни лек, утиче на повреду суђења у разумном року?

Да би смо одговорили на ова питања, морамо одредити разумни рок, што ни сам закон не прецизира, али предвиђа мерила на основу којих ће се вршити процена од случаја до случаја.

Та мерила су:

1. сложеност поступка и понашање странака,
2. поштовање правила о редоследу решавања предмета,
3. законски рокови за заказивање рочишта и главног претреса и израда одлука,

¹¹ „Службени гласник РС“, бр. 40/2015

4. целокупно трајање поступка и поступање суда, тужилаштва или другог државног органа,

5. природа и врста предмета суђења или истраге и

6. значај предмета суђења или истраге по странку.

Водећи се овим мерилима, може се закључити да уколико је сложеност поступка велика, разумни рок ће, сходно томе, бити дужи, међутим, и у том случају, а на основу осталих мерила, можемо извести закључак да суштина суђења у разумном року представља усмерење странака да поступају савесно, правилно и марљиво, поштујући законске одредбе.

Подношење жалбе на одлуку првостепеног суда може иницирати поступак по жалби, из кога се даље могу надовезати разне одлуке првостепеног и другостепеног суда и самим тим се продужити трајање суђења што доводи до незадовољства странака, а из тог незадовољства произилази и потреба за законом о заштити права на суђење у разумном року.

Из свега горе наведеног, може се закључити да за овим законом не би било потребе, када би странке у поступку биле савесне и марљиве. Уколико би странке поступале стриктно по закону, када би се поштовала правила о редоследу решавања предмета и законских рокова, не би било маратонских суђења. Контрола поштовање законских прописа у поступку је кључ за решавање предмета у разумном року. Из приложених Извештаја о раду Вишег суда у Врању и подручних основних судова на територији Пчињског округа, произилази следеће:

По Извештају ВИшег суда Врању у 2015. год, у раду је било 152 предмета, која су решавале три судије. Од тога је решено мериторно 67 и 34 на други начин, што укупно износи 101 предмет. По жалби је било 62 предмета, од тога је потврђених 31 или 50%, а преиначено 11, односно 30, 65%.

Виши суд у Врању у 2014 години (Прилог 3) је у раду био 141 предмет, од чега је мериторно решено 44 и 21 на други начин. Укупно је жалби било 108, од чега су потврђених 45, или 41, 67%, а преиначено 28, односно 25,93%.

Према Извештају Основног суда у Врању за 2015 год., укупно је било 678 предмета у раду, од којих мериторно решено 646, а на други начин 81. рамтраних жалби било је 332, од којих су потврђено 205 или 61, 75%, а број преиначених је 44, односно 13, 25%.

Извештај истог суда за 2014. годину показује да је било 1053 предмета у раду, од чега мериторно решених 754, а на други начин 130. Разматраних жалби било је 673, од којих је потврђено 419 или 62,26%.

По Извештају Основног суда у Сурдулици за 2014 год. (Прилог 1.), укупан број предмета био је 500, мериторно одлучених 321, а на други

начин 51. Разматраних жалби било је 82, од којих је потврђено 44, односно 53,66 %.

Извештај Основног суда у Бујановцу за 2014 год. (Прилог 2), садржи податак о укупном броју од 570 предмета, мериторно решених 444 и 18 на други начин. Разматраних жалби било је 89, а потврђених 63 или 70,79%.

Хтели ми или не, морамо се сложити да је данашњем друштву потребан један ефикаснији, делотворнији и ажурнији систем правосуђа који ће истовремено омогућити ефикасно и правилно одлучивање, односно суђење у разумном року. Сам кривични поступак је, морамо се сложити, отелотворење прописа кривичног закона, те и најбољи кривични закон не може постићи правни ефекат ако се ваљано не примени у пракси. У сваком случају, и једно и друго право имају исти циљ а то је: сузбијање криминалитета, успостављање нарушеног правног поретка, задовољавање повређених интереса појединаца и примену одговарајућих кривичних санкција на сваког учioniоца кривичног дела.

ЛИТЕРАТУРА

Др Марина, П., *Кривична постапка на СФРЈ, Скопје, 1979.*

Јекић, З., *Правно регулирање несалгања судија код доношења судских одлука у кривичном поступку*, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, 1984.

Станојевић, П, Стевановић, Ч., *Кривично процесно право- четврто измењено и допуњено издање*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2011.

Радуловић, Д., Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе, Правни факултет у Подгорици, ПОдгорица, 2009.

Радуловић, Д., *Кривично процесно право- друго измијењено и допуњено издање*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица, 2009.

Кнежевић, С. С., *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012.

Законик о кривичном поступку, друго измењено издање, Службени гласник, 2012.

Шкулић, М. *Кривично процесно право- треће издање*, Правни факултет Универзитета у Београду, БЕОГРАД, 2015.

Petar Stanojević, Ph. D.
Full Professor

THE INFLUENCE OF AN APPEAL ONTO A JUDGEMENT OF THE COURTS OF FIRST INSTANCE CONCERNING THE PRINCIPLE OF A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME

Summary

Legal remedies are legal means by which authorized persons contest the decision made by the court due to the existence of actual or legal shortcomings and ask the court for its modification or cancellation. The very essence of taking action on remedies is aimed at correcting illegal or improper judicial decision, made as a result of certain errors or omissions. Higher criminal court, composed of judges with knowledge and experience, is making a decision in order to ensure the elimination of irregularities and mistakes made in the decisions of the first instance court, stated in the submitted legal remedy. Classification of remedies can be done in many ways and on the basis of many criteria, but the most important is the division into: a) Regular and extraordinary legal remedies; b) Suspensive and non- suspensive remedies; v) Devolutive and non-devolutive remedies; Regular legal remedies belong to criminal procedure law that contests the first instance decisions. Everyone has the right to appeal against any decision on their rights, obligations or lawful interest, according to the Constitution of Serbia (Article 26, paragraph 2). Ordinary remedies are means for actively acquiring finality of judicial decisions. Other remedies include: 1) An appeal against the judgment of the first instance court; 2) An appeal against the judgment of the second instance court; 3) An appeal against the decision; In this paper, emphasis will be put on regular legal remedy - appeal against the judgment of the first instance court and its impact on the resolution of cases within a reasonable time.

Key words: appeal, judgment, legal remedies, a trial within a reasonable time

Др Владимир В. Вековић
Редовни професор

РЕФОРМА МАЛОЛЕТНИЧКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА И СПРОВОЂЕЊЕ АКЦИОНОГ ПЛАНА ЗА ПОГЛАВЉЕ 23

Апстракт: У Акционом плану за преговарање Поглавља 23, који је Влада Републике Србије усвојила на седници одржаној 27. априла 2016. године, између осталог су: таксативно наведене активности из области малолетничког кривичног права које треба реализовати; одређени њихови носиоци; прецизно постављени довољно амбициозни, а ипак реални рокови; наведени стабилни и одрживи извори финансирања, и дефинисани индикатори који омогућавају мерење утицаја предузетих активности, односно увид у степен достизања постављених циљева.

Савет за спровођење Акционог плана за Поглавље 23 је 1. јула 2016. године одржао јавну презентацију Првог извештаја о спровођењу Акционог плана за ово поглавље. Између осталог, Извештај садржи детаљне податке о спровођењу активности из области малолетничког кривичног права које доспевају закључно са II кварталом 2016. године. На основу њихове подробне анализе, аутор закључује да се већина тих активности, и поред постојања одређених проблема и лимитирајућих фактора, успешно остварује.

Усклађивање наше легислативе о малолетничком правосуђу са стандардима Европске уније предвиђеном динамиком, као и њена пуна примена омогућиће, по мишљењу аутора, успешније спречавање и сузбијање криминалитета малолетника, и допринети интензивирању и бржем окончању преговора о приступању наше земље Европској унији.

Кључне речи: малолетничко кривично право, реформа, Поглавље 23, Акциони план, Србија, Европска унија.

1. НЕУЖНОСТ РЕФОРМЕ МАЛОЛЕТНИЧКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА У СРБИЈИ

Кривичноправни положај малолетних учинилаца кривичних дела у европским земљама је, како указује упоредноправна анализа, регулисан на два начина: а) посебним законом који садржи искључиво одредбе малолетничког кривичног права и представља *lex specialis* у односу на опште кривичноправне норме (*lex generalis*) – нпр. у Аустрији, Белгији, Енглеској и Велсу, Француској, Немачкој, Италији, Португалији, Чешкој

Др Владимир В. Вековић, редовни професор

итд., или б) у оквиру опште кривичноправне регулативе, где само поједини делови (поглавља, односно главе) одговарајућих закона садрже посебна правила која се односе на малолетне учиниоце кривичних дела – у Холандији, Северној Ирској, Русији, Литванији и Румунији.¹ Наш законодавац се определио за први приступ у нормирању ове проблематике, тако да је Народна Скупштина 29. септембра 2005. године донела Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,² који је ступио на снагу 1. јануара 2006. и без икаквих измена и допуна важи и данас. Тиме је у нашој земљи идеја о аутономном малолетничком кривичном праву, тј. посебном законодавству којим се у потпуности регулише кривичноправни положај малолетних учинилаца кривичних дела коначно са теоријског пренета на нормативни план.³ Закон/05 представља суштински заокрет у односу на ранија решења – полази од идеје ресторативне правде и доследно је развија; прати савремене тенденције у науци малолетничког

¹ Милан Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд, 2011, 82; Снежана Соковић, Станко Бејатовић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2009, 15-16.

² Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – Закон/05, важећи закон, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

³ За афирмацију идеје о аутономном малолетничком кривичном праву посебан значај има Међународно криминалистичко удружење које су 1889. године основали Ф. Фон Лист, Ван Хамел и А. Пренс. Удружење је инсистирало да се уваже био-психолошке и социјалне специфичности малолетних учинилаца кривичних дела у односу на пунолетне и на томе утемељи засебна правна регулатива. Прецизније, аргументација у прилогу аутономији малолетничког кривичног права полазила је од нужности напуштања концепта о малолетном учиниоцу кривичног дела као „делинквенту у минијатури” и важности да се поставе разлике и посебности на плану регулисања проблема кривице малолетних делинквената, санкција примерених овој категорији учинилаца, особености процедуре пред судом и поступка извршења санкција. Као резултат прихватања ових аргумената, посебно малолетничко кривично законодавство донето је у Енглеској већ 1908. године, Француској и Белгији 1912, Немачкој 1923. итд. Такође, треба указати да се за аутономно малолетничко кривично право, тј. доношење закона који се посебно примењују на малолетне преступнике, изјашњавају и Стандардна минимална правила Уједињених нација за малолетничко правосуђе (Пекиншка правила). Вид. Јанко Таховић, *Кривично право, Општи део*, Савремена администрација, Београд, 1961, 69-70; Обрад Перић, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Службени гласник, Београд, 2007, 10-11; Љиљана Радуловић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010, 15; Rule 2.3 of *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice – The Beijing Rules* (Adopted by General Assembly Resolution 40/33 of 29 November 1985).

кривичног права; компатибилан је са највишим међународним стандардима из ове области успостављеним у универзалним и регионалним документима облигаторног и препоручујућег карактера; предвиђа могућност „скретања” кривичног поступка (*la diversion*) и, по први пут, примену васпитних налога као мера *sui generis*; даје примат ванинституционалном третману и инсистира на стицању посебних знања и континуираном стручном усавршавању свих субјеката система малолетничког правосуђа.⁴

Иако важећи закон, због низа прогресивних решења, спада међу наше боље законе, десетогодишња примена и проблеми уочени у пракси указали су да је поједине његове одредбе потребно додатно прецизирати, али и увести одређене новине. Такође, Европска комисија (ЕК) у свом Извештају о скринингу за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права,⁵ између осталог, истакла је неопходност усклађивања легислативе о малолетничком правосуђу са стандардима Европске уније (ЕУ/ЕУ) и њену пуну примену. Из препорука садржаних у том документу, очигледно је да приступни преговори и пуноправно чланство у ЕУ као крајњи циљ, захтевају суштинске промене у овој области како на нормативном плану, тако и у погледу имплементације. Сходно томе, Влада Републике Србије је на седници одржаној 27. априла 2016. године усвојила Акциони план за преговарање Поглавља 23.⁶ У овом кровном стратешком документу на основу којег ће се спроводити препоруке ЕК, таксативно су наведене активности из области малолетничког кривичног права које треба реализовати:

⁴ Владимир В. Вековић, *Систем извршења кривичних санкција*, Београд, 2013, 156.

⁵ Достављањем Извештаја о скринингу нашој земљи јула 2014. године, завршен је процес скрининга за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права. У тој првој фази преговарачког процеса извршена је детаљна процена стања у Србији у односу на стандарде ЕУ у области реформе правосуђа, заштите људских права и борбе против корупције. Извештај о скринингу ЕК је припремила на основу два скрининг састанка (експланаторног и билатералног) са представницима Србије задуженим за ово поглавље, као и осталих доступних извора (извештаји међународних организација и невладиног сектора, сазнања самих држава чланица ЕУ о стању у Србији итд.). Извештај о скринингу – Србија, Поглавље 23 – Правосуђе и основна права, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Izvestaj%20o%20skringu%20-%20tekst%20na%20srpskom%20jeziku.pdf>, 15. август 2016. године.

⁶ Акциони план за преговарање Поглавља 23 усвојен на седници Владе Србије 27. априла 2016. године – АП/П23, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023.pdf>, 18. август 2016. године.

3.6.2.10. *Изменити и допунити Закон/05 у циљу:*

- *преиспитивања врста и система кривичних санкција за малолетнике;*
- *увођења ширег спектра посебних обавеза;*
- *усклађивања са одредбама новог Законика о кривичном поступку⁷*
- *пре свега у односу на фазе поступка, те промењене улоге службених актера поступка у појединим процесним стадијумима.⁸*

3.6.2.11. *Унапредити рад Савета за праћење и унапређење рада органа кривичног поступка и извршења кривичних санкција према малолетницима у циљу остваривања координације државних органа, правосуђа и невладиног сектора у поступању са малолетним учиниоцима кривичних дела кроз:*

- *одржавање редовних састанака Савета;*
- *одржавање редовних састанака Савета са другим релевантним органима и невладиним сектором;*
- *покретање иницијатива за измене нормативног оквира, усвајање најбољих пракси и других корака потребних за развој правосуђа по мери детета.*

3.6.2.12. *Повећање примене васпитних налога и давање приоритета ресторативном приступу у поступању са малолетним учиниоцима кривичних дела у циљу њихове реинтеграције и смањења стопе рецидивизма, кроз:*

- *дефинисање улоге органа старатељства као надлежног за организацију примене васпитних налога;*
- *уређење питања финансирања;*
- *унапређену примену алтернативних санкција;*
- *унапређење мере прикупљања података уз увођење нових механизма за праћење ефикасности током времена и документовање утицаја на децу.*

⁷ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13. и 55/14.

⁸ С обзиром да активност наведена под тачком **3.6.2.10.** у АП/П23 изискује измене и допуне више од половине одредаба важећег закона, полазећи од Јединствених методолошких правила за израду прописа (*Службени гласник РС*, бр. 21/10), закључено је да је неопходно донети нови закон који ће уредити ову област. У складу с тим, урађен је и 2015. године јавности представљен Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку, који у наше малолетничко кривично право уноси бројне и суштинске новине. Доношење новог закона се, након јавне расправе и одговарајуће скупштинске процедуре, очекује до краја 2016. године. Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку – Нацрт Закона/15, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>., 22. август 2016. године.

3.6.2.13. Донети подзаконске акте којима се ближе уређује примена васпитних налога у складу са приступом који њихову примену ставља у контекст одговорности заједнице.

3.6.2.14. Спроводити обуке за специјализацију судија и тужилаца, полицијских службеника и адвоката који поступају у малолетничким предметима.

3.6.2.15. Дефинисање практичних смерница за саслушање деце, заснованих на примерима добре праксе земаља чланица ЕУ и обезбеђење услова за једнообразну примену мера у циљу заштите деце жртава/сведока у кривичном поступку од секундарне виктимизације.

3.6.2.16. Спровођење обука и информативних сесија о заштити деце жртава/сведока у кривичном поступку за полицијске службенике, јавне тужиоце, заменике јавних тужилаца, судије и запослене у центрима за социјални рад и дистрибуција едукативног материјала у циљу избегавања секундарне виктимизације.

3.6.2.17. Ојачати кадровске капацитете Управе за извршење кривичних санкција у циљу унапређивања поступања према малолетницима и права малолетника кроз континуирану обуку службеника у свим заводским установама у којима су смештени малолетни учиниоци кривичних дела.

3.6.2.18. Оснивање посебног одељења за извршење мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи која се изриче малолетним лицима у оквиру Специјалне затворске болнице.

3.6.2.19. Израда и примена специјализованих програма третмана и програма припреме за отпуст малолетних учинилаца кривичних дела.

3.6.2.21. Увођење посттрауматског саветовања и подршке за децу жртве/сведоке у кривичном поступку у оквиру услуга за подршку породици које пружају службе за подршку и заштиту жртава, успостављене у четири резиденцијалне установе у трансформацији.

3.6.2.23. Анализа постигнутих резултата и идентификација препрека у спровођењу Националне стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља за период од 2008-2015. године.

3.6.2.24. Израда новог вишегодишњег стратешког оквира за превенцију и заштиту деце од насиља.

3.6.2.25. Израда Акционог плана за нову вишегодишњу Националну стратегију за превенцију и заштиту деце од насиља са надзорним механизмом за ефикасан надзор над њеним спровођењем.

3.6.2.26. Унапређење постојећег Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања у циљу усклађивања са најбољим праксама ЕУ.

3.6.2.27. *Израда нових посебних протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања и стварање претпоставки за њихову обавезну примену, посебно у областима:*

- *поступања правосудних органа у заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања;*
- *заштите деце у установама социјалне заштите од злостављања и занемаривања;*
- *поступања полицијских службеника у заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања;*
- *система здравствене заштите за заштиту деце од злостављања и занемаривања;*
- *заштите деце и ученика од насиља, злостављања и занемаривања у образовно-васпитним установама.*

За сваку од набројаних активности, у АП/П23 су:

- *одређени њихови носиоци (Министарство правде; Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања; Министарство унутрашњих послова; Министарство просвете, науке и технолошког развоја; Министарство здравља; Врховни касациони суд; Републичко јавно тужилаштво; Високи савет судства; Државно веће тужилаца; Правосудна академија; Управа за извршење кривичних санкција; UNICEF итд);*
- *прецизно постављени довољно амбициозни, а ипак реални рокови за спровођење (динамика спровођења већине активности утврђена је по кварталима);*
- *наведени стабилни и одрживи извори финансирања (буџет Републике Србије; IPA 2013⁹ и финансијска подршка кроз EU UNICEF регионалну иницијативу);*

⁹ IPA (Инструмент за претприступну помоћ), представља усмерени механизам који је ЕУ створила како би успешно пружила помоћ земљама Западног Балкана и Турској. Осмишљен је с циљем да усмери подршку на реформе кроз јединствени и флексибилни систем од кога непосредну корист остварују грађани, док земље добијају додатну помоћ за постизање европских стандарда. IPA полази од потреба, па су његови приоритети засновани на јасним проценама. Најзначајнији елементи овог инструмента су: приступна односно, европска партнерства која је ЕУ успоставила са земљама корисницама, стратешки документ ЕК за проширење, као и годишњи извештаји за сваку од земаља. У оквиру IPA 2013, Србији је намењено 178,7 милиона € за подршку структурним реформама у кључним областима. Ове реформе су од фундаменталног значаја за процес европских интеграција наше земље. Конкретно, програм ће помоћи Србији у области владавине права кроз: подршку спровођењу Националне стратегије за борбу против корупције, побољшање затворског система и

– дефинисани индикатори који омогућавају мерење утицаја предузетих активности, односно увид у степен реализације постављених циљева (неопходно је да промене заиста заживе, па ЕУ као једно од мерила за затварање преговора [*closing benchmarks*] наводи ефикасну примену која се огледа кроз доказе о спровођењу, тј. праћење резултата [*track record*] усвојених мера у пракси).

2. ЕФЕКТИ СПРОВОЂЕЊА АКЦИОНОГ ПЛАНА ЗА ПОГЛАВЉЕ 23 НА РЕФОРМУ МАЛОЛЕТНИЧКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Материју, коју обухвата Поглавље 23 карактерише изразита хетерогеност, па је сасвим разумљиво да је одговорност за надзор над реализацијом активности из Акционог плана подељена и поверена Савету за спровођење АП/П23, Шефу преговарачког тима за вођење преговора о приступању Републике Србије ЕУ, Преговарачкој групи за Поглавље 23 на челу са њеним Председником/Шефом, Координационом телу за процес приступања Републике Србије ЕУ и Савету Координационог тела. Стручну и административно-техничку подршку раду Координационог тела пружа Канцеларија за европске интеграције.

С обзиром на предмет нашег истраживања, посебну пажњу заслужује Савет за спровођење АП/П23 (Савет) који је Влада Републике Србије основала 11. децембра 2015. године као радно тело за пружање стручне подршке Преговарачкој групи за Поглавље 23. Савет прати спровођење активности садржаних у Акционом плану на дневном нивоу, покреће механизам раног узбуђивања у случају застоја и других проблема у реализацији Акционог плана и координира процесе извештавања. У складу с тим, Савет подноси месечне извештаје о спровођењу Акционог плана Шефу преговарачког тима за вођење преговора о приступању Републике Србије ЕУ, Председнику преговарачке групе за Поглавље 23 и Савету Координационог тела. Приликом састављања месечних извештаја, нарочито се води рачуна да они обухвате закључке и препоруке релевантних тела која прате спровођење националних стратешких докумената (Комисија за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за период од 2013-2018. године, Координационо тело за спровођење Националне стратегије за борбу против корупције, као и бројна тела која врше надзор над спровођењем стратешких докумената у области основних права).

јачање независности и надлежности правосудног система, <http://europa.rs/pomoc-republici-srbiji/ipa/ipa-2013/>, 30. августа 2016. године.

Осим месечних, Савет у сарадњи са Канцеларијом за европске интеграције подноси кварталне извештаје о спровођењу Акционог плана Координационом телу и Одбору за европске интеграције Народне Скупштине, шестомесечни извештаји се подносе ЕК, а једном годишње и извештај који разматра и усваја Народна Скупштина. Квартални и годишњи извештаји се објављују на интернет страни Министарства правде и порталу посвећеном преговорима са ЕУ.

У оквиру својих надлежности, Савет је 1. јула 2016. године одржао јавну презентацију Првог извештаја о спровођењу АП/П23¹⁰ бројним представницима државних органа, организацијама цивилног друштва и међународним партнерима. Између осталог, Извештај садржи детаљне податке о спровођењу активности из области малолетничког кривичног права које према динамици предвиђеној у АП/П23 доспевају закључно са II кварталом 2016. године. Наводимо их по тачкама како су набројане на предходним странама:

3.6.2.12. *Активност наведена под овом тачком успешно се реализује. У сарадњи са Министарством за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Министарством правде и Републичким заводом за социјалну заштиту, успостављен је пилот пројекат примене васпитних налога у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу. Пројекат подразумева финансирање пружаоца услуге за рад са малолетницима у сукобу са законом. Упућено је 276 малолетника за подршку у примени васпитних налога и 146 малолетника којима је уз васпитну меру појачаног надзора изречена једна или више посебних обавеза из чл. 14. ст. 2. Закона/05.*

У складу са успостављеним стандардима и процедурама за примену васпитних налога, одржана је обука о значају њихове примене за судије и тужиоце на подручју Београдске апелације, а планиране су још три обуке. За запослене у центрима за социјални рад одржано је шест обука посвећених припреми и писању налаза и мишљења за потребе суда, као и значају васпитних налога.

Све ове активности спроводе се континуирано, почев од IV квартала 2014. године, као интегрални део UNICEF IPA 2013. (пројекат Јачање система правосуђа и социјалне заштите како би се унапредила дечија заштита у Србији).

¹⁰ Први извештај о спровођењу Акционог плана за Поглавље 23 (за активности које доспевају закључно са II кварталом 2016. године), Савет за спровођење Акционог плана за Поглавље 23, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Izve%C5%A1taj%20br.%201-2-2016%20o%20sprovo%C4%91enju%20Akcionog%20plana%20za%20Poglavlje%2023.pdf>, 31. август 2016. године.

3.6.2.14. *Активност се реализује континуирано, у складу са динамиком предвиђеном АП/П23. Све судије и тужиоци који поступају у малолетничким предметима лиценцирани су у складу са законом. У првој половини 2016. године одржано је пет семинара на којима је сертифицировано 19 судија, 7 заменика јавних тужилаца и 149 адвоката.*

3.6.2.15. *Спровођење ове активности, предвиђене за III и IV квартал 2015. године, је у току. У оквиру пројекта Јачање система правосуђа и социјалне заштите како би се унапредила дечија заштита у Србији, који спроводи UNICEF сачињене су Смернице за заштиту деце жртва/сведока у кривичном поступку од секундарне виктимизације. У оквиру истог пројекта, у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу основане су јединице за подршку деци у кривичном поступку.*

3.6.2.16. *Активност наведена под овом тачком успешно се реализује. У периоду од маја до новембра 2015. године у свим основним и вишим судовима одржана је 91 информативна сесија о заштити деце жртва/сведока у кривичном поступку. Инфосесијама је присуствовало 573 представника правосудних органа, њих 247 из центара за социјални рад, 166 из полиције, као и 29 из других институција. Такође, дистрибуиран је едукативни материјал који треба да допринесе избегавању секундарне виктимизације, а урађене су и Смернице за заштиту деце жртва/сведока у кривичном поступку.*

Активности из ове тачке се, према АП/П23, спроводе од IV квартала 2015. до III квартала 2019. године, као интегрални део UNICEF IPA 2013.

3.6.2.17. *Управа за извршење кривичних санкција настоји да унапреди поступање према малолетним учиниоцима кривичних дела кроз примену савремених метода рада и унапређење третмана (IV квартал 2015. године). У оквиру пројекта јачања капацитета за рад са овим малолетницима, који финансира Влада Краљевине Норвешке, спроводи се континуирана обука особља у свим заводским установама у којима су смештени малолетни учиниоци кривичних дела, нпр. кроз обезбеђивање одговарајућих приручника.*

3.6.2.19. *Почев од IV квартала 2015. године, Управа за извршење кривичних санкција је континуирано предузимала активности да се у склопу Twining пројекта којим ће се унапредити рад Центра за обуку и стручно усавршавање запослених, омогући шира примена специјализованих програма, што је нарочито значајно за третман малолетних учинилаца кривичних дела. Међутим, закључно са II кварталом 2016. године, Twining пројекат није покренут, због кашњења у закључењу уговора и измене чланова тима – страног партнера за реализацију пројекта.*

3.6.2.21. У оквиру четири резиденцијалне установе у трансформацији образоване су јединице за заштиту деце жртва/сведока у кривичном поступку. Чланови тих јединица обучени су од стране Поликлинике за заштиту деце од злостављања, из Загреба, и то за: припрему детета и родитеља за судски поступак; подршку током давања исказа; спровођење форензичког интервјуа, и пружање посттрауматског саветовања по окончању суђења. Јединице располажу мобилном опремом за снимање исказа и превозним средствима како би могле да пруже подршку на подручју целог региона за који су основане. Закључно са II кварталом 2016. ова услуга је коришћена у свега 18 случајева, што указује да њен несумњиво велики потенцијал није у потпуности искоришћен. Због тога ће у наредном периоду тежиште бити на представљању услуге јавности, јачању свести о значају заштите деце жртва/сведока од секундарне виктимизације, као и доприносу који квалитетна процедура узимања исказа има за повећање ефикасности кривичног поступка и избегавања вишеструког саслушања детета.

Активност из ове тачке се, према АП/П23, спроводи од I квартала 2016. до IV квартала 2017. године, као интегрални део UNICEF IPA 2013.

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Иако Закон/05 спада међу наше боље законе, десетогодишња примена и проблеми уочени у пракси указали су на потребу додатног прецизирања појединих одредаба, као и увођења одређених новина. Такође, ЕК у свом Извештају о скринингу за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права, између осталог, истакла је неопходност усклађивања легислативе о малолетничком правосуђу са стандардима ЕУ и њену пуну примену. Сходно томе, Влада Републике Србије је на седници одржаној 27. априла 2016. године усвојила АП/П23. У овом кровном стратешком документу на основу којег ће се спроводити препоруке ЕК, таксативно су наведене активности из области малолетничког кривичног права које треба реализовати (тач. **3.6.2.10-19**, **3.6.2.21.** и **3.6.2.23-27**). Имајући у виду њихову природу, те активности можемо сврстати у четири тесно повезане и међусобно зависне групе:

- активности на нормативном плану;
- изградња адекватног институционалног оквира;
- јачање административних капацитета;
- делотворна практична примена унапређених нормативних решења.

За сваку од набројаних активности, у АП/П23 су: одређени њихови носиоци; прецизно постављени довољно амбициозни, а ипак реални рокови за спровођење; наведени стабилни и одрживи извори

финансирања, и дефинисани индикатори који омогућавају увид у степен реализације постављених циљева.

У оквиру својих надлежности, Савет за спровођење АП/П23 је 1. јула 2016. године одржао јавну презентацију Првог извештаја о спровођењу АП/П23. Извештај, између осталог, садржи детаљне податке о спровођењу активности из области малолетничког кривичног права које према динамици предвиђеној у АП/П23 доспевају закључно са II кварталом 2016. године (наведеним под тач. **3.6.2.12**, **3.6.2.14-17**, **3.6.2.19**. и **3.6.2.21**). На основу њихове подробне анализе изложене на предходним странама, можемо закључити да се већина тих активности, и поред постојања одређених проблема и лимитирајућих фактора, успешно реализује.

Уколико у спровођењу Акционог плана уочи застоје, кашњење или друге проблеме, Савет може и мимо редовних извештаја издавати упозорења која прослеђује Шефу преговарачког тима за вођење преговора о приступању Републике Србије ЕУ, Председнику преговарачке групе за Поглавље 23 и Савету Координационог тела, који у зависности од природе проблема и надлежности за њихово отклањање предузимају даље мере према носиоцима активности, а у циљу да се проблеми у реализацији отклоне. У случају да и након тога постоје кашњења или проблеми у реализацији активности, Шеф преговарачког тима за вођење преговора о приступању Републике Србије ЕУ, Председник преговарачке групе и Савет Координационог тела, о томе обавештавају Координационо тело и Одбор за европске интеграције Народне Скупштине, који у оквиру својих надлежности предузимају даље мере према субјектима који су по Акционом плану задужени за предузимање активности са чијом реализацијом се касни, или у њиховом спровођењу постоје други проблеми. Ако ни поред свих наведених мера субјекти који су по Акционом плану одговорни за реализацију појединих активности, не поступају у складу са Акционим планом, Координационо тело и Народна Скупштина могу иницирати покретање поступака за утврђивање њихове одговорности у складу са позитивним прописима који уређују рад поменутих субјеката.

Јасно постављени циљеви, минуциозно разрађени механизми спровођења АП/П23, заједничко усклађено деловање релевантних субјеката на више колосека, остварени резултати, као и недвосмислена посвећеност Србије реформама у областима које Поглавље 23 обухвата, дају основа за закључак да ће се процес усклађивања наше легислативе о малолетничком правосуђу са стандардима ЕУ и њена пуна примена реализовати предвиђеном динамиком. Позитивни помаци у овој области ће, поред успешнијег спречавања и сузбијања криминалитета

малолетника, несумњиво допринети интензивирању и бржем окончању преговора о приступању наше земље ЕУ.

ЛИТЕРАТУРА

Библиографске референце

Вековић, В. В., Реформа кривичног поступка према малолетницима у светлу преговора о приступању Србије Европској унији, *Људска права – између идеала и изазова садашњости* (Тематски Зборник радова са научног скупа са међународним учешћем, одржаног 23. јуна 2016. године у Косовској Митровици), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016.

Вековић, В. В., *Систем извршења кривичних санкција*, Београд, 2013.

Dünkel, F., *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation, Reform Developments and Good Practices*, International Conference, organised by the Department of Criminology, University of Greifswald, 2007.

Ђурић, И., Мрваљевић Нишавић, С., *Преговарачка поглавља 23 и 24: О чему преговарамо? (Водич за новинаре)*, GIZ Пројекат за правну реформу у Србији, Београд, 2013.

Лазаревић, Љ., Грубач, М., *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Јустинијан, Београд, 2005.

Малолетни учиниоци кривичних дела и кривичноправна заштита малолетних лица, Intermex, Београд, 2005.

Перић, О., *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Службени гласник, Београд, 2007.

Петровић, В., Стојановић Гајић, С., Туркаљ, К., *Поглавље 23: Шта нас очекује? (Водич кроз Извештај о скринингу за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права)*, GIZ Програм за правне и правосудне реформе у Србији, Београд, 2015.

Права детета и малолетничко правосуђе – одабрани међународни инструменти, свеске 1-7, UNICEF, Београд, 2005.

Радуловић, Љ., *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010.

Соковић, С., Бејатовић, С., *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2009.

Стојановић, З., *Кривично право, Општи део*, Правна књига, Београд, 2009.

Таховић, Ј., *Кривично право, Општи део*, Савремена администрација, Београд, 1961.

Шкулић, М., *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд, 2011.

Шкулић, М., *Реформа малолетничког кривичног права у Србији, Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја* (Зборник радова са XXVII Тематског научног скупа са међународним учешћем, одржаног 10-11. јуна 2015. године на Палићу), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2015.

Winterdyk, A. J., *Juvenile Justice Systems (International Perspectives)*, Canadian Scholars' Press Inc., Toronto, 2002.

Whitehead, T. J., Lab, P. S., *Juvenile Justice – An Introduction*, Taylor&Francis, New York, 2015.

Правни прописи

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13. и 55/14.

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

Јединствена методолошка правила за израду прописа, *Службени гласник РС*, бр. 21/10.

Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>., 22. август 2016. године.

Остали извори

Акциони план за преговарање Поглавља 23 – Правосуђе и основна права, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023.pdf>., 18. август 2016. године.

Извештај о скринингу – Србија, Поглавље 23 – Правосуђе и основна права, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Izvestaj%20o%20skriningu%20-%20tekst%20na%20srpskom%20jeziku.pdf>., 15. август 2016. године.

Први извештај о спровођењу Акционог плана за Поглавље 23 (за активности које доспевају закључно са II кварталом 2016. године), Савет за спровођење Акционог плана за Поглавље 23,

<http://www.mpravde.gov.rs/files/Izve%C5%A1taj%20br.%201-2-2016%20o%20sprovo%C4%91enju%20Akcionog%20plana%20za%20Poglavlje%2023.pdf>,
31. август 2016. године.

United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice – The Beijing Rules (Adopted by General Assembly Resolution 40/33 of 29 November 1985).

Vladimir V. Veković, Ph.D.
Full Professor

REFORM OF JUVENILE CRIMINAL LAW AND IMPLEMENTATION OF ACTION PLAN FOR CHAPTER 23

Summary

The Action Plan for the negotiation of Chapter 23, which is the Serbian government adopted at its session held on 27 April 2016, among others: lists the activities in the field of juvenile criminal law to be implemented; certain of their holders; precisely placed sufficiently ambitious, yet realistic deadlines; given a stable and sustainable sources of financing, and defined indicators that allow measuring the impact of the action taken, or insight into the degree of achievement of the set goals.

The Council for the implementation of the Action Plan for Chapter 23 on 1 July 2016, held a public presentation of the first report on the implementation of the Action Plan for this chapter. Among other things, the report contains detailed information on the implementation of activities in the field of juvenile criminal law due until the II quarter of 2016. Based on their detailed analysis, the author concludes that most of these activities, despite the existence of certain problems and limiting factors, successfully achieved.

The harmonization of our legislation on juvenile justice standards of the European Union on track, as well as its full implementation will allow, according to the author, effectively preventing and combating juvenile crime, and contribute to the intensification and rapid completion of negotiations on the accession of our country European Union.

Key words: juvenile criminal law, reform, Chapter 23, the Action Plan, Serbia, European Union.

Др Драган Благоић
Доцент

КАЗНА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У ДОМЕНУ КРИМИНАЛНЕ ПОЛИТИКЕ

Апстракт: У раду се у првом реду образлаже питање значаја и утицаја основних принципа криминалне политике на казну малолетничког затвора. Положај и дејство криминалне политике у светлу малолетничког кривичног права, остварује се кроз различита друштвена реаговања на преступништво малолетних лица. Стога, основна кретања тзв. малолетничке криминалне политике сагледавају се у препознатљивим принципима, који имају циљ не само да заштите најзначајнија добра и вредности, већ и да заштите сама малолетна лица. У теорији малолетничког кривичног права говори се о једној посебној врсти превенције, која је најпре ванкривичноправна односно *ante delictum*, са различитим методима деловања и приступима понашању малолетних лица.

Код казне малолетничког затвора криминална политика превенцијом испољава различите методе деловања на понашање младих особа и тако успоставља и усмерава развој њихове личности у жељеном правцу. С обзиром на то, да су поједини принципи засновани на идеји превентивног деловања и да је кажњавање малолетника последње средство у сузбијању друштвено опасних понашања, поштовање начела највише је изражено у заштитној и гарантивној функцији кривичног права. Основна начела криминалне политике усмерена су у правцу заштите основних људских вредности и добара, због чега посебно долазе до изражаја када се примењују у малолетничком кривичном праву.

Кључне речи: казна малолетничког затвора, специјална и генерална превенција, криминалнополитичка начела, малолетно лице.

1. УТИЦАЈ КРИМИНАЛНЕ ПОЛИТИКЕ НА ПРИМЕНУ КАЗНЕ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА

У савременом кривичном праву опште је прихваћен став да се кривичноправна репресија употребљава само када је оправдана и нужна за сузбијање криминалитета. Неопходно је, у том смислу, усмерити кривично право, да се на што бољи начин омогући заштита основних људских вредности, па се из тих разлога криминалном политиком, као посебном научном дисциплином, остварују постављени циљеви и задаци кривичног права. Политика сузбијања криминалитета као облик

Др Драган Благоић, доцент

рационалног организованог друштвеног реаговања омогућује различита деловања и вредновања у одређеном систему.¹ Инструментима криминалне политике у првом реду се испитују и вреднују понашања учинилаца кривичних дела, због чега се, касније у складу са друштвеним потребама, кривичноправно реагује у циљу остваривања заштитне функције.²

Средства за сузбијање криминалитета су по својој природи различита, тако да се могу поделити на репресивна и превентивна. У репресивна средства се, пре свега, убраја кривично право, односно казна, док се у превентивна сврставају различите мере и методе у области социјалне политике. Без обзира на то што се кривично право сврстава у репресивне методе за сузбијање криминалитета, као крајњи резултат појављује се његов превентивни карактер.³

Последица превентивног деловања и утицаја казне највише долази до изражаја у области малолетничког кривичног права. Сходно томе, криминалополитички принципи и механизми деловања на криминалитет малолетника имају посебан значај и разликују се у односу на пунолетна лица. С обзиром на то, да је казна малолетничког затвора по много чему другачија, у односу на казну затвора, утицај криминалне политике посматра се у првом реду, са превентивног становишта. Положај и дејство криминалне политике у светлу малолетничког кривичног права, остварује се кроз различита друштвена реаговања на преступништво малолетних лица. Малолетничко кривично право, као посебна научна дисциплина, све више се појављује као средство сузбијања политике криминалитета малолетних лица, остварује своју заштитну функцију прописивањем кривичних санкција и пружањем помоћи бројним мерама, у циљу њиховог друштвеног прилагођавања. Циљ и задатак малолетничког кривичног права јесте сузбијање криминалитета, односно заштита најзначајнијих добара и вредности од оних понашања која их повређују или угрожавају.⁴

Основна кретања тзв. *малолетничке криминалне политике* сагледавају се у препознатљивим принципима, који имају циљ не само да заштите најзначајнија добра и вредности, већ и да заштите сама малолетна

¹ Зоран Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991, 14.

² Љиљана. Радуловић, Криминална политика (политика сузбијања криминалитета), Београд, 1999, 31.

³ З. Стојановић, „Процес стварања кривичног законодавства и сузбијања криминалитета“, Зборник, Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, Београд, 2009, 15.

⁴ Љубиша Лазаревић, „Однос између криминалне политике и кривичног права – прилог схватањима професора Милутиновића“, Анали Правног факултета у Београду, 1 – 2/1994, 120.

лица. У теорији малолетничког кривичног права говори се о једној посебној врсти превенције, која је најпре ванкривичноправна односно *ante delictum*, са различитим методима деловања и приступима понашању малолетних лица.⁵ Задаци и активности ове превенције састоје се у правилном васпитавању и развоју малолетника, са посебним утицајем на формирање личности, како би се избегла понашања која могу довести до различитих проблематичних ситуација. У периоду одрастања младих, тј. у доба њиховог сазревања, под утицајем разних околности могу бити учињени пропусти у васпитању, чија је честа последица-вршење кривичног дела. Правилан и благовремен приступ у отклањању многих негативних облика понашања младих особа, управо се остварује кроз овај вид превенције. Садржај и значај превенције, у случају примене кривичних санкција према малолетницима има примаран карактер и свој пуни домашај остварује се у њиховој примени.⁶

Код казне малолетничког затвора криминална политика превенцијом испољава различите методе деловања на понашање младих особа и тако успоставља и усмерава развој њихове личности у жељеном правцу. Код младих особа је важно да се на време препознају потешкоће у понашању, а потом да се посвети пажња њиховом превазилажењу. Тиме се у погледу спровођења тзв. *социјалне превенције* постижу задовољавајући резултати, због чега се предузимају они приступи и методе који воде што бољем проучавању личности малолетних лица.⁷

Превенција, као један од основних криминалополитичких принципа у области малолетничког кривичног права, остварује се кроз њене опште и посебне мере, у виду препознавања проблематичног понашања у периоду одрастања младих. Када је реч о преступништву малолетника, највише се наглашава примена превентивних мера, које делују у правцу сузбијања или отклањања узрока, који воде ка њиховом деликтном понашању. Имајући у виду посебно осетљиви период одрастања и сазревања малолетника, свакако је потребно процес васпитања посматрати са становишта васпитног деловања, како породице, тако и других образовних институција. Неопходно је истаћи да утицај породице у великој мери одражава понашање малолетника и његово васпитно деловање, што има одлучујући моменат за правилан развој његове личности. Најбитније је да се благовремено делује на понашање малолетника, пре него што дође до извршења неког кривичног дела.

⁵ З. Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, 103.

⁶ Милан. Милутиновић, Криминологија са основима криминалне политике и пенологије, Београд, 1998, 431.

⁷ Љ. Радуловић, „Функција образовања у сузбијању малолетничког криминалитета“, Страни правни живот, Институт за упоредено право, Београд, 1/2010, 147.

Значај спровођења потребних мера превенције огледа се, управо у томе, да се оне предузму пре тзв. *деликтног понашања малолетника* и тако отклоне или сведу на најмању могућу меру различита дејства криминогених фактора.⁸

Проучавање фактора ризика, који утичу на појаву малолетничког преступништва, у новије време све више се посматра у оквиру концепта примарне превенције, у виду интервенције породице и стручних служби, како би се отклонили потребни фактори. Савремена учења⁹ у кривичном праву и криминологији, када је у питању малолетничко преступништво, налазе упориште у примени различитих облика диверзионог поступања, како би се избегао негативни утицај на личност малолетника и његов психофизички развој у току класичног кривичног поступка. Кажњавање малолетника често може довести до нежељеног дејства казне затвора, због тога што се малолетник издваја из породице и упућује у казнено-заводску установу, у којој обично не добије одговарајући васпитно-образовни и терапеутски третман. Лишавање слободе малолетника, може довести до тога, да тако млада особа буде обележена, тј. да се као последица јави стигматизација, што у каснијем периоду отежава његову ресоцијализацију. Наведни разлози указују на значај и неопходну примену социјалне превенције у што већој мери, у погледу даљег утицаја на васпитање и правилан развој личности малолетника-као једног од основних задатака криминалне политике.

Посебну улогу у систему превенције малолетничког преступништва имају поједини међународни документи¹⁰ у нормативном смислу речи, јер садрже одредбе, које се тичу стварања услова за образовање младих и развоја њихових личности, посебно оних малолетника, којима је потребна специјална друштвена брига и заштита. Такође се наводи да је неопходна заштита права и интереса младих, као и уважавање чињенице да младалачко понашање није у складу са општим друштвеним нормама и вредностима, да је често део процеса сазревања, одрастања и има тенденцију да спонтано нестане када малолетници

⁸ Милан Шкулић, Ивана Стевановић, Малолетни делинквенти у Србији, Београд, 1999, 404.

⁹ Naomi. K. Sevin, Richard E. .Redding, *Juvenile Delinquency: Prevention, Assessment, and Intervention*, Oxford University Press, New York, 2005, 196–197.

¹⁰ Конвенција о правима детета усвојена резолуцијом Генералне скупштине УН 44/25 од 20. новембра 1989. године, ратификована од стране СФРЈ 1990. године, (Службени лист СФРЈ, међународни уговори бр. 15/1990), Ријадске смернице (Смернице УН за превенцију малолетничке деликвенције) усвојене резолуцијом Генералне скупштине УН 45/112 од 14. децембра 1990. године, 68. пленарно заседање.

постану пунолетна лица. У складу са наведеном концепцијом, циљеви и задаци криминалне политике јесу, пре свега, не само заштита одређених друштвених вредности, већ и заштита самих малолетника у смислу предузимања потребних мера и средстава, како би се предупредила понашања која воде извршењу кривичних дела.

2. САДРЖИНА И ЗНАЧАЈ КРИМИНАЛНОПОЛИТИЧКИХ ПРИНЦИПА

Прихватање и развијање концепта социјалне превенције у области малолетничког кривичног права има циљ остваривање и примену различитих мера општег и посебног карактера, у виду друштвеног реаговања на понашање малолетника. Суштина примене криминалнополитичких принципа своди се на спровођење успешних превентивних програма, који у првом реду зависе од испољавања субјективних и објективних фактора личности малолетника. Циљеви и задаци криминалне политике засновани су на основним начелима и, као такви, представљају полазну тачку приликом предузимања мера на плану сузбијања преступништва младих.¹¹

Кажњавање малолетника, у смислу лишавања слободе и смештаја у посебне заводске установе, неминовно указује на најтежи вид кривичноправног реаговања друштвене заједнице. С обзиром на то, да су поједини принципи засновани на идеји превентивног деловања и да је кажњавање малолетника последње средство у сузбијању друштвено опасних понашања, поштовање начела највише је изражено у заштитној и гарантивној функцији кривичног права. Основна начела криминалне политике усмерена су у правцу заштите основних људских вредности и добара, због чега посебно долазе до изражаја када се примењују у малолетничком кривичном праву. Уопштено посматрано, начела представљају основе и темеље, на којима се заснива како кривично право, тако и савремена схватања криминалне политике. У основи, начела имају карактер општих поставки или општих правила, која је потребно уважавати при обликовању и примени кривичног законодавства. Нека начела су законом утврђена, друга произилазе из садржине закона, док поједина имају форму прецизних правила и тако постављена, од значаја су за одређивање кривичноправне репресије и њених граница.¹²

Питање одређивања места малолетничког кривичног права у систему социјалне контроле и његове улоге у сузбијању криминалног

¹¹ М. Милутиновић, *op. cit.*, 401.

¹² Никола Срзентић, „Принципи кривичног законодавства—основи за одређивање кривичне репресије“, Зборник, Изабрани радови, Подгорица, 2004, 207.

понашања малолетника, свакако је једно од централних у области криминалне политике. Такође је посебно важна чињеница да се уважавају она начела на којима се темељи кривично право уопште, па се зато, уз оправдану бојазан, опредељујемо за најважнија начела у која се могу сврстати: *начело законитости, начело легитимности, начело индивидуализације, начело превенције, начело хуманости*. Наведена начела треба посматрати као једну целину, која својом повезаношћу и испреплетеношћу, даје стабилност читавом кривичноправном систему. Понекад их је веома тешко посматрати изоловано једно од другог, зато што је немогуће успоставити јасну границу од које или до које, почиње или се завршава једно или друго начело.¹³

Основно начело на којем се темељи кривично право јесте **начело законитости**, које данас гарантује једно од основних права човека у смислу да нико не сме бити подвргнут самовољном кажњавању и да држава може појединцу одузети или ограничити слободу или друга важна добра, само у случају и на начин, који је предвиђен законом.¹⁴ У Кривичном законик у Србије начело законитости је предвиђено чл. 1, у коме се прописује да: *„Нико не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које, пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана, пре него што је кривично дело учињено“*.

Овако постављено начело законитости се односи, како на кривична дела, тако и на казне. Не могу само кривична дела бити одређена законом, већ, и казне морају бити предвиђене законом. Не може се за кривично дело предвиђено законом предвидети или мењати казна неким другим нормативним актом, на пример уредбом. По правилу, кривично дело и казна се предвиђају у једном истом законском пропису. Закључујемо да кривично дело мора бити предвиђено и казна прописана у закону, пре него што је дело учињено. Кривични закон важи за кривична дела која су учињена после његовог доношења и ступања на снагу, такође, ово важи и у погледу казне, која мора бити прописана у закону пре него што је дело учињено.¹⁵

У систему малолетничког кривичног права, начело законитости такође има посебан значај, јер је примена кривичноправне принуде према малолетницима одређена законом. Наиме, заштита слободе и права

¹³ З. Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, 33–34.

¹⁴ З. Стојановић, „Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и слобода“, Зборник радова са саветовања, Златибор, 2004, 103.

¹⁵ Бора. Чејовић, Принципи кривичног права, Београд, 2008, 71.

малолетника остварује се на начин, који је унапред нормативно одређен, а примена кривичних санкција и других мера могућа је само, уколико су оне прописане законом пре него што је дело учињено. Следећи овакву мисао, малолетнику је омогућено да унапред има сазнања о делима која су кажњива и истовремено може знати за кривичне санкције које законодавац у ЗОМУКД прописује. Поштовање начела законитости, као инструмента криминалне политике, огледа се у остваривању и заштити права и слобода малолетних лица, са једне стране, а са друге-у случају постојања противзаконитог понашања, неопходна је доследна примена овог начела. Начело законитости, као основни принцип малолетничког кривичног права треба за политику сузбијања преступништва малолетника бити исто толико важно, јер у оквиру своје усмерености делује, не само у циљу заштите интереса малолетника, већ и случају постојања његовог криминалног понашања.¹⁶

Поред начела законитости, значајну улогу у систему примене кривичноправних механизма према малолетницима има **начело легитимитета**. Остваривање *начела легитимитета* у малолетничком кривичном праву има посебну важност због другачијег кривичноправног положаја малолетних лица и њиховог вредносног система. За разлику од легалности, која се заснива на формалним критеријумима, за процену легитимности су од значаја материјални, односно ванправни критеријуми. Полазећи од заштитне функције кривичног права, у чл. 3 Кривичног законика, одређени су основи и границе кривичноправне принуде. Прописане су две околности, тј. Критеријуми, које за законодавца треба да представљају основни принцип за остваривање заштитне функције кривичног права, а то су: заштита човека и других основних вредности за одређивање кривичних дела, као и прописивање кривичних санкција и њихова примена. Зато је потребно одредити и успоставити систем, у коме се претпоставља усаглашеност понашања малолетника са одређеним друштвеним вредностима и кривичноправно реаговање, само у случају када је то неопходно. У вези са тим, начело легитимности налаже да кажњавање малолетника треба да буде последње средство у заштити основних вредности, односно у сузбијању криминалитета.¹⁷ У овом

¹⁶ У том смислу, поред нашег кривичног законодавства, значајна су и тзв. Европска правила (Европска конвенција о људским правима и слободама, Конвенција УН о правима детета, Пекиншка правила, Ријадске смернице и друга) у поступку према малолетним учиниоцима кривичних дела. Опште одредбе Европских правила за малолетне учиниоце којима су изречене кривичне санкције или друге мере односе се на основна начела и правила поступања у току вођења поступка. Милан Шкулић, Малолетничко кривично право, Београд, 2011, 223.

¹⁷ Љ. Радуловић, Криминална политика, 188.

случају се наглашава примена различитих мера социјалне превенције у циљу постизања што бољих резултата и како би се избегли нежељени ефекти у понашању малолетних лица. Тиме се заговара став, да је пожељно заштитити се од претераног санкционисања поступака младих и да је неопходно одабрати врсте и мере кривичноправне принуде, које ће најмање погађати појединца (малолетника), а да ипак остану довољно примерене за остваривње кривичноправних циљева. Овакав начин поступања је изражен и када је потребно изрећи казну малолетничког затвора, као најтежу кривичну санкцију, због чега је кажњавање малолетника могуће само као крајње средство (*ultima ratio*) у циљу сузбијања друштвено штетних понашања малолетника.¹⁸

Начело индивидуализације такође заузима значајно место у систему малолетничке криминалне политике и као такво, посебно долази до изражаја приликом прописивања, изрицања и извршења кривичних санкција и мера, које се могу применити на малолетне учиниоце кривичних дела. Током поступка одлучивања законодавац се нарочито обавезује да санкције и мере нормативно уреди у складу са начелом законитости и легитимитета и тако оствари потребе друштвене заједнице за њихову примену. Истовремено се, у току судског одлучивања, свестрано и потпуно утврђују све околности које се односе на конкретно кривично дело и учиниоца, водећи рачуна којом ће се санкцијом и мером постићи најефикаснији циљеви. Као инструмент криминалне политике, начело индивидуализације најбоље се остварује када се санкције и мере прилагоде личности малолетника, објективним и субјективним околностима везане за извршено кривично дело.¹⁹ Суштина овог начела је, да се у току судског поступка, упозна личност малолетника, његове психичке и карактерне особине, како би се правилно одмерила и изречла одговарајућа кривична санкција или мера. Чињеница је да се суди учиниоцу кривичног дела, тј. малолетнику, а не учињеном делу и зато, потребно је да се што боље упознају многа својства личности.²⁰ У функцији принципа индивидуализације долази до изражаја тзв. *превентивна концепција кажњавања* која, управо кроз прилагођавање санкција и мера конкретним својствима личности, остварује своје циљеве и задатке. Приликом избора санкција и мера, пажња се посвећује њиховом одмеравању у циљу постизања најбоље сврхе кажњавања, која се истовремено постиже њиховом индивидуализацијом.

¹⁸ Klaus Laubenthal, Helmut Baier, Nina Nestler, *Jugendstrafrecht*, Würzburg, 2010.311.

¹⁹ Љ. Лазаревић, „Однос између криминалне политике и кривичног права–прилог схватањима професора Милутиновића“, 130.

²⁰ Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право*, Београд, 2000, 303.

Циљ овог начела је изрицање кривичних санкција и мера у оној мери у којој је нужно за сузбијање друштвенo штетних понашања малолетника. У склопу укупне казнене политике према малолетницима, правилна примена начела индивидуализације подразумева изрицање оне „мере“, која ће бити најцелисходнија и којом се најлакше постиже њихова ресоцијализација.²¹

Претпоставке за остваривање индивидуализације препознатљиве су и у току извршења изречених санкција и мера у виду васпитања и развоја личности малолетника. У фази извршења санкција и мера у заводским установама се спроводе различити индивидуални и групни третмани, а све у циљу поправљања и оспособљавања за живот у средини у којој је живео пре осуде. Процес ресоцијализације постиже се кроз захтеван и поступан приступ у виду пружања заштите и помоћи као и обезбеђивање општег и стручног оспособљавања малолетника. Могло би се рећи да је ово начело једно од основних постулата савремене криминалне политике, у смислу заштите друштва од криминалитета и уједно, пружања ресоцијализације уопште, малолетним учиниоцима кривичних дела. Политика кажњавања малолетника треба да се заснива на остваривању оних циљева, које налаже начело индивидуализације, како би се омогућила одговарајућа и потпунија друштвена димензија малолетничке криминалне политике.²²

Начело превенције је императив савремене малолетничке криминалне политике и због тога се налази у функцији усмеравања активности ка контроли механизма који доводе до противправних понашања. Посебно се истиче употреба средстава превенције при отклањању оних услова и узрока, који утичу на штетна понашања малолетних лица. У том смислу се предузимају све социјалне мере и активности, у циљу препознавања тзв. *недозвољених понашања* и спроводе све потребне методе, које су у функцији њихових превазилажења. Као једна врста друштвене реакције, превенција се првом реду ослања на различите примарне активности, којима се омогућава спречавање штетних понашања малолетних лица, у циљу остваривања задатака криминалне политике.²³

Превенцију преступништва малолетних лица, у прагматичном смислу, можемо сагледати у различитим облицима испољавања и деловања. Као социјално прихваћен и утемељен концепт активности, превенција, представља један од најобимнијих облика деловања примарне

²¹ М. Милутиновић, *op. cit.*, 429.

²² З. Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, 104.

²³ Љ. Радуловић, „Функција образовања у сузбијању малолетничког криминалитета“, 146.

активности, којима се спречавају друштвенно–опасна понашања младих. У овој фази, примарна превенција (*antedelictum*) највише оправдава своје постојање и тиме многим ванправним мерама утиче на правилно васпитање и развој личности младих. Потребне социјалне мере и друге активности, које се предузимају пре деликтног понашања малолетника, омогућавају да се утиче на узроке и услове штетних понашања. На тај начин се утиче на правилно формирање личности малолетних лица, која нису била кажњавања и тиме се остварују основни задаци и циљви социјалне превенције. Поред друштвене превенције, разликујемо још један облик превенције, који се односи на кривичноправно деловање после извршења кривичног дела (*post delictum*).²⁴

У овом случају долази до изражаја утицај специјалне и генералне превенције као најадекватнији начин да се друштво супротстави криминалитету онда када је већ извршено кривично дело. У својој специјално–превентивној функцији, која је посебно важна у систему кривичних санкција малолетничког кривичног права, остварује се њихова општа сврха деловањем на васпитање и правилан развој личности малолетника и његово укључивање у друштвену заједницу.²⁵

Различити облици превенције указују и најбоље објашњавају потребу друштва за активним деловањем, као јединственим механизмом у светлу криминалне политике, у циљу њеног предузимања организованих мера и средстава. Превенција обухвата активности многих субјеката који се служе оним инструментима, којима се постижу најбољи резултати у области малолетничке криминалне политике. Начело превенције је истовремено садржано у многим значајним међународним документима, почев од Смерница Уједињених нација, па до Ријадских смерница. Препоруке се углавном, односе на различите облике помоћи младима, кроз програме учења и третмане у смислу социјалних и других видова подршке.²⁶

Начело хуманости у оквиру малолетничке криминалне политике изражава тежњу за поштовањем личности малолетника и његовог достојанства. Хумани приступ овог начела налаже поступање према малолетницима тако да се, у првом реду, пружају мере помоћи и социјализације, са што мање елемената принуде и ограничавања слободе. Садржина принципа подразумева остваривање жељених резултата у виду помоћи, бриге, надзора и отклањања потешкоћа у развоју малолетних лица. С обзиром на њихов период одрастања и сазревања, неопходно је да

²⁴ Ibid.,147.

²⁵ Обрад Перић, Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005, 36.

²⁶ Љ. Радловић, Малолетничко кривично право, 29.

се малолетницима прилази са посебном пажњом, како би се избегао сваки вид нечовечног поступања. У остваривању криминалнополитичких задатака, заштитна функција кривичног права налази се у другачијој улози, у односу на пунолетна лица. Заштитна функција у малолетничком кривичном праву треба бити остварива као начин пружања социјалних мера помоћи и заштите, чиме се могу отклонити узроци који утичу на понашање младих.²⁷ Приликом прописивања и избора кривичних санкција и мера, принци хуманости захетва поштовање личности малолетника, на начин, да се у конкретном случају изрекне што хуманија санкција.

И када је у питању казна малолетничког затвора, која је ипак казна и има свој одређени репресивни утицај, мора се поћи од тога, да она првенствено има свој хумани карактер приликом изрицања и извршења. Наиме, хуманост треба да прожима све кривичне санкције у систему малолетничког кривичног права, са тежњом што хуманијег третмана у циљу поштовања личности малолетника. Потребно је рећи да се принцип хуманости посебно наглашава у стадијуму извршења кривичних санкција када често има практични значај, те се предузимају програми и третмани, који су у најбољем интересу малолетника. Хумано поступање, у области малолетничког кривичног права (материјалном, процесном и извршном) треба бити императив који не дозвољава повреду достојанства малолетника, њихов физички и психички интегритет у оној мери, колико је могуће и колико правна природа кривичних санкција, посебно казне малолетничког затвора, дозвољава.²⁸

Констатујемо да није лако одредити, које од наведених начела има већи или мањи значај за реализовање циљева малолетничке криминалне политике. Свако од њих има своје место и на одређен начин представља основу или се надовезује на друго начело. Начела имају одређене карактеристике и своје криминалнополитичко оправдање, па их тако и треба посматрати и проучавати, како појединачно, тако и у међусобном односу-као целине.

2. КРИМИНАЛНОПОЛИТИЧКА ФУНКЦИЈА СПЕЦИЈАЛНЕ И ГЕНЕРАЛНЕ ПРЕВЕНЦИЈЕ КОД КАЗНЕ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА

Разматрање и прихватање савремених ставова о томе да је превенција неопходно средство за сузбијање и спречавање преступништва младих, указује на њену све учесталију примену у предузимању

²⁷ З. Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, 105.

²⁸ Драгољуб. Атанацковић, Пенологија, Београд, 1998, 276.

одговарјућих криминалнополитичких инструмената и механизма. У оквиру изучавања појединих сегмената криминалне политике, сусрећемо се са ширењем значаја, не само друштвене превенције, као модела сузбијања криминалитета, него и утицаја, домаћа превенције у кривичноправном смислу речи. Са становишта малолетничког кривичног права и криминалне политике, омогућено је остваривање циљева криминалнополитичких функција, путем сврхе кажњавања, која језаснована на схватањима апсолутних и релативних теорија. Имајући у виду значај апсолутне и релативне теорије кроз историју кривичног права, приликом расправљања о превенцији, најпретреба указати на теоријска схватања и важности, која се њима заговарају.²⁹

С обзиром на правну природу и садржину кривичних санкција према малолетним лицима, у теорији малолетничког кривичног права је опште прихваћен став, који указује на значајне специфичности сврхе васпитних мера и казне малолетничког затвора, у односу на сврху кривичних санкција које се примењују према пунолетним лицима. Наше законодавство је управо ишло у том правцу да је у чл. 10 ЗОМУКД прописало сврху васпитних мера и казне малолетничког затвора у складу са одредбом чл. 4 Кривичног законика у оквиру опште сврхе кривичних санкција. Остваривање превенције кроз сврху кривичних санкција према малолетним лицима објашњава и обликује криминалнополитичку стратегију у области малолетничког кривичног права. Превентивна функција у кривичноправном смислу се предузима на основу нормативног утицаја кривичноправних одредби, које изричито предвиђају сврху кажњавања. Јасно постављене границе сврхе кажњавања омогућавају да се на малолетног учиниоца кривичног дела утиче кроз разне облике деловања и тиме остварују одређени ефекти заштитне функције у малолетничком кривичном праву. На овај начин се изражава и потврђује криминалнополитичка функција превенције, која има циљ да допринесе смањењу штетног понашања малолетника. Зато је превенција уједно и природна функција малолетничког кривичног права, па тако схваћена,

²⁹ Традиционална подела на апсолутне, релативне и мешовите теорије препознаје се у многим теоретским излагањима када је у питању одређивање сврхе кажњавања. Апсолутне теорије се препознају још у филозофским расправама Канта и Хегела, који су заговарали идеју да је казна ретрибуција и да је сама себи циљ. Релативне јесу оне теорије, које сврху кажњавања виде у сузбијању вршења кривичних дела, тј. као превенцију. Мешовите теорије прихватају и једно и друго схватање, односно да је сврха кажњавања, како ретрибуција, тако и превенција. З. Стојановић, Кривично право, Београд, 2014, 262.

одражава одређене етичке постулате, чији се домаћај остварује путем сврхе кажњавања малолетних учинилаца.³⁰

Када је у питању кажњавање малолетника основни превентивни циљеви, најпре специјална, а потом и генерална превенција, остварују се посредством васпитних мера и казне малолетничког затвора као једине казне у систему малолетничког кривичног законодавства. Превенција се у малолетничком кривичном праву остварује кроз *специјалну превенцију*, као основни механизам остваривања заштитне функције.³¹ Карактер васпитних мера је такав, да се у први план истиче њихов специјално–превентивни учинак у виду *надзора, пружања помоћи и заштите у циљу развијања личне одговорности малолетника, његовог васпитања и правилног развоја личности*. Специјална превенција је код примене васпитних мера и казне малолетничког затвора основни облик функционисања кривичноправне заштите, зато што се превентивни учинак остварује непосредним деловањем на учиниоца кривичног дела. Наглашава се превентивни утицај у виду васпитања малолетног учиниоца и пружања потребних мера помоћи и одговарајућих групних или индивидуалних третмана. У том контексту, превентивна функција долази до изражаја предузимањем тзв. *мера помоћи*, које су пре свега мере које имају улогу поправљања и преваспитања малолетног учиниоца и тако утичу на њега да поново не изврши неко кривично дело.³²

Суштина специјалне превенције у систему кривичних санкција, које се примењују према малолетним учиниоцима, своди се на непосредну примену разних облика помоћи, заштите и надзора у смислу препознавања и отклањања сметњи у њиховом понашању. Посебно је важно, код, рецимо, заводских васпитних мера или казне малолетничког затвора, да се у виду третмана пружи психолошка, педагошка и образовна подршка са што мање елемента принуде, како би се сузбила друштвено-опасна понашања малолетних лица. Несумњиво се криминално-превентивни учинак остварује предузимањем оних мера, чијом применом се долази до ресоцијализације, као једног од основних облика специјалне превенције. Дакле, применом многих „мера“ социјалне превенције избегава се пасивна изолација малолетних учинилаца, који се могу наћи у заводским установама, и на један другачији начин, тј. активним

³⁰ Franz. Steng, Jugendstrafrecht, Heidelberg, 2008, 160.

³¹ З. Стојановић, „Превентивна функција кривичног права“, Crimen, Београд, 1/2011., 6–7.

³² Љубиша. Лазаревић, Момчило. Грубач, Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005, 35.

деловањем на њихову личност, реализује се специјално–превентивна функција.

Поред тога што је специјално превентивно деловање примарна криминалополитичка функција код кривичних санкција за малолетнике, потребно је указати и на значај **генерално-превентивног утицаја** код казне малолетничког затвора. Иако се у суштини наглашава специјално–превентивни učinак казне у првом реду, неопходно је рећи да у овом случају долазе до изражаја ефекти генералне превенције. Остваривање заштитне функције у малолетничком кривичном праву преко генерално–превентивног деловања врши се путем казне малолетничког затвора, тако што се утичена друге малолетнике да не чине кривична дела. Путем казне, која није класична казна, омогућује се утицај на потенцијалне малолетне извршиоце да се уздрже и не врше кривична дела. На овај начин се истиче, да казна малолетничког затвора има и свој репресивни карактер, којим се остварује одређено казнено деловање, чиме се на извештан начин прави разлика у односу на васпитне мере.³³

Генерално–превентивно дејство код казне малолетничког затвора остварује се претњом казне потенцијалним извршиоцима, што је предвиђено одредбом у чл. 10 ст. 2 ЗОМУКД. Немогуће је негирати тзв. *казнени утицај* ове казне на друге малолетне учиниоце да убудуће не врше кривична дела, чиме се показује да је ово, ипак, казна и да у одређеној мери делује репресивно. Може се очекивати да код малолетних лица генерално–превентивни učinак буде видљив због њиховог психофизичког стања, у коме претња казном може да буде одлучујући мотив одустанка од извршења кривичног дела. Тешко је рећи, у којој мери ће то утицати на потенцијалне малолетнике да не врше кривична дела и колико ће то имати превентивног учинка, са становишта криминалне политике. Циљеви генералне превенције односно њена ефикасност у области малолетничког кривичног права, остварују се васпитним утицајем, као основним концептом на коме се заснивају кривичне санкције за малолетна лица.³⁴ Иако није посебно законском одредбом ЗОМУКД предвиђено, као када је реч о *тзв. позитивној генералној превенцији према пунолетним учиниоцима (чл. 42 ст. 3 КЗ)*,³⁵ неопходно је истаћи да, када су малолетна лица у питању, посебно треба insistирати на позитивно–превентивном утицају казне малолетничког затвора. Такође, треба имати у виду општу сврху кривичних санкција, када се, у оквиру њеног прописивања, налаже и одређује сврха кривичних санкција према малолетницима, што указује на постојање и деловање не само

³³ М. Шкулић, Малолетничко кривично право, 287.

³⁴ З. Стојановић, Криминална политика, 106.

³⁵ З. Стојановић, „Превентивна функција кривичног права“, 16.

генералне и специјалне превенције, већ и тзв. позитивне генералне превенције. Наиме, потребно је да се наведена одредба чл. 10 ст. 2 ЗОМУКД схвати у смислу, да казна не треба да има застрашујући ефекат према потенцијалним малолетним учиниоцима, већ да у што већој мери утиче у виду васпитног и социјално–педагошког деловања. На тај начин би се и оправдала сама природа казне малолетничког затвора која има, пре свега, васпитни карактер.

Са становишта криминалне политике однос специјалне и генералне превенције приликом остваривања заштитне функције посматра се, пре свега, на норматвном плану. Заштитна функција обезбеђује могућност примене кривичних санкција, путем *мера* помоћи и заштите, а све у циљу прилагођавања малолетника у друштвеној заједници. Садржина и форма кривичних санкција у области малолетничког кривичног права одређена је криминалополитичким циљевима, који се пре свега односе на васпитање малолетног учиниоца и обезбеђивање његовог правилног развоја.

Основна идеја, на којој је засновано прописивање одређених мера и кривичних санкција, одражава специјалну функцију као примарну и тиме наглашава активно деловање на малолетника, који је већ учинио кривично дело.³⁶ С друге стране, с обзиром на репресивни утицај казне малолетничког затвора, неизбежно је указати на њен генерално превентивни учинак. Поред појачане специјалне функције код казне малолетничког затвора, настоји се деловати на друге малолетне потенцијалне учиниоце да не врше кривична дела. Тако се кривичноправна заштита у области малолетничког кривичног права, остварује кроз специјално превентивни учинак васпитних мера, као и кроз специјално–генерално дејство казне малолетничког затвора у оној мери, у којој дозвољавају циљеви и задаци криминалне политике уопште.

ЛИТЕРАТУРА

Атанацковић Д., Пенологија, Београд, 1998

Лазаревић, Љ., „Однос између криминалне политике и кривичног права – прилог схватањима професора Милутиновића“, Анали Правног факултета у Београду, 1 – 2/1994.

Лазаревић, Љ., Грубач, М., Коментар законао малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005.

Laubenthal K, H. Baier, N. Nestler, Jugendstrafrecht, Würzburg, 2010.

³⁶ Љ. Радуловић, Криминална политика, 249.

Милутиновић М, Криминологија са основима криминалне политике и пенологије, Београд, 1998.

Перић О, Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005.

Радуловић, Љ. Криминална политика (политика сузбијања криминалитета), Београд, 1999.

Радуловић, Љ. Функција образовања у сузбијању малолетничког криминалитета“, Страни правни живот, Институт за упоредено право, Београд, 1/2010

Радуловић Љ, Малолетничко кривично право, Београд, 2010.

Sevin N. K. Redding, R. E. Juvenile Delinquency: Prevention, Assessment, and Intervention, Oxford University Press, New York, 2005.

Срзентић, Н., Стајић, А. Лазаревић Љ. Кривично право, Београд, 2000.

Срзентић, Н. „Принципи кривичног законодавства–основи за одређивање кривичне репресије“, Зборник, Изабрани радови, Подгорица, 2004

Стојановић, З. Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991.

Стојановић, З. „Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и слобода,“ Зборник радова са саветовања, Златибор, 2004

Стојановић, З. „Процес стварања кривичног законодавства и сузбијања криминалитета“, Зборник, Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, Београд, 2009.

Стојановић, З. „Превентивна функција кривичног права“, Crimen, Београд, 1/2011

Стојановић, З. Кривично право, Београд, 2014.

Чејовић, Б. Принципи кривичног права, Београд, 2008.

Шкулић М., Стевановић, И. Малолетни делинквенти у Србији, Београд, 1999.

Шкулић, М. Малолетничко кривично право, Београд, 2011.

Dragan Blagić, Ph. D.
Assistant Professor

IMPRISONMENT SENTENCE IN THE DOMAIN OF CRIMINAL POLICY

Summary

Contemporary criminal policy is characterized, above all, by more humane attitude towards a juvenile offender. In the field of juvenile criminal law it is necessary to have a different way of thinking about criminal justice response and moderate expansion of criminal sanctions, which would represent an alternative to the sanction of deprivation of liberty. In this case it is not an abstract humanity, nor special compassion towards the offender, but a justified social attitude towards an individual, based on the notion that it was a minor for whose conduct one part of the responsibility, in addition to family and school, bears the society too.

Viewed from the aspect of special prevention, duration of juvenile imprisonment is prescribed in a way that the legislator determined the shortest time period necessary to implement a satisfactory treatment and provide professional education program, which is tailored to the personality of the minor. The essence lies in the fact that in determining the sentence it is taken into account the time that will be spent in the institution for minors, in order to have special attention during this period devoted to needs and characteristics of a minor laid down in the conducting intensive program of supervision and support. Therefore, the legislator has determined certain general legal minimum of six months, as the least necessary time in which a treatment can be implemented and the purpose of punishment can be achieved.

Key words : Imprisonment sentence, special and general prevention, criminalpolitical principles, minor,

Др Саша Атанасов
Асистент

ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИ СВЕДОЦИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: У раду се бавимо категоријом посебно осетљивих сведока и њиховом заштитом у кривичном поступку Републике Србије. У оквиру посебних поглавља анализирамо дефиницију посебно осетљивих сведока, посебна правила испитивања осетљивих сведока и мере подршке и помоћи посебно осетљивим сведоцима у циљу њихове заштите од секундарне виктимизације и побољшања укупног положаја сведока у кривичном поступку. Такође, разматрамо правила испитивања малолетних лица оштећених кривичним делом и сведока у кривичном поступку.

Кључне речи: посебно осетљиви сведоци, правила испитивања, мере заштите, подршка и помоћ.

УВОД

Сведок може бити свако лице које има сазнања о кривичном делу, учиниоцу и другим чињеницама које се утврђују у поступку, независно од узраста, пола или других карактеристика личности, под условом да је способно да своја сазнања истинито саопшти или на други адекватан начин пренесе органу поступка и другим учесницима у поступку.

