

**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
2017.**

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, руководилац пројекта

Секретар пројекта

Доц. др Јелена Беловић

Уређивачки одбор:

Проф. др Марија Крвавац

Проф. др Душанка Јововић

Проф. др Ђорђије Блажић

Проф. др Слободанка Перић

Доц. др Саша Атанасов

Технички уредник

Младен Тодоровић

Дизајн корица

Кварк, Краљево

Штампа

Кварк, Краљево

Тираж:

50 примерака

ISBN 978-86-6083-050-2

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

ПРЕДГОВОР

Друга 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 другој свесци тематског зборника публиковано је 27 радова наставника и сарадника факултета који су резултате својих истраживања у 2017. години саопштили у форми научних и стручних радова. Сви пристигли радови позитивно су оцењени од стране два анонимна рецензента.

Радови су распоређени у пет целина: Грађанскоправна област, Кривичноправна област, Правноекономска област, Уставноправна и управноправна област и Теоријскоправна и историјскоправна област.

Објављени радови саопштени су на научном скупу који је 21. децембра 2017. године одржан на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Штампањем друге свеске зборника радова са пројекта не само да су остварени предвиђени пројектни задаци за 2017. 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, да ће отворити расправу о спорним питањима и помоћи у решавању дилема с којима се суочавају правна наука и пракса.

Уредник

Проф. др Владимир Боранијашевић

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Братислав Милановић</i> КАРАКТЕРИСТИКЕ КРЕДИТНИХ АРАНЖМАНА МЕЂУНАРОДНЕ ФИНАНСИЈСКЕ КОРПОРАЦИЈЕ - СПЕЦИФИЧНЕ ФИНАНСИЈСКЕ ИНСТИТУЦИЈЕ У ОКВИРУ ГРУПАЦИЈЕ СВЕТСКЕ БАНКЕ	11
<i>Проф. др Марија Крвавац</i> УНИФИКАЦИЈА КОЛИЗИОНИХ ПРАВИЛА ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ	37
<i>Проф. др Владимир Боранијашевић</i> ПОСТУПАК ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ	55
<i>Проф. др Олга Јовић Прлаиновић</i> УТВРЂИВАЊЕ МАТЕРИНСТВА И ОЧИНСТВА ДЕТЕТА ЗАЧЕТОГ ПОСТУПЦИМА БИОМЕДИЦИНСКИ ПОТПОМОГНУТЕ ОПЛОДЊЕ -DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA –	71
<i>Доц. др Јелена Беловић</i> ПОСЕБНЕ КЛАУЗУЛЕ ОДСТУПАЊА	89
<i>Доц. др Страхиња Миљковић</i> ЗНАЧАЈ ПРАВНОГ НОРМИРАЊА ФАКТОРИНГА	99
<i>Доц. др Душко Челић</i> КВАЗИПРАВНИ ОКВИР УНМИК-а У ОБЛАСТИ СТВАРНИХ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА	115
<i>Доц. др Срђан Радуловић</i> АБУЗИВНО НЕВРШЕЊЕ ПРАВА ИЗБОРА КОД АЛТЕРНАТИВНИХ ОБАВЕЗА	131
<i>Гордана Дамјановић</i> УГОВОР О ЛИЦЕНЦИ СОФТВЕРА	143
<i>Данијела Петровић</i> ОБЛИЦИ И НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ	157

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

- Проф. др Владимир В. Вековић*
ЛИЧНОСТ ИЗВРШИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА
ПРОТИВ ЖИВОТА И ТЕЛА 175
- Доц. др Драган Благић*
КРИВИЧНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ МАЛОЛЕТНИКА
У СТАРОМ И СРЕДЊЕМ ВЕКУ 197
- Доц. др Здравко Грујић*
КАЗНА ОДУЗИМАЊА ВОЗАЧКЕ
ДОЗВОЛЕ – НЕСКЛАД ИЗМЕЂУ КАЗНЕНЕ
ПОЛИТИКЕ ЗАКОНОДАВЦА И СУДОВА 207
- Доц. др Саша Атанасов*
ТЕХНИКА ИСПИТИВАЊА ПОСЕБНО
ОСЕТЉИВИХ СВЕДОКА 223
- Миријана Букић*
СПОРАЗУМ О СВЕДОЧЕЊУ ОКРИВЉЕНОГ-ПУТ
ДО ИСТИНЕ ИЛИ ПОЈЕДНОСТАВЉЕЊА
КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА 239

ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

- Проф. др Душанка Јововић*
ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ КОНЦЕПТА ДРУШТВЕНЕ
ПРАВИЧНОСТИ КАО ЦИЉА ЕКОНОМСКЕ ПОЛИТИКЕ 257
- Проф. др Љубомир Митровић*
ЗАДРУГЕ У ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ И
МОГУЋНОСТИ ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ ЗАДРУЖНИХ НАЧЕЛА 269
- Доц. др Сузана Димић*
ПРАВИЧНОСТ ОПОРЕЗИВАЊА У СИСТЕМУ ПОРЕЗА
НА ДОХОДАК ГРАЂАНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 283

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Владан Михајловић</i> ПРАВНА ДРЖАВА КАО СРЕДСТВО И УСЛОВ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ И ЈЕДНАКОСТИ ГРАЂАНА	297
<i>Проф. др Ђорђевије Блажић</i> НАЧЕЛА ДОБРЕ ВЛАДАВИНЕ: НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ И ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ	315
<i>Проф. др Слободанка Перић</i> ИЗВРШЕЊЕ ПРАВНОСНАЖНИХ ПРЕСУДА ДОНЕТИХ У РАДНОМ СПОРУ	333
<i>Доц. др Дејан Мирковић</i> ПЕРСПЕКТИВЕ, ЕУ, РЕПУБЛИКА СРБИЈА И УСВАЈАЊЕ АКИ КОМУНИТЕРА	347
<i>Доц. др Бојан Бојанић</i> ЗНАЧАЈ И УЛОГА ПАРЛАМЕНТАРНИХ ГРУПА СА КРАТКИМ ОСВРТОМ НА НАШУ УСТАВНУ ПРАКСУ	361
<i>Невена Петровић</i> АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМИ И ИЗАЗОВИ РЕФОРМЕ УПРАВНО-СУДСКЕ ЗАШТИТЕ	373

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И ИСТОРИЈСКОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Милорад Жижич</i> СТАВ О ПРАВНОЈ ДРЖАВИ ОДНОСНО НАЧЕЛИМА ДОБРЕ ВЛАДАВИНЕ	391
<i>Проф. др Сава Аксић</i> КРИТЕРИЈУМ ПОДЕЛЕ ПРАВА НА ДРЖАВНО И ДРУШТВЕНО ПРАВО	399
<i>Доц. др Огњен Вујовић</i> ПРИВАТНИ ИНТЕРЕСИ КАО ОСА СУЖИВОТА	409

ГРАЂАНСКОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Братислав МИЛАНОВИЋ*

339.72/.73
336.77:330.322.1(1-773)

КАРАКТЕРИСТИКЕ КРЕДИТНИХ АРАНЖМАНА МЕЂУНАРОДНЕ
ФИНАНСИЈСКЕ КОРПОРАЦИЈЕ - СПЕЦИФИЧНЕ ФИНАНСИЈСКЕ
ИНСТИТУЦИЈЕ У ОКВИРУ ГРУПАЦИЈЕ СВЕТСКЕ БАНКЕ

Апстракт: Међународна финансијска корпорација, као чланица Групације Светске Банке, представља једну од највећих развојних институција чија је област деловања фокусирана искључиво на приватни сектор њених држава чланица, пре свих оних у развоју. Прецизније речено, пословне операције ове институције свде се на краткорочно и дугорочно финансирање приватних компанија земаља чланица у разним сегментима привредног деловања (производња, инфраструктура, пољопривреда, услуге, финансијски сектор и др.). Да би реализовала поменуте задатке, Међународној финансијској корпорацији, у складу са њеном правном и економском организацијом, стоје на располагању разни финансијски механизми, међу којима кредитна функција заузима доминантно место. При томе, ова функција Међународне финансијске корпорације реализује се читавим спектром кредитних споразума које закључује са корисницима њених средстава, а које смо ми, ради теоријске перфекције разврстали на споразуме о самосталним, удруженим, партиципативним, портфолио и мешовитим кредитима. Сви ови кредитни споразуми су, дакле, функционално концептирани на развој приватног сектора њених држава чланица, обзиром да је овај сектор један од кључних катализатора укупног привредног прогреса сваке од њих. Међутим, не треба занемарити чињеницу да су кредитни аранжмани Међународне финансијске корпорације комерцијалног карактера (као уосталом и кредитни аранжмани свих крупних међународних финансијских организација), као и да су структурирани ради остваривања профита, те закључивање нових споразума са овом финансијском институцијом мора бити оправдано, експлоатибилно и у функцији укупног привредног развоја држава чланица.

Кључне речи: *кредитни функционализам; развој приватних сектора држава чланица; комерцијални карактер кредитних споразума; реална процена оправданости коришћења кредитних средстава.*

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, bratislav.milanovic@pr.ac.rs.

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Групација Светске Банке (World Bank Group, у даљем тексту Група СБ) представља скуп међународних организација, која финансира развојне пројекте у низу националних економија, нарочито у државама у развоју. Поред тога, Група СБ пружа и саветодавне и техничке услуге, као и надзор над спровођењем реформи слободног тржишта, у склопу закључених међународних кредитних споразума. Заједно са Међународним монетарним фондом и Светском трговинском организацијом, она представља најзначајнију институцију за спровођење надзора над економским политикама и реформи јавних институција у земљама у развоју, као и дефинисање глобалних макроекономских оквира.

Група Светске Банке се састоји од пет институција: Међународне банке за обнову и развој (International Bank for Reconstruction and Development, IBRD), Међународног удружења за развој (International Development Association, IDA), Мултилатералне агенције за осигурање инвестиција (Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA), Центра за решавање инвестиционих спорова (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) и Међународне финансијске корпорације (International Finance Corporation, IFC), која ће управо бити предмет наше детаљније анализе.

Као чланица групације Светске Банке, Међународна финансијска корпорација (*The International Finance Corporation*, у даљем тексту *IFC*) представља највећу развојну институцију, чија је област деловања фокусирана искључиво на *приватни сектор земаља у развоју*. Ова институција, основана 1956. године, организована је као *акционарско друштво* и налази се у „власништву“ 184 државе чланице, као акционара.¹ Својим механизмима деловања, у више од 100 држава у развоју, омогућава приватним компанијама да креирају нова радна места, генеришу пореске приходе, унапреде методе корпоративног управљања и управљања животном средином и тако допринесу развоју локалних заједница, као и националне економије у целини.

На овај начин, мобилизацијом капиталних средстава на међународним финансијским тржиштима, суштински се кристалише основни циљ ове институције, а то је *окончање екстремног сиромаштва до 2030. године* (смањење укупне популације људи испод 3% који живе са 1,25 долара дневно) и *подстицај заједничког просперитета* (порастан приход за 40% становника у свакој земљи у развоју).²

¹ <http://www.worldbank.org/en/about/leadership/members#3>, на дан 7.10.2015. године.

² *IFC Annual Report 2015*.

У реализацији својих циљева *IFC*, на нивоу реализације инвестиционог пројекта, сарађује и са заинтересованим заједницама и невладиним организацијама, док су на глобалном нивоу, заинтересоване стране (*stakeholders*)³ владе држава чланица и цивилна друштва. Поред тога, обзиром на потребу развоја приватног сектора, *IFC* сарађује и са другим развојним институцијама и наднационалним ентитетима (ММФ, други организациони делови Светске Банке попут *IBRD* и *IDA*-е, Афричка развојна банка, Азијска развојна банка, Европска банка за обнову и развој, Европска инвестициона банка, Интер-Америчка развојна банка и Исламска развојна банка), као и са многим владиним агенцијама, фондацијама, приватним компанијама и др.

Да би земља постала чланица ове институције мора претходно да постане члан Међународне банке за обнову и развој (*IBRD*), потпише Споразум о оснивању (*IFC's Articles of Agreement*) и да, код Корпоративног секретаријата Групе Светске Банке (*World Bank Group's Corporate Secretariat*), депонује инструмент прихватања Споразума о оснивању.

II ПОСЛОВНЕ ОПЕРАЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНЕ ФИНАНСИЈСКЕ КОРПОРАЦИЈЕ

У својим пословним операцијама, *IFC* нуди својим клијентима, у земљама у развоју, широк спектар могућности за решавање највећих развојних изазова, са посебним фокусом на инфраструктуру, производњу, пољопривреду, услуге, финансијски сектор итд. На овај начин се омогућава, пре свега, *краткорочно* и *дугорочно* кредитирање, које се у пословној пракси *IFC*-а врло често комбинује са пружањем инвестиционих и саветодавних услуга, услуга управљања имовином или другим услугама.

Да би одобрена средства *IFC*-а могла бити „повучена“ од стране заинтересованог партнера (микро, мале и средње компаније), *пројекат*, који партнер реализује, мора да испуни одређене услове и то:

- да се реализује у земљи у развоју, која је чланица *IFC*;
- да буде технички изводив;
- да има „добре изгледе“ да буде профитабилан;
- да доприноси развоју домаће економије; и
- да буде еколошки и друштвено прихватљив, односно да задовољава стандарде еколошке и друштвене заштите *IFC*-а и земље домаћина.

³ Према теоријским схватањима, *stakeholders* представљају стране које показују економски интерес за одређени пројекат или компанију. Када је реч о компанијама, примарне заинтересоване стране (*stakeholders*) су инвеститори, запослени, купци и добављачи. Међутим, модерна теорија проширује овај појам на додатне заинтересоване стране, као што су заједнице, владе и трговинска удружења.

Пословне активности *IFC*-а, као што смо јасно подвукли, концепцијски се структурирају, по правилу, у државама у развоју, чланицама ове институције, са посебним акцентом на алокацију финансијских средстава у *приватне компаније*. При томе, захтев да корисници средстава буду искључиво приватне компаније не дисквалификује од права коришћења средстава и компаније које су делимично у власништву државе, уколико су такве компаније организоване према правилима трговинског и компанијског права, послују у циљу стицања профита и без утицаја државе у доношењу пословних одлука или да су наведене компаније у, евентуалном, процесу потпуне приватизације. Поред тога, преко посебног програма *IFC*-а (*Subnational finance*), могуће је реализовати одобравање кредита локалним самоуправама и одређеним државним компанијама за финансирање јавних инфраструктурних пројеката, без захтева за државном гаранцијом.

Посебно је важно истаћи да, у највећем броју случајева, *IFC* не финансира директно заинтересоване пословне партнере, већ то чини *посредним* путем, односно преко одређених врста *финансијских посредника* (инвестиционих фондова, комерцијалних банака, осугуравајућих компанија итд.), који одобрена средства *IFC*-а *директно* усмеравају крајњим корисницима (у форми кредита, гаранција, капиталних инвестиција и сл.). У свим пословним операцијама *IFC* послује на *комерцијалном* нивоу, односно инвестира искључиво у профитне пројекте и наплаћује тржишне надокнаде за своје производе и услуге. Поред тога, *IFC* може *инвестирати* средства и у приватне капиталне и инвестиционе фондове, попут индексних и земљишних фондова, а такође и у фондове са ризичним капиталом, на који начин се усмеравају средства до компанија која теже долазе до потребних средстава.⁴ Услов на коме се увек инсистира је да фондови у које инвестира *IFC* прихватају инвестиционе стандарде и захтеве ове институције.⁵

Пословно деловање *IFC*-а, које за крајњи циљ има, како је већ истакнуто, краткорочно или дугорочно развијање приватног сектора реализује се кроз низ пословних трансакција, од којих би смо издвојили кредитне аранжмане, гарантне послове, саветодавне и друге услуге, а наш акценат биће стављен на кредитне споразуме ове институције који, у пуном смислу речи, представљају доминантни облик њеног деловања.