Узимајући у обзир чињеницу да је испитивање сведока необичан и стресан доживљај у животу сваког човека,¹ тим пре, ако је лице које

¹ Branislav Simonović, *Pribavljanje i ocena iskaza pred policijom i na sudu*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1997, 83. Стрес (енг. stress) се дефинише као доживљај, физички или психички који срчани орган тешко подноси. У: Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1991, 851. Такође, стрес се може одредити и као одговор организма на изложеност стресним факторима. Стресни фактори су ситуације које сведок опажа као екстремне и изван сопствене контроле, тј. без могућности утицања на ток догађаја. По времену трајања стрес може бити акутан или хроничан. Последице акутног стреса могу се манифестовати у акутном стресном поремећају и посттрауматском стресном поремећају. Акутни стресни поремећај представља непосредан и краткотрајан одговор на стресогену ситуацију, а манифестује се симптомима анксиозности (као одговор на претећу опасност) или симптомима депресивности (као одговор на непосредан губитак). Посттрауматски стресни поремећај настаје као последица тешке трауме и подразумева пролонгиран, патолошки одговор на интензиван трауматичан догађаја (нпр. услед сексуалног насиља). Посттрауматски стресни поремећај карактеришу симптоми поновног

сведочи дете, малолетник, жртва, односно оштећени кривичним делом или сведок са израженим физичким и/или психичким недостацима и слично, неадекватан начин испитивања код таквих сведока по правилу изазива анксиозност и висок ниво стреса, доводи до збуњености и страха, до додатне виктимизације и трауматизације што за последицу може имати исказ слабијег квалитета или довести до одустајања сведока од сведочења.

Реформама које су предузете последњих година у процесном законодавству Републике Србије, а којима су прописане мере заштите појединих категорија сведока, настављен је тренд заштите осетљивих категорија сведока од секундарне виктимизације и знатно је побољшан положај сведока у поступку.²

Посебне мере заштите, односно правила испитивања сведока мотивисана су потребом додатне заштите посебно осетљивих сведока од секундарне виктимизације која може бити трауматична и фрустрирајућа у истој оној мери као и примарна виктимизација³ (услед које сведок трпи имовинску и/или моралну штету, физичке повреде и разна психичка оштећења).⁴

Међутим, и поред бројних процесних мера заштите које је предвидео законодавац Србије, за добијање истинитог исказа и отклањање секундарне виктимизације неопходно је предузети читав низ других мера и радњи којима се код сведока умањује и отклања страх, ствара осећај

доживљавања трауме, избегавања ситуације која је у вези са траумом и симптоми генералне отупљеност, те симптоми пренадражености. У: Благоје Кулић, Лјубица Лепосавић, Срђан Милоновић, Јован Марић, *Akutni stresni poremećaj i posttraumatski stresni poremećaj uporedni pregled, Engrami*, број 3-4, Београд, 2000, 1. и 2.

² Поједине земље, као што је нпр. Аустралија су још 80-тих година прошлог века започеле процес стварања посебних правила којима би се смањило висок ниво стреса током сведочења и смањиле могућности за додатну трауматизацију посебних категорија сведока у кривичном поступку. У: Kelly Richards, *Child complainants and the court process in Australia, Trends & issues in crime and criminal justice*, No. 380, Australian Institute of Criminology, July 2009, 1, http://www.aic.gov.au/media_library/publications/tandi_pdf/tandi380.pdf, 12. 10. 2014.

³ Виктимизација (engl. victimization, нем. victimisierung) означава процес путем којег неко лице постаје жртва. Виктимизација може бити последица извршеног кривичног дела, када говоримо о примарној виктимизацији, али и непромерене реакције социјалне средине, неадекватног, или чак погрешног поступања од стране органа поступка, када говоримо о секундарној виктимизацији. У: Slobodanka Konstantinović Vilić, Vesna Nikolić Ristanović, Miomira Kostić, *Kriminologija*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2012, 460.

⁴ Vesna Nikolić Ristanović, *Podrška žrtvama i sprečavanje sekundarne viktimizacije: savremena zakonska rešenja i praksa, Zaštita žrtava i сведока, Temida*, број 1, Београд, 2003, 3.

сигурности и превазилазе негативна осећања у вези са учешћем у кривичном поступку. Мере подршке и помоћи које се дају посебно осетљивим сведоцима пре, током и након окончања кривичног поступка од стране органа поступка (полицијског службеника, тужиоца, судије) и других субјеката који непосредно долазе у контакт са њима имају за циљ опоравак сведока од трауме, пружање помоћи и подршке у савладавању тешкоћа које непосредно произлазе из њихове осетљивости и стварање осећаја поверења у правосудни систем.

1. ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИ СВЕДОЦИ - ДЕФИНИЦИЈА

Посебно осетљиви сведоци су они који су услед личних својстава и/или доживљеног кривичног дела посебно трауматизовани.⁵ То су они сведоци који су озбиљно физички или психички трауматизовани околностима под којима је извршено кривично дело или који пате од озбиљних психичких поремећаја који их чине изузетно осетљивим, као и деца и малолетници.⁶ У суштини, реч је о сведоцима којима не прети опасност од окривљеног и његових сарадника, пријатеља или блиских лица окривљеног, али који, без обзира на непостојање стварног ризика од угрожавања, имају субјективан осећај да су у опасности. Поред осећаја несигурности и неспособности да самостално заштите своја лична права у поступку, код ових сведока присутне су и друге врсте тешкоћа током сведочења (нпр. не разумеју језик на коме се води поступак, наглуви су, реч је о сведоцима са физичким оштећењима и сл.).⁷

Категорију посебно осетљивих сведока у процесно законодавство Републике Србије први је увео *Законик о кривичном поступку* из 2006. године, а након престанка његовог важења 2009. године,⁸ *Законик о кривичном поступку* из 2011. године.⁹ Према одредби чл. 103. ст. 1.

⁵ Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb, 2012, 479. Под траумом (grč. traūma) сматра се рана, озледа или повреда (физичка или психичка). Психичка траума настаје као последица неког страшног и по живот опасног доживљаја и манифестује се као јак и непредвидљив душевни потрес. У: Милан Вујаклија, *op. cit.*, 901.

⁶ Чл. 3. ст. 3. Закона о заштити свједока у кривичном поступку Републике Српске – ЗЗС Р. Српске, *Службени гласник Републике Српске*, број 48, од 24. јуна 2003. године.

⁷ Stjepan Gluščić, et. al., *Procesne mere zaštite svedoka*, Priručnik za pripadnike policije i pravosuđa, Savet Evrope, Strazbur, 2006, 190. и 194.

⁸ Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, број 72/09.

⁹ Законик о кривичном поступку – ЗКП 2011, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014. Наведени *Законик* донет је 26. септембра 2011. године, ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања, а

Законика о кривичном поступку Републике Србије (2011) посебно осетљиви су они сведоци који су озбиљно трауматизовани кривичним делом услед узраста, животног искуства, начина живота, пола, здравственог стања, или услед природе, начина или последица извршеног кривичног дела, као и других околности случаја.

Законодавац Републике Србије не дефинише посебно осетљиве сведоке,¹⁰ али с обзиром на наведене субјективне и објективне критеријуме закључујемо да као осетљиве категорије сведока има у виду: децу, малолетнике, стара лица, жртве, односно оштећене кривичним делом, сведоке са когнитивним оштећењима,¹¹ са проблемима у социјалној интеракцији и комуникацији,¹² сведоке са тешким телесним недостацима или посебним потребама, сведоке који пате од озбиљних психичких поремећаја или су под изразитим стресом услед врсте и последица извршеног кривичног дела и друге.¹³ Уколико је трауматизација сведока последица објективних околности, пре свега се мисли на тешка кривична дела, она са елементима насиља (нпр. насиља у породици, силовања), где су сведоци истовремено и жртве кривичног дела.¹⁴ Друге околности случаја које могу условити осетљивост сведока могу бити чињенице да су сведок и окривљени чланови исте породице, или припадници уже социјалне групе засноване на зависности или субординацији.¹⁵

примењује се од 1. октобра 2013. године у свим поступцима. У поступцима за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, примена овог *Законика* почела је 15. јануара 2012. године.

¹⁰ Ширум света не постоји општа сагласност о томе како треба дефинисати „осетљивог“ сведока у кривичном поступку. У: Ray Bull, *The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice*, *Legal and Criminological Psychology*, Volume 15, Issue 1, February 2010, 5, <http://onlinelibrary.wiley.com.proxy.kobson.nb.rs/>, 01. 07. 2016.

¹¹ Вид. Neta Ziv, N.: *Witnesses with Mental Disabilities: Accommodations and the Search for Truth*, *Disability Studies Quarterly*, Vol. 27, No. 4, 2007, <http://dsq-sds.org/article/view/51/51/>, 03. 04. 2015.

¹² Вид. Katie L. Maras, Dermot M. Bowler, *Eyewitness Testimony in Autism Spectrum Disorder: A Review*, *Journal of Autism and Developmental Disorders*, Vol. 44, November 1, 2014, 2682, <http://web.b.ebscohost.com.proxy.kobson.nb.rs/>, 04. 08. 2016.

¹³ Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo sa tekstom Zakonika o krivičnom postupku*, *Projuris*, Beograd, 2013, 109.

¹⁴ Miodrag N. Simović, *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, *Pravni fakultet Univerziteta u Bihacu, Bihać*, 2009, 401.

¹⁵ H. Reeves, *Novi pravci promena u vezi sa brigom za žrtve – сведоке и njihovom заштитом и Ujedinjenom Kraljevstvu*, *Temida*, број 3-4, Beograd, 2000, 44. У: Снежана Бркић, *Посебно осетљиви сведоци*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2, Нови Сад, 2014, 213.

Навођењем околности које могу утицати на појачану осетљивост сведока и груписањем сведока по одређеним критеријумима, законодавац Србије скреће пажњу органу поступка и другим учесницима у поступку на осетљивост тих сведока и потребу опрезног поступања са њима, јер непознавање осетљивости и неадекватно поступање са њима, по правилу представљају извор додатне трауматизације за њих.

У процесној теорији и упоредном процесном законодавству посебно осетљиви сведоци деле се по различитим критеријумима (нпр. на децу, малолетнике и на старе сведоке, на оне са нарушеним здравственим стањем, с тешким телесним манама, на оне посебног душевног стања, и на жртве кривичног дела,¹⁶ затим, на сведоке који су у стању изразитог стреса, који је последица доживљеног кривичног дела, на оне чија је осетљивост узрокована различитим тешкоћама, оштећењем или болешћу релевантно за сведочење, на оне са израженим интелектуалним тешкоћама, тешкоћама у социјалном функционисању или душевним поремећајима или болестима,¹⁷ који су озбиљно телесно или душевно поремећени учињеним кривичним делом,¹⁸ и слично), а све у циљу прилагођавање начина испитивања конкретно одређеној категорији сведока, пружања подршке и помоћи, планирања и предузимања адекватних мера заштите у пре, току и након окончања кривичног поступка.¹⁹ Ове сведоке у упоредном кривичном праву још називају и рањивим сведоцима,²⁰ угроженим сведоцима,²¹ ненормално осетљивим сведоцима,²² и застрашеним сведоцима.²³

¹⁶ Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Dušević i Kršovnik, Rijeka, 2011, 589.

¹⁷ S. Gluščić, et. al, *op. cit.*, 216.

¹⁸ Чл. 3. ст. 3. 33С Р. Српске.

¹⁹ S. Gluščić, et. al, *op. cit.*, 216.

²⁰ D. Krapac, *op. cit.*, 247. и 481.

²¹ Чл. 3. ст. 3. 33С Р. Српске.

²² Mirjan Damaška, *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Pravni fakultet u Zagrebu, Poslijediplomski studij iz kazneno-pravnih znanosti, Zagreb, 2001, 70. У: D. Krapac, *op. cit.*, 479.

²³ Пренорука Р (97) 13 о застрашивању сведока и правима одбране (*Recommendation No. R (97) 13 concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence*, 82. и 83. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/recR_97_13e.pdf, 25. 06. 2016.

2. ПРОЦЕСНА ПРАВИЛА ИСПИТИВАЊА ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИХ СВЕДОКА

Констатујући постојање једне или више околности које *Законик о кривичном поступку* алтернативно прописује, а услед којих сведок када сведочи у кривичном поступку може бити додатно (секундарно) виктимизован, орган поступка (јавни тужилац, председник већа или судија појединац) таквом сведоку може по службеној дужности, или на захтев странака, или самог сведока одредити статус посебно осетљивог сведока.²⁴

Против решења којим орган поступка усваја или одбија захтев којим се тражи да сведоку буде одређен статус посебно осетљивог сведока, није дозвољена посебна жалба, односно незадовољна странка одлуку органа поступка може побити једино у оквиру жалбе на пресуду.²⁵ Због могућности подношења жалбе против одлуке органа поступка и због тога што се одређивањем статуса посебно осетљивог сведока ограничавају одређена права окривљеног (нпр. на непосредно испитивање сведока на главном претресу или на суочење са сведоком), решење и пресуда треба да садрже образложење у коме ће бити наведени разлози којима се орган поступка руководи када је донео позитивну или негативну одлуку о испуњености законских услова за одређивање статуса посебно осетљивог сведока.²⁶

Одређујући сведоку статус посебно осетљивог сведока орган поступка таквом сведоку обезбеђује другачији и повољнији положај у поступку у односу на положај који има „обичан“ сведок. Другачији положај манифестује се у другачијем начину испитивања таквог сведока на главном претресу и у додатној могућности његове заштите током учествовања у кривичном поступку.

Наиме, испитивање посебно осетљивог сведока могуће је само преко органа поступка који има обавезу да се према овом сведоку односи са посебном пажњом, настојећи да тако буду избегнуте могуће штетне последице кривичног поступка по личност, телесно и душевно стање сведока.²⁷ То значи да је орган поступка дужан да водећи рачуна о

²⁴ Чл. 103. ст. 1. и 2. *ЗКП*.

²⁵ Чл. 103. ст. 4. *ЗКП*.

²⁶ Биљана Синановић, Посебно осетљиви сведок у кривичном поступку, *Билтен Врховног касационог суда*, број 3, Београд, 2014, 28. и 29.

²⁷ Чл. 104. ст. 1. *ЗКП*. На главном претресу у немачком кривичном поступку, испитивање сведока који су млађи од осамнаест година врши се само преко председника већа. Када је реч о другим категоријама сведока под условом да нема бојазни да ће бити угрожена њихова добробит, председник већа може дозволити

заштити личности посебно осетљивог сведока ни на који начин не допусти његово злонамерно и непотребно узнемиравање од стране странака, браниоца, оштећеног или других учесника у поступку (нпр. публике у судници).²⁸

С обзиром на руководну улогу органа поступка током испитивања посебно осетљивог сведока управо ће његово професионално поступање највише утицати на квалитет исказа сведока и на његову заштиту од секундарне виктимизације.²⁹ Колико је важно да орган поступка посредује између странака, браниоца, оштећеног и других учесника у поступку и посебно осетљивог сведока, видимо на основу резултата појединих страних истраживања која су утврдила да судије понекад нису вољне да интервенишу и заштите сведока током испитивања сведока на главном претресу, нити да га подрже или охрабре,³⁰ чак и ако се поједини испитивачи служе непримереним начином испитивања.³¹

странкама у поступку да им непосредно постављају питања (§ 241. *The German Code of Criminal Procedure* – ЗКП Немачке, <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 13. 04. 2016). Домаћи законодавац је знатно ригорознији, јер не дозвољава могућност непосредног постављања питања посебно осетљивим сведоцима.

²⁸ Према члану 8. *ЗЗС Р. Српске*, суд може испитати уgroженог сведока на начин да му директно поставља питања у име странака и браниоца, под условом да су се са таквим начином испитивања претходно сагласиле странке и бранилац. Према томе, то је само процесна могућност коју председник већа може искористити на главном претресу, ако је то у најбољем интересу заштите сведока од узнемиравања и збуђивања, али ако не постоји сагласност странака и браниоца, суду преостаје само да ради заштите угрожених сведока у одговарајућој мери контролише начин испитивања ових сведока. На идентичан начин, ово питање регулисано је и у Босни и Херцеговини (чл. 8. *Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i угрожених свједока БиН, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, број 3/03, 21/03, 61/04, 55/05).

²⁹ Наиме, и у оним процесним системима са израженом страначко-расправном традицијом на главном претресу, право оптуженог да непосредно поставља питања посебно осетљивим сведоцима није неограничено. Тако, у зависности од узраста сведока и природе кривичног дела које је учињено на штету сведока, оптужени у Аустралији не може унакрсно испитивати дете које је млађе од шеснаест година или жртва одређеног кривичног дела (*Queensland - Evidence Act 1977*). Вид. К. Richards, *op. cit.*, 1. - Table 1, Use of CCTV and restrictions on cross-examination by defendants in proceedings involving child complainants.

³⁰ Вид. Anne Cossins, Prosecuting Child Sexual Assault Cases: Are vulnerable witness protections enough?, *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 18, Number 2, November 2006, 310, <http://www.heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs/>, 14. 08. 2016.

³¹ Christine Eastwood, Wendy Patton, Helen Stacy, Child Sexual Abuse and the Criminal Justice System, *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice*, Series Paper No. 99, Australian Institute of Criminology, December 1998, 3. У: Phoebe Bowden, Terese Henning, David Plater, Balancing Fairness to Victims, Society and Defendants in the

Законодавац Србије прописује и друге мере којима спречава штетан утицај кривичног поступка на психо-физичко стање сведока. У начелу, органу поступка додатно су на располагању две групе заштитних мера. Једне, којима се спречава физички сусрет посебно осетљивих сведока са окривљеним и другим учесницима у поступку (нпр. сведок се испитује у другој просторији, на другом месту од оног на ком се налазе окривљени, бранилац и други учесници поступка, посредством техничких средстава за пренос слике и звука или се искључује могућност суочења са окривљеним), и друге, код којих се у испитивање посебно осетљивих сведока укључују посебно едукована и стручно оспособљена (стручна) лица која располажу посебним знањима неопходним за адекватан приступ сведоцима и њихово испитивање (нпр. познају продуктивне стратегије решавања сукоба са сведоком, располажу способношћу да правовремено препознају различите облике невербалне комуникације и правилно их оцене). Колики је значај стручних лица у добијању квалитетног исказа од посебно осетљивих сведока видимо по томе што би начин испитивања који је примерен за испитивање „обичних“ сведока, ако би се применио на идентичан начин за испитивање посебно осетљивих сведока по правилу би представљао извор трауматичног искустава за њих.³²

У том случају, у улози испитивача могу се појавити психолог, социјални радник или друго стручно лице. Ангажовање стручног лица дозвољено је током целог кривичног поступка, тј. независно од фазе поступка, а стручно лице може бити ангажовано ради припремања посебно осетљивог сведока за сведочење,³³ у фази припремања конкретне технике и стратегије испитивања сведока, ради пружања подршке и/или непосредног испитивања сведока или контроле и оцене исказа ових сведока. У сваком случају, начин на који ће се ови сведоци испитивати биће резултат заједничког договора органа поступка и стручног лица.

Cross-Examination of Vulnerable Witnesses: An Impossible Triangulation? *Melbourne University Law Review*, Vol. 37, No. 3, 2014, 553, <http://www.heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs>, 13. 02. 2016.

³² Елоквенција испитивача не значи сама по себи да испитивач поседује способност комуникације са сведоцима, тим пре, ако се ради о посебно осетљивим сведоцима које њихова биолошка својства чине посебно рањивим. У: Ingrid Brdar, *Psihologija komuniciranja*, Filozofski fakultet u Rijeci, Rijeka, 2006, 6, 57 - 61, 77. и 78.

³³ Мисли се на оно припремање које сведока упознаје са кривичним поступком, процедуром испитивања, изгледом простора у коме сведок даје исказ, опремом која се користи током сведочења, концептом заклетве и др., а не на припремање сведока како треба да одговори на постављено питање. Вид. *Brošuru o jedinicama za podršku deci u krivičnom postupku*, 2, http://www.ns.vi.jt.rs/images/dokumenti/dokumenti_pdf_cir/podrška_deci_u_%20kp_brosura.pdf, 14. 08. 2016.

Стручно лице може учествовати у испитивању посебно осетљивих сведока на два начина. У једном случају стручно лице непосредно води разговор са посебно осетљивим сведоком, док за то време орган поступка прати испитивање и у зависности од околности које је неопходно додатно разјаснити, поставља питања посредством стручног лица. У другом случају, орган поступка сам испитује посебно осетљивог сведока, а стручно лице само прати да ли је сведоку постављено прикладно питање. У оба случаја задатак стручног лица јесте да формулише и прилагоди питање психо-физичким својствима посебно осетљивог сведока, како би он разумео питање, и самим тим дао истинит исказ.³⁴ Тако, детету се не може поставити питање: *да ли је лопов крао, већ шта је радио са рукама*³⁵ или *шта је твој деда радио када те је чувао*, или *шта се дешава када си у кади*, уместо да ли те је сексуално злостављао итд.³⁶

Ангажовање стручног лица у поступку испитивања посебно осетљивог сведока може бити неопходно када овакав сведок сведочи непосредно и у присутности окривљеног, браниоца, оштећеног и других учесника у поступку у службеној просторији органа поступка или на другом месту (стану сведока, другој просторији, нпр. болници, затвору, или овлашћеној институцији која је стручно оспособљена за испитивање посебно осетљивих сведока), или када сведочи без присутности одбране и других процесних субјеката посредством техничких средстава за пренос слике и звука.³⁷

Ако орган поступка одлучи да се посебно осетљиви сведок испита употребом техничких средстава за пренос слике и звука, испитивање се спроводи без присуства странака и других учесника у поступку у просторији у којој се сведок налази.³⁸ Предности оваквог начина испитивања су вишестурке. Пре свега ова мера заштите доприноси смањењу анксиозности и стреса током сведочења, доприноси повећању спремности посебно осетљивих сведока да учествују у кривичном поступку против учиниоца кривичног дела, и дају квалитетнији исказ. Посебно осетљиви сведоци не виде оптуженог, нити се са њим сусрећу (суочавају) на ходницима или у судници, омогућено им је да бораве у

³⁴ Снежана Бркић, Посебна заштита деце и малолетника као оштећених и сведока у кривичном поступку (упоредноправни приступ), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 40, број 2, Нови Сад, 2006, 435. Упор. К. Richards, *op. cit.*, 3.

³⁵ Мihaјло Аćимовић, *Психологија злочина и суђења (Судска психологија)*, Savremena administracija, Beograd, 1987, 256.

³⁶ Jadranka Zorić: Forenzični (postupni) intervju, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, broj 1, Zagreb, 2004, 127. и 128.

³⁷ Чл. 104. ст. 2 и 3. ЗКП.

³⁸ Чл. 104. ст. 1. ЗКП.

окружењу које му улива поверење, укључујући ту собе за чекање, или ако се ради о детету опремљеним играоницама. Подршка поверљивом сведоку је обезбеђена током сведочења, а његов исказ се може снимити и накнадно више пута користити на главном претресу, без поновног позивања и сведочења пред судом.³⁹

Међутим и поред очигледних предности које се манифестују у већој ефикасности кривичног поступка и већој спремности посебно осетљивих сведока да сведоче, ова мера се недовољно користи у домаћем кривичном поступку. Наиме, према подацима Јединице за подршку деци у кривичном поступку⁴⁰ која делује на територији Апелационог суда у Крагујевцу, од априла 2015. године до октобра 2016. године, само четири пута је ангажован мобилни тим ове Јединице у циљу реализације испитивања детета коришћењем техничких средстава за пренос слике и звука,⁴¹ а и тамо где су успостављене тзв. „скрин собе“⁴² (посебно опремљене просторије за испитивање деце жртава) не користе се у

³⁹ А. Cossins, *op. cit.*, 309. и 310.

⁴⁰ *Јединице за подршку деци у кривичном поступку* настале су у оквиру пројекта „Унапређење права детета кроз јачање система правосуђа и социјалне заштите у Србији“ који финансира Европска унија, а спроводи УНИЦЕФ у партнерству са Министарством правде и Министарством за рад, запошљавање, борачка и социјална питања. *Јединице* су настале у процесу трансформације домова за децу који сада пружају услуге у заједници и интерванишу у случајевима где је рањивим групама деце и њиховим породицама потребна додатна и посебна подршка. *Јединице* су формиране у четири града на територији Републике Србије - Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу. Њихова улога је да информишу дете и чланове породице о судском поступку, пруже подршку током узимања исказа, пруже саветодавну и терапијску подршку, и учествују у непосредној реализацији форензичкох интервјуа. Вид. *Brošura o jedinicama za podršku deci u krivičnom postupku*, 2.

⁴¹ Из разговора са Јаром Петковић, психологом и чланом мобилног тима Јединице за подршку деци у кривичном поступку из Крагујевца.

⁴² Према подацима Министарства рада, запошљавања и социјалне политике број тзв. „скрин соба“ успостављен је у веома малом броју установа социјалне заштите. Ове „собе“ постоје у Прихватилишту за ургентну заштиту злостављане деце у Београду, Саветовалишту за брак и породицу при Градском центру за социјални рад Београд (ова установа располаже са три „скрин собе“ – у Земуну, Палилули и објекту самог Градског центра), Саветовалишту за брак и породицу при Центру за социјални рад Ниш, Саветовалишту за брак и породицу при Центру за социјални рад Крушевац, Центру за социјални рад Нови Сад). У: *Превенција и заштита деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања, Изабране препоруке, мишљења и иницијативе Заштитника грађана са Конвенцијом Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања*, приредиле Наташа Јовић, Снежана Нешић, Заштитник грађана, 2015, 85, http://www.pravadeteta.com/attachments/394_publicacija%20Lanzarot%20pdf.pdf, 14. 08. 2016.

довољној мери,⁴³ с тим да неки судови о тој могућности немају сазнања, нити прате степен коришћења ових ресурса од стране својих судија.⁴⁴

Посебно осетљиви сведоци се по правилу не могу суочити са окривљеним, изузев ако то окривљени захтева, а орган поступка то дозволи водећи рачуна о степену осетљивости сведока и правима одбране.⁴⁵ Суочити се могу истовремено само два лица, тј. сведок са окривљеним или два сведока, и то тако, што стану један наспрам другог и на постављено питање органа поступка сваки понаособ, наизменично дају своје исказе.⁴⁶ Суочење се наставља све до момента док не буду исцрпљена сва спорна питања која је одредио орган поступка.⁴⁷ Суочење посебно осетљивих сведока може бити изузетно стресно за посебно осетљиве сведоке због чега ако постоји могућност да дође до додатне трауматизације и виктимизације треба одустати од ове радње.

Када посебно осетљиви сведоци врше препознавање окривљеног лица, они то чине тако да окривљени не може да их види или чује пре или током вршења радње препознавања.⁴⁸

Начин испитивања преко органа поступка је обавезан у току целог кривичног поступка, због чега није најјасније да ли је овим сведоцима дозвољено постављање сугестивних питања на главном претресу током унакрсног испитивања. У вези са наведеним у теорији постоје различита схватања, од оног да је постављање сугестивних питања требало у потпуности искључити,⁴⁹ до схватања које истиче право странака, браниоца и оштећеног да постављају сугестивна питања и овим сведоцима. Заговорници последњег схватања оправдавају постављање сугестивних питања посебно осетљивим сведоцима тиме што орган

⁴³ Према подацима Прихватилишта за ургентну заштиту злостављане деце у Београду тзв. „скрин соба“, до краја 2015. године ниједном није коришћена за потребе судског поступка. Само три суда (Виши суд у Нишу, Виши суд у Новом Саду и Основни суд у Новом саду) су користили или делимично користе „скрин собе“ или по намени сличне просторије у или изван судске зграде, односно техничка средства за пренос слике и звука приликом испитивања деце жртава кривичног дела током судског поступка. Вид. *Ibid*, 85.

⁴⁴ *Ibid*, 85. и 86.

⁴⁵ Чл. 104. ст. 4. *ЗКП*.

⁴⁶ Чл. 99. ст. 2 у вези са чл. 89. ст. 2. *ЗКП*.

⁴⁷ Dragoljub Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1982, 221.

⁴⁸ Чл. 100. ст. 2. *ЗКП*.

⁴⁹ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Досије студио, Београд, 2014, 216. и 217. Исто такво мишљење дели и Снежана Бркић, (2014), 214.

поступка, ценећи степен осетљивости сведока, на једној страни, и права одбране на другој страни, увек има могућности да забрани оваква питања.⁵⁰ Узимајући у обзир наведено, слажемо се да суд може када год сматра да је то неопходно да забрани постављање сугестивних питања посебно осетљивом сведоку, али с обзиром на то да законодавац њихово постављање не забрањује, већ напротив изричито дозвољава током фазе унакрсног испитивања,⁵¹ значи да их исто тако суд може и дозволити у конкретном случају. Због тога, ако се већ није прихватило решење којим се забрањује постављање сугестивних питања свим категоријама посебно осетљивих сведока, што сматрамо адекватним решењем, онда је бар *ЗКП* требало ограничити њихово постављање у односу на одређене категорије посебно осетљивих сведока, односно изричито одредити којим категоријама посебно осетљивих сведока је дозвољено, односно забрањено постављање сугестивних питања. Мишљења смо да би то пре свега требало учинити у односу на децу, душевно болесне, жртве тешких кривичних дела са елементима насиља, као што су примера ради: жртве насиља у породици, силовања, трговине људима и друге, које и иначе захтевају изнијансиранији и њиховим индивидуалним карактеристикама прилагођени приступ и заштиту.⁵²

Исто тако, сматрамо да би се изричитим прописивањем забране постављања сугестивних питања одређеним категоријама посебно осетљивих сведока унапред спречиле могуће злоупотребе, поготово што неадекватно реаговање суда на главном претресу може бити схваћено од стране посебно осетљивог сведока као пристрасност суда и непотребно узнемиравање, што би за последицу могло имати да сведок одбије да сарађује са судом и одрази се на квалитет његовог исказа. Омогућавајући странкама да посебно осетљивим сведоцима постављају сугестивна питања на главном претресу преко органа поступка, ништа се суштински не мења у погледу карактера ових питања. Правдајући овакву могућност правом оптуженог на правично суђење у поступку, насупрот појединим категоријама посебно осетљивих сведока, нпр. деце или лица која имају одређених интелектуалних недостатака и која због тога нису у могућности да често разумеју постављена питања или да траже да им се појасне

⁵⁰ Горан П. Илић, et. al., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013, 312.

⁵¹ Чл. 98. ст. 3. *ЗКП*.

⁵² Милан Жарковић, Александра Илић, *Кривичноправана заштита малолетних жртава трговине људима*, *Правна ријеч - часопис за правну теорију и праксу*, број 19, Бања Лука, 2009, 260.

збуњујућа, сложена или двосмислена питања,⁵³ такви сведоци се неоправдано стављају у неравноправан положај у односу на оптуженог коме се на такав начин даје предност у поступку.⁵⁴ Не само када је реч о сугестивним питањима, орган поступка треба да захтева од странака, браниоца и оштећеног да питања која поставља буду кратка, јасна, да не буду сложена, односно да не буду састављена од више питања, као и да не започињу негацијом и слично, јер збуњују сведока.⁵⁵

Као начин додатне заштите посебно осетљивог сведока, законодавац је предвидео могућност да овим сведоцима орган поступка може доделити пуномоћника, којег јавни тужилац или председник суда поставља по редоследу са списка који суду доставља надлежна адвокатска комора за одређивање бранилаца по службеној дужности.⁵⁶

Задатак пуномоћника, између осталог, састојао би се и у заштити рањивог сведока од евентуалног непримереног испитивања.⁵⁷ Реч је о факултативној мери заштите посебно осетљивих сведока, чија примена зависи од процене органа поступка.⁵⁸ У упоредном законодавству, осим могућности да овим категоријама орган поступка ангажује пуномоћника, срећемо законска решења која омогућавају посебно осетљивим сведоцима, пре свега жртвама тешких кривичних дела (на пример, за која је пописана казна затвора од пет или више година, или код кривичних дела против полне слободе, или ако је реч о деци и малолетницима који су жртве кривичног дела) да се пре давања исказа у поступку посаветују са саветником.⁵⁹ У Немачком кривичном поступку говори се о лицу од поверења које брине о правима сведока оштећеног кривичним делом,

⁵³ Rachel Zajac, Julien Gross, Harlene Hayne, *Asked and Answered: Questioning Children in the Courtroom*, *Psychiatry, Psychology and Law*, Vol. 10, Issue 1, 2003, 199, <http://www.heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs/>, 15. 07. 2016.

⁵⁴ P. Bowden, T. Henning, D. Plater, *op. cit.*, 542. и 543.

⁵⁵ Emma Davies, Fred W. Seymour, *Questioning Child Complainants of Sexual Abuse: Analysis of Criminal Court Transcripts in New Zealand*, *Psychiatry, Psychology and Law*, Vol. 5, 1998, 59, http://www.heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs, 14. 08. 2016.

⁵⁶ Чл. 103. ст. 3. ЗКП.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Према § 68б. ЗКП Немачке сведоци могу самостално ангажовати адвоката који може присуствовати њиховом испитивању. Уколико би се оправдано на основу одређених чињеница посумњало у добронамерност адвоката, јер је, на пример, учествовао у делу које се истражује или у делу помагања након извршеног кривичног дела које се истражује, у спречавању кривичног гоњења или прикривању тог дела, затим сазнања стечена за време испитивања сведока користи за уништавање трагова и друго, таквом адвокату не би било дозвољено да присуствује током испитивања сведока.

⁵⁹ Вид. чл. 43. ст. 2, чл. 45. ст. 1, чл. 44. ст. 1. *Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske*, *Narodne novine*, broj 152/08, 76/09, 80/11.

пружа помоћ и присуствује испитивању таквог сведока.⁶⁰ Реч је о веома добром законском решењу јер се сведоку на овај начин пружа додатна емоционална подршка и помоћ, елиминише страх и анксиозност и самим тим утиче на бољи квалитет исказа сведока.

Када је реч о малолетним лицима која су оштећена кривичним делом, а која у својству сведока учествују у поступку који се води против пунолетних лица, треба напоменути да је у односу на њих, као једну од категорија посебно осетљивих сведока законодавац предвидео низ посебних мера које овим сведоцима, у односу на све друге, обезбеђује виши степен заштите. Наиме, ради спречавања могућих штетних утицаја кривичног поступка на личност и развој малолетног сведока, осим мера заштите које смо поменули и које се примењују у односу на све категорије посебно осетљивих сведока, *Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*⁶¹ предвиђене су и друге, по својој природи специфичне заштитне мере. На првом месту, конкретан начин на који ће се орган поступка односити према малолетном лицу као оштећеном и сведоку и сам начин његовог испитивања биће резултат разматрања околности везаних за узраст, својства личности, образовање и прилике у којима малолетно лице живи. Испитивање малолетног сведока оштећеног кривичним делом обавиће се увек уз помоћ психолога, педагога или другог стручног лица, за разлику од осталих категорија посебно осетљивих сведока, где ће орган поступка у зависности од околности случаја накнадно о томе одлучивати. Број испитивања малолетног сведока је ограничен. Законодавац наводи да то може бити највише два пута, ако се испитивање предузима у поступку за изричито наведена тешка кривична дела одређена *Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица* (нпр. за кривично дело тешког убиства, тешке телесне повреде, отмице, силовања, обљубе над немоћним лицем, обљубе детета, недозвољених полних радњи, насиља у породици, родосквњења, изнуде, трговине људима и др.). Донекле спорно у наставку законског текста је то, што законодавац релативизује ову забрану тиме што наводи да се изузетно малолетни оштећени може испитати као сведок и више пута, уколико је то неопходно ради остваривања сврхе кривичног поступка,⁶² уместо да ради доследности заштите интереса малолетног лица од секундарне виктимизације пропише да се испитивање може предузети само изузетно и само још једном. Када се малолетно лице испитује више пута, орган

⁶⁰ Вид. § 406ф *ЗКП Немачке*.

⁶¹ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник РС - ЗМ*, број 85/2005.

⁶² Чл. 150. ст. 1. и чл. 152. ст. 1. и 2. *ЗМ*.

поступка је дужан да посебно брине о заштити и развоју његове личности.⁶³ Малолетном сведоку, у кривичном поступку који се води против пунолетног окривљеног, у случају да нема пуномоћника, председник суда ће одмах од момента првог саслушања окривљеног поставити пуномоћника. У односу на друге категорије рађивих сведока, постављање пуномоћника малолетном сведоку који је оштећен кривичним делом је обавезно.

Сва службена лица која долазе у контакт са малолетним лицем оштећеним и сведоком (судија, јавни тужилац, полицајац и адвокат) морају располагати посебним знањима из области права детета и кривичноправне заштите малолетних лица.⁶⁴ Малолетне сведоке оштећене кривичним делом је безусловно забрањено суочавати са окривљеним, уколико се они услед природе и последица кривичног дела или других околности налазе у посебно тешком душевном стању.⁶⁵ Исто тако, орган поступка је дужан да поступа посебно обазриво када препознавање врши ова категорија сведока те ову доказну радњу реализује тако што окривљени не може да сазна идентитет малолетног лица сведока који врши препознавање. Овакав начин предузимања радње препознавања обавезан је током свих фаза поступка.⁶⁶

Уместо сведочења на главном претресу, прочитаће се записник о испитивању малолетног сведока оштећеног кривичним делом који је сачињен у претходном поступку, а ако су коришћена техничка средства пустиће се снимак његовог испитивања.⁶⁷ Постоје мишљења да законодавац овим законским решењем неоправдано одступа од начела непосредности у извођењу доказа на главном претресу, условљавајући суд да уместо доношења одлуке о самом испитивању оштећеног малолетног сведока на главном претресу, обавезно прочита спис који је сачињен у претходној фази поступка. Добра страна оваквог законског решења огледа се у спречавању вишеструког испитивања малолетног оштећеног⁶⁸ и спречавању додатне виктимизације.⁶⁹

Поступак у коме учествује малолетни сведок који је оштећен тактивно набројаним кривичним делима, увек је хитан.⁷⁰

⁶³ Саша Кнежевић, *Малолетничко кривично право, материјално, процесно и извршно*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010, 327.

⁶⁴ Чл. 154, ст. 1. и 2. ЗМ.

⁶⁵ Чл. 153. ЗМ.

⁶⁶ Чл. 155. ЗМ.

⁶⁷ Чл. 152. ст. 5. ЗМ.

⁶⁸ С. Кнежевић, *op. cit.*, 327.

⁶⁹ Р. Bowden, Т. Henning, D. Plater, *op. cit.*, 543.

⁷⁰ Чл. 157. ЗМ.

Уз претходно наведене мере заштите, заштити посебно осетљивих сведока могу допринети и мере основне заштите и мере којима се сведок штити од застрашивања. С тим да се заштитне мере могу кумулирати из разлога што један сведок може испуњавати услове за примену различитих видова заштите.⁷¹

3. МЕРЕ ПОДРШКЕ И ПОМОЋИ ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИМ СВЕДОЦИМА

Под мерама подршке и помоћи подразумевају се оне мере које орган поступка предузима у циљу смањења или отклањања осећаја страха код посебно осетљивих сведока, а који је код њих настао као последица извршеног кривичног дела. По својој природи ове мере могу бити део мера и поступања према свим сведоцима, али и представљати израз индивидуалних потреба конкретно одређеног сведока.

Без обзира што стварна опасност не постоји за ове сведока, иста се мора узети у обзир као извор осетљивости и у зависности од степена осетљивости планирати мере заштите сведока. Који вид мера заштите и помоћи се бити примењен у конкретном случају зависиће од категорије сведока и његових личних својстава. Стога, први корак у примени мера заштите посебно осетљивих сведока је препознавање њихове осетљивости и потреба.

Препознавање осетљивости је поступак који има за циљ да одреди разлоге осетљивости, на основу њих предвиди реакције сведока на радње у кривичном поступку и одреди адекватан поступак пружања подршке и помоћи сведоку.⁷²

Мере подршке и помоћи могу се примењивати пре почетка кривичног поступка, у току његовог одвијања и по његовом окончању, а могу бити безбедоносног, информативног, саветодавног, емоционалног, психолошког, медицинског и другог карактера. Према временском трајању мере подршке и помоћи могу бити једнократне и састојати се у информисању, а могу захтевати и деловање током целог поступка.⁷³ Током пружања подршке и помоћи нужно је да између свих субјеката који долазе у непосредни контакт са посебно осетљивим сведоцима постоји координација у деловању, јер правосудни систем треба да буде последње место на коме сведок треба да осећа забринутост и несигурност.⁷⁴ Тако,

⁷¹ С. Бркић, (2014), 226.

⁷² S. Gluščić, et. al., *op. cit.*, 195.

⁷³ *Ibid.*, 194. и 195.

⁷⁴ Вид. Bradley M. Cowan, Children in the Courtroom: Essential Strategies for Effective Testimony by Child Victims of Sexual Abuse, *The Army Lawyer*, February 1, 2013, 4.

службеник полиције већ приликом првог контакта са сведоком треба да предузме мере којима обезбеђује сигурност и заштиту сведока. Подршка сведоцима у фази прикупљања обавештења може обухватити емоционалну подршку (пре свега кроз начин комуникације са сведоком или обезбеђењем лица за подршку сведоку), практичну помоћ (нпр. тако што ће се сведоку обезбедити превоз и пратња до лекара или места становања), подршку у виду информисања сведока о кривичном поступку и правима која му припадају, начину остваривања његових права, о службама и склоништима које могу пружити помоћ сведоцима кривичног дела и слично. Службеник у тужилаштву или у суду који је задужен за пружање подршке и помоћи може објашњењем судске процедуре смањити страх од непознатог код сведока, док социјални радник може помоћи у ублажавању страхова од губитка посла или места становања или може упозорити јавног тужиоца на понашања која указује да учинилац кривичног дела покушава да ступи у контакт са сведоком, као и на блиско лице које врши притисак на сведока да измени исказ или одустане од сведочења итд.⁷⁵ Невладине организације које раде као партнери са правосудним органима и које брину о праву жртава и сведока на опоравак и помоћ, могу обезбедити окружење које ће охрабрити жртву да сведочи итд.

Захтев да се у домаћем праву стандардизује поступак пружања помоћи и подршке сведоцима од стране органа поступка, конкретизован је формирањем посебних служби. При Вишем суду у Београду – Посебном одељењу за ратне злочине, формирана је 2006. године Служба за помоћ и подршку оштећенима и сведоцима, а потом и при осталим вишим судовима на територији Републике Србије и Вишем јавном тужилаштву у Београду (Служба за информисање оштећених лица и сведока)⁷⁶ формиране су идентичне службе. Поред успостављања контакта са службама у региону у вези доласка и одласка сведока, као и у вези организовања видеоконференцијске везе, ако сведок одлучи да на такав начин сведочи, поменута служба обезбеђује логистичку подршку сведоцима (организује превоз и хотелски смештај сведока, обезбеђује практичне информације),⁷⁷ пружа емоционалну подршку и охрабрује сведоке за сведочење. Конкретно помоћ и подршка сведоку може се

⁷⁵ Bradley M. Cowan, *op. cit.*, 5. и 6.

⁷⁶ Служба за информисање оштећених лица и сведока при Вишем јавном тужилаштву у Београду почела је са радом 10. 4. 2014. године, <http://www.rjt.gov.rs/sr/aktivnosti/slu%C5%BEba-za-informisanje-o%C5%A1te%C4%87enih-lica-i-svedoka>, 14. 08. 2016.

⁷⁷ Виши суд у Београду, <http://www.bg.vi.sud.rs/lt/articles/o-visem-sudu/uredjenje/sluzba-za-pomoc-i-podrsku-svedocima-i-ostecenima/>, 14. 02. 2016.

састојати у објашњавању улоге сведока у кривичном поступку, показивању суднице у којој ће сведок сведочити, показивању где ко од учесника у поступку седи у судници, објашњавању начина на који се постављају питања, објашњавању рада суда и поступка, објашњавању правне терминологије која се користи у поступку, обезбеђивању посебне просторије у којој ће сведок бити одвојен од окривљених, њихових породица и пријатеља, присуству службеника за подршку у судници док сведок сведочи, помогању сведоку у наплати трошкова доласка пред суд, односно орган поступка и др.⁷⁸

Мере које пружа Служба за помоћ и подршку оштећенима и сведоцима треба разликовати од мера процесне заштите и других безбедоносних мера којима се настоји обезбедити ефикасно кривично гоњење и избећи секундарна виктимизација. Овде је реч о мерама помоћи сведоку, које уколико се правовремено и адекватно пруже могу у значајној мери допринети убрзању кривичног поступка, повећању капацитета правосуђа и нивоа заштите људских права.⁷⁹ Као и када је реч о другим установама или организацијама које пружају психолошку, меедицинску и другу помоћ и подршку, и службеницима Службе задуженим за подршку је забрањено да разговарају са сведоцима о кривичном случају и дају им правне савете.

ЛИТЕРАТУРА

Mihajlo Aćimović, *Психологија злочина и суђења (Судска психологија)*, Savremena administracija, Beograd, 1987.

Ingrid Brdar, *Психологија комуницирања*, Filozofski fakultet u Rijeci, Rijeka, 2006.

Снежана Бркић, Посебно осетљиви сведоци, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2, Нови Сад, 2014.

Снежана Бркић, Посебна заштита деце и малолетника као оштећених у сведока у кривичном поступку (упоредноправни приступ),

⁷⁸ Позвани сте да сведочите? Можемо вам помоћи?, Служба за помоћ и подршку оштећенима и сведоцима, Брошура, Република Србија, OEBS, Kingdom of the Netherlands.

⁷⁹ *Good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime*, United Nations Office on Drugs and Crime Vienna, New York, 2008, 25. и 26, <http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Witness-protection-manual-Feb08.pdf>, 12. 03. 2016. У Енглеској и Велсу први сервиси за помоћ сведоцима почели су са радом 1989, у Шведској 2001, а у Француској 2009. Године. У Шведској подршку сведоцима пружају волонтери и централни орган који је одговоран за регрутовање и обуку волонтера, и за квалитет помоћи која се пружа сведоку.

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 40, број 2, Нови Сад, 2006.

Phoebe Bowden, Terese Henning, David Plater, Balancing Fairness to Victims, Society and Defendants in the Cross-Examination of Vulnerable Witnesses: An Impossible Triangulation? *Melbourne University Law Review*, Vol. 37, No. 3, 2014, <http://www.heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs/>, 13. 02. 2016.

Ray Bull, The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice, *Legal and Criminological Psychology*, Volume 15, Issue 1, February 2010. <http://onlinelibrary.wiley.com.proxy.kobson.nb.rs/> 01. 07. 2016.

Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1991.

Grubač, M.: *Krivično procesno pravo sa tekstom Zakonika o krivičnom postupku*, Projuris, Beograd, 2013.

Stjepan Gluščić, et. al., *Procesne mere zaštite svedoka*, Priručnik za pripadnike policije i pravosuđa, Savet Evrope, Strazbur, 2006.

Dragoljub Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1982.

Emma Davies, Fred W. Seymour, Questioning Child Complainants of Sexual Abuse: Analysis of Criminal Court Transcripts in New Zealand, *Psychiatry, Psychology and Law*, Vol. 5, 1998, <http://www.heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs>, 14. 08. 2016.

Милан Жарковић, Александра Илић, *Кривичноправана заштита малолетних жртава трговине људима*, Правна ријеч - часопис за правну теорију и праксу, број 19, Бања Лука, 2009.

Rachel Zajac, Julien Gross, Harlene Hayne, Asked and Answered: Questioning Children in the Courtroom, *Psychiatry, Psychology and Law*, Vol. 10, Issue 1, 2003, <http://www.heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs/>, 15. 07. 2016.

Jadranka Zorić: Forenzični (postupni) intervju, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, broj 1, Zagreb, 2004.

Blagoje Kuljić, Ljubica Lepasavić, Srđan Milovanović, Jovan Marić, Akutni stresni poremećaj i posttraumatski stresni poremećaj uporednipregled, *Engrami*, broj 3-4, Beograd, 2000.

Neta Ziv, Witnesses with Mental Disabilities: Accommodations and the Search for Truth, *Disability Studies Quarterly*, Vol. 27, No. 4, 2007, <http://dsq-sds.org/article/view/51/51>, 03. 04. 2015.

Горан П. Илић, et. al., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013.

Anne Cossins, Prosecuting Child Sexual Assault Cases: Are vulnerable witness protections enough?, *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 18,

Number 2, November 2006, <http://www.heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs/>, 14. 08. 2016.

Bradley M. Cowan, Children in the Courtroom: Essential Strategies for Effective Testimony by Child Victims of Sexual Abuse, *The Army Lawyer*, February 1, 2013

Давор Крапас, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb, 2012.

Саша Кнежевић, *Малолетничко кривично право, материјално, процесно и извршно*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.

Slobodanka Konstantinović Vilić, Vesna Nikolić Ristanović, Miomira Kostić, *Kriminologija*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2012.

Katie L. Maras, Dermot M. Bowler, Eyewitness Testimony in Autism Spectrum Disorder: A Review, *Journal of Autism and Developmental Disorders*, Vol. 44, November 1, 2014, <http://web.b.ebscohost.com.proxy.kobson.nb.rs/> 04. 08. 2016.

Vesna Nikolić Ristanović, Podrška žrtvama i sprečavanje sekundarne viktimizacije: savremena zakonska rešenja i praksa, *Zaštita žrtava i svedoka*, Temida, broj 1, Beograd, 2003.

Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Dušević i Kršovnik, Rijeka, 2011.

Martine. B. Powell, Phoebe Bowden, Michelle Mattison, Stakeholders' perceptions of the benefit of introducing an Australian intermediary system for vulnerable witnesses, *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 48(4), 2015, http://anj.sagepub.com.proxy.kobson.nb.rs, 17. 12. 2015.

Биљана Синановић, Посебно осетљиви сведок у кривичном поступку, *Билтен Врховног касационог суда*, број 3, Београд, 2014.

Branislav Simonović, *Pribavljanje i ocena iskaza pred policijom i na sudu*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1997.

Miodrag N. Simović, *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2009.

Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Досије студио, Београд, 2014.

Закон о заштити свједока у кривичном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, број 48, од 24. јуна 2003. године.

Законик о кривичном поступку Републике Србије, *Службени гласник RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

The German Code of Criminal Procedure <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 13. 04. 2016.

Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka BiH, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, број 3/03, 21/03, 61/04, 55/05.

Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske, *Narodne novine*, број 152/08, 76/09, 80/11.

Recommendation No. R (97) 13 concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/recR_97_13e.pdf, 25. 06. 2016.

Brošura o jedinicama za podršku deci u krivičnom postupku, http://www.ns.vi.jt.rs/images/dokumenti/dokumenti_pdf_cir/podrska_deci_u%20_kp_brosura.pdf, 14. 08. 2016.

Viši sud u Beogradu, <http://www.bg.vi.sud.rs/lt/articles/o-visem-sudu/uredjenje/sluzba-za-pomoc-i-podrsku-svedocima-i-ostecenima/>, 14.02.2016.

Good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime, United Nations Office on Drugs and Crime Vienna, New York, 2008, 25. и 26, <http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Witness-protection-manual-Feb08.pdf>, 12. 03. 2016.

Превенција и заштита деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања, Изабране препоруке, мишљења и иницијативе Заштитника грађана са Конвенцијом Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, приредиле Наташа Јовић, Снежана Нешић, Заштитник грађана, 2015, http://www.pravadeteta.com/_____attachments/394_publicacija%20Lanzarot%20pdf.pdf, 14. 08. 2016.

Позвани сте да сведочите? Можемо вам помоћи?, Служба за помоћ и подршку оштећенима и сведоцима, Брошура, Република Србија, OEBS, Kingdom of the Netherlands.

Служба за информисање оштећених лица и сведока при Вишем јавном тужилаштву у Београду почела је са радом 10. 4. 2014. године, <http://www.rjt.gov.rs/sr/aktivnosti/slu%C5%BEba-za-informisanje-o%C5%A1te%C4%87enih-lica-i-svedoka>, 14.08.2016.

Saša Atanasov, Ph. D.
Teaching Assistant

PARTICULARLY VULNERABLE WITNESSES IN CRIMINAL PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

This paper is concerned with the category of vulnerable witnesses and their protection in the criminal procedure of the Republic of Serbia. In specific chapters, the definition of vulnerable witnesses, special rules for questioning vulnerable witnesses, and measures of support and assistance to vulnerable witnesses in order to protect them from secondary victimization and improve the overall position of the witness in criminal proceedings is analyzed. Also, the rules for interrogation of minors who are victims of the offense, as well as witnesses in criminal proceedings is considered.

Keywords: particularly vulnerable witnesses, interrogation rules, protective measures, support and assistance.

САДРЖАЈ КАЗНЕ РАДА У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ – НОРМАТИВНА АНАЛИЗА

Апстракт: *Рад у јавном интересу представља нову алтернативу казну затвора која је у систем кривичних санкција уведена новим Кривичним закоником из 2005. године, након више од три декаде од њеног првог прописивања и примене у упоредном праву. Парадигматичност њеног концепта - минимални пунитивизам, рад као облик симболичне надокнаде штете причињене извршењем кривичног дела и пристанак учиниоца на садржај казне као услов њеног изрицања, у великој мери је изменило основу традиционалног (ретрибутивног) система кажњавања. Међутим, прва декада примене у пракси није оправдала основна очекивања законодавца приликом њеног прописивања јер се учешће казне рада у јавном интересу у структури изречених кривичних санкција може окарактерисати само као „симболично“. Поменути период обележава више измена и допуна материјалних и извршних кривичних одредаба којима се мењао положај, начин одређивања садржаја и извршења казне рада у јавном интересу. Ово истраживање смо посветили утврђивању садржаја казне, првенствено нормативној анализи садржаја казне рада у јавном интересу у кривичном законодавству Републике Србије.*

Кључне речи: *нове алтернативе казни затвора, рад у јавном интересу, садржај казне рада у јавном интересу*

1. УВОД

Савремене кривичноправне системе у последњих неколико деkada карактерише проширивање регистра кривичних санкција. Као реакција на учесталу примену казне затвора (пре свега краткотрајних казни), негативне последице њеног извршења и општу неефикасност, али и недовољну делотворност традиционалних супститута ове казне, у упоредном праву се прописују и примењују нове алтернативе казни затвора. Основни разлог њиховог увођења није да у потпуности замене казну затвора, већ да представе хуманији одговор друштва на блаже форме криминалног понашања,¹ као и да допринесу ефикасности

¹ “Казна лишења слободе, и поред настојања да се њена примена данас што више ограничи кроз увођење њених алтернатива, и даље представља најважнију казну у савременим казним системима. Дакле, иако је општеусвојен став савремене

целокупног система кривичног правосуђа. Оне представљају специфичан одговор на „кризу концепта казне лишења слободе“ и покушај да ублаже последице пренасељености и преоптерећености већине пенитенцијарних система у савременом свету.

На почетку морамо указати да међу новим алтернативама казни затвора треба разликовати нове алтернативне кривичне санкције које чине део система кривичних санкција и друге алтернативне мере и поступке којима се покушава алтернирати могућност изрицања или извршења казне затвора.²

Настанак нових алтернативних кривичних санкција се, за разлику од традиционалног ретрибутивног концепта казни и кажњавању, развија у оквиру другачијег теоријског основа - дискурса ресторативне правде. Програми ресторативне правде представљају “конструктиван одговор на криминалитет, који тежи да врати у целину оно што је кривичним делом

криминалне политике да учиниоца не треба слати у затвор ако се може очекивати да се може на слободи применом одређених кривичних санкција на њене утицати да више не врши кривична дела, казна лишења слободе је и даље стуб система кривичних санкција.“ Зоран Стојановић, Кривично право - Општи део, Правна књига, Београд, 2010, 254.

² Bishop, један од најзначајнијих европских аутора у овој области, указује да израз алтернативе казни затвора (*alternatives to imprisonment*), покрива широк распон најразличитијих мера. Како наводи, “у литератури, и посебно документима Уједињених нација, термин се користи за (а) мере које се примењују пре суђења којима се покушава спречити извођење учиниоца пред суд, (б) посебне санкције и мере ванзаводског карактера изречене од стране судова, и (в) начине којима се за време трајања затварања настоје отклонити негативне последице лишавања слободе.“ Према овом аутору, само друга врста, санкције и мере ванзаводског карактера које изриче суд, представљају праве алтернативе казни затвора. Вид. Norman Bishop, *Non-Custodial Alternatives in Europe*, HEUNI, Publication Series No.14, Helsinki, 1998, 42. У домаћој правној литератури не постоји јединствена дефиниција алтернатива казни затвора. Тако, Мрвић-Петровић, указује на оба схватања, према ужем, “алтернативе затвору или алтернативне санкције могу одредити као нове кривичне санкције, лишене пеналних својстава, којима је могуће заменити краткотрајну казну затвора” или, према ширем, “алтернативне санкције треба да значе неке нове мере које се могу применити према учиниоцима кривичних дела и начина на које се према њима може поступати који су по њих повољнији, а различити у односу на традиционално развијене примењене кривичне санкције у кривичном поступку”. Вид. Наташа Мрвић-Петровић, *Алтернативне кривичне санкција и поступци*, Медија центар Одбрана, Београд, 2010, 15; Игњатовић, с друге стране, под алтернативама подразумева “мере којима се отклања могућност изрицања казне затвора преступнику како би се избегли њени негативни ефекти, под условом да суд процени да таква мера одговара природи и тежини дела, личности учиниоца и степену опасности коју је при његовом вршењу испољио.“ Вид. Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Досије, Београд, 2011, 183.

уништено покушавајући да оствари баланс између интереса и потреба свих заинтересованих страна, тј. жртве, учиниоца и заједнице у којој конфликт егзистира.”³ Ресторативна правда, применом својих принципа, обезбеђује „реституцију жртава и друштвене заједнице, промовише реинтеграцију делинквента и поправљање односа између жртве, делинквента и друштвене заједнице“.⁴

Најзаступљенија међу новим алтернативним кривичним санкцијама у упоредном кривичном праву, истовремено и парадигматични симбол ресторативног приступа приликом „кажњавања“ учинилаца лакших кривичних дела, неспорно је рад у јавном интересу.⁵ Ова кривична санкција представља, метафорично изражено, „пружену руку“ од стране друштва јер се за учињено дело не кажњава запрећеним лишавањем слободе, већ омогућава учиниоцу да обављањем одређеног рада за опште добро друштва надокнади штету проистеклу извршењем кривичног дела. Кажњавање без ретрибуције (или уз минимални пунитивизам), рад у општем интересу као облик симболичне накнаде штете проистекле извршење кривичног дела и пристанак на садржај казне представљају елементе који потврђују парадигматичност концепта рада у јавном интересу као нове алтернативне кривичне санкције. Несумњиво је да су њен концепт и садржај, али и ефекти примене у савременим кривичноправним системима у упоредном праву, утицали су на став

³ „Управо стога, једна од кључних вредности ресторативне правде лежи у томе што њен циљ нису кажњавање и одмазда, односно она не иде ка томе да погоршава и продубљује конфликте и структуралну неправду, већ тежи поправљању односа нарушеним кривичним делом и успостављању хармоније.“ Весна Николић-Ристановић, Сања Ћопић, „Ресторативна правда и права жртава“ Темида, година 10, број 1, Београд, 2007, 3. „Злочин дели чланове на заједнице на „ми-они“ начин размишљања. Ресторативне расправе налазе начина да превазиђу ту разлику тако да „ми-они“ буду поново повезани унутар једне друштвене заједнице постављене на здравим основама.“ Миомира Костић, „Ресторативна правда у домаћем законодавству“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 46, Ниш, 2006, 65-66.

⁴ Миомира Костић, „Успостављање стандарда за ресторативну правду“, Темида, година 10, број 1, Београд, 2007, 6.

⁵ Она се поред назива рад у јавном интересу појављује и под терминима рад у општем интересу, рад за опште добро на слободи или друштвено користан рад, док је у упоредом праву позната као *community service* на енглеском језику, *gemeinnutziger arbeit* на немачком, односно *travail d'interet general* на француском језику, што упућује на распрострањеност њене примене.

нашег законодавца да рад у јавном интересу инкорпорира у систем кривичних санкција приликом новелирања кривичног законодавства.⁶

2. РАД У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Осмишљена као кривична санкција која се спроводи у заједници, рад у јавном интересу се појављује 1972. године у Енглеској и Велсу.⁷ *Community service order* представља налог којим суд одређује учиниоцу кривичног дела обављање одређеног рада у општем интересу друштва. Ова кривична санкција се могла изрицати учиниоцима старијим од седамнаест година, за кривична дела за која се могла изрицати казна затвора. Обавеза која проистиче из ове кривичне санкције представља обављање између четрдесет и двеста четрдесет сати друштвено корисног и неплаћеног рада, који се морао извршити у периоду од највише једне године.⁸

Убрзо се рад у јавном интересу прописује и у законодавствима Португала 1982. године, Француске 1983. године, Норвешке 1984. године, Финске 1991. године и другим европским кривичноправним системима, као посебна кривична санкција, део садржаја друге кривичне санкције или

⁶ „Њено увођење је било актуелно и предлагало се још у току припрема реформе кривичног законодавства у СФРЈ, тј. када је започета израда нацрта Општег дела кривичног законика“. З. Стојановић, 2010, 265, фн 22.

⁷ Criminal Justice Act, 1972. Доступан на: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/71/pdfs/ukpga_19720_071_en.pdf, приступ: 15. септембар 2016. године.

⁸ Извештај британског Подкомитета Савета за казнене систем (*Advisory Council of the Penal System*), познатији као *Wootton Report* из 1970. године о казнама ванзаводског карактера и полузатварањима „Non-custodial and semi-custodial penalties“, у форми препоруке предлаже усвајање и примену рада у јавном интересу (*community service*), као самосталне кривичне санкције. „Експериментална“ примена започета је у првим месецима 1973. године у шест пробационих подручја. Након званичних извештаја у којима је потврђена делотворност примене, шест година након увођења у систем, примењивала се на територији читавог Уједињеног Краљевства. Тако, на пример, 1982. године у Енглеској и Велсу, изречена је према 30.830 учинилаца кривичних дела што чини укупно 8% популације осуђене за тежа кривична дела. Ken Pease, „Community service order“, *Crime and Justice*, Vol. 6, Chicago, 1985, 54-55. Од 2003. године рад у јавном интересу прописује у оквиру кривичне санкције под називом „санкције у заједници“ (*community sentence*) Значај ове кривичне санкције, која обухвата дванаест могућних налога или забрана, огледа се у ставу законодавца да се оне, уз новчану казну, примењују у свим случајевима осим када суд сматра да је због тежине кривичног дела оправдано изрицање казне затвора. Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Fourth edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 313.

део истраживачких експеримената или евалуација. Тако се, на пример, у Холандији примењивао од 1981. године, док је као самостална кривична санкција прописан 1987. године.⁹ Навешћемо још неколико примера из упоредног кривичног законодавства.

У Француској се рад у јавном интересу примењује од 1983. године. Према Кривичном закону из 1992. године, прописан је као самостална кривична санкција која се може изрицати за лакша кривична дела (*delits*) за која је прописана казна затвора. Наиме, суд може наложити учиниоцу да обави рад у јавном интересу у трајању између четрдесет до и двеста десет сати неплаћеног рада, осим учиниоцима који унапред одбију да обаве рад или уколико нису присуствовали суђењу, па је неопходно да пре изрицања кривичне санкције суд обавести учиниоца о праву да одбије обављање рада у јавном интересу. Предвиђено је и да се рад мора обавити у периоду не дужем од осамнаест месеци, осим у случајевима прекида и обуставе извршења уколико се појаве посебне здравствене, породичне, професионалне или социјалне околности које то оправдавају. Приликом обављања рада посебна пажња се посвећује потребама осуђених особа женског пола, као и малолетника. Извршава се у периоду након што осуђено лице, уколико је запослено, обави послове из свог редовног радног односа.¹⁰ Кривични законик Француске предвиђа и други облик рада у јавном интересу, односно одредбе о начину извршења рада у јавном интересу као кривичне санкције аналогно се примењују и приликом обављања рада у јавном интересу као обавезе утврђене приликом изрицања условне осуде.¹¹

Скандинавске државе имају већ изграђену традицију примене нових алтернативних кривичних санкција. Тако је, на пример, у данском кривичном законодавству предвиђено да суд може, када сматра да не треба применити казну према учиниоцу кривичног дела, између осталог, одредити да обави рад у јавном интересу. Кривичним законом је предвиђено да суд учиниоцу кривичног дела може наложити да обави

⁹ Члан 22. Холандског Кривичног законика (*Wetboek van Strafrecht*). Тако се наводи податак да је број изречених налога за обављање рада у јавном интересу рапидно порастао са 2.000 у 1983. години до 41.000 у 2006. години. Вид. Peter J. P. Tak, *The Dutch Criminal Justice System*, Nijmegen, 2008, 113-114.

¹⁰ Кривични законик Француске (*Code Pénale*), чл. 131-8, 131-22 и 131-23.

¹¹ *Ibid*, 132-54. Овај модалитет рада у јавном интересу карактеристичан је и за кривично законодавство Немачке. Наиме, суд може, приликом изрицања условне осуде, утврдити услов да осуђено лице надокнади штету проистеклу извршењем кривичног дела, односно да одреди надокнаду штете у складу са могућностима осуђеног лица, обављањем рада у јавном интересу или уплатом одређеног новчаног износа у корист добротворне организације или буџета. Вид. Кривични законик Немачке (*Strafgesetzbuch*) члан 56б. став 2.

између тридесет и двеста четрдесет сати рада у јавном интересу који се мора обавити у периоду од најдуже две године.¹² Норвешки Кривични законик предвиђа рад у јавном интересу као кривичну санкцију која се изриче уместо казне затвора у трајању до једне године. Услови за њену примену су сагласност учиниоца кривичног дела, да се ради о лицу које има боравиште на територији ове државе, као и да се њеним изрицањем може остварити сврха кажњавања. Рад у јавном интересу се изриче у трајању од тридесет и четиристо двадесет сати, а период у коме се мора обавити зависи од начина одмеравања казне затвора.¹³

Португалски Кривични законик предвиђа да суд може учиниоцу кривичног дела коме не би одмерио казну затвора у трајању дужем од једне године и уколико то оправдава сврха кажњавања одредити да се обави рад у јавном интересу. Трајање рада се одмерава између тридесетшест и тристаосамдесет часова рада, а обавља се у току радне недеље или викендима, без нарушавања уобичајених радних активности запосленог учиниоца кривичног дела. Ова кривична санкција се, такође, може изрећи искључиво уз претходну сагласност осуђеног лица.¹⁴

Данас је рад у јавном интересу, у различитим модалитетима примене, трајању и садржају рада, предвиђен у највећем броју законодавстава држава Старог континента.¹⁵

Такође, рад у јавном интересу прописан је у свим националним законодавствима држава насталих након распада бивше СФРЈ, као самостална кривична санкција или замена за краткотрајне казне лишења слободе.

У Хрватској се рад у јавном интересу изриче као замена за изречену казну затвора до шест месеци, односно годину дана, или новчану казну до триста шездесет дневних износа. Казна је први пут уведена реформом кривичног законодавства из 1997. године под називом рад за опће добро на слободи. Услов за њено изрицање био је да суд, у складу са чланом 54. Казненог закона, у конкретном случају одмери и изрекне казну затвора у трајању до шест месеци, те уз пристанак учиниоца донесе одлуку о замени казне затвора радом у јавном интересу. Да би заменио изречену казну затвора суд је морао претходно да утврди, с

¹² Дански Кривични законик (Criminal Code, 2005), чл. 62. и 63.

¹³ Норвешки Кривични законик (Straffeloven, 1902, последње измене 2005), чл. 28а.

¹⁴ Португалски Кривични законик из 1982 године (Portuguese Penal Code), чл. 58.

¹⁵ Табеларни приказ података о примени рада у јавном интересу (*community service*), између осталих алтернативних кривичних санкција и мера, у државама чланицама Савета Европе у 2013. години, Вид. Marcelo F. Aebi, Julien Chopin, Council of Europe Annual Penal Statistic, Space II, Persons Serving Non-custodial Sanctions and Measures, Survey 2013, Strasbourg, 2014, 17-18.

обзиром на све околности које се односе на избор врсте и мере казне, да за остваривање сврхе кажвања није потребно извршење казне затвора, али и да за остварење опште сврхе кривичних санкција није довољно применити мере упозорења.¹⁶

У Словенији је рад у корист локалне заједнице уведен 1995. године, као замена за казну затвора у трајању до три месеца. Šelih наводи да је, у односу на пунолетне учиниоце кривичних дела, чланом 107. став 4. КЗ предвиђено да се изречена казна затвора до три месеца може извршити и тако што би осуђени уместо казне затвора, обавио рад у корист хуманитарних организација или локалне заједнице, у периоду од највише шест месеци и у обиму од најмање осамдесет и највише двеста четрдесет сати. О таквом начину извршења казне затвора одлучује суд који је изрекао казну у првом степену, узимајући у обзир објективне и субјективне околности које се односе на учиниоца, као и да учинилац пристаје на овакав начин извршења казне. Међутим, примена ове могућности замене казне затвора је минимална, примењена је само два пута до 2001. године, а касније само по неколико пута годишње.¹⁷

Кривични законик Црне Горе, у члану 33. предвиђа казну рад у јавном интересу која се, поред казне затвора, може изрећи као искључиво као главна казна. Она се, према члану 41. КЗ, може изрећи за кривична

¹⁶ Marissabell Škorić, Zdenka Kokić Puce, Nova uloga rada za opće dobro na slobodi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 16, broj 2, 2009, 690-691. Важећи Казнени закон Републике Хрватске предвиђа да се рад у јавном интересу (рад за опће добро) изриче као замена за казну затвора или новчану казну. Према члану 55. овог закона суд може новчану казну до триста шездесет дневних износа или казну затвора до годину дана заменити радом у јавном интересу. Кад изрекне казну затвора до шест месеци, суд ће је заменити радом у јавном интересу, осим ако се тиме не може остварити сврха кажњавања. Када суд замењује новчану казну радом у јавном интересу један дневни износ замениће са два сата рада, као и један дан казне затвора. Рад се мора обавити у периоду не краћем од месец дана и не дужем од две године, а садржај и трајање рада одређује служба за пробацију (тијело за пробацију). Уз рад у јавном интересу осуђеном лицу могу се одредити и одређене обавезе које чине садржај посебних обавеза код изрицања условне осуде. Вид. Ћл. 44. ст. 6. Kaznenog zakona Republike Hrvatske, Narodne novine br. 125/2011, 144/2012, 56/2015 i 65/2015.

¹⁷ Alenka Šelih, Alternativne sankcije i mere u krivičnompravnom sistemu Slovenije, Temida, Broj 1, 2006, 38, 40. У новом кривичном закону из 2008. године рад у јавном интересу је прописан као замена за казну затвора у трајању до две године и може се одредити у трајању од осамдесет до четресто осамдесет сати, с тим што мора бити обављен у року од две године и не може бити изречен учиниоцима кривичних дела против полне слободе. Измене овог закона из 2012. године предвиђају да се трајање рада утврђује тако што се за сваки дан изречене казне затвора одређује обављање два сата рада у јавном интересу. Ћл. 86. stav 7-11. Kazenski zakonik, Uradni List RS broj 50/2012.

дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година. Изриче се само уз пристанак учиниоца и може трајати између шездесет и триста шездесет часова, с тим што не може трајати дуже од шездесет часова месечно.¹⁸

У Босни и Херцеговини казна рада у јавном интересу предвиђена је на свим нивоима, односно кривичним законима БиХ, Федерације БиХ, Републике Српске и дистрикта Брчко. Кривични закон Босне и Херцеговине,¹⁹ у члану 43. предвиђа рад за опште добро на слободи, као казну којом се може заменити изречена казна затвора до шест месеци. Одлука суда о замени казне мора се заснивати на оцени да, узимајући у обзир све околности које одређују врсту кривичног дела и распон казне, извршење казне затвора не би било неопходно за остварење сврхе кажњавања, а истовремено условна казна не би била довољна за постизање опште сврхе кривичноправних санкција. Трајање рада у јавном интересу се одређује у сразмери са изреченом казном затвора, од десет до шездесет часова и мора се извршити у периоду од једног месеца до једне године. На овај начин се може заменити и новчана казна која се изриче уместо казне затвора.

Чланом 34. Кривичног закона Републике Српске²⁰ предвиђена је казна рада у јавном интересу (рад за опште добро на слободи) као замена за изречену казну затвора у трајању до једне године. Суд може одредити да се изречена казна затвора замени радом за опште добро на слободи, уколико оптужени на то пристане. Одлуку о замени казне доноси првостепени суд, али је може донети и другостепени приликом одлучивања по жалби против првостепене пресуде. При оцени да ли изречену казну треба заменити радом за опште добро на слободи, суд мора узети у обзир све околности од којих зависи врста и висина казне, али и чињеницу да извршење казне затвора не би било неопходно за остварење сврхе кажњавања, док истовремено условна осуда не би била довољна за постизање опште сврхе кривичне санкције према учиниоцу. Трајање рада у јавном интересу се одређује у сразмери са изреченом казном затвора и не може се обавити у периоду краћем од месец дана нити дужем од шест месеци. Ова казна може се изрећи и приликом замене новчане казне казном затвора.

¹⁸ Krivični zakonik, Službeni list RCG, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006 i Službeni list CG, br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 40/2013 i 56/2013.

¹⁹ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, broj 37/2003.

²⁰ Кривични закон, Службени гласник Републике Српске, бр. 49/2003, 108/2004, 37/2006, 7020/06, 73/2010, 1/12, 67/2013.

3. РАД У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Кривични законик Републике Србије (КЗ)²¹ систематизује рад у јавном интересу у оквиру казни.²² Изрицање ове кривичне санкције омогућено је одредбом члана 52. којом је предвиђено да се рад у јавном интересу може изрећи за кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна. Дакле, казна рада у јавном интересу није прописана ни за једно кривично дело, већ се законодавац одлучио за традиционални приступ процесу инкриминисања којим за сва кривична дела прописује казну затвора или (и) новчану казну. Приликом изрицања ове казне суд, имајући у виду општу сврху кажњавања, мора узети у обзир врсту учињеног кривичног дела, личност учиниоца и његову спремност и пристанак да обавља рад у јавном интересу.

Рад у јавном интересу може се, према важећим одредбама КЗ, изрећи и као главна и као споредна казна, као и новчана казна и казна одузимања возачке дозволе, док се казна затвора може изрицати само као главна казна. Међутим, то није било криминално-политичко опредељење законодавца у основном законском тексту усвојеном 2005. године. Наиме, одредба члана 44. КЗ предвиђала је да се казна затвора и казна рада у јавном интересу могу изрицати само као главне казне, чиме се, како се истиче у литератури, „желео ојачати положај казне рада у јавном интересу у систему кривичних санкција“.²³ Међутим, изменама и допунама КЗ из 2009. године, казна затвора се једина може изрицати као главна казна, што значи да се казна рада у јавном интересу, поред осталих казни, може изрећи и као главна и као споредна казна.²⁴ Имајући у виду

²¹ Службени гласник Републике Србије бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

²² Иако је у литератури готово неспорно да је реч о кривичној санкцији *sui generis* јер рад у јавном интересу нема сва класична обележја казни, законодавац се, ипак, одлучио да је систематизује у оквиру казни.

²³ Зоран Стојановић, Коментар Кривичног законика, Службени гласник, Београд, 2012, 233.

²⁴ Имајући у виду промену опредељења, Стојановић указује да није потпуно јасно који је мотив имао законодавац када је предвидео да рад у јавном интересу може бити и споредна казна. Овај аутор наводи да имајући у виду природу ове казне, као и разлог њеног увођења, мало је вероватно да се хтело омогућити њено изрицање као споредне уз казну затвора. Ако се хтело омогућити изрицање казне рада у јавном интересу уз новчану казну то је донекле има смисла јер, иако је те две казне било и раније могуће изрећи заједно, новчана казна је могла бити изречена само као споредна казна уз казну рада у јавном интересу, па се вероватно хтело омогућити то да се новчана казна изрекне као главна, а рад у јавном интересу као посредна казна.

честе и неконзистентне измене и допуне домаћег кривичног законодавства, законодавац је поново, у предложеним изменама и допунама КЗ из 2015. године, понудио решење које је, када је у питању казна рада у јавном интересу, идентично као и у основном тексту закона из 2005. године.²⁵

Према одредби члана 52. став 3. КЗ рад у јавном интересу не може бити краћи од шездесет часова нити дужи од триста шездесет часова. Казна рада у јавном интересу траје шездесет часова у току једног месеца и одређује се да буде обављен за време које не може бити краће од месец дана, нити дуже од шест месеци.

Приликом изрицања казне рада у јавном интересу, уместо казне затвора у трајању до три године или новчане казне, суд одмерава број часова рада у границама прописаног распона. Висина прописане казне затвора за одређено кривично дело, на пример до једне или три године затвора, нема посебног значаја приликом одмеравања ове казне јер закон не прописује посебна правила за њено одмеравање. Суд је изриче на основу утврђених околности конкретног случаја и процене о броју часова рада у јавном интересу чијим обављањем се може остварити сврха кажњавања.

Временски период у коме се рад мора обавити не може бити краћи од месец дана, нити дужи од шест месеци. То је, уједно, период у коме се казна мора извршити. Рад може трајати до шездесет часова у току једног месеца, чиме се као најстрожије одмерена казна од триста шездесет часова рада у јавном интересу може спровести у периоду максималног одређеног трајања казне. При томе, суд није у обавези да одреди максималан број од шездесет часова рада који се мора обавити у току једног месеца, већ може, према сопственој процени, другачије утврдити број часова рада који се у току једног месеца мора обавити.²⁶

Међутим, из више разлога није реално очекивати да ће се у судској пракси користити ова могућност, а питање је и колико је она криминално-политички оправдана. Ibid. Ипак, не смемо изгубити из вида да је истовремено изрицање казне затвора и казне рада у јавном интересу, као њене основне алтернативе, према важећим одредбама и данас могуће. Ристивојевић, у том контексту, истиче да је таква могућност потпуно бесмислена и поставља питање како би неко могао обављати рад у јавном интересу док се налази у затвору? Вид. Бранислав Ристивојевић, Актуелна питања садашњег стања материјалног кривичног законодавства Србије, Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти), Intermex, Златибор, 2012, 45.

²⁵ Нацрт Закона о изменама и допунама Кривичног законика доступан на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, приступ 15. септембар 2016. године.

²⁶ Тако, на пример, у пресуди Првог Основног суда у Београду К. бр. 10992/10 од 31. марта 2010. године суд изриче казну рада у јавном интересу, за кривично дело крађе из члана 203. КЗ, у трајању од стопедесет часова који се мора обавити у периоду од

Одредбом члана 52. став 5. КЗ предвиђено је да ако осуђени не обави део или све часове изречене казне рада у јавном интересу, суд ће ову казну заменити казном затвора тако што ће за сваких започетих осам часова рада у јавном интересу одредити један дан затвора.

Дакле, у случају потпуног или делимичног неизвршења часова казне рада у јавном интересу изречена казна биће замењена казном коју алтернира, чиме се, непосредно потврђује њен алтернативни карактер и функција у систему кривичних санкција. Закон предвиђа исте последице неизвршења било дела или целине изречене казне. Неизвршена казна или њен део биће замењен казном затвора на начин да ће суд на сваких започетих осам часова изречене казне рада у јавном интересу одредити један дан затвора.

Изречена казна рада у јавном интересу може бити умањена. Скраћивање утврђених часова рада у јавном интересу и периода обављања казне, као специфичан облик ублажавања казне, предвиђа се у поступку извршења, односно у току обављања рада у јавном интересу. Наиме, одредба члана 52. став 6. КЗ предвиђа да уколико учинилац испуњава све своје обавезе везане за рад, суд може дужину изреченог рада у јавном интересу умањити за једну четвртину.

Ради се о атипичном законском решењу по којем се изречена казна може умањити или скратити у поступку извршења, што, према Стојановићу, подсећа на институт условног отпуста код казне затвора²⁷ (с тим што овде нема могућности опозивања), односно, практично представља начин преиспитивања одлуке о казни од стране суда или опросту дела изречене казне.

Претпостављамо да је основна намера законодавца приликом предвиђања ове могућности била усмерена ка осуђеном лицу како би га „мотивисала“ да одговорно испуњава обавезе које чине садржај ове казне и у складу са утврђеном врстом посла и програмом поступања.

Основни услови за изрицање казне рада у јавном интересу јесу врста и висина предвиђене казне за одређено кривично дело. Осим тога, законом је предвиђено да ће приликом изрицања ове казне суд имајући у виду сврху кажњавања, узети у обзир врсту кривичног дела, личност учиниоца и његову спремност и пристанак да обавља рад у јавном интересу.

Врста кривичног дела као околност коју суд мора узети у обзир приликом изрицања казне рада у јавном интересу детерминисана је

четири месеца. Супротно томе, у пресуди Окружног суда у Београду К. 2402/2005 од 17. јануара 2006. године, суд учиниоцу изриче казну рада у јавном интересу у трајању од стодвадесет часова који ће бити обављен у периоду од два месеца.

²⁷ З. Стојановић, 2012, 235.

врстом и распоном казне прописане за конкретно кривично дело. Казнена политика законодавца изражена кроз прописане посебне минимуме и максимуме казни код појединачних инкриминација упућује на закључак да се казна рада у јавном интересу може изрицати искључиво за лакша кривична дела. Испуњавање формалног услова везаног за врсту и висину прописане казне указује, истовремено, да законодавац није прописао никаква ограничења у погледу примене, односно да не постоји забрана изрицања ове санкције ни за једно кривично дело, уколико је за дело прописана казна затвора до три године или новчана казна.

Личност учиниоца представља посебну околност приликом одлучивања о изрицању казне рада у јавном интересу. Суд мора да процени околности које се односе на личност учиниоца и на основу њих одлучи о оправданости изрицања ове санкције. Имајући у виду да се она изриче за лакша кривична дела и према учиниоцима који показују спремност да обављају рад у јавном интересу, суд приликом изрицања ове казне мора бити уверен да се ради о учиниоцу чије карактеристике личности оправдавају њено изрицање, односно да се ради о учиниоцу код којег се може очекивати да ће се применом казне чији садржај представља обављање друштвено корисног рада остварити сврха кажњавања и општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција. Логична је претпоставка да ће суд приликом разматрања околности које се односе на личност учиниоца кривичног дела ову казну изрицати према примарним деликвентима, односно лицима без изражених криминогених предиспозиција, нехатним учиниоцима, учиниоцима кривичних дела без елемената насиља, учиниоцима чије понашање након извршеног кривичног дела и однос према жртви указују на постојање намере или покушаја да се отклоне или минимализују последице извршеног кривичног дела, односно према учиниоцима код којих постоји низ околности извршења дела, али и понашања након извршеног дела, које се према општим правилима за одмеравање казне могу сматрати олакшавајућим.²⁸ Сматрамо да најважнију околност везану за личност

²⁸ Јовашевић истиче да се ова казна примењује према „лицу које има одређене психолошке карактеристике (да се ради о неделиквеној, некриминогеној, ненасилној личности)“, указујући да је „тежина кривичног дела детерминирајући фактор за изрицање казне рада у јавном интересу, али његова садржина и дужина трајања у првом реду зависе од личности учиниоца дела. То, заправо, представља гаранцију да се сврха кажњавања може постићи управо применом ове мере тј. боравком осуђеног на слободи и испуњавањем радних обавеза у слободно време.“ Драган Јовашевић, „Рад у јавном интересу – теорија, пракса, законодавство“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 64, 2013, 29. Међутим, не треба изоставити и друге околности које се односе на личност учиниоца кривичног дела а које могу оправдати изрицање ове казне. На пример, лоше имовно стање учиниоца због којег учинилац не

учиниоца треба да представља способност окривљеног да препозна другачији концепт друштвене реакције на извршено кривично дело и да исти прихвати и искористи у циљу сопствене рехабилитације и успешне реинтеграције у друштвену заједницу.

Како Кривични законик не предвиђа посебну сврху казне рада у јавном интересу у систему кривичних санкција, суд приликом њеног изрицања мора да има у виду сврху кажњавања и општу сврху прописивања и изрицања кривичних санкција. Сврху кажњавања у нашем кривичном законодавству представљају специјална и генерална превенција, као и позитивна генерална превенција, односно како је чланом 42. КЗ предвиђено, сврха кажњавања је спречавање учиниоца да врши кривична дела и утицање на њега да убудуће не врши кривична дела, утицање на друге да не врше кривична дела и изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона.²⁹

Поставља се питање да ли се применом ове казне могу остварити циљеви генералне превенције и позитивне генералне превенције. У основи би одговор када је реч о генералној превенцији био негативан. Казни рада у јавном интересу недостаје ретрибутивна компонента, па није за очекивати да непутивни карактер ове казне може остварити психолошки утицај на потенцијалне учиниоце кривичних дела. Утицај је једино могућ у односу на одређене категорије учинилаца лакших кривичних дела који у садржају казне рада у јавном интересу препознају симболичне одвраћајуће елементе.

С друге стране, када је у питању изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона мишљења смо да, у оквиру успостављања новог алтернативног приступа према овој категорији учинилаца, позитивна генерална превенција може бити остварена кроз примену не само казне рада у јавном интересу, већ и других нових алтернативних кривичних санкција.

Када је у питању општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција, предвиђена у члану 4. став 2. КЗ, законодавац је одређује као

може платити новчану казну, или, у другачијем контексту посматрано, социјални положај и материјално богатство учиниоца као фактори који обесмишљавају изрицање и сврху новчане казне могу истовремено да оправдавају изрицање казне рада у јавном интересу.

²⁹ С тим у вези, указујући на њену посебну правну природу, Мрвић-Петровић је изнела аргумент да рад у јавном интересу не представља казну јер се применом ове санкције не може остварити сврха кажњавања предвиђена у члану 42. КЗ, осим у делу у којем се односи на утицање на учиниоца да убудуће не врши кривична дела. Н. Мрвић-Петровић, 2010, 229.

сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. С тим у вези, казна рада у јавном интересу представља кривичну санкцију која се изриче у циљу сузбијања лакших облика повређивања и угрожавања вредности заштићених кривичним законодавством. Имајући у виду њен специфичан карактер и природу, сматрамо да се функција и сврха казне рада у јавном интересу може адекватније сагледавати у оквиру остваривања опште сврхе прописивања и изрицања кривичних санкција, него у смислу остваривања сврхе примене казни и кажњавања.

Као посебну околност коју суд мора узети у обзир приликом изрицања ове казне закон прописује спремност учиниоца да обавља рад у јавном интересу. Имајући у виду да се ради о јединој кривичној санкцији са чијим се садржајем учинилац мора експлицитно претходно сагласити и изразити спремност да је изврши, овом питању ћемо посветити посебну пажњу.

3.1. Пристанак учиниоца кривичног дела на садржај казне рада у јавном интересу

Рад у јавном интересу представља једину казну на чији садржај учинилац мора да пристане пре њеног изрицања од стране суда. Ова околност представља значајну новину у приступу кажњавања учинилаца кривичних дела и њоме се установљава нов концепт „кажњавања“. Посматрано у ширем контексту, код других кривичних санкција пристанак учиниоца на њихов садржај представља околност од које зависи поступак њиховог извршења, али не, као код рада у јавном интересу, основни услов њиховог изрицања.³⁰

Посматрано кроз историју, праксу кажњавања учинилаца кривичних дела карактерише амбивалентан однос према ставу осуђеног о казни која му се изриче. Логично је закључити да је са становишта оног који кажњава казна је праведна, сразмерна и нужна, док је са становишта кажњеног она израз одмазде, зла, неправде и патње, имајући у виду да свака казна представља одређени облик репресије и одмазде према учиниоцу и да је, у основи, ретрибутивног карактера.

Изрицање казне рада у јавном интересу у кривичном законодавству Републике Србије детерминисано спремношћу и

³⁰ Тако, на пример, од понашања учиниоца зависи да ли ће изречена условна осуда бити опозвана и да ли ће се утврђена казна затвора извршити, или, да ли ће у случају неплаћања новчане казне суд заменити ову казну другом казном, или, да ли ће се осуђени на кућни затвор придржавати услова извршења или ће изречену казну морати да издржи у пенитенцијарној установи.

пристанком учиниоца да обавља друштвено користан рад. Као основно, поставља се питање због чега пристанак учиниоца представља предуслов за изрицање ове казне. Одговор се налази у релевантним међународним и националним одредбама којима се забрањује сваки облик принудног рада, укључујући забрану принудног рада као кривичне санкције или казне.³¹

Уколико учинилац изрази спремност да обавља рад у јавном интересу и пристаје на обављање друштвено корисног рада, тада садржај казне чини добровољно обављање бесплатног рада у циљу симболичне надокнаде штете причињене извршењем кривичног дела. Односно, испуњава се основни услов да суд може да изрекне ову казну. Уколико, пак, не постоји пристанак учиниоца, суд не може изрећи казну рада у јавном интересу.

Мора се нагласити да пристанак учиниоца не прејудуцира одлуку суда о врсти кривичне санкције коју ће изрећи у конкретном случају. Наиме, ако у току кривичног поступка суд разматра могућност изрицања казне рада у јавном интересу, између других казни или кривичних санкција, неопходно је да се учинилац изјасни о томе да ли изражава спремност да обавља рад у јавном интересу, односно да ли пристаје на садржај казне рада у јавном интересу. Узимање такве изјаве од учиниоца ни у ком случају не обавезује суд да изрекне ову казну, већ представља испуњавање услова за њено потенцијално одмеравање и изрицање. То значи да се изјава учиниоца мора узети пре окончања главног претреса, односно пре фазе поступка у којој се одмерава и изриче кривична санкција.³²

³¹ Конвенција Међународне организације рада број 105 која се односи на укидање принудног рада, Закон о потврђивању Конвенције МОП која се односи на укидање принудног рада, Службени лист СРЈ – Међународни уговори бр. 13/2002. Вид. Љубинка Ковачевић, *Забрана принудног рада у међународном праву са посебним оствором на границе обавезног рада затвореника, Казнена реакција у Србији*, III део, уредник Ђорђе Игњатовић, Правни факултет, Београд, 2013, 220-245.

³² Ово питање било је спорно у пракси, па је од стране нижестепених судова затражен одговор од Кривичног одељења Врховног касационог суда на питање „у којој фази поступка треба затражити изјашњење окривљеног, а да се не прејудуцира одлука суда по питању кривице, односно не повреди принцип презумције невиности, нарочито уколико се окривљени брани негирајући извршење кривичног дела?“ У одговору се наводи да „ако се кривични поступак води због кривичног дела за које се по закону може изрећи казна рада у јавном интересу, суд ће то окривљеном предочити, као могућност, у фази давања завршних речи и затражити да се изјасни у вези са тим.“ Вид. Одговори Кривичног одељења Врховног касационог суда на спорна правна питања нижестепених судова са седнице одржане 24. новембра 2014. године, 4.

Пристанак на садржај ове казне мора бити претходни, дат пре доношења одлуке о њеном изрицању. Истовремено, то значи да пристанак не може бити накнадни јер би се, без обзира на то што се учинилац саглашава са обављањем рада након изрицања ове санкције, самим изрицањем казне суд прекршио одредбе којима се забрањује принудни рад. Изрицање ове кривичне санкције без пристанка учиниоца довело би до промене њене основне функције и циља.³³

4. САДРЖАЈ КАЗНЕ РАДА У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ

Основни садржај казне рада у јавном интересу представља обављање одређеног броја часова друштвено корисног рада, односно како назив ове кривичне санкције одређује - рада у јавном интересу, у периоду који одређује суд приликом изрицања ове казне. Одредба члана 52. став 2. КЗ предвиђа да је рад у јавном интересу сваки онај друштвено користан рад којим се не вређа људско достојанство и који се не врши у циљу стицања добити.

На основу ове одредбе могу се утврдити основне карактеристике рада који представља основни садржај ове казне. Рад мора бити сврсисходан, њиме се не сме вређати људско достојанство и не врши се у циљу стицања добити, односно обавља се без накнаде и нема за циљ остваривање профита за организацију или институцију у којој се казна спроводи. Добровољност обављања рада, кроз изричито пристанак учиниоца је, како смо указали, основни предуслов за изрицање ове кривичне санкције. Законом о извршењу ванзаводских санкција и мера из 2014. године предвиђене су још две карактеристике садржаја ове казне. Наиме, овим законом предвиђено је да се обављањем рада не сме угрожавати здравље и безбедност осуђеног лица.³⁴

Сврсисходност рада подразумева да учинилац обавља посао који мора бити таквог карактера да се њиме остварује интерес грађана, заједнице или друштва у целини. Врста и обим посла који се обавља утврђује се на основу потреба и интереса локалне или шире заједнице и у директној је вези са степеном укључености различитих установа и организација у систем извршења. Поред јавног интереса, као основног критеријума, приликом утврђивања врсте посла у обзир се узимају околности које се односе на учиниоца кривичног дела, пре свих, његове

³³ У том случају би се алтернатива казни затвора чији садржај представља добровољно обављање друштвено корисног рада трансформисала у казну обавезног и принудног рада.

³⁴ Чл. 39. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник Републике Србије бр. 55/2014.

личне особине, здравствено стање и способност да се обави одређени посао, али и друге околности од којих зависи процена органа надлежног за извршење. Садржај ове казне подразумева рад који се обавља на пословима од јавног интереса чија се врста и начин извршења одређују према критеријумима и овлашћењима заснованим на закону, чиме се системски онемогућава да рад буде несврсисходан. С тим у вези, обављање друштвено корисног рада подразумева да се њиме остварује одређена корист за заједницу или јавни интерес па такав рад, по својој природи и карактеру, не би могао да буде рад којим се вређа људско достојанство. Уколико, како смо то навели, закон успоставља систем који онемогућава обављање несврсисходног рада онда, свакако, систем онемогућава одређивање врсте рада којим се вређа људско достојанство.³⁵

Рад који се не врши у циљу стицања добити представља следећу карактеристику садржине рада у јавном интересу. Наиме, казна рада у јавном интересу подразумева обављање рада који је бесплатан, јер се, у основи, само обављањем рада без накнаде омогућава симболична накнада штете причињене извршењем кривичног дела. Међутим, неплаћени рад, као и сваки други корисни рад, могао би се вредновати и изразити у одређеном новчаном износу. С тим у вези, код ове кривичне санкције није од значаја новчана вредност обављеног рада, већ симболична корист која настаје за друштво и, последично, за учиниоца. Рад у јавном интересу није кривична санкција имовинског карактера, нити је њен садржај детерминисан финансијским ефектима који се у поступку извршења, посредно, остварују. Напротив.

Рад на пословима од јавног интереса извршава се са другачијим циљем који уједно одређује његову природу и карактер. Наиме, рад се обавља у циљу симболичне репарације штете проистекле извршењем дела, али и остваривања рехабилитативних и реинтегративних потреба учинилаца. Ова кривична санкција извршава се у установама, организацијама и институцијама које се баве хуманитарним, социјалним, комуналним и сличним делатностима, односно у организацијама у којима се остварује интерес грађана и заједнице, или, шире посматрано, општи или јавни интерес. Дакле, стицање добити или остваривање профита од обављеног рада за појединце, установе, организације или државу

³⁵ Шкулић износи становиште по којем би начелно сваки рад који је друштвено користан морао бити и достојанствен, али истовремено указује, да је то сложено питање које не зависи само од врсте конкретног рада, већ и од одређених личних особености лица које такав рад треба да обави. Вид: Милан Шкулић, „Алтернативне кривичне санкције – појам, могућности и перспективе“, Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања, Београд, 2009, 39.

нарушава основни концепт примене ове кривичне санкције, односно представља негацију њеног садржаја.

Специфичну нормативну аномалију приликом прописивања казне рада у јавном интересу представља чињеница да о садржају казне не одлучује суд, већ повереник који је надлежан за њено извршење, као државни службеник органа управе. Дакле, суд приликом изрицања ове казне одређује број часова рада у јавном интересу и период у коме их осуђено лице мора обавити, не одређујући садржај ове казне. Ближе одредбе које се односе на врсту и карактер рада не садржи КЗ, већ су оне предмет закона којима се регулише поступак извршења кривичних санкција и подзаконских аката.

У основним одредбама Закона о извршењу кривичних санкција из 2006. године, првом законском тексту који је регулисао поступак извршења казне рада у јавном интересу, било је предвиђено само да се рад у јавном интересу обавља код послодавца који се бави делатношћу у оквиру које се може остварити општа сврха кажњавања и да врсту рада одређује повереник, водећи рачуна о способностима, стеченим знањима и здравственом стању осуђеног лица.³⁶

Ова одредба није успела да конкретизује основну идеју законодавца у погледу одређивања карактера и врсте рада у јавном интересу, предвиђајући, потпуно непрецизно, да се „рад обавља код послодавца који се бави делатношћу у оквиру које се може остварити општа сврха кажњавања“. При томе, законодавац није имао у виду да делатност било ког послодавца не може бити регистрована као она којом се може остварити општа сврха кажњавања, јер то је искључива надлежност установа у којима се извршавају кривичне санкције. Иако је, логички претпостављамо, замисао законодавца била да се ова казна може извршавати у институцијама и организацијама чија је делатност од јавног интереса, тумачење ове одредбе довело је до низа проблема у пракси.

Изменама и допунама овог закона из 2009. године овај члан је измењен у потпуности. Наиме, у одредби под називом „Послодавац, врста и програм рада“ предвиђено је да се рад у јавном интересу обавља код правног лица (послодавца) који се бави пословима од јавног интереса, а наручито хуманитарним, здравственим, еколошким и комуналним делатностима, као и да надлежно министарство закључује уговор о сарадњи са изабраним правним лицем о обављању рада у јавном интересу. Директор Управе закључује уговор са послодавцем за сваког осуђеног

³⁶ И, у ст. 3. да „у извршењу казне рада у јавном интересу повереник посебно сарађује са службом за запошљавање, центром за социјални рад, органима јединице локалне самоуправе и органом унутрашњих послова.“ Чл. 181. Закона о извршењу кривичних санкција (ЗИКС) Службени гласник Републике Србије бр. 85/2005.

којим се одређују међусобни односи у вези са обављањем рада у јавном интересу, док избор послодавца, врсту посла и програм рада утврђује повереник.³⁷

Дакле, уочени недостатак основног законског решења је изменама закона у значајној мери побошљан. Одређујући да се рад у јавном интересу обавља код правног лица - послодавца, који се бави пословима од јавног интереса, а нарочито хуманитарним, здравственим, еколошким и комуналним делатностима, законодавац је садржину друштвено корисног рада усмерио према овим делатностима препознајући их као оне у којима се може остварити јавни интерес. Истовремено, обављање рада код послодавца који се баве овим делатностима подразумева да ће рад бити сврсисходан, да се њиме неће вређати људско достојанство и да се неће обављати у циљу стицања добити.

Нови Закон о извршењу ванзаконских санкција и мера из 2014. године поступак извршења казне рада у јавном интересу регулише у складу са решењима која су на снази од 2009. године, уз неколико новина. Закон предвиђа да рад у јавном интересу не сме угрожавати здравље и безбедност осуђеног и да се обавља код правног лица који се бави пословима од јавног интереса, а нарочито хуманираним, здравственим, еколошким и комуналним делатностима. Управа за извршење кривичних санкција, уместо министарства надлежног за правосуђе према ранијем решењу, закључује уговоре о сарадњи са правним лицима којим се одређују међусобни односи између овог органа, послодавца и осуђеног лица у вези са обављањем рада. Избор послодавца, врсту посла и програм рада одређује повереник, док руководилац Поверилачке службе, или лице које он овласти, доноси одлуку о упућивању осуђеног на рад код одређеног послодавца.³⁸

Као основно, закон утврђује још једно обележје рада који чине садржај ове казне. Рад који се обавља не сме угрожавати здравље и безбедност осуђеног лица. Дакле, поред осталих карактеристика рада који чини садржај ове санкције новим законом о извршењу се предвиђа да се радом не сме угрозити здравље осуђеног лица нити његова безбедност.

³⁷ Овом одредбом регулисано је и да Управа осигурава животе осуђених на ову казну, за случај несреће на раду, као и да у поступку извршења повереник сарађује са осуђеним, судом, службом за запошљавање, органом старатељства, органима јединице локалне самоуправе и полицијом. Чл. 182. ЗИКС Службени гласник Републике Србије бр. 85/2005 и 72/2009.

³⁸ У ст. 6. регулисано је и да Управа осигурава осуђене за случај повреде на раду. Чл. 39. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник Републике Србије бр. 55/2014.

Сматрамо да је прописивање нове карактеристике садржаја рада последица пропуста законодавца да у основном решењу предвиди да рад који се обавља у јавном интересу не сме да угрози здравље осуђеног лица. С друге стране, законодавац усмерава повереника да приликом избора послодавца, утврђивања врсте посла и програма рада посебно узме у обзир здравствено стање осуђеног лица.

Међутим, део одредбе који предвиђа да рад којим се не сме угрозити безбедност осуђеног лица може да изазове одређене недоумице. Наиме, оправдано се поставља питање да ли законодавац покушава да заштити осуђено лице за време обављања рада у смислу поштовања правила о безбедности на раду или, можда, покушава да укаже да приликом одређивања послодавца и врсте посла осуђени не сме бити доведен у положај у коме ће бити угрожена његова лична безбедност? Уверени смо да је интенција законодавца усмерена у правцу поштовања прописа који се односе на безбедност на раду, а не ка заштити од угрожавања личне безбедности осуђеног приликом обављања рада, посебно имајући у виду врсту кривичних дела за које се ова кривична санкција може изрицати.

Правилник о извршењу ванзаводских санкција и мера из 2015. године предвиђа да ће, након пријема судске одлуке о изреченој казни рада у јавном интересу, повереник писменим путем позвати осуђеног на разговор у циљу процене одговарајућег радног ангажовања у односу на његове личне карактеристике, социјалне и породичне прилике, здравствено стање, способности, степен образовања, стручности и запослености.³⁹

Овом одредбом подзаконског акта конкретизује се утврђивање садржине казне рада у јавном интересу и започиње поступак њеног извршења. Дакле, након што од суда добије извршну одлуку којом је изречена ова казна, са подацима о личности осуђеног прикупљеним од стране суда у току кривичног поступка, повереник позива осуђено лице на разговор и на основу процене карактеристика личности, здравственог стања, социјалних и породичних прилика, степена образовања, способности и стручности, као и радноправног статуса утврђује врсту рада, врши избор послодавца и припрема програм рада.

Врста и карактер рада, уједно и садржај казне рада у јавном интересу, зависе искључиво од процене повереника и броја закључених уговора са послодавцима. Ту долазимо до кључног проблема који се тиче одређивања садржаја и карактеристика рада. Закон, наиме, овлашћује

³⁹ Чл. 12. Правилника о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник Републике Србије бр. 30/2015.

повереника, као државног службеника у органу државне управе, да конкретизује садржај судске одлуке и да на основу сопствене процене и једног обављеног разговора са осуђеним лицем утврди садржај и програм рада.

Осуђени је дужан да обави рад у року и на начин предвиђен програмом рада. Истовремено, нема право да не пристане на садржај или програм рада, нити има право жалбе на утврђени програм рада. Непристајање се, практично, може исказати само необављањем дела или свих часова рада у јавном интересу што за последицу има замену ове казне казном затвора. Дакле, суд који изриче казну рада у јавном интересу нема утицаја на одређивање њеног садржаја, модификацију модалитета извршења или утврђивање врсте рада, осим да, у случају потпуног или делимичног неизвршења, казну рада у јавном интересу замени казном коју она примарно алтернира.

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Казна рада у јавном интересу представља нову алтернативну кривичну санкцију у кривичном законодавству Републике Србије. Од њеног увођења у регистар кривичних санкција протекла је цела декада, а ефекти њене примене су занемарљиви. У овом раду представљамо садржај ове кривичне санкције у упоредном праву и критички анализирамо материјалне и извршне кривичноправне одредбе којима је прописан начин изрицања и извршења казне рада у јавном интересу у нашем законодавству. Циљ рада је да укаже на основне нормативне недостатке којима се одређује садржај казне рада у јавном интересу. У том контексту, посебно смо желели да скренемо пажњу на широка законска овлашћења повереника у конкретизацији садржаја судске одлуке о казни и, првенствено, на недостатак одредаба које би омогућиле суду да одреди или преиспитује садржај казне коју изриче. Сматрамо да би измене одредаба о начину одређивања садржаја казне рада у јавном интересу, уз стварање адекватног организационог оквира за њено извршење у оквиру Повереничке службе (односно, оснивање Службе за пробацију), у значајно мери утицало на афирмацију ове казне и допринело ефикасности целокупног система кривичног правосуђа у Републици Србији.

ЛИТЕРАТУРА

Aebi, Marcelo F; Chopin, Julien; Council of Europe Annual Penal Statistic, Space II, Persons Serving Non-custodial Sanctions and Measures, Survey 2013, Strasbourg, 2014,

Ashworth, Andrew; Sentencing and Criminal Justice, Fourth edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2005,

Bishop, Norman; Non-Custodial Alternatives in Europe, HEUNI, Publication Series No.14, Helsinki, 1998

Игњатовић, Ђорђе; Криминологија, Досије, Београд, 2011,

Јовашевић, Драган; Рад у јавном интересу – теорија, пракса, законодавство, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 64, 2013,

Ковачевић, Љубинка; Забрана принудног рада у међународном праву са посебним оствором на границе обавезног рада затвореника, Казнена реакција у Србији, III део, уредник Ђорђе Игњатовић, Правни факултет, Београд, 2013,

Костић, Миомира; Ресторативна правда у домаћем законодавству, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 46, Ниш, 2006,

Костић, Миомира; Успостављање стандарда за ресторативну правду, Темида, година 10, број 1, Београд, 2007,

Мрвић-Петровић, Наташа; Алтернативне кривичне санкција и поступци, Медија центар Одбрана, Београд, 2010,

Николић-Ристановић, Весна; Ђопић, Сања; Ресторативна правда и права жртава, Темида, година 10, број 1, Београд, 2007,

Pease, Ken; Community service order, Crime and Justice, Vol. 6, Chicago, 1985,

Ристивојевић, Бранислав; Актуелна питања садашњег стања материјалног кривичног законодавства Србије, Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти), Intermex, Златибор, 2012,

Так, Р. J. Peter; The Dutch Criminal Justice System, Nijmegen, 2008,

Стојановић, Зоран; Кривично право - Општи део, Правна књига, Београд, 2010,

Стојановић, Зоран; Коментар Кривичног законика, Службени гласник, Београд, 2012,

Škorić, Marissabell; Kokić Puce, Zdenka; Nova uloga rada za opće dobro na slobodi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 16, broj 2, 2009,

Šelih, Alenka; Alternativne sankcije i mere u krivičnopravnom sistemu Slovenije, Temida, Broj 1, 2006.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Кривични законик Републике Србије, Службени гласник Републике Србије бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013и 108/2014.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник Републике Србије број 55/2014.

Закон о извршењу кривичних санкција, Службени гласник Републике Србије бр. 85/2005.

Правилник о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник Републике Србије бр. 30/2015.

Закон о потврђивању Конвенције МОП која се односи на укидање принудног рада, Службени лист СРЈ – Међународни уговори бр. 13/2002.

Criminal Justice Act, 1972.

Холандски Кривични законика (Wetboek van Strafrecht) Criminal Code, Act of 3 March 1881, valid on January 1st 2012,

Кривични законик Француске (Code Pénale), Penal Code, translation With the participation of John Rason SPENCER QC, Professor of Law, University of Cambridge

Кривични законик Немачке (Strafgesetzbuch) German Criminal Code, Translation of the German Criminal Code provided by Prof. Dr. Michael Bohlander, 13 November 1998, last amended 10 October 2013,

Дански Кривични законик, The Criminal Code Order No. 909 of September 27, 2005, as amended by Act Nos. 1389 and 1400 of December 21, 2005

Норвешки Кривични законик (Straffeloven), The General Civil Penal Code, Act of 22 May 1902 (N.1), last amended 21 December 2005 (N. 131), Ministry of Justice and the Police,

Португалски Кривични законик из 1982 године (Portuguese Penal Code), Énio Ramalho, William Themudo Gilman, The Portuguese Penal Code, Genaral Part, Tradução para inglês da Parte Geral do Código Penal Português, Verbojuridico, 2006,

Kazneni zakona Republike Hrvatske, Narodne novine br. 125/2011, 144/2012, 56/2015 i 65/2015,

Kazenski zakonik Slovenije, Uradni List RS br. 50/2012.

Krivični zakonik Crne Gore, Službeni list RCG br. 70/2003,13/2004, 47/2006 i Službeni list CG br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 40/2013 i 56/2013.

Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH br. 37/2003.

Кривични закон Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, бр. 49/2003, 108/2004, 37/2006, 7020/06, 73/2010, 1/12, 67/2013.

СУДСКА ПРАКСА

Одговори Кривичног одељења Врховног касационог суда на спорна правна питања нижестепених судова са седнице одржане 24. новембра 2014. године.

Пресуда Првог Основног суда у Београду К. бр. 10992/10 од 31. марта 2010. године.

Пресуда Окружног суда у Београду К. 2402/2005 од 17. јануара 2006. године.

Zdravko Grujić, Ph. D.
Teaching Assistant

CONTENT OF COMMUNITY SERVICE – NORMATIVE ANALYSIS

Summary

Community service is a new alternative to imprisonment in the system of criminal sanctions in the Republic of Serbia, introduced by the new Criminal Code in 2005, after more than three decades since its first application in the comparative law. Its paradigmatic concept - minimum punitive, work as a form of symbolic compensation for damage caused by a criminal act and the consent of the offender to content of penalty as a condition of its imposition, largely changed the traditional basis of punishment (retributive) system. However, the first decade of implementation in practice did not justify the basic expectations of the legislature, because the effects of community service in the structure of the imposed criminal sanctions can be characterized only as "symbolic". The above-mentioned period marked several changes and additions to material and executive criminal provisions, which changed position, the method of determining the content and execution of the sentence of community service. This research is devoted to the fortification of content of the sentence of community service, primarily analysis of the normative provisions in the criminal legislation of the Republic of Serbia.

Key words: a new alternative to imprisonment, community service, content of the sentence of community service

Мирјана Ђукић
Асистент

ОДНОС СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА И ПОЈЕДИНИХ КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ НАЧЕЛА

Апстракт: *Аутор у раду обрађује однос споразума о признању кривичног дела као института недавно уведеног у наше кривичнопроцесно законодавство и појединих начела на којима се темељи кривични поступак. Свакако да посебну пажњу завређује начело истине, које је у светлу реформи правосуђа, у процесу усклађивања домаћих са међународним и европским стандардима, уступило место начелу процесне економије, односно у његовим оквирима, ефикасности кривичног поступка.*

Посебно су са критичког аспекта као елементи споразума обрађени одмеравање казне и изјављивање жалбе на одлуку суда којом се споразум прихвата, код првог, имајући у виду пасивну улогу суда у доказивању, док је код другог критика аргументована тиме да неки од разлога за изјављивање жалбе не иду у прилог ефикасности кривичног поступка.

Кључне речи: *споразум о признању кривичног дела, начела кривичног поступка, начело истине, начело процесне економије, ефикасност кривичног поступка, одмеравање казне, изјављивање жалбе.*

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

У контексту усклађивања националних са међународним и европским стандардима, реформа кривичнопроцесног законодавства, не само наше већ и бројних земаља региона, траје дуже од десет година. Један од њених главних циљева јесте стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак стварањем законских оквира, а упоредо са тим сталним ширењем поља примене поједностављених процесних форми у кривичним стварима.

Доношењем новог Законика о кривичном поступку, следећи глобална решења, Србија дефинитивно напушта своју кривичнопроцесну традицију. Као део континентално-правног система, наш кривичноправни систем се заснивао на акузаторско-инквизиционом (мешовитом кривичном поступку), где се акузаторност манифестовала кроз улогу тужиоца у функцији гоњења, а инквизиција кроз улогу судије који је имао значајна процесна овлашћења. У складу са савременим решењима, наша се, као и бројне европске земље, окренула акузаторном систему. Главна

Мирјана Ђукић, асистент

улога додељена је тужиоцу који сноси терет доказивања оптужбе, при чему је суд пасиван, не меша се у то који ће се докази извести, а ни по службеној дужности не одређује извођење доказа у корист оптужбе или одбране. У оваквом типу кривичног поступка, судија је само арбитар који врши оцену изведених доказа, при чему их изводи по предлогу странака и на основу тога доноси судску одлуку. Акузаторни систем је за собом између осталог повукао увођење института преговарања јавног тужиоца са окривљеним и његовим браниоцем, који је најпре носио назив-споразум о признању кривице, потом, споразум о признању кривичног дела. Питање које је дуги низ година заокупљало пажњу стручне јавности било је, која је сврха кажњавања учинилаца кривичних дела након што протекне више година од његовог извршења? Имајући то у виду, једно од обележја савременог кривичнопроцесног законодавства, које није заобишло ни нашу земљу, јесте паралелно постојање опште, редовне форме кривичног поступка која представља правило и, распрострањеност једноставнијих форми поступања у кривичним стварима, што своју оправданост налази у хетерогеној структури кривичних дела и њихових извршилаца. Наиме, поступак подобан за једну категорију кривичних дела и њихових извршилаца не мора бити подесан и рационалан за другу категорију. Као комплексно својство дејства права, рационалност представља синтетички израз ефикасности, ефективности, корисности, економичности и легитимности¹. Данас се са сигурношћу дошло до закључка да поједностављене процесне форме у кривичним предметима јесу један од важних инструмената ефикасности кривичног поступка.

Као један од међународноправних стандарда, ефикасност кривичног поступка обухвата квалитативну и квантитативну компоненту. Имајући у виду да је ефикасан онај кривични поступак у којем је у кратком временском интервалу, од његовог покретања па до окончања, уз поштовање законитости његовог вођења, донета правилна и законита правноснажна судска одлука, квалитативну компонентну би представљала законитост вођења кривичног поступка и доношење законите и правилне судске одлуке, док би квантитативну компоненту представљао временски размак (реално кратак временски размак) од његовог покретања до окончања, односно доношења правноснажне судске одлуке. Као општеприхваћена и сврстана у категорију мађународноправних стандарда, сматра се да је ефикасност сасвим оправдано прихваћена и у нашем правном систему из два разлога. Наиме, као један од инструмената успешне борбе против криминалитета, ефикасан кривични поступак

¹ Снежана Циглер, „О неким приступима рационалности у праву“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 1996, 252.

одговара циљевима генералне и специјалне превенције. Друго, законит није само онај кривични поступак који осигурава да нико невин не буде осуђен, а да се кривцу изрекне кривична санкција под условима које кривични закон предвиђа, већ и поступак који то омогућава у најкраћем могућем трајању.

На путу ка ефикаснијем кривичном поступку, наш законодавац је нашао решење у мерама убрзања претходног кривичног поступка-ширењем поља примене принципа опртунитета као и у увођењу једноставнијих процесних форми у лакшим кривичним стварима, споразумима јавног тужиоца и окривљеног, смањењу броја ванредних правних лекова итд. Међу бројним, у редовима који следе издвојен је споразум о признању кривичног дела као једна репрезентативна форма поједностављеног поступања у кривичним стварима, притом имајући у виду аргументе против, па следствено томе указујући на недостатке овога института како са нормативног тако и са практичног аспекта.

При закључењу споразума о признању кривичног дела као виду поједностављене процесне форме, долази до одступања од бројних начела на којима се темељи општи кривични поступак. Највећу пажњу завређује начело истине, мада у контексту примене споразума не треба занемарити ни друга начела која представљају темељ кривичног поступка. Треба споменути да до одступања од појединих кривичнопроцесних начела, може доћи и у редовном кривичном поступку, другим речима, пре је за очекивати да одређена начела кривичног поступка трпе изузетке у поједностављеној, а не редовној кривичној процедури.

2. НАЧЕЛО ИСТИНЕ И СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Истина јесте свакако циљ кривичног поступка, али не сме бити таква вредност која се мора достићи по сваку цену, већ је потребно да се пут до њеног достизања ограничи применом процесних и правних средстава која стоје на располагању учесницима поступка, наравно уз поштовање свих права која су им затагарантована бројним националним и међународним документима.² Другу крајност би представљало поимање истине као апсолутне вредности, која би значила непоштовање доказних

² Милан Шкулић, „Однос начела истине и поједностављених форми кривичног поступка“, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС, Београд, 2013, 69.

правила и забрана, што би у крајњој линији отворило пут тортури, наркоанализи и другим незаконитим начинима прибављања доказа.³

У оквиру појма „материјална истина“, „материјалност означава веру у постојање једне чисте, ненормативне стварности, коју сме открити једино суд, и то неформалним (ненормативним) средствима, неспутан диспозицијама странака у поступку, у сврху заштите општих јавних интереса.“⁴ Напуштањем мешовитог и увођењем адверзијалног модела кривичног поступка, променио се и сам начин утврђивања истине. У некадашњем мешовитом моделу, активност суда при утврђивању чињеница која странкама није дозвољавала да ометају судију у утврђивању чињеница, истину је одређивала као материјалну. Са друге стране, у адверзијалном моделу, доминантна улога странака у доказивању, при чему је суд само пасивни арбитар, истину одређује као формалну. Дакле, не говоримо о истини у материјалном и формалном смислу (различитим врстама истине), већ о „различитим путевима сазнавања истине у судским поступцима“.⁵

Као последица продора елемената акузаторности и контрадикторности (својствено адверзијалном поступку), истина се занемарује и бива подређена интересима ефикасности кривичног поступка (начело истине уступа место начелу процесне економије). Код споразума о признању кривичног дела истину представља оно око чега се странке(тужилац и окривљени) споразумеју.⁶ Обзиром на пасивност суда у утврђивању релевантних чињеница, остаје под знаком питања да ли се приликом прихватања споразума и доношења осуђујуће пресуде уопште дошло до највишег степена извесности, истинитости сазнања о кривичном догађају који је био предмет споразума?

2.1. Одмеравање казне

Један од елемената споразума о признању кривичног дела јесте споразум јавног тужиоца и окривљеног о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције.⁷ Најзначајнија погодност коју јавни тужилац нуди окривљеном за признање кривичног дела у оквиру споразума односи се управо на кривичну санкцију. Са једне стране, окривљени признаје извршење кривичног дела чиме се скраћује поступак и чини економска

³ М. Шкулић, *op.cit.* 69-70.

⁴ Алан Узелац, *Истина у судском поступку*, Загреб, 1997, 159.

⁵ Саша Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012, 93.

⁶ С. Кнежевић, *op. cit.* 101.

⁷ Чл. 318. Законика о кривичном поступку - ЗКП, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

уштеда, са друге стране, јавни тужилац између осталог, нуди блаже санкционисање од оног до којег би дошло у редовној кривичној процедури⁸.

Јавни тужилац и окривљени се обавезно споразумевају о врсти кривичне санкције коју предлажу суду, евентуално и о њеној мери. У погледу мере, могу се споразумети о изрицању тачно одређене мере кривичне санкције (споразумом се може предвидети да се предлаже изрицање новчане казне у тачно одређеној висини, или изрицање казне затвора у тачно одређеном трајању), или суду могу предложити само њен распон, максимално и минимално трајање у чијим границама ће се кретати приликом изрицања.

Традиционално се сматра да су основни задаци судије у кривичном поступку правилно утврђивање чињеничног стања и правилно одмеравање казне на основу тако утврђеног чињеничног стања, при чему играју значајну улогу у политици сузбијања криминалитета⁹. Међутим, акузаторни тип кривичног поступка последњих година доводи у питање обе наведене судијске функције. Најпре, правилно, односно потпуно и истинито утврђивање чињеничног стања од стране суда у оваквом моделу кривичног поступка замењено је доказном пасивношћу судије који као непристрасни арбитар не утврђује чињенице нити изводи доказе мимо иницијативе странака. Овде се има у виду редовни кривични поступак, у којем је странкама остављена већа слобода у погледу утицаја на то које ће се чињенице утврђивати у поступку. Са друге стране, код споразума о признању кривичног дела као виду поједностављене процесне форме, најпре признање окривљеног, потом и његова сагласност са тужиоцем у погледу чињеница наведених у опису кривичног дела, елиминишу потребу за њиховим доказивањем. Поред признања окривљеног, довољно је постојање било којих других доказа који нису са њим у супротности, уместо да се захтева постојање доказа који дато признање поткрепљују¹⁰. У прилог доказне пасивности суда говоре одредбе члана 317. ЗКП РС: „Суд ће пресудом прихватити споразум о признању кривичног дела и огласити окривљеног кривим ако утврди: 1) да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе; 2) да је окривљени свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на суђење и да прихвата

⁸ Момчило Грубач, Кривично процесно право, Пето издање, Београд, 2013, 162-165.

⁹ Н. Срзентић, А. Стајић, Ј. Лазаревић: Кривично право Југославије, Савремена администрација, Београд, 1997, 404.

¹⁰ Милан Шкулић, “Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, CRIMEN (IV)2/2013, 223.

ограничење права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума; 3) да постоје и други докази који нису у супротности са признањем окривљеног да је учинио кривично дело; 4) да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни зужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу са кривичним или другим законом.¹¹

Одмеравање казне подразумева одређивање врсте и висине казне која се изриче учиниоцу за кривично дело. Код нас је као и у већини савремених закона усвојен систем релативно одређених казни, код којег законодавац одређује врсту казне и њен минимални и максимални износ за свако поједино кривично дело, тако пружајући границе у којима ће се суд кретати приликом њеног изрицања у конкретном случају.¹² Као предност овог система наводи се пружање могућности суду да игра активну улогу у одмеравању казне у конкретном случају¹³. Имајући у виду наведено постављају се два питања. Прво, може ли се код споразума о признању кривичног дела применити члан 54. КЗРС? Друго, да ли се уговореном санкцијом у оквиру споразума о признању кривичног дела може остварити сврха кажњавања прописана чланом 42. КЗРС?

Као један од обавезних елемената споразума наводи се споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције. У члану 54. Кривичног Законика Републике Србије предвиђено је да ће суд учиниоцу кривичног дела одмерити казну у границама које су законом прописане за то дело, имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа (олакшавајуће и отежавајуће околности), нарочито: степен кривице, побуде из којих је дело учињено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање након учињеног кривичног дела, поготову његов однос према жртви, као и друге околности које се односе на његову личност.¹⁴ Имајући у виду да се врста казне или друге кривичне санкције „уговара“ споразумом, а њено прецизирање препушта суду, може се рећи

¹¹ Чл. 317. ЗКП. Прихватање споразума се не врши по аутоматизму, али се из наведених одредби овог члана да закључити да чињенице које суд утврђује када пресудом прихвата споразум и оглашава окривљеног кривим, нису чињенице наведене у опису кривичног дела, нити су везане за личност учиниоца, како би казну могао да уподоби конкретном кривичном делу и учиниоцу.

¹²С. Р. Вуковић, Г. Станојчић: Коментар Кривичног Законика, Пословни биро, Београд, 2015, 89.

¹³ Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, Номос, Београд, 2010, 228.

¹⁴ Кривични Законик Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014, чл. 54. ст.1.

да је могућност примене члана 54. КЗ РС тешко примењива када је у питању споразум о признању кривичног дела када говоримо о судском одмеравању казне, будући да се не изводе докази на основу којих би суд казну прецизирао. Овде би се најпре могло говорити о тужилачком одмеравању казне, где је тужилац у односу на судију у свакако бољој могућности да кроз неформалне разговоре са окривљеним стекне увид у његову личност, околности под којима је дело учињено и др.

Друго, блажим кажњавањем које окривљени добија за узврат као једну од бенефиција за дато признање, нарочито када се узму у обзир најновија законска решења према којима је споразум могуће закључити и поводом кривичних дела за која је законом запрећена казна затвора у трајању преко дванаест година, свакако се не може остварити сврха кажњавања, општа и специјална превенција. Блаже кажњавање, посебно када су у питању тежа кривична дела, не пружа могућност васпитног утицаја на друге да не чине кривична дела, а са друге стране мотивише учиниоца да настави своју криминалну каријеру.

У САД, као и код нас, суд није странка у закључењу споразума. У његовој је дискрецији само изрицање казне, тужилац и окривљени се договарају о врсти и висини или распону санкције. Доказивање такође изостаје, али се извесне недоумице решавају уским казним распонима одређеним Смерницама за кажњавање¹⁵. Смернице су представљене нумеричком табелом која је првобитно обухватала 360 нивоа¹⁶, да би се данас тај број свео на 43 нивоа садржаних у четири зоне (А, В, С и D). Казне одређене Смерницама првенствено су засноване на два фактора, тежини кривичног дела и опасности учиниоца (која се цени према њиховој криминалној каријери, односно ранијој осуђиваности и врсти кривичних дела за која су осуђивани).¹⁷ У нивоима су кривична дела рангирана хоризонтално, по тежини (убиство на 43 степену, разбојништво на 30 степену и др.). Према критеријуму опасности, учиниоци су вертикално подељени у шест категорија. У зонама је дато минимално и максимално трајање казне, тако да тражећи пресек хоризонталне и вертикалне скале на табели, судија прецизира казну у веома уским казним распонима.

¹⁵ United States Sentencing Guidelines §5A, 2012 Federal Sentencing Guidelines.

¹⁶ B. Peter Hoffman, Simplifying The U. S. Sentencing Commission's Offense Scale, *S.T. Louis U. L. J.* 44, 2000, 365.

¹⁷ Више о Смерницама за кажњавање и нумеричкој табели у “U. S. S. G. §5A”, 2012 Federal Sentencing Guidelines.

Criminal History Category (Criminal History Points)

Offence Level		I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4,5,6)	IV (7,8,9)	V (10,11,12)	VI (13+)
		Zone A	1	0-6	0-6	0-6	0-6
	2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
	3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
	4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
	5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
	6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
	7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
	8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
Zone B	9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
	10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
	11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
Zone C	12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
	13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
Zone D	14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-46
	15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
	16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
	17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
	18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
	19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
	20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
	21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
	22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
	23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115

24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125	110-137
26	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137	120-150
27	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150	130-162
28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162	140-175
29	87-108	97-121	108-135	121-151	140-175	151-188
30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
32	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
36	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life
38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life
39	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life
40	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life
41	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
42	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
43	life	life	life	life	life	life

Извор:

https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Federal_Sentencing_Guidelines#Sentencing_table, 29.09. 2016.

3. ЖАЛБА ПРОТИВ ОДЛУКЕ СУДА КОЈОМ СЕ ПРИХВАТА СПОРАЗУМ

Од када је споразум о признању кривичног дела заживео у нашој пракси, у оквиру измена и допуна Закона о кривичном поступку мењао се и обим права на изјављивање жалбе.

Најпре је ЗКП од 2009. предвидео могућност изјављивања жалбе јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца против решења суда о

одбијању споразума о признању кривице, у року од осам дана од дана када им је ово решење достављено¹⁸, чиме се тежило да се одлука суда још једном судски преиспита. Такође је предвиђена могућност оштећеног и његовог пуномоћника да изјаве жалбу против решења којим суд усваја споразум о признању кривице¹⁹, какво решење логички следи имајући у виду њихов правни интерес да се побија оваква врста одлуке суда. Из наведеног следи да јавни тужилац, окривљени и његов бранилац нису имали право изјављивања жалбе против одлуке суда којом се усваја споразум. Овакво решење се у неку руку може и оправдати тиме што споразум управо садржи све елементе о којима су се странке споразумеле, тако да не би имале правни интерес да побијају позитивну одлуку суда у односу на споразум, осим у неким ситуацијама, када би се рецимо споразумеле о распону могућег кажњавања, а суд изрекне тежу казну, изван уговореног распона.

Важећи ЗКП искључује могућност улагања жалбе против решења којим се споразум о признању кривичног дела одбацује или одбија.²⁰ У оваквим случајевима нема законске препреке да јавни тужилац и окривљени након одбачаја или одбијања, доставе суду нови споразум у којем би претходно уочене недостатке уклонили (Илић et al. 2013:733). Новину представља могућност улагања жалбе јавног тужиоца, окривљеног или његовог браниоца против пресуде којом је прихваћен споразум, у следећим ситуацијама:²¹

- 1) Када дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мера безбедности;
- 2) Када је кривично гоњење застарело, или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење;
- 3) Када нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе;
- 4) Ако се пресуда не односи на предмет споразума.

Од свих наведених, чини се као најлогичнији разлог за изјављивање жалбе онај у којем се пресуда не односи на предмет споразума. Најпре, како је уопште могуће да јавни тужилац дође у ситуацију у којој ће споразумети са окривљеним, да му притом није познато да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, или да је

¹⁸ Чл. 282g, ст. 1. Законик о кривичном поступку - ЗКП, Сл. лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Сл. гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон и 72/2009,

¹⁹ Чл. 282g, ст. 2. ЗКП.

²⁰ Чл. 319, ст. 2. ЗКП.

²¹ Чл. 319, ст. 3. ЗКП.

наступила застарелост гоњења, а оно што највише подлеже критици јесте непостојање довољног броја доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио кривично дело које му се оптужбом ставља на терет. Како је уопште могуће да суд овакав споразум прихвати, односно да учини толики пропуст са једне стране, са друге, како је законодавац уопште могао да пропише овакве разлоге за изјављивање жалбе, за које пре можемо рећи да су разлози за одбијање споразума (ако изузмемо последњи наведени) који уједно доводе до поновног преиспитивања споразума што свакако не иде у прилог ефикасности поступка. Осим тога, остављен је врло кратак рок за изјављивање жалбе у коме се тешко могу прикупити докази који поткрепљују оптужбу (осам дана од дана достављања пресуде).²²

Пресуда се не односи на предмет споразума када је суд повредио идентитет дела о којем су се странке споразумеле, дакле када не постоји објективни идентитет између пресуде и споразума (односно оптужнице); када је изрекао строжу или блажу врсту или меру кривичне санкције од оне која је договорена; када пропусти да у пресуду унесе одређене елементе у односу на које су јавни тужилац и окривљени постигли споразум (попут споразума о трошковима кривичног поступка, одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом итд.). Овде се дакле ради о пропустима суда који опет нису од круцијалног значаја када говоримо о самом прихватању споразума, а који би као разлог били најприхватљивији за улагање жалбе против позитивне одлуке суда.

4. НАЧЕЛО ЛЕГАЛИТЕТА И СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Начело легалитета подразумева обавезу јавног тужиоца да предузме кривично гоњење када за то постоје законски услови, односно основана сумња да је једно лице извршило кривично дело за које се гони по службеној дужности. Обавезе јавног тужиоца под окриљем принципа легалитета, не леже само у функцији гоњења, већ и подизању оптужбе, активном заступању оптужбе на главном претресу, изјављивању редовних и ванредних правних лекова.²³

Самим доношењем наредбе о спровођењу истраге, као и могућношћу да се споразум са окривљеним закључи од тог момента па све до изјашњења оптуженог о оптужби на главном претресу, затим могућност јавног тужиоца да против пресуде донете на основу споразума

²² Чл. 319. ст. 3. ЗКП.

²³ С. Кнежевић, *op. cit.* 44.

улаже правне лекове, може се рећи да је овај институт у складу са начелом легалитета, осим у случају када је окривљени извршио и друга кривича дела. За признање добијено од стране окривљеног, јавни тужилац може одустати од гоњења у односу на друга дела која нису предмет споразума. Ради се о опортунитету кривичног гоњења које иначе представља одступање од начела легалитета и у редовној кривичној процедури, а које је факултативни елемент споразума о признању кривичног дела.

5. НАЧЕЛО НЕПОСРЕДНОСТИ И СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Суштину начела непосредности представља директно утврђивање чињеница на основу извора сазнања, дакле да између кривичног суда и извора сазнања нема посредника, већ суд одлучује на основу чињеница које сам утврђује.²⁴ У члану 419. ЗКП РС предвиђено је да суд заснива пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу. Јасно је да се у поступку који се води поводом споразума о признању кривичног дела у знатној мери одступа од начела непосредности. Рочиште на којем суд одлучује о споразуму првенствено се одржава не би ли се исти уверио у то да је окривљени свесно и добровољно склопио споразум и да је у потпуности свестан свих правних последица датог признања.²⁵ Обзиром да изостаје доказивање, суд овде нема непосредан увид у изворе сазнања, већ о свим доказима сазнаје из самог споразума. На крају, приликом одлучивања о споразуму, само констатује да ли су докази у супротности са признањем или не.²⁶

6. НАЧЕЛО ЈАВНОСТИ И СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Према најновијем ЗКП РС предвиђено је да се рочиште на којем се одлучује о споразуму одржава без присуства јавности, мада је предвиђено да до одступања од овога начела може доћи и у редовној кривичној процедури.

Право окривљеног (оптуженог) на јавно суђење прокламовано је међународним и националним документима. Универзална декларација о

²⁴ Ibid, 184.

²⁵ Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев: Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2013, 725.

²⁶ Члан 419. ЗКП. У ставу 2. истог члана предвиђено је да је суд дужан да на основу савесне оцене сваког доказа појединачно и у вези са осталим доказима изведе закључак о извесности постојања одређене чињенице.

правима човека предвиђа да „свако има потпуно једнако право на правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом, који ће одлучити о његовим правима и обавезама и основаности сваке кривичне оптужбе против њега.“²⁷ Право на јавност суђења прокламовано је и Међународним пактом о грађанским и политичким правима: „Свако лице има право да његов случај буде расправљен правично и јавно пред надлежним, независним и непристрасним судом, установљеним на основу закона, који одлучује о основаности сваке оптужбе подигнуте против њега у кривичним стварима, или о оспоравању његових грађанских права и обавеза. Може се наредити искључивање јавности за време трајања целе расправе или једног дела, у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, или ако интерес личног живота странака захтева, или ако би јавност штетила интересима правде; свака пресуда у кривичним и грађанским стварима биће јавна, осим ако интерес малолетника захтева да се поступа другачије.“²⁸ Право на правичну и јавну расправу, али и могућност искључивања јавности са суђења, у интересу морала, јавног реда, националне безбедности, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака предвиђа и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода у члану 6. ставови 1. и 2.²⁹

Начело јавности има и ранг уставног начела. Тако Устав РС у члану 142. став 3. предвиђа да је расправљање пред судом јавно, а да се може ограничити само у складу са Уставом.

Реализација начела јавности на главном претресу је од велике важности не би ли се обезбедила правичност поступка. Његова реализација је могућа непосредним и посредним путем. Непосредно, директним присуствовањем извођењу кривичнопроцесних радњи од стране одређеног круга лица која су заинтересована за исход кривичног

²⁷ Универзална декларација о људским правима, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10. децембра 1948.г.), чл. 10.

²⁸ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. Ступио на снагу 23. марта 1976.), чл. 14. ст. 1.

²⁹ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007, (Ступила на снагу 3. Септембра 1953. Оригинални текст Конвенције је промењен у складу са Протоколом бр. 3, Протоколом бр. 5 и Протоколом бр. 8), чл. 6. ставови 1. и 2.

поступка, посредно, саопштавањем судских одлука, или на други начин давањем публицитета активностима суда.³⁰

У члану 315. став 3. ЗКП РС наглашено је да на рочишту на којем суд одлучује о споразуму, јавност није предвиђена.³¹ Обзиром да је реч о посебној врсти поступка која не мора нужно резултирати прихватањем споразума, у том погледу се захтева извесна опрезност ради заштите права и интереса окривљеног. У случају одбацивања или одбијања споразума, поступак се враћа у фазу која је претходила његовом закључењу. Јавност би имајући у виду признање, створила негативну слику о окривљеном, што би даље отежало могућност оспоравања оптужбе у контрадикторном поступку.³²

ЗАКЉУЧАК

Увођење адверзијалног модела кривичног поступка повукло је за собом између осталог нормирање института споразума о признању кривичног дела. Обзиром да су његова колевка САД, код нас је он још увек бледа копија америчког plea bargaining, што нимало не изненађује, пошто је у нашој пракси почео да се примењује тек од 2009. год. У својим покушајима имитације америчког модела нагодбе, законодавац је успео да два пута мења његове елементе, занемаривши притом ефикасност кривичног поступка као међународноправни стандард коме се тежило при увођењу овог института, као и права окривљеног (има се у виду могућност кажњавања и осуде невиног лица, које прихвата да не иде на суђење, већ у страху да ће бити строго санкционисано у редовном кривичном поступку, прихвата блажу санкцију коју му нуди јавни тужилац), права оштећеног (који би најпре требао имати право улагања жалбе против позитивне одлуке суда у односу на споразум, при чему му важећи ЗКП РС то право ускраћује), сврху кажњавања, владајућу казнену политику.

Критика која се најпре односи на редовну кривичну процедуру, потом и на споразум о признању кривичног дела као репрезентативној поједностављеној кривичнопроцесној форми, јесте одбацивање начела истине у смислу доказне пасивности суда. Тужилац и окривљени уговарају врсту и меру или распон казне или друге кривичне санкције. Уколико нису уговорили меру, већ само распон кривичне санкције, на суду је да прецизира казну или другу кривичну санкцију, што је апсурдно јер нема доказивања те уколико не утврди чињенично стање, отежавајуће

³⁰ С. Кнежевић, *op. cit* 151.

³¹ Чл. 315. став 3.ЗКП.

³² Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *op. cit* 726.

и олакшавајуће околности, намеће се питање како ће казну прецизирати. По том питању, може се рећи да је најприкладније решење предвиђено некадашњим Законом, који у члану 305. наглашава да се окривљени и тужилац саглашавају о врсти и висини казне или друге кривичне санкције, где бисмо имали само тужилачко одмеравање казне. Враћање на овакво решење би за собом повукло немогућност улагања жалбе окривљеног, браниоца и јавног тужиоца против одлуке суда у делу који се односи на казну или другу кривичну санкцију одмерену од стране тужиоца.

ЛИТЕРАТУРА

- А. Узелац, Истина у судском поступку, Загреб, 1997.
- В. Peter Hoffman, Simplifyng The U. S. Sentencing Commision's Offence Scale, *S.T. Louis U. L. J.* 44, 2000.
- Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев: Коментар Закона о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2013.
- Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Номос, Београд, 2010.
- Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007.
- Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.
- Законик о кривичном поступку, Сл. лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Сл. гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон и 72/2009).
- Кривични Законик Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014).
- М. Шкулић, „Однос начела истине и поједностављених форми кривичног поступка“, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС, Београд, 2013.
- М. Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *CRIMEN (IV)*2/2013.
- М. Грубач, Кривично процесно право, Пето издање, Београд, 2013.
- Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007.
- Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: Кривично право Југославије, Савремена администрација, Београд, 1997.
- С. Циглер, „О неким приступима рационалности у праву“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 1996.

С. Кнежевић, Основна начела кривичног процесног права, СКЦ, Ниш, 2012.

С. Р. Вуковић, Г. Станојчић: Коментар Кривичног Закона, Пословни биро, Београд, 2015.

Универзална декларација о људским правима, Људска права: основни међународни документи, Епоха, 2007.

United States Sentencing Guidelines §5A, 2012 Federal Sentencing Guidelines.

https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Federal_Sentencing_Guidelines#Sentencing_table.

Mirjana Đukić, LL.M
Teaching Assistant

THE RATIO OF PLEA BARGAINING AND PRINCIPLE OF INDIVIDUAL CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The author deals with the relationship plea bargaining as an institute recently introduced in our criminal procedural law and certain principles underlying the criminal proceedings. Particular attention is drawn to the principle of truth, which in the light of judicial reform, the process of harmonization of domestic with international and European standards, gave way to the principle of procedural economy, and in its own terms, the efficiency of the criminal proceedings.

Especially with critical aspects as elements of the agreement surfaced sentencing and appeals to the court decision accepts the agreement, where the first takes into account the passive role of the evidence, and in the second criticism is argued that some of the grounds for appeal against the positive courts decision not in favor of criminal procedure.

Key words: plea bargaining, principles of criminal procedure, the principle of truth, the principle of procedural economy, efficiency of criminal proceedings, sentencing, lodge an appeal.

ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Др Душанка Јововић
Редовни професор

ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА У ПЕРИОДИМА КРИЗНИХ ПОРЕМЕЋАЈА

Апстракт: *О економској политици у њеном правом и потпуном значају могуће је говорити тек од Кејнза и његовог залагања за интервенционистичку државу четрдесетих година двадесетог века. Овај облик макроекономске регулације у литератури се среће под називом традиционална економска политика. Међутим, са појавом структурних криза током седамдесетих година прошлога века и испољавања феномена стагфлације долази до оспоравања сврсисходности кејнзијанских мера економске политике и промовисања порука монетаризма, економије понуде и теорије рационалних очекивања, чије идеје у овом раду обједињавамо термином конзервативни приступ у вођењу економске политике. Поред кејнзијанаца и конзервативаца чије су мере економске политике ортодоксног карактера, током последње деценије двадесетог века појављују се и бројни економисти који се залажу за тзв. хетеродоксни приступ у вођењу економске политике. У раду је учињен покушај сагледавања концептуалних разлика између поменути три приступа у вођењу економске политике. Циљ је да се утврди за које се мере економске политике представници ових приступа у вођењу економске политике залажу у условима када стање привреде карактерише успоравање привредног раста, смањење јавних прихода и раст буџетског дефицита, односно када су кризни поремећаји карактеристика функционисања привреде.*

Кључне речи: *економска политика, мере економске политике, кејнзијански приступ, конзервативни приступ, хетеродоксни приступ.*

Уводне напомене

Економска политика означава активности државе којим она у складу са дефинисаним циљевима делује на привредну активност, односно делује на промену понашања привредних актера у жељеном смеру¹. „У савременом поимању, економска политика се сагледава као

¹ Јуриј Бајец, Љубинка Јоксимовић, Савремени привредни системи, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2004, 71.

поступак и облик индиректног управљања привредом као целином: задржавајући и чак развијајући аутономију привредних субјеката, она тако манипулише својим инструментима и механизмима да економске актере подстакне да, идући за својим циљевима, предузимају акције које су у складу са интересом система као целине, како га тумачи одговарајући орган².

Главни циљеви економске политике су: добри послови, ниска запосленост, растућа продуктивност и реални доходи, ниска и стабилна инфлација, равнотежа платног биланса. Прави изазов је дизајнирање мера економске политике, путем којих је могуће реализовати ове циљеве³.

Циљеви економске политике се наслањају на различите теоријске приступе у креирању и практичној реализацији економске политике. За сврху овог рада определили смо за трипартитну поделу приступа у остваривању економске политике. Први се односи на кејнзијански дискрециони приступ. Други је тзв. конзервативни и он полази од уважавања тржишта и поштовања строгих правила приликом вођења економске политике. Под термином конзервативни у склопу овог рада имамо у виду све облике економске политике који се у конципирању и њеној реализацији наслањају на неокласичне рефлексије о тржишној равнотежи (монетаристи, присталице рационалних очекивања, протагонисти економије понуде). На одређени начин ови приступи у креирању и вођењу економске политике полазе од либералитичких схватања функционисања економије. Трећи је „хетеродоксни“ приступ који поред ортодоксних мера (монетарна, фискална политика, девизни курс) користи и политику доходака (политика надница и плата) у вођењу економске политике⁴.

Ови приступи имају различито виђење структуре и начина функционисања привреде, као и понашања државе. Разумљиво, стално треба имати на уму да је предкејнзијански приступ подразумевао инхерентно стабилан економски систем, који се сам враћа у стање равнотеже, при пуној запослености услед чега је улога државе у функционисању привредног система била недвосмислено ограничена⁵. При том, увек треба знати да су домети економске политике умногоме

² Љубомир Маџар, Макроекономско планирање и тржишна привреда, Савезни секретеријат за развој и науку, Београд, 2001, 69.

³ Пол Самјуелсон, Вилхем Нордхаус, Економија, Мате, Загреб, 2009, 709.

⁴ Бојан Димитријевић, Никола Фабрис, Економска политика, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2007, 319.

⁵ Миомир Јакшић, Александра Прашчевић, А. (2010) Политичка макроекономија, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2010, 153.

одређени карактером привредноистемских решења конкретне националне економије. Такође, треба имати у виду да привредни систем „није састављен од анонимних агената него од класа или група појединаца са заједничким карактеристикама или потребама. Они се организују у интересне групе, картеле, удружења, политичке странке, итд. како би осигурале да њихове преференције преваладају над онима из других група“⁶.

Кејнзијански приступ је окупиран питањима незапослености и стагнације као облику кризних поремећаја у привреди. По присталицама овог приступа, потпуна тржишна равнотежа је недостижна, али је у поређењу са спорим самокоригујућим механизмом привреде, активистичка дискрециона политика, објективно говорећи, једино могућа⁷. Конзервативни приступ се фокусира на инфлацију и дефиците буџета, делујући путем чврсте монетарне и рестриктивне фискалне политике. Хетеродоксни приступ покушава да нестандартним начинима (укључујући и бројне микроекономске интервенције) стабилизује привреду, стимулишући привредни раст и запосленост, без инфлације.

Кејнзијански приступ рачуна са постојањем дугих периода незапослености. Кејнз тврди „у дугом периоду, сви смо мртви“, што значи да не треба чекати да се привреда сама врати на ниво пуне запослености. Из ове перспективе, саморегенишући фактори у привреди делују недовољно брзо, због чега у таквим условима држава мора одиграти кључну улогу. Кејнзијански приступ предпоставља да ће домаћинства повећати потрошњу у складу са растом њиховог расположивог дохотка захваљујући државним интервенцијама, попут смањења пореских захватања. На исти начин, фирме могу повећати инвестиције уколико држава својим мерама делује у правцу смањења каматне стопе (мада кејнзијански приступ сматра да држава понекад не може да смањи каматну стопу, и да предузећа понекад не могу да одговоре на смањање каматне стопе).

Хетеродоксни приступ полази од тврдње да су тржишта и системи информисања несавршени. Имовина као варијабла и релативне цене играју важнију улогу него у стандардним кејнзијанским моделима. У поређењу са конзервативним приступом, хетеродоксни придаје већи значај ограничењима (попут кредитних ограничења), несавршености тржишта (посебно тржишта капитала), несавршености у информисању, нестабилности цена и зарада. У хетеродоксном моделу цене и зараде нису

⁶ Nicolo Acocella, *Počela ekonomske politike*, Mate, Zagreb, 2009, 71.

⁷ Слободан Цветановић, *Теорија привредног развоја*, Економски факултет, Ниш, 2004, 371.

у потпуности флексибилне што се може објаснити трошковима или ризицима регулисања привреде.

Полазећи од напред изнесених рефлекса, дефинисан је предмет истраживања у овом раду у смислу сагледавања концептуалних разлика између поменута три различита приступа у вођењу економске политике. Циљ је да се утврди за који се облик конкретне економске политике они залажу када привредну ситуацију карактерише успоравање привредног раста, смањење јавних прихода и раст буџетског дефицита, односно када кризни поремећаји карактеришу функционисања привреде.

1. Кејнзијански приступ економској политици у кризним периодима

Економска политика кејнзијанаца у ситуацијама опадања привредног раста темељи се на повећању јавних расхода, смањењу пореских и каматних стопа. „Према Кејнзу се прелазак на силазну путању привредне активности дешава одједном и на „насиљан начин“ док се преокрет ка економској експанзији дешава споро и постепено. Разлог за појаву економске кризе крије се у чињеници да одједном долази до колапса маргиналне ефикасности капитала, док се будућа кретања, укључујући ту и опоравак привредне активности не могу са сигурношћу предвидети. Од одлучујућег значаја при томе је Кејнзово неизвесно окружење“⁸. По овом приступу, када је економија у озбиљном паду или када постоје велики неискоришћени капацитети, смањивање каматне стопе не може довести до повећања инвестиција, можда због тога што су предузећа већ суочена са неискоришћеним производним капацитетима. Или може бити тешко за државу или централну банку да смањи реалну каматну стопу (узимајући у обзир инфлацију). Чак и када је номинална каматна стопа близу нуле, могући пад цена значи да су реалне каматне стопе позитивне. Као што је Кејнз истакао, у овим ситуацијама монетарна политика је „Сизифов посао“. Тада држава треба да стави већи акценат на фискалну политику.

Кејнзијански приступ тврди да чак и када су државне инвестиције непродуктивне, раст укупне потрошње ће довести до повећања националне производње јер ће се у привреди испољити ефекат мултипликатора. Уколико су инвестиције продуктивне, друштвене користи државне потрошње могу бити огромне. Не само да ће се повећати производња у садашњости, већ ће се то догодити и у будућем периоду: ако се садашњи приходи повећају, будући привредни раст ће се такође

⁸ Александра Прашчевић, Економске кризе и модели макроекономске политике, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2014, 143-144.

увећати. Процењује се да гранични приходи државних инвестиција у одређеним областима имају далеко вишу стопу од инвестиција у приватном сектору.

Смањење пореза такође има значајну улогу у кејнзијанском приступу, али се велика пажња обраћа којим циљним групама се смањују порези. Смањивање пореза сиромашној и средњој класи стимулисаће привреду знатно више него смањење пореза богатима, јер сиромашна и средња класа издваја већи део штедне од смањења пореза на потрошњу. Штавише, у земљама у развоју где је привредни раст приоритет, кејнзијанци више акцентирају важност стимулисаће инвестиција него смањење пореза.

Уколико монетарна политика и смањивање пореских захватања не стимулишу инвестиције у приватном сектору, треба се ослонити на повећање државних инвестиција. Али, чак и када је могуће стимулисати приватне инвестиције, неки желе уравнотежену стратегију, која одражава укупну граничну друштвену корист јавних инвестиција и инвестиција у приватном сектору. Јавне инвестиције, као што су инвестиције у инфраструктуру, могу донети огромну корист, будући да оне повећавају ефикасност инвестиција у приватном сектору. Постоји значајна комплементарност јавних и приватних инвестиција.

Наравно, превелика стимулација привредних активности може довести до инфлације. Већина представника кејнзијанског правца сматра да постоји погодба између инфлације и запослености. За њих, негативни нагиб Филипсове криве (која показује меру у којој повећање инфлације доводи до смањења незапослености) показује да дискрециона монетарна и експанзивна фискална политика могу довести до повећања запослености и повећања инфлације истовремено. Међутим, све док инфлација остане умерена, њени трошкови ће бити веома ниски или чак негативни. Штавише, уколико се инфлација повећа изнад „прихватљивог“ нивоа, могуће је смањити је.

Било која експанзивна економска политика током криза значи и да ће, при било ком девизном курсу, екстерни извори бити потребни за финансирање великих спољнотрговинских дефицита које таква економска политика подразумева. Ово може постати проблематично, поготово у земљама у развоју, које могу упасти у „јаз“ екстерног финансирања. Девалвација домаће валуте је друга могућност, али у периодима „претеране девалвације“ могу се постићи циљеви супротни од циљева активности оживљавања привреде.

Закључујемо, теоријски је могуће да управљање тражњом доведе до изравнавања цикличних флукуација у времену кризних поремећаја.

Међутим, „скорашња искуства и економски принципи указују на то да треба заузети опрезнији став“⁹. Или, како то амерички економиста, лаурет Нобелове награде каже: „Државе треба да имају одређену улогу не само у спасавању привреде када тржишта погреше, него и у ргулисању тржишта да би отклониле одређене врсте тржишних недостатака. Привредама је потребна одређена врста равнотеже између улоге тржишта и невладиних институција“¹⁰.