⁴ У приватне капиталне фондове, у тржиштима у настајању, *IFC* инвестира од 1980. године, док је 2000. године креирана посебна група која се бави инвестирањем у ове фондове. Тренутни портфолио *IFC* износи око 3 милијарде долара, распоређен на око 180 фондова, широм свих региона.

⁵ Ово се односи на искључујуће листе, еколошке и социјалне одрживе стандарде, управљање, спајање пословних анализа и услова финансирања са најбољом пословном праксом.

III КРЕДИТНИ СПОРАЗУМИ МЕЂУНАРОДНЕ ФИНАНСИЈСКЕ КОРПОРАЦИЈЕ

1. ОПШТЕ ПРЕТПОСТАВКЕ

Кредитни споразуми *IFC*-а, као главни начин реализовања пословних операција ове међународне финансијске институције, представљају *специфичну допуну* кредитних инструмената осталих финансијских институција Групаације Светске Банке (*IBRD* и *IDA*). Специфичност кредитне функције *IFC*-а, према нашим разматрањима, проистиче из *комерцијалног* начина пословања ове институције и може се посматрати на више начина.

Најпре, у погледу корисника одобрених средстава, односно *дужника*, како је раније истакнуто, *IFC* кредитира, у највећем броју случајева, *приватне* пословне субјекте, са седиштем на територији неке од држава чланица, док, мањим делом, финансира државне компаније које послују на тржишним принципима. То практично значи да било која приватна компанија са територије државе чланице има право на коришћење финансијских средстава *IFC*-а, у износу *од 1 до 100 милиона долара*, обзиром да, у пракси, толико износи лимит појединачних кредитних операција ове финансијске институције.

С друге стране, на страни *повериоца* кредитних средстава, *IFC* може иступати *самостално*, као једини кредитор дужника, али и *заједно са другим кредиторима*, у којим аранжманима може вршити различиту функцију (на пример, механизмом тзв. *удружених кредита*). То значи да је у погледу начина *прикупљања финансијских средстава*, неопходних за реализацију одређеног пројекта, поред сопствених средстава *IFC*-а, дозвољена могућност *директног* или *индиректног* учешћа институционалних инвеститора (приватних и јавних) у финансирању одређене пословне операције. С тим у вези, *предмет улога* институционалних инвеститора може бити у форми *новчаних средстава*, али и у облику *инвестиционог портфолиа*, који чине разне врсте хартија од вредности и други облици имовине. Према нашем мишљењу, битно је истаћи да у ситуацији када *IFC* са већим бројем кредитора учествује у финансирању одређеног пројекта, принципи условљености кредитних аранжмана *IFC*-а представљају главни основ за детерминисање *услова отплате* укупно одобрених кредитних средстава.⁶

⁶ Milanović, S., Ristić, J: *Loan Agreements of the IFC in the Perspective of Agricultural Financing*, Sustainable agriculture and rural development in terms of the Republic of Serbia strategic goals realization within the Danube Region (Development and application of clean technologies in agriculture), Institute of agricultural economics Belgrade, Belgrade, 2017, стр. 396-397.

Када је реч о *пласману одобрених средстава*, неопходно је напоменути да се трансфер кредитних средстава *IFC*-а, у техничком смислу, не врши директно крајњем кориснику (дужнику), већ се пренос ових средстава врши, у највећем броју случајева, преко одређеног финансијског *посредника* (најчешће комерцијалне банке).⁷ Поред тога, реализација кредитних аранжмана *IFC*-а се врши у форми *краткорочних* и *средњорочних* кредита, са крајњим роком доспелости од 7 до 12 година (у изузетним случајевима рок доспелости се може продужити на 20 година), уз могућност деноминавања у велики број светских валута (иако се у највећем броју случајева користи амерички долар), док висина каматних стопа на ове кредитне аранжмане (које су, углавном, варијабилне и везане за *LIBOR* или *EURIBOR* каматне стопе) зависи од *тржишних услова*, као и *процене ризика* у држави чланици и експлоативности самог пројекта.

Иако у својим кредитним операцијама *IFC* не захтева од дужника обезбеђење у виду државне гаранције, за разлику од *IBRD* и *IDA* институција, *учешће државе* у реализацији одређеног пословног пројекта може, с једне стране, представљати *неопходан услов* за добијање кредита ове институције, док, са друге стране, може послужити као *катализатор* за привлачење додатних средстава заинтересованих инвеститора.

2. ВРСТЕ КРЕДИТНИХ СПОРАЗУМА МЕЂУНАРОДНЕ ФИНАНСИЈСКЕ КОРПОРАЦИЈЕ

На основу напред наведених карактеристика кредитних аранжмана *IFC*-а, спектар кредитних активности ове финансијске институције, према нашем мишљењу, концепцијски треба базирати на следећим врстама кредитних споразума: 1) споразумима о *самосталним* кредитима; 2) споразумима о *директним* удруженим кредитим; 3) споразумима о *партиципативним* удруженим кредитима; 4) споразумима о *портфолио* кредитима; и 5) споразумима о *мешовитим* кредитима, о којима ће више речи бити у наредним излагањима.

⁷ Ово је нужно истаћи из разлога што у пословној пракси кредитних институција Светске банке постоји и посебна врста кредитних споразума, који се директно закључују са финансијским институцијама на територијама држава чланица, у циљу интензивирања посебних облика улагања (кредита, капиталних и „квази“ капиталних инвестиција и сл.) према одређеним секторима привреде (тзв. споразуми о кредитима за финансијско посредовање).

2.1. СПОРАЗУМИ О САМОСТАЛНИМ КРЕДИТИМА

Самостални кредити *IFC*-а представљају финансијске споразуме са приватним компанијама, које ова финансијска институција закључује и спроводи, искључиво, у *своје име и за свој рачун*, коришћењем сопствених финансијских средстава. С тим у вези, *самосталност IFC*-а подразумева одсуство других кредитора на страни повериоца, у односу са корисником финансијских средстава, што овој институцији даје својство *примарног кредитора* у односу са дужником. То практично значи да су потраживања *IFC*-а *примарног* карактера, односно да имају *право првенства наплате* у односу на друге повериоце, из ког разлога се, у пословној пракси, ови кредити називају и *A-кредитима*.

У складу са општим карактеристикама кредитних аранжмана ове финансијске институције, како је раније истакнуто, рокови доспелости самосталних кредита *IFC*-а крећу се у распону од 7 до 12 година, док се грејс период и распоред отплате одређују *од случаја до случаја*, у зависности од финансијских потреба корисника средстава. У посебним случајевима, када, према стандардима *IFC*-а, треба бити доказана пословна *оправданост пројекта*, рок доспећа и грејс период могу се, *једностраном* одлуком *IFC*-а, продужити највише на 20 година.

Када су у питању износи средстава које *IFC* одобрава у оквиру категорије самосталних кредита, треба истаћи да ова финансијска институција, најчешће, ограничава износе сопствених средстава на 25% од *укупно* процењених трошкова за *green-field* пројекте, док у изузетним околностима, код мањих пројеката, износ одобрених кредитних средстава може учествовати и до 35% укупних трошкова. Међутим, код тзв. пројеката проширења (eng. *expansion projects*), *IFC* може учествовати и до 50% у трошковима пројекта, под условом да конкретна инвестиција не прелази 25% укупне капитализације пројектне компаније. У конкретним случајевима, износи самосталних кредита крећу се у распону од 1 до 100 милиона долара, али се у пословној пракси *IFC*-а разматра проширење ових средстава на кредите који се отплаћују само од новчаног тока пројекта, без коришћења или само са ограниченим коришћењем новчаних средстава од других инвеститора.⁸

У складу са принципом флексибилности пословне политике *IFC*-а, самосталне кредите карактерише могућност уговарања *фиксних* и *варијабилних* каматних стопа, при чему се већина ових кредита пласира у некој од водећих светских валута (најчешће амерички долар, а у мањим износима евро), али је, такође, могуће и пласирање кредита у домаћој валути,

⁸ *IFC Annual Report 2015.*

односно валути државе у којој приватна компанија обавља пословну делатност. Међутим, пословна пракса је показала да се кредити *IFC*-а са фиксном каматном стопом, као и кредити у валутама различитим од долара, уобичајено трансформишу техником хеџинга (путем валутних или каматних свопова),⁹ у финансијске продукте са варијабилном каматном стопом, који се изражавају у доларима. У процесу реализације кредита у *домаћој* валути, *IFC*, најпре, одобрава кредитна средства у страниој валути, а потом та иста средства техником хеџинга трансформише у домаћу валуту.¹⁰

Међутим, иако се самостални кредити *IFC*-а финансирају искључиво из сопствених средстава ове финансијске институције и подразумевају само *IFC* на страни повериоца, пословна политика *IFC*-а омогућава учешће држава и других приватних пословних субјеката у реализацији конкретног самосталног кредита, али тек *након* закључења и почетка реализације споразума о кредиту са дужником.

Накнадно учешће *држава* у реализацији самосталног кредита *IFC*-а, реализује се, у складу са Програмом учешћа у кредитима (*Loan Participation Program*), на два начина и то: 1) „куповним трансакцијама“ (*purchase transactions*), када држава *откупљује* део износа самосталног кредита од *IFC*-а; и 2) „пратећим кредитима“ (*companion loans*), када главни кредитор (у овом случају *IFC*) пласира тзв. примарни кредит (*senior loan*), док држава учесница пласира другостепени кредит истом дужнику (у овом случају првенство наплате има *IFC* као главни кредитор). На тај начин се омогућава државама да, у партнерству са финансијским институцијама, пласирају повољније кредите домаћим пословним субјектима.

Када је у питању могућност накнадног учешћа других *приватних субјеката*, треба истаћи да се партиципација ових субјеката реализује преко механизма учешћа у А-кредитима (*A-Loan Participation, ALP* учешће), односно самосталним кредитима *IFC*-а, који омогућава продају једног дела самосталног кредита *IFC*-а комерцијалним банкама или другим финансијским институцијама, на основу Споразума о учешћу (*Participation*

⁹ Хеџинг (*hedging*) представља скуп техника и инструмената којима је сврха покриће од ризика скока или пада цена предмета трговања, које користе портфолио менаџери, самостални инвеститори и корпорације у циљу смањења изложености различитим облицима ризика. Хеџинг инвестиционог ризика значи стратегијско коришћење инструмената на тржишту да би умањили ризик од било којих неповољних промена цена. Другим речима, инвеститори *хеџују* једну инвестицију тако што *улажу* у другу инвестицију.

¹⁰ Најчешће врсте пословних ризика који могу бити покривени хеџингом односе се на: 1) *ризик промене девизног курса* (форвард уговор, девизни своп уговор и опцијски уговор на девизни курс); 2) *ризик промене каматних стопа* (каматни своп уговор, своп замене валуте и тзв. „*floor*“ и „*cap*“ опцијски уговор); 3) *ризик промене вредности акција*; 4) *ризик промене вредности роба*; и 5) *кредитни ризик*.

Agreement), који закључују међусобно *IFC* и приватни пословни субјекти.¹¹ У овом случају, *IFC* остаје главни кредитор дужника за целокупан износ самосталног кредита, што значи да је дужник у формално-правном односу само са *IFC*-ом. На овај начин *IFC* генерише средства која може употребити у реализацији других пословних операција, док учесници механизма учешћа у самосталним кредитима равноправно деле све ризике и користи од пројеката са *IFC*-ом.¹²

2.2. СПОРАЗУМИ О ДИРЕКТНИМ УДРУЖЕНИМ КРЕДИТИМА

Када је реч о директним удруженим кредитима (eng. *direct syndicated loans*), потребно је истаћи да они представљају специфичну форму кредита у којима *IFC* учествује са више кредитора у финансирању одређеног пословног пројекта (обично велике вредности), где *IFC* наступа паралелно са осталим кредиторима у односу са дужником. То, практично, захтева постојање више правно самосталних споразума о кредиту, које дужник закључује са сваким кредитором појединачно (укључујући и *IFC*), и где нема заједничке одговорности кредитора за извршење обавезе другог учесника конкретне кредитне операције. Структурално посматрано, реализација директних удружених кредита састоји се од низа пословних операција, које, према нашим схватањима, можемо сврстати у две фазе.

У првој фази, дужник (приватна компанија са седиштем на територији државе чланице) поверава *IFC*-у организацију пословне операције прикупљања неопходних финансијских средстава од више финансијских институција, што значи да ова међународна финансијска институција заузима положај водеће банке (*arranger*). Прихватањем организације ове пословне операције, *IFC* преузима обавезу сачињавања нацрта споразума о основним кредитним условима (*the term sheet*), меморандума (*memorandum*), који садржи битне информације о процени економске способности дужника, као и, у договору са дужником, нацрта споразума о кредиту (*draft agreement*),

¹¹ Продаја учешћа у закљученим кредитима врши се преко посебне врсте вредносних папира, тзв. *loan participation note*. Ова специфична хартија од вредности представља инвестициони инструмент са гарантованим фиксираним приходом (*fixed-income security*), која омогућава инвеститорима да купују делове већ „пуштеног“ кредита или пакета кредита. Учесници ових трансакција учествују пропорционално (*pro rata*) у исплати главнице и камата, од стране дужника, на који начин се инвеститорима омогућава реализација краткорочног улагања.

¹² Од 2002. године продато је 20 *ALP* инструмената двадесет двома финансијским институцијама, укупне вредности преко 424 милиона долара. На овај начин је смањен ризик пословања у Аргентини, Бразилу, Индији, Румунији, Русији, Тајланду и Турској.

који дужник потписује *појединачно* (билатерално) са свим кредиторима који прихвате договорене услове.¹³

С тим у вези, пословна пракса и теорија идентификовале су три врсте клаузула које *водећа банка* (у овом случају *IFC*) може имплементирати у *понуди* коју представља дужнику, а тиче се обавезе прикупљања финансијских средстава и то: 1) клаузула *потпуне гаранције* (*fully underwritten clause*), када *IFC* преузима обавезу обезбеђивања и исплате *укупне* суме неопходних кредитних средстава; 2) клаузула *делимичне гаранције* (*partially underwritten clause*), према којој се обавеза *IFC*-а ограничава на обезбеђивање *делимичног* износа финансијских средстава; и 3) клаузула *највећег напора* (*best efforts clause*), у ком случају *IFC* преузима само обавезу улагања тзв. *разумних напора* (*reasonable efforts*) за *позиционирање кредита на тржиште капитала* (без обавезе прикупљања финансијских средстава), уз, евентуално, повећање учешћа у целокупном износу кредита, уколико дође до оснивања кредитног удружења.¹⁴

Друга фаза реализације директних удружених кредита односи се на почетак *исплате* уговорених кредитних средстава дужнику, када престаје улога *IFC*-а као *водеће банке* директног удруженог кредита и где *IFC* преузима улогу *административног агента* (*administrative agent*), чије се обавезе односе на заступање чланова кредитног удружења и обављање осталих административних функција, потребних за реализовање комплетног кредитног аранжмана ове врсте.¹⁵

Као административни агент, *IFC* може обављати разне пословне функције, од којих се најзначајније односе на организацију и прикупљање финансијских средстава и њихову исплату дужнику, контролу испуњености кредитних услова свих кредитора, надзирање финансијских способности дужника, координацију и управљање гласањем међу члановима кредитног удружења, као и извештавање кредитора о свим аспектима реализације конкретног кредитног аранжмана.¹⁶ Другим речима, административни агент

¹³ Mugasha, A.: *The law of multi-bank financing, Syndicated Loans and the Secondary Loan Market*, Oxford University Press, 2007, стр. 44-52.