2. Приступ економској политици конзервативних економиста

Критичари ортодоксне кејнзијанске економске политике основне узроке привредних поремећаја виде у производњи, а не у потрошњи и тражњи. Они заправо пледирају за редукацију пореског оптерећења са позитивним подстицајним импулсима на раст штедње, инвестиција, рада, продуктивности производње, запослености и понуде, али и за редуцирање улоге државе у регулисању привредних токова ради доследније валоризације слободног деловања тржишних закона¹¹.

Конзервативни теоретичари своје критике стандардног кејнзијанског приступа базирају на веровању да су мере економске политике неефективне, неизводљиве, односно да оне углавном имају нежељене споредне ефекте. Они имају песимистични став по питању ефикасности како фискалне, тако и монетарне политике. Овај песимизам око државе иде руку под руку са оптимизмом по питању функционисања тржишта, и схватањем да је државна интервенција непотребна. „Основни фактори економског раста, као што су иновације, знање и нове технологије, побркани су са слободном трговином. Намећу се решења која немају алтернативе, која су једино могућа, која прихвата свет, а не прихвата друштво, и слично. Свака економска политика, или њена мера, за коју се каже да нема алтернативу погрешна је у сваком погледу: методолошком, друштвеном, економском, историјском. Напротив, увек постоји алтернатива, увек постоје различити начини да се организује једно друштво. Погрешно је, а може бити и опасно, уверење да постоји само један пут. Свака земља треба да пронађе сопствена решења, сопствене институције. Економски систем и економску политику неопходно је креирати према постојећим условима земље, и стратегијским

⁹ Мајкл Бурда, Чарлс Виплош, Макроекономија, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2012, 421.

¹⁰ Џорџ Стиглиц, Слободан пад: слободна тржишта и пад светске привреде, Будућност, Нови Сад, 2013, 8.

¹¹ Жарко Ристић, Радован Клинцов, Предраг Димитријевић, Државни менаџмент, Универзитет за пословне студије, Бања Лука, 2007, 116.

и тактичким приоритетима, како су то, уосталом, вековима чиниле најразвијеније економије¹²

Иако се конзервативци међусобно разликују по неким тврдњама, сви они деле мишљење да је држава више део проблема, него што је део решења. Са њиховог аспекта најбоља ствар коју држава може да уради јесте да открије како она сама узрокује поремећаје у привреди и да отклони те поремећаје, на пример смањивањем регулатива и пореза. Када држава преузима акцију, као што је лабављење монетарне политике, требало би се ослонити на широко базираним тржишним механизмима.

Један конзервативни став који је популаран међу истраживачима тврди да нема потребе за стабилизационом политиком. Према, овом гледишту, привреда је (скоро) увек у стању пуне запослености. Било која девијација стања пуне запослености ће бити кратког века јер привреда има јаке саморегулационе факторе (уколико њихово деловање није спречено државним интервенцијама). Варијације у посматраним нивоима запослености – чак и у периоду Велике светске економске кризе од 1929 – 1933. године – показују у највећој мери добровољне одлуке од стране запослених. Радници пре бирају слободно време него рад, понекад уочљиво смањење понуде радне снаге је последица посебних конфигурација релативних цена (као што су зараде радника и каматне стопе). Можемо сматрати ове раднике који су узели продужени одмор срећнима јер су се ослободили терета уобичајених напора. За неокласичаре који верују да су незапослени они који су изабрали да не раде, мистерија дубоке несреће незапослених је питање више за психологе него за економисте.

Главна струја конзервативаца, увек брине око експанзије јавног сектора, полазећи од претпоставке да државни расходи (инвестиције и потрошња) не само да нису продуктивни, већ и нису ефикасни у стимулацији привреде. Они сматрају да ће приватни сектор на државне интервенције генерално реаговати тако што ће неутралисати све њене позитивне ефекте. На пример, када државни расходи порасту, домаћинства ће уочити повећани дефицит, предвидети будуће повећање пореза, и повећати штедњу а смањити потрошњу. Уколико штедња не порасте, државна потрошња ће повећати каматну стопу и истиснути приватне инвестиције. Штавише, они често виде привреду са аспекта финансијске заједнице. Тврде да је фискални дефицит (одакле год да потиче) контрапродуктиван јер уништава поверење инвеститора. Тврдећи ово, ови теоретичари игноришу разлике између перспектива

¹² Властимир Лековић, „Економске (не)једнакости и њене импликације за одрживи развој“, Економски хоризонти, 2015, 17(2) 81 - 96

финансијске заједнице и „правих“ инвеститора, фирми које граде производне капацитете. Финансијска тржишта се концентришу на кратак рок, прави инвеститори посматрају дуги рок. Анксиозност на финансијском тржишту расте са повећањем дефицита, прави инвеститори подједнако или чак више брину о недовољно изграђеној инфраструктури него привреди која иде у рецесију.

Постоје извесна неслагања међу конзервативаца око тога у којој мери смањивање пореза стимулише привреду. Једна струја тврди да смањење пореза има за последицу повећање расположивог дохотка домаћинстава. Али припадници оваквог мишљења брину да ће држава, интервенишући са циљем да оснажи привреду, изабрати погрешан тајминг, односно да неће валидно препознати заостајање, па ће ефекти смањења пореза пропасти а привреда ће се суочити са инфлацијом. Друга група конзервативаца је још скептичнија. Они верују да ће појединци уочити да је повећање дефицита у вези са смањењем пореза и штедеће више – управо као када би дефицит био резултат повећања државне потрошње.

Будући да конзервативци верују да привреда функционише на нивоу близу пуне запослености, они више брину око инфлације него око незапослености. Они се више фокусирају на то како ће мере економске политике утицати на понуду, то јест на прооизводне капацитете него како ће деловати на агрегатну тражњу. За велики број конзервативних економиста смањење пореза је пожељно јер утиче на појединце да раде више (мада су докази да је то стварно тако прилично ограничени). Овакав став је супротан кензијанској логици, по којој повећање понуде рада у условима изражене незапослености не може деловати у смеру раста агрегатне производње.

Конзервативци сматрају да се приходи по основи смањења пореза не усмеравају на инвестиције, јер смањење пореза охрабрује повећање штедње. Предпостављају да повећање штедње аутоматски доводи до повећања инвестиција. Ово би било тачно под претпоставком да привреда послује на нивоу пуне запослености (и да нема позајмица из иностранства). Али, ако привреда не користи све своје ресурсе, повећање штедње ће условити смањење производње на националном нивоу, док ће експанзивна монетарна политика за резултат имати раст цена, а не повећање производње. Према томе, монетарна политика је ирелеванта у одређивању висине аутпута и нивоа запослености. У ономе што се зове „класична дихотомија“ новац утиче само на ниво цена и нема никаквог утицаја на било које аутупуте.

Многе од ових теорија полазе од предпоставке да привреда функционише у тачки близу нивоа пуне запослености. У том случају, јасно је да дискрециона монетарна политика не може довести до повећања

аутпута. Оне игноришу ригидност цена и зарада и дистрибутивни ефекат промена цена. Мада, из друге перспективе, то је тачно јер због ових ригидности привреда није на пуном нивоу запослености.

Када конзервативци не доводе у питање неефикасност монетарне политике, онда тврде да је она углавном контрапродуктивна јер држава увек изабере погрешан тајминг за њено коришћење. Какогод, произилази да проблеми монетарне политике нису толико лоши као проблеми фискалне политике, јер креатори монетарне политике могу много брже променити своју политику, него што државе могу смањити порезе или јавну потрошњу.

Конзервативци тврде да инфлација има високе трошкове (мада нису обезбедили ниједан чврст доказ о овоме). У сваком случају, Филипсова крива је у дугом року вертикалног облика. Покушај да се промени стопа незапослености је у дугом року узалудан.

Према многим конзервативцима, тржиште функционише стандардно ефикасно, све док држава не поквари ствари. Мало је разлога да држава мора да интервенише да би стимулисала привредни раст или стабилизovala привреду како у дугом, тако и у кратком року. Уколико је привредни раст успорен, то је једноставно рефлексија преференција индивидуа, које бирају да уживају у потрошњи данас више него у будућности. Ови економисти виде ценовну стабилност као неопходни услов за привредни раст и (под условом да држава не ствара друге регулаторне или пореске баријере) они ту чињеницу практично третирају као довољно стање.

Зато што конзервативци сматрају да је тржиште саморегулишуће, они су углавном против већине микроекономских интервенција. Са њиховог становишта овакве интервенције ремете иманентну стабилност тржишта. Можемо узети за пример тржиште рада. По многим конзервативцима, незапосленост настаје из структурних проблема узрокованих, највећим делом, од стране државе. Држава би требала да решава ове структурне проблеме, пре него да директно интервенише у привреди да би решила неке наводне тржишне проблеме.

Структурни проблем који најчешће наводе је недостатак флексибилности на тржишту рада. Они тврде да у неким случајевима синдикати радника поткопавају флексибилност. У другим случајевима, државне регулације као што је минимална зарада или гаранција запослења стварају нефлексибилност. Опет, у неком другом случају, опорезивање фирми за њихову радну снагу обесхрабрује запосленост.

Није мали број економских аналитичара који тврде да ниједна од ових теорија немају довољно доказа да подрже ове наводе, поготово у земаљама у развоју где су синдикати, по правилу, слаби, и где су минималне зараде и гаранција запослења одсутне категорије. У већини

земаља у развоју постоји велики неформални сектор што значи да, у теорији, државне регулације и минимална зарада би требало да има мали утицај на стопу незапослености (иако ће наравно изобличити привреду, уколико се пребаци већи део ресурса у неформални сектор). За ове економисте, ригидности које постоје у великој мери су последица самих тржишта.

3. Хетеродоксна економска политика

Постоје разноврсни алтернативи приступи у односу на стандардни кејнзијански и конзервативни. Они се у економској литератури срећу под именом хетеродоксни приступ. Генерално, економисти који се залажу за хетеродоксни приступ слажу се са принципијелним ставом кејнзијанаца да држава има веома значајну улогу у стабилизацији привреде. Међутим, за разлику од кејнзијанаца они тврде да држава то чини са далеко ширим спектром инструмената. Са њихове тачке гледишта, постоје многи механизми путем којих економска политика може деловати у правцу реализације кључних макроекономских циљева.

Економисти који заступају хетеродоксни приступ акцентирају ефекте понуде, промене структуре привреде, улогу очекивања, ограничења (укључујући и ограничења новчаних токова и кредита), широк спектар ефеката равнотежа на реалним и новчаним тржиштима, као и утицај економске политике на прераспodelу доходака. Хетеродоксни приступ рефлектује напредак у економској теорији више од три деценије, и наглашава важност тржишних ограничења која произилазе из несавршености, а поготово асиметрије информација, као што је одсуство ризика (или несигурност) на тржиштима и ограничења на тржиштима капитала.

Хетеродоксни приступ уочава значај понуде. Смањења или на страни агрегатне тражње или на страни агрегатне понуде могу довести до раста незапослености, пада надница и ценовне нестабилности. Поред тога, привредни шокови који негативно утичу на агрегатну тражњу често симултано смањују агрегатну понуду. Хетеродоксни приступ уочава многе позитивне ефекте политике понуде, док кејнзијанци наглашавају утицај на агрегатну тражњу. На пример, финансијски крах смањује инвестициону тражњу. Али иако то утиче негативно на билансе, такође делује и на спремност банака да позајмљују и спремност предузећа да производе, што се одражава на понуду као и на тражњу. Чак ће се и фирме које не оскудевају новцем можда одлучити за смањење производње уколико су њихови биланси погоршани. У контексту дугорочног раста, убрзани раст агрегатне тражње може имати позитивне ефекте на страни

понуде, услед повећане продуктивности генерисане економијом обима и повећаном употребом ресурса као што је радна снага.

Хетеродоксни приступ у земљама у развоју ставља акценат на специфичне проблеме везане за диверзификацију структуре производње, поготово усвајања технологије и других трошкова уласка на тржиште нових фирми. Такође, ставља акценат на улазак у сектор изложен повећањима прихода на широко индустријској бази. У овим секторима, раст индустријске производње ће резултирати расту прихода свих фирми у индустрији. Ове „екстерне економије“ су углавном у производним секторима, али све више преовлађују и у домену услуга. У том контексту, специфични подстицаји инвестиција у овим секторима могу бити важнији од стандардних кејнзијанских детерминанти инвестиција.

Као и многи конзервативци, хетеродоксни економисти акцентирају важност детаљније анализе понашања предузећа и домаћинства. Али док конзервативци углавном критикују кејнзијанце због немогућности да извуку устаљено понашање предузећа и домаћинства из ригорозне анализе како конкурентске, профитно оријентисане, рационалне фирме и домаћинства која максимизирају корист са савршеним информацијама и способношћу да се осигурају од свих ризика треба да се понашају, хетеродоксни економисти критикују конзервативце јер користе моделе понашања који су потпуно удаљени од стварности. Тржишта су често неконкурента. Домаћинства по правилу нису савршено рационална. А домаћинства и фирме не могу обезбедити сигурност на приватним тржиштима у односу на све битне ризике са којима се суочавају, и свакако не поседују савршене информације. Често постоје битне разлике у информацијама којима могу приступити (асиметричност информација). Домаћинства и предузећа знају за ово и то утиче на њихово понашање. Модели базирани на реалнијим претпоставкама понашања домаћинства и предузећа обезбеђују додатне разлоге за државну интервенцију у привреди.

Као и конезервативци, хетеродоксни економисти највише наглашавају интертемпорални контекст у коме се доносе одлуке о потрошњи и инвестицијама. Постављају питање животног прихода (перманентног дохотка). Заправо, животно доходак зависи од очекивања дохотка у будућности, јер појединци неће бити плаћени у садашњости за неке будуће услуге од рада, и не могу се осигурати од промена њихових реалних зарада у будућности. Инвестиције, такође, зависе од очекивања узимајући у обзир будуће цене и накнаде запосленима као и будуће ефективне тражње.

За хетеродоксне економисте формирање очекивања о будућој инфлацији и индексацији која је често праћена умереном или високом инфлацијом може бити веома значајно. Неки економисти чак заступају

контролу надница и цена да би утицали на очекивања. Други, пак, стављају акценат на споразумне процесе у којима радна снага, менаџмент и држава покушавају заједнички да се што боље упознају са ограничењима ресурса са којима се држава суочава. Како год, дистрибутивни конфликти леже у основи многих инфлаторних процеса, и начин на који држава одређује инфлацију може имати главни дистрибутивни утицај.

Свесност важности интертемпоралних ефеката доводи до тога да економисти мењају свој фокус са дохотка на наднице, и са утицаја економске политике и шокова на дохотке на њен утицај на биланс. Хетеродоксни економисти такође препознају ограничења у којима домаћинства и предузећа функционишу. На пример, кредитна ограничења, што значи да ће трошење предузећа и домаћинства бити ограничени сумом новца у оптицају.

Ограничења на тржишту капитала и осигурања су довела до развоја теорије аверзије ризика, кредитно ограничено предузеће. Ова теорија је била коришћена да објасни варијације у понуди, као и да обезбеди шири сет објашњења за варијације у тражњи него што су то учинили конзервативци или кејнзијанци. На пример, од кад предузећа потроше новац за инпуте, па све док не продају своје аутпуте, већина производње укључује и преузимање ризика. Пошто се предузећа не могу ослободити овог ризика, варијације у могућностима и спремности фирми да се носе са овим ризиком имаће за последицу варијације на криви понуде.

Са ове перспективе, понуда и тражња су испреплетане. Шок у агрегатној тражњи у једном периоду ће утицати на рентабилност, билансе предузећа, и на агрегатну понуду у будућем периоду. Хетеродоксни приступ тврди да стабилизациона политика мора да узме ове ефекте у обзир а када се узму обзир неке мере монетарне, фискалне и политике девизних курсева су мање ефикасне него што изгледају, док су друге, супротно, ефикасније.

Иако хетеродоксни приступ негује учвршћену и побољшану верзију традиционалне кејнзијанске анализе фискалне политике, анализа монетарне политике хетеродоксних економиста се значајно разликује и од анализе кејнзијанаца и од анализе монетариста. Према хетеродоксним економистима, главно питање није понуда новца, већ понуда кредита. Финансијске институције, а поготово банке, одређују ко је кредитно способан, колико ће позајмити сваком зајмотражиоцу, и под којим условима. Држава мора посебно да обрати пажњу на то како ови ефекти утичу на могућност и спремност самих финансијских институција да позајмљују. Држава утиче на понуду кредита не само преко стандардних механизма (као што су операције на отвореном тржишту), већ такође и

путем регулаторне политике и путем директних ограничења на кредитну могућност, поготово у земљама у развоју.

Хетеродоксни приступ описује још доста околности под којима монетарна политика може бити неефикасна и под којима би држава морала да се ослони на фискалну политику. Може бити тешко за монетаристе да наведу банке да позајмљују више. Ово поготово важи када банке виде позајмице као високо ризичне или када се њихови биланси погоршају на тај начин да невољно преузимају ризике.

Хетеродоксни модел, ослањајући се на биланс, новчану масу и кредитна ограничења обезбедио је оквир за дефинисање најбитнијих питања приликом креирања економске политике. На пример, значај опуса који се фокусира на дефлацију постаје све већи. Када привредна активност опада и јави се дефлација (или инфлација, која се мање очекује) редистрибутивне последице између зајмотражиоца и кредитора могу бити веома велике, и могу довести до стварања видљивих ефеката и на тражњу и на понуду. Хетеродоксни модели обезбеђују теоријске оквире у којим се ефекти дефлације могу испитати и могу се пронаћи алтернативна решења економске политике

Хетеродоксни модели такође виде ближе и комплексније везе између стабилизационе политике и привредног раста. На пример, стабилизациона политика која захтева велике промене у каматним стопама може негативно утицати на спремност предузећа да позајмљују, што може погоршати њихов будући раст. Ово поготово важи за земље у развоју где су тржишта капитала неразвијена.

Закључак

Кејнзијански приступ је заокупљен питањима незапослености и стагнације као облика кризних поремећаја у привреди. По присталицама овог приступа, потпуна тржишна равнотежа је недостижна, али је у поређењу са спорим самокоригујућим механизмом привреде, активистичка дискрециона политика, објективно говорећи, једино могућа.

Конзервативни приступ се темељи на неокласичном моделу функционирања привреде који предпоставља конкурентска тржишта, рационалне потрошаче и фирме које теже да максимизирају свој профит. Неокласичари привреду сматрају добро функционошућом и ефикасном, а периоди незапослености су привременог карактера. Из ове перспективе, државни утицај је непотребан. Чак и када се тржишта понашају несавршено, државне мере биће највероватније неефикасне и могу само да погоршају ствари. Државна интервенција као што је очување посла за већ запослене проузроковаће више незапослености. Државни утицај је чешће посматран као део проблема, него као део решења. Присталице овог

приступа у вођењу економске политике тврде да због низа индиректних ефеката који настају са сваком променом у економској политици проблеми привређивања постају много сложенији него што се мисли, при чему се за актере на тржишту поставља суштинско питање да ли ће наступити чекиване или неочекиване промене, као и да ли ће промене у економској политици бити трајне или привремене.

Хетеродоксне теорије тврде да постоје микроекономски проблеми који су основа макроекономских проблема. Према томе, микроекономске интервенције могу бити важан део привредних инструмената у препознавању макроекономских циљева.

ЛИТЕРАТУРА

Ј. Бајец, Љ. Јоксимовић, Савремени привредни системи, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2004.

Љ. Маџар, Љ. Макроекономско планирање и тржишна привреда, Савезни секретеријат за развој и науку, Београд, 2001.

П. Самјуелсон, В. Нордхаус, Економија, Мате, Загреб, 2009.

Б. Димитријевић, Н. Фабрис, Економска политика, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2007.

М. Јакшић, А. Прашчевић, А. (2010) Политичка макроекономија, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2010.

Н. Асоцела, Роџела економске политике, Мате, Загреб, 2009.

Цветановић, С. Теорија привредног развоја, Економски факултет, Ниш, 2004.

А. Прашчевић, Економске кризе и модели макроекономске политике, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2014.

М. Бурда, Ч. Виплош, Макроекономија, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2012, 31.

Џ. Стиглиц, Џ. Слободан пад: слободна тржишта и пад светске привреде, Нови Сад: Будућност, 2013.

Ж. Ристић, Р. Клинцов, П. Димитријевић, Државни менаџмент, Универзитет за пословне студије, Бања Лука, 2007, 116.

В. Лековић, „Економске (не)једнакости и њене импликације за одрживи развој“, Економски хоризонти, 2015, 17(2) 81 - 96

Dužanka Jovović, Ph. D.

Full Professor

ECONOMIC POLICY IN THE PREIODES OF CRISIS DISORDERS

Summary

It is possible to discuss the economic policy, in its real and complete sense, just after Keynes and his devotion to interventionist state in the forties of the twentieth century. This form of macroeconomic regulation in the literature can be seen as traditional economic policy. However, with the appearance of the structural crises during the seventies in the last century and detection of the phenomenon of stagflation, there appears a denial of expediency of Keynesian measures of economic policy and promotion of messages of monetarism, tender economy and theory of rational expectations, the ideas of which are gathered in this paper under the term of conservative approach to economic policy. Apart from Keynesians and conservatives whose measures of economic policy are of orthodox nature, during the last decade of the twentieth century there have appeared numerous economists who are devoted to the so-called heterodox approach to economic policy. An attempt of an overview of conceptual differences among the mentioned three approaches to economic policy has been done in the paper. The aim is to determine which measures of economic policy the representatives of these approaches to economic policy are devoted to in the conditions when the economy is characterized by a slowdown of the economic growth, reduction of public income and growth of the budget deficit, i.e. when crisis disorders are a characteristic of functioning of the economy.

Key words: economic policy, measures of economic policy, Keynesian approach, conservative approach, heterodox approach.

Др Љубомир Митровић
Редовни професор

**СТАНДАРДИ КВАЛИТЕТА И БЕЗБЕДНОСТИ ХРАНЕ –
ПРЕТПОСТАВКА ЗА ПОВЕЋАЊЕ ИЗВОЗА ПОЉОПРИВРЕДНО –
ПРЕХРАМБЕНИХ ПРОИЗВОДА СРБИЈЕ**

***Апстракт:** Наша земља је релативно богата пољопривредним ресурсима. У свим стратешко - планским и развојним документима пољопривреда и прехранбена индустрија означене су као један од сектора на чијим компаративним предностима ће се заснивати економска политика Србије у наредном периоду. Од пољопривреде и прехранбене индустрије се очекује отпочињање новог инвестиционог и развојног циклуса. У раду се анализирају структура пољопривредне производње и извозне могућности, при чему се констатује да је експортна стратегија прави пут за развој српске пољопривреде и прехранбене индустрије, Такође се указује да ће извозни резултати зависити од способности сектора да одговори захтевима за унапређење конкурентности пољопривредно – прехранбених производа, а посебно онима везаним за поштовање међународних стандарда квалитета и безбедности хране.*

***Кључне речи:** пољопривредно – прехранбена индустрија, извоз, тржиште, квалитет производа, безбедност хране, Србија.*

Увод

Република Србија је релативно богата пољопривредним ресурсима и пољопривреда представља једну од најзначајнијих привредних делатности. На то указују демографски и економски показатељи. Наиме, резултати Пописа (2011) показују да је учешће пољопривредног у укупном становништву било 6,8%, а активни пољопривредници чинили су 9,1% укупног активног становништва у Србији. У 2012. години у пољопривредно – прехранбеној производњи је остварено 11,8% укупног БДП Србије. Исте године пољопривредно – прехранбени производи чинили су чак 24,3% укупне вредности извоза Србије, а српска пољопривреда и прехранбена индустрија спадају у малобројну групу привредних делатности које су оствариле суфицит у спољнотрговинској размени (1.171 милиона US \$) и висок степен покривености увоза извозом (175%). Такође, наша земља располаже са 0,7 ха укупног пољопривредног, односно 0,46 ха коришћеног земљишта по становнику, а

Др Љубомир Митровић, редовни професор

што је два пута више у односу на просек земаља Европске уније (0,33 ха пољопривредног и 0,20 ха ораничног земљишта по становнику)¹. Ови подаци указују да Србија представља потенцијално аграрно извозну земљу. Међутим, резултати пољопривредне производње су неадекватни условима који за њу постоје, те стога још увек нису у потпуности у функцији динамичнијег и извозно усмеренијег развоја пољопривредне производње. Отуда да би српска пољопривреда повећала извоз мора стално да повећава конкурентност по цени и квалитету. Посебно треба мењати производну структуру у корист сточарске производње, развијати производње које су засноване на еколошким принципима и да се у производњи хране морају брже примењивати стандарди квалитета производа (ISO, HACCP И GLOBALGAP) и здравствено безбедне хране, односно заштите здравља потрошача.

Зато у многим земљама ради сигурности и квалитета производње хране је законски регулисана. Посебно законска регулатива развијених земаља и земаља ЕУ обавезује и веома је ригорозна током процеса производње хране. Наиме, увоз у ове земље неће бити могућ без сертификата који је практично доказ о квалитету производа. Наша земља увођењем стандарда квалитета у производњи хране створила је услове за приближавање ЕУ. Отуда је и донет Закон о храни (2009)² којим је јасно дефинисана здравствена исправност хране, хигијена и квалитет хране и одговорност у току производног ланца. Нема сумње, применом стандарда квалитета у производњи хране отклањају се препреке за извоз хране која је произведена у Србији, а самим тим и јача конкурентност на инострана тржишта. У том контексту у наставку сагледаћемо најпре неке од значајних стандарда квалитета и безбедности хране, а затим перформансе пољопривредне производње и спољнотрговинске размене пољопривредно-прехранбених производа Србије.

1. Стандарди квалитета и безбедности хране

У Републици Србији први међународни стандарди који су почели се примењивати су **ISO стандарди**. Српска привреда већ дуго користи ове стандарде. Иначе, међународна организација за стандардизацију ISO (International Organization for Standardization) представља највећу светску институцију за развој стандарда, а који се примењује у 162 државе. До сада у српској привреди нашли су примену следећи стандарди: систем менаџмента квалитетом – ISO 9001; систем еколошког менаџмента - ISO

¹ Обрада аутора на основу електронске базе податак РЗС.

² Видети: Закон о безбедности хране, Службени гласник РС бр. 41/2009.

14001; систем менаџмента безбедности хране - ISO 22000; систем менаџмента заштите и безбедности запослених - OHSAS 18001.

Очито да систем менаџмента за безбедност хране **ISO 22000** односи се на производњу хране и може да се односи на све субјекте који учествују у том ланцу. Када је реч о новом стандарду ISO 22000 : 2005 у основи има принципе HACCP система и са њим је допунљив.

Стандард квалитета HACCP³ (Hazard Analysis and Critical Control Points) представља скуп односно систем безбедности хране који се заснива на анализи и контроли потенцијалних биолошких, микробиолошких, хемијских и физичких опасности током процеса производње хране. Настао је са циљем дакле, да уклони непожељне случајеве као што су: тровања изазвана здравствено неисправном храном, разне врсте обољења које се преносе храном, присуство непожељних састојака или страних тела у храни и слично. Очито да HACCP систем сачињен је од две основне компоненте. Прва је **НА**, која обухвата идентификацију опасности у свакој фази процеса производње хране, као и процену значаја тих опасности по људско здравље. Друга је **ССР**, која представља фазе у производњи где се може контролисати и интервенисати како би се спречио или елиминисао ризик по безбедности хране и њихов утицај на прихватљив ниво.

Треба истаћи да HACCP стандард квалитета је од значаја не само за потрошаче већ и за произвођаче хране, јер се њиме регулише производња и промет здравствено безбедне хране. Наравно, примена овог система безбедности хране не омогућава увек 100% сигурност за потрошаче (кориснике), али "гони" произвођаче да производе храну на најквалитетнији и најбезбеднији начин. HACCP систем безбедности хране у ЕУ је законски обавезујући а што је регулисано директивом Савета Европе (Council Direktive 93/43/ЕЕС). Такође, да би земље које нису чланице ЕУ биле присутне на европском тржишту, потребно је да овај систем безбедности хране уведу као законску обавезу, јер досадашња пракса је показала да су привредни субјекти из ЕУ из области пољопривредно прехранбених производа постали значајно селективни у пословању са произвођачима (добављачима) из земаља које нису у оквиру ЕУ, инсистирајући од њих стриктну примену HACCP система. Зато је и Србија морала да приступи примени HACCP система безбедности хране, јер наше највеће експортно тржиште прехранбених производа је ЕУ (преко 50%). HACCP систем је законска обавеза у Србији на основу Закона о ветеринарству (Сл. гласник РС бр. 91/2005) и закона о

³ HACCP принципи, доступно на: <http://www.tehnologijahrane.com/enciklopedija/01-uvod-u-hacsp>, приступ: 06.09.2016. године.

безбедности хране (Сл. гласник РС бр. 41/2009). Како је и даље неопходно усклађивање и хармонизација законодавства у области безбедности хране потребно је доношење новог закона о безбедности хране. Према подацима министарства пољопривреде, све је више предузећа која подносе захтеве за сертификацију. Овим сертификатом предузећа ће отклонити интернационалне баријере на ЕУ и међународном тржишту и остварити далеко бољи ниво конкурентности. Треба рећи, да добијени НАССР сертификат има рок важења три године и обавезна је годишња надзорна контрола којом се продужава или пак губи право на квалитет.

GLOBALGAP систем квалитета настао је од стране великих трговинских ланаца (кућа), чија је активност повезана са трговином примарних пољопривредних производа (ланци супермаркета)⁴. У условима савремене примарне пољопривредне производње која се одликује високим степеном индустријализације, применом средстава као што су адитиви, хормони, пестициди, хербициди, што је изазвало велико незадовољство потрошача и губљења поверења у компетентне институције за контролу и безбедност хране у ЕУ. Зато су све већи захтеви потрошача за куповином природних, укусних и свежих производа, а који су произведени на природан и здрав начин и који не угрожавају животну средину. Отуда GLOBALGAP систем квалитета обухвата систем мера осигурања квалитета намирница, односно пољопривредних производа од засада па до фабричке прераде. Треба такође истаћи да GLOBALGAP систем квалитета је јединствен стандард који је применљив на све типове примарних производа и то како у биљној производњи (воће, поврће, комбиновани усеви, сточна храна, зелена кафа и чајеви, цвеће и украсно биље) тако и сточној производњи (говеда, овце, млечни производи, стока, живина). Такође GLOBALGAP систем је применљив и у аквакултури (пастрмка, лосос, шаран, сом, штука и остале врсте рибе).

Треба истаћи, да GLOBALGAP стандард није ни у једној земљи ЕУ законски регулисан, што значи да је добровољан и обавезан за произвођаче који настоје да своје производе продају великим трговачким центрима. GLOBALGAP сертификација се примењује у више од 80 држава у свету, као и да је обавезујућа у преко 60% светске малопродајне мреже.

Треба истаћи да добијањем GLOBALGAP сертификата потврђује се безбедност и контрола у производњи хране. Поред тога, омогућава се

⁴ Видети: GLOBALGAP, доступно на: <http://rpkins.com/standardi-u-poljoprivredi>, 05. септембар 2016. године.

боља конкурентност предузећа на европском и светском тржишту, а то има за коначан ефекат пораст профита предузећа.

HALAL систем је међународни стандард који се примењује у земљама са потрошачима муслиманске вероисповести. Он чини сет правила и смерница за производњу и припрему хране у складу са исламским и верским обичајима. Захтеви HALAL-а потичу из Курана и ширијатског закона који прописују шта је халал, а шта харам. Како на арапском језику халал значи дозвољено, то овај стандард забрањује употребу одређених производа као што су: свињско месо, крв, алкохол, месо мртвих животиња, месождера, магараца, пса, птица грабљивица, храни која се припрема са вином, колачи са било којом врстом алкохола и слично.

Треба истаћи, да HALAL систем поред наведених специфичних захтева, има највећи број захтева који су идентични са HACCP системом и ISO 9001. Стога и сертификација по HALAL стандарду је у одредбама здравствених, хигијенских и санитарних мера компатибилна са HACCP и ISO стандардима. Имајући у виду да је број становника муслиманске вероисповести у свету преко 1,6 милијарди (12% глобалне трговине је обухваћено HALAL тржиштом) то и постоји тражња на овим тржиштима за сертификатом по HALAL стандарду. За увођење HALAL стандарда у нашој земљи брине Агенција исламске заједнице. Она спроводи поступак провере и сертификације. Добијени сертификат важи годину дана и при томе, врши се редовна контрола од стране Халал контролора на тржишту хране.

HALAL знак доприноси препознатљивости HALAL производа на тржишту. У случају било ког одступања од стандарда, Агенција одузима сертификат, производи се повлаче са тржишта и покреће се одговарајући поступак. HALAL знаком могу се користити Агенција, произвођачи који су успешно испунили основни HALAL стандард, продавци, дистрибутери HALAL производа, као и други корисници по одобрењу Агенције⁵.

KOŠER стандард примењује се код припадника јеврејске верске заједнице. Он прописује производњу и припрему хране према посебним јеврејским прописима и обичајима. KOŠER сертификат гарантује да одређени прехранбени производ испуњава захтеве прописане Torahom (познатији као пет пророка Мојсијевих књига). Torah прописује који производи су прихватљиви за исхрану и начин на који морају бити припремљени како би били дозвољени у исхрани⁶.

⁵ HALAL стандард, досупно на: <http://www.kvalitet.org.rs/standardi/halal>, 04. септембар 2016. године.

⁶ Видети: KOŠER, досупно на: <http://www.kvalitet.org.rs/standardi/koser>, 05. септембар 2016. године.

KOŠER правила односе се на поједине групе производа. Наиме, месо само одређених врста животиња се сматра KOŠER: животиње које имају рокове и које су преживари (телетина и овчетина) што значи месо свиња и зечева нису KOŠER. Такође све живине не спадају у KOŠER. Од живине дозвољене су само кокошке, ћурке, гуске и патке. С тим у вези веома је важан начин клања истих животиња. Наиме, да би месо било KOŠER потребно је животињу заклати на тачно одређен, ритуалан начин којим се животињи не задаје бол, а обред клања обавља обучено лице. Месо заклане животиње (на овај начин подвргава се контроли да би се установило да ли је била присутна нека болест) да би на крају биле уклоњене изнутрице, нерви и крв из животиње, јер је конзумирање забрањено. Што се тиче риба да би она била јестива, односно да буде KOŠER потребно је да у промету има пераја.

Када је реч о вођу (сем појединих производа од грожђа) и поврћу по правилу су KOŠER. Сир такође је KOŠER уколико је произведен од млека KOŠER животиње. Међутим, KOŠER стандард забрањује да се месо и млечни производи припремају и конзумирају заједно. Исто тако, месо, јаја и органи од животиње које није Кошер нису дозвољени.

Сертификат који гарантује да су производи у складу са KOŠER захтевима, се добија од рабина, док одлуку о одобрењу KOŠER сертификата доноси ЕСК (European Central Kashrut). До KOŠER сертификата се лакше долази уколико се већ поседују неки од међународних стандарда (НАССР, HALAL и сл.).

Треба истаћи, да храну која испуњава KOŠER стандард конзумирају и припадници муслиманске вероисповести, затим, вегетаријанци, као и људи који су алергични на различите врсте хране.

BRC стандард (British Retail Consortium) развијен је од стране удружења трговаца у Великој Британији – BRC, који заступа све продавце од малих, независних приватних продавница, до великих продајних ланаца и робних кућа, као алат малопродаји за евалуацију испоручилаца прехранбених производа који су се продавали под њиховим робним маркама и помоћ у поштовању прописа⁷.

BRC стандард данас је постао општи стандард за храну. Наиме, овај стандард прихваћен је широм света од стране многих компанија, чак и оних које нису у индустрији хране, као основа за процену добављача и робе која се продаје под приватним робним маркама. Иначе, данас BRC стандарди постоје за следеће области: безбедност хране; крајњи производи; паковање и амбалажа и складиштење и дистрибуција. Овај

⁷ Видети: BRC, доступно на: <http://www.kvalitet.org.rs/standardi/brc>, 05. септембар 2016. године.

стандард захтева: усвајање и примену НАССР принципа, документован и функционалан систем управљања квалитетом и стандард за контролу фабричког окружења, производа, процедура и особља. Када је реч о циљевима стандарда они се могу огледати кроз увођење добре произвођачке праксе и то кроз следеће: помоћ трговцима на мало у испуњавању законских прописа; заштита потрошача држањем под контролом значајних опасности по здравље које могу бити изазване храном; већа безбедност производа и мањи ризици од одговорности по основу производа; мотивација запослених; повећање задовољства корисника и осигурање конкурентности.

Треба истаћи да сертификација ће се односити на производе који су израђени или припремљени на локацији на којој је извршено оцењивање и обухватиће складишта која су под директном контролом менаџмента на лицу места.

GOST – R стандард подразумева групу стандарда коју утврђује Евроазијски савет за стандардизацију, методологију и сертификацију. Треба истаћи да ови стандарди су често строжији од норми Европске уније и међународних стандарда квалитета. GOST – R стандарди квалитета односе се на стандарде везане за извоз воћа из Србије на тржиште у Руску Федерацију. Иначе, ова група стандарда поред осталих привредних грана обухвата и прехранбену индустрију. Посебно за извоз производа на руско тржиште неопходно је остварити GOST – R сертификат. У овом стандарду одређена је листа производа за које се подразумева обавезна или добровољна усаглашеност. Обавезна усаглашеност робе је предуслов за несметан прелаз границе и приступ на руско тржиште. Добијени сертификати важе три године.

БИО сертификати (Органски сертификати) спадају у групу посебних стандарда квалитета хране и ови сертификати гарантују да је храна произведена у органском поступку. Како је ово строго контролисана производња то добијање ових сертификата значи да су испуњени високи захтеви у производњи хране. Овај вид производње хране искључује употребу хемијских средстава и добијени производи имају високу биолошку и хранљиву вредност, а на светском тржишту постижу и знатно већу цену. Иначе, потребни услови за сертификацију се разликују од државе до државе, међутим, генерално укључују пакет стандарда за гајење, складиштење, прерађивање, паковање и пошиљку. Циљ сертификације је да се обезбеди квалитет, спречи злоупотреба и промовише трговина органском храном. У данашњим условима трговине храном потребан је БИО сертификат, како би сви корисници у ланцу трговине били сигурни да су купили природну, односно органску храну, посебно крајњи корисници, јер морају да се ослоне на сертификациона тела како би били сигурни да су купили квалитетнији органски производ.

Зато је код органске сертификације обавезно строго раздвајање (физичко) органске производње од конвенционалне производње. Наравно, зато су потребне сталне инспекције које ће надгледати производњу у току производног процеса.

2. Перформансе пољопривредне производње и спољнотрговинске размене пољопривредно – прехранбених производа Србије

Имајући у виду да је циљ Србије што пре улазак у ЕУ, то неопходно је да се српски пољопривредно – прехранбени производи прилагоде условима и захтевима које намеће тржиште ЕУ, односно светско тржиште. Наша земља је релативно богата пољопривредним ресурсима и да је експортна стратегија развоја пољопривреде прави пут за развој српске пољопривреде. Развојна стратегија мора се заснивати на повећању искоришћености расположивих ресурса, а са тиме и повећању извоза пољопривредних производа за које постоји платежна тражња и чији би степен финализације био већи како би се повећала конкурентност и нова вредност. Наравно, за ефикасан извоз није довољна само ефикасна производња пољопривредних производа, већ је потребна и државна интервенција путем субвенција, као и аграрна улагања, јер слободна спољна трговина не доводи до максималне ефикасности привреде а такође њиме не може обезбедити потпуна прехранбена сигурност. У том смислу, дакле, потребно је поштовање презентованих стандарда о безбедности и квалитету производа.

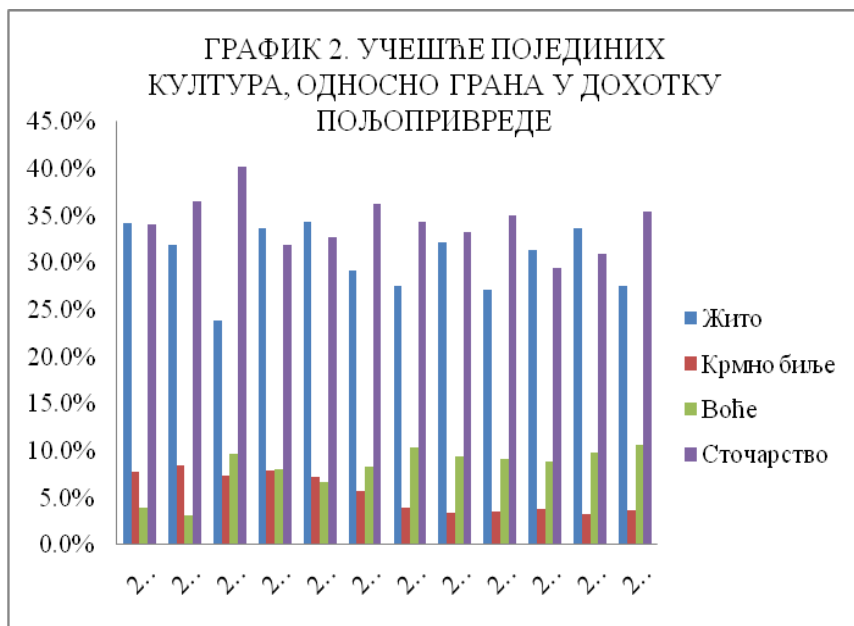
Погодности природних услова и дуга традиција у производњи утицали су на хетерогеност пољопривредне производње у нашој земљи. Наиме, међу најзначајнијим српским производима по којима је наша земља позната у ЕУ и свету презентирани су у табели 1. После најзаступљенијег кукуруза и осталих житарица, такође смо познати са производњом индустријских биљака, као и по производњи воћа и поврћа које има значајно место у извозу наше земље.

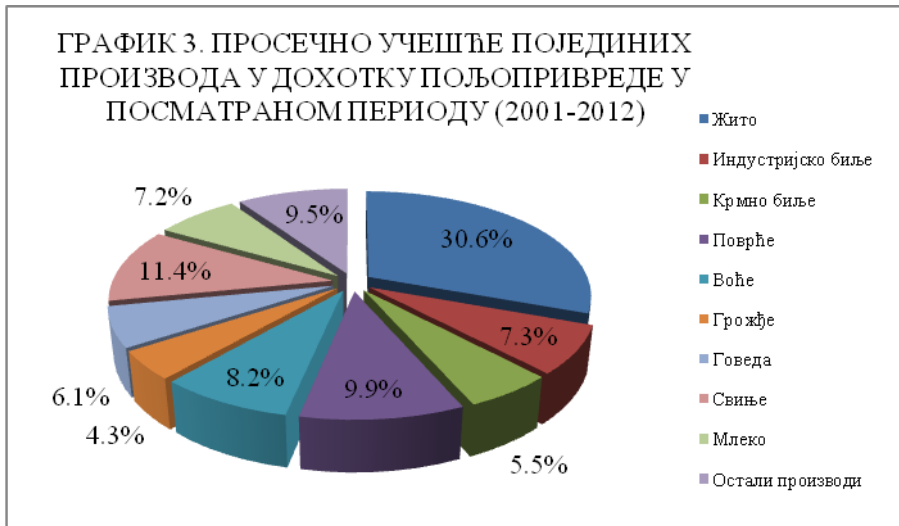
Табела 1. Процентуално учешће појединих производњи у укупној вредности производње

Година	001	002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Просек
Жито	4,2	31,9	23,8	33,7	34,4	29,2	27,5	32,2	27,1	31,4	33,7	27,5	30,6
Индустр. биље	4,7	5,7	5,6	6,1	6,5	7,1	8,0	7,7	7,5	9,6	9,0	10,5	7,3
Крмно биље	7,8	8,4	7,3	7,9	7,2	5,7	3,9	3,4	3,6	3,8	3,3	3,7	5,5
Поврће	10,5	9,6	10,1	9,9	11,0	11,4	9,3	8,0	9,4	13,0	8,6	8,3	9,9
Воће	4,0	3,2	9,7	8,0	6,7	8,3	10,3	9,4	9,1	8,8	9,8	10,7	8,2
Грожђе	4,7	4,6	3,3	2,5	1,5	2,0	6,6	6,0	8,3	3,9	4,7	3,9	4,3
Биљна производња	65,9	63,4	59,8	68,1	67,3	63,7	65,6	66,7	65,0	70,5	69,1	64,6	65,8
Говеда					6,0	7,0	6,5	5,9	6,5	5,3	5,6	6,2	6,1
Свиње					12,5	13,7	10,0	11,2	12,6	9,7	9,4	11,7	11,4
Овце и козе					2,0	2,1	2,0	1,6	1,8	1,8	1,8	1,7	1,9
Живина					2,0	2,1	2,4	2,2	2,6	2,3	3,0	3,0	2,5
Млеко					7,7	8,7	7,7	7,3	6,2	5,8	6,6	7,3	7,2
Јаја					0,3	2,5	2,5	2,3	2,1	1,8	2,1	2,9	2,3
Вуна и остало					0,2	0,2	3,2	2,7	3,2	2,7	2,5	2,6	2,2
Сточарство	34,1	36,6	40,2	31,9	32,7	36,3	34,3	33,3	35,0	29,4	31,0	35,4	34,2

Извор: Студија "Ефекти либерализације царина на пољопривреду Републике Србије" СЕЕДЕВ, 2010 и "Економски рачуни пољопривреде у Републици Србији 2007-2014." Публикација РЗС у едицији СТУДИЈЕ И АНАЛИЗЕ, број 83, Београд, 2015.

Имајући у виду да је друштвени производ, односно бруто домаћи производ израз произведених материјалних добара (под условом да су цене сталне), то динамику пољопривредне производње можемо да анализирамо и на основу динамике бруто домаћег производа. Из табеле 1 и график 3 уочавамо да је просечно учешће биљне производње у структури бруто остварене вредности у Републици Србији за период 2001-2012. године 65,8%, а 34,2% из сточарске производње, а што је мање него у земљама ЕУ (70% сточарска производња, а биљна производња 30%). Иначе, структуру пољопривредне производње у 2012. години чине: ратарска производња 52,1%, виноградарство 4,3% и воћарство 8,2%, док сточарство чини 35,4% (графикон 1 и 2).





Треба истаћи, да овако недовољно, односно смањено учешће сточарске производње у укупној вредности српске пољопривреде не омогућава исплативност, да већина пољопривредних газдинстава нема задовољавајућу економску снагу за ефикасан развој и организацију такве сточарске производње која ће бити у стању удовољити условима сличним онима у сточарски развијеним земљама.

Евидентно је да "пољопривредна производња у Републици Србији је великим делом екстезивне природе и као таква изложена је јаком утицају временских прилика посебно суше. Низак ниво и непотпуна примена агротехничких мера у биљној производњи, мали проценат наводњаваних површина, недовољан генетички потенцијал и неизбалансирана исхрана стоке, имају снажне последице на осцилације у биљној и сточарској производњи.⁸

Чињеница је да неразвијене земље захваљујући спољнотрговинској размени остварују велике приходе путем извоза пољопривредних производа. Наиме, од овог извоза зависи да ли ће неразвијена земља моћи да остварује бржи темпо сопствене индустријализације, могућност куповине репродукционог материјала, резервних делова, опреме за индустрију и сл. Време је показало да у условима када су биле сушне године или поплаве неразвијене земље нису могле да извозе пољопривредне производе, што се битно одразило на трговински биланс. Искристализовано је правило да је извоз пољопривредних производа значајнији уколико је земља привредно неразвијенија (мада и овде има

⁸ Стратегија пољопривреде и руралног развоја Републике Србије за период 2014 – 2024, Службени гласник РС бр. 85/14, 2014.

изузетка). Заправо, допринос извоза пољопривредних производа опада с привредним развојем, али остаје и код високоразвијених земаља.

Када је рел о извозу српске пољопривреде највећи део се односи на тржиште ЕУ, а како се ове земље у последње време суочавају са структурним вишком пољопривредних производа, то су наше шансе на овом тржишту смањене. Зато питање повећања извоза захтева један комплексан приступ овом проблему. Ту се пре свега, мисли на повећање ефикасности наше пољопривреде како би се створили услови за пораст конкурентности наших пољопривредних производа на светском тржишту.

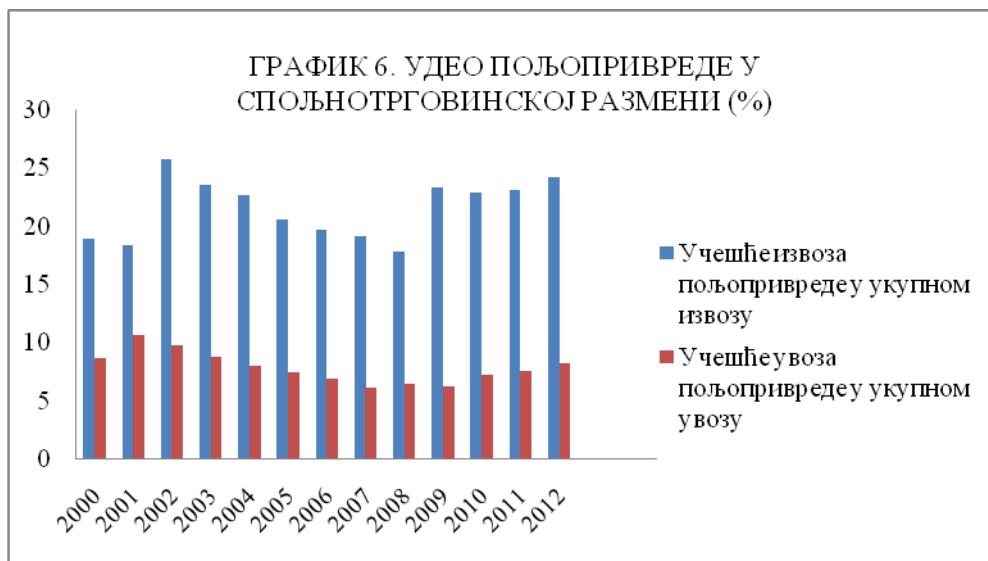
Већ је константовано да код неразвијених земаља у структури извоза доминирају углавном производи пољопривредног порекла. То можемо потврдити и на примеру Србије. Наиме, након укидања економских санкција нашој земљи први производи који су кренули у извоз су пољопривредни производи. Тако су енергенти увезени из Руске Федерације плаћени баш извозом производа из пољопривреде. Такође, увоз савремене технологије (индустријске опреме) се плаћа баш извозом производа пољопривредног порекла. У структури извоза српске привреде пољопривредно-прехранбени производи су у време отпочињања светске финансијске кризе (2008. године) учествовали са 17,8%. Колико је то високо учешће говоре следећи подаци развијених земаља ЕУ. Наиме, у структури извоза развијених земаља у 2008. години пољопривреда била је заступљена веома мало: Грчка 4%, Шведска, Шпанија, Француска 2%, Аустрија 1,5%, Велика Британија 1%, Белгија испод 1%⁹. Из табеле 2 можемо константовати да Србија од 2005. године има константно позитиван спољнотрговински салдо (суфицит) размене пољопривредно прехранбених производа. Званични статистички подаци о обиму и структури извоза пољопривредних производа показују да су у извозу доминантне сировине (житарице и шећер), тачније производи нижег степена прераде, а што се негативно одражава на конкурентност домаће пољопривредне производње, односно аграра а самим тим и на остварену нову вредност.

Табела 2. Учешће пољопривредно - прехранбених производа у спољнотрговинској размени Србије

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Извоз-укуп (мил. USDs)	1558	1721	2075	2471	3523	4482	6427	8824	10973	8344	9794	11779	11228
Извоз пољ. пре.про.	295,6	316,7	534,1	584,0	800,1	924,4	1265,6	1685,8	1957,5	1945	2241	2722,0	2723
%	19,0	18,4	25,7	21,2	22,7	20,6	19,7	19,1	17,8	23,3	22,9	23,1	24,3
Увоз-укуп. (мил. USDs)	3330	4261	5614	7477	10753	10461	13172	18553	22875	16056	16734	19862	18929
Увоз пољ. пре.про.	286,7	453,1	548,7	654,2	855,6	772,8	905,6	1122,1	1466,5	1002	1205	1494	1552
%	8,6	10,6	9,8	8,7	8,0	6,9	6,0	6,0	6,4	6,2	7,2	7,5	8,2
Салдо разм. пољ. пр. (мил. USDs)	+8,9	-136,4	-14,6	-70,2	-88,5	+151,6	+360,0	+569,8	+491	+943	+1036	+1228	+1171

Извор: СГ РС по годинама, РЗС, Београд.





Ипак видно смањење учешћа пољопривреде и производње прехранбених производа у укупном извозу забележено је у периоду отпочињања светске финансијске кризе. Међутим, после 2009. године учешће пољопривреде и производње прехранбених производа у укупном извозу ће имати растући тренд (график 4) тако да Србија у спољнотрговинској размени пољопривредних и прехранбених производа остварује значајан суфицит, који од 2010. године прелази милијарду долара.

Табела 3. Структура извоза пољопривреде и прехранбене индустрије Републике Србије, 2009-2012.г (у мил USD)

	2009	2010	2011	2012
0 Храна и живе животиње	1509,0	1768,1	2091,5	2095,4
00 Живе животиње, осим одсека 03	56,6	66,6	74,1	59,3
01 Месо и прерађевине од меса	64,5	59,5	58,8	63,6
02 Млечни производи и птичја јаја	64,3	68,9	90,7	86,0
03 Рибе, љускарџице, мекушци и прерађевине	5,4	4,3	4,4	4,1
04 Житарице и производи на бази житар.	477,3	578,6	731,8	834,5
05 Поврће и воће	452,4	528,9	657,6	538,8

06 Шећер, производи од шећера и мед	158,6	215,8	187,3	195,3
07 Кафа, чај, какао, зачини и произв.	83,7	84,1	84,9	77,9
08 Сточна храна (осим жита у зрну)	61,6	74,0	102,1	132,1
09 Разни производи за исхрану и прерађ.	84,4	87,3	99,6	103,6
1 Пића и дуван	249,0	231,8	273,9	286,1
11 Пића	193,0	176,5	215,0	213,0
12 Дуван и производи од дувана	56,1	55,3	58,8	73,1
2 Сирове мат. нејестиве, осим горива	63,0	96,6	130,4	126,3
21 Коже и крзно, сирови	13,7	28,0	36,6	38,6
22 Уљано семење и уљани плодови	23,2	42,0	61,1	57,8
29 Животињске и биљне сирове материје	26,1	26,6	32,7	29,9
4 Жив. и биљна уља, масти и воскови	121,9	144,3	200,9	195,8
41 Животињска уља и масти	1,5	1,6	3,3	3,1
42 Чврсте биљ. масти и уља, сиров., раф.	115,7	137,9	189,1	184,4
43 Жив. и биљне масти и уља, прерађ.	4,6	4,8	8,5	8,3
Извоз пољопривреде и прехран. индус.	1942,9	2240,8	2696,7	2703,6
Укупан извоз	8344,3	9794,5	11779,5	11227,9
Увоз пољопривреде и прехранб. индустр.	1002,0	1205,4	1404,7	1492,0
Биланс СТ размене пољ. и прехран. индустр.	940,8	1035,4	1292,0	1211,6
Учешће у укупном извозу	23,3	22,9	22,9	24,1

Извор: РЗС Спољно трговински робни промет Републике Србије, по текућем курсу USD (СТ12). Саопштења бр: 196(2011), 197(2012). Преузето: Поповић Весна, Грујић Биљана, Робна и регионална структура извоза пољопривреде и прехранбене индустрије Србије, Агроэкономика бр. 63-64, Нови Сад, 2014, стр. 5.

Из табеле 3 и графикана 6 уочавамо да је у 2012. години дошло до пораста вредности извоза пољопривредно прехранбених производа на 2704 млрд USD. Када је реч о структури извоза у 2012. години онда можемо запазити да је храна чинила 77,5% извоза пољопривредних производа, пића и дуван 10,6%, сирове материје нејестиве, осим горива 4,7%, а животињска и биљна уља и масти 7,2%. Учешће пољопривредног у укупном извозу је високо и износи 24,1% у 2012. години и указује како на компаративне предности пољопривреде и производње хране у извозу, тако и на споре структурне промене у привреди земље. У извозу доминирају следеће групе производа: житарице и производи на бази жита и поврће и воће, затим пића, шећер и производи од шећера и чврсте биљне масти и уља. Учешће наведених пет група производа у 2012. години износи 72,7% колико и у 2011. години (73,4%). Анализа такође показује да је учешће извоза пољопривреде и прехранбене индустрије у 2012. години износило 24,1%, док је учешће увоза пољопривредно прехранбених производа у укупном увозу било 7,8%. То практично значи да је сваки четврти долар у 2012. години зарађен извозом хране, а да је сваки тринаести долар од укупног српског увоза дат на име увоза пољопривредно прехранбених производа.

Уколико би сагледали регионалну дистрибуцију извоза пољопривреде и прехранбене индустрије, могли би запазити да извоз у ЕУ-28, чланице ЦЕФТА и Руску Федерацију у 2012. години чинио је око 96% извоза овог сектора. Подсећамо да Србија има потписане Споразуме о слободној трговини¹⁰ (што омогућава српским произвођачима да извезу у свим земљама без царина и других надокнада, а за неке производе - јунетина, шећер и вино, одређена је дозвољена количина (квота) увоза на годишњем нивоу), са наведеним земљама, мада Србија је закључила Споразуме о слободној трговини и са земљама ЕФТА, Турском, Белорусијом и Казахстаном, али је њихово учешће у укупном извозу пољопривредних и прехранбених производа незнатно.

Треба истаћи да на тржишту ЕУ у 2012. години пласирано је највише пољопривредно прехранбених производа (51%). У извозу најзаступљенији пољопривредни производи су воће – малине и вишње, смрзнуте, затим, жито – пшеница и кукуруз, меркантилни, као и шећер -

¹⁰ Циљ Споразума о слободној трговини је да се унапреди конкурентност домаће производње, хармонизација стандарда у области квалитета и безбедности хране, понуде квалитетних производа по нижим ценама као и повећање тржишности производње, што за коначан ефекат има пораст извоза.

шећер од шећерне репе, чврст, рафинисан и биљна уља – уље од сунцокрета, сирово и рафинисано, сојино уље, сирово¹¹.

Извоз на тржиште земаља чланица ЦЕФТА у 2012. години чинио је 39% извоза пољопривредних и прехранбених производа. Ово је друго велико извозно тржиште на коме се из Србије највише извозе жито и производи од жита – пшенично брашно, као и пића. Затим, извоз живих животиња (највећи део) и месних прерађевина, рибе и прерађевина, пића, кафе, чајева, какаа и зачина, млечних производа и прерађених животињских и биљних масти и уља реализује се на тржишту тих земаља.

Извоз у Руску Федерацију у 2012. години износио је око 6% укупног извоза пољопривредних и прехранбених производа. У Русији се највише извозило воћа и поврћа као и у мањем обиму млечних производа. Од воћа Русија је највећи увозник српских јабука, грожђа, трешања, вишања, јагода, а од поврћа највише увози свежег парадајза, младог кромпира, купуса, краставаца и корнишона. Очекује се интензивирање извоза на руском тржишту. Посебно је данас изражена тражња за свињским месом и млечним производима као резултат обустављања увоза из ЕУ због украјинске кризе.

"Међутим, иако квалитет производа и цена нису спорни за српске извознике, бројни проблеми се јављају у домену већег извоза пољопривредно прехранбених производа из Србије у Русију. Неки од најзначајнијих проблема јесу: 1) мали капацитети производње и мала извозна понуда из Србије; 2) велики број поддистрибутера и високе марже (што значајно поскупљује производе у малопродаји; 3) административна спорост у решавању спољнотрговинских проблема и питања ветеринарских, фотосанитарних и других услова извоза; 4) променљиви и бројни захтеви које Русија поставља пред српске извознике"¹²

Нема сумње, Србија има потенцијале за раст извоза пољопривредних производа на овим тржиштима. Поред тога, потребно је радити на повратак на старим и проналажење нових тржишта пољопривредних и прехранбених производа. Свакако резултати извоза ће зависити од могућности пољопривредног сектора да задовољи тражњу како по квантитету тако и квалитету производа. У том смислу неопходно

¹¹ Обрада аутора на основу података РЗС и Стратегије пољопривреде и руралног развоја Републике Србије за период 2014-2024. године, Службени гласник РС број 85/14.

¹² Параушић Весна, Цвијановић Драго, Михаиловић Бранко, Извозни потенцијали и ограничења пласмана пољопривредно – прехранбених производа из Р. Србије на тржиште Руске Федерације, Међународни научни скуп ИПЕС-СР 2013, "Искусства и перспективе економске сарадње Србије и Русије", Економски факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2013, стр. 327.

је и поштовање утврђених стандарда о безбедности и квалитету производа.

Закључак

Кретања на светском тржишту пољопривредно – прехрамбених производа, либерализација трговине са ЕУ, ЦЕФТА и Руском Федерацијом учинили су да у циљу опстанка и развоја значајно мораћемо да повећамо ниво конкурентности хране. То значи да је неопходно и прилагођавање захтевима тржишта у погледу континуитета и квалитета извоза хране. Наша земља је усвојила значајне међународне стандарде, односно сертификате о квалитету (ISO, HACCP, GLOBALGAP) како би се стекле боље позиције на међународном тржишту. Преко ових сертификата омогућено је да се лакше дође до неких од специфичних сертификата. Тржишна оријентисаност како на домаћем тако и на међународном тржишту данас је све више усмерена на органске производе па се неки од праваца развоја овог сектора могу препознати у производњи наших традиционалних производа из домаће радиности, органских производа и производа познатог географског порекла. То је наша развојна шанса и могућност да искористимо расположиве потенцијале.

ЛИТЕРАТУРА

Закон о безбедности хране, Службени гласник РС бр. 41/2009.

Спољно трговински робни промет Републике Србије, Саопштења бр. 196 (2011), 197 (2012), РЗС, Београд.

Весна Параушић, Цвијановић Драго, Михаиловић Бранко, Извозни потенцијали и ограничења пласмана пољопривредно-прехрамбених производа из Р. Србије на тржиште Руске Федерације, Међународни научни скуп ИПЕС – СР 2013, "Искуства и перспективе економске сарадње Србије и Русије", Економски факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2013.

Весна Поповић, Биљана Грујић, Робна и регионална структура извоза пољопривреде и прехрамбене индустрије Србије, Агроэкономика бр. 63-64, Нови Сад, 2014.

Стратегија пољопривреде и руралног развоја Републике Србије за период 2014-2024, Службени гласник РС бр. 85/14, 2014.

Економски рачуни пољопривреде у Републици Србији 207-2014, Публикација РЗС у едицији Студије и Анализе, бр. 83, Београд, 2015.

Електронска база података РЗС.

Љубомир Митровић, Допринос и унапређење макроекономских агрегата агроиндустријског сектора Србије на путу ка ЕУ. Тематски зборник – научно истраживачки пројекат "Законодавство Републике

Србије – стање, циљеви и даљи развоји за период 2013-2015", Правни факултет Приштина – Косовска Митровица, 2015.

<http://www.tehnologijahrane.com/enciklopedija/01-uvod-u-haccp>

<http://rpkans.com/standardi-u-poljoprivredi>

<http://www.kvalitet.org.rs/standardi/halal>

<http://www.kvalitet.org.rs/standardi/koser>

<http://www.kvalitet.org.rs/standardi/brc>

Ljubomir Mitrović, Ph. D.

Full Professor

STANDARDS OF QUALITY AND FOOD SAFETY-A PREREQUISITE FOR INCREASING EXPORTS OF AGRICULTURAL – FOOD PRODUCTS OF SERBIA

Summary

Our countr is relatively rich in agricultural resources. In all stategic planning and development documents, agriculture and food sectors, have been designated as one of the sectors on which comparative advantage will be based on the economic policy of Serbia in the future. From agriculture and food industry is expected to start up a new investment and the development cycle. This scientific work analyzes the structure of agricultural production and export capabilities, where it is stated that the export strategy is a right path for the development of Serbian agriculture and food industry. It also indicates that the export results will depend on the ability of the sector to meet the demands for the improvement of the competitiveness od agricultural and food products, especially those related to compliance with international standards of quality and safety of food.

Key words: agri – food industry, export, market, product quality, food safety, Serbia.

Др Сузана Димић
Асистент

НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ И ОБЛИКОВАЊЕ ОПТИМАЛНОГ МОДЕЛА ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

Апстракт: *Начело правичности опорезивања представља један од кључних принципа приликом обликовања пореза на доходак. Вредносни ставови о овом принципу мењали су се током времена, од појаве пореза на доходак са изражајном редистрибутивном улогом до данашњих дана. Класичан trade-off између правичности и економске ефикасности у избору оптималног модела опорезивања дохотка актуелан је у амбијенту глобализацијске покретљивости капитала и настојања развијених земаља и земаља у транзицији да обезбеде привредни раст. Давање приоритета економској ефикасности довело је до битних промена у опорезивању дохотка. Уместо свеобухватног концепта дохотка, који подразумева исти порески третман свих прихода без обзира на изворе, креатори националних пореских политика прибегавају повољнијем пореском третману прихода од капитала, увођењем неких варијанти flat tax и дуалног пореза.*

Кључне речи: *начело опитости, начело равномерности, хоризонтална и вертикална правичност, оптимални модел опорезивања дохотка.*

1. НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ ОПОРЕЗИВАЊА

Теоретичари су давно учили да у примарној расподели дохотка и имовине, насталој у тржишној привреди под утицајем различитих фактора, постоје разлике у материјалном положају пореских обвезника. Познатом немачком теоретичару Вагнеру нетачно се приписује теза о нивелисању богатства путем пореза. Његово социјално политичко начело само има за циљ да се терет пореза тако распореди да сиромашнији плаћају мање, а имућнији више.¹ Наравно, ни у савременим пореским системима се не може говорити о прерасподели богатства од богатих ка сиромашним, већ о остваривању одређених циљева социјалне политике путем опорезивања. У савременим условима улога социјалне државе у свим областима, па и у домену јавних финансија, је усмерена само на ублажавање, али не и на укидање социјалне неједнакости. У

¹ Јован Ловчевић, Институције јавних финансија, Београд, 1997, 80.

демократским друштвима постоје ситуације које захтевају уплитање у стање расподеле. Управо порези и трансфери представљају такав механизам помоћу кога се могу редовним путем вршити исправке у стању расподеле на начин који најмање штети ефикасном функционисању тржишта.²

Велики напредак у остваривању правичности у опорезивању учињен је тек укидањем сталешких привилегија у француској револуцији и увођењем *опитости (универзалности) пореске обавезе*. Прописивањем пореских ослобођења, када се пореским обвезницима из економских, социјалних, политичких и других разлога умањује порески терет, није нарушен принци општости. У неким случајевима ослобођења и изузећа се признају управо да се обезбеди правичност опорезивања.³ Из социјално-политичких разлога прописује се тзв. *егзистенцијални минимум*, који представља ону висину дохотка пореског обвезника која је потребна за задовољавање његових минималних егзистенцијалних потреба (попут хране, одеће, становања и сл.) Шта се сматра егзистенцијалним минимумом разликује се од државе до државе, наравно, у богатијим обухвата шири круг потреба у односу на сиромашне. Међутим, живот на садашњем степену развоја цивилизације подразумева да би требало укључити и културни минимум. Поред физиолошког, у неопходни минимум би требало унети и расходе које порески обвезник има на одржавању духовног живота.⁴ Све чешћи су захтеви у теорији да се поред изузимања егзистенцијалног минимума од опорезивања, лицима која не располажу економском снагом одређене висине држава осигура ту економску снагу, тако што ће из јавних прихода издвојити потребна новчана средства до утврђене висине. Лице чија је економска снага изнад прописаног минимума за егзистенцију плаћало би порез, док би лицу које не располаже тим износом, поступком сличним опорезивању, из државне благајне био исплаћен остатак. Такав модел опорезивања дохотка у теорији је познат под називом негативно опорезивање.

Друга компонента начела правичности опорезивања је *начело равномерности*, које подразумева да порески терет буде равномерно распоређен. Концепт правичног опорезивања савремена теорија најчешће заснива на принципу плаћања пореза према економској снази⁵. Од пореског система се захтева да буде хоризонтално и вертикално правичан.

² Richard Musgrave, Теорија јавних финансија, Београд, 1973, 14.

³ Вид.: Ј. Ловчевић, *op.cit* 93.

⁴ *Ibid*, 133.

⁵ Односно принцип способности плаћања (енг. *ability-to-pay-principle*) (Дејан Поповић, Наука о порезима и пореско право, Open Society Inaritude Constittional and Legislative Policy Institute, Budapest и Савремена администрација, Београд, 1997, 184).

Хоризонтална правичност постоји када се порески обвезници који имају исту економску снагу једнако опорезују. Из разлога практичне природе као мерило економске снаге пореског обвезника не узима се целокупно његово благостање,⁶ већ видљиви показатељи као што су: доходак, потрошња и имовина. У теорији има залагања за увођење, поред традиционалног опорезивања потрошње путем пореза на промет (ПДВ, акцизе), субјектног пореза на потрошњу. Овај концепт, који за пореску основицу узима потрошњу пореског обвезника за разлику од уобичајеног пореза на промет, доживео је неколико покушаја примене у пракси. Захтев за *вертикалном правичношћу* је испуњен уколико лица са већом економском снагом плаћају већи порез. Хоризонтална правичност обезбеђује правичност пореског система, а вертикалном правичношћу се постиже праведна прерасподела дохотка.⁷

У функцији правичне расподеле пореског терета, у одређеним случајевима долази до диференцираног пореског третмана лица, која би по принципу хоризонталне правичности требало једнако опорезовати. Тако се може догодити да се лица која остварују исту висину дохотка различито опорезују у зависности од личних и породичних прилика (нпр. порески обвезник издржава децу). Управо код субјектних пореза,⁸ којима припада порез на доходак, води се рачуна о овим околностима, јер утичу на економску снагу пореског обвезника.

У погледу вертикалне правичности отвара се дилема у избору пореских стопа: пропорционалних или прогресивних. Одређивање врсте и висине пореске стопе јавља се као један од најважнијих инструмената пореске политике. За остваривање социјалнополитичких циљева опорезивања погодан је порез на доходак управо због коришћења прогресивних стопа. Како са растом дохотка расте и стопа постиже се да порески обвезници са већом економском снагом плаћају већи износ

⁶ Целокупно благостање пореског обвезника би укључивало садашњу потрошњу, будућу потрошњу, поседовање имовине и уживање у доколици. Овакво свеобухватно мерило се не може операционализовати, посебно вредновање доколице (*ibid*, 185-186).

⁷ Вид. Howell H. Zee, "Personal Income Tax Reform: Concepts, Issues and Comparative Country Developments", IMF Working Paper 05/87, 2005 и Х. Хрустић, "Принцип правичности у опорезивању дохотка грађана у ЕУ и у Србији", Социјална мисао 3/2010, 174.

⁸ Поповић говори о **савременим субјектним порезима** који су везани за одређену личност и чија висина пореске обавезе зависи од личних и породичних прилика и укупне економске снаге пореског обвезника. Са друге стране, указује на **тзв. субјектне порезе у ужем смислу**, који су везани искључиво за постојање личности. Такви су били **главарина** и **војница** (плаћала сва мушка лица стасала за војску) (вид. Д. Поповић, *op.cit* 47).

пореза на доходак. На избор прогресивног опорезивања пресудно би требало да утичу циљеви редистрибутивне политике. Прогресивни порези представљају меру која доприноси социјалној сигурности и задовољству уколико се њима доприноси смањењу разлика у дохотку.⁹

Примена прогресивних стопа код опорезивања дохотка је једна од мера за ублажавање регресивног дејства пореза на промет (пре свега ПДВ). Поред позитивних особина (попут издашности, угодности плаћања пореза и сл.) порезу на промет се ставља замерка у погледу начела правичности опорезивања. Приликом расподеле пореског терета не води се рачуна о економској снази пореског обвезника, јер сва лица приликом куповине одређеног производа или коришћења одређене услуге плаћају исти номинални износ пореза. Уколико је прогресивним опорезивањем дохотка ублажено, односно, уклоњено регресивно дејство посредних пореза постиже се тзв. *компензаторна прогресија*. Ако је висина прогресивних стопа утврђена тако да је не само потпуно анулирано регресивно дејство посредних пореза, већ је постигнуто да богатији порески обвезници, посматрано са аспекта плаћања свих пореза, процентуално плаћају већи порез од обвезника са нижом економском снагом успостављена је *апсолутна прогресија*.¹⁰ Тек у том случају постиже се прогресија, посматрано са аспекта пореског система као целине.

2. TRADE-OFF ПРАВИЧНОСТИ И ЕФИКАСНОСТИ У ИЗБОРУ ОПТИМАЛНОГ МОДЕЛА ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА

Када говоре о оптималном опорезивању, за економисте су релевантни економичност и правичност. Стандард савремене економске мисли, економија благостања, води рачуна о оба циља. Како је порез на доходак такав порески облик погодан за редистрибутивну улогу, значајна пажња у литератури је посвећена контрадикторности ова два циља - тзв. *trade off* правичности и ефикасности у избору оптималног модела. Већом прогресивношћу у опорезивању постиже се унапређење правичности. Редистрибуцијом дохотка, прогресивним опорезивањем у систему пореза на доходак и добро таргетираном социјалном политиком, утиче се на

⁹ Dieter Brummerhoff, Javne financije, Mate, Zagreb, 2000, 324.

¹⁰ Božidar Jelčić et al., Financijsko pravo i financijska znanost, Narodne novine, Zagreb, 2002, 152-153.

смањење неједнакости. С друге стране, већа прогресивност у опорезивању има негативне ефекте на ефикасност, јер изазива веће дисторзије.¹¹

У балансирању између правичности и ефикасности економисти користе две посебне функције друштвеног благостања: утилитаристичку и ролсовску. Према утилитаризму друштвено благостање је једнако збиру корисности свих појединаца. Порези би требало да омогуће да гранична корист од прихода - губитак корисности до којег долази услед одузимања једне новчане јединице од појединца - мора бити иста за све појединце. За утилитаризам се традиционално сматрало да пружа образложење за прогресивно опорезивање.¹² Екстреман став заузео је професор филозофије са Харварда Џон Ролс (John Rawls). Према овом приступу познатом под називом Ролсова функција друштвеног благостања, друштвено благостање једнако је користи појединца који је у најгорем положају. Порески систем (и остало у вези са социјалном политиком) мора бити тако конципиран да максимира његово благостање. То значи да треба увећавати пореске стопе за све обвезнике осим за оне у најгорем положају, до тачке прикупљања највећих пореских прихода. По Ролсу нема места за *trade off*, јер док се повећава благостање појединца који је у најгорем положају повећава се и друштвено благостање, при чему није важно колико је тај процес неефикасан.¹³

Док су се развијене земље суочавале са успоравањем привредног раста, земље у транзицији су имале проблем стагнације привредног раста, па чак и његовог назадовања. У усресређености ка привредном развоју, порези се све више користе у развојној функцији. У погледу њихове социјалне функције ствари су далеко компликованије, јер један део економске теорије и политике развоја предност даје економским циљевима. Занемаривање социјалне функције оправдава се користима које настају када се порески систем налази примарно у привредној функцији.¹⁴ У том случају се за вођење социјалне политике препоручују друге мере, нпр. социјални трансфери.