¹⁴ Више детаља о овим клаузулама видети у: Semkow, B.W.: *Syndicating and rescheduling international financial transactions: a survey of the legal issues encountered by commercial banks*, The International Lawyer Vol. 18, No. 4, 1984, стр. 869-927.

¹⁵ Donaldson, T.H.: *International lending by commercial banks (International banking series)*, Macmillan, London, 1979, стр. 76.

¹⁶ Сарадња са развојним финансијским институцијама се значајно повећала у периоду глобалне финансијске кризе, услед недостатка ликвидности комерцијалних банака, због чега је *IFC*, октобра 2009. године, потписала Општи споразум о сарадњи са три највеће европске развојне финансијске институције: DEG (гер. *Deutsche Investitions- und Entwicklungsgesellschaft*, енг. *German Investment and Development Corporation*), ФМО

директних удружених кредита формира тзв. *финансијски канал* између дужника и кредитора.¹⁷

Када је реч о међусобном односу *IFC*-а и осталих кредитора који учествују у реализацији директних удружених кредита, треба истаћи да је *IFC* креирала низ правних докумената, који служе као правни основ ангажовања ове финансијске институције у наведеним финансијским трансакцијама. С тим у вези, *сви* кредитори, заинтересовани за учешће у овој врсти кредита, потписују *Општи споразум о сарадњи (Master Cooperation Agreement, MCA)*, којим је прецизиран *начин сарадње* ових финансијских институција у финансирању пројеката, када *IFC* врши функције *водеће банке* (пре закључивања појединачних уговора о кредиту) и *административног агента* (након почетка исплата дужнику и оснивања кредитног удружења), као и сва потребна документација чији је циљ смањење трошкова и повећање ефикасности у спровођењу ових кредита. Поред Општег споразума о сарадњи (*MCA*),¹⁸ *IFC* је усвојила још неколико правних докумената, неопходних за реализацију комплетног аранжмана директних удружених кредита, попут Мандатног писма (*Mandate Letter*), унапређеног Споразума о поверљивости информација (*Confidentiality Agreement*), Споразума о заједничким уговорним условима (*Common Terms Agreement, CTA*), са дефинисаним овлашћењима *IFC*-а као административног агента, као и основну верзију Споразума о кредиту (*Loan Agreement*). Ови документи немају обавезну правну снагу, али је, према нашим уверењима, базираним на темељнијим анализама пословне праксе, њихова примена, ипак, обавезујућа од стране, како кредитора, тако и дужника, обзиром на положај, финансијску моћ, пословне привилегије и утицај *IFC*-а.

Што се тиче конкретних споразума о кредиту које дужник закључује са сваким кредитором посебно, треба истаћи да, иако постоји правна самосталност ових односа, постоје одређене одредбе које су заједничке у свим уговорима, а односе се на валуту кредита, износе одобрених кредитних средстава, период и начин исплате ових средстава, као и обавезу плаћања камате, главнице и аконтационе исплате кредитних износа. Као устаљено правило у оваквим аранжманима, у циљу избегавања ризика девалвације

(ned. *Financierings-Maatschappij voor Ontwikkelingslande N.V.*, eng. *Netherlands Development Finance Company*) и Proparco (fra. *Société de Promotion et de Participation pour la Coopération Economique*).

¹⁷ Semkow, B.W.: *op. cit.*, стр. 889-890.

¹⁸ Тренутно је 26 институција потписало овај споразум, а од потписивања *MCA* споразума, обезбеђено је преко 3 милијарде долара паралелним позајмицама. Листа потписница споразума се може видети на:

http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+syndications/overview_benefits_structure/syndications/parallel+loans, на дан. 11.10.2015. године.

валуте, избегава се уговарање валуте државе у којој дужник обавља привредну делатност.¹⁹

У складу са комерцијалним принципом пословања, иако не захтева гаранцију државе чланице на чијој теоритори послује приватна компанија која потражује кредит од *IFC*-а, у појединачним уговорима о кредиту се, из поменутог разлога, као и у циљу заштите кредитора због дужине трајања ових аранжмана, обавезно уносе одређене обавезе које мора испуњавати дужник, током трајања комплетног кредитног аранжмана.

С тим у вези, једну од најчешћих одредби, која се уноси у појединачне споразуме о кредиту, представља *клаузула намене* (*purpose clause*), која прецизира сврху и намену одобрених кредитних средстава, коју кредитори, с једне стране, дефинишу врло детаљно, како би се пратио утицај кредита на социјално-економске аспекте дужника и, евентуално, појачали услови за отплату конкретног кредита, док, с друге стране, дужник преферира шире постављене одредбе ове клаузуле, у циљу слободнијег коришћења одобрених финансијских средстава.²⁰ Поред тога, у појединачне споразуме о кредиту могуће је стипулисати и примену *клаузуле забрањене залог* (*negative pledge clause*), којом се забрањује залагање имовине дужника, која служи обезбеђењу кредитора из директних удружених кредита, ради обезбеђења потраживања поверилаца из других кредитних односа дужника (који не спадају у директне удружене кредите), насталих након закључења конкретног споразума о кредиту. При томе, ова клаузула не забрањује конституисање заложног права на имовини дужника, у односу на све или појединачне учеснике директних удружених кредита.²¹ Допунску функцију клаузули забрањене залог врши *pari passu* клаузула,²² на основу које се стипулише равноправност (недискриминација) у редоследу исплате дужника према свим члановима кредитног удружења.²³

На основу напред изнетог, можемо закључити да ова врста кредита, која је у оквиру *IFC*-а почела да се примењује релативно скоро (након последње глобалне финансијске кризе), проширује могућност позајмљивања финансијских средстава од развојних финансијских институција,

¹⁹ Audit, M.: *Insolvabilite' des Etats et dettes souveraines*, LGDJ, Paris, 2012, стр. 69.

²⁰ Adede, A.O.: *Legal trends in international lending and investment in the developing countries*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, Volume 180, 1983, стр. 51.

²¹ Kalderen, L., Sidiqi, Q.S.: *Sovereign Borrowers, Guidelines on Legal Negotiations with Commercial Lenders*, London, 1984, стр. 158-160.

²² Tudor J.W.: *Sovereign risk and immunity under English law and practice*, у: Rendell R.S.: *International financial law*, 2nd edn, Euromoney, London, 1983, стр. 95.

²³ Olivares-Caminal R.: *Understanding the pari passu clause in sovereign debt instruments: a complex quest*, The International Lawyer, Vol. 43, No. 3, 2009, стр. 1217-1236.

комерцијалних банака, инвестиционих фондова, осигуравајућих компанија и омогућава дуже рокове отплате укупних кредитних износа,²⁴ док сви кредитори, укључујући *IFC*, преузимају иста права и обавезе према дужнику.

2.3. СПОРАЗУМИ О ПАРТИЦИПАТИВНИМ УДРУЖЕНИМ КРЕДИТИМА

Као специфичан облик тзв. „удружених“ кредита јавља се и категорија партиципативних удружених кредита (*participation syndicated loans*), чији механизам реализације подразумева закључивање кредитног споразума (*Loan Agreement*), искључиво, између главног кредитора (у нашем случају *IFC*-а) и дужника (приватне компаније), док се права и обавезе између *IFC*-а и других кредитора регулишу Споразумом о учешћу у удруженом кредитном пројекту (*Participation Agreement*). С тим у вези, главну одлику ове врсте кредита представља одсуство директне уговорне повезаности других кредитора са приватном компанијом, из које проистичу остале карактеристике ове врсте кредита у којима учествује *IFC*.

Практично посматрано, када се одређени пројекат финансира партиципативним удруженим кредитима, у којима као главни кредитор учествује *IFC*, одређени износ финансијских средстава, које ова финансијска институција треба да обезбеди, иста пласира у своје име и за свој рачун, у форми самосталних кредита (*A-кредити*), са идентичним условима који се примењују у њиховој реализацији, док преостали потребан износ продаје осталим заинтересованим кредиторима, најчешће, емитовањем дужничких хартија од вредности. Финансијска средства осталих кредитора, прикупљена на овај начин и укључена у финансирање одређеног пројекта, у пословној пракси означавају се као *B-кредити*, док се начин отплате ових средстава уговара са *IFC*-ом, а ти услови отплате уносе у споразум о кредиту са дужником (што, према нашем мишљењу, додатно поскупљује цену кредита). Из тог разлога, у финансијској конструкцији партиципативних удружених кредита фигурира *дуални* карактер услова отплате укупног износа кредитних средстава (услови отплате *IFC*-а, с једне, као и услови отплате осталих кредитора, с друге стране).

У материјално-правном смислу, учешће других кредитора у систему партиципативних удружених кредита *IFC*-а, подразумева *доделу квота учешћа* сваком кредиту, у укупном износу кредитних средстава, што се може реализовати на три начина. Најпре, главни кредитор (*IFC*) може *цесијом* уступити одређени удео учешћа у кредиту другим кредиторима, када

²⁴ Просечан рок доспелости за директне удружене кредите у фискалној 2016. износио је 12 година (у односу на 9 и 10 година у претходне две фискалне године).

се успоставља директан однос између дужника и другог кредитора.²⁵ Поред тога, главни кредитор може *позајмити* одређени износ средстава од других кредитора у замену за учешће у кредиту,²⁶ када не долази до успостављања директних односа између других кредитора и дужника.²⁷ Као посебан начин доделе квота учешћа могу послужити и правила *уговора у комисиону*, када главни кредитор није у обавези да обавести дужника о постојању других кредитора и, формално-правно представља јединог кредитора.²⁸

Како *IFC* у конструкцији партиципативних удружених кредита представља главног кредитора и јединог формалног повериоца у односу са дужником, отплата кредитних средстава се, из тих разлога, врши искључиво *IFC*-у. С друге стране, када је у питању међусобни однос *IFC*-а и других кредитора, потребно је истаћи да је ова финансијска институција у обавези да отплате које врши дужник распоређује *сразмерно (pro-rata)* између *A* и *B* кредита, што значи да се *IFC* не може наплатити у потпуности, пре него што то учине и остали кредитори.

Потребно је истаћи да се радње продаје квота учешћа у кредиту обављају *пре* закључивања споразума о кредиту између *IFC*-а (главног кредитора) и дужника (приватне компаније), као и да је, поред обавезе закључивања споразума о кредиту са дужником, *IFC* дужна да обезбеди неопходна новчана средства и остаје одговорна за реализацију целокупног споразума о кредиту. Оваква ситуација је производ *начела слободе уговарања*, на основу кога је дужнику омогућено да не ступа у директне кредитне односе са осталим кредиторима, осим са *IFC*-ом, у случају да ова институција не располаже траженим износом новчаних средстава.²⁹

Да би одређена финансијска институција учествовала у финансирању механизма партиципативних удружених кредита, мора стећи статус *подобне*

²⁵ Carver, Jeremy P.: *The development of market in participations in syndicated loans and acceptance credits: some legal pitfalls and their solution*, у: Pierce, D.G., Chan, H., Lacroix, F.E., Pillai, P.N.: *Current issues of international financial law*, Malaya Law Review and Butterworths, Singapore, 1985, стр. 311-314.

²⁶ Wood, P.R.: *International loans, bonds, guaranties and legal opinions*, 2nd edn, The Law and Practice of International Finance Series, Vol. 3, Sweet & Maxwell, London, 2007, стр. 173-174.

²⁷ Blaise, J.B., Fouchard, P.: *La valeur juridique de la syndication*, у Blaise, J.B., Fouchard, P.: *Les euro-credits: un instrument du système bancaire pour le financement international*, Libraries Techniques, Paris, 1981, стр. 155-241.

²⁸ Megliani, M.: *Sovereign Debt (Genesis - Restructuring - Litigation)*, Catholic University Milan, Italy, 2015, стр. 168.

²⁹ Bloch, P.: *La sous-participation bancaire, un instrument du système bancaire pour le financement international*, у Blaise, J.B., Fouchard, P.: *Les euro-credits: un instrument du système bancaire pour le financement international*, Libraries Techniques, Paris, 1981, стр. 1245.

финансијске институције (*eligible financial institution, EFI*), који, према устаљеним правилима пословне праксе *IFC*-а, подразумева испуњавање три кумулативна услова:

- не сме бити званична државна агенција (као што је, на пример, извозно-кредитна агенција), квази-државна или мултилатерална агенција;
- мора имати најмање један *инвестициони*³⁰ дугорочни девизни рејтинг, према правилима *Standard&Poor's*, *Moody's Investors Services* или *Fitch Ratings* рејтинг агенција; и
- не сме бити основана, нити имати седиште у земљи седишта дужника (приватне компаније),³¹ као што не сме имати огранак, нити представништво у земљи дужника.³²

Учешћем у овим кредитима, квалификоване финансијске институције користе пословне предности *IFC*-а, односно њен *повлашћен кредитни статус*,³³ који у пракси омогућава кредиторима преференцијални приступ страним валутама, у ситуацијама када је онемогућен или отежан прекогранични трансфер капитала у државама у развоју.³⁴ Поред тога, финансијске операције у оквиру партиципативних удружених кредита изузете су од плаћања пореза, док структура ових кредита омогућава упрошћавање административних процедура, будући да се *IFC*, како је већ истакнуто, јавља као једини формални кредитор. С тим у вези, дужник може очекивати дуже рокове доспелости за наплату позајмљених средстава, у односу на преовлађујуће тржишне услове. Просечан рок доспелости ових

³⁰ У *инвестиционе* рејтинге спадају оцене од *BBB*, преко *A* и *AA*, до *AAA* рејтинга. Рејтинзи *D*, *SD*, *RS*, *C*, *B* и *BB* спадају у *шпекулативне*, а самим тим и несигурне рејтинге.

³¹ Учесник у Б-кредитима, односно конкретна финансијска институција, не може имати седиште у земљи дужника, јер Програм Б-кредита (*B Loan Program*) настоји да привуче оф-шор капитал приватним пословним субјектима.

³² Тренутно, преко 174 међународних банака и институционалних инвеститора учествује у Програму Б-кредита, а многе од њих су европске комерцијалне банке.

³³ Као и у случају Светске Банке (*IBRD* и *IDA* институције) и других развојних мултилатералних институција, *преференцијални кредитни статус* не представља категорију правног карактера, већ, више, институт, који је устаљен у пословној пракси, а потврђен од стране држава чланица *IFC*-а, Банке за међународна поравнања (*Bank of International Settlement, BIS*), рејтинг агенција и других еминентних институција.

³⁴ Примера ради, Руска Федерација је, 17. августа 1998. године, најавила појачано реструктурирање државног дуга и увела мораторијум на исплате спољног дуга, у трајању од 90 дана, комерцијалним и финансијским субјектима. У то време, портфолио *IFC* кредита се састојао од два пројекта, са целокупним износом од 46 милиона долара, распоређен на 12 учесника (*participants*). Групација Светске Банке је од Русије затражила потврду *преференцијалног кредитног статуса*, а већ 28. августа, исте године, руска влада је издала саопштење којим потврђује да дугови према мултилатералним развојним агенцијама, укључујући *IFC*, не подлежу уведеној забрани.

позајмица порастао је са 6 година у 2012, на 8 година у 2013, док од 2014. износи 9 година.

Битно је напоменути да се кредити *IFC*-а, укључујући и оне са учешћем финансијских институција,³⁵ никада не укључују у општи план реструктурирања државних дугова, нити су икада били предмет нових новчаних обавеза државе, према договореном плану реструктурирања дугова.³⁶

2.4. СПОРАЗУМИ О ПОРТФОЛИО КРЕДИТИМА

Портфолио кредити представљају сложене кредитне аранжмане *IFC*-а, који се пласирају у складу са одредбама Програма управљања кредитним портфолиом (*Managed Co-Lending Portfolio Program, MCPP*), усвојеним крајем 2012. године, у оквиру ког финансијска средства за кредитирање пословних операција *IFC*-а обезбеђују, како приватни, тако и јавни институционални инвеститори, преношењем права управљања сопственим *инвестиционим портфолиом* на *IFC*. С тим у вези, инвестициони портфолио, који заинтересовани инвеститори предају на управљање *IFC*-у, представља

³⁵ Као резултат тешких платно-билансних проблема, Пакистан је стопирао отплату спољног дуга, средином јула 1998. године, а од августа и септембра те године је кренула акумулација заосталих обавеза према Групи Светске Банке, укључујући *IFC*. Портфолио *IFC* кредита се, у то време, састојао од, приближно, 545 милиона доара у А-кредитима и 310 милиона долара у Б-кредитима. Ове позајмице су биле диверзификоване преко 51 компаније у секторима енергије, грађевинских материјала, финансијских институција и текстила. Група СБ је интервенисала на највишем нивоу, како би олакшала решавање овог проблема. Пакистан је потврдио *преференцијални кредитни статус* *IFC*-а, али је указао на недостатак средстава којима би сервисирао дугове према преференцијалним повериоцима. Из тог разлога се пакистанска влада обавезала на што хитније укидање ових забрана. У споразуму са ММФ-ом и Светском Банком, новембра 1998. године, договорен је програм јачања макроекономске стабилизације и средњорочних структурних реформи, да би од 15. јануара 1999. године била одстрањена сва ограничења на плаћања *IFC*-у.

³⁶ Аргентина је, 24. децембра 2001. године, увела мораторијум на владине исплате спољног дуга, док је 2. јануара 2002. године напустила курс везивања пезоса за амерички долар. Уведен је двоструки девизни курс, који је касније напуштен. У то време, портфолио *IFC* кредита састојао се од око 800 милиона долара у А-кредитима и око 900 милиона долара кроз 28 Б-кредита. Због настале ситуације, *IFC* је затражила од аргентинске владе да омогући аутоматску конвертибилност и трансфер средстава за отплату кредита, како би на тај начин изузела ову институцију од нове регулативе, по којој се тражила претходна сагласност Централне банке за одобрење трансфера у инострану валуту. Као резултат, Централна банка Аргентине је из корпуса правила о девизним ограничењима, изузела плаћања *IFC*-у и другим међународним организацијама, те на тај начин дозволила сервисирање кредита *IFC*-а без одобрења Централне банке и *de facto* признала *преференцијални кредитни статус* *IFC*-а.

скуп краткорочних и дугорочних хартија од вредности (акција, обвезница, финансијских деривата, удела у инвестиционим фондовима итд.), у циљу смањења инвестиционих ризика и повећања сопствених прихода.

Да би се одређени инвестициони портфолио предао на управљање *IFC*-у, неопходно је закључивање Административног споразума (*Administration Agreement*) између ове финансијске институције и заинтересованих институционалних инвеститора, којим се ближе одређују права и обавезе ових пословних субјеката у току овог пословног односа, врши избор састава кредитног портфолиа, као и *уступање* хартија од вредности из *портфолиа* инвеститора на управљање *IFC*-у.

Укупан портфолио инвеститора се, након потписивања овог уговора, пребацује на рачун, у ту сврху креираног, посебног повереничког фонда (*IFC Trust Fund*), којим управља *IFC* и која поверена средства усмерава у кредитирање приватних субјеката у државама чланицама. У овој ситуацији, крајњи корисник ових средстава (*borrower*) у *директном* је односу, искључиво, са *IFC*-ом и потписује само *један* споразум о кредиту (*Loan Agreement*) са овом финансијском институцијом. Међутим, овај споразум о кредиту *IFC* са дужником потписује *два* пута и то: први пут, у своје име и за свој рачун, а други пут, као имплементациона агенција за поверенички фонд.³⁷

Као најбитнију карактеристику ове врсте кредитних инструмената *IFC*-а, издвојили би смо улогу институционалних инвеститора (приватних и јавних), који, у принципу, врше *пасивну* улогу у даљим кредитним операцијама *IFC*-а, што значи да ова финансијска институција једина врши *активну* инвестициону улогу и има потпуну слободу једностраног одлучивања о *пласману* финансијских средстава заложеног инвестиционог портфолиа. То значи да ова средства *IFC* употребљава у сопственим пословним операцијама широм региона и привредних сектора, у складу са сопственом стратегијом, циљевима и пословним проценама.

Међутим, иако *IFC* управља реализацијом пројекта у целини, финансијска средства инвеститора (из заложеног портфолиа) се исплаћују дужнику тек након одобравања исплате од стране инвеститора.³⁸ То, у принципу, значи да је обавезна *претходна сагласност инвеститора* на одредбе о *начину исплате* сваког кредита који се финансирају заложеним портфолиом, као и на *концентрационе лимите* ових средстава које *IFC* намерава да пласира дужнику. Поред тога, *IFC* је у обавези да, у свакој кредитној трансакцији, средства инвеститора пласира према унапред постављеним критеријумима, уз пристанак дужника. Такође, треба нагласити

³⁷ Berla, S.: *Attracting New Liquidity*, ECA Conference 2013, Paris.

³⁸ *Partnering with IFC Syndications*, September, 2012.

да се комерцијални ризик инвеститора поклапа са ризиком *IFC*-а у свакој трансакцији, док се ризик инвестиције и профит деле између *IFC*-а и инвеститора, према међусобно договореним критеријумима, обзиром да ова финансијска институција не наплаћује накнаде за управљање институционалним инвеститорима, већ своје приходе остварује рефундирањем из остварених кредитних приноса.³⁹

Кредит који се на овај начин пласира приватној компанији у држави чланици има *исте* карактеристике и услове као и самостални (*A*) кредити *IFC*-а, у смислу избора валуте кредита, лимита кредитних средстава, услова отплате, рокова доспелости, висине каматних стопа, грејс периода итд.

На основу напред наведених карактеристика оваквих кредитних аранжмана, можемо слободно истаћи да, у односу са дужником, *IFC* иступа као *комисионар* инвеститора, односно да финансијска средства инвеститора пласира дужнику у *своје име, а за рачун инвеститора*. То, практично, значи да је инвестициони портфолио *IFC*-а креиран по угледу на портфолио инвеститора према тзв. *blind pool* принципу, у коме није прецизиран инвестициони циљ који се жели постићи реализацијом прикупљених средстава.⁴⁰

2.5. СПОРАЗУМИ О МЕШОВИТИМ КРЕДИТИМА

Када су у питању мешовити кредити (*blended loans*), потребно је истаћи да ова врста кредитних аранжмана представља једину врсту пословних операција *IFC*-а, чија реализација подразумева *концесионалну* (повлашћену) компоненту, како у пласирању, тако и у отплати целокупног износа одобрених средстава.⁴¹

Наиме, основни принцип реализације ових кредита односи се на коришћење средстава *донатора* за финансирање *развојних* инвестиционих пројеката у државама чланицама са неразвијеним тржиштима, односно тржиштима у настајању. У овом случају, донатори стратешки користе своја

³⁹ Народна банка Кине је преко Државне управе за девизне послове (*State Administration for Foreign Exchange, SAFE*), септембра 2013. године, постала први партнер програма *MCPP* кредита. Управа је дугогодишњи партнер *IFC*-а, док се Народна банка Кине обавезала ће у наредних шест година дати на управљање средства у износу од 3 милијарде долара.

⁴⁰ Према овом принципу, средствима инвеститора се, најчешће, тргује у име конкретног појединца или компаније, у форми ограниченог партнерства (*limited partnership*), са малим бројем ограничења и заштитних мера (*safeguards*) по инвеститору.

⁴¹ Средства за реализацију мешовитих кредита *IFC*-а, тренутно, обезбеђују 74 приватна и јавна фондова, са укупно 25,4 милијарде долара имовине за инвестирање. У састав ових фондова улазе разни донатори, развојне финансијске институције и фондације.

финансијска средства у циљу *привлачења приватног капитала*, што имплицира директно усмеравање средстава приватних инвеститора у конкретне развојне секторе. Према неким схватањима, коришћење јавног капитала у оваким трансакцијама може привући и до десет пута већи износ почетног капитала кроз приватне инвестиције.⁴²

С тим у вези, мешовити кредити *IFC*-а подразумевају *заједничко* пласирање средстава инвеститора и сопствених средстава *IFC*-а, у склопу *једног* кредитног аранжмана конкретної приватної компанији, која реализује одређени развојни пројекат.⁴³ Средства инвеститора се, у овом случају, *донирају IFC*-у, која преузима обавезу њиховог пласирања, најчешће, у пројекте климатских промена, финансирања малих и средњих компанија, аграрни сектор, безбедност прехранбених производа, као и у здравствени систем и инфраструктуру.

Према томе, овакав принцип мешовитог кредитирања *IFC*-а подразумева комбиновање *концесионалних* услова отплате донаторских средстава са стандардним *комерцијалним* условима отплате сопствених средстава *IFC*-а, која се, према нашем мишљењу, пласирају у форми *A-кредита*. Међутим, иако овакав принцип кредитирања садржи концесионалну компоненту, овај механизам се, ипак, разликује од *механизма повлашћеног финансирања* према критеријумима Организације за економску сарадњу и развој (*OECD*). У складу са званичном дефиницијом Комитета за помоћ у развоју (*OECD Development Assistance Committee*), „повлашћеност“ финансирања захтева да минимално 25% кредита буде у форми *донације*. Ипак, приметно је да пословна прака *IFC*-а минимализује удео субвенција, односно степена повлашћеног финансирања, у укупном износу ове врсте кредита, како, у том случају, не би био смањен удео приватног капитала.⁴⁴

Процес прикупљања и управљања средствима донатора врши се преко Јединице за мешовито финансирање (*IFC's Blended Finance Unit*), основане јула 2008. године,⁴⁵ која донирана средства пласира у развојне секторе, заједно са сопственим средствима. Извршни део ове јединице представља Корпорацијска комисија, која је задужена за одобравање кредитних услова, структуру кредитног аранжмана, као и начине коришћења концесионалних средстава у реализацији мешовитих кредита *IFC*-а.

⁴² *Blended Finance Vol. 1: A Primer for Development Finance and Philanthropic Funders*, ReDesigning Development Finance Initiative, A joint initiative of the World Economic Forum and the OECD, World Economic Forum, September 2015, стр. 8.

⁴³ Примера ради, *IFC* је пласирала ову врсту кредита у две соларне електране у Јужној Африци, у вредности од 41,5 милиона долара, што представља прву велику инвестицију у ову технологију.

⁴⁴ *IFC blended finance*, Bretton-Woods Project, Inside the Institutions, 26 June 2013.

⁴⁵ *Blended Finance at IFC: Blending Donor Funds for Impact*, October 2012.

Потребно је истаћи да се ова врста кредита *IFC*-а реализује само у ситуацијама када такве инвестиције могу довести до комерцијалне одрживости, обично у року од 5 до 8 година, док се финансијска надокнада приватним инвеститорима реализује у складу са тржишним очекивањима, на основу стварних и очекиваних ризика.⁴⁶ Поред тога, структура мешовитих кредита подразумева ниже каматне стопе, употребу инструмената за поделу ризика, дуже рокове доспећа, као и пласирање кредита са нижим степеном приоритета исплате.

На основу напред наведеног можемо закључити да средства пласирана у форми мешовитих кредита, формално, не представљају субвенцију, већ одређени облик *донаторске инвестиције*, која ублажава изазове тржишних препрека.

IV САРАДЊА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА МЕЂУНАРОДНОМ ФИНАНСИЈСКОМ КОРПОРАЦИЈОМ И ЊЕНЕ ДАЉЕ ПЕРСПЕКТИВЕ

Бивша Социјалистичка Федеративна Република Југославија била је једна од земаља учесница Бретонвудске конференције (1944. године) и оснивач Међународног монетарног фонда (ММФ) 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. У складу са одлуком Међународног Монетарног Фонда, СФРЈ је искључена и из чланства Светске Банке у фебруару 1993. године.

На састанку 8. маја 2001. године, Одбор извршних директора Светске Банке утврдио је да је СРЈ испунила услове да наследи чланство СФРЈ, по истом начелу као и у ММФ-у, а да се чланство рачуна ретроактивно, од 25. фебруара 1993. године, до када се чланом сматрала СФРЈ. У 2003. години, након усвајања Уставне повеље, државна заједница Србија и Црна Гора наследила је сва права СРЈ у Светској Банци.

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

На основу тога Република Србија је продужила финансијску сарадњу са *IFC*-ом и то путем реализације више кредитних споразума.

⁴⁶ Од 1996. године, *IFC* је одобрила 407 милиона долара концесионалних средстава за инвестиционе и саветодавне пројекте, док је укупно прикупљено више од 4 милијарде долара.

Последњи кредитни споразум Међународна финансијска корпорација (*IFC*) је закључила са домаћом компанијом *Eurobank EFG a.d. Beograd*, у вредности од 35 милиона долара. Одобрена средства служе као додатно покриће портфолиа банке за финансирање хипотекарних кредита и других трговачких активности, док се целокупан кредитни аранжман састоји од два кредита (за хипотекарне кредите у износу од 15 милиона евра, а за финансирање трговачких активности 20 милиона евра).⁴⁷

У области изградње ветро-електрана, склопљен је споразум са домаћом компанијом *Ветроелектране Балкана д.о.о. (Dolovo Wind)*, о изградњи енергетског постројења, јачине 158 MW. Домаћа компанија је у потпуном власништву америчке компаније *Continental Wind Partners LLP*.⁴⁸ Учешће *IFC*-а у овој финансијској конструкцији састоји се из два кредита и то: самосталног кредита ове институције од 70 милиона евра (који се може повећати за додатних 45 милиона евра) и кредита од 25 милиона евра, које обезбеђују остали кредитори овог пројекта, односно Европска банка за обнову и развој (*European Bank for Reconstruction and Development, EBRD*) и Прекоморска корпорација за приватне инвестиције (*Overseas Private Investment Corporation, OPIC*).