Хронична потреба за страним капиталом у недостатку сопственог у земљама у транзицији, као и мобилност капитала услед глобализације, довели су до тренда да се приходи од капитала блаже опорезују у систему опорезивања дохотка физичких лица. Теоријско објашњење се налази у

¹¹ Саша Рањеловић, Анализа алтернативних модела пореза на доходак физичких лица - ефекти примене у Србији, (докторска дисертација), Економски факултет Београд, 2012, 86.

¹² Joseph E. Stiglitz, *Ekonomija javnog sektora*, Ekonomski fakultet Beograd, 2004, 485.

¹³ *Ibid*, 102 и 484-486.

¹⁴ Santini Guste, "Elementi za reformu poreznog sustava", *Ekonomija/Economics* 2/IX, 349.

начелу економске ефикасности опорезивања. Ону врсту дохотка која је мање еластична (у овом случају - рад) треба оштрије опорезовати од дохотка који је више еластичан (у овом случају - капитал), према правилу инверзне еластичности. Само тако опорезивање неће утицати на постојећу субоптималну алокацију ресурса. Међутим, испуњавање услова са аспекта ефикасности, предузимањем мера којима се смањује дисторзивно деловање пореза, налази се у противречности са начелом правичности опорезивања. Неједнак порески третман различитих врста дохотка утиче на хоризонталну правичност, јер порески обвезници исте економске снаге не плаћају једнак износ пореза. *Trade off* правичности и ефикасности се испољава и у супротном смеру, када се разним мерама покушава да унапреди правичност опорезивања у систему пореза на доходак. Већом прогресивношћу се постиже вертикална правичност, да порески обвезници јаче економске снаге плате већи порез, али то се негативно одражава на економску ефикасност, јер изазива веће дисторзије.

Прихватање нужности развојно оријентисане пореске политике, међутим, отвара питање настанка неких "нежељених" појава у пореским системима савремених држава. Проблем са обезбеђивањем фискалног амбијента који би био у функцији привредног раста, у условима глобализације и либерализације тржишта капитала врши притисак на смањење пореских стопа, нарочито у малим отвореним привредама.¹⁵ У условима велике мобилности неких пореских основица, поједине пореске јурисдикције користе повољнији режим да их привуку. Пореска конкуренција постаје инструмент за привлачење мобилног капитала који захтева ниже фискалне трошкове у потрази за брзом оплодњом.¹⁶ Таква пореска конкуренција може довести до штетних последица по остале пореске јурисдикције, као што је смањење пореских прихода.

Однос између ова два контрадикторна циља се мењао, историјски посматрано. Током 1960-тих и 1970-тих година већи значај у обликовању пореских система дат је хоризонталној и вертикалној правичности опорезивања. Погодност пореза на доходак за редистрибутивну улогу била је остварљива значајним присуством синтетичког пореза на доходак у пракси. Пикети, француски економиста, наводи да је главна новина у 20. веку у погледу пореза био прогресивни порез на доходак и да је одиграо централну улогу у смањењу неједнакости.¹⁷ Моделирање пореза на доходак у првим деценијама 21. века даје другачији одговор на дилему

¹⁵ OECD, "Tax Reform Trends in OECD Countries", OECD 50th anniversary, Challenges in designing competitive tax systems, Paris, 2011, 13.

¹⁶ Милева Анђелковић, Јавне финансије и финансијско право, Правни факултет Ниш, 2012, 197.

¹⁷ Тома Пикети, Капитал у XXI веку, Нови Сад, Академска књига, 2015, 531.

између два конфликтна принципа опорезивања. Битне промене у опорезивању дохотка настале су након таласа пореских реформи који је средином 1980-тих година захватио велики број земаља. У домену опорезивања дохотка снижене су пореске стопе, проширена пореска основица и укинут велики број пореских олакшица. Пореска реформа, пре свега, била је одраз промене у економској филозофији и економској политици. Разочарења резултатима државног интервенционизма су довела до опадања вере у економску улогу државе и оживљавање вере у ефикасност тржишта.¹⁸ Направљен је помак у вредносним ставовима економских теоретичара и креатора пореских политика. Уместо на вертикалној правичности, нагласак је на ефикасности.¹⁹ Док је средином 20. века владао широко распрострањени консензус да порези треба да се користе као инструменти социјалне политике, која има фундаменталну функцију у прерасподели дохотка и богатства, данас влада растући консензус да порези не треба да се користе у те сврхе.²⁰

Померање приоритета опорезивања од вертикалне правичности ка ефикасности делом је последица глобализације. Уместо синтетичког пореза који подразумева једнак порески третман свих прихода без обзира на изворе, као одговор на глобалну покретљивост капитала, креатори националних пореских политика прибегавају повољнијем пореском третману прихода од капитала. У условима повећане пореске конкуренције, приоритетни циљ јесте задржавање капитала на унутрашњем тржишту, а за оне земље које не располажу овим важним економским ресурсом то је привлачење страног капитала. У таквим условима државама је веома тешко да, слободно, у складу са својим пореским суверенитетом, одређују стопе пореза на приходе од капитала. У улози модератора савремених пореских система налазе се земље извознице капитала, коју остварују преко моћних међународних финансијских организација ради заштите својих интереса.²¹

Промене у опорезивању су настале и као последица негативног искуства економиста и креатора пореских политика са високим маргиналним стопама од 1970-тих до 1990-тих година.²² За разлику од претходног периода, све је присутније уверење да су високе пореске стопе

¹⁸ Cedric Sandford, "Why tax systems differ", A Comparative Study of the Political Economy of Taxation, Fiscal publications, 2000, 161.

¹⁹ *Ibid*, 162.

²⁰ Sven Steinmo, "The evolution of policy ideas: tax policy in the 20 th century", British journal of Politics and International Relations, Vol. 5, No 2, 2003, 228.

²¹ Марина Димитријевић, "Правичност и актуелно моделирање пореских система у свету", Зборник радова Правног факултета у Нишу. 70/2015,289.

²² S. Steinmo, , *op.cit*, 230.

углавном неефикасне у прерасподели дохотка и богатства. Неколико студија у развијеним земљама је утврдило да прогресивне стопе имају изненађујуће слабе ефекте прерасподеле. Мада способност пореза на доходак да утиче на редистрибуцију дохотка варира од земље до земље, генерално, мишљења су неких аутора, постоје озбиљна ограничења о коришћењу пореског система за прерасподелу дохотка, нарочито у земљама у развоју и земљама са великим неједнакостима.²³

ЗАКЉУЧАК

Класичан *trade-off* између правичности и економске ефикасности је актуелан у амбијенту у коме развијене земље и земље у транзицији настоје да обезбеде привредни раст. Већом прогресивношћу се побољшава правичност опорезивања, али она има негативне ефекте на економску ефикасност, јер изазива веће дисторзије.

Вредносни ставови о односу ова два важна принципа опорезивања су се мењали током времена. Од пореза са изражајном редистрибутивном улогом, првобитно намењеном опорезивању богаташа, развојем економије између два светска рата, створени су услови да порез на доходак постане масовни порез. Владе су уочиле велики потенцијал, јер је све већи број људи остваривао дохотке, преласком са пољопривреде на индустрију. У послератном периоду имао је централно место у остваривању редистрибутивне улоге пореза, институционализоване у прогресивном порезу на доходак.

Битне промене у опорезивању дохотка настале су са таласом пореских реформи 1980-тих година. Пореске стопе су снижене, пореска основица проширена, а сужен круг пореских подстицаја. Ове промене су означавале унапређење алокативне неутралности, јер под утицајем нове, неолибералне, економске филозофије, долази до промене идеје о економској и редистрибутивној улози државе. Померање приоритета опорезивања од вертикалне правичности ка економској ефикасности делом је последица глобализације. Као одговор на глобалну покретљивост капитала, креатори националних пореских политика прибегавају повољнијем пореском режиму прихода од капитала. На промене у опорезивању дохотка утицало је и то што је све већи број теоретичара и креатора пореских политика уочавао слабе редистрибутивне ефекте прогресивног пореза на доходак.

²³ Richard M. Bird, Eric M. Zolt, "Redistribution via Taxation: The limited Role of the Personal Income Tax in Developing countries", *Annals of Economics and Finance*, Forthcoming Article, 20, 28.

ЛИТЕРАТУРА

- Анђелковић, М. *Јавне финансије и финансијско право*, Правни факултет у Нишу, 2012;
- Bird, M.R., Zolt, M.E., "Redistribution via Taxation: The limited Role of the Personal Income Tax in Developing countries", *Annals of Economics and Finance*, Forthcoming Article;
- Brummerhoff, D., *Javne financije*, Mate, Zagreb, 2000,
- Guste, S., "Elementi za reformu poreznog sustava", *Економја/Еconomics 2/IX*, 349
- Димитријевић, М., "Правичност и актуелно моделирање пореских система у свету", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 70/2015, 277-292;
- Jelčić, V. et al., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2002,
- Ловчевић, Ј., *Институције јавних финансија*, Београд, 1997, 80.
- Musgrave, R., *Теорија јавних финансија*, Београд, 1973
- OECD, "Tax Reform Trends in OECD Countries", *OECD 50th anniversary, Challenges in designing competitive tax systems*, Paris, 2011;
- Пикети, Т., *Капитал у XXI веку*, Нови Сад, Академска књига, 2015;
- Поповић, Д., *Наука о порезима и пореско право*, Open Society Inaritude Constitutional and Legislative Policy Institute, Budapest и Савремена администрација, Београд, 1997
- Рањеловић, С., *Анализа алтернативних модела пореза на доходак физичких лица - ефекти примене у Србији (докторска дисертација)*, Економски факултет Београд, 2012;
- Sandford, C., "Why tax systems differ", *A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*, Fiscal publications, 2000
- Stiglitz, J., *Економја јавног сектора*, Економски факултет Београд, 2004;
- Steinmo, S., "The evolution of policy ideas: tax policy in the 20 th century", *British journal of Politics and International Relations*, Vol. 5, No 2, 2003
- Хрустић, Х., "Принцип правичности у опорезивању дохотка грађана у ЕУ и у Србији", *Социјална мисао* 3/2010, стр. 173-188;
- Zee, H.H., "Personal Income Tax Reform: Concepts, Issues and Comparative Country Developments", *IMF Working Paper 05/87*, 2005

Suzana Dimić, Ph. D.
Teaching Assistant

THE PRINCIPLE OF FAIRNESS AND THE CREATION OF AN OPTIMAL MODEL OF PERSONAL INCOME TAX

Summary

The principle of tax fairness is one of the key principles in the design of income tax. Value judgments on this principle have changed over time, since the income tax with expressive redistributive role to this day. The classic trade-off between equity and economic efficiency in the selection of optimal model of taxation of income in the current atmosphere of globalization the mobility of capital and the efforts of developed countries and countries in transition to ensure economic growth. Giving priority to economic efficiency has led to significant changes in the taxation of income. Instead of a comprehensive concept of income, which includes the same tax treatment of all income regardless of the sources of national tax policy makers resort to more favorable tax treatment of income from capital, introducing some variants flat tax and the dual income.

Key words: Personal Income Tax, modern tax systems, principle of fairness

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВОПРАВНА
ОБЛАСТ

Др Владан Михајловић
Редовни професор

ПРАВДА КАО ОСНОВ МОРАЛНЕ ЕГЗИСТЕНЦИЈЕ (ОДРЖАВАЊА) И РАЗВИТКА ЉУДСКЕ ЛИЧНОСТИ

Апстракт: *Човек је одавно суочен са идејом правде, оним што је добро (или зло) за њега као појединца и заједницу у којој живи. Античка епоха и њени рани филозофи Софисти су покренули ту идеју и размишљања о добру и злу онда када су се нашли пред првим озбиљним изазовима зла, неправде, несреће (ропства) које су чињене појединцима и групама. Античка епоха је створила идеал правде који је и до данас остао недостижан. У античкој варијанти праведног друштва правда је добила божански смисао и савршенство али се утемељила у таквом поредку у коме се поштују добри закони који теже постизању општег добра. Такав поредак тражи праведне људе којима путем закона и васпитања треба усадити најбоље особине и врлине. Оне ће их подстицати да теже општем добру, себичне интересе потчињавају заједничким интересима и вредностима. Такав идеал правде није остварен ни до данашњих дана. Много векова касније, грађанско друштво је покушало да оствари друштвену правду која се заснивала на признању и поштовању правне и политичке једнакости. Но и та формално правна и политичка једнакост није довела и до стварне једнакости. Потврђује се да је једнакост тешко остварити. Правда или правичност се не огледа у некаквој пукој једнакости иако то на први поглед изгледа тако. Јер немогуће је да се изједначе, једнако третирају они који се разликују међу собом по способности, таленту, раду и залагању. Либерални капитализам је демантовао ту илузију о формалноправној једнакости па је каснији, развијенији капитализам модификовао ту идеју правде и правичности. У духу те нове политичке (дистрибутивне) правде коригује се индивидуализам у интересу социјалне правде тако што се допуштају друштвене и привредне неједнакости међу људима под условом да се надокнаде већим добром за све, а пре свега оне чланове друштва који се налазе у најтежем положају.*

Правда као општи циљ и принцип води у правичност са којом се конкретизује у појединачним случајевима. Колико год тежили правди морамо да будемо свесни ограничења која стоје пред њом. Постоје бројне препреке и предрасуде: друштвене, националне, политичке, идеолошке, верске и др. које спрачавају друштво (и појединца) да досегне до праведног поредка достојног цивилизованог живота.

Др Владан Михајловић, редовни професор

Кључне речи: *правда као антички идеал, праведно друштво, појединац као оличење врлине, право као извор правде, политичка (дистрибутивна) правда, право и правичност, правда на размеђи силе и права.*

УВОД

Човек се развио и издвојио од околине, других природних створења као индивидуа у природном смислу. Но он је данас више друштвено биће које се одржава и развија помоћу друштвених веза и комуникација. И у људском и друштвеном смислу он је морално биће које зна да одабере оно што је за њега добро и пожељно али и за заједницу у којој живи. Од како постоји он (човек) има осећај за добро, правично, оно што вреди за њега и што га одваја од других природних (животињских) врста које то немају. То успостављање човека као праведног бића је свакако трајало али се догодило врло рано. Већ онда када се суочио са првим изазовима, појавама неправде, зла, мржње и сл. човек је почео да тежи правди, праведности, за њу да се бори и жртвује. Но, иако на неки начин исконски тежи правди он није увек био или остао праведан. Његова природа је дубоко противуречна, онолико колико је испуњена љубављу, племенитошћу и разумним понашањем толико је често насилна, неподношљива и испуњена изливима неконтролисаних страсти и инстинкта. У крајњој линији ми се још увек одржавамо тако што оно разумно и добро у нама надвладава оно што је зло и неразумно и што нас повремено спопада и обесмишљава нашу хуманост. Верујемо и учимо себе и друге да добро увек на крају побеђује зло и за то смо захвални нашој природи која тежи да буде праведна. Она нас учи, усмерава да будемо исправни, да се снађемо и суочимо са различитим животним изазовима и одаберемо оне циљеве или путеве којима ћемо се кретати и који ће нас довести до тога да будемо напредни и племенити али и корисни за друштво у коме живимо. За човека, у односу на његов родни појам, правда би требало да буде универзална. Она се обезвређује, умањује ако оно што је праведно једном није праведно и другом. Но, друштвени живот је сложен и противуречан због чега и људски односи и свачије понашање постаје компликовано када се анализира и оцењује са гледишта правде, правичности. Зато уместо некакве потпуне, идеалне правде данас схватамо и прихватамо њену релативизацију, то да се различито схвата, одређује. Она је најближа праву, с њим се на неки начин римује, слаже али има и свој филозофски, религијски, друштвени и историјски аспект. Но, како год да је одређујемо или тумачимо она је потребна појединцу и заједници. Само појединац који је праведно настројен може да тежи праведном друштву. И обрнуто, друштво које тежи да буде праведно мора да негује, гради вредносне критеријуме по

којима ће да се потврђују, долазе до изражаја праведни и добри људи а запостављају, потискују или остављају по страни, без пажње они који су им супротни (неправедни, зли). Од почетка своје индивидуализације човек је правду доживљавао као једнакост са себи сличним, другим човеком. То је била природна правда коју су најранији антички филозофи-софисти изводили из природног права које је све људе учинило једнаким. Иако се идеја и доктрина природног права дуго одржала (па и до наше модерне епохе) она није успела да у друштвеном поретку, организацији модерног друштва сачува ту идеју природне правде. Шта више ни сви поборници идеје природног права или природне правде нису је исто прихватили и схватили. Познато је да су чувени антички филозофи (Платон, Аристотел и др.) оправдавали ропство као некакво природно стање, тврдећи рецимо, као Аристотел да је природно да господар има потпуну власт над робом и наређује му, а да је овај предодређен да слуша и покорав се његовим наредбама, заповестима.¹ Умеренији заступници идеје правде схваћене као једнакост су ту правду и једнакост ублажавали и релативизовали. И сам Аристотел је веровао у некакву једнакост али само међу једнакима као што је и дозвољавао (оправдавао) да међу неједнакима постоји неједнакост.² Временом, са развојем класног друштва (епохе) и јачањем модерне државе уместо природног права се развило позитивно право па је и идеја некакве урођене, природне правде изгубила своју снагу и значај. У одсуству друштвене моћи односно једнакости, када смо изложени некој друштвеној, државној неправди ми се спонтано позивамо на природну правду, призивамо њену божанску моћ. Њој придајемо божанску снагу која је једино у стању да казни неправедне а заштити праведне, исправи друштвене неправде и неједнакости у које смо туђом кривицом запали и које туђом кривицом морамо да трпимо или испаштамо. Колико год да смо се у друштвеном смислу еманциповали и одвојили од својих урођених страхова и предрасуда на крају ипак остајемо верни својој природи. Онда када нас изневере механизми и правила друштвеног живота и регулативе ми немамо куда него да се враћамо уназад, призивамо некакво стање природне равнотеже и правде (једнакости) која ће да обезбеди нарушени друштвени ред, поредак.

I

Правда је људски појам, припада свима и сваком је разумљива. Она није нешто урођено, што постоји мимо нашег сазнања. Како каже Ј.

¹ Милован Марковић, Васо Меденица, Социологија, Приштина, 1998. год. стр. 26.

² Аристотел, Политика БИГЗ, Београд, 1975. год. стр. 66.

Кубиџец, то није оно што човек затиче у бићу, него га ствара као биће.³ Но правда постоји и ван људи, има вишу димензију и мисију и онда говоримо о божанској правди. О њој мало знамо, а више наслућујемо, према њој нисмо сумњичави, у њу слепо верујемо када прихватамо њен суд као коначан и највиши и то онда када затаји људска правда. Док не дочека божанску правду, човек мора да се ослања на ову нашу, овоземаљску, она му је доступна и може да је осети и провери у свакој животној ситуацији. Но и та људска правда није једноставна и једнозначна него је сложена, апстрактна и разноврсна појава. О правди можемо најпре да филозофирамо, то раде филозофи када размишљају апстрактно и користе појмове и термине који су компликовани и већини људи неразумљиви. На нижем степену општости или уопштавања је морална правда. И она је мисаона категорија о којој може нашироко да се расправља али је ближа човеку, мање-више позната и разумљива сваком. Она није видљива и доступна нашем опажању али је доступна нашој души и срцу јер је тешко наћи човека без морала и савести. Иако близак човеку, и морал није једносмерна улица у коју се лако улази и не може да се залута. И он је сложен и слојевит, а то важи и за правду коју ствара, која није иста за сваког и непроменљива.⁴ Правда као морална вредност је повезана са начелом праведности, то је вредносно начело расподеле по коме се одређује колико добара и колико терета треба дати субјектима појединих друштвених односа.⁵

Иако правда има библијско порекло она није одржала ауторитет религије, није испунила њен завет да буде општељудска, прихватљива свима. У моралном смислу правда није постала општа и објективна, не стоји према нама као идеалан узор коме се дивимо, него као људско дело које се проверава и примењује али и оспорава. Чим се примени, правда ризикује да се обесправи, да постане неправда, јер оно што је праведно за једне – неправедно је за друге. Зато правда не постоји по себи и за себе. Но о њој се говори афирмативно јер је потребна људима да би их надахнула, ујединила и покренула у акцију за остварење заједничког добра и интереса. Без ње је тешко натерати човека да се жртвује, лиши неког добра у интересу других, ограничи у понашању и спречи да му похлепа одузме људскост и осећање да у животу постоје границе које не сме да прекорачи.

³ Мр Данко Кубиџец, Правне вредности, структура и основне врсте, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Београду, Београд, 1992, 107.

⁴ Стеван Врачар, Универзалност принципа правде, чланак из Зборника „О правди и правичности“, Дом културе, „Студентски дом“, Београд, 1995, 42.

⁵ Др Милорад А. Жижић, Увод у право, уџбеник, Косовска Митровица – Нови Пазар, 2009, 156.

Антички мислиоци су правди дали божански смисао када су је поставили у средиште света, заговарали божански закон који обезбеђује складност људског живота и заједнице. Но они су правду осмислили и у људском смислу, дали јој људски, субјективни квалитет. У том античком смислу правда се доживљавала, изједначавала са врлинама, са посебним особинама људских бића.⁶ Бити праведан у том античком смислу значило је досегнути до врлина достојних античког идеала који тежи савршенству, пуноћи и разноврсности живота. Зато су и великани античке мисли, Платон и Аристотел били посвећени тој мисији, проналажењу идеала правичног човека. Нешто пре њих и Сократова мисао и филозофија се кретала у налажењу оквира правичног живота и постављања границе и односа између правде и неправде, правичног и неправичног делања.⁷

У сваком смислу та античка правда је била оличење савршенства, истински људски и друштвени циљ коме се тежило – досегнути до правде и живети у праведном друштву и поретку. Но такву правду је било лакше замислити него је постићи. То није пошло за руком ни Платону ни Аристотелу јер у крајњој линији друштвене прилике њихове епохе (класни сукоби, устанци робова, ратови и др.) нису погодиле остварењу једног савршеног и хармоничног стања живота у коме влада потпуна праведност, правичност. Иако су нас класици античке политичке и филозофске мисли надахнули савршеним идеалом правде ту правду не смемо да мистификујемо. Њу треба да доживљавамо реално и стављамо у оквире сложених и противуречних друштвених прилика и односа у којима живимо.

II

Човеку је најближа и најразумљивија правда која се постиже путем права, правно одређена и сврстана у правну категорију. Таква правда се обезбеђује у држави, посредством ње и у њу су веровали још најранији антички филозофи. Још је Платон проповедао да људска заједница (држава) не може бити постојана и делотворна ако у међусобним односима њени припадници не поступају праведно.⁸ Ова правда коју обезбеђује право није апстрактна и сувопарна. Она је јасна и конкретна јер је и само право егзактно и разумљиво сваком појединцу који треба да га поштује и повинује се његовим заповестима. У том маниру проф. Коста Чавошки помиње Радбруха по коме идеја права не може бити ништа друго

⁶ Милан Матић, Милан Подунавац, Политички систем, Београд, 1997, 203.

⁷ Ibid, 203.

⁸ Вид. Платон, Држава I 351 c-352a.

него правда.⁹ Зато се правда меша са правом, често постају синоними, воде једно и друго. Право добија на значају онолико колико у себи поседује ауторитет правде. Примарни циљ права је не да штити интересе једне или друге групе или класе него да тежи постизању правде за све. Тако за Дел Векија правда је саобразна закону (праву), а и закон треба да буде саобразан правди.¹⁰ Но нису сви наклоњени правној правди, нити консеквентно прихватају став да је право исто што и правда. Ханс Келзен на право превасходно гледа као на норму (заповест) која прописује санкцију. Оно је принудног карактера, спроводи принуду која може морално да се оспорава и супроставља идеји правде, праведног. Овакав позитивистички (келзеновски) приступ праву инсистира на принудном карактеру права или просто прихватању права без примеса правде.¹¹ У том позитивистичком смислу тај идеал правде у праву се сужава и по критичком схватању Данила Басте своди на функцију да емпиријски правни материјал конституише као поредак.¹² У сваком случају право тежи правди, да буде праведно и колико у томе успева то је фактичко друштвено па и политичко питање. То зависи од различитих друштвених, политичких и других околности које треба да су наклоњене томе да се право саобрази правди. Идеал правде јесте вечит али у крајњој линији и недостижан у одсуству друштвених, правних и других механизма за његово постизање. Иако је идеал правде старији од права не можемо се само поуздати у њега а лишити права и његовог принудног карактера. Колико једноставно изгледа правда толико може и да буде компликована, променљива, недоступна свима, често двосмислена када једне задовољава, а другима наноси неправду. Право колико год да је принудно није лишено праведности и када некад фаворизује једне на рачун других. Право тежи успостављању друштвене равнотеже (па и хармоније) а то је сложен, дуготрајан процес у коме позиције појединаца и друштвених група нису фиксирани. Некада право више штити интересе једних а некада више интересе других група (класа). Оно не стаје трајно на једну или другу страну него тежи заштити општег добра, постизању мира и одржавању равнотеже која је преко потребна ради постизања стабилности друштвеног поретка.

⁹ Вид. Коста Чавошки, Увод у право, књига I, уџбеник, „Драганић“, Београд, 1996.год.

¹⁰ Ђорђе Дел Векио, Право, правда и држава, Издавачко предузеће и Геца Кон, Београд, 1940, 1.

¹¹ Вид. Љубомир Тадић, Филозофија права, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1996, 196-197.

¹² Данило Н. Баста, „Келзеново разарање правде“ Предговор књизи Х. Келзена „Шта је правда“, Филип Вишњић, Београд, 1998, 170.

III

Грађанско друштво је са развојем политичке демократије донело и своја мерила правде и њен нови облик – политичку правду. Насупрот друштвеној правди по којој је правично све оно што друштво рационално уреди, политичка (индивидуалистичка) демократија је развила идеал правде као једнакости.¹³ По овом концепту демократске правде која одговара демократској владавини сви су људи једнаки и без обзира на разлике у квалитету и социјалном положају се третирају на исти начин. Политичка правда се изводи из квалитета или својства датог политичког система па тако оно што је праведно у демократском режиму није и у неком другом-аристократском, монархистичком и сл. Демократија инсистира на једнакости људи и по њој је праведно само оно што људе чини једнаким. Но они то у ствари никад нису или тешко могу да буду. Недемократски режими политичку правду изводе из политичке моћи појединца (аутократија) или група (аристократија). У духу реалистичке политичке доктрине таква политичка правда се изводи из воље и моћи оних који владају и који имају право да чине шта хоће. Они (владари) су суверени и како је то својевремено тврдио Жан Боден (као теоретичар монархистичке суверености) та сувереност монарха значи његово право да се стави и изнад самог права, да га крши.¹⁴ По Томасу Хобзу, та политичка правда произилази из свемоћи владара да чини све што хоће, да влада и кажњава оне који крше закон, јер је његова моћ врховна.¹⁵ Грађанско либерално друштво је развило индивидуализам који је подстицао интерес појединца па је у том утилитаристичком смислу праведно оно што је корисно за сваког појединца. Друштво не ствара не тежи некој општој правди већ постаје арена за задовољавање себичних интереса појединаца. Иако су грађани формалноправно и политички једнаки то не значи да сви грађани уживају правду или да је остварена индивидуална правда. Капитализам у лицу грађанског друштва подстиче егоизам и такмичење међу појединцима различитих способности и предузимљивости. У тој борби побеђују најбољи, најјачи, ту нема милости или фер плеја. Отуда остваривање правде (правичности) за једнога често значи и наношење неправде другоме. У либералном (неолибералном) концепту друштва не постоји изграђен коректив индивидуалном схватању

¹³ М. Матић, М. Подунавац, *op. cit.*, 207-208

¹⁴ Вид. Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, 138-139.

¹⁵ G. Leibniz, *Meditation*, стр. 47, преузето из уџбеника, М. Матић, М. Подунавац, *Политички систем*, Београд, 1997, 208.

правде или неправде. Само друштво је инертно, незаинтересовано и не реагује организовано да би наметнуло општеприхватљив идеал друштвене правде. У односу индивидуалног и друштвеног, либерализам је фаворизовао оно што је појединачно а занемарио интерес друштва као целине, оно што је опште. Као реакција на либерализам, одсуство утицаја државе и њеног схватања правде, са развојем капитализма настаје концепт социјалне државе. Он заговара њену активну улогу и нови приступ правди који ограничава човекову (неограничену) природну или негативну слободу. Тако је створен, развијен модел дистрибутивне правде у чијој основи је споразум који се односи на дистрибуцију природних талената као заједничког добра.¹⁶ У оквиру овог новог модела друштва и схватања правде које је развио амерички филозоф Џон Ролс дистрибутивна правда прераста у акт интервенције државе на суверенитет и индивидуалну слободу појединца. Овај облик политичке (дистрибутивне) правде је намењен стварању праведне политичке заједнице, пожељне за сваког и све заједно. Са овом дистрибутивном правдом, Ролс је покушао да помири индивидуализам и слободе са идејом заједничког живота и социјалне државе, два супротна концепта уређења државе - либерални и социјални.¹⁷ Он коригује принцип индивидуализма тако што допушта да држава интервенише у друштвени живот и исправља неједнакости које производи тржиште и то применом овог модела дистрибутивне правде.

Овај модел дистрибутивне правде дозвољава одступање од једнакости или другачије речено, оправдава неједнакост само ако ова (неједнакост) увећава бољитке свих у дистрибуцији добара.¹⁸ По Ролсовом поимању политичке правде успешна и добро уређена политичка заједница би се заснивала на индивидуалној слободи и користи која се саображава потребама социјалне државе и коригује принципом једнакости. Таква заједница је праведна јер уважава два битна принципа: Први, предвиђа и признаје једнакост у правима и дужностима, а други, допушта друштвене и привредне неједнакости међу људима под условом да се надокнаде већим добром за све, а пре свега оне чланове друштва који су у најтежем положају.¹⁹ Да би се очувала стабилност друштвеног поретка и решили могући конфликти у условима сучељавања различитих

¹⁶ Вид. John, Rawls, A Theory of Justice, 1971, 101.

¹⁷ Милан Подунавац, Политичка правда у демократском друштву - концепт правде у политичкој филозофији Џона Ролса, чланак из зборника "О правди и правичности", Дом културе, Студентски дом, Београд, 1995, 119.

¹⁸ М. Матић, М. Подунавац, *op. cit.*, 212-213.

¹⁹ Татјана Глинтић, Правда, слобода, једнакост, Филозофско друштво Србије, Београд, 1995, 59-60.

идеја и доктрина Ролс предлаже увођење толеранције и консензуса као кључног механизма политичке праксе модерног друштва.²⁰

IV

Грађанско друштво је донело са собом демократију, прогласило правну и политичку једнакост (али и неједнакост), признало најшира грађанска права и слободе па је развило и своје схватање, идеју правде која се разликовала од оне античке. Антички идеал правде досеже до врлина достојних античке цивилизације, начина живота који није копиран или поновљен и остварен у нашој модерној ери. У модерној политичкој епохи и цивилизацији коју је обележила доминација капитализма (и слом социјализма) доминира концепт политичке (дистрибутивне) правде која тежи да направи компромис између појединца, његове слободе и заједнице и потребе њеног одржања и развоја. Но тешко је задовољити и једно и друго, постићи правду и за појединца али и заједницу. Капитализам у облику либерализма је фаворизовао појединца, његов интерес али је у каснијој фази развоја (XX век) у облику социјалне и правне државе (државе благостања) ојачао и подстакао и државу као оличење општег интереса. Уместо либералног капитализма у коме је било праведно оно што је корисно за јединку, социјална и правна држава је развила формулу, идеју да је правда (праведно) оно што је добро за све. Ради тог општег добра држава треба да интервенише у друштвени живот и односе и исправља појединачне неправде. Она то чини тако што стаје на страну оних који су обесправљени, и то тако што кажњава, ограничава оне који су привилеговани, уживају неограничене повластице свог егоизма.

Рани филозофи, пре свега они антички су правди дали божански смисао. Та њихова правда је била оличење савршенства, доживљавана као средиште света, божански закон који обезбеђује складност људског живота и заједнице. Антички идеал је био живети у праведном поретку и постићи да човек буде праведан. Праведан човек је оличење врлина, израз пуноће и свестраности личности која га чини достојним живота у праведној и добро уређеној заједници. То је заједница у којој владају најбољи, најмудрији, која има најбољи поредак и у коме ови најбољи (како каже Аристотел) владају уз помоћ мудро састављених закона.²¹ У држави (заједници) треба успоставити такав облик владавине где појединци или група владају на општу корист, теже постизању општег добра²² али и у коме и грађани морају бити достојни те владавине,

²⁰ М. Матић, М. Подунавац, *op. cit.*, 213.

²¹ Аристотел, *Политика*, 1282б, БИГЗ, Београд, 1975.

²² *Ibid.* 1279а.

заслужити је. Не може један режим или облик владавине да буде исправан па и праведан ако га његови припадници нису достојни, нису стекли особине, врлине које подстичу да та заједница буде добра и успешна. Аристотел је говорио да врлина човека и грађанина мора да буде иста и да држава треба законом и васпитањем да усађује у људе оно што је најбоље и за појединца и све људе заједно.²³ Овакав идеал античке (Аристотелове) правде је увек пожељан али тешко остварљив. Модерни политички мислиоци су покушали да ту античку правду сместе у оквире грађанског друштва које је замишљено (по Конту) као врхунац друштвеног напретка, развитка цивилизације.

Како год било, правда и правичност прате и пратиће човека и друштво док постоје. Они иду једно с другим, руку под руку. Дакле блиска правди са њом повезана је правичност, једно не иде без другог. Оно што је правда за све, то је правичност за појединца. Правда је слепа и неупотребљива без правичности. Мала је утеха за друштво које тежи правди ако не обезбеђује правичност за сваког грађанина. Или другачије речено, мала је корист од опште правде уколико има појединачне неправде. Правичност је правни идеал који настаје у примени права или то би била правда појединачног случаја.²⁴ Правду односно правичност слично схвата и Радомир Лукић, доајен наше правне науке. За њега би механичка примена закона на конкретне случајеве била неправична па је потребно да се законски пропис тако прилагодити конкретном случају да изазове правду а не неправду.²⁵ Како год схватали правду и правичност док је човека биће и потребе да се за њега (од њега) зна, разликује оно што је добро, праведно од оног што је зло, неправедно. Без разликовања добра од зла, праведног од неправедног били би смо нижа бића, животиње које се воде својим нагонима. Ти нагони би нас само покретали у борбу једних против других. Јаче би фаворизовали да одузму приграбе оно што им не припада, а потчињавали и приморавали слабије да се мире са губитком оног што им припада, што им се неправедно одузима. Како смо више разумна него нагонска бића то нам разум помаже да савладамо страст наших нагона, да се не надмећемо са својом природном снагом до крајњих граница. Баш због тога што имамо осећај и свест о томе шта је правда и правичност стичемо и обзире једни према другима. Сви углавном знамо шта нам припада и које границе због свог користољубља не смемо да пређемо. Колико год да верујемо у правду и као појединци и друштво као целина морамо да будемо и свесни њених ограничења.

²³ Ibid. 1288a.

²⁴ Д. Кубињец, *о. cit.*, 189.

²⁵ Радомир Лукић, Правда, Чланак објављен у Зборнику радова: "О правди и правичности", Дом културе "Студентски дом", Београд, 1995, 19.

Правда не може реално да се изведе из оквира права и политике и смести у друштвено, статусно, политичко, идеолошко, религиозно, класно неутралне оквири, границе. Она трпи утицај политике, религије, нације, идеологије и сл. па је често изложена њиховим како суптилним прикривеним тако и отвореним и насилним притисцима. То може да нас доведе и до тога да посумњамо и у саму вредност права. Право је најпозваније да обезбеди правду јер оно (право) треба да буде политички, идеолошки и у сваком другом смислу неутрално. Оно треба да буде ближе човеку, његовој слободи као и заједници него власти и сили. Али како ни право није савршено, идеално него је подложно људским слабостима и страстима може да се говори о напетости између права и правде,²⁶ сукобу између силе на коју се право ослања и саме правде.

ЛИТЕРАТУРА

Аристотел, Политика, БИГЗ, Београд, 1975.

Данило Н. Баста, Келзеново разарање правде, предговор књизи Ханса Келзена, „Шта је правда“, „Филип Вишњић“, Београд, 1998.

Данко Калабинез, Правне вредности, структура и основне врсте, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Београду, Београд, 1992.

Ђорђе Дел Векио, Право, правда и држава, Издавачко предузеће, Геца Кон, Београд, 1940.

Јован Комшић, Теорије о политичком систему, Институт друштвених наука, Београд, 2000.

Коста Чавошки, Увод у право, књига I, уџбеник „Драганић“, Београд, 1996.

Љубомир Тадић, Филозофија права, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1996.

Милан Подунавац, Политичка правда у демократском друштву – концепт правде у политичкој филозофији Џона Ролса, члана из Зборника „О правди и правичности“, Дом културе, „Студентски дом“, Београд, 1995.

Милан Матић, Милан Подунавац, уџбеник Политички систем, Београд, 1997.

Милован Марковић, Сава Меденица, Социологија, Приштина, 1998.

²⁶ Јован Комшић, Теорије о политичком систему, Институт друштвених наука, Београд, 2000, 207.

Милорад А. Жижих, Увод у право, уџбеник, Косовска Митровица – Нови Пазар, 2009.

Платон, Држава, БИГЗ, Београд, 1975.

Радомир Лукић, Правда, чланак из Зборника „О правди и правичности“, Дом културе, „Студентски дом“, Београд, 1995.

Слободан Јовановић, „Одржави“, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, Српска књижевна задруга, Југославија публик, Београд, 1990.

Стеван Врачар, Универзалност принципа правде, чланак из Зборника: „О правди и правичности“, „Дом културе“, Студентски дом, Београд, 1995.

Татјана Глинтић, Правда, слобода једнакост, филозофско друштво Србије, Београд, 1995.

Vladan Mihajlović, Ph.D.

Full Professor

A JUSTICE AS A BASE OF MORAL EXISTENCE AND DEVELOPMENT OF THE HUMAN PERSONALITY

Summary

The justice is a constant companion of man and human society. Since Ancient times, justice had a divine cult. It was such divine justice as a model of perfection and desire to be created on the Earth as an ideal society. An Ancient Epoch has made ideal of a just society. In this society the individual should through legislation and education master best qualities and merits. This ideal is much easier to imagine than to achieve. With the development of the State and the rights itself, justice is more linked to right itself. The Law is gaining in importance as long as it is fair and how much leads to justice itself. Since then justice is mixed with the Law, they become synonyms link to each other. Liberal civil society created political democracy and political justice. That justice is based on the idea of equality. According to this idea all people are recognized in the same way. This formal equality, in liberal capitalism, has become a matter of inequality because people can never be equal. Actually, it was liberalism who encouraged inequalities because it favoured capable and enterprising people a suffocating less capable and those without initiative.

Key words: justioce as an ancient ideal, rightfully society, individual as a embodiment of virtue, law as a source of justice, political justice, law and equity, justice on the border between force and law.

ИЗВРШЕЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: *Извршење рјешења у управном поступку представља финале - „круну „ поступка, јер се тиме остварују правне посљедице, односно остварује у животу циљ рјешавања - стварање нове или измјена постојеће правне ситуације. Извршењем се остварује само диспозитив рјешења, јер се само њиме рјешава о ствари која је била предмет поступка. Да би се то могло остварити, диспозитив рјешења мора бити одређен и јасан како не би остављао било какве дилеме. Осим тога извршење се мора спровести на начелима сразмјерности. У складу са овим начелом користе се она правна средства и мјере којима се остварује циљ прописа а да се при томе у што мањој мјери ограничавају права и интереси правних субјеката (начело сразмјерности). Извршење се одређује према природи управне ствари и то : непосредном принудом, преко других лица или новчаним кажњавањем.¹*

Кључне ријечи: *управни поступак, извршност, врсте извршења, рјешење о извршењу*

1. ПОЈАМ ИЗВРШЕЊА

Када управни поступак има за циљ доношење управног акта (рјешења) тада се његовим доношењем само на декларативан начин утврђују права односно обавезе појединачно одређених физичких, правних лица или других странака на које се односи предмет поступка. Оваквом одлуком јавноправни орган је закорачио у правну сферу појединачних субјеката и њихових права и правних интереса тиме, што одређује да фактичко стање ствари у управном предмету о ком се ради мора да дође у сагласност са садржином одлуке (рјешења). Да би та сагласност постала и фактичка, потребне су даље радње странака, а када оне изостану, радње управних органа. Посљедица тих радњи има да буде и фактичка сагласност стања ствари код странака са садржином управног акта. Садржај управног акта проистеклог из управног поступка чији је концентрисани израз његов диспозитив треба да се реализује у живот, што значи да права или обавезе декларисане диспозитивом треба и да се реализују - изврше. За могућност постојања извршења претпоставка је

¹ *Izvršenje u novom Zakonu o upravnom postupku Crne Gore iz 2014 godine*

управни акт, а изузетно и поравнање странака, што значи потребна је формално извршна одлука.

ЗУП уређује извршење одлука (аката) којима је окончан управни поступак. У зависности од начина окончања поступка имамо двије групе извршења и то: 1) Извршење рјешења (првостепених и другостепених) и 2) Извршење поравнања ако је управни поступак окончан поравнањем а не рјешењем.

У управном поступку донијете одлуке се спроводе на основу: 1) Извршног рјешења 2) Рјешења о извршењу које је постало извршно, (умјесто досадашњег закључка о дозволи извршења), и 3) На основу поравнања закљученог у управном поступку.

У управном поступку одлука се извршава тек када постане извршна, а извршна могу бити и првостепена и другостепена рјешења. За извршавање рјешења није више потребна коначност јер је она искључена из овог закона, нити правоснажност (рјешење против којег се не може изјавити жалба нити покренути управни спор осим ако правоснажност као услов није прописана посебним материјалним законом).

Обавезу утврђену диспозитивом рјешења увијек може да изврши странка у остављеном року и у тој ситуацији неће доћи до примјене одредби о извршењу ЗУП-а и других закона који уређују извршење управног акта. Тек безуспјешним истеком рока за извршење утврђеног диспозитивом, ако странка сама не изврши обавезу, извршење се спроводи по одредбама ЗУП-а о извршењу или по одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу зависно од врсте обавезе. У том смислу одредбе ЗУП-а, одредбе о принудном извршењу тако да до њихове примјене долази само онда када је таква принуда потребна да би се диспозитив рјешења реализовао. Тако нема потребе за принудним извршењем рјешења којим се утврђује обавеза странке ако је: 1) Странка извршила у цјелости своју обавезу јер нема шта да се извршава; 2) Када је рјешењем захтјев странке одбијен као недопуштен, неблагоприятан или изјављен од неовлашћеног лица; 3) Када је захтјев странке одбијен као неоснован и 4) Када је поступак по захтјеву обустављен.

У двостраначким и вишестраначким управним стварима када се о праву, које се једној странци признаје, утврђује као корелатив, обавеза друге - супротне странке рјешење се извршава принудно по одредбама ЗУП-а, према другој странци у обавези као извршенику. Када је ријеч о управним уговорима из члана 27 ЗУП-а, њихово извршење се обезбеђује у судском - парничном поступку сходно Закону о парничном поступку. У том смислу, ЗПП. прописује да је за суђење у споровима који настају у току и поводом судског или управног извршног поступка, односно у току и поводом стечајног поступка, искључиво мјесно надлежан суд на чијем се подручју налази суд који спроводи извршни, односно стечајни

поступак, односно суд на чијем се подручју спроводи управно извршење (члан 44 ЗПП). Такође, у споровима ради утврђивања постојања или непостојања уговора, ради извршења или раскидања уговора - *осим једностраног раскида уговора од стране јавноправног органа (примједба аутора)*, као и у споровима ради накнаде штете усљед неизвршења уговора, поред суда опште мјесне надлежности, мјесно надлежан је и суд мјеста гдје је по споразуму странака тужени дужан да изврши уговор (члан 56). Управно судска надлежност у управном спору у односу на управне уговоре утврђена је само у односу на **поништај** управног уговора и **једнострани раскид** управног уговора од стране јавноправног органа.

2. ИЗВРШНОСТ РЈЕШЕЊА

ЗУП уређује двије врсте извршних рјешења (првостепено и другостепено), одређује се у ком моменту које рјешење постаје извршно. Жалба и сам жалбени рок, по правилу, задржавају извршење рјешења, (суспензивно дејство жалбе и жалбеног рока), али ни тужба у управном спору не задржава извршење рјешења.

Од овог правила ЗУП прописује неколико изузетка (одложно дејство жалбе), када се рјешење може извршити у току рока за жалбу и након што је жалба изјављена и то у ситуацијама: 1) ако је то законом прописано, 2) ако се ради о заштити јавног интереса, 3) ако се ради о предузимању хитних мјера, 4) ако би усљед одлагања извршења била нанијета, противној странци или лицу које има правни интерес, штета која се не би могла поправити (хитно извршење). Ова правила управног поступка о суспензивном дејству жалбе и жалбеног рока за одлучивање практично су уграђена у 5 посебних тачака које уређују када наступа извршност првостепеног рјешења.

Дакле првостепено рјешење постаје извршно у 5 случајева и то:

1) истеком рока за жалбу, ако жалба није изјављена – тада је рјешење правоснажно. Ово се односи на првостепено рјешење против кога је дозвољена жалба. Жалба има суспензивно дејство и за вријеме рока за жалбу и рока за одлучивање по жалби, али до рјешавања по жалби није дошло јер је истекао рок за жалбу од 15 дана, односно законом прописан краћи рок, или се странка, односно све странке одрекла права на жалбу (члан 122 ст. 1 и 2), што значи да жалба није ни изјављена.

2) достављањем странци рјешења, ако жалба није дозвољена - тада рјешење није правоснажно јер се по правилу, може тужбом оспоравати у управном спору. Односи се на првостепено рјешење против којег жалба није дозвољена. То су прије свега првостепена: 1) Рјешења која доноси министар, 2) Рјешења која доноси Влада и 3) Када је то посебним законом прописано. То значи да се искључење жалбе против

управног акта може прописати само законом али не и другим прописом. Тако нпр ЗУП-ом је јасно прописано да се против рјешења Владе не може изјавити жалба, што значи да би се такви првостепени управни акти могли оспоравати тужбом у управном спору.

3) достављањем странци рјешења, ако жалба не одлаже извршење - тада рјешење није правоснажно јер се може оспорити у другостепеном поступку; Тачка 3 односи се на рјешење против којих је жалба допуштена али нема суспензивно дејство односно када жалба не задржава извршење првостепеног рјешења. Овђе се ради о изузецима од општег правила да жалба одлаже извршење рјешења тј. уређују се ситуације када се првостепено рјешење може извршити у току рока за жалбу и након што је жалба изјављена. У том смислу првостепено рјешење се може извршити у жалбеном року и након што је жалба изјављена: 1. ако је то законом прописано, 2. ако се ради о заштити јавног интереса, 3. ако се ради о предузимању хитних мјера, 4. ако би усљед одлагања извршења била нанијета противној странци или лицу које има правни интерес и штета која се не би могла поправити (хитно извршење).

4) достављањем странци рјешење којим се жалба одбија - није правоснажно јер се, по правилу, може оспоравати тужбом у управном спору. Ово је тачка која се односи на рјешења против којих је дозвољена жалба и иста има суспензивно дејство а другостепени орган је одбио жалбу. Ако је у таквим случајевима жалба одбијена из процесних недостатака, (јер ЗУП не познаје више институт одбацивања): неблаговремена (није поднијета у законском року), преурањена (код ћутања управе) или изјављена од неовлашћеног лица (недостатак страначке легитимације) – првостепено рјешење постаје извршно моментом достављања рјешења по жалби без обзира који орган (првостепени због процесних разлога) или другостепени орган (због процесних и материјалних разлога) донио рјешење о одбијању жалбе. Ако је жалба недопуштена онда се ради о случају из тачке 2 па првостепено рјешење постаје извршно моментом достављања тог рјешења странци а не моментом достављања странци рјешења о одбијању жалбе као недопуштене. Ако је жалба одбијена као неоснована првостепено рјешење постаје извршно моментом достављања странци рјешења другостепеног органа којим је жалба одбијена.

5) даном одрицања странке од права на жалбу – тада је рјешење правоснажно.

У свим овим ситуацијама важи опште правило да рјешење мора бити уредно достављено странки, јер донијето а недостављено или неуредно достављено рјешење сматра се као да није ни донијето, тј. не може произвести правне посљедице. Ова тачка је нови услов извршности првостепеног рјешења у ЗУП-у. Она се такође односи само на

првостепена рјешење против којег је дозвољена жалба странке/странака које се у жалбеном року одричу од права на жалбу, без обзира да ли жалба има суспензивно или деволутивно дејство.

Извршно рјешење може бити и другостепено. Другостепеним рјешењем рјешава се по жалби и њеној основаности. Само два другостепена рјешења стичу извршност и то: 1) Другостепено рјешење којим је измијењено првостепено рјешење и управна ствар ријешена другачије у меритуму и 2) Другостепено рјешење донијето код ћутања управе када орган у меритуму рјешава о захтјеву странке и управној ствари. У наведеним ситуацијама *се извршава другостепено рјешење* јер је диспозитивом тог рјешења ријешена управна ствар тј. уређена права и обавезе, и тада се за диспозитив поништеног првостепеног рјешења везују правне посљедице поништаја, тј. сматра се као да никада није било донијето. Тада се новим (другостепеним рјешењем) налаже извршење радње или друге обавезе. Такво другостепено рјешење постаје извршно даном достављања странци. Ако је у поступку учествовало више странака, рјешење постаје извршно у односу на сваку странку према дану када је свакој посебно достављено.

ЗУП уређује и моменат извршности рјешења у двије ситуације: 1) Ако је у рјешењу одређен рок у којем се радња која је предмет извршења може извршити, рјешење постаје извршно истеком тог (париционог) рока; 2) Ако рјешењем није одређен рок за извршење радње, рјешење постаје извршно послје истека рока од 15 дана (парицини рок) од дана достављања рјешења странци. Рјешењем одређени рок за извршење рјешења, односно прописани рок од 15 дана почиње да тече од дана кад рјешење постане извршно.

Поравнање може бити потпуно или дјелимично само у појединим питањима што значи и да извршење предмета управног поступка може бити потпуно – у цјелости и дјелимично само о неким питањима која су предмет поступка. Извршење се може спровести на *основу поравнања само у вишестраначким управним стварима када у управном поступку учествују двије или више странака са супротним захтјевима. Извршење се може спровести али само против лица које је учествовало у поравнању и преузело право или обавезу.* Ако у поступку учествују више странака а поравнање закључе само неке странке онда ће се извршење спроводити само у односу на странке које су закључиле поравнање али не и на друге странке већ се у односу

Ако је у поравнању одређен рок извршења неке обавезе странци, а странка није извршила своју обавезу, такво поравнање је подобно за управно извршење истеком рока за добровољно извршење. Ако у поравнању није одређен рок који странка има да изврши преузету обавезу

онда се управно извршење може спровести протеком рока од 15 дана од закљученог поравнања.

3. ПРЕДМЕТ ИЗВРШЕЊА

Рјешењем у управном поступку одлучује се о неком праву или обавези странке. И право и обавеза странке могу имати оба вида – новчани и неновчани. Обавеза странке може бити изражена у: 1) Новчаном давању (нпр. плаћање пореза, царине, разних комуналних и других накнада, такси, трошкова управног поступка итд.) 2) Вршењу какве радње (исељење, предаја земљишта у посјед, уклањање бесправно изграђеног или постављеног објекта, доношење одговарајућег акта, набавку опреме, отклањање разних незаконитости итд.), што је иманентно инспекцијским органима, 3) Уздржавање од какве радње (забрана обављања дјелатности, забрана држања животиња, забрана обављања послова појединим службеним лицима, забрана управљања моторним возилом итд.), 4) трпљењу, односно допуштању каквих радњи (установљење службености пута као вид непотпуне експропријације, промјена граница грађевинског земљишта које је бивши власник дужан да трпи итд.) и 5) Предају какве ствари (предаја привремено одузете документације, заплијењених ствари, неисправних намјерница ради уништења, оружја које се одузима рјешењем итд.).

ЗУП познаје два предмета извршења и то: 1) Извршење рјешења ради испуњења новчаних и неновчаних обавеза 2) Извршење рјешења ради испуњења новчаних и неновчаних обавеза.

Ако се извршење рјешења ради испуњења новчаних обавеза спроводи на некретнинама, акцијама и удјелима чланова у привредном друштву, то извршење се спроводи у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу.

Практично посматрано извршења могу бити „добровољна“ и принудна, што зависи од тога да ли странке којима су наметнуте обавезе извршавају те обавезе добровољно или се извршење те обавезе њима морају наметнути принудним путем. У том смислу под извршним управним поступком подразумијева само поступак принудног извршења обавеза из рјешења које странка неће добровољно да изврши.

Полазећи од начела сразмјерности односно пропорционалности у управном поступку, закон одређује да када се странци и другим учесницима у поступку налажу обавезе, јавноправни орган је дужан да према странци и другом учеснику у поступку примијени прописане мјере које су за њих повољније, ако се тим мјерама постиже циљ закона. Уколико орган не поступи по овом начелу већ примјењује начин и

средства којим се теже погађају правни интерес извршеника, извршеник може изјавити жалбу на рјешење о извршењу.

Предмет извршења, односно врсте потраживања су увијек: 1) новчана потраживања или 2) неновчана потраживања. Под *новчаним* потраживањима сматрају се потраживања која се изражавају у новцу. Под *неновчаним* потраживањима подразумијева се извршење неке радње, предаја одређене ствари, обавеза извршеника да нешто допусти или да се уздржава од неке радње и слично.

ЗУП детаљније уређује извршење неновчаних обавеза док врло ограничено уређује извршење новчаних обавеза. У управном, нарочито посебном поступку, орган може одлучивати о новчаним обавезама странка у различитим ситуацијама: 1) Наложити плаћање неке обавезе (порез, царине, итд.), 2) Наложити плаћање новчане казне (управна мјера, прекршајни налог), 3) Наложити плаћање трошкова поступка (вјештачења, награде учесницима поступка, накнаде итд.), 4) Наложити плаћање накнада итд.

Међутим, ЗУП уређује извршење новчаних обавеза само ради: 1) испуњења новчаних обавеза чији предмет извршења су некретнине, акције и удјели чланова у привредном друштву, 2) Извршење ради испуњења новчаних обавеза утврђених новчаном казном, које су изријечене у складу са овим законом, које извршава орган управе надлежан за послове јавних прихода а средства наплаћена од новчаних казни уплаћују се у корист буџета Црне Горе.

Извршење ради испуњења појединих новчаних и свих неновчаних обавеза извршеника спроводи се путем управног извршења.

Када се ради о извршењу управних аката који гласе на новчане обавезе извршење се спроводи на основу извршног управног акта и рјешења о извршењу које доноси орган који спроводи извршење. При томе код управног извршења новчаних обавеза које извршава јавни извршитељ или орган надлежан за послове финансија, орган који је донио извршни управни акт ставља клаузулу извршности и доставља јавноправном органу надлежном за извршење.

4. ИЗВРШЕНИК И ТРАЖИЛАЦ ИЗВРШЕЊА

Странка којој је рјешењем у управном поступку утврђена нека обавеза и која је дужна да ту обавезу изврши, у поступку управног извршења назива се извршеник. Против ње - извршеника се спроводи извршење. У поступку управног извршења, нарочито у поступку по захтјеву странке, може учествовати и тражилац извршења који у поступку остварује своје право или правни интерес.

Извршење се спроводи по службеној дужности када за то постоји јавни интерес за разлику од извршења које се спроводи по приједлогу када је у питању приватни интерес неке странке.

Извршеник може бити и лице које је при склапању поравнања преузело неку обавезу коју треба извршити у поступку принудног извршења. Такође, то могу бити и државни службеници односно намјештеници, који су по писаном споразуму између њих и старјешине државног органа о накнади штете обавезани на накнаду штете коју су проузроковали у вршењу службе. Ако се извршење покреће на основу поравнања странке у поступку – тражилац извршења и извршеник су само лица која су учествовала у склапању поравнања. Поравнање је сагласност странака о спорној ствари или односу склопљено у покренутом поступку на записнику код надлежног органа, чиме је извршење олакшано.

Из рјешења, односно друге извршне исправе донијете у управном поступку које се извршава, мора бити јасно ко је извршеник као и у чему се састоји његова обавеза. Ако диспозитив извршног рјешења којим је одлучено о обавези странке или диспозитив рјешења о извршењу, односно друге извршне исправе (поравнања), није прецизан и јасан извршење се не може спровести и поступак се мора обуставити, без обзира што члан 155 није овај разлог предвидио као разлог обуставе извршења, али обустава произилази из самог – непрецизног или нејасног акта који је по природи ствари неизвршив. Такође, извршеник може због мањкавости таквог извршног наслова са успјешном жалбом побити извршно рјешење, осим ако жалба није дозвољена, односно побити жалбом рјешење о извршењу у погледу времена, мјеста и начина извршења.

Поступак управног извршења, у зависности од начина покретања управног поступка, може бити: 1) по приједлогу странке, и 2) службеној дужности. То значи да је за управни поступак, покренут по захтјеву, потребан приједлог странке за спровођење извршења донијетог акта, а за управни поступак покренут по службеној дужности, поступак извршења покреће орган по службеној дужности или на нечију иницијативу. Поступак извршења акта донијетог у управном поступку покренут и окончан извршним актом на захтјев странке, спровешће се само ако је то у интересу странке и странка је поднијела предлог за извршење (*тражиоца извршења*).

Извршење управног акта донијетог по службеној дужности спроводи се када то налаже јавни интерес. То значи да ће орган који је донио извршно рјешење (по правилу првостепени орган), када рјешење постане извршно, сам покренути поступак управног извршења када оцијени да је је извршење тог рјешења у јавном интересу. *За ту оцјену није битно да ли је поступак био покренут по захтјеву странке или по службеној дужности, јер и када је поступак био покренут по захтјеву*

странке извршење рјешења може бити и у јавном интересу. Тако нпр. рјешење о експропријацији се доноси по захтјеву корисника експропријације (странке или заступника државе, општине, државних фондова и јавних предузећа, ако законом није друкчије одређено), (члан 7 ЗоЕ), а извршење таквог рјешења је и у јавном интересу па ће орган покренути поступак управног извршења и по службеној дужности. Ако је за извршење рјешења донијетог по захтјеву странке а чије извршење је и у јавном интересу али за извршење таквог акта је надлежан суд, јавни извршитељ или други јавноправни субјекат, субјекат иницијативу са спровођење таквог извршења ће дати орган који је одлучио о захтјеву странке.

Када је неспорно даје извршење рјешења само у интересу странке оно се спроводи само по приједлогу странке јер је иницијатива за спровођење извршења само у рукама странке у чијем се интересу спроводи извршење и у тој ситуацији орган не може ни у једној варијанти спроводити извршење по службеној дужности.

5. ВРИЈЕМЕ ИЗВРШЕЊА

Управно извршење се спроводи радним даном у времену од 08:00 до 20:00 часова. Неђелом, у дане државних празника и послеј 20:00 часова, радње извршења могу се спровести само ако постоји опасност од одлагања и ако је јавноправни орган који спроводи извршење издао за то писани налог.

Битан елемент извршења је свакако и вријеме извршења како у погледу дана када се не може извршавати рјешење, тако и у погледу дневног временског неизвршења рјешења. У том смислу уређује се дозвољеност спровођења извршења односно, ограничење спровођења извршења у односу на дане и вријеме управног извршења. Ова ограничења, која имају заштитни карактер странке, су аналогна члану 73 ЗУП-а који се односи, и има заштитни карактер странке, на достављање писмена, само што се ова ограничења односе на извршење.

Из смисла и духа ових одредби произилази да се наведена ограничења, због природе извршења, односе преваходно на извршења неновчаних обавеза (преко других лица и путем принуде), али не и на извршење новчаних потраживања и извршење путем новчаних казни. Од ограничења уређених овим чланом треба искључити извршење усмених рјешења која се доносе и извршавају ради предузимања изузетно хитних мјера ради обезбеђења јавног реда и мира и безбједности, ради отклањања непосредне опасности по живот и здравље људи, имовине, која се рјешења спроводе одмах, без обзира на дане или вријеме извршења.

Ограничења поменутих управних извршења односе на недељу као нерадни дан и на дане државних празника уређене Законом о државним и другим празницима. Међутим, ЗУП прописује строге изузетке и услове када се рјешења о извршењу може спроводити и недјељом и празницима и то: 1) Да постоји опасност од одлагања извршења и 2) Ако је јавноправни орган који спроводи извршење издао писани налог да се извршење може спровести неђељом, у дане државних празника и послје 20,00 часова. При томе треба имати у виду да су ова два услова као изузетак спровођења рјешења о извршењу постављена кумулативно тј. да оба услова морају бити испуњена да би се извршење спровело. Ове околности такође могу бити разлог за жалбу на рјешење о извршењу јер се тичу правилности извршења.

6. НАДЛЕЖНОСТ У СПРОВОЂЕЊУ УПРАВНОГ ИЗВРШЕЊА

Питање надлежности извршења је веома важно и за остварење принципа законитости јер странке морају унапријед знати који ће орган поступати у извршењу. У том смислу законодавац полази од становишта да орган који је донио рјешење које се извршава може најефикасније извршити своје рјешење јер најбоље и познаје прилике извршења а и у интересу је органа да сам спроведе извршење. Законом је проширен круг органа који самостално извршавају рјешења која су они донијели, па се тако успоставља правило да поред државних органа, орган локалне самоуправе сада и други јавноправни органи - носиоци јавних овлашћења, могу оргинарно - непосредно спроводити извршења својих рјешења, без дозволе министарства надлежног за послове управе, односно предсједника општине. Тако нпр. када комунално предузеће донесе рјешење о прекиду снабдијевања водом неког потрошача, а то лице не дозвољава приступ прикључку за воду, надлежна служба тога предузећа извршиће рјешење, ако треба и уз асистенцију органа унутрашњих послова.

ЗУП уређује и надлежност органа за извршење. У том смислу он уређује: 1) Правило о надлежности првостепеног јавноправног органа за спровођење управних извршења, осим извршења новчаних обавеза, 2) Изузетак да се посебним законом може одредити други орган за извршење од првостепеног органа који је донио извршно рјешење, 3) Презумптивна надлежност за спровођење извршења органа према мјесту пребивалишта, боравишта или сједишта извршеника, ако је прописано да управно извршење не може да спроведе јавноправни орган који је донио рјешење у првом степену, а ниједан други орган није овлашћен посебним прописом или ако законом није друкчије прописано, 4) Дужност органа управе надлежан за полицијске послове да јавноправном органу надлежном за

спровођење извршења, на његов захтјев, пружи помоћ у спровођењу извршења и 5) Дужност првостепеног јавноправног органа, да стави на рјешење које се извршава потврду да је постало извршно (потврда о извршности) и проследи га одмах органу надлежном за спровођење извршења, уколико он није надлежан за спровођење извршења, по службеној дужности или на приједлог тражиоца извршења.

Дакле за управно извршење само неновчаних обавеза, правило да јавноправни орган који је донио извршено рјешење спроводи његово извршење а да се посебним законом може прописати надлежност других органа за спровођења извршења а не органа који су донијели извршно рјешење.

Надлежност за спровођење извршења неновчаних обавеза одређена је ЗУП-ом, а може бити одређена према природи ствари и другим законима и прописима. Према томе, у смислу ЗУП-а, *првостепени орган је презумптивно* извршни орган за извршење рјешења и то како првостепеног тако и другостепеног органа када је другостепеним рјешењем мериторно ријешена ствар која је предмет одлучивања, осим ако законом није уређено да извршење свог рјешења спроводи другостепени орган. У том смислу посебним прописом може бити другачије одређено (*на примјер*, да извршење спроводи орган другог степена који је ријешео у меритуму, јавни извршитељ или орган унутрашњих послова итд.).

Када управно извршење свог рјешења спроводи орган надлежан извршење се спроводи на основу рјешења које је постало извршно и рјешења о извршењу.

ЗУП уређује и претпостављену надлежност органа за извршење ако је прописано да управно извршење не може да спроведе јавноправни орган који је донио рјешење у првом степену, а ниједан други орган није овлашћен посебним прописом, извршење спроводи надлежни јавноправни орган на чијем подручју се налази пребивалиште, боравиште или сједиште извршеника, ако законом није другачије прописано. Из смисла и духа закона произилази да презумптивна надлежност овог органа егзистира само под одређеним условима и то: 1. Ако је прописано да првостепено рјешење не може да спроводи јавноправни орган који га је донио (прописом искључена надлежност јавноправног органа за извршење свог рјешења), 2. Да ни један други орган посебним прописом (законом или подзаконским актом) није овлашћен за његово спровођење, 3. Да законом није другачије прописано, односно ако законом није прописана надлежност другог органа за извршење, 4. Да је презумптивни орган стварно надлежан за управну област у којој се спроводи извршење и 5. Да презумптивни орган има и мјесну (функционалну) надлежност према пребивалишту, боравишту или сједишту извршеника.

То значи да је за извршење правостепених аката, када је искључена надлежност за извршење првостепеног органа, презумптивно стварно и мјесно надлежан орган према подручју на којем се налази, пребивалишту, боравишту или сједишту извршеника, ако законом није другачије прописано. То такође значи да се: 1) надлежност у извршењу првостепеног органа може искључити било којим прописом (закон, подзаконски акт), 2) Да ниједан орган није овлашћен посебним прописом, не само законом него и подзаконским актом и 3) да само закон може прописати другачије тј. утврдити надлежност неком органу да извршава првостепена рјешења других органа којима је надлежност искључена.

Без обзира који јавноправни орган буде надлежан за презумптивно извршење, за његово поступање је нужно постојање: 1) Извршног рјешења снадбјевеног клаузулом извршности и 2) Рјешење о извршењу које ће донијети презумптивни орган на основу извршног рјешења, којим се констатује да је рјешење постало извршно а којим је одређено вријеме, мјесто и начин извршења. Рјешење о извршењу доноси орган надлежан за извршење.

ЗУП уређује и дужност органа управе надлежан за полицијске послове да јавноправном органу надлежном за спровођење извршења, на његов захтјев, пружи помоћ у спровођењу извршења поготово ако се ради о примјени принудних мјера, када се пружа отпор спровођењу извршења или се очекује такав отпор. Ова помоћ се пружа само по захтјеву органа који спроводи извршење а не и по службеној дужности. Таква обавеза произилази и из Закона о унутрашњим пословима којим је прописано да Министарство, у оквиру своје надлежности, пружа стручну помоћ грађанима, правним лицима и другим државним органима у остваривању њихових права и обавеза, заштите живота, личне безбједности грађана и имовине. Садржински истовјетна је одредба је и у Закону о инспекцијском надзору којом је прописано да је на позив инспектора, полиција дужна одмах да предузме мјере којима се инспектору обезбјеђује несметано обављање инспекцијског прегледа.

Посебно треба напоменути да службеници полиције у поступку управног извршења не стоје ни у каквом односу према извршењу или странкама нити су дио органа који спроводи извршења, већ су само обавезни да пруже помоћ када је угрожена безбједност лица која учествују у спровођењу извршења или да примјене средства принуде против оних који пружају отпор извршењу.

ЗУП уређује правну ситуацију поступање првостепеног органа који је донио извршно рјешење али није надлежан за његово извршење, тј. није надлежан и за доношење рјешења о извршењу већ је за извршење његовог рјешења надлежан други орган. У таквој ситуацији првостепени јавноправни орган само на своје извршно рјешење ставља потврду да је

рјешење извршно (тзв. клаузула извршности) тј. одређује датум када је рјешење постало извршно у смислу члана 144. Потврда извршности се ставља на извршна рјешења по приједлогу странке или по службеној дужности, зависно од тога да ли је рјешење донијето у поступку по захтјеву странке или по службеној дужности.

Након стављања потврде извршности рјешење се одмах прослеђује органу који је надлежан за његово извршење.

Дакле из цитиране одредбе произилазе права и обавезе странке и првостепеног органа. Странка има право да предложи првостепеном органу стављање клаузуле извршности, а орган има обавезу да стави потврду извршности, или по приједлогу странке или по службеној дужности и обавезу да такво извршно рјешење одмах прослиједи органу надлежном за извршење, тј. органу који ће донијети рјешење о извршењу. На основу извршног рјешења снадбјевеног клаузулом извршности надлежни орган за извршење доноси рјешење о извршењу.

7. РЈЕШЕЊЕ О ИЗВРШЕЊУ

Када је ријеч о одредбама о рјешењу о извршењу, умјесто досадашњег закључка о дозволи извршења; ЗУП уређује: 1. Поступање Јавноправног органа надлежног за спровођење извршења (по службеној дужности или по приједлогу тражиоца извршења), 2. Врста и садржина акта којим се спроводи извршење (рјешење о извршењу), 3. Вријеме извршења (кроз додатни рок за извршење обавезе или извршења одмах), 4. Коме се доставља рјешење о извршењу (извршенику али и тражиоцу извршења ако је извршење по приједлогу странке), 5. Начин достављања рјешења о извршењу (личним или посредним достављањем).

Орган надлежан за спровођење управног извршења, по приједлогу странке или по службеној дужности, доноси рјешење о извршењу. Тим актом се констатује да је рјешење које треба извршити постало извршно и одређује вријеме, мјесто и начин извршења. При томе, мора се водити рачуна да се за извршење означи само оно што је диспозитивом извршног рјешења одређено водећи рачуна о принципу сразмјерности. Рјешењем о извршењу може се одредити додатни рок за извршење обавезе или одредити да се обавеза изврши одмах. Рјешењем о извршењу може се одредити додатни рок за извршење обавезе или одредити да се обавеза изврши одмах. Рјешење о извршењу доставља се извршенику и тражиоцу извршења, ако је донијето на његов приједлог, личним или посредним достављањем. Против рјешења о извршењу допуштена је жалба надлежном другостепеном органу и она не одлаже извршење рјешења.

У случајевима када је рјешење донијето ради предузимања у јавном интересу хитних мјера (усмено рјешење) не доноси се рјешење о

извршењу, јер се усменим рјешењем одређује рок, мјесто, вријеме и начин извршења. Хитне мјере постоје ако се угрожава живот или здравље људи, јавни ред и мир, јавна безбједност или имовина веће вриједности (нпр. пожар, поплаве, земљотреси, појава опасних заразних болести и сл.) (члан 25). Такво рјешење које треба извршити донијето је у скраћеном поступку због саме чињенице хитности рјешавања настале ситуације која не трпи одлагања.

Уколико је рјешење постало извршно, а доносилац рјешења није овлашћен за његово извршење, орган који је донио извршно рјешење ставља на извршно рјешење потврду да је рјешење постало извршно (потврда извршности), чиме констатује дан наступања извршности и доставља органу надлежном за извршење. Орган надлежан за извршење доноси рјешење о извршења, против кога се такође може изјавити жалба која не задржава извршење рјешења. Орган који доставља своје извршно рјешење на извршење другом органу може том органу предложити и начин извршења рјешења.

Резимирајући поступак извршења можемо закључити да имамо двије врсте извршења и то: 1) Праву групу извршења неновчаних обавеза која се спроводе на основу извршног рјешења снадбјевеног потврдом о извршењу и рјешења о извршењу. То су извршења која се спроводе преко других лица или непосредном принудом. 2) Друго, извршења новчаних обавеза гдје се не доноси рјешење о извршењу већ рјешење о новчаној казни, у оним управним стварима у којима према природи управне ствари извршно рјешење није могуће извршити преко других лица или непосредном принудом.

Рјешење доноси овлашћено службено лице.

8. ЖАЛБА НА РЈЕШЕЊЕ О ИЗВРШЕЊУ

Заштита права странака у управном поступку и правна средства која им стоје на располагању представља општи принцип и заштитни механизам од нерада или незаконитог рада јавноправних органа. Дакле у том контексту овом одредбом ЗУП-а о извршењу уређује се: 1) употреба жалбе као редовно правно средство на рјешење о извршењу; 2) предмет жалбе; 3) ограничење њеног дејства на предмет; 4) надлежност органа за одлучивање по жалби; и 4) правило несуспензивног дејства жалбе.

У поступку управног извршења може се изјавити жалба која има деволутивно али не и суспензивно дејство, али она нема домет који жалба има на рјешење, у управном поступку. Због тога је неопходно је разликовати рјешење о главној ствари (извршно рјешење), којом се рјешава управна ствар и рјешење о извршењу, којим се спроводи извршење рјешења о главној ствари. Одредбе овог закона о садржају,

року, предавању, одрицању, одустанку и поступцима орган по жалби примјењују се и на ову жалбу. Против рјешења о извршењу које је извршно а нема другостепеног органа може се само поднијети тужба у управном спору.

9. ВРСТЕ ИЗВРШЕЊА

9.1. Извршење преко других лица

ЗУП уређује извршење преко других лица тј: 1) извршење замјењивих обавеза које извршеник није добровољно извршио а које су му наложене рјешењем јавноправног органа и то преко других лица; 2) Услови спровођења извршење, да извршеник уопште није извршио или није у цјелини извршио своју обавезу; 3) Трошкови извршења које падају на терет извршеника; и 4) претходна опомена извршенику прије него се приступи спровођењу извршења, то значи да до извршење преко других лица долази у случајевима ако се извршеникова обавеза састоји у извршењу обавезе - радње коју може извршити друго лице умјесто извршеника. Ради се о замјењивој обавези коју извршеник не изврши уопште или је не изврши у цјелини, као што је радња рушење непокретног или уклањања покретног објекта, уклањање материјала са неке површине, иселјење лица и ствари из објекта итд. Те обавезе умјесто извршеника може извршити неко друго лице - правно или физичко, али на трошак извршеника. Орган који спроводи извршење претходно ће рјешењем опомињати извршеника путем поднесака: опомена, да обавезу изврши у одређеном року и на могућност да ће се радња, ако он не испуни обавезу, извршити преко другог лица на његов трошак. Уколико извршеник и послје ове опомене не изврши своју обавезу у остављеном року приступа се извршењу радње преко другог лица.

Резимирајући процес ове врсте извршења можемо закључити да ово извршење пролази кроз неколике фазе и то: 1) Извршно рјешење којим је ријешена управна ствар, снадбјевено потврдом извршности ако га извршава други орган; 2) Рјешење о опомену пред извршење који доноси орган који извршава; 3) Рјешење о извршењу које доноси орган који спроводи извршење.

Орган који спроводи извршење ангажује друго лице – правно, физичко, организацију, извршну службу, јавно предузеће, предузетнике итд, које располаже са одговарајућим средствима потребним за извршење – најчешће радна снага и механизација, да коришћењем тих средстава умјесто извршеника обави радњу којом ће се обавеза извршити (нпр. рушење објекта, уклањање привременог објекта са јавне површине, уништење пчелињег друштва које је заражено болешћу, иселе ствари из

објекта итд.). Овђе треба посебно имати у виду однос између органа и лица која фактички извршавају радње извршења по налогу службеног лица. У том смислу ваља имати на уму да рјешење извршава само орган који је донио извршно рјешење а да остала – друга лица, преко којих се врши извршење само врше физичке радње потребне да би се извршење спровело али она не извршавају рјешење у смислу овог закона. У том смислу лица која врше непосредне радње извршења не налазе се ни у каквој управно правној вези са извршењем и извршеником.