Поред тога, пројекат који финансира изградњу обновљивих извора енергије, *Alibunar WPP*,⁴⁹ склопљен је између домаће компаније *Electrawinds Serbia d.o.o.* и *IFC*-а. Домаћа компанија представља ентитет посебне намене (*special purpose entity*) и основана је само због развоја овог пројекта, од стране матичне фирме, *Electrawinds SE* из Белгије. Трошкови пројекта процењени су на 80 милиона евра (без обрачуна пореза на додату вредност), са учешћем *IFC*-а на основу три кредита: самосталног кредита, за сопствени рачун, у износу од 16 милиона евра, партиципативног удруженог кредита од 39,2 милиона евра и кредита изражених у неконвертибилним валутама од 4 милиона евра. Матична компанија (*Electrawinds SE*) учествује са 20,8 милиона долара капиталних улагања, са урачунатим порезом на додату вредност.

У области пољопривредне производње, *IFC* је са домаћом компанијом *Victoria Group a.d* склопила споразум о инвестиционом кредиту, за финансирање обртног капитала и дугорочно реструктурирање дугова

⁴⁷ Одбор извршних директора је одобрио средства 26. јуна 2015. године, а инвестирање је почело 22. септембра 2015. године.

⁴⁸ Приближна вредност инвестиције износи око 280 милиона евра, док се почетак изградње очекивао за другу половину 2015. године, а реализација комерцијалних операција је планирана за 2016. годину. Међутим, реализација овог пројекта, који је одобрен 15. априла 2015. године, је стопирана.

⁴⁹ Овај инвестициони споразум је одобрен 31. маја 2013. године, али се још увек чека потписивање осталих уговорних страна.

компаније. Финансирање овог пројекта *IFC* врши преко самосталног кредита у износу од 60 милиона евра, директним исплатама средстава домаћој компанији, без посредовања финансијских компанија.⁵⁰

Инвестиционо кредитирање банкарског сектора у нашој земљи реализује се и путем споразума *Комерцијалне Банке АД Београд* и *IFC*-а, преко *KBB Mortgage* пројекта.⁵¹ На овај начин *IFC* пружа тзв. „виши кредит“ (дужник примарно отплаћује дугове по основу оваквог кредита) у износу од 50 милиона евра, на 7 година отплате, укључујући 2 године грејс периода, за реализовање хипотекарних кредита и кредитирање најсиромашнијих грађана.

Осим тога, *IFC* је склопила споразум о инвестиционом кредитирању са домаћом компанијом *MK Group d.o.o.*, тзв. *Project Sava*, за финансирање вертикалног и хоризонталног проширења пословања компаније у новим секторима. У овом пројекту *IFC* учествује у виду самосталног кредита, вредности 55,82 милиона долара.⁵²

У области индустријске производње, *IFC* је закључила инвестициони споразум са домаћом компанијом *Вино Жуна АД (Vino Zupa AD)*,⁵³ који се реализује у форми самосталног кредита *IFC*-а за финансирање капиталних инвестиција од 12 милиона евра, што укључује улагања у додатни процес флаширања, капацитете воћних концентрата и инвестиције у енергетском блоку од 3 милиона евра. Поред тога, за испуњење стандарда здравствене, социјалне и заштите животне средине *IFC*-а и ЕУ, обезбеђено је још 1,5 милиона евра.

Остали кредитни инвестициони споразуми који су, тренутно, на снази између *IFC*-а и домаћих компанија су: *PMC Serbia*,⁵⁴ *KBB_SubDebt*,⁵⁵

⁵⁰ Пројекат је одобрен 19. новембра 2012. године, а *IFC* је до сада исплатила 74,13 милиона долара.

⁵¹ Пројекат се реализује од 29. октобра 2014. године, а *IFC* је инвестирала 66,93 милиона долара.

⁵² Реализација инвестиционих активности *IFC*-а почела је 3. августа 2012. године.

⁵³ Одбор извршних директора одобрио је реализацију финансијских средстава 3. децембра 2012. године, а до сада је исплаћено 16,52 милиона долара.

⁵⁴ Споразум, са једне стране *CLN Group* и *Pronta Group*, италијанских компанија ауто-делова и, с друге стране, *IFC*-а о заједничком оснивању фабрике за обраду метала у нашој земљи (Гросница, Крагујевац). *IFC* учествује са 20 милиона евра „вишег“ кредита, од укупно 37 милиона евра вредности инвестиције (11. мај, 2012. године).

⁵⁵ Овим споразумом се обезбеђује финансијска подршка за пружање дугорочних кредита Комерцијалне Банке АД Београд, што треба да омогући развој приватног сектора и одрживи економски раст. Инвестиција се финансира у износу од 75 милиона евра, на период отплате од 6 година, преко *IFC Capitalization (Subordinated Debt)* фонда или директно од *IFC*-а (30. децембар 2011. године).

*UniCredit AGRI,*⁵⁶ *Farmakom MB,*⁵⁷ *EFGSerbia,*⁵⁸ *Cacanska Banka, Kronospan CEE-RS, PWW Deponija d.o.o. Jagodina, PWW Deponija Dva d.o.o. Leskovac* и *BRF KBB Convertible.*⁵⁹

V ПЕРСПЕКТИВЕ ДАЉЕ САРАДЊЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА МЕЂУНАРОДНОМ ФИНАНСИЈСКОМ КОРПОРАЦИЈОМ

Што се тиче даље економске перспективе Републике Србије, извесно је да она ни убудуће неће моћи без сарадње са снажним међународним финансијским институцијама, превасходно глобалним финансијским „магнатима“, као што су пре свих ММФ и Групација Светске Банке (тј. њене функционалне финансијске структуре, IBRD, IDA, као и IFC), због низа структурних и других проблема.

Иако је за последње две године направљен солидан помак у процесу спровођења економских реформи у Србији, ипак су јасно уочљиве одређене препреке: забрињавајуће низак ниво домаће акумулације; видан, али недовољан степен привредног раста од 1,5% (за разлику од 2016. године, када је исти био негативан од 0,5%); симболичан раст производње (индустријске 10,4% и пољопривредне 7,8%, 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 2016. године износи 61 милијарду динара); висока стопа незапослености (за период јануар-септембар 2017. износи 16,3%); одлагање спровођења комплетног сета структурних

⁵⁶ У форми „вишег“ кредита *IFC* позајмљује финансијска средства домаћој компанији, *UniCredit Srbija AD*, за финансирање пољопривредног сектора и лакшем приступу хипотекарним кредитима сиромашнијег становништва. Овај пројекат је одобрен 5. августа 2011. године, у висини од 55 милиона евра.

⁵⁷ У сарадњи са овом домаћом компанијом, *IFC* пружа финансијску и саветодавну помоћ (област корпоративног управљања). Инвестициона компонента се односи на обезбеђивање додатних финансијских средстава за реструктурирање дугова, финансирање капиталних инвестиција, као и финансирање обртног капитала. Финансирање *IFC*-а се реализује у форми самосталних кредита од 40 милиона евра и у форми удружених кредита (заједно са неколико домаћих комерцијалних банака) од 60 милиона евра. До сада је Одбор извршних директора *IFC*-а одобрио средства у износу од 59,44 милиона долара (инвестирање је почело 13. октобра 2011. године).

⁵⁸ Средства *IFC*-а се, према овом аранжману, користе за кредитирање микро, малих и средњих компанија у нашој земљи. Домаћа компанија *Eurobank EFG a.d. Beograd*, у форми „вишег“ кредита примила је средства у износу од 50 милиона евра, почевши од одобравања споразума, 20. децембра 2010. године.

⁵⁹ Више о свим инвестиционим кредитним инструментима *IFC*-а видети на: <http://ifcextapps.ifc.org/ifcext/spiwebsite1.nsf/frmshowview?openform&view=CRUDate&start=1&count=100&page=1>.

реформи, још од времена глобалне економске кризе; висок ниво корупције; као и други социјални и економски проблеми.

На тај начин, дакле, даља сарадња са ИФС-ом је нужност, али приликом закључивања кредитних споразума са овом финансијском институцијом ваља повести рачуна о неколико битних момената.

Пре свега, дужну пажњу треба посветити „дозираниости“ ових кредита, у смислу „свежих задуживања“ и то само под условима пуне оправданости. На то упозорава висок спољни дуг Републике Србије, који је на крају 2016. године износи 32 милијарде долара (од чега јавни дуг чини 23,5 милијарди долара, односно 68% БДП-а и дуг приватног сектора од 8,5 милијарди долара). С тим у вези, нови кредитни аранжмани са овом институцијом морају се усмеравати у приватне домаће компаније (из области производње, инфраструктуре, пољопривреде, услуга, финансијског сектора и др.), које ће бити носиоци развоја приватног сектора, као једног од кључних катализатора укупног привредног прогреса наше државе. Зато смо мишљења да Република Србија, иако у пословним операцијама са ИФС-ом нема обавезу њиховог обезбеђивања у виду државних гаранција, ипак треба да разради механизме „приоритета“, макар у оном сегменту где је учешће државе у реализацији одређеног пословног пројекта неопходан услов за добијање кредита ове финансијске институције.

Не сме се, такође, смести са ума да кредити ИФС-а спадају у групу тзв. „скупих кредита“, јер је реч о финансијској организацији која послује на комерцијалним (профитабилним) принципима, чије су „услуге“ скупе, па врло често доводе и до непремостивих финансијских потешкоћа корисника ових средстава.

Такође, мора се беспоговорно инсистирати на доследном поштовању обавеза корисника из кредитног споразума са ИФС-ом (наменско коришћење средстава, њихово редовно сервисирање, неутралисање корупционашке праксе и сл.), јер се тиме брани и углед Републике Србије, у смислу њеног адекватног вредновања и рангирања у сложеном систему међународних финансијских односа. Такав тренд је нужност, јер нам то отвара врата даљој успешној сарадњи са свим крупним међународним финансијским институцијама, али и обезбеђује што ефикаснији прилив и страног приватног капитала у домаће привредне токове. Другим речима, увек постоји корелација између позитивних ставова моћних финансијских организација и поверења страних приватних улагача у квалитет и стабилност домаћег привредног амбијента. Најбољи пример за то је управо став овлашћене агенције за процену кредитног рејтинга - *Moody's*, која је 2016. године изменила кредитни изглед Србије са „стабилног“ на „позитивни“, а што је умногоме допринело појачаном упливу страних приватних, пре свега, директних инвестиција у привредне токове Републике Србије.

Bratislav MILANOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

CHARACTERISTICS OF CREDIT ARRANGEMENTS OF THE
INTERNATIONAL FINANCIAL CORPORATION - SPECIFIC FINANCIAL
INSTITUTION WITHIN THE WORLD BANK GROUP

Summary

The International Finance Corporation, as a member of the World Bank Group, is one of the largest development institutions whose field of operation is exclusively focused on the private sector of its member states, primarily those developing. More precisely, the business operations of this institution are reduced to short-term and long-term financing of private companies of member states in various segments of economic activity (production, infrastructure, agriculture, services, financial sector etc.). In order to realize the above mentioned tasks, the International Finance Corporation, in accordance with its legal and economic organization, has various financial mechanisms at its disposal, among which the credit function takes the dominant position. In doing so, this function of the International Financial Corporation is realized through a whole spectrum of loan agreements concluded with the beneficiaries of its funds, which we, for the sake of theoretical perfection, have divided into agreements on independent, associative, participative, portfolio and mixed loans. All these loan agreements are, therefore, functionally conceptualized in the development of the private sector of its member states, since this sector is one of the key catalysts for the overall economic progress of each of them. However, one should not ignore the fact that the loan agreements of the International Financial Corporation are of a commercial character (as well as the loan arrangements of all major international financial organizations) and that they are structured in order to make a profit, because of that, the conclusion of new agreements with this financial institution must be justified and in the function of the overall economic development of the member states.

Keywords: *credit functionality; development of the private sector of the Member States; commercial character of loan agreements; a real assessment of the justification of the use of loan funds.*

ЛИТЕРАТУРА

Adede Andronico Oduogo: *Legal trends in international lending and investment in the developing countries*, Collected Courses of the Hague Academy

of International Law, The Hague Academy of International Law, Volume 180, 1983;

Audit, Mathias: *Insolvabilité' des Etats et dettes souveraines*, LGDJ, Paris, 2012;

Berla, Stefania: *Attracting New Liquidity*, ECA Conference 2013, Paris;

Blaise, Jean-Bernard - Fouchard, Philippe: *La valeur juridique de la syndication*, y Blaise, J.B.; Fouchard, P.: *Les euro-credits: un instrument du système bancaire pour le financement international*, Libraries Techniques, Paris, 1981;

Bloch, Pascale: *La sous-participation bancaire, un instrument du système bancaire pour le financement international*, y Blaise, J.B.; Fouchard, P.: *Les euro-credits: un instrument du système bancaire pour le financement international*, Libraries Techniques, Paris, 1981;

Wood, Philip R.: *International loans, bonds, guaranties and legal opinions*, (2nd), The Law and Practice of International Finance Series, Vol. 3, Sweet & Maxwell, London, 2007;

Donaldson, Thomas H.: *International lending by commercial banks (International banking series)*, Macmillan, London, 1979;

Kalderen, Lars; Sidiqi, Qamar S.: *Sovereign Borrowers, Guidelines on Legal Negotiations with Commercial Lenders*, Dag Hammarskjöld Foundation, London, 1984;

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

Milanović, Stefan; Ristić, Jelena: *Loan Agreements of the IFC in the Perspective of Agricultural Financing*, Sustainable agriculture and rural development in terms of the Republic of Serbia strategic goals realization within the Danube Region (development and application of clean technologies in agriculture), Institute of agricultural economics Belgrade, Belgrade, 2017;

Mugasha, Agasha: *The law of multi-bank financing, Syndicated Loans and the Secondary Loan Market*, Oxford University Press, 2007;

Olivares-Caminal, Rodrigo: *Understanding the pari passu clause in sovereign debt instruments: a complex quest*, The International Lawyer, Vol. 43, No. 3, 2009;

Semkow, Brian W.: *Syndicating and rescheduling international financial transactions: a survey of the legal issues encountered by commercial banks*, The International Lawyer Vol. 18, No. 4, 1984;

Tudor John, W.: *Sovereign risk and immunity under English law and practice*, y: Rendell R.S.: *International financial law*, 2nd edn, Euromoney, London, 1983;

Carver, Jeremy P.: *The development of market in participations in syndicated loans and acceptance credits: some legal pitfalls and their solution*, y: Pierce, D.G., Chan, H., Lacroix, F.E., Pillai, P.N.: *Current issues of international financial law*, Malaya Law Review and Butterworths, Singapore, 1985.

Др Марија КРВАВАЦ*

341.93:347.5

УНИФИКАЦИЈА КОЛИЗИОНИХ ПРАВИЛА ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

Апстракт: Интензивно повећање обима међународне размене добара и услуга условило је појаву све већег броја грађанскоправних деликата, правно и чињенично повезаних са две или више држава. Вануговорна одговорност за накнаду штете утврђује се унутрашњим прописима међународног приватног права и међународним изворима норми, међу којима треба разликовати оне у којима су садржане унификоване норме о вануговорној одговорности за проузроковану штету у појединим областима и изворе које садрже само колизионе норме. Различита су подручја на која се односе међународни правни документи. У оквиру Хашке конференције за међународно приватно право питање сукоба закона у материји деликата регулисано је по појединим областима за које је било могуће постићи сагласност држава чланица у погледу конвенцијских текстова.

Тенденција развоја колизионе регулативе, уопште, иде у правцу напуштања фиксних решења и прихватања принципа најближе везе у својству алтернативног или искључивог решења.

Кључне речи: *деликтна одговорност, меродавно право, Хашка конференција, штета.*

УВОД

Еволуцију у регулисању вануговорне одговорности за проузроковану штету у доктрини грађанског права означиле су тридесете године прошлог века. Тежње теорије и праксе бивају све више усмерене ка ефикаснијој и праведнијој надокнади штета насталих у многим случајевима као последица употребе опасних материјала и опасним производима.¹ Све чешће се указује на потребу интервенције државе која би требало да обезбеди заштиту оштећених лица, најчешће економски слабије стране у односу на одговорну страну. Трансформација правила о грађанској одговорности утицала је да се измени став о видовима одговорности и начину обаштећења, да се посебно регулише положај појединих социјалних категорија, правни положај

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, marija.kravac@pr.ac.rs.

¹ Ближе, Jossierand Louis., *L' evolution de la responsabilité*, Paris, 1937, стр.7

потрошача и одговорност произвођача према њима. Доношењем више међународних конвенција које садрже материјалноправна и колизионоправна решења није нестао проблем мањих или већих разлика у регулисању елемената вануговорног односа. Приличан број правних система са класичним правилима о накнади штете чини актуелним решавање сукоба закона у овој области.

Европске земље су чланице двостраних и вишестраних међународних правних докумената који садрже посебна колизиона решења у материји накнаде штете. Примена конвенцијских правила у земљама које нису чланице ЕУ, а које су стране уговорнице, могла би у будућности зависити од резултата процеса придруживања овој регионалној међународној организацији, имајући у виду питање разграничења поља примене извора секундарног и конвенцијског права.

Упркос честој непримењивости и крутости у условима савременог развоја деликтних односа, решење *lex loci delicti commissi* је у многим националним законодавствима задржало положај нечелног решења и поред спроведених правних реформи. Од правила места штетне радње, као категорије везивања може се одступити у корист заједничког права странке, права заједничког држављанства или заједничког пребивалишта (боравишта); права меродавног за већ постојећи однос *lex causae*; права ближе везе, избора између места радње и места настанка штете и споразумног избора меродавног права-*lex autonomiae*.² У систему права ЕУ извршена је кодификација колизионих правила за вануговорне обавезе Уредбом Рим II, која има за циљ да помири интересе европских држава у сфери колизионог права вануговорних обавеза, постојеће прописе Уније и национално законодавство.

Имајући у виду да право државе у којој је деликт наступио није увек право у најближој вези са спорним односом поједина национална законодавна решења су претрпела одређене допуне. Потреба да се предвиде додатне везујуће околности којима би се опште решење учинило елестичним и постигла правичност коначног решења омогућила је да принцип најближе везе, кроз утицај колизионог права земаља "општег права" у европским земљама, добије свој пуни израз у тзв. клаузули одступања (изузетак од примене правила *lex loci damni*). Пре унификације Уредбом Рим II поједина национална колизиона права нпр. аустријско упућују на примену права у најближој вези не утврђујући конкретно које је то право. Радило се о отвореним клаузулама у оквиру којих су судови могли да примењују колизиона правила по службеној дужности. Систем комунитарног деликтног

² Томљеновић Весна., *Поморско међународно приватно право, Вануговорна одговорност за штету и проблем избора меродавног права*, Правни факултет Ријека , 1998, стр.73 .

међународног приватног права полази од тога да ближа веза постоји када одговорно и оштећено лице имају исто држављанство или домицил на истој територији.

У *common law* системима колизионо деликтно право почива на нешто другачијим правилима. Доминантан однос енглеског права (*lex fori*) наспрам страног (*lex loci delicti commissi*) прекинут је одлуком у спору *Boys v. Chaplin*.³ У складу са том одлуком штетан догађај треба да је противправан према *lex fori* али и према *lex loci delicti commissi*. Међутим, одлука је познатија по томе што је установила правило да судија, ако за то постоје оправдани разлози, може одступити од кумулативне примене у корист примене права које је у најближој вези са спорним односом чак и ако је то неко треће право (*the proper law of tort*). Право државе које има најтешњу везу са спорним односом указује на примену битне околности од значаја за предмет спора.⁴ Упркос томе што су се енглески судови позивали на право у ближој вези са спорним односом само када је оно, по правилу, било и енглеско право, ова одлука је означила крупан корак у обликовању колизионог права.

Правило ближе везе прихвата америчка доктрина и судска пракса⁵ кроз принцип *the most significant connection principle*, нормираног у Другом *Restatementu*.⁶ Америчка колизиона регулатива омогућује суду да у сваком конкретном случају изабере, као меродавно, право које је са спорним питањем у најближој и најзначајнијој вези. Одлучујуће околности које треба да доведу до меродавног права су место где се повреда догодила; место где је извршена штета радња; пребивалиште; боравиште; место регистрације и место пословања странака; место где однос између странака има седиште, ако

³ Чињенице случаја су указивале на следеће: туженик и тужилац са пребивалиштем у Енглеској привремено су боравили на Малти за време одслужења војног рока. Тужиоц се на мотоциклу сударио са тужеником који је непажљиво возио аутомобил регистрован у Енглеској. Малтешко право је омогућавало тужиоцу само право на накнаду имовинске штете, а према енглеском је било могуће накнадити и нематеријалну штету. Проблем сукоба закона се односио на опсег штете. У то време страном праву места настанка штете примењивало се само на противправност штетне радње а за сва остала питања примењивало се домаће право. Суд је применио енглеско право и досудио накнаду и материјалне и нематеријалне штете. Апелациони суд је у другом степену потврдио одлуку с тим што су судије различито правдале примену енглеског права. Међу њима је било ставова да је енглеско право *the proper law of tort*. Вид. *Morris John Humphrey Carlile, "The Conflict of Laws"*, 1993, London, 4. изд., стр.546.

⁴ *Morris J.H. C., "The proper Law of tort"*, *Harvard Law Review*, 64, 1951, стр 51.

⁵ *Morris*, цит дело, 89.2; У спору *Babcock v. Jackson*, 12 N Y. 2d 473, 191 NE 2d 279. Ближе, Варади Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Београд, 2010, стр.424.

⁶ § 145.st.1. *Restatementa*.

такав однос постоји.⁷ *Restatement* изричито предвиђа да се меродавно право одређује искључиво за спорно питање, али не и за вануговорну одговорност за штету уопште. Правило најближе везе је као колизионо решење усвојено начелно за све деликте и за сва питања која из вануговорне одговорности произиђу. Поред тога, предвиђа се и више решења за специфичне деликте као што су оштећење ствари, личне повреде, злонамерно изношење чињеница (*fraus legis*), клеветање, повреда права на приватни живот, међународна клевета и сл. Упркос критикама да ово колизионо решење не даје довољно јасне смернице за решавање сукоба закона, оно се примењује у највећем броју америчких држава.⁸

1. УНИФИКАЦИЈА КОЛИЗИОНИХ НОРМИ МЕЂУНАРОДНОГ ДЕЛИКТНОГ ПРАВА НА ПОДРУЧЈУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Почетком примене, односно ступањем на снагу Уредбе ЕУ бр. 864/2007 (Уредба Рим II) о праву које се примењује на вануговорне обавезе, престају да важе аутономне одредбе колизионог деликтног права у државама чланицама, изузев Данске.⁹ Уредбе постају главни извор европског међународног приватног права ступањем на снагу Уговора из Амстердама 1. маја 1999. године.¹⁰ Доношењем Уредбе о меродавном праву за вануговорне обавезе у оквиру Европског Парламента и Савета Европске Уније започиње обликовање новог европског међународног деликтног права. У том оквиру, општи циљ уније представља изградња слобода, правне сигурности и правног простора у коме се гарантује слобода кретања лица.¹¹ Уредбе Рим II је донета са циљем унификације колизионих одредаба аутономног права држава чланица ЕУ и спречавања *forum shopping*¹² на подручју вануговорне одговорности за штету. То би на крају требало да олакша примену начела узајамног признања пресуда у грађанским и трговачким предметима.

⁷ §145 опште начело ; Ближе Крешимир Сајко, "Основне напомене уз пријевод другог Ресетимента права о сукобу закона" Приноси, Загреб, 1975, 8. стр.75-76.

⁸ Reese Willis, "Recent Developments in Torts Choise law thinking in the United States" Columbia Journal of Transnational Law ", New York, 1969, стр.190.

⁹ Службени Лист ЕУ L 199/40 од 31.07. 2007.

¹⁰ Уговор из Амстердама о измени Уговора о Европској унији, Уговора о оснивању Европске заједнице и других са њима повезаних аката.ОЈ ЕС 1997,С-340/01

¹¹ Вид. чл. 2. ал. 4 Уговора о ЕУ.

¹² Nagell Heinrich, Gottwald Peter, "Internationales Zivilprozessrecht", Köln, 2007, стр. 166; Разлози за доношење Уредбе и објашњења њених одредаба изложени су у првом предлогу Комисије ЕЗ са меморандумом 22. јула 2003, СОМ (2003) 427, ОЈ 2004 С96/8,4-6.

Поље примене Уредбе представљају грађански и трговачки спорови са елементом иностраности при одређивању меродавног права за вануговорну одговорност за штету. Насупрот томе, примена овог документа је посебно искључена код фискалних, царинских, управних спорова као и код одговорности државе за радње и пропусте у вршењу власти. Уредба се не примењује нити на вануговорне обавезе у породичноправним односима, наследноправним односима, у вези са меницом, чеком и другим преносивим хартијама од вредности, у вези са правом привредних друштава и личног одговорношћу чланова трговачког друштва за обавезе друштва, у трустовским односима, нуклеарним штетама, у вези са кршењем права на приватност лица, у вези са доказима и поступком, не дирајући у одредбе чл. 21. и 22. Уредбе.¹³

Европски законодавац напушта двоструки колосек европског међународног приватног права, различито постављен када се ради о приватноправном спору субјеката држава чланица у односу на државе нечланице, на штетне догађаје настале након њеног ступања на снагу тако што се правила Уредбе имају примењивати универзално без обзира на то да ли је реч о праву чланице или нечланице.¹⁴ Осим тога, овај инструмент комунитарног права не дира у примену међународних уговора чије су странке једна или више држава чланица ЕУ, у време њеног ступања на снагу а које садрже колизиона правила за вануговорну одговорност за штету.¹⁵ Наиме, Рим II Уредба ће по правној снази бити испред међународних уговора закључених искључиво између две или више држава чланица, ако су тим међународним уговорима уређени односи садржани у овој Уредби.¹⁶ Након ступања на снагу она се непосредно и директно примењује у државама чланицама као општи и обавезујући акт, чиме је по правној снази изнад аутономног колизионог права држава чланица. Хашки програм који је Европски Савет донео 5. новембра 2004. позвао је на активни наставак рада у вези са правилима у вези сукоба закона који се тичу вануговорних обавеза (чл. 5.).

У одређивању меродавног права за вануговорну одговорност за штету Уредба Рим II предвиђа комбинацију објективних и субјективних одлучујућих чињеница, као и примену принципа најближе везе. У својству опште одлучујуће чињенице европски законодавац је предвидео место штете, а као изузетке од општег правила заједничко редовно боравиште штетника и

¹³ Чл.1. ст.2. т.а, т. б., т.ц., т.д., т.е., т.ф., т.г.; Чл.1. ст. 3. Уредбе.

¹⁴ Завршним одредбама је предвиђено да се Уредба има примењивати на вануговорну одговорност за штету ако је штетна радња која је узроковала штету настала после 11. маја 2009. године.

¹⁵ Чл. 28. ст. 1. Уредбе.

¹⁶ Чл. 28. ст. 2. Уредбе.

оштећеног, право у очигледно најужој вези уз одговарајуће чињенице и страначку аутономију воље. Дакле, суд државе чланице у спору поводом вануговорне одговорности полази од права државе у којој је штета настала, без обзира на то где се штетни догађај десио и где су наступиле непосредне последице тог догађаја.¹⁷ Од општег правила постоје два изузетка и то када и оштећени и лице које је проузроковало штету имају уобичајено боравиште у истој држави и применом избегавајуће клаузуле. Уколико је из околности случаја јасно да одговорно лице и оштећени имају уобичајено боравиште у истој држави у време настанка штете произилази да је деликт очигледно ближе повезан са државом која није она на која упућују предходна правила, тако да је меродавно право државе у ближој вези.

У суштини, опште правило Уредбе потврђује примену *lex loci delicti*, али да би се избегла правна несигурност у случају када су последице штетне радње у различитим државама, ово решење је конкретизовано кроз примену права државе у којој је наступила непосредна штета. За непоредну штету насталу у више држава треба кумулативно применити права свих тих држава.

Поред општих, Уредба садржи и посебна правила за деликтну одговорност која произилази из штете проузроковане неким производом.¹⁸ Меродавно право подразумева право државе у којој лице за које се тврди да је одговорно и оштећени имају уобичајено боравиште у време настанка штете. Уколико то није случај примениће се колизионе норме које прописују примену права државе у којој оштећени има уобичајено боравиште у тренутку настанка штете, ако је производ који је проузроковао штету стављен у промет у тој држави; право државе у којој је производ који је проузроковао штету набављен, под условом да је тај производ стављен у промет у тој држави или право државе у којој је настала штета, под условом да је производ који је проузроковао штету стављен у промет у тој држави. Према "клаузули предвидљивости" уколико оштећени докаже да није разумно могао предвидети присутност тога производа, или производа исте врсте, на тржишту државе чије је право меродавно према претходним тачкама, меродавно је право државе у којој оштећени има уобичајено боравиште (чл.5.).

Посебно колизионо решење предвиђено је и за штету насталу из аката нелојалне конкуренције и аката који ограничавају слободну конкуренцију, као и за обавезе настале услед штете нанете животној средини. У ову групу спадају и колизиона правила за штету насталу повредом права интелектуалне

¹⁷ Чл. 4. ст.1. Уредбе.

¹⁸ Чл. 1. ст. 5; У Луксембургу, Словенији, Финској, Француској, Холандији и Шпанији и даље се примењују одредбе Хашке конвенције о меродавном праву за одговорност за производе. Вид. Lowrence Collins, Dicey and Morris on the *Conflict of Laws*, London, 2006., стр.35-211.

средине као и за вануговорну обавезу у вези с одговорношћу запосленог, или послодавца или њихових удружења за штету проузроковану штрајком или *локаутом* ("industrial action"). Трећи део Уредбе упућује на одређивање меродавног права за обавезе настале из стицања без основа, пословодства без налога (*negotiorum gestio*), као и одговорност за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*)¹⁹.

Странке имају могућност избора меродавног права по основу колизионе аутономије воље, након што се штетни догађај десио. Међутим, уколико су сви битни елементи случаја у тренутку када се штетни догађај одиграо везани за државу чије право није изабрано, странке избором права неке друге државе не могу дерогирати императивне норме права у најтешњој вези.²⁰

У погледу саобраћајних незгода Уредба Рим II није постигла потпуну унификацију колизионих правила. У државама чланицама ЕУ које су уговорнице Хашке конвенције о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде из 1971. та конвенција је и даље на снази и има предност над Уредбом.²¹ Наиме, Уредбу примењују државе које нису уговорнице Хашке конвенције,²² док државе чланице примењују конвенцију²³ изузев Данске у којој важе унутрашња правила о вануговорној одговорности за штету. За разлику од појединих других облика штета, саобраћајне друмске незгоде нису обухваћене посебним колизионим решењима већ се примењују опште норме (чл.4.) односно право места у коме се штета догодила, као објективна одлучујућа чињеница и (чл. 14.) страначки избор меродавног права, субјективни избор колизионог решења.