Несумљиво је да извршење преко других лица прате и одговарајући трошкови извршења и у том смислу овај став и прописује да је ради обезбјеђења трошкова извршења, орган који спроводи извршење је овлашћен да рјешењем, умјесто до сада закључком о дозволи извршења; наложи извршенику, да унапријед положи износ који је потребан за подмирење трошкова извршења, а да се обрачун изврши накнадно. Ово (привремено) рјешење као и рјешење којим су након спроведеног поступка утврђени коначни трошкови поступка извршенику којим је одређено да извршеник у одређеном року плати трошкове поступка извршења, представља извршну исправу против које се може поднијети посебна жалба у смислу члана 95 став 3 ЗУП. Такође одредбе члана 96, ослобађању плаћања трошкова странке, односе се и на извршеника. У том смислу извршеник би могао захтјев за ослобађање трошкова извршења поднијети до доношења рјешења о трошковима извршења а након тога истовремено у посебној жалби на рјешење о трошковима извршења захтјевати и ослобађање од трошкова, о чему ће одлучити другостепени орган по жалби.

На овај начин би се одређивали трошкови извршења у поступцима по службеној дужности који су неповољно окончани за извршеника и у вишестраначким управним стварима када је поступак покренут приједлогом странке која је успјела у поступку.

Када је ријеч о извршењу преко других лица у вишестраначким управним стварима покренутог приједлогом странке а ови као и други трошкови се не би могли наплатити од извршеника онда их у смислу члана 94 ЗУП-а сноси странка по чијем приједлогу је извршење спроведено.

9.2. Извршење путем новчаних казни

Извршење новчаном казном се спроводи у случајевима када је извршеник дужан да нешто допусти или трпи па поступа супротно тој обавези или ако је предмет извршења извршеникова радња коју умјесто њега не може да изврши друго лице. У питању су тзв. незамјениве обавезе односно обавезе које може извршити само извршеник, али не и неко друго

лице као нпр. конституисање права службености пролаза у зони градског грађевинског земљишта, повраћај на посао лица након што је поништена одлука о престанку његовог рада, који може извршити само одговорно лице у неком предузећу или установи, предаја неког документа.

У том смислу ЗУП уређује: 1) превентивно дјеловање извршног органа према извршенику ако своју обавезу не изврши у остављеном року – запријетит ће извршенику изрицање новчане казне, 2)

Врсту превентивне мјере – новчана казна, 3) Изрицање мјере новчане казне сада као репресивне мјере са циљем да принуди извршеника да испуни обавезу у року, 4) Услове за предузимање мјере новчане казне - да је извршеник предузео неку радњу противно својој обавези или ако у року не изврши своју обавезу. 5) Врсту акта којим се изриче новчана казна – рјешење, 6) Распоне висине новчане казне која се може изрећи правном и физичком лицу, 7) Ограничење висине прве казне правном и физичком лицу, 8) Изузеће суспензивног дејства жалбе у изрицању новчане казне, 9) Надлежност органа за извршавање новчаних казни, 10) Приходи коме припадају новчане казне.

Наш управни систем већ познаје новчане казне као управне мјера нарочито у области инспекцијског надзора. Тако је Законом о инспекцијском надзору прописано да инспектор може изрећи новчану казну као управну мјеру у случајевима и у износима који су прописани законом. Сагледавајући функционалне аспекте овог извршења можемо констатовати да ово извршење обухвата неколико фаза доношења. 1) Извршног рјешења којим је ријешена управна ствар, снадбјевена потврдом извршности ако рјешење извршава дуги орган а не орган који га је донио. 2) Рјешење о извршењу којим се констатује извршност, начин извршења изрицањем новчане казне у одређеној висини (минимална казна због принципа сразмјерности), пријетња да ће се та новчана казна извршити уколико се рјешење добровољно не изврши у остављеном року. 3) Рјешења о новчаној казни, ако рјешење о извршењу није спроведено добровољно.

ЗУП такође уређује врсту акта – писано рјешење којим ће се изрећи одговарајућа новчана казна. У том смислу примјењују се одредбе овог закона о садржини писаног рјешења прилагођене изрицању новчане казне. Рјешење о казни не може бити рјешење са скраћеним образложењем нити се може донијети у облику забиљешке на спису предмета нити као усмено рјешење.

У случају неизвршења рјешења о казни у року одређеном рјешењем службено лице на рјешење о казни ставља клаузулу извршности и доставља органу надлежном за јавне приходе –пореској управи.

ЗУП такође уређује распоне новчаних казни и висину новчане казне која се изриче први пут како за правно тако и за физичка лица. У

том смислу новчана казна која се изриче правном лицу не може бити мања од 500 нити већа од 5.000 еура, а за физичко лице не може бити мања од 50 еура нити већа од 500 еура. То значи да ће увијек прво рјешење о новчаној казни износи минимум новчане казне, а касније новчане казне ако извршеник не изврши своју обавезу, по принципу сразмјерности, ће се повећавати до максимума.

ЗУП такође уређује изузетак од правила суспензивног дејства жалбе прописујући да жалба на рјешења о новчаној казни не одлаже његово извршење рјешења. То значи да је извршеник дужан извршити новчану казну без обзира што је поднијета жалба и што о жалби није одлучено.

ЗУП такође уређује надлежност органа за извршавање новчаних казни и јавноправне субјекте којима припадају новчана средства наплаћена од новчаних казни. У том смислу новчане казне које су изријечене у складу са овим законом извршава орган управе надлежан за послове јавних прихода (пореска управа), а средства наплаћена од новчаних казни уплаћују се у корист буџета Црне Горе.

9.3. Извршење непосредном принудом

Извршење непосредном принудом може се, према природи обавезе, спроводити под сљедећим условима: 1) Да је у питању неновчана обавеза; 2) Да се неновчана обавеза не може уопште или благовремено спровести преко других лица или новчаном казном; 3) Да другачије није прописано. Непосредна принуда подразумијева употребу физичке силе органа ако извршеник не изврши у остављеном року или се не уздржи од вршења радњи које су противне диспозитиву извршног рјешења а природа управне обавезе је таква да се употребом непосредне принуде може спровести рјешење о извршењу.

До примјене ове одредбе у принципу долази када се спровођење рјешења врши по службеној дужности и то нарочито у једностраначким управним стварима. *На примјер, ако лице коме је одузета дозвола за држање и ношење оружја не врати оружје ни након изрицања новчаних казни, може му се принудно одузети. Такође, ако лице не стави на располагање возило или друго материјално средство ради отклањања посљедица од елементарних непогода њему се то средство може принудно одузети у поменуте сврхе или ако лице које је обавезно да се јави у карантин не изврши налог министарства принудно ће се довести у карантин.*

Орган може примијенити непосредну принуду према природи ствари ако *посебним прописом није одређено* да се не може примијенити непосредна принуда при спровођењу извршења. Да би се принуда могла

спровести службено лице органа који извршава, односно асистира у извршењу мора имати овлашћења за употребу средстава принуде. По правилу, средства принуде ће у извршењу спроводити полицијски службеници. У том смислу у зависности од управне ствари и конкретних услова извршења полицијски службеници могу користити средства принуде у складу са законом а то су најчешће: 1) физичка снага; 2) палица; 3) средства за везивање; 4) специјална возила (полицијска, медицинска); 5) средства за запрјечавање итд. При употреби средстава принуде орган који извршава посебно води рачуна о принципу сразмјерности у начину извршења.

9.4. Извршење усменог рјешења

У управним поступцима се поступак не окончава увијек писаним рјешењем, већ постоји могућност окончања поступка и усменим рјешењем. У том смислу ни извршна рјешења се увијек не спроведе путем писаних рјешења о извршењу. У том смислу ЗУП уређује и извршење усмених рјешења. По правилу је ријеч о извршењима у управним стварима кад се ради о предузимању изузетно хитних мјера ради обезбеђења јавног реда и мира и безбједности или ради отклањања непосредне опасности по живот и здравље људи или имовине. У таквим околностима усмено рјешење се, по правилу, извршава одмах примјеном оних мјера и средстава који одговарају конкретној управној ствари а због специфичног односа неријетко се могу извршавати и непосредном принудом тј. употребом физичке принуде. У овим ситуацијама се не односи ни рјешење о извршењу, јер је самим усменим рјешењем (диспозитивом) одређена обавеза, вријеме, мјесто и начин извршења. То су обично рјешења која се односе на ремећење јавног реда и мира безбједности и отклањања непосредне опасности за живот. На захтјев странке, јавноправни орган који је донио рјешење усмено дужан је да то рјешење изда странци у писаном облику, најкасније у року од осам дана од дана подношења захтјева. Захтјев за издавање писаног рјешења може се поднијети у року од два мјесеца од дана доношења усменог рјешења.

ЛИТЕРАТУРА

БЛАЖИЋ, Ђорђије, Управно - судски поступци Црне Горе, ФДЕС, Подгорица, 2010.

БЛАЖИЋ, Ђорђије, ДУЈИЋ, Слободан, ДИМИТРИЈЕВИЋ, Предраг, Коментар закона о инспекцијском надзору, Агенција за локалну демократију и партнерство Црне Горе, Подгорица, 2005.

ДИМИТРИЈЕВИЋ, Предраг, БЛАЖИЋ, Ђорђевић, Управно право Црне Горе, ФДЕС, Подгорица, 2008.

БРЕЗНИК, Јанез, ШТУЦН, Зденка, МАРФЛАК Јоника, Закон о спљошнем управном поступку с коментарјем, Заложба, Љубљана, 2001.

ЦЕРОВИЋ, Дражен, *Управна ствар и уставна жалба*, Правни факултет Подгорица, Службени лист РЦГ, 2004.

ЦРНКОВИЋ, Владимир, ДУПЕЉ, Жељко, уз сарадњу Љиљане Маснец и Младена Ивановића, Примјена Закона о општем управном поступку, четврто издање, Информатор, Загреб, 1998.

ДИМИТРИЈЕВИЋ, Предраг, БЛАЖИЋ Ђорђевић, Управно право Црне Горе, Факултет за правне и европске студије, Подгорица, 2008.

ИВАНЧЕВИЋ, Велимир, Коментар закона о управним споровима, Загреб, 1971.

ИВАНОВИЋ, Сретен, Коментар закона о управном спору, Подгорица, 2004.

ИВАНОВИЋ, Сретен, Коментар Закона о општем управном поступку, Подгорица, 2005.

ИВАНОВИЋ, Сретен, Примјена Закона о управном поступку и управном спору, са судском праксом, Подгорица 2008.

ИВАНЧЕВИЋ, Велимир, Институције управног права, Књига И, Загреб, 1883.

ЈЕРОВШЕК, Тоне, Управно право и управни спор, Љубљана. 2004.

Б. АНДРОЈНА, Е. КЕРШЕВАН. Управно процесно право - Управни поступак ин управни спор, Љубљана, 2006.

КОПРИЋ Иван, МУСА Анамарија, ЛАЛИЋ НОВАК Горанка, Европски управни простор, Институт за јавну управу, Загреб, 2012.

КОПРИЋ Иван, ЂУЛАБИЋ Ведран, Модернизација опћег управног поступка и јавне управе у Хрватској, Институт за јавну управу, Загреб и Друштвено велеучилиште у Загребу, 2009 Удруга опћина у Републици Хрватској, Загреб, 2010.

КОПРИЋ Иван, Упознавање с новим Законом о опћем управном поступку, Удруга опћина у Републици Хрватској, Загреб, 2010.

КОСОВАЦ, Младен, Управни поступак у пракси, Службени лист СФРЈ, Београд, 1976.

КОЗАРЧАНИН, Хакија, КОСОВАЦ, Младен, Коментар Закона о општем управном поступку, прво издање, Правно економски центар, Београд, 1977.

ЈЕЛИЋ, Зоран, ФАТИЋ, Бранислав, Приручник за примјену Закона о општем управном поступку, Економика, Београд, 1977

СТЕФАНОВИЋ, Јован, Коментар Закона о општем управном поступку, Београд, 1931,

ЛИЛИЋ, Стеван, ЦЕРОВИЋ, Дражен, Управно процесно право, Правни факултет Подгорица, 2013.

МАРКОВИЋ, Милан, Управно право, Савремена администрација, Београд, 2004.

МАЈСТОРОВИЋ, Богдан, Коментар закона о општем управном поступку, Савремена администрација, Београд, 1977.

ПОПОВИЋ, Славољуб, ЛИЛИЋ, Стеван, САВИНШЕК, Јованка, Коментар закона о општем управном поступку, Савремена администрација, Београд, 1998.

ПОПОВИЋ, Славољуб, САВИНШЕК, Јованка, Коментар закона о општем управном поступку, Савремена администрација, Београд, 1997.

ТОМИЋ, Зоран, БАЧИЋ Вера, Коментар закона о општем управном поступку са судском праксом, *пето прерађено издање*, Службени лист, Београд, 1995

ТОМИЋ, Зоран, БАЧИЋ, Вера, Коментар закона о управним споровима са судском праксом, Службени лист СРЈ, Београд, 2002

ТОМИЋ, Зоран, БАЧИЋ Вера, Коментар закона о општем управном поступку са судском праксом, *осмо издање*, Службени лист СЦГ, Београд, 2003.

ТОМИЋ, Зоран, Управно право, Београд, 2002.

ТУРЧИЋ Златан, Коментар Закона о општем управном поступку, Организатор, Загреб, 2009.

ТУРЧИЋ Златан, Коментар Закона о општем управном поступку, Организатор, Загреб 2012.

Đorđije Blažić, Ph.D.
Full Professor

EXECUTION IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

Text of the execution of the administrative procedure regarding to the new Law on Administrative Procedure of Montenegro, which has adopted in December 2014. and came into power on 01.01.2015. will start its use not before 01.07.2017.

All text refers to the procedure of administrative enforcement by public law and executive authority as a special public law entities who are charged of part of the execution of monetary obligations that are determined in the administrative proceedings.

In this sense, the text encompasses all elements of executive administrative proceedings relevant for a comprehensive understanding of the enforcement process, the manner of execution, executive decision-laws on the execution and clarifications Institute of the suspension, postponement of execution against the execution.

In this context it can be comparatively perceive executive administrative procedure in Montenegro with executive actions of other countries, especially in environments that are already coordinating administrative procedures with the standards of European administrative space and evaluate the quality solutions devoured by the laws of the countries in the region, their advantages and disadvantages.

Key words: *administrative procedure, enforceability, kind of execution, execution decision.*

Др Слободанка Ковачевић-Перић
Ванредни професор

НЕЗАКОНИТ ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА: ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПРЕСУДЕ У РАДНОМ СПОРУ

Апстракт: Аутор у раду анализира правне последице пресуде у радном спору којом је утврђен незаконит престанак радног односа. Незаконит престанак радног односа - отпуштање/отказ на иницијативу послодавца није само једно у низу процесних, техничких или правних питања, нити се може искључиво посматрати са тог аспекта. Престанак радног односа - отказ на иницијативу послодавца доводи до губитка запослења и невољне незапослености. У том смислу, концепција отказа базирана на неограниченој аутономији воље одговара ери економског либерализма (либералног капитализма), односно тенденцијама које претендују (и данас) да се радни однос ослободи сваке принуде, ограничења и да се у основи препусти највећој ширини воље послодавца и радника (тј. тржишту) при закључењу уговора о раду. Тенденција је да се законом поставе објективне границе раскидања радног односа, и тиме пружи пуна заштита и гаранција запосленима у поступку отказа уговора од стране послодавца. Тако је у начелу, Закон о раду Србије (са изменама из јула 2014. године) иде у другом смеру.

Кључне речи: радни спор, пресуда, незаконит престанак, правне последице

Увод

Права из радног односа (индивидуална и колективна) запослени остварује код послодавца. У смислу одредаба Закона о раду¹ о правима, обавезама и одговорностима запослених из радног односа одлучује послодавац, надлежни орган код послодавца или лице које послодавац овласти. Ако је послодавац са статусом правног лица (привредно друштво, јавно предузеће, установа јавне службе и сл.) о правима, обавезама и одговорностима запослених одлучује надлежни орган код послодавца, односно лице утврђено законом или општим актом послодавца или лице које они овласте. Ако послодавац нема својство правног лица већ је физичко

¹ Закон о раду – ЗР, Службени гласник РС, бр. 75/2014.

лице (оснивач трговачке радње, адвокатске канцеларије, лекарске ординације) о правима, обавезама и одговорностима запослених одлучује сам *предузетник* или *лице које он овласти* (чл.192, ЗР).² Запосленом се у *писаном облику доставља решење* о остваривању права, обавеза и одговорности из радног односа.³ 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 – тужба поднета суду не одлаже извршење решења послодавца. Одлагање извршења решења (одлуке) послодавца о отказу, на захтев запосленог може да одложи инспектор рада својим решењем до доношења правноснажне одлуке суда, ако нађе да је решењем (одлуком) послодавца *очигледно повређено право* запосленог, под условом да је запослени покренуо радни спор (чл. 271, ЗР).

Запослени који сматра да му је послодавац или надлежни орган послодавца решењем или неком фактичком радњом (чињењем или нечињењем) ускратио или повредио правним прописима гарантована права на раду или у вези са радом, има право да тражи заштиту повређених права и правних интереса пред надлежним органима.⁴ У поступку заштите појединачних права из радног односа запослени се може обрати: органима послодавца (интерна заштита); инспекцији рада (управна заштита); арбитражу и посебној арбитражи за радне спорове преко и у оквиру Агенције за мирно решавање радних спорова (арбитражна заштита); независним и самосталним органима – Заштитнику грађана, Поверенику за информације од јавног значаја и за заштиту података о личности и Поверенику за заштиту равноправности (квазисудска заштита); и надлежном суду, односно вођење радног спора (судска заштита).

Заштита права радника пред судом је најзначајнији и најобјективнији облик екстерне/спољне заштите. Против *решења послодавца* којим је повређено право запосленог или када је *запослени сазнао*

² Пренос овлашћења да се одлучује о правима, обавезама и одговорностима запослених даје се у писаном облику (одлука, пуномоћ, овлашћење). Могу се пренети сва овлашћења или само нека овлашћења, али без обзира на обим датог овлашћења послодавац и предузетник и даље задржавају право да у сваком тренутку могу и сами да одлучују о правима и обавезама запослених.

³ У смислу чл. 193. ЗР, осим у случају из чл. 172. овог закона.

⁴ Свако решење мора да садржи: увод, изреку са образложењем и поуком о правном леку, потпис. Решење мора да се достави запосленом лично, у просторијама послодавца, односно на адресу пребивалишта или боравишта запосленог. Ако послодавац запосленом није могао да достави решење на наведен начин, дужан је да о томе сачини писану белешку. У том случају решење се објављује на огласној табли послодавца и по истеку осам дана од дана објављивања сматра се достављеним.

за повреду права проузроковану *фактичком* радњом послодавца, *запослени*, и/или *представник синдиката* чији је запослени члан ако га запослени *овласти*, може да покрене спор пред надлежним судом.⁵ Запослени може да тражи заштиту пред судом у радном спору због повреде права учињене правном или *фактичком* радњом послодавца. 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 ускраћује право запосленом које он има на основу закона, колективног уговора или уговора о раду, *већ и нечињењем*, односно недоношењем одлуке, решења, тзв. „*ћутање послодавца*“. Апстинирање послодавца од вршења овлашћења, која је сходно правима и обавезама предвиђеним законом и другим правним прописима дужан да врши, не сме да ускрати право запосленом на заштиту права из радног односа. Такав је став и судске праксе: „... ако те одлуке нема, а повреда права из радног односа постоји, судска заштита се може остварити [...]. Онај ко раднику повреди права, а не достави му никакву одлуку, онемогућава га у праву на жалбу – приговор, па с тога радник не може сносити штетне последице“.⁶ Међутим, иако је законом, изричито, прописан само поступак заштите када је о захтеву донета одлука, односно када је послодавац *фактички* повредио права запосленом, заштита повређеног права мора се допустити запосленом и у једном и у другом случају. У случају када надлежни орган не донесе одлуку, нарочито се не би смело ускратити право запосленом на судску заштиту, јер послодавац неизвршавањем своје обавезе да решава о његовом праву или на праву заснованом интересу, ускраћује остваривање права које му сходно правним прописима припада, чиме се ствара могућност за злоупотребу коју послодавац чини опструкцијом да одлучи о праву запосленог.

1. ПРЕСУДА У РАДНОМ СПОРУ

Пресуда представља судску одлуку којом којом се одлучује о захтеву за пресуду који је био формулисан у тужби. Пресудом се

⁵ Да би се 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.

⁶ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 108/94.

ауторитативно, коначно и мериторно одлучује о захтеву за пресуду. Пресуда представља коначну одлуку јер с њоме завршава процес пружања правне заштите у првостепеном поступку.⁷ Пресуда је мериторна и ауторитативна одлука јер се њоме одлучује да ли странка у поступку заслужује да јој се пружи правна заштита коју тражи.⁸ Карактер пресуде зависи од карактера тужбе, односно, какву правну заштиту тужилац тужбом тражи – конститутивна тужба (преображајна) нпр., захтев за поништавање незаконите одлуке; кондемпнаторна тужба (осуда на чинидбу) нпр., враћање запосленог на рад; и декларативна тужба (утврђујућа) нпр., тражи се утврђивање или неутврђивање неког права. У зависности од тужбеног захтева зависи и врста пресуде – конститутивна (преображајна) пресуда, кондемпнаторна пресуда (пресуда за осуду на чинидбу) и декларативна (утврђујућа) пресуда. *Конститутивна (преображајна) пресуда* – њоме се поништава појединачни акт послодавца, који је предмет тужбеног захтева. То је, најчешће, решење о отказу уговора о раду, али се може односити и на решење о удаљењу са рада или други акт којим послодавац одлучује о праву, обавези или одговорности запосленог из радног односа. Поништавање појединачног акта делује *ex tunc*, па престају и све последице тог акта. Зато се конститутивном пресудом успоставља стање другачије од оног које је настало појединачним актом. Она, дакле, има преображајно дејство.⁹ *Кондемпнаторна пресуда* (пресуда за осуду на чинидбу) – њоме се послодавцу налаже извршење неке чинидбе (обавезе), које могу бити различите природе – новчане или неновчане, као на пример: исплата зараде, накнаде зараде, регреса, путних трошкова, других примања или накнада штете, враћање запосленог на рад, враћање радне књижице, упис стажа осигурања запосленог и др. За све ове кондемпнације потребно је да постоји захтев запосленог. О њима суд не одлучује по службеној дужности. Свака осуда на обавезу је орочена,¹⁰ тј. према члану 440. ст. 1. Закона о парничном поступку,¹¹ суд у пресуди којом налаже извршење неке чинидбе одређује рок за извршење чинидбе (тзв. парициони рок).¹²

⁷ Владимир Боранијашевић, Пресуде у парничном поступку, Задужбина Андрејевић, Београд, 2009, 11.

⁸ Гордана Станковић, Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, 425. Наведено према: В. Боранијашевић, *op. cit.* 11.

⁹ Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, Коментар Закона о раду, ЈР „Службени гласник“, Београд, 2015, 459.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Закон о парничном поступку- ЗПП, Службени гласник РС, бр.72/11, 49/13, 55/14.

¹² Под париционим роком се подразумева рок за испуњење захтева који парнични суд одређује у изреци кондемпнаторне пресуде и чији је протек услов за наступање извршности пресуде. Више о томе: Ранко И. Кеча, Марко С. Кнежевић, Парициони

Рок за извршење чинидбе у радном спору износи осам дана.¹³ Декларативна (утврђујућа) пресуда – њоме се утврђује постојање неког права или правног односа. Постојање права може се тицати, нпр., права на годишњи одмор, права на мировање радног односа, права на скраћено радно време. Постојање правног односа се може тицати преображаја радног односа на одређено време у радни односа на неодређено време. Овом пресудом не настаје ново право, нити правни однос, него суд само констатује да одређено право или правни однос већ постоји. У овим случајевима пресуда делује од момента настанка права, односно од настанка правног односа. У једној тужби тужилац може да истакне више захтева против истог туженог, ако су сви захтеви повезани истим чињеничним и правним основом (197, ЗПП). У смислу парничног поступка запослени може тужбом да истакне више кумулативних захтева према послодавцу и тиме иницира доношење пресуде која ће пружити комбиновану правну заштиту запосленом. Комбинованом тужбеном захтеву одговара пресуда с комбинованом изреком.¹⁴ Њоме се, на пример: поништава акт о престанку радног односа и послодавац обавезује да запосленог врати на рад; поништава акт о престанку радног односа и послодавац обавезује да запосленом исплати накнаду штете у висини изостале зараде и других примања и сл. Ако постоји више захтева, суд ће о свим захтевима, по правилу, да одлучи једном пресудом (чл. 342. ст. 2. ЗПП).

Суд је при одлучивању везан тужбеним захтевом, због чега не може одлучивати шире од тога (*extra petita partium*).¹⁵ 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

рок у српском парничном поступку, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, Вол. 49, бр.1, 49-72.

¹³ Више о извршном поступку: Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, Извршно процесно право, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2014.

¹⁴ З. Ивошевић и М. Ивошевић, *op. cit.* 459.

¹⁵ Живко Кулић, Радно право, Мегатренд универзитет, Београд, 2015, 317.

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 када 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 правним прописима 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 решава спорну ствар суд не оцењује само (не)законитост донетих одлука, већ судском одлуком одлучује о самим правима, обавезама или одговорностима. 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 неопређено време и у др.

2. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕЗАКОНИТОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА

Ако се у поступка пред судом правноснажном одлуком утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа (незаконито престао радни однос), могуће су, сходно Закону о раду,¹⁶ следеће правне последице такве одлуке:

Прво, ако запослени то захтева, суд ће одлучити да се запослени врати на рад. Поред враћања на рад послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду штете и уплати припадајуће доприносе за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио (чл. 191. ст.

¹⁶ Чл. 191.ЗР.

1). Запослени који подношењем тужбе суду захтева да се утврди да је отказ незаконит (утврђујућа тужба) и успе у радном спору има право да захтева од суда да одлучи да се запослени врати на рад код послодавца. Дакле, суд ће одлучити да се запослени врати на рад само уколико то захтева запослени. Враћањем запосленог на рад успоставља се пређашње стање. Повраћај у пређашње стање подразумева да се запослени доведе у положај у коме би био да није било незаконитог престанка радног односа. Тиме се поништавају последице незаконитог решења. Доношење правноснажне (утврђујуће) пресуде да је отказ незаконит има за последицу ништавост акта о престанку радног односа, а ништавост правних аката делује и уназад (*ex tunc*) и унапред (*ex nunc*). Поред враћања на рад послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду штете и уплати све изаостале доприносе за обавезно социјално осигурање (здравствено, пензијско и др.). Накнада штете утврђује се запосленом у висини изгубљене зараде¹⁷ која у себи садржи припадајући порез и доприносе у складу са законом, а исплаћује се у висини изгубљене зараде која је умањена за износ пореза и доприноса који се обрачунавају по основу зараде у складу са законом. У висину утврђене зараде не улази накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца (чл. 191. ст. 2). Порез и допринос за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио обрачунава се и плаћа на утврђени месечни износ изгубљене зараде. Послодавац је такође дужан да запосленог поново пријави на социјално осигурање, од дана када је извршио одјаву осигурања због престанка радног односа (незаконитог) и да му период у коме није радио упише у радну књижицу, како би се обезбедило да запослени нема прекид у осигурању услед незаконитог отказа. Враћање на рад и исплата накнаде штете је кумулативна обавеза послодавца, а не алтернативна обавеза. Што значи да је послодавац дужан да врати запосленог на рад и надокнади штету.

Повраћај у пређашње стање односи се на сва права и правне интересе из радног односа која су запосленом припадала, а ускраћена су

¹⁷ Накнада штете у „висини изгубљене зараде“ одређује се у висини основне зараде запосленог за сваки месец спорног периода-када није радио због незаконитог престанка. То значи, да се у износ изгубљене зараде не обрачунава: радни учинак, увећање зараде (за ноћни, прековремени рад, сменски рад, за рад у дане празника и други основи за увећање зараде), који су према Закону о раду елемент утврђивања висине зараде. Исто тако не обрачунава се у изгубљену зараду и део зараде за топли оброк, регрес за годишњи одмор, на које запослени има право док је у радном односу, али имајући у виду чињеницу да запослени није радио тешко је утврдити висину тог удела у изгубљеној заради.

незаконитим престанком радног односа, што значи и у погледу зараде и других новчаних давања из радног односа. Наиме, након престанка радног односа запослени није радио и самим тим нема право на зараду, јер се она остварује у радном односу. С обзиром да је незаконитим решењем о отказу запослени био спречен да ради има право на накнаду штете од послодавца услед незаконитог престанка радног односа. Међутим, *уколико је запослени након незаконитог престанка радног односа остварио извесне приходе по основу рада*, обавеза послодавца да *исплати накнаду штете умањује се у висини износа тих остварених прихода*. Ово стога, јер износ накнаде штете не може бити већи од износа стварне штете коју је запослени претрпео.¹⁸

Друго, ако суд утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће, на захтев запосленог, обавезати послодавца да запосленом *исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада* запосленог, у зависности од времена проведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице (чл. 191. ст. 5).

Треће, послодавац може као и запослени да поднесе захтев суду да се запослени не врати на рад. Према одредбама члана 191. ст. 6. ако суд утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, али у току поступка *послодавац докаже* да постоје *околности* које *оправдано указују да наставак радног односа*, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, *није могућ*, суд ће одбити захтев запосленог да се врати на рад и досудиће му накнаду штете у двоструком износу од износа коју се исплаћује када запослени не жели да се врати на рад, односно 36 зарада (чл.191 ст. 6). Овакво решење је доста уобичајено у упоредном праву, нарочито у праву европских земаља. Прибегава му се из разлога што, услед отказа, односи између запосленог и послодавца често буду у тој мери поремећени да се више не може очекивати плодна сарадња. Из тог разлога сматра се да је много боља сатисфакција за незаконито отпуштено лице давање одређеног новчаног износа, уместо неплодног враћања на рад. Проблем је, у нашем праву, настао услед погрешне формулације чл. 191. Закона о раду. Наиме, новчани износ који је послодавац дужан да плати због противљења враћању незаконито отпуштеног лица на рад, до 36 зарада (или коју само то лице тражи, до 18 зарада) и накнада штете у виду изгубљене зараде и других примања не би смели једно друго да искључују, већ су то права која припадају кумулативно.

¹⁸ Предраг Јовановић, Радно право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012, 341.

У најкраћем, ако суд утврди да је запосленом незаконито престао радни однос, послодавац може захтевати од суда да донесе одлука да се запослени не врати на рад. Суд ће уважити захтев послодавца (чак ако се запослени томе и противи), ако постоје околности и аргументи који оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе уговорне стране, није могућ. У случају да суд усвоји захтев послодавца, послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду штете. Накнада штете у овом случају се досуђује у двоструком износу у односу на износ накнаде штете који се утврђује када запослени захтева да се врати на рад код послодавца. Значи максимално 36 зарада које би запослени остварио да ради, у зависности од временаведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог, као и броја издржаваних чланова породице. Из наведеног произилази да је поменутом одредбом износ накнаде штете коју суд може досудити ограничен на највише 18, односно на највише 36 зарада које би запослени остварио да ради. Самим тим, намеће се поуздан закључак да је наведено ограничење износа који се може досудити као накнада штете запосленом у *потпуној супротности* са одговарајућим одредбама Закона о облигационим односима.¹⁹ Сходно овим одредбама, суд ће, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете, досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања.

Четврто, ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог (чл. 191. ст.7). *Под зарадом* сматра се зарада коју је *запослени остварио у месецу који претходи месецу* у коме му је *престао радни однос*. Накнада зараде, и у овом случају, умањује се за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа.

Овде се суочавамо са ситуацијом у којој је суд нашао да постоји основ за престанак радног односа, а да је решење о престанку радног односа незаконито искључиво због повреде процесних норми. Кад из тих разлога решење о престанку радног односа буде поништено, овом одредбом се тражи да суд одбије захтев запосленог за враћање на рад уз досуђивање накнаде штете у износу од само шест изосталих зарада.²⁰

¹⁹ Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, (чл.154-155. и чл. 189-190), „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља), чл. 190.

²⁰ З. Ивошевић и М. Ивошевић, *op. cit.*, 439-440.

Закључна разматрања

Незаконит престанак радног односа није само једно у низу процесних, техничких или правних питања, нити се може искључиво посматрати са тог аспекта. Престанак радног односа – отказ на иницијативу послодавца доводи до губитка запослења – невољне незапослености и, тиме, до повећања броја незапослених лица. Последице незапослености су вишеструке и погађају личност човека у свим манифестацијама његове личности. У том смислу, концепција отказа базирана на неограниченој аутономији воље одговара ери економског либерализма (либералног капитализма), односно танденцијама које претендују (и данас) да се радни однос ослободи сваке принуде, ограничења и да се у основи препусти највећој ширини воље послодавца и радника (тржишту) при закључењу уговора о раду. Појава интервенционистичког законодавства у област радних односа (прва половина XIX века) налази свој домен примене и у материји раскидања уговора о раду закљученог на недређено време – „усвајају се процедуре којима се више ограничава слобода послодавца да отпушта своје особље, забрањујући му да то чини због неких разлога, а затим усвајајући општији принцип да свако отпуштање треба да буде оправдано“.²¹ Правна последица овог принципа је право да отпуштени радник може да оспорава ову меру, приговором/жалбом/тужбом као неоправдану. Данас је, у савременом развоју радног права, отказ уговора о раду од стране послодавца подвргнут, захваљујући напорима Међународне организације рада и синдиката, бројним законским или колективним уговором утврђеним условима, насупрот отказа запосленог послодавцу који је израз његове уставом признате слободе рада уз поштовање отказног рока.²² Тенденција је да се законом поставе објективне границе раскидања радних односа и тиме пружи пуна заштита и гаранција запосленима у поступку отказа уговора од стране послодавца. Усвајањем Закона о раду 2014. године српско радноправно законодавство кренуло је у другом смеру – ка тенденцијама које дестабилизују положај запослених у радном односу и дају већу „слободу“ послодавцу код отказивања уговора о раду. Еклатантан пример је одредба члана 191. ст. 7. сходно којој: „ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до

²¹ Ратко Пешић, Радно право, Научна књига, Београд, 1966, 201.

²² Бранко Лубарда, Лексикон индустријских односа, Радничка штампа, Београд, 1997, 143-144.

шест зарада запосленог²³. Ова одредба подлеже критици. На законитост решења о престанку радног односа, као и свих других одлука о правима, обавезама и одговорностима из радног односа, једнако утичу материјалне и процесне повреде закона. Процесне мане не могу се маргинализовати релативизацијом њиховог значаја, уколико решење послодавца буде поништено. Али, ако повреда процедуре нису битно утицале на његову законитост, суд треба да одбије захтев за поништај акта о престанку радног односа, у ком случају се питање накнаде штете не би ни поставило.²³

ЛИТЕРАТУРА

а) Књиге, уџбеници, научни и стручни радови

Бранко Лубарда, Лексикон индустријских односа, Радничка штампа, Београд, 1997.

Владимир Боранијашевић, Пресуде у парничном поступку, Задужбина Андрејевић, Београд, 2009.

Гордана Станковић, Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004.

Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, Извршно процесно право, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2014.

Живко Кулић, Радно право, Мегатренд универзитет, Београд, 2015.

Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, Коментар Закона о раду, ЈР „Службени гласник“, Београд, 2015.

Предраг Јовановић, Радно право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012.

Ратко Пешић, Радно право, Научна књига, Београд, 1966.

Ранко И. Кеча, Марко С. Кнежевић, Парициони рок у српском парничном поступку, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, Вол. 49, бр.1.

б) Законски прописи

Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, (чл.154-155. и чл. 189-190), „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља), чл. 190.

²³ З. Ивошевић и М. Ивошевић, *op. cit.*, 440.

Закон о парничном поступку- ЗПП, Службени гласник РС, бр.72/11, 49/13, 55/14.

Закон о раду – ЗР, Службени гласник РС, бр. 75/2014.

Slobodanka Kovačević-Perić, Ph.D.
Assistant Professor

***WRONGFUL TERMINATION OF EMPLOYMENT: the legal consequences
verdict in labour dispute***

Summary

Opposite the dismissal of an employee to the employer, which is an expression of his constitutionally recognized freedom of work, termination of employment by the employer is subject to, thanks to the efforts of the International Labour Organisation, numerous law or collective agreement specified conditions. The tendency is that the law set strict limits of the termination of labor relations and thus provide full protection and guarantees to employees in the process of cancellation of contract by the employer. Thus, in principle, Serbian Labour Act (changes in 2014) goes in the other direction. The author analyzes the wrongful termination- legal consequences verdict in labor dispute, in accordance with Serbian Labour Law.

Key words: work dispute, verdict, illegal termination, legal consequences

Др Дејан М. Мировић
Доцент

НОВЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ – СЛОБОДА ИЛИ ЛЕГИТИМИТЕТ

Апстракт: *Међународни судија Антонио Касезе тврди да је од 90-тих доминатно "ново" међународно право. Приоритет тог међународног права више није сувереност државе већ права човека. Зато Касезе сматра да међународним судовима треба дати универзалну надлежност. За њега су људска права постала *bonum commune humanitatis* или добро целог човечанства, скуп вредности од великог значаја за све људе. Суверенитет држава је од другоразредног значаја. Два века раније је Робеспјер "бич револуције" сматрао да треба погубити у име људских права хиљаде људи. Ова аналогија показује да идеја о људским правима која су изнад правних норми и међународног и унутрашњег права није нова. Међутим, доктрина по којој су револуционарна правила изнад старог правног поретка често доводе до негативних последица. Конзервативизам у међународном јавном праву није негативан појам сам по себи као што се данас покушава представити. У Франуској су поред Робеспјерових цењене и идеје конзервативаца Франсоа-Рене де Шатробријана који је сматрао да одбрана слободе није мање важна од одбране легитимитета. Дакле, монизам једног начела је увек први корак ка доминацији политике силе и државног разлога у његовом најогољенијем виду, над међународним уговорима, обичајима и правосуђем.*

Кључне речи: *Међународно јавно право, Међународни суд правде, људска права, Касезе, легитимитет*

1. Слобода или легитимитет у међународном праву

Да ли је међународно право изгубило свој значај крајем XX и XXI века? Да ли политика силе и државни разлог (*raison d' état*) у његовом најогољенијем виду, имају првенство над међународним уговорима, обичајима и правосуђем? Да ли је старо међународно право (чији је оснивач био Гроцијус а седиште било у Хагу) изгубило свој значај?

Општепознати догађаји у последње две деценије показују да је међународно право изгубило свој значај. Посебно на простору бивше Југославије за време грађанског рата у бившим југословенским републикама, агресије НАТО против СРЈ из 1999. године као и

проглашења независности такозваног Косова 2008. године. Бројне међународне конвенције, начела и обичаји су прекршени (на штету Србије) током ових догађаја. Нажалост, међународно правосуђе и судови су пратили овај негативни тренд. Не само искомпромитован Међународни кривични суд за бившу Југославију (МКСЈ)¹ већ и Међународни суд правде (МСП).

МСП као и МКСЈ, је интезивно разматрао догађаје за време грађанског рата у бившим југословенским републикама (Грађанске ратове у Хрватској и Босни, агресију НАТО против СРЈ из 1999. и проглашење независности такозваног Косова 2008). Све пресуде и саветодавно мишљење су биле на штету Србије.

Такав рад Међународног суда правде је поколебао чак и оне правнике у Србији који су сматрали да након престанка Хладног рата (и наступања *Rex americana*) постоје међународне институције који нису под политичким утицајем западних држава.

Још горе, МСП је управо у случајевима који су били повезани са Србијом показао да примењује такозвано адвокатско право (то квази-право је још Достојевски описивао као правдање најтежих преступника по сваку цену, без обзира на последице и морал).² МСП је увек налазио оправдање за противправне поступке Запада уз конструкције које су често биле лишене "здрог правног смисла" и елементарног морала.

Зашто је Западу била потребана таква "адвокатска услуга" МСП у случајевим када се радило о Србији? Делимичан одговор даје Антонио Касезе, први председник МКСЈ и експерт за међународно право. Он пише да је од 90-тих доминатно "ново" међународно право. Приоритет тог међународног права више није сувереност државе већ права човека.³ Зато Касезе сматра да међународним судовима треба дати универзалну надлежност. За њега су људска права постала *bonum commune humanitatis*

¹ О самом раду МКСЈ или Хашког трибунала види Милан Шкулић, "Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји", објављено у зборнику радова који приредио Јован Ћирић "Хашки трибунал између права и политике", Институт за упоредно право, Београд, 2013, 56-120. Проф. др Шкулић критикује флоскулу о еволутивном развоју међународног кривичног права од Нирнберга до Хага. О самом раду МКСЈ и подизању оптужница Carla Del Ponte. "La Caccia" Feltrinelli, Milano, 2008, 187.

² Вид. Фјодор Достојевски, "Дневник" Том II, Москва 1998, 88.

³ Антонио Касезе, "Међународно кривично право", Београдски центар за људска права, Београд, 2005, 533. Сугерише се да право може постојати ван система, вид. о томе Сава Аксић, "Систематика у праву" Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2014, 7.

или добро целог човечанства, скуп вредности од великог значаја за све људе. Сувернитет држава је од другоразредног значаја. Прецизније, он сматра да дипломатско право и сувернитет држава морају да уступе пред људским правима (два века раније је Робеспјер "бич револуције" сматрао да треба погубити у име људских права хиљаде људи).⁴

Међутим, проглашење независности Косова показује да "старо" међународно право није изгубило свој значај. Доктрина која проглашава приоритет људских права није била довољна у том случају упркос чињеници да је Запад бомбардовао Србију због заштите људских права и да је преко 100 држава признало независност Косова Западу. Прецизније, да би и формално било независно, Косово мора испунити још један услов. Тај услов је чланство у УН. Међутим, оно није могуће без признања Србије (пример Бангладеша и Пакистана из 1974. то јасно показује).

Зато се може тврдити да "старо" међународно право (или начела, обичаји и институције УН) још увек имају одређени значај у међународним односима. Ко тврди другачије, треба да одговори на питање зашто се тражи од једне мале државе као што је Србија да призна Косово ако су га већ признале ЕУ и САД и 100 држава у свету?

У том смислу, рад МСП је још увек актуелан за Запад. Адвокатско право које примењује тај суд може бити "мост" између старог и новог међународног права. Тачније, МСП као адвокат Запада може дати оправдање за растурање СФРЈ, агресију НАТО и признање такозваног Косова.

2. *Raison d' état* или модерно међународно правосуђе као француски Конвент

Људска права нису једино оправдање за безусловну примену новог међународног јавног права. Постоји и старија теорија која оправдава кршење међународног права. То је државни разлог. Још је Робеспјер тврдио да Луј XVI мора бити погубљен не само због људских права, већ и због државног разлога (или заштите младе франуске револуције која је угрожена од спољашњих и унутрашњих непријатеља). Зато је суђење краљу било само формалност (усталом није му чак ни судио суд, већ скупштина/Конвент). Велики српски правник, Слободан Јовановић је тврдио да је такво резоновање у суштини „тиранско“ јер „кад год је владалац хтео уклонити с пута људе који нису имали судски доказане

⁴ Слободан Јовановић . " Вођи Француске револуције " Издавачака књижарница Геце Кона, Београд, 1932,стр 313.

кривице, он је наводио државне разлоге, који су му допуштали све, јер их је он тумачио како је хтео“.⁵

Заступници нових теорија у међународном јавном праву (или они који негирају постојање старог међународног јавног права) редовно омаложавају значај правних начела, уговора и обичаја све зарад државног разлога. У том црно белом дискурсу иза којег стоји намерно неразумевање сложености међународног јавног права (или адвокатско оправдавање кршења истог) износи се тврдња да су само равнотежа снага или државни разлог (*raison d'état*) битни у модерним међународним односима. Ходно томе, међународни судови попут МСП треба да служе као инструменти политичких сила (или као француски Конвент у рукама Роберспјера). У том смислу бивши амерички државни секретар Хенри Кисинџер се отворено диви кардиналу Ришељеу који је први на француском тлу инсистирао на доминацији државног разлога: „доктрина државног разлог подразумева да добробит државе оправдава сва средства што се користе за његово остварење... У свету који је инагурисао Ришеље, државе више нису биле ограничене покушајима да се придржавају моралног кодекса...Јачи су тежили да доминирају, а слабији да се одупру“.⁶ Међутим, чак ни Ришеље не одбацује потпуно морал јер каже да је "Владавина Божја начело по којем се управља државе" (и не захтева примену силе ради преобраћења протестаната).⁷ Не може се рећи за данашњу западну политику да је боља од Ришељеове у међународним односима. Напротив, она се одрекла и тог минимума морала који је захтево Ришеље.

3. Мешавина доктрина Макијевелија и људских права као основ новог међународног права

⁵ Ibid, 349.

⁶ Хенри Кисинџер "Дипломатија" књига 1, Верзал прес, Београд, 1999. стр. 49, за Кисинџера је државни разлог и остварење националног интереса и равнотежа снага. Међутим равнотеже не може бит ван система права вид. С. Аксић ." Систематика у праву" Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2014, 15.

⁷ Ришеље државни разлог илаже у Политичком тестаменту, то је у суштини збирка савета француском краљу. Он пише да је владару водич античка филозофија и здрав разум. Општи интерес јер изнад појединчног. Ипак, казне су боље иод награда, јер онима који су против јавног интереса не треба показивати милост али и то треба радити са мером, Вид. Франоса. Штале, Оливије. Дијамел, Едмунд. Пизлије "Енциклопедијски речник политичке филозофије" књига II, Издавачка књижарица Зорана Стојановића, Нови Сад, 1993, 851-858. Дакле, систем није статитички појам вид. С. Аксић ." Систематика у праву" Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2014, 17.

Заштитиници људских права се позивају и на још старије идеје од Ришељеових. Прецизније, на познату доктрину Николе Макијавелија (Италијан је уз кардинала Ришељеа вероватно најпознатији заступник теорије државног разлога).

Макијавели је још популарнији на Западу од Ришељеа када треба оправдати употребу силе у међународним односима (апсурд је свакако у томе да се се у XXI век улази са идејама старим преко 500 година). Данашњи заступници тезе да је сила јача од права и да је све дозвољено у међудржавним односима (убијање без суђења, рушење међународног правног поретка, агресије без дозволе СБ УН, лажни докази о оружју за масовно уништење) узимају Макијавелијево дело као нескривени узор у својим радовима. На пример, познати професор са Харварда и експерт за људска права Мајкл Игњатијев, објавио је 2013. године текст под насловом "Макијавелији је био у праву".⁸ Игњатијев поводом 500 година од објављивања Макијавелијеве књиге "Владалац" тврди да је та књига иако "аморална" веома актуелна. Игњатијев сматра да прави државник мора да "ризикује своју душу". Он мора да ради лоше ствари ради "вишег" добра. Затим прави вербалну аналогију са Сартровим "прљавим рукама" (иако је то неприкладно јер је Француз жестоко осуђивао западну спољну политику)⁹ и спушта се на ниво вечерњих телевизијских серија пуних стереотипа о Италијанима.¹⁰ На тај начин брани своју неозбиљну тезу да

⁸ Michail Ignatieff, "Machiavelli Was Right" <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2013/12/machiavelli-was-right/354672/> december 20. 2013. У њему овај "познати борац за људска права" (директор центра за људска права при Универзитету Харвард) оправдава телевизијско убиство без суђења извршено над терористом Осамом бин Ладеном у Пакистану (јер циљ оправдава средства парафразира он Макијавелија). Он ову средњовековну егзекуцију без суда и оптужнице назива "Макијавелистичким моментом" (наравно, не пада му на памет да напише да се суђење морало бити избегнуто јер би некадашњи амерички миљеник и терориста био незгодан сведок/оптужени). О потреби да појмови буду тачни вид. С. Аксић, 24.

⁹ Још једно нетачно поређење, довољно је погледати Жан Пол Сартр. "Шта је књижевност", 1984. Нолит, Београд, стр 107.

¹⁰ Макијавелија упоређује са ни мање ни више него са Тонијем Сопраном, измишљеним криминалцем италијанског порекла који делује на простору Њу Џерзија. Игњатијев помиње и државни разлог који разматра Макијавели али не уме (или не жели) да дефинише разлику између државног разлога и обичног злочина. Ипак, када се пажљиво прочита Макијавелијево најпознатије дело Владалац јасно се да чак ни он не негира значај права у међуљудским и међународним односима. Напротив, неке његова идеје му служе на част. Макијавели је је тврдио да су добри закони подједнако важни као и јака сила. Вид. Николо.Макијавели, Владалац, Јавор издаваштво, Београд, 2012, 53.

нема разлике између кривичног дела тешког разбојништва карактеристичног за улице Њу Џерзија и сложене међудржавне политике.

Коначно, Игњатијев као ватрени заговорник НАТО агресије против СРЈ 1999, агресије против Ирака 2003 године (тврдио је да Багдад поседује средства за масовно уништење) и сличних кршења међународног права, критикује америчког председника Обаму јер није лансирао крстареће ракете на Сирију. Зато Игњатијев упућује прекор Обама да није прави "макијавелиста".¹¹ Када се узме у обзир да се је Игњатијев познато (и често цитирано) име у западној стручној јавности када се ради о међународним односима, постаје јасније из каквог контекста долазе судије МСП које долазе из западних држава. Њихова објективност скоро да не постоји јер као што је је написао познати српски правник Милан Бартош: "Судије су мање или више везане за одређена идеолошка схватања, друштвено порекло, политичке ставове, правне системе итд, што се може одразити и на начин и садржину њиховог тумачења".¹²

4. Слободно судијско уверење као основ новог међународног правосуђа

У новом међународном праву поред државног разлога и људских права, често се користи и појам самоодбране као оправдање за кршење уговора и обичаја.

На пример, у САД је уобичајено да се државни разлог поистовећује са самодобраном (ода се на основу тога дефинише непријатељ). Тако је Џорџ Буш након 2001.године тврдио да је Ирак повезан са нападима на Њујорк и да има оружје за масовно уништење (и да ће га употребити против САД). Истумантру је и у СБ УН поновио његов државни секретар Колин Пауел. На основу оваквог произвољног (и лажног) ефинисања самоодбране се крши међународно право али и правила судског поступка. Сходно томе, слободно судијско уверење замењује доказ . Од 2001. године се у том контексту посебном Наредбом

¹¹ "So if we return to the Situation Room and to the decisions presidents make there, Machiavelli's *The Prince* tells us the question is not whether one human being should have the right to make such terrifying determinations. The essence of power, even in a democracy, is to use violence to protect the republic... It may even be advisable, for example, for the president to stay the order to dispatch cruise missiles to Syria if he cannot discern a clear target or a defensible strategic objective.?"

¹² Милан Бартош ."Међународно јавно право-уговорно право", Службени лист СФРЈ, Београд, 1986. стр 330 Ипак, треба признати и да је то боље од праксе коју примењује МКСЈ. Касезе признаје да су у МКСЈ радиле судије које се пре тога никада нису обављале ту функцију.

од 13. 11. у САД установљавању војне комисије које суде заробљеницима (по узору на војне комисије из 1942. Они немају праву на жалбу, немају право на бирање адвоката, оступак је сакривен од очију јавности. Коначно, и оно што је и наважније, изводе се и тајни докази а за заробљенике не важе одредбе Женевске конвенције (Касезе признаје у својој књизи да је "неспорно" да Наредба није у складу са Женевским конвенцијама).¹³ Дакле, америчке судије суде као у Француској револуцији, као нека врста извршних органа, која суди по слободном уверењу, не осврћући се на доказе.

Дакле америчке судије као и француске у некаквом патриотско моралном заносу суде заробљеницима. Прецизније, у револуционарној Француској је Робеспјер под сличним оправдањем (самоодбрана од спољног и унутрашњег непријатеља, морални разлог) увео прериалски закон. Слободан Јовановић пише да су тим законом: "Оптуженом одузета и најосновнија јемства, није могао узети адвоката, није се могао позивати на сведоке, судило му се по моралним доказима, тј по слободном судијском уверењу".¹⁴ Слично се може рећи и за Наредбу од 13.11.2001.

5. Зашто није суђено Вилхему II 1918. - почеци новог међународног правосуђа

Претходно наведене аномалије нису ипак нове појаве у међународном правосуђу. Политика је веома утицала на први међународни универзални суд, Стални суд међународне правде (ССМП). На пример, главни кривац за бројне злочине које је Немачка починила током Првог светског рата, цар Вилхем II је избегао суђење пред ССМП. Познато је да је он водио Немачку из сукоба у сукоб, вођен идејом да је Немачка супериорна на континету и да не сме имати милости према другим државама нити уважавати међународно право. Ову Вилхемову агресивну политику је подржала већина немачког друштва. На пример, Ниче сугерише цару Вилхему II (као и Игњатијев 120 година касније Обама поводом Сирије) да не сме имати милости и сажаљења у међународним односима.¹⁵ Вилхем II је усвојио ове Ничеове "савете".

¹³ А. Касезе . " Међународно кривично право", Београдски центар за људска права, Београд, 2005. стр 365. Наравно, не треба се слепо држати догме вид. С. Аксић, ор. cit. 33.

¹⁴ С.Јовановић ." Вођи Француске револуције " Издавачака књижарница Геце Кона, Београд, 1932, 385.

¹⁵ Фридрих Ниче ." Антихрист" Службени гласник , Београд, 2009. стр. 8. -9 Међутим, чак и Ниче признаје да је напредак да се човечанство (и међународно право као верни пратилац) не крећу увек у добром правцу.: "Човечанство не

Изазвао је Први светски рат 1914, прекршио је бројне међународне уговоре (Хашке конвенције из 1899. и 1907.), спровео је геноцид у Намибији.¹⁶ У међународним односима се ослањао на политику силе (Прва и Дуга мароканска криза). Ипак, Вилхему није суђено пред ССМП после Првог светског рата, иако је то било предвиђено Версајским уговорима (штавише Вилхем II је након 1918.године провео остатак живота у удобном егзилу у Холандији све до 1941.године). Тачније, упркос чињеницама да је на Версајској конференцији 1919. формирана комисија која је неспорно утврдила кривицу кајзера за рат и без обзира на чињеницу да је у члану 227. Версајског уговора истакнуто да је управо он нанео повреду међународним уговорима и моралу (и да је неопходно да га Холандија изручи ради суђења пред посебним трибуналом) Вилхем није чак ни оптужен.¹⁷ Како је то било могуће?

Главна препрека суђењу кајезеру је био државни разлог. Овај пут у интерпертацији САД и Велике Британије после 1918. Оне су желеле нову Немачку, која би се обрачунала са болшевичком Русијом (неоптерећена некавим суђењима која би изазвала унутрашње сукобе). Оваква селективна правда је довела до тога да први универзални суд у историји, Стални суд међународне правде никада није расправљао о одговорности Немачке за Први светски рат. Узалуд је Саветодавни комитет правника надлежан за писање Статута ССМП предложио да "високи суд међународне правде" треба да буде надлежан за злочине који

представља развитак на начин како се то данас верује, ка бољем снажнијем или вишем”.

¹⁶ “Председник Бундестага: Царска Немачка у Намибији пре 100 година починила геноцид” <http://www.nspm.rs/hronika/predsednik-bundestaga-carska-nemacka-u-namibiji-pre-100-godina-pocinila-genocid.html> 10.7. 2015. "Имајући у виду садашње међународно право, сузбијање устанка племена Хереро је био геноцид", навео је Ламерт поводом 100 година од завршетка немачке колонијалне управе у Намибији, која је трајала од 1884. до 1915.По његовим речима, Немачка је у Намибији водила расистички рат.Председник Бундестага Норберт Ламерт описао је као геноцид масакр који је починила царска Немачка у Намибији пре 100 година, преноси немачки недељник Цајт. Помор у пустињи Намиб данашња историографија, сматра – првим геноцидом у 20. веку. Више од три четвртине становништва народа Хереро побиле су немачке снаге 11. августа 1904. године, а 15.000 одведено је у пустињу и остављено да умре од глади.Јужна Африка преузела је власт над тим подручјем 1915. године.

¹⁷ Кајзер се у Холандији оженио, а власти те државе су одбиле да га изруче 1920. У суштини, против изручења је био амерички председник и тако је кајзер сносио само политичку одговорност за милионе мртвих у Првом светском рату. Вид. више Јован Јовановић, Суђење Вилхему II као кривцу за Светски рат, Записи, број 4/1927, Цетиње, 226-230, пренето у "Међународно кривично право" зборник радова, приредио Ђорђе Лопичић, Службени гласник, Београд, 2006, 411-414.

представљају кршење међународног јавног поретка. Политика западних сила, или државни разлог су били јачи од међународног правосуђа и правде те 1918.

Зато се Стални суд међународне правде бавио сударима француских и турских бродова у Медитерану (случај Лотус) проласком бродова са оружјем за Пољску кроз Килски канал (случај Вимблдон) а не догађајима који су однели десетине милиона живота у периоду 1914-1918 и за које су најодговорнији били Немачака и Кајзер .

Такође, суђење за ратне злочине пред немачким судом у Лајпцигу 1921 које је требало да ублажи овај скандал се претворило у фарсу. Никада није суђено генералима Хиндербургу и Лундердорфу као ни бившем канцелару Бетмен-Холвегу иако су они били на списку окривљених због ратних злочина. Од 12 окривљених (безначајних) лица у Лајпцигу, ослобођено је 6 (може се приметити да је чак и суђење турским официрима у за геноцид над Јерменима било поштеније у кемалистичкој Турској). Због таквог тумачења државног разлога је Хиндербург завршио као председник Немачке а не као затвореник.

Оно што је посебно било опасно скандалозна и селективна правда ССМП је отворила "врата" и за нове још горе немачке лидере .

6. "Ново" међународно право

Антонио Касезе тврди да је од 90-тих доминатно "ново" међународно право. Приоритет тог међународног права више није сувереност државе већ права човека. Зато Касезе сматра да међународним судовима треба дати универзалну надлежност. За њега су људска права постала *bonum commune humanitatis* или добро целог човечанства, скуп вредности од великог значаја за све људе. Сувернитет држава је од другоразредног значаја. Прецизније, он сматра да дипломатско право и сувернитет држава морају да уступе пред људским правима. Два века раније је Робеспјер "бич револуције" сматрао да треба погубити у име људских права хиљаде људи. Ова аналогија показује да идеја о људским правима која су изнад правних норми и међународног и унутрашњег права није нова. Међутим, револуционарна правила усместо старог правног поретка често доводе до негативних последица. Конзервативизам у међународном јавном праву није негативан појам сам по себи као што се данас покушава представити на Западу. Он није настао на српском тлу или на тлу малих народа и држава. Родоначелник конзервативизма је британски државник, политички теоретичари и филозоф Едмунд Берк (1729 — 1797). У Франуској је поред Робеспјера познати конзервативац био Франсоа-Рене де Шатробријан (1768-1848). Шатробријанови ставови да одбрана слободе није мање важана од

одбране легитимитета који се заснива на успојемни на "Стару Француску, на религију, древне обичаје, породични живот, навике из детињства, колекву, гроб" су веома цењени и данас. Дакле, монизам једног начела је увек "тиранија" писао је велики руски филозоф Николај Берђајев.¹⁸ Тако је и са наметањем нових начела у међународном јавном праву на штету традиционалних или конзервативних. Међународно право се не може заснивати на доминацији само једне доктрине.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге:

- А. Касезе, Међународно кривично право, Београдски центар за људска права, Београд, 2005
- С. Del Ponte, La Caccia, Feltrinelli, Milano, 2008
- Ј. Ђирић, Хашки трибунал између права и политике, Институт за упоредно право, Београд, 2013
- Х. Кисинџер, Дипломатија', књига 1, Верзал пресс, Београд, 1999
- М. Бартош, Међународно јавно право-уговорно право, Службени лист СФРЈ, Београд, 1986
- Н. Макијевели, Владалац, Јавор издаваштво, Београд, 2012
- Н. Берђајев, Филозофија неједнакости, Октоих, Подгорица, 2001
- С. Јовановић, Вођи Француске револуције, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1932
- С. Аксић, Систематика у праву, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2014
- Ф. Штале, О Дијаме, Е, Пизлије, Енциклопедијски речник политичке филозофије, књига II, Издавачка књижарица Зорана Стојановића, Нови Сад, 1993.

Интернет:

- М. Ignatieff, "Machiavelli Was Right" december 20. 2013
<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2013/12/machiavelli-was-right/354672/>
- "Председник Бундестага: Царска Немачка у Намибији пре 100 година починила геноцид" <http://www.nspm.rs/hronika/predsednik-bundestaga-carska-nemacka-u-namibiji-pre-100-godina-pocinila-genocid.html>" 10.7. 2015.

¹⁸ Николај Берђајев, " Филозофија неједнакости" , Октоих, Подгорица, 2001, стр. 60.

Dejan Mirović, Ph. D.
Assistant Professor

NEW TENDENCIES IN THE INTERNATIONAL PUBLIC LAW – FREEDOM AND LEGITIMACY

Summary

An international judge Antonio Cassese claims that the „new“ international law has been dominant since the 90’s. The priority of that international law is no longer the sovereignty of a country but the rights of an individual. That is why Cassese thinks that the international courts should be given universal jurisdiction. For him, human rights have become *bonum commune humanitatis* or the welfare of the whole mankind, the set of values of great importance for all people. The sovereignty of a country is of secondary importance. Two centuries before, Robespierre „the whip of the revolution“ thought that thousands of people should be executed in the name of human rights. This analogy shows that the idea of human rights being above legal norms and international and internal law is not new. However, revolutionary rules often replace the old legal order with negative results. Conservatism in international public law is not a negative term by itself as it is tried to be presented today. In France, besides Robespierre’s, they also respected the ideas of François-René de Chateaubriand who believed that the defence of freedom is no less important than the defence of legitimacy. Therefore, the monism of one principle is always the first step towards the domination of the policy of force and the state reason in its baldest form over the international agreements, customs and judiciary.

Key words: International public law, the International Court of Justice, human rights, Cassese, legitimacy

Др Бојан Бојанић
Доцент

ФУНКЦИЈЕ ПАРЛАМЕНТА У САВРЕМЕНОЈ УСТАВНОЈ ДРЖАВИ СА ОСВРТОМ НА НАРОДНУ СКУПШТИНУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: *Најважнија институција представничке демократије, парламент, доживео је током дуге историје свог постојања значајне промене. Оне се најбоље могу сагледати кроз призму еволуције његових функција. Доношење закона, контрола извршне власти, избор носилаца јавних власти и представљање грађана су функције које је парламент давно „освојио“. Међутим, временом се њихов значај и однос променио. Управо ће те основне функције парламента бити предмет анализе у овом раду, а посебно ћемо се осврнути на положај и функције Народне скупштине Републике Србије.*

Кључне речи: *Законодавна функција, контролна функција, изборна функција, квазисудска функција, Народна скупштина Републике Србије.*

УВОД

Парламент води порекло из Великог савета (*Magnum Concilium*) сазваног још у давном XII веку, што је представљало једну од најважнијих победа племства против апсолутне власти монарха. Неколико деценија касније (1295. године) ово тело, у чији састав поред представника племства и свештенства улазе и представници грађанства, постаје Парламент узор (*Model parliament*).

Од времена Парламента узора, до данашњих дана положај и улога представничког тела значајно су измењени. Тако се у XIX веку могло говорити да парламент управља земљом, да би у двадесетом веку, као последица бројних фактора, ова моћ прешла у руке владе.¹ Најбољи показатељ положаја и улоге парламента у уставном и политичком систему једне земље јесте делокруг његових надлежности. Сасвим је разумљиво да, уколико парламент има у својим рукама шире и важније надлежности,

¹ Paul Silk with Rhodni Walters, *How Parliament Works*, Routledge, London – New York 1992, 39.

да ће и његов положај у систему да буде јачи и чвршћи а улога значајнија, и обрнуто.²

У теорији постоје различите систематизације функција парламента, а овде ћемо поменути само неке од њих. Једну од најстаријих, а и данас потпуно прихватљивих подела налазимо код Беџхота (*Walter Bagehot*), коју је сачинио шездесетих година XIX века. На првом месту налази се изборна функција а за њом следе: функција изражавања воље грађана, функција политичког образовања, информативна функција, и на самом крају, она која се углавном сматра основном и најважнијом функцијом парламента – законодавна.³ Филип Лонди (*Philip Laundy*) сматра да се бројне функције које врши парламент могу поделити на: законодавну, финансијску, делиберативну, функцију критиковања (*critical*), информативну и пердставничку.⁴ Ратко Марковић разликује четири основне функције парламента: законодавну, контролну, изборну и квазисудску.⁵ Поред ове четири, Ирена Пејић наводи и функцију политичког представљања. Она истиче да се у основи свих парламентарних функција, које су нормативног и уставног карактера налази суштинска политичка и правна функција представљања грађана.⁶ У раду ћемо анализирати основне функције парламента у погледу којих, ако се пажљивије посматрају изложене и наизглед прилично различите класификације, у теорији нема великих неслагања. Најпре ће бити речи о законодавној, а потом о контролној, изборној и квазисудској.

ЗАКОНОДАВНА ФУНКЦИЈА

Основна функција сваког парламента је прављење закона, а термини „парламент“ и „легислатива“ се често користе као синоними.⁷ Оксфордски речник енглеског језика дефинише законодавно тело као „скуп особа које представљају једно тело, а које су овлашћене да праве законе у држави“.⁸ И поред наведених одредница, којима се парламенту „додељује“ врховни ауторитет у законодавном процесу, увек се признаје да представничка тела немају искључиву контролу над законодавством,

² Владан Михајловић, Уставно право, Слово, Краљево 2009, 386.

³ Наведено према: Владан Петров, Парламентарно право, Правни факултет, Београд, 2010, 45.

⁴ Philip Laundy, *Parliaments in the modern world*, Aldershot, Dartmouth, 1989, 11.

⁵ Ратко Марковић, Уставно право, Правни факултет, Београд, 2009, 275–283.

⁶ Ирена Пејић, Парламентарно право, Правни факултет, Ниш, 2011, 24–45.

⁷ P. Laundy, *op. cit* 65.

⁸ Andrew Adonis, *Парламент данас*, Унирекс, Подгорица 1996, 95.

нити се баве само законодавством.⁹ Како се центар политичке моћи у савременој уставној држави полако премештао из парламента и прелазео у руке владе, то се одразило и на промењену улогу парламента у законодавном процесу. Осим значајног јачања егзекутиве и њене пресудне улоге у фази законодавне иницијативе, као и великог утицаја на поступак усвајања закона, на то је утицала и „четврта власт“, како се у теорији све чешће назива уставно судство. Од великог значаја је и улога политичких партија. Наиме, иако је слободни мандат један од основних постулата уставне демократије, партије су у прилици да преко страначких лидера у парламентарним групама обезбеде партијску дисциплину и тако усмеравају токове законодавног поступка ка жељеном исходу.

Доминантну улогу у законодавној иницијативи, у већини земаља, има влада.¹⁰ „Правило 90 одсто“ сажет је опис законодавног процеса који отприлике одговара стању у многим скупштинама. То је правило по коме 90 одсто законских предлога углавном долази од извршне власти и отприлике 90 одсто тих предлога постају закони.¹¹ Позиција владе у поступку законодавне иницијативе, између осталог, произлази из бројних уставних одредаба које јој пружају фактичке и формалне предности.¹² Влада има значајну улогу и у поступку усвајања закона захваљујући подршци парламентарне већине. Ово нарочито долази до изражаја у британском парламенту, што је последица двостраначког партијског система као и чињенице да је безмало сваки члан владе истовремено и посланик у Доњег дома, уз извешан број чланова који потичу из Горњег дома.

Законодавна функција парламента јача је у осталим европским државама захваљујући другачијем односу снага у парламенту и у односима на релацији парламент – влада. Коалиционе владе, утицајни парламентарни одбори и политичка елита могу постићи компромис кроз представничко тело тако да буду задовољене све стране.¹³ У већини ових земаља право законодавне иницијативе има шири круг субјеката – осим владе, овим право располажу и посланици, шефови држава, радна тела

⁹ Карл Јоаким Фридрих, Конституционална демократија – Теорија и пракса у Европи и Америци, ЦИД, Подгорица, 2005, 263.

¹⁰ P. Laundi, op. cit 66.

¹¹ Rod Hague, Martin Harrop, Shaun Breslin, Компартивна владавина и политика, Факултет политичких знаности, Загреб, 2001, 307.

¹² Више о томе: Маријана Пајванчић, „Законодавни поступак“, Дилеме и изазови парламентаризма, (Вукашин Павловић, Славиша Орловић, ур.), Београд 2007, 204.

¹³ Ирена Пејић, Парламентарно право – Француски, немачки, српски и пример Европског парламента, Правни факултет, Ниш 2006, 38.

парламента, грађани, регионалне скупштине, регионалне владе, локални савети итд.

На положај у улогу парламента у законодавном поступку утицала је и појава уставног суда. Овај, по Келзеновој (*Hans Kelsen*) замисли „негативни законодавац“, вршећи своју основну функцију, функцију нормативне контроле уставности, уклања из правног поретка оне законе које је донео парламент, а за које утврди да су у супротности са уставом. Укидање неуставних закона, процењивање различитих могућности интерпретације нормативних аката и њихове сагласности са уставним принципима, има за циљ да се законодавцу упуту упозорење у погледу потребе измена, допуна или доношења потпуно новог нормативног акта, а што све спада у домен уставних овлашћења парламента и његових законодавних надлежности.¹⁴ И поред тога што нема могућности непосредног утицаја на законодавни процес, у пракси се дешавало да уставносудска власт прекорачи границе свог деловања, па уместо да чува основну вредност устава и уставом зајемчена људска права, он се претварао у своју сопствену негацију, постајући тако фабрика новог (не)устава.¹⁵ Уставни суд, 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. То, нажалост, није случај у Србији пошто Уставни суд није успео да се избори за положај који му припада по Уставу, а његов рад је под снажним утицајем политике.

Снажан утицај на законодавну функцију имају и политичке партије. У парламентима у којима доминирају странке законодавна функција своди се на контролу квалитета, тј. на исправљање грешака у предлозима закона које су на брзину припремили министри и државни службеници.¹⁶

Народна скупштина је Уставом одређена као носилац уставотворне и законодавне власти у Републици Србији. У оквиру законодавне функције Народна скупштина доноси законе и друге опште правне акте,

¹⁴ Ирена Пејић, „Ограничење законодавне функције парламента“, Теме – часопис за друштвене науке, 1/2011, 177.

¹⁵ Јован Ђорђевић, Нови уставни систем, Савремена администрација, Београд, 1964, 813. Ово је било карактеристично за праксу творца модерне контроле уставности – Врховног суда САД, тридесетих година двадесетог века. То је период који је с правом називан судократијом, а суд је проглашавањем прогресивних закона неуставним водио сопствену законодавну политику.

¹⁶ R. Hague, M. Harrop, S. Breslin, op. cit 305.

план развоја и просторни план, потврђује међународне уговоре и усваја буџет и завршни рачун.

Правила законодавног поступка уређена су Уставом¹⁷, Законом о Народној скупштини¹⁸ и Пословником Народне скупштине.¹⁹ За разлику од законодавног поступка у парламентима неких европских земаља законодавни поступак у Србији није подељен у више „читања“, већ се одвија кроз јединствену процедуру која је подељена у три фазе. То су: предлагање закона, претрес и изгласавање закона и трећа фаза која обухвата проглашавање, објављивање и ступање закона на снагу. Право предлагања закона има сваки народни посланик, Влада, скупштина аутономне покрајине, најмање 100.000 бирача, Заштитник грађана и Народна банка Србије. И поред тога што право законодавне иницијативе припада широком кругу потенцијалних предлагача, већина предлога потиче од Владе, а као што је већ речено, то је случај у већини земаља.

Одмах по пријему предлога закона председник Народне скупштине га доставља народним посланицима, надлежном одбору и Влади, уколико она није предлагач. Након разматрања у надлежном одбору и Влади, предлог се претреса у у Народној скупштини, и то прво у начелу а потом у појединостима. Уколико предлагач не повуче предлог до окончања претреса у Народној скупштини, одлучује се о предлогу закона у начелу, о амандманима и на крају о предлогу закона у целини, и то у Дану за гласање. Осим ове, редовне процедуре, постоји и хитна процедура за усвајање закона. Закони се доносе по хитном поступку ако су испуњени одређени услови. Неопходно је да се предложеним законом уређују питања и односи настали услед околности које нису могле да се предвиде, а чије би недоношење могло да проузрокује штетне последице по живот и здравље људи, безбедност земље и рад органа и организација, као и због испуњења међународних обавеза.

По изгласавању закона у Народној скупштини, председник Народне скупштине је дужан да најкасније у року од два дана достави закон председнику Републике на проглашење. Председник Републике то чини указом у року од 15 дана од дана изгласавања, а у случају закона донетих по хитном поступку у року од седам дана. Председник, уз одговарајуће образложење у писаној форми, може да врати закон Народној скупштини на поновно одлучивање. У случају да председник Републике не прогласи закон, указом ће то учинити председник Народне Скупштине. Проглашени закони се објављују у „Службеном гласнику Републике Србије“.

¹⁷ Службени гласник РС, број 98/06.

¹⁸ Службени гласник РС, број 9/06.

¹⁹ Службени гласник РС, број 52/06.

КОНТРОЛНА ФУНКЦИЈА

Контрола над радом владе представља једну од најважнијих функција парламента. У земљама парламентарне демократије влада полититички одговара парламенту и та њена политичка одговорност је управо последица ове контролне функције коју парламент врши према извршној власти, пре свега влади.²⁰ Контролну функцију парламент остварује путем одговарајућих механизма којима располаже. И док му једни омогућавају да покрене политичку одговорност владе, другима се обавештава о њеном раду. Најмоћније средство за контролу парламента, по Ратку Марковићу, је право парламента да доноси буџет. Без новчаних средстава влада није у могућности да врши своју функцију, па је неизгласавање буџета у парламенту једнако паду владе.²¹ Поред овог, у парламентарним системима постоје још три основна уставна механизма контроле, а то су: гласање о неповерењу влади, посланичко питање и интерпелација.

Гласање о неповерењу влади након Другог светског рата попримило је нешто другачије значење у односу на период прве половине двадесетог века. Наиме, у највећем броју европских земаља уводе се извесни облици рационализације парламентаризма, са намером да се њима обезбеди стабилност парламентарне владе.²² Тако је Основним законом Немачке из 1949. предвиђено „конструктивно изгласавање неповерења“ Влади, што подразумева да се истовремено са изгласавањем неповерења, врши избор нове владе. Због чињенице да би у случају неуспеха дошло до парламентарне кризе и расписивања избора, у савременим парламентима се крајње уздржано користи овај механизам контроле. Уосталом, владе, изузев неких коалиционих, углавном имају стабилну већину, па се данас гласање о неповерењу влади доживљава више као инструмент превентивног карактера.

Ерскин Меј (*Erskine May*) је писао да је сврха посланичких питања да се добије нека информација и да се изврши притсак у циљу покретања неког поступка.²³ Осим тога, она служе и као истакнуто оружје у партијској политичкој борби.²⁴ Посланичка питања су један од

²⁰ В. Михајловић, *op. cit.* 392.