У Преамбули Уредбе учињен је покушај заштите интереса оштећеног тако што *"према важећем националним правилима о накнади штете жртвама саобраћајних несрећа у случајевима у којима се несрећа догодила у држави различитој од оне у којој жртва има уобичајено боравиште, суд пред којим је покренут поступак треба при израчунавању накнаде штете узети у обзир све релевантне околности које се односе на ту жртву,*

¹⁹ Вид. чл. 10, 11, 12 Уредбе.

²⁰ Чл. 14. ст.2.

²¹ Сходно чл. 28 ст.1; У образложењу Предлога Уредбе стоји да је ова одредба усвојена због тога да државе чланице које су странке таквих међународних уговора због примене Уредбе не почине повреду међународног права према државама које нису чланице.

²² Бугарска, Естонија, Финска, Грчка, Ирска, Италија, Мађарска, Немачка, Португалија, Румунија, Шведска, Велика Британија.

²³ Аустрија, Белгија, Чешка, Француска, Литванија, Летонија, Луксембург, Холандија, Хрватска, Пољска, Словачка, Словенија, Шпанија. Конвенцијске стране које нису чланице ЕУ су Белорусија, БиХ, Црна Гора, Македонија, Србија, Швајцарска.

укључујући посебно стварне губитке и трошкове накнаде неге и медицинске помоћи.²⁴

2. МЕЂУНАРОДНА УНИФИКАЦИЈА ПРАВИЛА О СУКОБУ ЗАКОНА КОД ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Потреба унификације колизионог права код грађанскоправних деликата темељи се на разликама националних норми о вануговорној одговорности за штету, којима се сужава примена начелног колизионог решења *lex loci delicti*. Унификација треба да обезбеди примену јединствених правила од стране држава чланица и да елиминира проблеме у примени различитих колизионих решења. У том циљу првобитно је донета Резолуција Института за међународно право о деликтној одговорности и међународном приватном праву (1969),²⁵ која је требала да послужи као модел колизионоправне регулативе деликтних обавеза. Знаменити теоретичари и правници понудили су у Резолуцији смернице и опште принципе који би судовима и правним теоретичарима послужиле у формулисању колизионих правила. Резолуција је потврђивала примену закона места извршења штетне радње и садржала решење проблема квалификације појма *locus delicti* на бази флексибилног колизионог правила најближе везе. Наиме, Резолуција предвиђа да је деликт почињен у месту с којим је због свих околности које га повезују са тим местом ситуација у најближој вези и др. Меродавно право се примењује на сва питања која могу проizaћи из односа вануговорне одговорности (одредба чл.4.). Од права на које као меродавно упућују колизиона решења може се одступити у ситуацијама када примена страног права очигледно није у сагласности са јавним поретком државе форума.²⁶

Општа унификација колизионог права деликтних обавеза није остварена због прилично великог броја различитих националних општих колизионих правила као и предложених решења. Упркос томе, Резолуција је имала значајан утицај на колизиона решења националног законодавства и судску праксу појединих држава. С друге стране, поједини специфични

²⁴ Преамбула Уредбе, тч. 33.; Вид. Давор Бабић, " Уредба Рим II – Уредба Европског Парламента и Савета о меродавном праву за вануговорне обавезе", Зборник хрватског уреда за осигурање о обради и ликвидацији аутомобилских штета, Опатија 2009, стр. 15-29.

²⁵ Resolution on Delictual Obligations in Private International Law усвојена на седници у Ediburghu објављена у (1969) 53.II, Annuaire, Institut de Droit International, str. 386; Am.J.Comp.L .(American Journal of Comparative Law) (1971) Oxford University press, стр. 4-7.

²⁶ Одредба чл. 5. Резолуције.

облици вануговорне одговорности постали су предмет успешних јединствених колизионих међународних кодификација. У оквиру активности Хашке конференције за међународно приватно право извршена је унификација колизионих решења за вануговорну одговорност за штету проузроковану друмским саобраћајним средствима и за случај одговорности произвођача, Хашком конвенцијом о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде и Хашком Конвенцијом о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе.²⁷ Саобраћајне незгоде и штете проузроковане недостацима производа у теорији се често наводе као примери штетних догађаја код којих је место деликата случајно, тако да се традиционално решење место извршења штетне радње тешко може посматрати као право у најближој вези спорног односа накнаде штете. Ипак, упућивање на *lex loci delicti* је задржано а недостаци ублажени предвиђеним изузецима у његовој примени. Аутори конвенција су унели додатне одлучујуће чињенице, односно тачке везивања, о којима при избору меродавног права орган примене права мора водити рачуна

2.1 ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА ДРУМСКЕ САОБРАЋАЈНЕ НЕСРЕЋЕ

Хашка Конвенција из 1971. одређује меродавно право за грађанску вануговорну одговорност за саобраћајне друмске незгоде без обзира на врсту поступка у којем се утврђује одговорност. Под друмском саобраћајном несрећом, у смислу конвенције, подразумева се саобраћајна незгода у којој је учествовало једно или више моторних возила а која се догодила у саобраћају на јавном путу на подручју отвореном за свакога, или на нејавном подручју, отвореном за одређени број особа која имају право да се њиме користе. Конвенција се не примењује на одговорност произвођача, продавца и сервисера возила; на одговорност власника пута или сваке друге особе обавезне да осигура одржавање пута и сигурност корисника; на одговорност трећих особа, укључујући одговорност власника возила или наредбодавца; на регресне захтеве између одговорних особа; на регресне захтеве и суброгације у погледу осигуравајућих друштава; на захтеве и регресне захтеве установа социјалног осигурања, друге сличне установе, и јавни аутомобилски гаранцијски фондови који дају гаранције у погледу аутомобилских штета, нити на захтеве који су уперени против ових установа као и на свако

²⁷ "Службени лист СФРЈ" бр. 26/1976. ; Dutoit Bernard., " *Memorandum relatif aux actes ilicites en droit international privé*", Act et Documents, Tom III Accidents da la circulation rotiere, International law in comparative perspective, 1980, Netherlands, стр. 67-83.

ослобађање од одговорности предвиђено правом које је меродавно за те установе.²⁸

Одредбама о меродавном праву конвенција²⁹ преузима класично колизионо правило *lex loci delicti commissi* којим се упућује на меродавност материјалног права државе у којој је до незгоде дошло, односно место радње, а не место последице (чл.3.Конвенције). Овим се искључује примена колизионих норми меродавног права на које упућује конвенција (искључује се *renvoi*). Основни циљ конвенције је да се олакша накнада штете посредством осигуравача аутоодговорности и побољша положај оштећених лица. Дакле, систем решавања сукоба закона заснован је на принципу *locus delicti* уз конвенцијом одређене изузетке. Ако је само једно возило учествовало у незгоди а није регистровано у држави у којој се незгода догодила, за утврђивање одговорности возача или власника возила меродавно је *право регистрације возила*, без обзира на њихово редовно боравиште.³⁰

Право државе регистрације меродавно је и за штету коју је претрпео путник који нема редовно боравиште у држави у којој се несрећа догодила, као и лица које се налазило ван возила, ако се његово редовно

²⁸ Чл. 2. Конвенције.

²⁹ Конвенција из 1971.г. је на снази у Аустрији, Белгији, Белорусији, Хрватској, Шпанији, Француској, Македонији, Луксембургу, Португалији, Холандији, Словачкој, Словенији, Србији, Швајцарској, Чешкој Републици, Босни и Херцеговини. Из домаће судске праксе вид. Решење Врховног суда Србије Прев. 412/02 од 21.маја 2003. " Конвенција о закону који се примењује на саобраћајне незгоде од 4.маја 1971.године одређује закон који се примењује на грађанску одговорност која проистекне из саобраћајне незгоде, без обзира на врсту суда који је надлежан да решава. Законодавство које се примењује јесте домаће законодавство државе на чијој територији се штета догодиле ".

³⁰ Одредба чл.4.(а).; У том смислу је илустративна аустријска одлука поводом тужбе за накнаду штете која је проистекла из саобраћајног удеса у Босни и Херцеговини у којој је учествовао само један аутомобил регистрован у Аустрији. Спор је настао око одређивања меродавног права, посебно питања да ли члан 4 а. Алинеја 2. Хашке конвенције треба или не треба да се примени.Одлучујуће је било питање: да ли тужилац оштећено лице који је био путник у поменутом возилу има своје уобичајено боравиште у Аустрији или у Босни и Херцеговини? Тужилац у тренутку настанка саобраћајне незгоде није имао своје уобичајено боравиште у БиХ већ у Аустрији, јер је током већег дела времена док је радио и током већег дела свог слободног времена, боравио у тој земљи. Одлука ОGH (Врховног суда Аустрије) од 28 априла 1994. Вид. одлуку: Маја Станивуковић, *Практикум за међународно приватно право*, Правни факултет Нови Сад, 2004., стр.116-118. О примени Хашких конвенција у пракси : Sumampouw Mathilde., *Nouvelles Conventions de la Haye leur application por les juges nationaux*, Vol. V, Brill/Nijhoff, 1996., стр. 263-269.

боравиште налази у држави у којој је возило регистровано. Уколико је реч о више особа у незгоди меродавно право се утврђује понаособ за сваку особу.

Када је у удесу учествовало више возила меродавно је право места удеса, осим ако су сва возила регистрована у истој земљи.³¹ У ситуацији када је возило регистровано у више држава, или уопште није регистровано, право државе "редовног смештаја" примењује се наместо примарног права државе регистрације и на тај начин упућује на меродавне норме. По правилу, место редовног смештаја возила може се применити само када је критеријум места регистрације неприменљив.

Дакле, конвенција уводи нову релевантну чињеницу у колизионом праву деликтних обавеза произашлих из друмских саобраћајних несрећа тј. место регистрације моторног возила.³² Примена права места регистрације моторног возила заснива се на теорији „ближе везе" и резултат је тежњи да колизионо решење упућује на право које је са спорним односом у најближој вези. Право места регистрације је најповољније и са аспекта интереса осигаравача, као и интереса осталих држава. Примена права места регистрације возила подразумева стицај одређених околности, односно да постоји јасна веза између актера незгоде и државе чије би право било меродавно уместо права места незгоде; да захтев поставља возач, држалац, власник или друго лице које полаже неко право на возило; да захтев поставља жртва која је била путник-под претпоставком да то лице има редовно боравиште ван државе у којој се догодила незгода; да захтев поставља жртва која није била путник већ се налазила ван возила.

Меродавном праву на које упућују конвенцијска колизиона правила подлеже основ и обим одговорности; врста штете; круг лица која имају право на накнаду штете; терет доказивања; одговорност наредбодавца за поступке лица под његовом контролом; застарелост и сл. Осим тога, меродавно право уређује и питање права оштећених лица на покретање поступка против осигуравача-одговорног лица без обзира на то да ли се исто право признаје оштећеним лицима у земљи регистрације. Право на директну тужбу уређују норме закона меродавног за уговор о осигурању, уколико оно није признато према закону који се примењује на основу колизионих норми предвиђених у овој конвенцији.³³

Конвенција регулише и питање одговорности за штету нанету стварима, тако што се у погледу ствари које су се налазиле у возилу, а које припадају путнику или су му биле поверене, примењује право које је

³¹ Чл. 4.(б). Конвенције.

³² Ближе Loussarn Yvon, " *La convention de la Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière* ", Journal Clunet (JDI- Journal du droit international) " Paris, 1/69, стр.1-21.

³³Чл. 9 ст. 3 Конвенције.

меродавно за одговорност према путнику; у погледу штете на стварима у возилу које не припадају путнику, нити су му биле поверене примењује се право које је меродавно према власнику возила тј. право које је меродавно у случају да захтев поставља власник возила; у погледу штете на стварима ван возила меродавно је право места незгоде.

Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде не садржи правило о споразумном одређивању меродавног права од стране учесника незгоде.³⁴

2.2 ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА СВОЈЕ ПРОИЗВОДЕ

Конвенција се у државама чланицама примењује у свим споровима накнаде штете проузроковане неисправним производом³⁵ са циљем да допринесе правној сигурности и предвидљивости меродавног права за странке као и да омогући примену права које је у стварној, чврстој вези са чињеницама случаја и странкама. Она се примењује у случају сукоба закона када је потребно одредити меродавно право које регулише одговорност произвођача и других лица (из чл.3.), односно одговорност лица за штету проузроковану производом, укључујући и штету насталу као последица нетачног описа производа, без обзира на то који орган је надлежан за поступање.

Правила конвенције у односу на одговорност произвођача представљају одступање од општег колизионог решења *lex loci delicti*, имајући у виду да се право државе на чијој територији штета догодила може применити само ако је то уједно држава редовног боравишта непосредно оштећеног лица, или држава у којој се налази главно место пословања лица чија одговорност је у питању, или држава у којој је непосредно оштећено лице прибавило производ (чл.4) Сходно извештају уз Конвенцију место наступања штете је " место у којем је штетникова радња остварила први утицај на лице које је непосредно претрпело штету."³⁶

³⁴ Француски Касациони суд је у спору *Roho c. Caron et al.* Поводом накнаде штете због саобраћајне незгоде у Цибутију применио прећутни споразум странака о меродавности француског права заузимајући став да у погледу захтева којим странке могу самостално располагати имају могућност да изаберу меродавно право, другачије од оног на које, као меродавно, упућују конвенцијске колизионе норме. Вид. Одлуку француског Касационог суда у случају *Roho c. Caron et al. Cour de Cassacio*, 19.4. 1988, *RCDIP* (*Revue Critique de droit international privé*), 1989, str. 71.

³⁵ Службени лист СФРЈ- МУ бр. 8/1977.

³⁶ W.L. Reese, Извештај уз текст Конвенције, стр..259.

Кроз интензиван развој међународне трговине и дистрибуције производа издвојила се потреба одређивања меродавног права и унификације различитих колизионих норми.³⁷ које упућују на право меродавно за одговорност произвођача и других лица. Одговорност ових лица обухвата штету коју су проузроковали финални производи, или саставни делови производа, лица која обављају поправке и држе складиште за робу а која се у трговачкој мрежи баве припремом и дистрибуцијом производа; представници и особље које ради под контролом наведених лица, укључујући ту и штету која је настала као последица произвођача за штету коју су проузроковали финални производи, или саставни делови производа; представници и особље које ради, укључујући ту и штету насталу као последица нетачног описа производа или пропуста у назначењу његових особина, посебних карактеристика или начина употребе.³⁸

Конвенцијом су дефинисани поједини појмови у овој материји као што су производ, лице, штета, меродавно право како би се избегао проблем квалификације у праву држава уговорница.³⁹

Меродавност *lex loci delicti* је условљена поклапањем тог решења са редовним боравиштем директно оштећеног, главним местом пословања одговорног лица за штету или местом где је лице непосредно претрпело штету купујући производ који је проузроковао штету.⁴⁰ Место радње је само једна од одлучујућих чињеница која заједно са осталим упућује на меродавно право, односно на примену права у најближој вези са спорним односом. Конвенција даје посебан значај праву редовног боравишта оштећеног, али само ако се место редовног боравишта поклапа са местом пословања одговорног лица или са местом у којем је особа која је претпела штету прибавила производ.⁴¹ Осим тога, примена ове одлучујуће чињенице је условљена тиме да је лице које је одговорно могло предвидети примену права редовног боравишта. За примену права пословног седишта одговорног лица неопходно је да не постоје околности за примену права места штетне

³⁷ Ehrenzweig Albert A. „*The Lex fori –Basic Rule in the Conflict of Laws*” Michigan Law Review, 1960 ,58 стр. 638 ; Детаљније Сајко Крешимир, „*Америчко међународно приватно право деликтних обавеза*”, Приноси, Zagreb, 1976, str .9

³⁸ Чл.1. у вези са чланом 3. Конвенције.