²¹ Р. Марковић, *op. cit.* 279.

²² Ирена Пејић, *Парламентарна влада – осцилације у равнотежи*, Правни факултет, Ниш 2011, 89.

²³ Р. Silk with R. Walters, *op. cit.* 181.

²⁴ А. Adonis, *op. cit.*, 135.

најстаријих механизма контроле парламента над радом владе, а прво забележено је постављено у Дому лордова (Горњем дому) 1721.

Осим што су корисно средство које омогућава да се стекне увид у рад владе, да се влада држи у приправности и, када је год то могуће, доведе у нелагодну позицију, она доприноси бољој комуникацији на релацији посланик – бирач. Британски посланици, изабрани по већинском систему имају веома развијену овакву врсту комуникације са својим бирачима. Бирачи се обраћају својим представницима путем писама, где износе питања за која су заинтересовани, а ови их, у току *Question time*-а, „прослеђују“ влади и њеним министрима. Слична је ситуација и у Француској, где 98% питања која се поставе у парламенту потичу од бирача.²⁵

Форме посланичких питања у западноевропским парламентарним системима су различите и углавном се могу груписати у следеће: питања у писаној форми; усмена питања са са дебатом или без дебате, као и усмена питања која се постављају у тачно одређено време за постављање питања (*Question time*); хитна питања; питања која се постављају у времену за одређену тему (*topical hour*); комитетска питања; интерпелација са захтевом за гласање о поверењу; интерпелација без захтева за гласање о поверењу; питања влади; буџетска питања.²⁶

Интерпелација, за разлику од већине „изума“ парламентаризма, води порекло из Француске, где се први пут уводи Уставом из 1791. године. Овај институт има извесних сличности са посланичким питањем, али је интерпелација квалификовано, а не обично питање. Сврха интерпелације је расправа и дискусија која треба да доведе до гласања о поверењу влади, док се парламентарцац у случају питања задовољава одговором. У томе је главна разлика и, истовремено, снага овог средства утицаја којим парламент располаже према влади. Интерпелација је питање влади, упућено од стране опозиције, након којег следе расправа и најчешће „пробно“ гласање о томе како је скупштина задовољна одговором. Том је техником, која често иде уз гласање о поверењу влади, срушено неколико влада у француској Трећој и Четвртој Републици.²⁷

У расправи која се води поводом интерпелације могу да учествују сви чланови парламента, а не само покретачи поступка. Међутим, онај ко подноси интерпелацију мора бити добро припремљен, јер не сме да дозволи да се интерпелација претвори у своју супротност и тако, уместо

²⁵ Ibid. 92.

²⁶ Ирена Пејић, „Контролна функција парламента”, Дилеме и изазови парламентаризма, (Вукашин Павловић, Славиша Орловић, ур.), Београд, 2007, 180–181.

²⁷ R. Hague, M. Harrop, S. Breslin, op. cit 310.

механизма који треба да уздрма владу, постане средство које јој подиже углед и јача је. Старо је превило да „мала количина отрова, слабију природу убија, а јачу још више јача, подсећа Петров.²⁸ Као инструмент политичке контроле интерпелација је мање ефикасна ако влада располаже снажном и јединственом парламентарном већином, и управо ће тада она бити претворена „политичку победу“ владе.²⁹

Гласање о неповерењу влади као један од класичних инструмената парламентарног система власти познаје и Устав Србије из 2006. У Уставу, као и у Закону о Народној скупштини постоје само начелне норме којима се уређује питање одговорности владе, док је поступак гласања детаљно уређен Пословником Народне скупштине.

Предлог о неповерењу влади или члану владе може да поднесе најмање 60 народних посланика. Предлог се подноси председнику Народне скупштине у писаној форми, при чему се мора навести разлог који представља основ таквог предлога. Председник је дужан да предлог одмах достави председнику Владе, министрима и народним посланицима. Од подношења предлог до гласања о неповерењу мора проћи најмање пет дана, како би посланици могли „хладне главе“ да о свему добро размисле. Након расправе приступа се гласању, а одлука се доноси апсолутном већином гласова свих народних посланика, дакле, истом већином којом одлучује о избору Владе. Кад Народна скупштина изгласа неповерење влади, прадседник Народне скупштине о томе обавештава председника Републике, а у сличају када је члану Владе изгласано неповерење, тада прадседник Народне скупштине има обавезу да о томе обавести председника Владе. Уколико нова влада не буде изабрана у року од 30 дана, председник Републике распушта Скупштину и расписује избора. Уколико, пак, Влади или њеном члану не буде изгласано неповерење, тада потписници предлога не могу поднети нови предлог пре истека рока од 180 дана од дана гласања.

Институт посланичког питања, потпуно неоправдано, није *materia constitutionis*. Правила која регулишу овај изузетно важан механизам контроле Владе којим располажу народни посланици, регулисана су Законом о Народној скупштини и Пословником Народне скупштине. Народни посланик може поставити питање усмено или у писаној форми, а као посебна категорија појављују се посланичка питања у вези са актуелном темом. Правом да постави питање било усмено или у писаној форми има сваки народни посланик. Пословником је резервисано посебно време за постављање посланичких питања – то је последњи четвртак у

²⁸ В. Петров, *op. cit.*, 157.

²⁹ И. Пејић (2007), 179.

месецу у коме скупштина заседа, од 16 до 19 часова. У том времену прекида се рад Народне скупштине по дневном реду. Осим на редовним, посланичка питања могуће је постављати и на ванредном заседању, ако је подносилац захтев за ванредно заседање то предвидео. У периоду између две седнице посланици имају могућност да постављају питања у писаној форми. Такво питање мора да буде јасно формулисано и упућено надлежном министру или Влади. Уколико на постављено усмено питање Влада или министар не одговоре одмах, то ће учинити у року од осам дана, у писаној форми. Изузетно, овај рок за одговор на посланичко питање може бити 30 дана, уколико је потребна сложенија анализа и опсежан одговор. Посланику стоји на располагању време од три минута за коментарисање добијеног одговора.

Посебна категорија, предвиђена пословником, су посланичка питања у вези са актуелном темом. На предлог посланичке групе, председник Народне скупштине има обавезу да, најмање једном месечно, одреди дан када ће министри одговарати на питања у вези са актуелном темом. Време предвиђено за давање одговора на постављена питања не може трајати дужи од 180 минута, а у случају када у предвиђеном времену није одговорено на сва питања, председник Народне скупштине може да одреди и други дан за давање одговора. Сваком народном посланику стоји на располагању време од три минута за постављање питања, с тим да може да постави највише три питања. Образложење које даје министар не може трајати дужи од пет минута.

Посланичко питање у развијеним парламентарним демократијама представља моћан механизам контроле владе. О томе најбоље сведоче подаци о броју питања која чланови парламента упућују својим владама и министрима. Тако је у парламенту Уједињеног краљевства, у периоду 1980–1988, њихов број нарастао са 30.863 на 72666.³⁰ Француски парламентарци су у периоду 1988–2006 поставили укупно 318.455 питања.³¹

У нашој парламентарној пракси овај институт се веома мало користи. Један, од разлога је, свакако, слабост парламентарне опозиције, али то није једини разлог. Након промене изборног система 1993. године, када су посланици постали зависни од странака, број постављених питања је нагло опао са 1392 у 1991. години, на свега 363 годину дана касније. Тада су лидери владине већине дали упутство својим посланицима да, у „циљу ефикаснијег рада“, Влади не постављају питања. Слична ситуација поновила се и 2004, када је Влади постављено свега 16 питања, Наводи

³⁰ А. Adonis, op. cit 137.

³¹ И. Пејић (2011 в), 94.

Антонић.³² Ирена Пејић наводи још један разлог, а то је занемаривање функције представљања како код опозиционих, тако и код посланика владине већине.³³

За разлику од посланичког питања, интерпелација доношењем Устава из 2006. постаје *materia constitutionis*. Но, без обзира на уставне и законске гаранције, овај институт у нашој парламентарној пракси још увек није заживео. Интерпелацију у вези са радом Владе, према важећој регулативи, може поднети најмање 50 народних посланика у писаној форми, са јасно формулисаним питањем, чије образложење не може бити дуже од две стране. Уколико је текст интерпелације усклађен са пословничким одредбама, председник Народне скупштине доставља интерпелацију народним посланицима и председнику Владе. Влада или њен члан дужни су да у року од 30 дана доставе свој одговор на интерпелацију. Након тога, најкасније у року од 15 дана мора се одржати наредна седница на којој се одговор на интерпелацију ставља на дневни рад, а он може бити предмет разматрања текуће седнице, као последња тачка дневног рада или посебне седнице. Након расправе Народна скупштина приступа гласању, а у зависност исхода, након тога се наставља рад по усвојеном дневном реду или се приступа гласању о неповерењу Влади или њеном члану. Поднету интерпелацију предлагач може да повуче све до тренутка гласања о одговору на интерпелацију. О истом питању не може се расправљати пре истека рока од 90 дана од дана гласања.

ИЗБОРНА ФУНКЦИЈА

Сви парламенти у модерним државама врше изборну функцију која је различито постављена у различитим системима власти, и, генерално гледано, израженија је у парламентарном и скупштинском него у председничком систему власти.³⁴ У парламентарном систему власти парламент бира и разрешава председника и чланове владе и шефа државе. Избор владе је, у ствари, први и основни задатак сваког новоконституисаног парламента. У зависност од начина избора владе постоје различити системи одговорности владе пред парламентом. Када парламент бира само председника владе то искључује појединачну одговорност, док у случају појединачног избора (владе и министара), или избора владе „у пакету“ важи правило о индивидуалној и колективној

³² Слободан Антонић, Елита, грађанство и слаба држава, Службени гласник, Београд 2009, 146–147.

³³ И. Пејић (2011 а), 342.

³⁴ В. Михајловић, *op. cit* 397.

одговорности владе и њених чланова.³⁵ У појединим системима парламент је надлежан за избор судија, тужилаца и других правосудних функционера, омбудсмана, судија уставног суда и других важних државних функционера.

У неким парламентарним системима парламент сам бира шефа државе, док у другим учествује у његовом избору. Има и примера где грађани непосредно бирају председника републике, а реч је углавном о мешовитим системима власти, док је ова пракса мање присутна у системима који имају обележја класичног парламентаризма. У Италији, поред оба дома парламента, у избору председника учествују и по три представника сваког региона, уз изузетак Вале Д'Аосте, која даје једног представника. Ибор председника врши се двотрећинском већином, а уколико ни након трећег гласања не буде изабран, онда се бира апсолутном већином (члан 83 Устава). Председника Грчке такође бира парламент, на седници која се сазива искључиво тим поводом, а председник је изабран уколико добије двотрећинску већину свих посланика. У случају неуспеха поступак се понавља након пет дана. Уколико ни тада не буде изабран, након пет дана се поново приступа поступку избора и тада је за избор потребна тропетинска већина. Уколико, међутим, ни трећи покушај не буде успешан, парламент се распушта најкасније у року од 10 дана од дана последњег гласања и тада се расписују парламентарни избори (члан 32. Устава).

Парламент Немачке бира половину чланова одбора који именује судије Врховног суда, Врховног административног суда, Врховног финансијског и Врховног радног суда. Бундестаг такође бира или именује чланове одређених управних органа и надзорних тела. Парламент бира и комплетан састав Уставног суда, при чему сваки од домова бира половину чланова. У Италији парламент ову функцију дели са председником Републике и највишим органима судске власти (члан 135 Устава).

Народна скупштина Републике Србије има веома значајне изборне надлежности. Свакако је најзначајнија она која се односи на избор Владе. Ову функцију Народна скупштина врши у садејству са председником Републике. Након обављених консултација са представницима изборних листа, председник Републике предлаже Народној скупштини кандидата за председника Владе. На седници Народне скупштине, након излагања кандидата за председника Владе, у коме он износи свој програм и предлаже састав Владе, отвара се претрес. Након претреса следи гласање, а за избор Владе неопходна је апсолутна већина свих посланика. Изабрана влада потом полаже заклетву пред Народном скупштином. Уколико у

³⁵ И. Пејић (2011 а), 41.

року од 90 дана од дана конституисања не изабере Владу, Народна скупштина се распушта *ex constitutionem*.

Поред Владе, Народна скупштина бира и гувернера Народне банке, заштитника грађана, председника Врховног касационог суда, председнике судова, републичког јавног тужиоца, јавне тужиоце, судије и заменике тужиоца, у скаладу са Уставом. У оквиру својих изборних права Народна скупштина бира и судије Уставног суда. Ову надлежност, по угледу на италијанско решење, дели са председником Републике и највишим органима судске власти. Код оваквог, мешовитог, модела избора судија уставног суда постоји потенцијална опасност да ће свака грана власти имати судије које су њој лојалне. Међутим, институционално решење примењено у Србији умањило је ту опасност укрштајући органе у поступку избора тако да један орган предлаже судије, а други их бира.³⁶

КВАЗИСУДСКА ФУНКЦИЈА

У појединим системима парламент располаже и извесним квазисудским надлежностима. Наиме, парламент има могућност да „суди“, односно одлучује о одговорности високих државних функционера. Ова функција води порекло од установе *impeachmenta*, која је настала у XIV веку у Енглеској, када је Дом лордова добио право да на основу оптужнице Дома комуна суди министрима за извршена кривична дела.³⁷

Поступак утврђивања правне одговорности шефа државе, у коме један дом подиже оптужницу, а други доноси одлуку предвиђа Устав САД из 1878, а у нешто измењеном облику примењује се у Ирској (Устав из 1937) и Русији (Устав из 1993). Сусрећу се и системи у којима парламент покреће поступак, а коначну одлуку о утврђивању одговорности доноси неки други државни орган. У Италији и Немачкој је то Уставни суд, а у Француској Високи суд правде.

Народна скупштина Србије у оквиру квазисудске функције, надлежна је да даје амнестију за кривична дела. Према решењу Устава из 2006. године, Народна скупштина, на предлог најмање једне трећине народних посланика (о чему се доноси одлука већином од укупног броја посланика) покреће поступак за разрешење председника Републике. Уставни суд је дужан да по покренутом поступку донесе одлуку о постојању повреде Устава најкасније у року од 45 дана. Пошто

³⁶ Дарко Симовић, „Слабости институционалних гаранција независности Уставног суда Србије“, Регионална конференција о избору судца уставних судова, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012, 7

³⁷ Р. Марковић, *op. cit.* 282.

председник Народне скупштине прими одлуку Уставног суда да је председник Републике повредио Устав, доставља је народним посланицима и сазива седницу Народне скупштине ради одлучивања о разрешењу. Одлука се доноси двотрећинском већином гласова свих народних посланика.³⁸

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Из једног од основних захтева у борби за огреничење апсолутне власти монарха, који је био сажет у максими *no taxation without representation*, произашле су две основне функције првих представничких тела, функција репрезентације и право да одлучује о буџету. Временом парламент постаје тело које доноси законе, контролише владу, бира и одлучује о одговорности највиших државних званичника. У другој половини XIX века досеже врхунац своје моћи, и то је време када се говорило о свемоћи парламента (*omnipotese of parliament*). Међутим, већ почетком следећег века његова (све)моћ полако копни, а централну позицију у систему власти „препушта“ егзекутиви.

Влада тако, поред своје основне улоге која се састоји у спровођењу закона, заузима важну, или боље речено одлучујућу улогу у процесу иницирања закона, а захваљујући великом утицају који политичке партије имају на посланичке групе, влада усмерава читав ток законодавног поступка.

Ово не значи да је парламент потпуно „развлашћен“, нити да је могуће доносити законе мимо њега. Законодавну иницијативу парламент дели са владом, а и када је влада предлагач, он право иницијативе остварује „амандманском техником“. У развијеним демократијама парламент има два моћна средства контроле владе, посланичко питање и интерпелацију, којима владу држи будном, а томе значајно доприноси велика улога јавног мњења.

Народна скупштина Републике Србије, ни после четврт века од повратка Србије класичним вредностима парламентарне демократије, није

³⁸ Питање разрешења председника Републике прилично је неспретно уређено. Оваквим решењем понижава се Уставни суд, те је било логичније да Народна скупштина констатује престанак функције председника Републике по основу претходно донете одлуке Уставног суда или Уставном суду није ни требало додељивати ову надлежност. Вид. Владан Петров, „Нови Уставни суд Републике Србије – Поводом Мишљења Венецијанске комисије о Уставу Републике Србије од 2006“, http://starisajt.nspm.rs/debate_2007/_2007petrov1.tm; Супротно: Слободан Орловић, „Уставни суд Републике Србије у праву и политици“, Српска политичка мисао, број 4/2008, vol. 22, 247.

успела да развије добру парламентарну праксу. Скупштинска сала је током расправа најчешће празна, а посланици владајуће већине су присутни само у Дану за гласање. Посланичка питања се нису укоренила, а интерпелација се уопште и не примењује, и док готово сви усвојени закони потичу од владиних предлога амандмани опозиционих посланика немају готово никакве шансе на успех. Уместо да доношењу системских закона претходни квалитена јавна расправа, да се у парламенту чују озбиљни аргументи и контрааргументи, они се често доносе по хитном поступку, при чему, по правилу, није испуњен ни један од предвиђених услова који налажу хитност. Све ово и даље прати потпуно одсуство полтичке културе, па је све слабости нашег парламентаризма немогуће отклонити новим уставним и законским оквиром, иако су они преко потребни.

ЛИТЕРАТУРА

- Adonis Andrew, Парламент данас, Унирекс, Подгорица 1996.
- Антонић Слободан, Елита, грађанство и слаба држава, Београд 2009,
- Ђорђевић Јован, Нови уставни систем, Савремена администрација, Београд, 1964,
- Laundi Philip, Parliaments in the modern world, Aldershot, Dartmouth, 1989, 11.
- Марковић Ратко, Уставно право, Правни факултет, Београд, 2009.
- Михајловић Владан, Уставно право, Слово, Краљево 2009.
- Орловић Слободан, „Уставни суд Републике Србије у праву и политици“, Српска политичка мисао, број 4/2008, vol. 22.
- Пајванчић Маријана, „Законодавни поступак“, Дилеме и изазови парламентаризма, (Вукашин Павловић, Славиша Орловић, ур.), Београд 2007, 204.
- Пејић Ирена, Парламентарно право – Француски, немачки, српски и пример Европског парламента, Правни факултет, Ниш 2006.
- Пејић Ирена, „Контролна функција парламента“, Дилеме и изазови парламентаризма, (Вукашин Павловић, Славиша Орловић, ур.), Београд, 2007,
- Пејић Ирена, Парламентарно право, Правни факултет, Ниш, 2011.
- Пејић Ирена, Парламентарна влада – осцилације у равнотежи, Ниш 2011,
- Пејић Ирена, „Ограничење законодавне функције парламента“, Теме – часопис за друштвене науке, 1/2011.

Петров Владан, „Нови Уставни суд Републике Србије – Поводом Мишљења Венецијанске комисије о Уставу Републике Србије од 2006“, <http://starisajt.nspm.rs/debate/2007/2007petrov1.tm>,

Петров Владан, Парламентарно право, Правни факултет, Београд, 2010.

Симовић Дарко, „Слабости институционалних гаранција независности Уставног суда Србије“, Регионална конференција о избору судца уставних судова, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012,

Hague Rod, Martin Harrop, Shaun Breslin, Компартивна владавина и политика, Факултет политичких знаности, Заграб, 2001,

Фридрих Карл Јоаким, Конституционална демократија – Теорија и пракса у Европи и Америци, ЦИД, Подгорица, 2005.

Bojan Bojanić, Ph. D.
Assistant

**FUNCTIONS OF PARLIAMENT IN MODERN CONSTITUTIONAL
STATE
WITH REFERENCE TO THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE
REPUBLIC OF SERBIAN**

Summary

The most important institution of representative democracy, parliament, experienced during the long history of its existence significant changes. It can best be viewed through the prism of the evolution of its functions. Adoption of the law, control of executive power, election of public authorities and political representation are functions which parliament “won” long ago. However, over time, character and attitude of parliament functions was changed. The basic functions of Parliament will be the subject of analysis in this paper, and especially we look at the position and functions of the National Assembly of the Republic of Serbia.

Key words: Legislative functions, control functions, optional functions, quasi-judicial functions, the National Assembly of the Republic of Serbia.

Невена Петровић
Асистент

УВОЂЕЊЕ ЖАЛБЕ У УПРАВНИ СПОР **-pro et contrum-**

Апстракт: *Значај секундарне управно-судске заштите у условима интензивираних ескалација управне делатности непрестано расте. Она треба да обезбеди (сачува) грађане и друге странке из управног поступка од незаконитог (не)деловања јавне управе. Обезбедити целовит, компактан и сврсисходан систем судске контроле управе путем правних средстава из управног спора, питање је које у јеку актуелних реформи управе и даље заузима посебно место. Кажемо и даље јер, премда је реформа управно-судске заштите већ учињена релативно скорашињим Законом о управним споровима¹, то је извршено на начин који је већински део научне и стручне јавности оставио незадовољним по том питању а странке видно осујећеним у погледу правних могућности да се заштите. Главни узрок незадовољства лежи у апсолутном изостављању редовне жалбене заштите у новодонесеном закону. Доношење поменутог закона било је нужно ради усглашавања законске материје са Уставом², Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода³ (са додатним протоколима) и респектабилним препорукама Савета Европе⁴. Такође, то је изискивала и нова мрежа уређења судова*

¹ Закон о управним споровима - ЗУС, Службени гласник РС, бр. 111/2009.

² Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/06, у чл. предвиђа право на правично суђење, чији је саставни елемент право на јавну расправу пред независним и непристрасним судом основаним на основу закона. То је повлачило обавезу посве другачијег регулисање питања утврђивања чињеница у управном спору те се, уместо ранијег одлучивања суда у нејавној седници на темељу чињеница утврђених у управном поступку (од стране органа чија се законитост поступања оспорава), уз уско постављене могућности за самостално утврђивање од стране суда уводи дијаметрано другачије решење према коме "суд одлучује на јавној расправи...".

³ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (усвојена у Риму, 4. Нов. 1950. коју је државна заједница СЦГ ратификовала 2003, а Србија као држава сукцесор по отцепљењу Црне Горе наставила чланство) такође у чл. 6 јемчи право на правично суђење.

⁴ Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts / усвојена на 909. седници Комитета Министара, одржаној 15. 12. 2004. на нивоу заменика министара.

Невена Петровић, асистент

успостављена законом из 2008⁵ којом је предвиђено оснивање Управног суда. Како је функционисање суда требало да отпочне 1. 1. 2010. год., а "није се могло радити по старом закону" то је хитно, 29.12.2009. усвојен нови закон. У оцени квалитета законског текста и мере његове усаглашености са поменутиим актима има опречних мишљења али су она у погледу пакета правних лекова из управног спора готово неподељена. Чини се да је "хитност" ипак имала своју цену, што је најоучљивије управо на плану правних средстава из управног спора.⁶

Кључне речи: *управни спор, увођење двостепености?*

I

ЖАЛБЕНА УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА ОД ДОНОШЕЊА ПРВОГ ЗУС-а ДО ДАНАШЊИХ ДАНА

Први послератни Закон о управним споровима из 1952 године предвиђао је жалбу као редовно правно средство. У чл. 43. овога Закона каже се: "Жалбом Врховном суду ФНРЈ може се побијати пресуда и решење врховног суда народне републике у случајевима из чл. 18 овог закона." Чл. 18. је предвиђао да се жалба може изјавити: "против пресуде" (ст. 1) и "против решења о одбацивању тужбе." (ст. 2). Детерминишући могућности за њено изјављивање чл. 18 истовремено поставља и ограничења за њену употребу када у ст. 1 каже: "Против пресуде врховног суда народне републике може се изјавити жалба Врховном суду ФНРЈ ако се на правни однос има непосредно применити савезни пропис." Оваква формулација законског текста сужава могућности жалбе као редовног правног средства, условљавајући њену употребу само на случајеве у којима је правни однос, успостављен управним актом, регулисан искључиво савезним прописом⁷. Међутим, ако се има у виду да је управна материја у овом периоду претежно била регулисана савезним прописима, јер су савезни прописи у потпуности регулисали поједине врсте односа, врло ретко је долазило до примењивања других тј. прописа републичког или локалног значаја⁸. То је, уз могућност

⁵ Закон о уређењу судова, Службени гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/ 2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015.

⁶ Невена Петровић, „Правна средства заштите права странака у управном спору – корак напред или назад два“, Зборник радова са научне конференције са међународним учешћем Људска права између идеала и изазова стварности Правног факултета Универзитета у Приштини, 793-808.

⁷ Миодраг Алексић, *Правна средства у управном спору*, Београд, 1991, 235.

⁸ *Ibid*, 268.

изјављивања жалбе у случају одбацивања тужбе⁹ жалбу учинило употребљивим и ефикасним инструментом заштите права странака а управни спор двостепеним.

Новелом ЗУС-а из 1965 године којом је извршено усклађивање са Уставом из 1963. учињене су озбиљне интервенције у систем правних лекова у управном спору. Најважнија се свакако односи на режим редовног правног лека. Најкрупнија измена у режиму жалбе огледа се већ у првој реченици којом је регулисана: "Жалбом Врховном суду Југославије може се побијати пресуда и решење републичког врховног суда или Врховног војног суда само када је то предвиђено савезним законом." Из овакве законске стилизације јасно произилази да је жалба могућа само у појединим материјама (утврђеним савезним законом)¹⁰ док су према формулацији из претходног закона могућности за њену употребу биле постављене неупоредиво шире. Тиме је деградиран (па и поништен) карактер жалбе као редовног средства а последично, и карактер управног спора бива трансформисан у једностепени чиме у наш систем нестаје једно од највећих достигнућа савременог судства у погледу заштите права странака пред судом.¹¹

Чл. 19. ЗУС-а из '77 прописује да се: "против одлуке донесене у управном спору жалба може изјавити само ако је то предвиђено законом о одређеним стварима." У поређењу са претходно важећим решењем, жалаба се по основу овога могла прописати не само савезним, већ сваким законом. Тиме су врата за увођење жалбе у управни спор и његово враћање "на старо", двостепено одлучивање широм отворена републичком и покрајинском законодавцу. Међутим, слуша за то није било. Жалба је, у принципу, задржана у области у којој је обитовала и раније а до проширења поља њене примене није дошло.

И према Закону из '96. године жалба је по своме карактеру била ближа ванредном него редовном правном леку будући да се "могла изјавити само када је то било изричито прописано" а ни ванредна првна средства нису битније реформисана, тако да ниво заштите права странака није квалитетно а ни квантитативно побољшан.

Важећи ЗУС ни у ком облику не познаје жалбу. Подсећамо, чл. 7 у ст. 2. ЗУС-а вели: "*Против одлуке донете у управном спору не може се изјавити жалба.*" Њиме су странкама из управног спора стављена на располагање искључиво два ванредна правна лека, као путеви ванредне правне заштите, уз строго поштовање рестриктивно прописаних услова

⁹ Што је од изузетног значаја за заштиту права странке из спора с обзиром на практичне последице решења о одбацивању.

¹⁰ Могла се изјавити једино у стварима војних инвалида.

¹¹ М. Алексић, *op. cit* 269.

што њихову примену у пракси чини ограниченом а могућности странке да се заштите од самовоље администрације битно суженим. Тиме се Уставом и релевантним међународним и европским актима прокламовани ниво заштите права странака деградира.

Кратко подсећање на системе правних лекова у ранијим законским текстовима довољно је за опажање кључне разлике између њих и важећег. Од доношења првог послератног закона до ступања на снагу тренутно важећег, сви су они (из '52., '65., '77. и '96.) на какав-такав начин, са ширим или ужим могућностима употребе, мање-више (не)успешно предвиђали редовно средство правне заштите странка. И док је у погледу пакета ванредних правних лекова актуелни ЗУС задржао са њима какав-такав континуитет, нека једноставно задржавајући, друга опет мање или више реформишући, појединим пак мењајући само назив, то се за жалбу никако не може рећи. Напротив. Везе између њега и његових претходника једноставно нема. Можда то и не би требало толико да нас чуди. Није ли жалба, полако али сасвим извесно, у сваком наредном законском тексту губила понешто од своје природе док на крају, у ЗУС-у из '09-те није најзад и потпуно ишчезла? А, има ли за то основа, како правног тако основа друштвене оправданости?

II

УВОЂЕЊЕ ДВОСТЕПЕНОСТИ УПРАВНО-СУДСКЕ ЗАШТИТЕ¹² -Правна и друштвена оправданост-

1. Значај законом прописаних циљева управног спора¹³ за остваривање владавине права (правне државе), нарочито у констелацији са интензивираним ширењем поља рада управе што се директно одражава на њену улогу у савременом друштву, у смислу енормног увећања броја и врста области и ситуација у којима непосредно задире у правну сферу грађана, непрестано расте.

Значај законитости управе за остваривање уставом зајемченог принципа владавине права јасно произилази из члана 3. ст. 1. Устава у

¹² На стајалишту нужности увођења жалбе у управном спору, и то као правила, стоји и проф. Предраг Димитријевић. Вид. Више у : *Реформисање управно-судске заштите*, Правни живот, бр. 10/2007.

¹³ "...судска заштита појединачних права и права и правних интереса и законитост решавања у управним и другим Уставом и законом предвиђеним појединачним правним стварима." Вид. чл. став 2 ЗУС-а.

коме се наглашава да ова почива на "неотуђивим људским правима" и остварује се "...повиновањем власти Уставу и закону" (став 2. истога члана). Анализом наведеног уставног начела изводи се закључак о нужности везаности управе, као гране власти, за Устав и закон и њена обавеза поштовања људских права. Међутим, како је управа као грана извршне власти најпозванија да применом закона и на њему заснованим прописима одмерено индивидуализира јавна права и слободе, а са друге стране руковођена разлогом јавног интереса, неретко се о иста оглушава носећи тиме штету како владавине права тако грађанима као титуларима субјективних права на чијем поштовању она почива. Полазећи од тога, чл. 198. Устава успоставља се механизам који ће законитост управе (па тиме и појединачна права странака из управног поступка) имати да штити – управни спор као облик (примарне) судске контроле законитости коначних појединачних аката управе. Но, управни спор није и не може бити гарант, упркос гаранцијама на којима почива, да ће у њему све неправилности настале у раду управе бити елиминисане а законом постављени му циљеви реализовани.

2. Циљеве управног спора следе правна средства у управном спору чијом применом "примарна и редовна управно-судска заштита бива" настављена и "остварена у секундарној и ванредној заштити."

По окончању управног спора у коме се пружа примарна управно-судска заштита, странка која није успела да заштити своја права (интересе) наставља правни пут њихове заштите путем правних средстава. Посредством њих успоставља се секундарна управно-судска заштита. Дакле, недовољност примарне управно-судске контроле управе за реализацију законских циљева управног спора, односно, чињеница да у управно-судском поступку контроле управе од стране суда једнако може доћи до повреде објективне законитости и (или) субјективних права странака у име чије заштите нормативно постоје, - чиме се остаје на пола пута до њихове коначне заштите, чини нужним активирање правних лекова ради накнадног остварења управном спору задатих циљева.

3. Телеолошка повезаност између управног спора и правних средстава у управном спору захтева већи степен усклађености између два наведена вида сукцесивне заштите, тако да ширина предмета примарне буде покривена одговарајућим врстама и бројем средстава секундарне заштите јер се без тога не може рачунати на целовит, компактан и сврсисходан систем управно-судске заштите.

Прецизирајући предмет управног спора законописац у чл 3. каже: "У управном спору суд одлучује о законитости коначних управних аката осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита. У

управном спору суд одлучује и о законитости коначних појединачних аката којима се решава о праву, обавези или на законом заснованом интересу, у погледу којих у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита. Суд у управном спору одлучује и о законитости других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено."¹⁴ Оваквим законским одређењем предмет управног спора значајно је проширен (нарочито у поређењу са ранијим законским решењима). Проширењем предмета спора шире се донети примарне управно-судске контроле управе што је похвално, како са аспекта обезбеђивања законитости рада управе (објективне законитости) тако, консеквентно, са аспекта заштите субјективних права странака. Међутим, изостављањем жалбе, као редовног и у судским поступцима већ дуго традиционално устаљеног правног лека, непримерно рестриктивно се сужавају донети секундарне, управно-судске контроле Управног суда што је врло опасно решење, и то, не само по питању могућности обезбеђења законитости рада суда, већ и по питању обезбеђења законитости управе, односно, њене незаконитости која тако (потенцијално) остаје несанкционисана, а у крајњој линији, најпогубније консеквенце има свакако по могућност заштите права странака.

4. Ст. 2. чл. 7. ЗУС-а: *"Против одлуке донете у управном спору не може се изјавити жалба."* нема правног утемељења у садржини чл. 36. ст. 2. Устава у коме се изричито свакоме јемчи: *"... право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу."* због чега се основано и све гласније поставља питање његове уставности.

Цитирани чл. ЗУС-а недвосмислено искључује жалбу па се поставља питање могу ли се под сентенцу уставне норме "... или друго правно средство..." подвести ванредна правна средства из управног спора односно, да ли су она подобна да остварење суштинског циља норме уставописца? Ценимо, на основу карактеристика ванредних правних средстава из управног спора¹⁵ да то није случај. Има уистину и другачијих ставова¹⁶.

5. Непредвиђање експлицитне обавезе на увођење жалбе тачније, стварање инстанционог судства, у Стразбуршким стандардима (Европској Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и Препоруци

¹⁴ Вид. чл. 3 ЗУС-а.

¹⁵ О томе видети: Н. Петровић, *op. cit* 796-801.

¹⁶ Проф. Зоран Томић, коментаришући Закон о управним споровима долази до закључка да је Захтев за преиспитивање судске одлуке делотворно правно средство и као такво подобно да надомести одсуство редовне жалбене заштите.

Р(2004)20 о судској ревизији аката управе Комитета Министара Савета Европе) не може бити разлог њеног непредвиђања у ЗУС-у јер, поменути акти предвиђају само минимум стандарда у одређеној области који не само да није забрањено већ је и пожељно увећати.

Није згорег напоменути да је поменута Препорука ишла у првобитним коментарима принципа у том правцу даље, предвиђајући да: "права судска заштита укључује право на двостепени поступак", дакле, врло отворено заговарала жалбу. Међутим, касније се од таквог, сматрамо, имајући у виду значај жалбене контроле (заштите) апсолутно исправног становишта, вероватно под утицајем појединих земаља чланица Савета, ипак посустало. Следећи европски стандард слично је, нажалост, поступио и наш законодавац иако то засигурно није био у обавези јер понављамо, стандард не само да није забрањено већ је пожељно увећати.

6. Обавеза на увођење управно-судске жалбе произилази из дужности државе на поштовање преузетих међународних обавеза садржаних, конкретно у чл. 2 ст. 3. Међународног пакта о грађанским и политичким правима који каже: *"Државе чланице овог пакта се обавезују да гарантују да се свако лице чија су права и слободе признати овим пактом повређени, може користити правом жалбе..."*.

Како се у управном поступку може одлучивати и о грађанским правима, отвара се питање легитимности неизвршења преузете међународне обавезе.

7. "Интегралност" управне и (управно)судске заштите такође, не може бити оправдање једностепености управног спора.

Процесна веза између управне и управносудске заштите у управним стварима није спорна. Само коначни акти управе, односно коначно ћутање администрације може бити утужбено пред управним судом. То подразумева да је предмет пре него доспе пре судом већ прошао две управне (предсудске) инстанце. Двостепеност управног одлучивања може олако бити узета као оправдање за изостанак другог степена управно-судског одлучивања јер се сматра да је управна ствар већ прошла три степена одлучивања, два управна и један управно-судски, те да је то довољно и нема потребе за двостепеношћу управно-судског поступка. При том, губи се из вида да двостепеност није правило без изузетка у управном поступку а неретко се о правој двостепености не може ни

говорити већ је, пре би се могло рећи реч о квазидвостепености, када се у оквиру истог органа (доносиоца) одлучује и по жалби.¹⁷

8. Изостављањем жалбе као редовног правног лека тежиште заштите субјективних права странака и објективне законитости помера се на систем ванредних правних лекова који, упркос чињеници да су у извесној мери попримили нека обележја редовних, нису у могућности да надоместе ниво, опсег и квалитет редовне жалбене заштите.

Само предвиђање класичне, у судским поступцима устаљене дводеобе на а) редовна, као инструменате примарне, са широком лепезом разлога и без посебно ограничавајућих услова примене, и б) ванредна правна средства као инструмената секундарне (ванредне) заштите чија је употреба лимитирана таксативним прописивањем разлога за изјављивање, рестрективним услова под којима је то могуће и следи по правилу, тек након исцрпљивања редовне заштите, могло би да компензује недостатке примарне управно-судске заштите и обезбеди остваривање сврхе и смисла њиховог постојања.

9. Најкрупнији разлози више него очевидне нужности увођења жалбе односно, окончавања започетог а недовршеног система управног судства увођењем (пored постојећег Управног) и Вишег односно, Врховног управног суда као другостепеног били би:

1. Подизање нивоа правне заштите странака из управно-правних односа, нарочито:

а. у констелацији све учесталијих типова једностепеног управног одлучивања (посебним законима искључено право управне жалбе на одлуке) самосталних регулаторних тела чији број расте;

б. у ситуацијама коначног ћутања управе када одлучивање Управног суда може представљати једину (прву и дефинитивну!) инстанцу одлучивања те грађани у одсуству жалбе немају никакву могућност провере законисти такве одлуке.

2. Обезбеђивање минималне заштите права странака:

а. у вези са захтевом за одлагање извршења управног акта поводом кога важећи закон не предвиђа никакву заштиту;

б. у вези са проширењем предмета управног спора на коначне појединачне акте којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу и друге коначне појединачне акте у погледу погледу којих није предвиђена друга судска заштита, а како наспрам њих нема ни редовне управне жалбе, то у изостанку управно-судске жалбе поступање

¹⁷ Вид. више у: Зоран Томић, *Сукцесивност управне и управносудске заштите*, Правни живот, бр. 10/2007., 535-545.

Управног суда оставља недодирљивим а незадовољним странкама онемогућава проверу законитости донесених одлука.

10. Увођењем редовне, жалбене контроле одлука Управног суда смањило би се посезање странака за уставном жалбом и тиме допринело смањењу оптерећења Уставног суда који по овој одлучује о повреди субјективних права али само уколико су Уставом зајемчена, чиме би се очувала и његова позиција "чуvara Устава и уставности" а са друге стране, у погледу права која највишим правом нису гарантована, тиме би био обезбеђен још један ниво заштите.

Проф. Стојановић¹⁸ упозорава на претрпаност Уставног суда уставним жалбама. Томе безмало доприноси важећи модус уређења заштите права странака по окончању управног спора. Његово реформисање, увођењем жалбе, значајно би: 1) смањило оптерећење Уставног суда; 2) допринело већој контроли па тиме и оснажило принцип законитости у раду управног суда; 3) подигло на виши ниво заштиту оних права странака која уставом нису заштићена.

11. Усвајање новог Закона о општем управном поступку¹⁹ и потреба очувања органске везе између њега и ЗУС-а јесте прилика за реформисање пакета правних средстава у управном спору која се не би смела пропустити.

ЛИТЕРАТУРА

З. Томић, Коментар закона о управним споровима са судском праксом, 2012.

З. Томић, Сукцесивност управне и управносудске заштите, Правни живот, год. LVI, бр. 10/2007: 535-546.

Томић, Зоран. "Опште управно право." Београд, 2012.

М. Алексић, Правна средства у управном спору, Београд, 1991.

Н. Петровић, Правна средства заштите права странака у управном спору – корак напред или назад два, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини, 793-808.

¹⁸ Некадашњи судија Уставног суда, у свом рукопису посвећеном управном судству у Србији, бесумље заснованом на пракси али и фасцинантном познавању ове материје у Европи напомиње претрпаност највишег суда уставним жалбама али и указује на европске моделе регулисања овог питања.

¹⁹ Закон о општем управном поступку, Службени лист СРЈ бр. 33/97 и 31/2001 и Службени гласник РС, бр. 30/2010.

П. Димитријевић "Реформисање управно-судске заштите, Правни живот, 10/2007: 741-762.

П. Димитријевић, Предраг. "Управно право – општи део." Ниш, 2014.

Лилић, Стеван. "Нацрт Закона о управним споровима Србије у контексту европских стандарда." Правни капацитет Србије за европске интеграције, Зборник радова, књига IV, Београд, 2009: 25-36.

Лилић, Стеван. "Правна средства и нови Закон о управним споровима Србије." Зборник на правноит факултет "Јустинјан Први" во Скопје, 2011: 51-70.

Прописи:

Устав Републике Србије (Службени Гласник РС, бр. 98/06

Закон о уређењу судова (Сл. гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/ 2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015.)

Закон о управним споровима (Сл. гласник РС, бр. 111/20009)

Закон о општем управном поступку (Сл. лист СРЈ бр. 33/97 и 31/2001 и Сл. гласник РС бр. 30/2010)

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Reccomendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts /

Nevena Petrović
Assistant

THE INTRODUCTION OF AN APPEAL IN AN ADMINISTRATIVE DISPUTE

Summary

The existing Law on Administrative Disputes nearly six decades since the adoption of the first LAD, for the first time in any form does not provide for an appeal admitted as a means of legal protection and regular parties. Thereby administrative dispute at us formally (in fact it is much earlier) takes the mark of the single-stage and one of the greatest achievements of modern judiciary in protecting the rights of the parties are quenched. In the absence of an appeal, the burden of protection of the parties was transferred to a package of extraordinary legal remedies. But they, despite the fact that some of them to some of its characteristics partially assume the character of a regular legal remedy, however, are not able to provide the range and quality of care provided by appeal.

The absence of appeals first and foremost, has no constitutional foundation. In addition, contrary to certain international obligations or, and European standards which, initiated in the context of European integration can not be a mitigating circumstance for our country.

Suumma summarum, primarily ascertained constitutional groundlessness single-stage administrative dispute and then the other in the work of the above arguments do more than necessary to reform the existing secondary administrative-judicial protection by introducing the appeal as a regular legal remedy.

Key words: administrative dispute, the introduction of two instances.

Ирена Божић
асистент

ДОПРИНОС МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ РАЗВОЈУ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Апстракт: *Пуних седамдесет година Међународни суд правде кроји судбину бројних држава широм света, одлучујући у споровима и дајући саветодавна мишљења, која се иако необавезна, због великог угледа Суда углавном поштују од стране држава. Као чувар међународног поретка својим пресудама и ставовима Међународни суд правде знатно утиче на понашање држава и међународних организација у њиховим међусобним односима, креирајући на тај начин неке нове правце у међународном праву и светској политици. На тај начин Међународни суд правде даје снажан допринос развоју међународног права што је потврђено и бројним одлукама Суда које су касније преточене у правила међународног права.*

Кључне речи: *Међународни суд правде, међународно право, Повеља УН, међународноправни субјективитет, резерве*

УВОД

Међународни суд правде један је од главних органа Уједињених нација. Делујући као судски орган ове организације, он истовремено функционише и као светски суд, будући да УН обухватају велику већину држава света а Повеља, на којој и Суд почива, представља међународни јавни поредак. Све државе чланице УН су *ipso facto* и чланице Статута Међународног суда правде с обзиром да Статут представља саставни део Повеље.

Суд је надлежан да решава спорове између држава и да даје саветодавна мишљења о постављеним правним питањима. Кроз ове своје две надлежности Суд игра битну улогу у функционисању међународне заједнице и примени међународног права. Будући да су односи између држава постављени на равни правила *par in parem non habet imperium*, надлежност за решавање спорова у међународном праву је уговорне, консенсуалне природе. Али када оне уговором предвиде да спорове решавају пред Судом или се договоре да конкретни, настали спор изнесу пред Суд тада улога Суда долази до пуног изражаја с обзиром да је пресуда закон за стране у спору. Друга врста надлежности Суда, саветодавна, нешто је за шта не постоји одговарајућа компарација у

Ирена Божић

унутрашњем праву као што је то случај са парничном надлежношћу. Околност да се међународне организације са једне стране не могу појављивати као странке пред Судом а са друге да играју веома активну и значајну улогу у међународној заједници довела је до тога да се оне могу обраћати Суду у овој посебној процедури и на тај начин добити одговор на многа питања која се појављују у њиховом раду а која се тичу њихове организације, функционисања, уставних аката као и односа са другим субјектима међународног права. Мишљења која Суд доноси у овој врсти поступка немају обавезну правну снагу али се у пракси поштују пре свега због ауторитета Суда као и своје правне заснованости. Одговарајући на постављена питања и дајући своје мишљење Суд има доста простора за модификацију па и формулисање нових правила међународног права чиме се право уподобљава са праксом, а то је у досадашњој пракси Суд управо и чинио.

Кроз свој досадашњи рад Међународни суд је помогао у разрешењу многих међународних сукоба, од територијалних спорова преко дипломатских односа до економских права. Састављен од најеминентнијих правних стручњака који осликавају шаренило цивилизација и правних система света, Међународни суд правде је институција без пандана у међународној заједници. Стога свака одлука или мишљење које донесе овај Суд имају снажан утицај како на међународну заједницу тако и на међународно право у смислу његовог тумачења и даљег развоја.

1. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И САСТАВ СУДА

Идеја о оснивању сталног светског суда, иако развијана и разматрана од давнина, реализована је тек након Првог светског рата. У циљу очувања мира у свету Пактом друштва народа предвиђено је оснивање Сталног суда међународне правде који ће бити надлежан за све спорове од међународног значаја које ће му странке подносити, као и за давање саветодавних мишљења.¹ Суд је фактички престао са радом 1940. године када је Немачка окупирала Холандију а званично је расформисан Резолуцијом Скупштине Друштва народа 1946. год. Истог дана када је Стални суд и формално престао са радом одржана је прва седница Међународног суда правде који је преузео његове функције.² У теорији се често говори о континуитету ова два суда што није без разлога. Статути

¹ Вид. Пакт Друштва народа на http://avalon.law.yale.edu/th_century/leagcov.asp 14.8.2016.

² Борис Кривокапић, „Међународно судство данас“, Српско право и међународне судске институције (ур. Јован Ђирић), Институт за упоредно право, Београд 2009, 24.

ова два суда су у основи скоро идентични, целокупна архива и имовина Сталног суда прешла је на Међународни суд правде, седиште Суда је остало исто, административно особље Сталног суд наставило је да ради у Међународном суду правде а први председник Међународног суда правде био је последњи председник Сталног суда.³ У функционалном смислу Међународни суд је само продужетак, наставак Сталног суда што се огледа како у сличности њихових Статута тако и у континуитету јуриспруденције. У материјалном погледу, Међународни суд правде је судски орган надлежан за решавање спорова у парницама и давање саветодавних мишљења.⁴

Међународни суд правде састављен је од петнаест судија изабраних у личном својству. Судије се бирају у поступку који се састоји од две фазе, а у избору учествују све државе чланице УН. Седиште Међународног суда је у Хагу, али он може заседати и вршити своје функције и на неком другом месту, уколико и када сматра да је то пожељно.⁵ Кворум за рад Суда је девет присутних судија.⁶ Правило је да суд заседа у пуном саставу али постоји могућност да се, уз пристанак странака у спору, поступак води пред већем. Ово се ради због извесне специјализације Суда по врстама спорова односно у циљу убрзавања поступка.⁷ На овај начин Суд може образовати једно или више већа за посебне врсте спорова који се састоје од најмање тројице судија. Суд образује сваке године и већа састављена од петорице судија која суде и одлучују о споровима по скраћеном поступку. Пресуде које изричу ова већа имају једнаку правну снагу као и пресуда коју изриче Суд у пуном саставу.

Према Статуту судије које су држављани парничних страна задржавају право да учествују у покренутом спору пред Судом. Ако у покренутом спору једна парнична страна има судију, свог држављанина, друга парнична страна има право да изабере једно лице које ће учествовати у спору у својству *ad hoc* судије. Ако у већу нема ниједног судије држављанина странака у спору, свака страна може изабрати по

³ Весна Ћорић, Милица Матијевић, Роберт Сепи, Марио Рељановић, Међународни суд правде, организација, поступак, случајеви, Институт за упоредно право, Београд 2008, 15.

⁴Славољуб Царић, Саветодавна мишљења у међународном правосуђу, ЈП Сл. гласник, Правни Факултет Универзитета Унион, Београд 2009, 13.

⁵ Чл. 22. Статута Међународног суда правде, Службени лист ДФЈ, 69/45

⁶ Ibid, чл. 25.

⁷ Родољуб Етински, Међународно јавно право, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2004, 518.

једног *ad hoc* судију.⁸ Установа *ad hoc* судије има двоструку функцију: да изједначи положај парничних странака од којих једна има свог судију у већу и да формира формалну једнакост парничних странака када ниједна од њих нема судију свог држављанина у већу.⁹

2. НАДЛЕЖНОСТ СУДА

Међународни суд правде има двојаку надлежност. Суд је надлежан да решава спорове између држава и да даје саветодавна мишљења на захтев установа и органа које су на то овлашћене Повељом УН. Као странке пред Судом се могу појавити само државе које су странке Статута Суда, као и друге државе али под условима које у сваком конкретном случају одређује Савет безбедности. То што се међународне организације не могу појавити као странке у спору пред Судом не значи да оне у поступку немају никакву улогу будући да међународне организације могу самоиницијативно достављати Суду информације које су од значаја за процес у току; са друге стране, Суд може од међународних организација тражити обавештења и информације за које сматра да могу бити од значаја за процес који се води пред Судом.¹⁰ Чињеница да се међународне организације не могу појављивати као странке у спору пред Судом донекле је надомешћена давањем могућности међународним организацијама да се обрате Суду захтевом за саветодавно мишљење и на тај начин реше извесне проблеме и недоумице које се тичу њиховог деловања, одлука, односа са другим организацијама. Како поједини аутори примећују „обзиром да међународне организације не могу бити странке у парници пред Судом ... овакав систем се може посматрати као комплементаран парничној надлежности Суда, али и једини могући када је реч о појединим врстама спорова или тумачењу права међународне организације“.¹¹ Саветодавно мишљење од Суда могу захтевати само оне организације које су на то изричито овлашћене Повељом УН.¹² Поред њих, право да траже саветодавно мишљење Суда имају и сви главни органи УН изузев Секретаријата односно Генералног секретара.

Државе немају право да се обрате Суду захтевом за саветодавно мишљење али се могу појавити у саветодавном поступку у истом својству

⁸ Чл. 31. Статута Међународног суда правде

⁹ Миленко Крећа, Међународно јавно право, Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2010, 519.

¹⁰ Чл. 34. Статута Међународног суда правде

¹¹ В. Ћорић *et.al.*, *op. cit.*, 18.

¹² Списак овлашћених организација види на <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=2&p3=1>

као и међународне организације у парничном: као извори информација релевантних за Суд. Појединци се такође не могу појавити у својству странке пред Судом али постоји могућност да држава заштити њихове интересе на међународном нивоу посредством установе супституције. У пракси Међународног Суда правде било је случајева спорова које су покретале државе како би заштитиле своје држављане оштећене актима друге државе који су у супротности са међународним правом, а пошто претходно није било могуће задовољење у редовном поступку.¹³ Појединци од Суда не могу захтевати ни саветодавно мишљење али то не значи да се Суд у саветодавном поступку не може бавити правима и интересима појединца, нпр. саветодавни поступци у вези са тумачењем пресуда Административног суда УН.¹⁴ У оваквим случајевима постоји и могућност да сам појединац учествују у саветодавном поступку. Тако је у поступцима покренутим од стране Комитета УН за ревизију пресуда Административног суда УН била предвиђена могућност да појединац, службеник у питању, изнесе свој став писаним поднеском.¹⁵

Правни основ надлежности Суда зависи од тога да ли је у питању парнични или саветодавни поступак. У поступку решавања спорова, као и код других међународних судова, основ надлежности је воља странака, сагласност странака у спору да тај спор изнесу пред Суд. Што се тиче самог начина давања сагласности да се спор решава пред Судом постоји неколико могућности: странке се могу споразумети да спор који је већ настао изнесу пред Суд (компромис), у уговору или конвенцији може бити садржана одредба која предвиђа једно или више мирних средстава решавања спорова, између осталих и судски (компромисна клаузула); странке могу прихватити обавезну надлежност Суда и прихватањем факултативне клаузуле тј чл. 36. ст.2. Статута Суда¹⁶ и то према свакој другој држави која прихвати исту обавезу. Државе које се на овај начин обавезују углавном то чине уз стављање резерви којима се из овако засноване надлежности Суда изузимају спорови са одређеним државама, спорови који се тичу одређених питања која спадају у домен унутрашње надлежности и спорови проистекли из чињеница и догађаја који су се десили пре одређеног датума.

¹³ Види случај Авена и остали мексички држављани на <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=mus&case=128&k=18&p3=0>

¹⁴ С. Царић, 85.

¹⁵ Ibid., 138.

¹⁶ Ово се односи на све правне спорове који за предмет имају: 1) тумачење међународних уговора; 2) свако питање међународног права; 3) постојање било које чињенице, која би, ако се утврди, представљала кршење међународне обавезе; 4) природу или обим обештећења зог кршења неке међународне обавезе.

Основ надлежности Суда у саветодавном поступку није сагласност воља, споразум, већ директно Повеља УН чији чл. 96. овлашћује органе УН и поједине међународне организације да тража саветодавно мишљење, као и чл. 65. Статута Суда по коме Суд има дискреционо право да поступи по том захтеву. Отуда у овом поступку Суд поступа као главни правосудни орган УН. Овиме се не дира у сувереност држава јер се саветодавно мишљење не даје државама нити га оне могу тражити. Осим тога саветодавно мишљење нема обавезујућу правну снагу и управо та чињеница чини могућим да се о истом питању које се разматрало у саветодавном поступку покрене парница пред Судом или арбитражом, јер саветодавно мишљење нема правну снагу пресуде. Иако су необавезујућа, саветодавна мишљења Суда се у пракси углавном поштују и понашање субјеката међународног права се усклађује са њима. Ово због ауторитета Суда и извесне правне тежине и значаја који саветодавна мишљења Суда имају. На тај начин, Суд знатно доприноси тумачењу и прогресивном развоју међународног права.

3. ПОСТУПАК ПРЕД СУДОМ

У случају парнице поступак пред Судом може почети на два начина: уколико су се странке сагласиле да свој спор реше пред Судом, оне о томе обавештавају Суд и тада је реч о компромису. У супротном, уколико нема споразума, спор почиње подношењем Суду једностране изјаве једне од страна тј. тужбом, и то у случајевима када је претходним договором између страна у спору Суд одређен за решавање спорова између њих. Постоји и могућност покретања неколико врста инцидентних(претходних) поступака као што су претходни приговори, подношење против-тужбе, захтев за доношење привремених мера и други, а за све њих је заједничко да се могу јавити само пре почетка писане фазе поступка. Поступак се састоји од писане и усмене фазе. У писаној фази се подносе поднесци и противподнесци а редослед и рок у коме се могу поднети одређује Суд. Усмена фаза се састоји од саслушања сведока, вештака, саветника, заступника и адвоката. Расправа је јавна али је Суд може затворити за јавност уколико сматра да је то потребно или ако то захтевају странке у спору.¹⁷ По окончању усмене фазе поступка Суд доноси пресуду тајним већањем а у случају подељених гласова пресудан је глас председника Суда односно судије који га замењује.¹⁸ Пресуда има обавезну снагу за стране у спору, и мада у пракси Суда званично није

¹⁷ Чл. 45. и 46. Статута Суда

¹⁸ Ibid., чл. 54. и 55.

усвојена доктрина прецедентног система, може се приметити да се Суд прилоком доношења одлуке труди да има у виду како је у прошлости решавао слична питања.

За разлику од парничног, саветодавни поступак се покреће тако што се орган или организација који су овлашћени да траже саветодавно мишљење обраћају Суду захтевом за истим. О поднетом захтеву обавештавају се све државе које се могу појавити пред Судом чиме им се даје могућност да о поднетом захтеву изнесу своје ставове писаним путем или на јавној седници. Поред држава, о поднетом захтеву Суд обавештава и сваку међународну организацију за коју сматра да му може пружити релевантне информације. Сам поступак се одвија брже него у случају парнице а да би утврдио све потребне чињенице Суд је овлашћен да одржи усмени и писани део поступка, као у парници. Усмена фаза се по правилу одржава уколико Суд сматра да је потребно додатно разјаснити неко питање. У пракси, усмена фаза се често изоставља, а ако до ње дође онда она, као у парници, следи писану фазу поступка која се састоји од подношења поднесака и противподнесака као и других докумената потребних за расветљавање питања у вези са поднетим захтевом. Након окончања поступка Суд се повлачи на тајно већање где се доноси саветодавно мишљење већином гласова присутних судија. Као и код пресуде, у случају подељених гласова одлучујући је глас председника Суда односно судије који га замењује.

За разлику од пресуде саветодавно мишљење нема обавезујућу снагу што значи да онај који је затражио мишљење уопште није у обавези да по њему и поступи. Изузетак је случај када је уговором предвиђено да ће саветодавна мишљења Суда бити обавезујућа као што је то случај са Конвенцијом о привилегијама и имунитетима УН¹⁹ и Споразумом о седишту УН између САД и УН.²⁰ Ипак, у оваквим случајевима обавезност мишљења не произлази из саме природе мишљења које и у овим случајевима по својој природи остаје правно необавезујуће већ из уговорне одредбе тако да непоштовање саветодавног мишљења представља само кршење уговорне обавезе.²¹ Саветодавно мишљење за разлику од пресуде нема статус пресуђене ствари што значи да се питање о коме се Суд изјаснио у саветодавном поступку касније може појавити као спорно у парничном поступку. Формално, у том случају, у случају евентуалног спора, Суд неће бити обавезан мишљењем које је донео али како Суд води рачуна о свим својим одлукама врло је вероватно да ће се

¹⁹ Службени лист СФРЈ, 30/72

²⁰ Споразум о седишту УН, преузето са:
http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad036.asp 15.8.2016.

²¹ М.Крећа, 710.

и у парничном поступку држати принципа и ставова којих се држао и у саветодавном поступку, као и да ће оно што је утврдио као коначно у саветодавном поступку узети као подлогу за решавање у евентуалном спору. Као што је то приметила А. Гођевац „мишљења имају једну чисто доктринарну вредност, еквивалентну оној коју имају пресуде. Исто као и ове, мишљења садрже принципе којима се Суд мора инспирисати у својим доцнијим одлукама. Са ове тачке гледишта, није од важности да ли одлука има или нема обавезни карактер за странке. Истина је да један спор који је био предмет саветодавног мишљења може поново доћи пред Суд, на пресуду, али Суд не би могао другачије да поступи него да претвори у пресуду одлуку коју је био донео у облику мишљења“.²²

4. ПРИКАЗ ИЗ ПРАКСЕ СУДА

Кроз свој досадашњи рад, нарочито саветодавну активност, Међународни суд правде је дао велики допринос развоју међунаордног права. Навешћемо кратак приказ три случаја у којима је Суд одиграо квазилегислативну улога и чији су ставови и мишљења касније преточена у правила међународног јавног права.

4.1. Субјективитет у међународном праву

Држава је изворни субјект међународног права и то је неспорно, међународно право је изграђено на строго етатистичкој основи и вековима су само државе успевале да на међународном плану остваре одређена права. Са економским развојем и институционалном изградњом међународне заједнице почеле су се појављивати и друге личности које су, мада различите од држава, ипак способне да улазе у правне односе са државама. Тада се почело постављати питање да ли се ове личности могу сматрати субјектима међународног права? Субјективитет међународних организација дуго је оспораван зато што се као мерило субјективитета узимала држава. Али ако би се од свих субјеката међународног права тражило да поседују територију, становништво и суверену власт онда би било немогуће у такву дефиницију уклопити међународне организације.²³ Упоредујући међународне организације са државама, многи теоретичари међународног права оспоравали су им међународноправни

²²Цитирано према Анка Гођевац, Принципи и правила међународног права која се излучују из јуриспруденције Сталног суда међународне правде у Хагу, Издавачка књижарница „ГЕЦЕ КОНА“, Београд 1933, 13.

²³ Војин Димитријевић, Обрад Рачић, Међунаордне организације, Савремена администрација, Београд 1978, 32.

субјективитет.²⁴ Управо је саветодавно мишљење Међународног суда правде у случају *Накнаде штете претрпљене у служби УН*(1949.)²⁵ имало одлучујућу улогу у коначном признању међународног субјективитета међународним организацијама.

Након убиства специјалног известиоца УН за Палестину, грофа Бернадотеа, а да би обезбедила свеобухватнију заштиту лицима у својој служби те осигурала накнаду у случају претрпљене штете, Генерална скупштина је Суду поставила питање: да ли УН као организација имају право да истакну потраживање према одговорној држави или влади, ради накнаде штете нанете (а) Уједињеним нацијама и (б) жртви тј. појединцу? Уколико је одговор на друго питање потврдан, како се акција УН у том погледу може помирити са правима која поседује држава чији је држављанин оштећени?

За истицање неког потраживања или захтева на међународном плану неопходно је поседовање међународноправног субјективитета. Зато је Суд, да би одговорио на постављено питање, кренуо од разматрања питања да ли УН поседују субјективитет на међународном плану. Разматрајући и тумачећи Повељу УН и овлашћења која она даје УН у односу на њене чланове Суд је закључио да је постојала намера оснивача да ова организација стварно ужива и врши права и функције ради којих је и основана и да су те функције такве да их она без способности да делује на међународном плану односно без међународноправног субјективитета не може делотворно вршити. По мишљењу Суда, чињенице као што су та да Повеља овлашћује УН да траже помоћ од својих чланица у акцијама које предузима, да УН даје правну способност и имунитете и привилегије на територији сваке чланице, да предвиђа могућност склапања уговора између УН и чланица, што је и потврђено у пракси, доказују субјективитет УН. Разматрајући Конвенцију о привилегијама и имунитетима УН од 1946. год., Суд је нашао да је субјективитет УН признат самим тим што се УН јављају као страна потписница наведене Конвенције која може деловати само између субјеката међународног права. Након свега Суд је закључио да је Организација УН субјект међународног права и да је способна да има права и обавезе као и да поседује способност да штити своја права истичући међународне захтеве.

Саветодавно мишљење које је Суд дао у овом случају представљало је преломни тренутак у коначном признању субјективитета

²⁴ *Ibid.*,42.-43.

²⁵ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949*, преузето и преведено од стране аутора са: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf> 20.8.2016.

међународних организација. Иако се у овом случају радило о конкретној организацији аргументи које је Суд изнео примењиви су и на друге облике организовања међународне заједнице. Прихватањем и идентификовањем различитих природа држава и међународних организација, Суд је прихватио и дефинисао и различиту природу субјеката међународног права а то је на међународном плану условило промену критеријума за дефинисање и одређивање међународноправног субјективитета у смислу да се, с обзиром на хетерогеност субјеката, мора прихватити и хетерогеност својстава која може поседовати субјект међународног права. Осим овога, утврђујући да УН могу да траже накнаду штете коју је претрпео њихов службеник и поред традиционалног правила међународног права да то може да учини само држава чији је он држављанин, Суд је дао снажан допринос развоју међународног права, формирајући концепт функционера и функционалне заштите. Да би се обезбедила независност како самог функционера тако и Организације, неопходно је да Организација пружа својим функционерима одговорајућу заштиту. Функционер не треба да се ослања на дипломатску заштиту своје државе јер би тиме био доведен у питање његов независан положај, противно чл. 100. Повеље, због чега је створен појам функционалне заштите која припада УН и заснива се на његовом статусу функционера.²⁶

4. 2. Резерве у међународном уговорном праву

Област међународног права у којој је утицај Суда најјачи и највидљивији је свакако област међународних уговора односно питање резерви на уговоре. Резерве су једностране изјаве воље којима се жели ограничити дејство уговора у односу на остале стране уговорнице. Правила о резервама су у позитивном међународном праву садржана у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године. Правила која ова Конвенција обухвата практично су кодификација саветодавног мишљења Суда у вези *дозвољености резерви на Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида*.²⁷

Традиционално, за прихватање резерви на уговор захтевала се једносагласност свих уговорних страна, а из разлога строгог схватања

²⁶ С. Царић, 145.-146.

²⁷ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, преузето и преведено од стране аутора са: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf> 20.8.2016.

суверенитета и ради обезбеђивања јединственог уговорног режима.²⁸ Поред овог традиционалног правила, око 1920. године на регионалном плану створен је такозвани „панамерички систем“ према коме за прихватање резерви није потребна једносагласност односно који предвиђа могућност реципрочног усвајања резерви.²⁹ До Другог светског рата правило да се све уговорне стране морају сагласити са резервом да би она произвођила дејство важило је свуда осим у Панамеричкој унији.³⁰ Након Другог светског рата, у почетном периоду функционисања УН било је усвојено традиционално правило о резервама. Међутим, приликом усвајања Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида дошло је до проблема јер су многе државе уложиле резерве. Генерални секретар је био у недоумици како да поступи у погледу прихватања ратификационих докумената држава које су уложиле резерве које нису биле једногласно прихваћене. Да ли те државе може сматрати чланицама Конвенције?³¹ Због овога се развила расправа па је Генерална скупштина УН одлучила да о томе затражи саветодавно мишљење Суда.

Основно питање постављено Суду било је да ли се држава која је ставила резерву, на коју су једна или више држава ставиле приговор али не и остале, може сматрати страном уговорницом Конвенције? Ако је одговор на ово питање потврдан, какав ће ефекат имати стављена резерва на однос државе која је ставила резерву и оне које су приговориле резерви као и на однос државе која је ставила резерву и оне које су је прихватиле? Које су правне последице одговора на прво питање ако је приговор на резерву ставила: (а) држава која је потписала Конвенцију али је још увек није ратификовала и (б) држава која је овлашћена да потпише Конвенцију или да јој приступи, али то још увек није учинила?

Суд је разматрајући постављена питања одговорио на следећи начин. Што се тиче државе која је ставила резерву на коју су приговориле једна или више држава али не и остале, она се може сматрати страном уговорницом Конвенције уколико је резерва спојива се предметом и циљем Конвенције: у супротном таква држава се не може сматрати уговорницом. Што се тиче уговорног односа државе која је ставила резерву и оних које су јој приговориле односно оних које су резерву прихватиле, Суд је истакао да се у уговорном односу налазе држава која је

²⁸ Бојан Милисављевић, Резерве на вишестране нормативне уговоре у међународном праву, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 21.

²⁹ *Ibid.*, 24.

³⁰ Маја Лукић, „Резерве и интерпретативне изјаве-појам и могућност њихове примене на Споразум о стабилизацији и придруживању“, *Анали Правног Факултета у Београду*, год. LVI, 1/2008, 212-213.

³¹ Б. Милисављевић, 29.

ставила резерви и оне државе које су ту резерву прихватиле. То уједно значи и да нема уговорног односа између државе која је ставила резерву и оних држава које су на ту резерву ставиле приговор. У вези са трећим питањем, по мишљењу Суда приговор на резерву учињен од стране државе која је потписала Конвенцију али је још увек није ратификовала може имати дејство само након ратификације. До тог момента служи само као обавештење другим уговорницама о ставу те државе поводом резерве. Што се тиче приговора на резерву државе која још увек није ни потписала Конвенцију или јој приступила, он је без правног дејства.

На усвајање овог „радикалнијег“ става Суда поводом резерви највећи утицај имали су припремни радови на усвајању Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Универзални карактер и узвишен циљ међународног уговора о заштити људских права такве је природе да штити темељне вредности међународне заједнице. Универзалност чланства је императив приликом усвајања конгентног режима и предмет и циљ Конвенције би били угрожени применом правила о једносагласности јер би то довело до расипања чланства. Имајући у виду *ratio legis* Конвенције Суд је поставио ограничење да резерва мора бити у складу са предметом и циљем уговора што се има ценити од случаја до случаја.

Случај Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида поставио је начела у вези са резервама на међународне уговоре. Управо тим начелима која је установио Суд руководила се Бечка конвенција о уговорном праву а то је да држава која је ставила резерву на коју су приговорили неке али не и све друге државе, не мора да одустане од резерве или да се повуче из уговора већ се може сматрати уговорницом уколико је то у складу са предметом и циљем уговора. Након овог саветодавног мишљења развој међународног уговорног права ишао је правцем правила која је установило саветодавно мишљење Суда. Данас су она део позитивног међународног права и кодификована су у Бечкој конвенцији о уговорном праву. Осим тога, Суд је наглашавањем посебног карактера одредби Конвенције о геноциду дао и велики допринос међународном праву људских права. Истичући да су начела на којима се Конвенција заснива начела која признају цивилизовани народи и која обавезују државе и без икакве уговорне обавезе Суд је заправо утврдио да су забрана и кажњавање злочина геноцида део међународног обичајног права и да је њихово дејство *erga omnes*.³²

³² С.Царић, 148.

4.3. Промена концепта установе *terra nullius*

Један од начина стицања државне територије је и мирна окупација. Данас она фигурира више као теоријски облик с обзиром да скоро читава земљина површина припада сувереним државама. Под мирном окупацијом подразумева се запоседање територије која не потпада под власт других држава (*terra nullius*) а у циљу заснивања суверене власти на њој. Да би окупација довела до правоваљаног стицања територије потребно је да се испуне одређени услови: а) да територија која је предмет окупације у моменту окупације не припада никоме тј. да је у статусу *terra nullius*; б) стварно односно фактичко а не фиктивно заузимање територије у циљу заснивања власти (да држава која је запосела територију ту територију и фактички контролише и на њој врши своју власт што значи да само откриће неке територије није довољно); в) да је извршена од стране државе односно њених овлашћених органа а не приватних лица г) држава која врши окупацију треба да о томе обавести треће државе како би могле да истакну евентуалне приговоре.

Концепт *terra nullius* се мењао током времена и развоја међународног јавног права. У доба класичног, евроцентристичког међународног права, с обзиром на владајућу теорију о ексклузивном праву европских, цивилизованих држава на субјективитет, као *terra nullius* је схватана територија која није под влашћу европских држава.³³ Наиме, народи ван круга Европе сматрани су дивљацима и варварима који су неспособни да буду носици суверености. На овакав начин оправдавана су колонијална освајања и оно што је заправо представљало поробљавање слабијих приказивано је као цивилизацијска мисија. Током периода деколонизације оваква схватања су одбачена. Међутим оно што је суштински изменило установу *terra nullius* и дало јој уже, одређеније значење јесте саветодавно мишљење Међународног суда у случају *Западне Сахаре*.³⁴

Одговарајући на питање да ли је у време шпанске колонизације Западна Сахара била територија која не припада никоме Суд је кренуо од значења појма *terra nullius* у време шпанске окупације. Мирна окупација подразумева мирољубиво исказивање суверенитета над територијом која не припада никоме. Имајући у виду праксу држава у том периоду Суд је утврдио да територије настањене племенима или становништвом које је имало политичку или социјалну организацију нису сматране за *terra nullius*. У случају таквих територија суверенитет се није сматрао

³³ М.Крећа, 317.-318.

³⁴ Western Sahara, Advisory opinion, ICJ Reports 1975, преузето са <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf> 23.8.2016.

успостављеним окупацијом већ споразумом са локалним владарима. Према информацијама које су му биле на располагању Суд је утврдио да је Западна Сахара у време шпанске колонизације била насељена становништвом, које је иако номадско, било политички и друштвено организовано у племена и да је имало своје поглавице које су их представљале. Стога се Западна Сахара не може сматрати за *terra nullius* у време шпанске окупације.

Доношењем овог саветодавног мишљења концепт *terra nullius* у међународном праву је суштински промењен. У класичном међународном праву под појмом *terra nullius* сматрале су се територије које нису под влашћу европских држава. Својим мишљењем Суд је поставио строжије услове за одређивање ничије територије, будући да је заузео став да се територије настањене становништвом које има билокакав вид социјалне или политичке организације не могу сматрати за територију која не припада никоме. Осим тога, Суд је саветодавним мишљењем истакао и да народ на територији Западне Сахаре има право да сам одлучи о свом политичком статусу чиме је допринео афирмацији права на самоопредељење, колективног права које још увек отвара дебате у научној јавности као и простор за могуће злоупотребе али које је свакако одиграло велику улогу у процесу деколонизације.

5. ЗАКЉУЧАК

Међународни суд правде је један од главних органа УН, њен правосудни орган и као такав је надлежан да решава спорове између држава чланица, наравно уз њихову сагласност. Будући да међународне организације немају право приступа Суду, а имајући у виду несумњиво огромну улогу коју играју у међународној заједници, оне се могу обратити Суду у једној другој врсти поступка, саветодавном поступку. У том поступку на постављено право питање Суд даје своје мишљење, које иако необавезујуће, ужива велико поштовање и у највећем броју случајева државе и међународне организације се понашају у складу са њим. Ауторитет мишљења потиче из ауторитета Суда, чињенице да он обухвати најеминентније представнике правне струке, као и из његове правне заснованости.

Досадашња јуриспруденција Суда показује да је у више случајева Суд одиграо „легислативну“ улогу, формирајући нова правила међународног права и прилагођавајући на тај начин право пракси. Оваква улога Међународног суда правде веома је значајна за међународно право које, за разлику од националног, нема свог законодавца а правне празнине и нејасне норме јављају се како у једном тако и у другом. Тумачењем и попуњавањем правних празнина као и заузимањем ставова национални

судови јако утичу на развој права, па чак и у оним системима који нису прецедентни. Отуда је лако схватити колико је још важнија и значајнија таква улога Суда у међународном праву које нема законодавца.

Довољно је погледати случајеве наведене у овом раду па видети колико је Суд својом активношћу допринео развоју међународног права и учинио га ефикаснијим. Пре свега питање међународног субјективитета, питање које је дуго било спорно како у теорији тако и у пракси, коначно је разрешено саветодавним мишљењем Суду у случају *Накнаде штете претрпљене у служби УН*. Међународноправни субјективитет дуго резервисан искључиво за државе будући да су се оне узимале за мерило субјективитета, коначно је признат и међународним организацијама. Истина, саветодавно мишљење се односило на конкретну организацију, УН, али се ставови и критеријуми субјективитета изнети у њему могу применити и на друге организације. На тај начин, формирајући правило да су и међународне организације субјекти међународног права Суд је уједно прилагодио право постојећој ситуацији. Несумњиво је да међународне организације играју велику и битну улогу у међународној заједници а то би данас било незамисливо да им није признат међународноправни субјективитет. Сличну ствар Суд је урадио у и случају *резерви на Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида*. За време у које је донето мишљење Суда је представљало веома либералан став у односу на ригидан систем резерви који је важио тада. За разлику од тада важећег правила да резерва мора бити прихваћена од стране свих уговорница да би била важећа и да би се држава која ју је ставила могла сматрати страном уговорницом, Суд је усвојио „блаже“ становиште по коме се држава сматра уговорницом у односу на оне државе које су резерву прихватиле, под условом да је резерва у складу са предметом и циљем уговора. Што се тиче држава које су резерви приговориле, између њих и државе која је ставила резерву не постоји никакав уговорни однос. Овај став Суда кодификован је касније у Бечкој конвенцији о уговорном праву која представља међународно право уговора. И овде је Суд дао јак допринос развоју међународног права фиксирајући правила о дозвољености резерви као и подстицај што широј прихваћености вишестраних уговора којима је по самој дефиницији циљ да обухвате што више држава будући да се циљеви и начела на којима почивају тичу интереса целокупне међународне заједнице. И у случају *Западне Сахаре* Суд је из корена редефинисао концепт *terra nullius* у међународном праву, дајући му ново значење. Иако је допринос Суда у овом случају више у теоријском него у практичном домену с обзиром да је данас највећи део земљине површине подељен између држава и стицање ефективном мирном окупацијом је практично немогуће остаје чињеница да је Суд овим мишљењем суштински променио одређење појма *terra nullius*.

ЛИТЕРАТУРА

Б. Кривокапић, „Међународно судство данас“, Српско право и међународне судске институције (ур. Јован Тирић), Институт за упоредно право, Београд 2009

В. Ћорић, М. Матијевић, Р. Сепи, М. Рељановић, Међународни суд правде, организација, поступак, случајеви, Институт за упоредно право, Београд 2008

С. Царић, Саветодавна мишљења у међународном правосуђу, ЈП Сл. гласник, Правни Факултет Универзитета Унион, Београд 2009

Р. Етински, Међународно јавно право, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2004

М. Крећа, Међународно јавно право, Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2010

А. Гођевац, Принципи и правила међународног права која се излучују из јуриспруденције Сталног суда међународне правде у Хагу, Издавачка књижарница „ГЕЦЕ КОНА“, Београд 1933

В. Димитријевић, О. Рачић, Међународне организације, Савремена администрација, Београд 1978

Б. Милисављевић, Резерве на вишестране нормативне уговоре у међународном праву, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010

М. Лукић, „Резерве и интерпретативне изјаве-појам и могућност њихове примене на Споразум о стабилизацији и придруживању“, Анали Правног Факултета у Београду, год. LVI, 1/2008

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, преузето са: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf> 20.8.2016.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, преузето са: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf> 20.8.2016.

Western Sahara, Advisory opinion, ICJ Reports 1975, преузето са <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf> 23.8.2016.

Повеља Уједињених нација (Службени гласник РС, бр. 83/06)
Пакт Друштва народа, преузето са http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp 14.8.2016.

Статут Међународног суда правде (Службени лист ДФЈ, 69/45)
Конвенција о привилегијама и имунитетима УН (Службени лист СФРЈ, 30/72)

Споразум о седишту УН, преузето са: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad036.asp 15.8.2016.

Irena Božić
Teaching Assistant

THE CONTRIBUTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE TO THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

Summary

For the last seventy years, the International Court of Justice holds the fate of many countries around the world, deciding disputes and giving advisory opinions, which optional, generally is respected by the governments because of the great reputation of the Court. As the guardian of international order the judgments and opinions of the International Court of Justice has a considerable impact on the behavior of states and international organizations in their mutual relations, thus creating some new trends in international law and world politics. In this way, the International Court of Justice makes a powerful contribution to the development of International Law as confirmed by numerous decisions of the Court that were later transformed into rules of international law.

Key words: The International Court of Justice, international law, The UN Charter, international legal personality, reserves.

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И
ИСТОРИЈСКОПРАВНА
ОБЛАСТ

Др Милорад А. Жижих

Редовни професор

ПРИМЕНА ОПШТИХ ПРАВНИХ АКТА

Апстракт: *Поступак примене општих правних аката – устава, закона, подзаконских аката и општих правних аката других установа и организација је један од најзахтевнијих и најзначајнијих поступака од чије успешности зависи и ефикасност правног поретка у држави и друштву. Треба обратити посебну пажњу на назначено уз стално усавршавање субјеката који у таквом поступку учествују.*

Кључне речи: *поступак, општи правни акт, примена.*

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. Стога она није пожељна. Поступак примене општих правних аката није нимало лак. Напротив, изузетно је сложен и тражи велико знање и умеће сваког правника. Пракса показује изражену појаву неадекватног спровођења поступка примене општих правних аката, произашлу из незнања, недовољног знања како оних који учествују у процесу стварања, тако и оних који учествују у процесу примене права.

Циљ је овде да се укаже на оно што је основно, фундаментално и што сваки правник треба да зна када се упушта у поступак примене општих правних аката. Биће изнет основни поступак састављен из одређених фаза кога се правник треба придржавати при обављању назначеног посла.

Др Милорад Жижих, редовни професор

Дакле, шта је то основно што правник, поред осталог, треба да зна када приступи поступку примене општих правних аката ?

Поступак примене општих правних аката састоји се из три фазе. Прве, у којој се утврђује аутентичан текст опште правне норме (нижа критика нормe), потом се утврђује важност опште правне нормe (виша критика нормe) с утврђивањем њене важности у времену и на одређеној територији. У другој фази поступка примене општих правних аката приступа се тумачењу нормe, где се применом језичког тумачења добија језичко значење опште правне нормe. Пошто језичко значење правне нормe често није и право њено значење, над њим је неопходно применити и друге врсте тумачења у циљу добијања правог значења правне нормe. Тако се тумач по правилу опредељује да између везаног и слободног тумачења примени везано тумачење, између објективног и субјективног тумачења примени објективно тумачење, између статичког и еволуционистичког тумачења (под условом да су од момента доношења до момента тумачења знаци у норми променили значење) примени еволуционистичко тумачење (под условом да се тиме не ствара нова норма). Тумач ће, поред назначених врста тумачења, у циљу утврђивања правог значења правне нормe применити историјско, систематско, логичко и циљно тумачење. Значење које се добије након примене назначених тумачења требало би да буде право значење правне нормe. Али, потребно је претходно такво добијено значење упоредити са језичким значењем како би биле отклоњене евентуалне нејсноће или бесмислености, а после те радње то значење прогласити правим значењем правне нормe.

У трећој фази поступка примене општих правних аката приступа се стварању појединачног правног акта.

Прва фаза поступка примене општих правних аката

Поступак примене општих правних аката почиње тако што је, као прво, потребно утврдити прави текст правне норме, односно тачан, аутентичан текст правне норме (нижа критика норме). Како утврдити аутентичан текст правне норме? 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, публикација и сл. Мада ће се и у њима најчешће наићи на тачан текст норме, ипак неопходно је позвати се на службено гласило (његов број и годину издања) у коме је аутентичан текст.

Друго што правник мора да уради јесте да утврди да ли та норма(за коју је утврдио аутентичан текст у службеном гласнику) важи, да ли је на снази, да ли производи правно дејство или је прешла у историјско право. То утврђивање важности правне норме назива се – виша критика норме. Треба упоредити норму коју желимо применити с нормом веће снаге с којом мора бити сагласна. Правна норма има снагу свог правног акта у коме се налази. Ако се утврди да правна норма није у сагласности с нормом која има већу правну снагу, она не важи (*Lex superior derogat legi priori*). Она неће важити ни онда када је супротна норми исте правне снаге, ако је од те норме раније донета (*Lex posterior derogat legi priori*). Треба имати на уму и треће правило (*Lex spetialis derogat legi generali*), које указује да ће норма донета у специјалном накнадном закону укинути важност опште норме донете у неком претходном закону, односно општем правном акту.¹

¹ Жижих, М. О праву, Нови свет, Приштина 1996, 142.

У погледу важења правних норми такође је битно утврдити важење правне норме у простору и важење правне норме у времену.

Свака правна норма која је на снази мора да важи у простору и одређеном времену. Зависно од врсте правне норме (општа и појединачна) зависиће и начин важења у простору. Општа правна норма може двојачко важити у простору. Прво, на целој територији државе ако ју је донео надлежни орган који власт распростира и врши на целој територији државе (норма из устава Југославије важиће на територији целе Југославије), и друго, важиће на одређеној територији, односно делу територије над којом орган који је донео врши власт (норма из Устава Србије важиће на територији Србије, а не на територији друге федералне јединице, норма из статута једне општине важиће на територији те општине, а не на територији друге општине).

И код појединачних норми могуће су две ситуације у погледу територијалне важности.

Прво, појединачна норма може важити на територији целе државе (норма у дозволи о ношењу оружја, саобраћајној дозволи и сл.), али и на само одређеном делу територије (норма у акту о зидању куће у Београду на тачно одређеној локацији, важиће само на тој локацији, а неће важити у другој улици или другом граду).

Када је реч о временском важењу норме код сваке норме постоје два момента: моменат ступања на снагу и моменат престанка важења норме. Када норма ступи на снагу тада почиње њено дејство, важење. На разилличите начине општи правни акти могу да ступе на снагу. Најчешће се предвиђа општи рок за ступање на снагу општих правних аката. Тај рок је превиђен унапред у неком вишем акту (рецимо 8 дана од дана објављивања у службеном гласнику). Некада је и у самом акту предвиђено када ће акт ступити на снагу. Много је теже одредити моменат престанка

важења правне норме, односно општег правног акта. Ту се примењивач мора придржавати назначених латинских начела. Некада је самом нормом, односно актом предвиђен престанак важења норме, акта (буџет). Некада долази до прећутног укидања опште правне норме (дерогација), што је сложенији проблем утврђивања .

Код појединачних правних норми утврђивање почетка и престанка важења је много једноставније. Обично се почетак важења одређује у самој норми или у нормама поступка (где се регулише начин достављања ових акта субјектима права на које се односе и од тога ће зависити почетак важења норме). Престанак важења појединачне правне норме настаје самом применом норме.

Такође треба утврдити да ли норма важи повратно (ретроактивно). Ако важи, то ће бити предвиђено у самој норми. По правилу не треба давати нормама ретроактивно дејство ради правне сигурности субјеката. Међутим понекад у неким гранама права нормама се придаје ретроактивно дејство, док је у другим гранама сем неких изузетака, забрањено (кривично право).

Друга фаза поступка примене општих правних аката

У другој фази поступка примене општих правних аката приступа се тумачењу права.

Поступак тумачења права је сложен и изузетно значајан. У њему правник треба да покаже све своје умеће, знање и познавање токова друштвене стварности.

Поступак тумачења обухвата две фазе.

Прву, где ће правник над нормом коју тумачи применити језичко тумачење и добити одређено језичко значење норме. При томе, тумач

треба да познаје везано и слободно, објективно и субјективно, статичко и еволуционистичко тумачење, да нека од њих у оквиру језичког тумачења примени и дође до језичког значења правне норме.

У другој фази пошто је тумач утврдио језичко значење правне норме приступа сложенијем делу поступка тумачења. Треба да утврди да ли је то језичким тумачењем добијено језичко значење и право значење правне норме. Да би тумач проверио језичко значење правне норме и дошао до правог значења правне норме треба по правилу да примени историјско, логичко, систематско и циљно тумачење (најчешће сва наведена тумачења, што би било и најисправније). Након тога, тумач добија право значење правне норме које мора упоредити са језичким значењем, где у случају непоклапања, нејасности или бесмислености истог, покушава да те недостатке на одређен начин ако је у могућности отклони. Ако се добијено право и језичко значење поклапају или ако се поклапају након одстрањивања недостатака у језичком значењу, онда је поступак тумачења завршен. Добија се право значење правне норме које је подобно за примену, односно да се на основу њега заснује конкретноправни акт за конкретну, појединачну ситуацију, случај.

Као тумачи права могу се јавити: државни органи (законодавни, управни и судски) и недржавни субјекти (друштвене организације и физичка лица). Може се јавити и сама наука (научно тумачење које нема обавезујућу снагу као тумачење државних органа). Једино тумачење државних органа има обавезујућу снагу.

Средства тумачења су: језик, историја, логика, систем и циљ. Применом одређеног средства у тумачењу добија се и одређена врста тумачења. Тако применом језика добија се језичко, историје историјско, логике логичко, система систематско и циља циљно тумачење.

Трећа фаза поступка примене општих правних аката

Трећа фаза поступка примене општих правних аката означава сам поступак стварања појединачног правног акта са појединачном правном нормом који произлази и ослања се на општи правни акт (сем у случају правних празнина када се специјално за ту ситуацију доноси непосредно појединачни правни акт).

Стварање појединачног правног акта врше државни органи и то управни и судски органи (законодавни органи по правилу не учествују у овом поступку). Тако добијамо управни и судски акт, као појединачне правне акте. Поред њих појединачни правни акт стварају и недржавни субјекти, и то друштвене организације и физичка лица. Они стварају уговоре, а физичка лица поред уговора и тестамент.

Појединачни правни акт може саджати потпуну појединачну норму или део норме, односно елемент норме нормативног карактера-диспозицију или санкцију. Ако садржи потпуну норму онда је то потпун појединачни правни акт. У другом случају, тј. ако садржи диспозицију или санкцију онда је то непотпун појединачни правни акт. Управни акти најчешће садрже диспозицију, мада не ретко могу садржати и санкцију, а некада и диспозицију и санкцију. Судски акт по правилу најчешће садржи санкцију, а некада и диспозицију и санкцију. Појединачни акти недржавних субјеката, тј. друштвених организација и физичких лица-уговори и тестаменти, садрже диспозицију, код уговора понекад поред диспозиције и санкцију (уговорна казна).

Појединачни правни акт настаје деривативним (изведеним путем) из, односно на основу општег правног акта. Изузетак је случај код правних празнина где се не би могло рећи да настаје деривативно, јер

нема потпуних елемената за такво становиште, већ настаје оригинерно (самонастало) без обзира што се дух за његов настанак у тој ситуацији може наћи у аналогiji, аргументуму а контрарио или општем смислу правног система.

Творац појединачног правног акта мора такав акт одредити у формалноправном и материјалноправном смислу. Мора добро водити рачуна да не повреди надлежност како стварну, тако и месну, да не повреди поступак за доношење таквог акта и његову материјализацију. Ако би се повредио било који од назначених елемената формалноправне природе радило би се о формалноправној незаконитости. Творац таквог акта мора да води рачуна да не доје и до повреде акта у материјалноправном смислу, тј. да се јави пропуст у садржини акта било у његовом главном или споредном садржинском делу. Ако би дошло до повреде садржине таквог акта радило би се о материјалноправној незаконитости.

Појединачни правни акт не сме да противуречи општем правном акту јер би се у противном радило о повреди принципа законитости.

Најтеже је и најодговорније доносити судски правни акт, због саме природе односа који се таквим актима регулишу. Таквим актима не ретко се решава судбина човека-живот или смрт, изриче казна лишења слободе и сл. То налаже посебан опрез, вештину и знање. За доношење таквог акта најчешће је потребно дуже време. За разлику од судског акта управни акт се доноси брже и у једноставнијем поступку што налаже и сама природа управе која треба да прати темпо живота, односа у стварности. Иако управни акти регулишу често судбинска питања човека, ипак, њихов значај је нешто мањи од значаја судских аката када је реч о судбоносним питањима човека. Доношење уговора од недржавних субјеката изискује много једноставније поступке. Материјализација уговора зависно од

природе предмета уговора може бити неписана у консенсуалној форми, до различитих писаних форми. Купопродаја бурека, наравно, тражи неписану форму, али купопродаја куће или какве друге некретнине изискује писану форму и одређен поступак. И тестамент може бити у писаној или неписаној форми.

Чином стварања појединачног правног акта стварају се услови за његову непосредну примену. Непосредна примена појединачног правног акта јесте само предузимање одређених радњи из којих се састоји примена права, тј, непосредна примена појединачног правног акта. Таква примена остварује се у ствари кроз материјални акт. Материјални акт треба разликовати од правног акта, јер је он на самом крају поступка непосредне примене правног акта. Правни акт је изјава воље, разума која садржи правну норму или услов за примену правне норме, а материјални акт је сама људска телесна радња у виду чињења или нечињења која је одређена најнижом правном нормом. Путем материјалних аката остварују се правни акти, примењују се правне норме. Они могу бити сагласни и несагласни праву. И материјални акт има своју форму и садржину што је одређено најнижом правном нормом. Мора се водити рачуна ко је надлежан за извршење материјалног акта (рецимо полицајац је надлежан за лишавање лица слободе, референт органа управе за наплату пореза и сл.). Мора се водити рачуна и о поштовању одређеног поступка у коме ће се извршити материјални акт. Ти поступци су извршни поступци. На пример, поступак лишавања лица слободе, поступак извршења смртне казне, поступак наплате пореза, поступак за накнаду штете и сл. Нарочито је значајан поступак где се примењује физичка принуда што је и разумљиво јер се ради о самом физичком интегритету и безбедности личности. Поступак се одређује и код превентивних материјалних аката који се дешавају од стране државних органа(легитимисање, хапшење

сумњивог и сл.). Садржина материјалног акта оличава саму радњу, а с њом се поклапа и трећи елемент форме - материјализација материјалног акта.

Значи, цео поступак почев од стварања општег правног акта па преко његове примене завршава се непосредном применом таквог акта која се одвија кроз материјални акт. На почетку се доноси општи правни акт чија се примена обезбеђује доношењем појединачног правног акта који се непосредно примењује кроз материјални акт. Тако се завршава неки конкретан циклус примене правне норме, јер право се ствара да би се примењивало. То је његова сврха.

Сваки правник свакодневно ће се наћи у мноштву ситуација које изискују његово учешће у процесу стварања, а посебно примене општих правних аката и безброј пута ће проћи овај назначени пут стварања и примене општих правних аката. То је и суштина делатности највећег броја правника практичара, и не само њих.

ЗАКЉУЧАК

Поступак примене општих правних аката је један од најсложенијих процеса у правном животу који директно утиче на квалитет правног поретка његово функционисање и остваривање улоге у друштву и држави. Раскорак између нормативног и фактичког настаје углавном из неспровођења или лошег спровођења поступка примене општих правних аката.

ЛИТЕРАТУРА

- Баста, Д, Херменеутика у праву, Научна књига, Београд, 1950.
Гамс, А, Друштвена норма, Савремена администрација, Београд, 1990.

- Жижић, М, О праву, Пергамент, Приштина, 1998.
Жижић, М, О држави, Пергамент, Приштина, 1996.
Жижић, М, Увод у право, Пергамент, Приштина, 1998.
Лукић, Р, Методологија права, Научна књига, Београд, 1982.
Перић, Б, Структура права, СНЛ, Загреб, 1978.

Milorad Žižić. Ph. D.
Full Professor

APPLICATION OF THE GENERAL LEGAL RULES

The process of applying legal acts - the Constitution, laws, by-laws and legal acts of other institutions and organizations is one of the most challenging and most important procedures of which depends on the performance and efficiency of the legal system of the state and society. It should pay particular attention to the continuous improvement indicated by the entities that participate in such proceedings.

Key words: procedure, general legal act, application.

Др Радомир Стојановић
Ванредни професор

ТЕОРИЈСКО-ПРАКТИЧНИ АСПЕКТИ ПОЈМОВА СЛОБОДЕ И ПРАВДЕ

Апстракт: *Човек је слободно биће, а обавеза да сачува своју независност у односу на све принуде, треба да се уважава пре било које друге. Верност принципу слободe представља његово достојанство. Уколико интерес потиरे слободу, тим горе по интерес. Људска права су ту да подрже слободу народа и индивидуе.*

Кључне речи: *Правда, слобода, ум, нагон, човек, људска права*

Права која човек може да има, односе се једино на неважне ствари, због којих уопште немамо никаквог разлога да се боримо, или да пишемо чувене декларације (Кундера)

А) Човек и његово постојање

Човек је извор и утока свему. Човек се рођењем почиње налазити у власти живота, кога чини све оно се дешава од зачећа, па до смрти. Тај период назива се периодом нашег постојања. Како човек постоји, питање је, на које се изнова намеће другачији одговор. Ту се вечито стављају у однос његово телесно и духовно постојање, нагони и ум. Као телесно биће човек припада анималном свету. Као духовно биће, припада интелектуалном свету. У свету коначности, човековом постојању постављају се границе, дефинишу се правила, која чувају те границе. Природне и друштвене границе у човековом постојању јављају се у форми ограничења. Страх од друштва, основ је морала, а страх од Бога основ је религије. Смисао човековог постојања је у могућности развоја природних склоности. У супротном све је принуда и наметање. Примарно ограничење људске индивидуалности лежи у чињеници, да ми настајемо као резултат других (мајке и оца), и да смо ускраћени у томе да бирамо да ли ћемо постојати, или не. Свако људско биће је отисак секунде у којој је зачето. Ту је извор социјалне димензије људског бића. Друго је

Др Радомир Стојановић, ванредни професор

питање да ли смо рођени из љубави, страсти или мржње. Човек је, дакле у својој основи ускраћен у праву да бира. Наука покушава да превазиђе ову чињеницу вештачким путем. Владајући принципи стварности имају закономерност. Природа нас ограничава физичким законима, а друштво, влашћу. Власти природе и власти друштва, заједничка особина је, нужност. Природна ограничења везана су за телесна и духовна својства човека, која се разликују од особе до особе. Та разноликост пружа неограничене могућности друштвеном утицају на човека. Друштвена власт способности човека доводи до различитих нивоа постојања.

Б) Право и правда

У ускомешаном свету доведено је у питање функционисања права. Превара и неправда су две кључне речи које дефинишу нашу садашњост. Евидентан је у нас сукоб оних који не мисле исто. Једни су **народ**, а други су **грађани**. Ови први воле државу, бога и патриотизам, а други правду, слободу и право избора. Бетонску комбинацију праве први и власт. Они искључују друге и само додају негацију која их дефинише. Тако искључују другу групу из друштвеног живота. То се десило због феномена *vade retro*. Процеси су кренули уназад и поново су извучене старе паролe. Неспособни да измисле нове форме на сто су поставили национализам, ксенофобију и велика патриотска осећања. То је као са нафтом. Свет сада искоришћава последње енергетске трзаје па уништава Исток и арапски свет. На исти начин данашњи владари искоришћавају последње залихе потенцијала које доносе национализам, патриотизам и религија. А излаз је у науци, образовању и уметности, и у снази човека да помера границе. У човековој природи је тежња за правичношћу, која се рађа из доживљених неправди. Правда је чудо, мит, Божја категорија. Правда и срећа могу постојати само као опште. „Апсолутна правда може се остварити само одједном, потпуно и свуда. На тај начин би се силним, равномерним и истовременим притиском све држало у равнотежи. Јављајући се ретко, на махове и местимично добија облик катаклизме и трагедије.“ (Андрић). Човек кроз свој рад и имагинацију даје смисао оном познатом. Смисао је оквир који људска бића стављају око хаоса постојања, како би му дали некакву форму. Правда нема свог сопственог смисла и значења, већ је коректив и опозиција неправде. Правду су измислили они који нису имали снаге да се сами заштите и бране. Право је људски облик задовољења правде. Право хоће да устроји друштво, да његову природну хаотичност доведе у ред замишљених правних конструкција. Оно је низ формално-логичких правних установа утканих у правне. Право је и специфична појмовна стварност, логичко биће стварности. То је објективни систем мишљења и мисли исказан у правним

установама и правним нормама, што је право као нормативни поредак. Њиме се путем формално-логичког расуђивања дијагностификује друштвена стварност. Правно-формална структура стварности изграђена је на принципима савшеног логичког дедуковања. Право је онај аспект духа који на премисама и постулатима друштвеног реда, мира и сигурности гради појмовну структуру правног реда, правног мира и правне сигурности. Такав поредак је услов опстанка друштвено антагонистичког импулситета себичности. Право је онај правно-интелектуални опсег који омогућује људску егзистенцијалност. Људскост је фундаментално својство човека, као што је анималност, главна особина животиња. Алтруистички човеков ген, који за разлику од себичног још није откривен, мора постојати, иначе човек не би постојао, пошто би се угушио у бескрају незајажљивих егоистичких порива. Зато је „људско, одвише људско нужно“, и оно кроз морал интервенише у праву. Човечност права подигнута на ниво општости твори људска права. Владавина права, је самим тим неопходан, али не и довољан услов остварења људских права. Културолошки контекст је једнако битан, као и правни. Историја се одвија кроз борбу слободе и нужности. Не постоји пропорционалност између страдања људи и њихове грешности. Више страдају бољи него лошији. Човекова потреба за целовитим односом према животу рађа тоталитаризам. Аутономија разних сфера човекове активности (политике, економије, науке, технике), није у исто време и аутономија самог човека, као целовитог бића. У Србији је то политика, која је сведена на фудбалски ниво односа навијача и вођа. Аутономна власт технике је крајњи израз владавине капитала. Никаква делиберативна демократија томе не може стати на пут. Људска права и слободе не могу бити дата од страна друштва. Она припадају човеку као духовном бићу и друштво је дужно да призна ту чињеницу. Та темељна истина о слободи налазила је свој одраз у учењу о природном праву, о правима човека која не зависе од државе, о слободи не само као о слободи у друштву, него и о слободи од друштва, безграничног у својим претензијама. Природно право је независно од политичких права које установљава држава. Неотуђива права успостављају границе власти друштва над човеком. Поставља се питање да ли постоје природна права, јер се природа у човеку испољава кроз инстинкте. То су права, ипак људског духа који се налази између рационалног и ирационалног. Не може се бити моралан човек у личном животу и бити суров експлоататор и аморалист у друштвеном свету у својству представника власти. Иза завесе њиховог алтруизма крије се гола себичност и жеља за напредовањем у друштвеној хијерархији. Познато је да материјалне жеље подстичу: бес, љубомора, опијати, страст, похлепа и приврженост. Бес се испољава у мржњи према онима који су им препрека у напредовању. Љубомора, уколико је неко лепши и паметнији. Страст, не

у љубави већ за влашћу, као најбољем афродизијаку. Похлепа за што више новаца. Приврженост онима који су виши на друштвеној лествици. Разликовати људе по хијерархијском звању; директор, управник је лажно и нечовечно. У Србији то постаје модел. На Косову и Метохији постоји кохабитација драматичне историје и баналне свакодневнице. Ако је слобода стање неподвргнуто никаквом спољном узроку, а узрок је највећи извор моћи, онда је Србија неслободна држава. Спољни узроци формирају стање у Србији, а унутрашњи то стање још више погоршавају. Рецимо, изборни закон је најважнији правни акт у држави. Идеологије нема. Они који су опседнути материјалним стварима верују да су људи, углавном мотивисани друштвеним и личним материјалним интересом. Истина мора бити репер у раздвајању демагогије, реторике од реалних односа. Време је само слуга истине. Пред снагом истине свако колена мора да се савије. У корену речи богатство је Бог. Противречност у човеку се састоји у томе да је свестан да је без новца нико и ништа, али исто тако да не може ни да се помири са том чињеницом, да је новац све. Међу живима, да би био слободан, човек мора да има новац. Живимо у доба у коме имовина одређује положај човека, када се богатство поистовећује са врлином, када страст постаје једина веза између мушкарца и жене и када лаж доноси успех. Такво стање настаје у некој врсти социолошке партеногенезе, у некој чудној операцији самоуздизања, које ништаријама даје ауторитет. Ту нема друге, но да се слегне раменима. Позната је, ипак чињеница да су сиромашнији дарезљивији од богатих. Кад је свет у хаосу Бог не шаље религију љубави. У основи религије је жеља да се згази неверник. Човек никада не треба да се одрекне свога Ја, и мора имати циљеве којих никада не треба да се одрекне. Кад похлепа поскочи у човеку, он постаје ново створење заоденуто туђином. “Заробио себе у туђина“, рекао би Његош. Зато сиромашни никада не треба да подлегну сну о удобном животу. Тада треба живети у овом свету, а истовремено не живети у њему, све док старо доба не спусти завесу.

В) Слобода као право избора

Слобода се састоји и у процесу бирања и делања по “сопственој иницијативи“. Према неким ауторима, човек је слободан само када бира, испољава иницијативу и дела намерно и одговорно. Слобода је и способност сталне иницијативе. Додуше, нема избора код религиозног човека, који никада није био у искушењу да доводи у питање своју религиозну праксу. То се исто може рећи и за човека који некритички следи обичаје и конвенције свог времена. Имало би смисла рећи о таквим људима да су робови обичаја, навика и ортодоксности, али би било претерано рећи да они нису слободни. Развој културе и цивилизације

почива на прогресивном укидању једнозначне детерминације и на појаву алтернатива, тамо где их првобитно није било. Алтернатива сакупљачкој економији, била је производња. Алтернатива раду била је подела рада. Увођење доколице за елиту, произвело је уметност, науку, филозофију, право. Медицина је била алтернатива, лечењу организма искључиво сопственим снагама. Алтернатива ропству било је кметство. Цела историја може се схватити као проширење спектра људских могућности. Слобода постоји тамо где постоји могућност избора, а могућност избора не значи само одсуство директне принуде, већ и постојање и познавање алтернатива. Висока мера слободе у сваком друштву ће постојати ако, како каже Мил, постоји оно што се зове разноврсност услова, где су изражена разна веровања, и где постоје различити укуси, обичаји, правила понашања, начини и стилови живљења. С обзиром на везу између неједнакости моћи и неједнакости уживања слободе, друштво у коме је власт широко расподељена биће окарактерисано као друштво у коме постоје широке могућности избора и индивидуалне иницијативе. Слобода појединца је илузорна, ако је васпитан и индоктринисан у раној фази свога живота, у породици, школи, држави, да никад није критички испитао своја основна уверења, вредности и критеријуме, на основу којих врши своје изборе и предузима, наизглед своје слободне иницијативе, а таквих је највише у Србији. Са становишта људске слободе битно је да су друштвени закони, а и природни, статичког карактера. Генетске предиспозиције се не детерминишу једнозначно, већ се неке алтернативне могућности чине вероватнијим од других. Досадашња истраживања нису дала једнозначан одговор на питање да ли је интелигенција наследна, или стечена особина. То би могло да значи да су пред сваким појединцем отворене алтернативе, да ли ће се више или мање формирати као интелигентно биће, и да од његовог реаговања на своју генетску и социјалну детерминацију зависи која ће од тих могућности бити остварена. Ако је људско понашање само низ одговора на спољашње подстицаје, слобода је мит. Слобода је стварна само ако идеје, циљеви, намере, вредности у извесном смислу проузрокују људску активност. “Стварна основа нашег знања о кретању и физичкој акцији одраз су онога што се дешава у нама.” (Лок) Међутим, све више верујем у постојање свезнајуће силе, која је живот на земљи претворила у једно страдање, и да што више будемо зарађали у прљавштину, сиромаштво, срамоту и незнање стићи ћемо пре до изворне материје, до оне велике суштине. Са, или без људских права.

Г) Слобода и људска права

Која су то права која су везана за човека, а да нису људска? Па и у самим стварима обитава воља без којих те ствари губе смисао. Сама идеја људских права је универзална. Њене правне корене налазимо у Великој повељи слободе (Magna Charta Libertatum), где се установљавају партикуларна права енглеске властеле у односу на краља. Ова повеља проглашава незаконитим прогонство, употребу силе, арбитрано хапшење, а исто тако утврђује слободу кретања, трговине и гарантовање имовине. После 450 година у Енглеској су утемељена два акта: Habeas corpus act (1679), као закон који штити права и слободе у поступцима које против грађана воде полиција и судови и Закон о правима (Bill of Rights, 1689), којима се признају значајна људска права и обичним грађанима, а не само племству“. Према класичном либералном становишту људска бића поседују неотуђиво право на живот и слободу, право на неометано уживање имовине и слободу говора, док је једини оправдани разлог за ограничавање ових права заштита људских права других људи. Либерално становиште примарну функцију власти види у заштити људских права, док појединци имају онолико дужности према држави колико ова потоња остварује своју основну функцију. Стварна мера заштите људских права је у конкретном законском оквиру који се односи само на један народ који се у тим законима помиње.” (С.Раденовић) Бриселском конвенцијом из 1890. године формално се укида трговина робљем, а 1926. се само ропство проглашава незаконитим. Хашка конвенција из 1907. и Женевска конвенција из 1926. регулишу стандарде у ратовању, апострофирајући хуманитарне црте. Универзална декларација из 1948. године, која је усвојена на Генералној скупштини Уједињених нација, утврђује стандарде у области људских права које треба да поштују сви народи, и део је међународног обичајног права. Даље следе Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, Факултативни протокол о грађанским и политичким правима из 1966, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966, Европска конвенција о заштити људских права и фундаменталних слобода из 1950, Америчка конвенција о људским правима из 1960, Афричка повеља о људским правима и правима народа из 1981.године, Међународна конвенција о елиминацији свих облика расне дискриминације из 1965. и Конвенција о правима детета из 1989. итд .Сви ови пактови о људским правима почивају на подели људских права на: грађанска, политичка, економска, социјална и културна права. Прихватањем ових конвенција од стране држава, ова права постају део националног законодавства. Међутим, филозофски посматрано људска субјективност, је то зато што је одвојена од природе, другачија од

ње, и калупљењем у свет правила она губи своју аутономију и постаје власништво владара правом и силом. Тако да све што постоји може и нестати . “Посреднички контекст“, веза која спаја, рецимо Србе и свет, постаје шизофрен, јер укључује Европску унију и Русију, психологију „вране на два коца“. Како се у ту ситуацију уклапају људска права? Прежвакавају се клишеи о људским правима, док се истовремено индивидуа сматра власништвом њеног народа. А Срби су Словени, као и Руси. Или, можда нису?

ЛИТЕРАТУРА

- Андрић,Иво: Знакови поред пута,Београд,2005.година
Аристотел: О души. Наговор на филозофију,Загреб,1987.година
Аристотел: Физика,Загреб 1987.година
Гиденс,Ентони: Социологија,Београд 2007.година
Фукујама,Френсис,Крај историје и последњи човек,Подгорица,1997.година
Гурвич,Жорж:Социологија (1-2),Загреб,1966.година
Хегел,Георг Вилхелм Фридрих:Феноменологија духа,Београд,1986.година
Кант,Имануел:Ум и слобода,Београд,1984.година
Маркс,Карл/Енгелс,Фридрих,Рани радови,Загреб,1989.година
Петровић,Петар-Његош:Горски вијенац,Београд,2005.година
Платон:Држава,2002.година
Плотин.Енеаде(1-6),Београд,1984.година
Попер,Карл: У трагању за бољим светом,Београд,1999.година
Спиноза:Етика,Београд,1983.година

Radimir Stojanović, Ph.D.
Associate Professor

THEORETIC – PRACTICAL ASPECTS OF TERMS FREEDOM AND JUSTICE

Summary

Man is a free being, and the obligation to preserve their independence in relation to all of coercion, should be respected before any other. Fidelity to principle of liberty is the freedom to wipe out dignity .So far as interest wipes out freedom, then its worse for the interest .Human rights are there to support freedom of people and individuals.

Key words: justice, freedom, mind, urge, man, human rights.

ПРАВДА КАО МИНИМАЛНИ УСЛОВ ПРАВА

Апстракт: *Право се не сме заснивати само на примени силе. Такво право би имало само формални легалитет. Да би право било и легитимно оно мора бити праведно. Праведно право није оно право које треба да обезбеди стабилност поретка. Праведно право мора да обезбеди идеју правде и једнакост за све. Ако се некада не може досегнути правда, онда се бар мора показати жеља за правдом.*

Кључне речи: *Право, држава, правда, сигурност.*

Као систем императивних заповести и као механизам управљања друштвом, право неспорно може бити позитивно (примењивати се) само ако се у већем броју случајева више поштује него крши. То се некада постиже чињеницом аутономног поштовања правног поретка, а некада се то постиже хетерономним путем – тако што се грађани силом или претњом силом приморавају да поштују правни поредак, те у овом случају управо присила представља друштвену основу права захваљујући којој је право и ефикасно. Дакле, овакво право је "ефикасно" а не "важеће", како правилно примењује Келзен, јер ће "важност" права бити обезбеђена његовом сагласношћу са вишом нормом, али, да би право било "ефикасно" није само довољно да буде законито, односно у складу са вишом нормом, него је неопходно и да се право више поштује него крши, односно да у случају хетерономне примене права, физичка сила, помоћу које би се право применило, буде актуелна, у случајевима када се право не примењује добровољно.¹ И још, није довољно да постоји било каква присила, него је неопходно да та сила, буде најјача од свих потенцијалних сила, како би се помоћу ње обезбедило да се праву у већем броју случајева поштује него крши. Тако да долазимо до закључка да је у одређеном броју случајева за постојање права неопходна сила (чак и по варијанти екстремног нормативизма Келзеновог правца). Какво ће право даље бити, то више не зависи од силе, јер је право самостваралачко биће (Келзен), али је присила неопходна да би право уопште постојало.

Међутим, ако је сила неопходна за постојање права, питање је да ли је она самодовољна да би систем заповести везаних принципом

¹ Ханс, Келзен, *Опита теорија државе и права*, Издање "Архива за правне и друштвене науке", Београд, 1951, 51 – 53.

довољног разлога испунио функцију ради које постоји, као, и, ако се основа права сведе само на силу, да ли би смо систем таквих заповести требали да назовемо "правом"?

На оба питања, одговор је не, јер се онда отвара дилема ради кога право постоји и шта је у тим заповестима "правно" ? Која би то "права" имали они над којима се влада само силом, без минимума заштите њихових интереса. И, које би то оправдање требало да постоји ако би основа одређеног права била много више сила него заједнички интерес. Такво би право могло бити само систем самовољних заповести, чија је једина основа само пука сила. Између таквих наредби и наредби крадљивца који претњом оружја отима туђу ствар, не би било разлике, јер се у оба случаја наредба заснива само на сили! Сва разлика би била у томе што у једном случају насиље чини појединац или група која није у сиситему државног апарата, док у другом случају насиље чини држава, тако да би такви акти свакако остали нелегитимни са аспеката природног права.² Када би се одлуке државе оснивале само на сили, такве одлуке би имале само формални легалитет. Међутим, формални легалитет државне одлуке никако не сме бити једина чињеница на основу које ће се држава идентификовати у друштву, јер и тоталитарни режими често имају формални легалитет. Недостатак минимума правде, односно минимума природно – правног резона у смислу опште – друштвеног интереса који у праву мора бити заступљен и који држава мора да штити, држава не би могла да надомести ауторитетом свог субјективитета, јер би у то значило да држава постоји само због властодржаца и да јој је све дозвољено!

Тако, да право јесте по дефиницији скуп заповести које су запређене санкцијама, које санкције опет постоје јер је актуелна физичка сила уз помоћ које се те санкције примењују, али за постојање права, само постојање силе, никако не може бити довољно.

Оно што још мора бити неопходно да би се систем одређених заповести могао сматрати "правом", а не самовољом властодржаца јесте минимум правде, односно правичност у конкретним односима, а на основу правде као највишег начела, с обзиром да је правичност правда појединачног случаја.³

Међутим, поставља се питање у ком је то смислу правда неопходна, или да будемо прецизнији минимални услов права. Да ли је то неопходно да би систем заповести властодржаца уопште могао да функционише као скуп легитимних одлука системски устројен, или је можда то неопходно из разлога хуманости, односно праведности права ?

² Без обзира на дискутабилност појма природног права, природно право увек мора да буде присутно као задња брана против пуке државне самовоље!

³ Густав Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980, 48.

Поједини писци⁴ сходно рационалној јуриспруденцији Томаса Хобса и Џона Лока, потуно једнако као и савремени писци, као што су Џејмс Буханан или Роберт Нозик, сматрају да право мора да пружа минимум сигурности. Тај минимум сигурности се овде сматра слободом од страха за физичког повређивања и страха од уништења имовине.

Дакле, људско достојанство се сматра минимумом стабилности правног поретка, и то, људско достојанство у минимуму наведена два аспекта: личном и имовинском. Али се поставља питање која је то мера личне и имовинске сигурности као услов постојања људског достојанства? Да ли је то лични и имовински интегритет до границе да некоме само живот не сме бити одузет, и да не може имовински потпуно бити осиромашен, или апсолутни лични и имовински интегритет, који би подразумевао да нико нема право да досегне за нечијим личним или имовинским интегритетом, чак и када је неко скривио својим понашањем, или је некоме нанео штету?

Оваква би крајност водила анархији и негацији идеје права што никако не може бити решење проблема, јер би смо државни тоталитаризам заменили анархијом. Једино решење може бити лични и имовински интегритет, али на начин личне и друштвене одговорности. А меру овога принципа нам једино може пружити критеријум сразмере, односно правда. Тако да је правда најтешње повезана са правом. Право није типичан правни принцип, принцип који исцрпљује до краја, али јесте специфичан правни принцип помоћу којег се одређује појам права, тако да је право стварност чији је смисао да служи правди.⁵

Појам правде је први изложио Аристотел. По њему постоји комутативна правда, која представља апсолутну једнакост између добара, и дистрибутивна или сразмерна правда, као једнакост у поступању са различитим лицима и са различитим мерама. Комутативна правда подразумева најмање два лица која су међусобно равноправна, док дистрибутивна подразумева најмање три лица, од којих је једно надређено осталој двојци. Комутативна правда је правда у равноправним односима, док дистрибутивна правда представља правду у односима надређености и подређености. Комутативна правда је правда приватног права, а дистрибутивна правда је правда у јавном праву.⁶

Правду и правичност би смо у основи могли да прво посматрамо кроз призму личне и имовинске сигурности зато што се управо реципроцитет и једнака мера као синоними правде, на крају ипак

⁴ Ernesto Garzon Valdes, "Legal Security and Equity", *Rechtstheorie* 28 (1997), Heft 2, S. 203 – 207, Dunkel & Humbolt, 12165 Berlin, 204 – 205.

⁵ Г. Радбрух, *op.cit.*, 48.

⁶ *Ibid*, 46 – 47.

рефлектују у потпуно практичним димензијама личног и имовинског интегритета. Право и једнакост треба разумети као јединство (*Recht und Billigkeit im Recht sind als Einheit zu verstehen*).⁷

Ми би смо у принципу могли да се сложимо са чињеницом да правду прво треба задовољити у областима личне и имовинске сигурности, с тим, што то нису једине области у којима властодржци треба да покажу да држава не постоји због њих, него због народа. Постоје читаве друге области, као област политичког, социјалног, културног живота и још многе друге области у којима права мора бити за сваког, а не само за појединце, тако да се правда и не исцрпљује само кроз област личног и имовинског интегритета. Али се можемо сложити да ове две области представљају основе људске егзистенције, па тек онда остале области живота.

А, што се тиче мере личног и имовинског интегритета неопходног да би се одређени правни поредак могао окарактерисати праведним или правичним, поједини аутори сматрају⁸ да се лична слобода и минимум правичности сматрају условом стабилности правног поретка.

И даље, примећује исти аутор, да само легитимитет правног и политичког система нити може бити неопходна, нити довољна за стабилност система, па се као пример наводи стабилност високог степена које је постојала у периоду од три века ропства у шпанској Америци.⁹ Управо због тога што није постојао формални легитимитет који је ропство могао да оправда, али то није била препрека стабилности система (примедба С.А.)!

Из овога произилази да су мере личне слободе и минимума правичности одређене границом стабилности поретка, односно да не смеју пасти испод нивоа који би био опасан за стабилност поретка, тј. који би могао да угрози стабилност поретка.

По нама, овакав ниво задовољења личне слободе, представља ниво правде који би био неопходан да само задовољи практично политичке разлоге за постојање државе, али не и мера која би требала да оствари идеју правичне државе. Некада, и то не у тако далекој прошлости, је потчињенима била довољна само храна да не би дизањем побуна против властодржаца угрозили стабилност система. Да ли би у таквом случају "стабилне" државе, било правично да једни имају све, а други, само храну како не би рушили државу?

Међутим, (будући да се код истог аутора правни и политички систем доводи у везу са етичким нормама) сматрамо да се мора направити

⁷ Werner Gramsch, *Die Billigkeit im Recht*, Deutsche Verlags – Anstalt Stuttgart, 1938, 23.

⁸ E. G. Valdes, *op.cit.*, 208.

⁹ *Ibid.*

разлика између правне и посебно етичке једнакости, односно правде, као и овако практично остварене правде у реалним људским односима. Појам правде се ипак односи на практичну правичност, правичност у односима међу људима, док се морална правда, као у осталом и све остале категорије морала, увек односи на одређене вредности и категорије према другим вредностима и категоријама појединца самог према себи. Идеал морално доброга представља се у идеалном човеку, а идеал правде у идеалном друштвеном поретку.¹⁰

Да ли, даље, сматрати људско достојанство као неопходан услов стабилности правног поретка, у смислу, како се наводи "техничког правила" помоћу којег влада управља,¹¹ по нама зависи од тога да ли носиоци власти желе државу у којој ће моћи да владају или државу у којој ће људско достојанство бити основни принцип постојања државе, односно да ли желе државу за себе, или државу за све! Уколико је циљ правна држава, као држава у чијем је праву правда утемељена као суштина, онда се правда не задржава на нивоу који је довољан само за стабилност правног поретка, него се налази на вишем нивоу, превазилазећи ниво који је неопходан да би само постојала стабилност правног поретка, или, како би данас неки рекли "социјални мир". Правда у праву мора превазићи политичке категорије, као што је стабилност система, која је потпуно релативни појам, за чије је постојање некада довољно да они који немају ништа добију и најмање, јер се тако нешто никада не би могло назвати правдом.

Право је она стварност чији је смисао да служи правној вредности, идеји права. Појам права је дакле усмерен на идеју права, која идеја не може бити ништа друго него правда. Правда је увек последње исходиште, управо као што су лепо, добро и истинито апсолутне вредности које се не могу изводити ни из какве друге вредности.¹²

Такође, сматрамо да се правда не треба задржати ни на нивоу "предвиђања судски одлука",¹³ јер се то, као аспект правне државе, подразумева. Чињеница унапред познатих судских одлука је један од елемената правне државе, у вези са осталим елементима који чине појама правне државе. Али, сматрамо да чињеница предвиђања судских одлука, сама за себе уопште није довољна за квалификацију одређеног система праведеним, односно, држава уопште не мора бити правна и ако су у њој судске одлуке познате унапред. Постојали су, и постоје диктаторски режими у којима су одлуке унапред познате, али се у таквим амбијентима

¹⁰ Г. Радбрух, *op.cit.*, 46.

¹¹ Е. G. Valdes, *op.cit.*, 209.

¹² Г. Радбрух, *op.cit.*, 44 – 45.

¹³ Е. G. Valdes, *op.cit.*, 212 – 213.

не би могло пуно говорити о правди или ма каквој сигурности, правној понајмање.

Међутим, правда као таква, посебно дистрибутивна правда – правда према различитима, није довољна да би се само на основу ње могли донети одговарајући прописи. Питање је кога треба сматрати једнаким, а кога различитим, и како треба поступати са њим? Да би се дао одговор на ово питање, Радбрух сматра да се то може урадити помоћу критеријума сврсисходности, који критеријум не може да понуди готова решења која би решила питање дистрибутивне правде, али може да укаже на правац у којем би се евентуално могло потражити решење.¹⁴ Мада, Радбрух у сврсисходности и правној сигурности види поред правде други и трећи саставни део идеје права.¹⁵

Тако он закључује да на подручју искуственог света постоје три групе апсолутних вредности (коју он доводи у везу са сврсисходносношћу). Апсолутна вредност по њему може бити индивидуална вредност, колективна вредност и вредност дела.

Тако "Попер-Линкеус: "Кад нека чак и потпуно безначајна индивидуа, која не угрожава намерно ничији живот, без или чак и против своје воље ишчезне са овог света, онда је то несразмерно важнији догађај него сви политички, верски или национални догађаји и него сви научни, уметнички и технички напреси свих векова и свих народа укупно." Шилер: "Све се може жртвовати за добро државе, само не оно чему сама држава служи као средство. Сама држава никад није сврха, она је важна само као услов под којим се може испунити сврха човечанства, а та сврха човечанства није ништа друго до изграђивање свих човекових снага".¹⁶

Оваквом индивидуалистичком ставу је супротно наиндивидуалистичко схватање, по којем, апсолутно добро представља "апсолутан живот у отаџбини и за народ", "апсолутан морални тоталитет није ништа друго до сам народ", "држава је "основа и средиште осталих конкретних видова народног живота, уметности, обичаја, религије, науке; сва духовна делатност има за сврху само да постане свесна тог сједињавања" (Хегел).¹⁷

И на крају, Радбрух наводи да "трансперсоналног схватања изражавању речи Курта Ајзнера: "ја бар не ценим свој живот тако високо као неку творевину вечне уметности, а уметност не ценим тако мало као да она вреди мање него жива бића", као и оне друге неизрециво сурове речи: "Једна Фидијина статуа је потпуна надокнада за сву беду милиона

¹⁴ Г. Радбрух, *op.cit.*, 70.

¹⁵ *Ibid*, 94.

¹⁶ *Ibid*, 73 – 74.

¹⁷ *Ibid*, 74.

античких робова". (Трајчке), па и Плутархове речи: "Ми ценимо дело а презиремо његовог творца" ".¹⁸

Дакле, за индивидуалистичко схватање, право и држава представљају везу између појединаца, за надиндивидуалистичко схватање право и држава представљају целину изнад појединаца, док за трансперсоналистичко схватање, право и држава представљају однос појединаца према нечему изнад њих, односно према њиховом заједничком раду или делу.¹⁹

На крају разматрања о правди, Радбрух примећује да правда и сврсисходност као елементи идеје права представљају супротне захтеве, тако да долазе у међусобну противуречност. Овој противуречности се додаје још једна, а то је противуречност правде и сврсисходности са једне стране према правној сигурности са друге стране, зато што право важи без обзира на његову сврховитост и праведност. Свако позитивно право важи без обзира да ли је праведно или није.²⁰

У полицијској држави је је владајући принцип сврсисходности, да циљ оправдава средства, занемарујући при томе правду и сврсисходност, док се у доба природног права покушавало да се из принципа правде изведе његова целокупна садржина и његово важење, за разлику од периода правног позитивизма када се у прави видео само његов позитивитет, а планско испитавање сврсисходности и праведности права је било заустављено.²¹

По нама, позитивитет права може доћи у сукоб са правдом и сврсисходношћу само ако је позитивно право неправедно. Ако је у позитивном праву задовољен критеријум правде, онда и важење таквога права није проблематично. Проблематично је важење права које није правично и које због тога не треба да важи.

Оно што мора бити највиши императив, од кога одступања никада, ни у појединачним случајевима не сме бити, је то, да и онда, када је тешко досегнути правично решење, мора да постоји, и да буде показана бар жеља за правдом. То је минимум од којег се никако не сме одступити.

ЛИТЕРАТУРА

Келзен Ханс, *Опита теорија државе и права*, Издање "Архива за правне и друштвене науке", Београд, 1951,

¹⁸ Ibid, 74.

¹⁹ Ibid, 75.

²⁰ Ibid, 96 – 97.

²¹ Ibid, 100.

Valdes Ernesto Garzon, "Legal Security and Equity", *Rechtstheorie* 28 (1997), Heft 2, S. 203 – 207, Dunkel & Humbolt, 12165 Berlin,

Gramsch Werner, *Die Billigkeit im Recht*, Deutsche Verlags – Anstalt Stuttgart, 1938, 23.

Радбрух Густав, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980, 48.

Радомир Лукић, *Теорија државе и права*, Теорија државе, Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачко графички завод, Београд, 1995.

Радомир Лукић, *Теорија државе и права*, Теорија права, Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачко графички завод, Београд, 1995.

Sava Aksić, Ph.D.
Associate Professor

JUSTICA AS A MINIMUM OF LAW

Summary

Law cannot only by force be based. This kind of Law could have only formal legacy. To be legitimacy the Law must be based on principles of Justice. Justice in Law has to secure not only stability of order, then equality for all. If in single case is impossible to reach the Justice, the minimum have to be exposed is at list the will for justice solution.

Key words: Law, State, Justice, personal, security.

Др Огњен Вујовић
доцент

ФУРТУМ, *CONTRACTATIO* И ПРИРОДНО ПРАВО

Апстракт: У чланку се указује да је за разумевање појма *contractatio*, који је од есенцијалне важности за дефинисање деликта *furtum*, потребно имати у виду и појам природног права на који се позива Павле у *D. 47. 2. 1. 3.*

Кључне речи: *furtum, contractatio, invito domino, природно право.*

1. ПРАВДА, ПРАВО И ПРИРОДНО ПРАВО

Пре него што се приступи теми *furtuma*, потребно је осврнути се на опште и тесно повезане појмове правде, права и природног права онако како су приказани већ у првој књизи Дигеста.

Улпијан на следећи начин дефинише правду и право:

Ulpianus libro primo regularum

pr. Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

1. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* 2. *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*¹

Правда је константна и непрекидна воља право нечије сваком уважити. Право подразумева следеће: часно живети, никога не повредити, што је нечије уважити. Правна ученост је познавање божанских као и људских ствари, знање и о праву као и о неправу.

Дакле, може се рећи да по Улпијану правда представља неумитну и слепу вољу да се поступа по праву. Шта је право него:

*... nam ut eleganter celsus definit ius est ars boni et aequi.*²

... како то елегантно дефинише Целз, право је уметност доброг и једнаког.

С друге стране, Улпијан о природном праву каже следеће:

¹ D. 1.1.10. Текстови из Дигеста наведени 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>.

² D. 1. 1. 1. *pr.*

*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium...*³

Природно право је чему је природа све животиње научила. Јер право не одговара само људској врсти, већ свим животињама ...

*Ius gentium est quod gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*⁴

Право народа је оно које сви народи користе. Што је природно одвојено може се лако разумети, то се тиче свих животиња, док постоји оно што се искључиво односи на људску заједницу.

Улпијан „повезује термин 'право' са четири елемента: уметност, религија, етика и филозофија. Право је уметност доброг и праведног (*art of the good and equitable*), а правници су његови свештеници“.⁵

„Ако прихватамо да принципи могу објаснити правна правила и да служе за разрешење спорних правних питања, не увек дефинитивно, онда је природно право део римског права“.⁶

2. ДЕФИНИСАЊЕ ФУРТУМА

Павле се приликом дефинисања крађе (фуртума) позива на природно право:

*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.*⁷

Фуртум је долажење у контакт (*contrectatio*)⁸ са стварју, преварно, да се оствари корист или из саме те ствари, или њеном употребом, њеним држањем. Што природни закон забрањује.

³ D. 1. 1. 1. 3.

⁴ D. 1. 1. 1. 4.

⁵ Tony Honoré, „Ulpian, Natural law and Stoic influence“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 78/2010, 199, DOI: 10. 1163/157181910OX487378. „Улпијанова трдња у првом тексту у Дигетсама да је природно право део приватног права је аутентична (*is genuine*) и његово гледиште да људи деле природно право са животињама је под утицајем стоичке филозофије, као и његов космополитизам. Препознавањем природног права као извора права је у доба Севера формализовало оно што је дуго било на делу“., *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, 204.

⁷ D. 47. 2. 1. 3. Наведено према Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII.2: De Furtis*, Cambridge University Press, Cambridge 1940, 1-2. „*Furtum* is the dishonest handling of a thing in order to make gain either out of the thing itself or else out of the use or possession thereof. From such conduct natural law commands us to abstain“, *Ibid.*

Углавном се прелази преко последњег дела дефиниције фуртума: *quod lege naturali prohibitum est admittere* (што природни закон забрањује). Међутим, изгледа да је он преко потребан за исправно разумевање термина *contrectatio* око кога се у тероји ломе копља. Наиме, појам *contrectatio* је од есенцијалне важности за фуртум. Овако широка дефиниција крађе као да је резултат жеље да се под њу подведе све оно што се чини природно недозвољеним поступањем са туђом ствари, а да није њено физичко оштећење.

Начин на који је дефиниција фуртума развијана, каже Мек Кормак, може бити потпуније илустрован разматрањем историје појма *contrectatio*. Од краја класичног периода он је постао централни елемент у дефиницији било деликта фуртум, било лопова (*fur*).⁹ Мек Кормак сматра и да су ове дефиниције наишле на неке трагове у параграфима ранијих правника. Наиме, у њима су појединачане одлуке нашле оправдаване у општем удруживању појма *contrectare* и једног од других елемената који се могу наћи у каснијим дефиницијама. Та општа становишта, каже Мек Кормак, нису презентована као дефиниције. Али, она су могла имати исти садржај, као и оно што је од правника прихваћено као дефиниције. Мек Кормак налази три варијетета тих становишта: онај који полази од израза *contrectare invito domino*; онај који удружује *contrectare* са неким упућивањима на *lucrum* и онај који удружује *contrectare* са *animus furandi* или неком фразом истог смисла.¹⁰

Гај, такође, дефинише фуртум уз употребу термина *contrectatio*, али не и уз позивање на природно право (за разлику од Павла):

*Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*¹¹

Дакле, уколико би се судило по овом параграфу, онда је за настанак крађе било довољно да се испуни врло уопштен услов – да се дође у додир (*contrectat*) са туђом ствари против воље власника (*invito domino*). Реч је, дакле, о услову који је захтеван и у преткласичном праву. Гај у наредним параграфима, наводи примере тог неовлашћеног долажења у додир са туђом ствари.

⁸ При том то „долажење у додир“ изгледа да не мора бити само у виду физичког контакта, вид. Огњен Вујовић, „Римски деликт *furtum* у старом и класичном праву“, докторска дисертација, Београд 2013, 9. и 263-277.

⁹ Geoffrey D. MacCormack, „Definitions: *Furtum* and *Contrectatio*“, *Acta Juridica* 1977, 131.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ G. 3. 195. Праграфи Гајевих Институција су наведени према Гај, *Institucije (naslov originala Gai Institutionum Commentarii)*, превод и предговор Obrad Stanojević, Nolit, Београд 1982.

Ово удруживање *contrectatio* са *invito domino* указује да први појам сам по себи не носи неку негативну конотацију.

Ако је неко уверен да рукује са туђом ствари противно вољи власника (ако је злонамеран), а овај ипак дозвољава то поступање, онда нема крађе. О томе говори прва реченица следећег Гајевог параграфа:

*Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat,
dictur furtum non fieri.*¹²

Гај не каже да *contrectatio* мора бити праћен намером починиоца да постигне имовинску корист. Он само каже да крађа постоји када неко, уопште, долази у додир са неком ствари (*sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*¹³) противно власничкој вољи. Ово наводи на закључак да су предмет крађе могле бити и ствари незнатне имовинске вредности. Први део исте Гајеве реченице говори о узимању туђе ствари (*quis intercipiendi causa rem alienam amovet*¹⁴). Приметно је да, том приликом, нема речи о било каквој имовинској користи. То само може да значи да је и у том случају (случају одношења ствари) могло бити речи и о стварима незнатне имовинске вредности.

Мек Кормак налази да је фраза *contrectare invito domino* била чешће у употреби него остала два варијетета.¹⁵ Зато је сматра уобичајеним средством за описивање крађе. Разлог за њену популарност налази у раној историји израза *contrectare*. Мек Кормак доказује да је реч *contrectare* коришћена да изрази физички елемент крађе у различитим случајевима, где би употреба глагола који говори о „уклањању“ била неодговарајућа.¹⁶

Шта је друго могло да води римске правнике у креирању овако обухватних решења него идеја да је природно казнити све оно што неко чини са неком ствари противно вољи њеног власника. Зато Павлово позивање на природно право не треба узимати здраво за готово.

Фуртум је присутан увек када неко без адекватног правног основа, или пак, супротно њему, долази у додир са туђом ствари.¹⁷ Потребно је само да ствар није оштећена. При том није битно колики је износ имовинске користи, ни да ли је она непосредна, или посредна. Зато се

¹² G. 3. 198.

¹³ G. 3. 195.

¹⁴ G. 3. 195.

¹⁵ G. D. MacCormack, op. cit. стр. 132. наводи да су та остала два варијетета удруживање *contrectare* са фразама *lucrum* и *animus furandi*.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Мек Кормак каже да се овај појам употребљава тамо где нека особа која већ има у рукама (на законит начин стечену) туђу ствар рукује њоме на такав начин који се може сматрати крађом, *Ibid.*, 133.

дешавало да елемент који говори о намери за стицањем такве користи није био пресудан, али јесте пресудно питање да ли је то учињено противно вољи власника.

Мек Кормак подвлачи да су Сабин, Касије и *veteres* користили *contrectare* да изразе крађу од стране депозитара. Мек Кормак затим подсећа како Гај каже да фуртум може бити почињен не само *amovere* већ и *contrectare* у случају коришћења ствари од стране депозитара, као и у случају комодатара који неовлашћено користи ствар која је предмет комодатума.¹⁸ Овај романиста наводи и друге случајеве у којима се употребљава *contrectare*.¹⁹ У свима њима је реч о чињеници да особа која, иначе, у својој законитој посесији има ствар која је у туђој својини, рукује том стварју на такав начин који се може окарактерисати као крађа. Овде се користи овај израз јер би употреба израза *amovere*, *subripere* или *tollere*, сматра Мек Кормак, била неприкладна.²⁰

Овај аутор закључује како Гај, у ствари, наводи два основна случаја крађе: одношење туђе имовине и њену неовлашћену употребу. Када одлучује да ли се у одређеном случају може или не може говорити о крађи, Гај употребљава појам *contrectare*. Мек Кормак претпоставља да је то вероватно због тога што овај израз има шире значење од израза *subripere*. *Contrectare* може, за разлику од овог другог израза, да укаже и на руковање и уклањање, одношење, као и на руковање без уклањања, одношења.²¹ Мек Кормак сматра да су вероватно исти разлози учинили да се *contrectator* и *contrectare* нађу и у другим текстовима.²²

Наравно, јасно је да је код Гаја овај термин употребљен тако да обухвата и оно што се означавало путем *amovere* и *subripere*. Може да се дода да се путем овог термина, за разлику од свих других, могао изразити и покушај крађе. С друге стране, Павле са својом најсвеобухватнијом дефиницијом фуртума у суштини доноси само једну, али рекло би се пресудну допуну. Реч је о упућивању на природни закон (или како се убичајено преводи *природно право*).

Из свега што је речено може да се извуче закључак да су изрази који означавају одношење ствари ушли у правничку употребу тек са настанком неманифестног фуртума.²³ Манифестни фуртум, лако је видљиво из извора, није тражио да ствари буду однете, уклоњене. Очигледно је да је код манифестног фуртума кажњавано и просто

¹⁸ *Ibid*, 132-133.

¹⁹ *Ibid*, 133.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *Ibid*, 139.

²² *Ibid*, 139-140.

²³ О томе више вид. О. Вујовић, *op. cit.*

неовлашћено долажење у додир са туђом ствари. Зато се може претпоставити да је израз *contrectare* био познат и творцима Закона дванаест таблица. Исто тако им је морао бити познат и знак *amovere*. То што они тада нису добили и законску (и правничку) употребу је стога што су манифестни и неманифестни фуртум овога закона били сконцентрисани на питање очигледности или неочигледности крађе с обзиром на место њеног извршења (да ли је почињена у туђем домаћинству, или није). Били су сконцентрисани на питање несумњивог, или не толико сигурно утврђеног кривца. Воља жртве, а преко ње и опис понашања делинквента тек касније је, кроз праксу, добила примарни значај. О томе довољно говори чињеница да је информација о овим терминима допрла до садашњости забележена, не у оквиру неког законског акта, него приликом решавања конкретних проблема правне праксе.

3. ТАМО ГДЕ НЕМА ПОЗИВАЊА НА *CONTRECTATIO*

Мек Кормак каже да постоје и случајеви (и наводи их у Дигестама) који се могу датирати од периода касне Републике па све до краја класичног периода, у којима за квалификовање неког преступа као крађе није било потребно ништа што подразумева коришћење термина *contrectare*. Ту је реч о неким одлукама које су начинили стари (*veteres*).²⁴ Мек Кормак наводи и примере у којима се, независно до ових посебних правничких одлука, не може наћи ништа што се може подвести под израз *contrectatio*. Он сматра да их је морало бити и у касно-класичном периоду.²⁵

Мек Кормак сматра да је опасно претпоставити да сви правници класичног периода сматрају *contrectatio* неопходним условом за настанак крађе. Чак и Павле и Улпијан, који се, каже Мек Кормак, највише приближавају оваквом становишту, дозвољавају изузетке. У пракси, напомиње он, вероватно није било много значајно да ли су правници инсистирали на *contrectatio* као неопходном елементу крађе, или су сматрали да је *contrectatio* само уобичајено код крађе. Разлог за ово он налази у необично широком значењу, које је овај термин носио. Он никада није дефинисан, а Мек Кормак подсећа да су се сви покушаји да се он одреди, сводили на следеће становиште: *contrectatio* означава физичку везу или контакт између украдене ствари и лопова.²⁶ Суштина је у томе,

²⁴ G. D. MacCormack, op. cit., 140.

²⁵ *Ibid*, 142. и даље.

²⁶ *Ibid*, 144.

каже он, што је опсег околности – које се могу означити као оне које творе физичку везу – неодређен. Зато су прилике за неслагање огромне.²⁷

Треба поћи од оног што је очигледно, а очигледно је да је термин *contrectatio* врло погодан да послужи за допуне већ постојећих решења. Та решења поред његовог удруживања са термином који указује да је долажење у додир било супротно вољи власника, очигледно у Павловом случају нису могла ни без удруживања са појмом природног закона (*lege naturali*). Као да им је он обезбеђивао неопходни легитимитет. Гај, пак не помиње природно право када или након што говори о *contrectatio*. Али, зато у параграфу (G. 3. 194) који претходи оном у ком даје генеарлну дефиницију крађе, Гај напомиње разлику између чињеничног стања и законских дефиниција. У суштини каже како закон може предвидети да постоји неко кривично дело иако оно по природи ствари (*aut natura*) не постоји. Закон не може да промени или да надомести чињенице, али може да предвиди да се узме као да неке од њих постоје (да прибегне својеврсној фикцији) како би се применила одговарајућа санкција.²⁸ Ту Гај уствари указује на начин на који се право прилагођава новим случајевима у правној пракси и како их подводи под већ формиране концепте када то налази за потребно. Гај затим прелази на наведено дефинисање фуртума у коме налази места за широки појам *contrectatio* (G.3.195).²⁹ Уколико се упореде Павлова и Гајева дефиниција фуртума видеће се да је Павлова обухватнија, јер антиципира неке будуће случајеве на које се можда не би могли применити глаголи *amovere*, *subripere* и *contrectare*. Уствари позивање на природно право омогућава правницима и судијама да нове случајеве обухвате дефиницијом фуртума, јер без тог позивања и не може бити најширег тумачења термина *contrectatio*.

Вотсон подсећа како је у чланку о фуртуму и трихотомији изнео да *contrectatio* значи физичко руковање које је на неки начин непрописно. Он напомиње да се уобичајено истиче како постоје случајеви код којих такво руковање није био услов да би фуртум настао. Вотсон наводи да Букланд сматра да је *contrectatio* био непоходан услов и да узима ту реч у ширем смислу, као *meddling*.³⁰ Вотсон остаје при ставу да без физичког руковања није било фуртума.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Вид. Гај, *Institucije (naslov originala Gai Institutionum Commentarii)*, превод и предговор Обрад Станојевић, Београд 1982., 233-234.

²⁹ Мек Кормак сматра да овде Гај не даје било какву дефиницију фуртума, него да само указује на ситуације где је фуртум није почињен померањем ствари, вид. G. D. MacCormack, 131-132.

³⁰ Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, „Contrectatio as an Essential of Furtum“, The Hambledon Press, London and Rio Grande 1991., 283.

У сваком случају без позивања на природно право сам термин *contrectatio* се није могао схватити на тако широк начин (фуртум и без физичког контакта прекршиоца и ствари). Да овај термин управо на тај начин треба разумети најбоље потврђују случајеви саучесништва у крађи. Тако Гај наводи да за фуртум одговара онај који га сам није починио (*interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit*³¹). Као када је саветовао да се фуртум почини (*qualis est cuius ope consilio furtum factum est*³²).

Цимерман каже како овај Гајев параграф (G. 3. 202) представља „*locus classicus* саучесништва у крађи“.³³ Против неке особе могла је бити поднета *actio furti* иако она сама није извршила деликт фуртум, али јесте пружила физичку помоћ (*ops*), или је подстицала или саветовала крађу (*consilium*), подвлачи Цимерман.³⁴ Он у том смислу наводи два Гајева примера: 1. када неко другоме избије новчиће из руке, а треће лице побегне са њима и 2. када неко нагна туђу стоку на стампедо како би је треће лице ухватило. Овде је, поред непосредног лопова, одговарао и онај који му је омогућио да изврши крађу.³⁵

Зар све ово није најбоља потврда да термин *contrectatio* захтева шире тумачење на које указује и Букланд.

Цимерман пак каже како је услов у виду *contrectatio* представљао како суштински узрок, тако и мерило за разликовање између главног кривца и саучесника. Такође каже да је он заснован на генијалној реинтерпретацији клаузуле *ope consilio Numerii Negidii furtum factum*, која се од старих времена налази у формули *actio furti non manifesti*.³⁶ Он каже да је то изворно била сажета фраза која је наглашавала физичке и менталне услове крађе: *it had to be committed "by act and design" of Numeriis Negidius*.³⁷ Износи и претпоставку да је Лабеон био први који је бранио ову интерпретацију и који је разумео речи *ope consilio* у смислу: уз помоћ или савет оптуженог.³⁸ Сматра да је ова интерпретација нагло успостављена као ауторитивна, јер се може пронаћи у различитим текстовима од краја првог и почетка II века после Христа.³⁹ Он каже и да изгледа да је формула врло мало промењена како би се прилагодила

³¹ G. 3. 202.

³² G. 3. 202.

³³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta, 1990, reprinted 1992., 930.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, 931.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

новом и другачијем начину гледања на одговорност за крађу. Том приликом, он је и наводи.⁴⁰ Цимерман каже да је ово стога што, ако је *ope consilio* означавало само саучесништво у крађи, онда је требало унети посебну клаузулу која ће се односити на праву крађу.⁴¹

Чини се да се не може извући закључак да се израз *contrectatio* није односио и на саучеснике. Управо Гај износи већ навођену свеобухватну дефиницију фуртума уз употребу тог термина: *sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*.⁴² Дакле, *youpume ko ca туђом ствари противно вољи власника долази у додир*. При том, ништа не указује да се захтева да лопов дође у непосредни физички додир са том стварју. Поред тога, управо се из Гајевих Институција може видети да нема разликовања у кажњавању у случају крађе и саучесништва у крађи.

Јоловиц, истиче како постоји одсуство било каквог јасног разликовања између крађе и саучесништва у крађи (*ope consilio*). Он каже да је оба примера, која говоре о *furtum sine contractione*, за која се од Гелија сазнаје да их је изнео Сабин, могуће објаснити као случајеве саучесништва, мада нису тако разматрани. Сабин је, наводи Јоловиц, написао монографију о фуртуму и био је, заједно са Сцеволом, главни ауторитет за цивилно право у које углавном спадају правила о фуртум. У његово време је, са развојем права, преко увођења *actio doli* било мање потребе за широком интерпретацијом, напомиње Јоловиц.⁴³ Он каже да су, и поред тога, у Дигестама заступљени неки текстови који су засновани на широким интерпретацијама. Њихов аутор је Улпијан.⁴⁴

Када Гај наводи, како је то већ речено, класичне случајеве саучесништва у крађи, он не каже да су то случајеви *sine contractione*. Он само каже да одговара за крађу и онај ко сам није починио фуртум.⁴⁵ Оно што уједињује непосредног извршиоца и саучесника који није дошао у физички додир са стварју је да поступају супротно вољи власника ствари и да то све нису радили из неке обести (*per lasciviam*).⁴⁶ Из овог Гајевог параграфа је јасно и да фуртум није било могуће починити нехатно (чак ни уз тешки нехат). Дакле, види се да овде претеже субјективни, а не објективни елемент деликта. Зато се не види препрека ставу да је појам *contrectatio* погодан да укаже на један шири аспект извлачења користи из

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² G. 3. 195.

⁴³ H. F. Jolowicz, op. cit., xxiv.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ G. 3. 202.

⁴⁶ Вид. G. 3. 202.

фуртума. Битно је само да је та корист супротна природном закону: *quod lege naturali prohibitum est admittere*.

Крађа, данас, у свим правним системима представља кривично дело. Међутим, његов опсег, каже Цимерман (*Zimmermann*), значајно одступа од римског претка, од деликта *furtum*.⁴⁷ Он наводи да је традиционални цивилни концепт *furtum* био врло широк, а наведена Павлова дефиниција је била у примени и током осамнаестог века.⁴⁸ Цимерман подсећа како је у периоду Републике појам фуртума значајно проширен. Он каже да су *furtum* и *damnum iniuria datum* били основни преступи уперени против имовине и да је домет овог другог прилично ригидно одређен путем Аквилејевог закона.⁴⁹ Из овога се може закључити да Цимерман посматра фуртум у светлу потребе за све већом заштитом имовине. Овај деликт је, по њему, врло погодно опште средство за ту сврху. Он каже да су се правници окретали овом недефинисаном појму фуртума када је требало казнити угрожавање туђе имовине које није могло да се подведе ни под један постојећи имовински деликт.⁵⁰

До краја Републике је, оправдано указује Цимерман, фуртум добио скоро безграничан домет, тако да је сада обухватао готово било коју ситуацију у којој је неко лице путем туђег намерног акта претрпело имовински губитак, изузев физичког оштећења ствари.⁵¹

4. ЗАКЉУЧАК

Наведена Павлова дефиниција фуртума у којој се помиње природно право изузетно добро одговара нормама које се баве посебним облицима овог деликта. Ту дефиницију, с друге стране, није могуће адекватно разумети без уважавања Улпијанових одређења правде, права и природног права. На све то се посебно и на интересантан начин надовезује анализа употребе термина *contrectatio*, термина врло широког значења.

Јер, *правда је константна и непрекидна воља право нечије сваком уважити. Право подразумева следеће: часно живети, никога не повредити, што је нечије уважити. Правна ученост је познавање божанских као и људских ствари, знање и о праву као и о неправу.*

Наравно *contrectatio* увек иде уз елеменат поступања противно вољи власника (*invito domino*), јер њему се треба *његово право уважити*.

⁴⁷ R. Zimmermann, op. cit. 922.

⁴⁸ *Ibid*, 922-923.

⁴⁹ *Ibid*, 928.

⁵⁰ *Ibid*.

⁵¹ *Ibid*.

Зато све што не спада у уважавање његових законитих и легитимних интереса треба санкционисати. То је потреба *часног живота* и део *уметности доброг и једнаког*.

Позивање на природно право је омогућавало правницима и судијама да нове случајеве обухвате дефиницијом *фуртума* јер без тог позивања и не може бити најширег тумачења термина *contractatio*.

ЛИТЕРАТУРА

Theodor Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti, recognovit adsumpto in operis societatem* Paulo Kruegero, Vol I, 1870., 278. Интернет адреса:

<http://www.archive.org/stream/digestaiustinia01kruegoog#page/n6/mode/2up>

Tony Honoré, „Ulpian, Natural law and Stoic influence“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 78/2010, 199, DOI: 10.1163/157181910OX487378

Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII.2: De Furtis*, Cambridge University Press, Cambridge 1940.

Огњен Вујовић, „Римски деликт *furtum* у старом и класичном праву“, докторска дисертација, Београд 2013.

Geoffrey D. MacCormack, „Definitions: *Furtum* and *Contractatio*“, *Acta Juridica* 1977.

Gaj, *Institucije (naslov originala Gai Institutionum Commentarii)*, превод и предговор Obrad Stanojević, Nolit, Beograd 1982.

Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, „Contractatio as an Essential of Furtum“, The Hambledon Press, London and Rio Grande 1991.

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta, 1990, reprinted 1992.

Ognjen Vujović, Ph.D.

Assistant Professor

FURTUM, CONTRACTATIO AND NATURAL LAW

Summary

In this article it is pointed out that in order to understand the concept *contractatio*, which is essential for defining the tort *furtum*, it is necessary to bear in mind the concept of natural law to which refer Paul in D. 47. 2. 1. 3.

Key words: *furtum*, *contractatio*, *invito domino*, natural law.