³⁹ Конвенцију из 1973. је на снази у Белгији , Хрватској, Шпанији, Македонији, Финској,Француској, Италији, Луксембургу, Норвешкој, Холандији, Португалији, Словенији, Србији.

⁴⁰ Чл.4 Конвенције.; Dutoit B, ” *La lex loci delicti `a travers le prisme des deux konventions de la Hayes sur les accidents de la circulation routiere et la responsabilité du fait des produits* ”, L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Sudi in memoria di G.Giuliano Recuel des Cours V 1989,Collected courses of the Hague Academy of International Law, Dordrecht, стр. 417-434.

⁴¹ Чл. 5.Конвенције.

радње или права редовног боравишта оштећеног, као и да се оштећени није позвао на ово право због повољније примене права места извршења радње. Може се закључити да улогу примарног колизионог решења врши одредба члана 5., док принцип *право места деликта* има супсидијарни карактер. Ово утолико, што је учињен уступак државама које су биле неспремне на раскид са традиционалним колизионим решењем. Тиме се тужилац ставља у нешто повољнији положај, али само у случају да је право његовог редовног боравишта заиста по својој садржини такво да му омогућава успех у спору. Конвенција допушта избор меродавног права од стране оштећеног, мада са вишеструким ограничењима⁴². Оштећени може да изабере меродавно право само када су везе односа са различитим територијама тако распоређени да се не може применити закон места наступања штете, нити закон редовног боравишта оштећеног. Поред тога, избор се своди на право државе главног места пословања произвођача и право државе у којој је наступила штета. Дакле избор оштећеног се своди на један од два облика примене *lex loci delicti*.⁴³

Конвенција садржи и "клаузулу предвидивости" на темељу које се закон државе у којој се штета догодила, или закон уобичајеног боравишта непосредно оштећеног лица не примењује, уколико лице чија је одговорност у питању докаже да се разумно није могло предвидети да ће један производ, или његови сопствени производи истог типа бити пуштени у продају у односној држави (чл. 7). Тада се примењује право државе главног места пословања лица чија је одговорност у питању. Проблем се јавља када треба прецизно одредити садржину појма "разумна предвидивост".

У циљу спречавање постављања проблема квалификације у тексту се наводе питања обухваћена меродавним правом одређеним на основу Конвенције. Меродавно право се примењује на основ и обим одговорности произвођача; разлоге ослобађања од одговорности; ограничење и поделу одговорности; врсту штете; начин и обим накнаде; преносивост права на накнаду на друга лица; одговорност наредбодавца и особља под његовом контролом; терет доказивања; застарелост; губитак права.⁴⁴ Питање застарелости се јасно дефинише као саставни део *lex causae* чиме се предност даје становишту о правној природи установе застарелости које преовлађује у европско-континенталном праву. Конвенција прави дистинкцију између прописа о безбедности државе на чијој је територији производ изнет на тржиште и правила јавног поретка, тако да се страно меродавно право неће применити у случају повреде јавног поретка државе

⁴² Вид. Чл. 6 Конвенције.

⁴³ Н. Duintjer. Tebbens, " *International Product Liability*", Kluwer Academic, Dordrecht (Netherlands), 1980, стр. 345.

⁴⁴ Чл. 8. Конвенције.

уговорнице.⁴⁵ Прописи о безбедности у страном праву не могу бити искључени у ситуацији када држава у којој је производ стављен у промет није уједно и држава чије је право меродавно, у ком случају суд има овлашћење, не и обавезу, да узме у обзир прописе о безбедности који се тичу производа а важе у тој држави. Конвенција дефинише појам прописа о безбедности врло широко, тако што обухвата сва правила која се налазе у било каквој вези са безбедношћу производа. У односу на јавни поредак суд има могућност да одступи од меродавног права ако је његова примена очигледно неспојива са јавним поретком државе суда.

Конвенција се примењује без обзира на реципроцитет а одредбе о меродавном праву обухватају и државе које нису земље уговорнице. У њима конвенција има дејство *lex specialis*, док у државама чланицама конвенцијска решења имају снагу правила унутрашњег права у свим споровима за накнаду штете проузроковану неисправним производом.

ЗАКЉУЧАК

Питање колизионог решавања у области вануговорне одговорности за штету, почев од средине прошлог века до данашњих дана, налази се у средишту научних расправа.⁴⁶ Избор деликтног статута у ранијем периоду развоја правне науке није представљао проблематику од примарног интереса. Ситуација је данас другачија и ова материја слови за једну од најинтересантнијих у докторинарним расправама. Упоредно међународно приватно право прихвата у материји сукоба закона код деликтних односа различита колизиона решења (принципи **lex loci delicti i lex loci damni**, *lex fori*, *lex fori i lex loci delicti commissi* кумулативно, право најближе везе, уз специфична решења појединих америчких држава (примена повољнијег права, анализа државног интереса).

Хашке конвенције у материји вануговорне одговорности за штету представљају резултат компромиса односно настојања аутора да помире различите приступе и тенденције у колизионом праву вануговорне одговорности. Конвенције полазе од примене права на које указују више тачака везивања истовремено пре опредељења за флексибилно колизионо везивање предмета спора. Свака од њих има за циљ унификацију колизионих норми тако да се оваквим правилима жели избећи стварање правне несигурности. Јасно је да су аутори имали за циљ примену јединствених колизионих норми које би осигурале предвидивост меродавног права за странке, униформност у одлучивању за судове и једноставност њихове

⁴⁵ Чл. 9. и 10. Конвенције.

⁴⁶ Khan-Freund Otto, "Delictual Liability and the Conflict of Laws", RCADI (Receuil des Cours d'Academie du droit international), vol. 124, 1968/II, стр.5-6.

примене. Кроз поступак усаглашавања веома различитих становишта настала су и прилично сложена и компликована конвенцијска решења, чија примена у пракси захтева натпросечну пажњу и стручност органа примене права. Неуједначеност колизионих правила комунитарног права и Хашких конвенција у материји вануговорне одговорности за штету може бити превазиђена изменама које би ишле у правцу допуне комунитарних правних докумената новим решењима (нпр. уношење колизионих решења за друмске саобраћајне незгоде у Уредбу Рим II) или непримене конвенцијских решења у ситуацијама када и оштећени и штетник имају уобичајено боравиште у ЕУ.

Marija Kravac, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

UNIFICATION CONFLICT OF LAW RULES FOR NON-CONTRACTUAL
RESPONSABILITY

Summary

Traditional conflict of law solution of *lex loci delicti commissi* in conditions of appearance of new forms of damages with a foreign element , increased frequency and frequent unforeseeable harmful consequences requires reconsideration of justification.

In the process of choice of delictual statute this solution played a dominant part. European international private law through national codifications more often adopts conflict of law rules that are based on two or more solutions of primary and subsidiary or alternative ones. In that way it is possible to depart from *lex loci delicti commissi* when it does not represent the law in the most significant relationship with the controversial relationship. In the international codifications of conflict of law delictual law *lex loci delicti* in only one of the rules whose application is connected with specific circumstances of the case.

The principle of the most significant relationship as a provisional conflict of law rule is applicable on the delictual law through departing from law rules by which inflexible conflict of law solution of *lex loci delicti* is moderated.

Our legislative could legally standardize this solution by predicting in advance facts that would bring to the application of the principle of the most significant relationship in the domain of conflict of law in extra-contractual liability for the damage. *Lex voluntatis* also plays part in the domain of determination of delictual statute. Autonomy of will as a foreign choice of applicable law of the truth can be significant only related to the time after the

harmful event, provided that chosen law must be essentially connected with the controversial relationship.

Keywords : *delictual liability, applicable law, tort, connecting factor.*

ЛИТЕРАТУРА

Babić D., Uredba Rim II-Uredba Evropskog Parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze, Zbornik radova hrvatske udruge za osiguranje-o obradi i likvidaciji automobilskih šteta, Opatija, 2009.

Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., Павић В., Међународно приватно право, Београд, 2010.

Dutoit B., Memorandum relatif aux actes illicites en droit international privé. Act et documents, Tom III, Accidents de la circulation routi`ere,1970

Dutoit B., La lex loci delicti á travers le prisme des deux conventions de la Hayes sur les accidents de la circulation rotié re et la responsabilité du fait des produits, L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di G.Giuliano, 1989.

Ehrenzweig A.A., The lex loci- Basic Rule on the Conflict of Law, Michigan Law , 1960.

Josserand L., L'evolution de la responsabilité, Paris, 1937.

Kahn-Freund O., Delictual Liability and the Conflict of Laws, RCADI, vol 124, 1968/II.

Loussarn Y., La Convention de la Haye sur la loi applicable en matièere d' accidents de la circulation rotiere, Journal Clunet (Journal de droit international), 1/69.

Mamuh Ж., Међународно приватно право, Загреб, 1982.

Morris J.H.C., The proper law of tort, Harvard Law Review, 1951.

Morris J.H.C., The Conflict of Laws, 4. Izd. ,1993, London.

Nagell H., Gottwald P., Internationales Zivilprozessrecht, Kõln, 2007.

Reese W., Recent Developments in Toret's Chose law thinking in the United States, Columbia Journal of Trananational, 1969.

Reese W., The Hague Convention on the Applicable to Product Liability, International Lawyer, 8/1974.

Sajko K., Amerièko међународно приватно право, Prinosi, Zagreb 1976.

Станивуковић М., Практикум за међународно приватно право, Нови Сад, 2004.

Sumatpouw M., Les nouvelles Conventions de la Haye leur application les juges nationaux, Vol V, Leyden (etc), 1996.

Tomljenović V., Pomorsko међународно приватно право, Rijeka, 1988.

Collins L., Dicey and Morris on the Conflict of Laws, London, 2006.

Уредба (ЕЗ) бр. 864/2007 Европског Парламента и Савета о праву меродавном за вануговорне обавезе, Службени лист Европске Уније L 199/40 од 31. 07. 2007.

Хашка Конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде из 1971., Службени лист СФРЈ, МУС, 26/76.

Хашка Конвенција која се примењује на одговорност за недостатке производа из 1973., Службени лист СФРЈ, МУС 8/77

Текст Хашких конвенција преузет са : www.hcch.com 15.08.2017.

Текст Уредбе Рим II преузет са: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/33211.htm> 13.08.2017.

Др Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ*

347.9(497.11)
342.722:347.962.6

ПОСТУПАК ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Апстракт: У Републици Србији је 2015. године донет Закон о заштити права на суђење у разумном року. Доношењем овог закона, право на суђење у разумном року, као фундаментално људско право, добило је и судску заштиту. Закон предвиђа средства којима се штити право на суђење у разумном року, прописује мерила за оцену трајања суђења у разумном року и специфична правила по којима се поступа у поступку за заштиту права на суђење у разумном року.

Аутор у раду детаљно анализира приговор ради убрзавања поступка, као иницијалну радњу којом се поступак покреће, и правила по којима се поступа у посебном ванпарничном поступку у коме се утврђује да ли је дошло до повреде права на суђење у разумном року. Пажња је посвећена и мерама које се изричу судији или јавном тужиоцу које би требало да предузму ради убрзања поступка и жалби као правном средству за заштиту права на суђење у разумном року.

Кључне речи: *право на суђење у разумном року, ванпарнични поступак, приговор, жалба, решење.*

1. УВОД

Право на суђење у разумном року, као што је познато, представља функционално људско право зајемчено националним и међународним правним документима. Иако означено као право које омогућава да се оствари право на правну заштиту и право на правично суђење,¹ право на суђење у разумном року врло често је тешко оствариво у поступку пред националним судовима. Различитим законским мерама били су извршени покушаји да се допринесе што успешнијем остваривању права на суђење у разумном року,²

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, vladimir.boranjasevic@pr.ac.rs.

¹ Гордана Станковић, Љубица Мандић, Ванпарнично процесно право, Свен Ниш, Косовска Митровица, 2013, 298.

² Вид. детаљно: Владимир Боранијашевић, „О заштити права на суђење у разумном року“, Тематски зборник радова „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016, 69 – 84. Када се право на суђење у разумном року штитило према одредбама Закона о уређењу

али трајање судских поступака и даље представља велики проблем националног правосуђа.³

У Републици Србији је 2015. године донет Закон о заштити права на суђење у разумном року.⁴ Велики број разлога изискивао је доношење посебног закона у овој деликатној материји. Најпре, уколико су ефикасност и брзина поступка основни циљеви и приоритет сваког судског система, неопходно је и поштовање права на суђење у разумном року. У супротном, предуги поступци су штетни и по странке у поступку и по саму државу. Странке имају веће трошкове и успорава се остваривање њихових зајемчених права, а држава нема могућност да наплати трошкове судског поступка и исплаћује новчане износе на име накнаде штете по налозима пресуда Европског суда за људска права због кршења права на суђење у разумном року.

Значај доношења ЗЗПСРР је велики јер је право на суђење у разумном року добило статус законског права⁵ и обезбеђена је могућност његове судске заштите. Одредбама закона су предвиђена средства којима се штити право на суђење у разумном року, прописана су мерила за оцену трајања суђења у разумном року, као и специфична правила по којима се поступа у поступку заштите права на суђење у разумном року.

2. ПОСТУПАК ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Поступак за заштиту права на суђење у разумном року представља посебан ванпарнични поступак. У овом посебном ванарничном поступку се штити право на суђење у разумном року, утврђује да ли је до повреде права на суђење у разумном року дошло и изричу мере којима се убрзава поступак правне заштите у коме је ово право странака повређено. У овом посебном ванпарничном поступку се сходно примењују правила општег ванпарничног поступка⁶ али је законодавац предвидео и специфична правила по којима се у поступку заштите права на суђење у разумном року поступа.

судова, а сматрало се да постоје празнине у законској регулативи, Врховни касациони суд је ради правилног поступања судова усвојио одређене правне ставове (Вид. Славољуб Царић, Право на суђење у разумном року, Службени гласник, Београд, 2015. 89-91).

³ 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.

⁴ Закон о заштити права на суђење у разумном року – ЗЗПСРР, Службени гласник РС, бр. 40/2015.

⁵ Јасмина Васовић, Предговор, Закон о заштити права на суђење у разумном року, Службени гласник, Београд, 2015, 7.

⁶ Чл. 7. ст. 3. ЗЗПСРР.

Врло је значајно што законодавац прописује врсте правних средстава којима се може заштитити право на суђење у разумном року. У та средства спадају: приговор ради убрзавања поступка, жалба и захтев за правично задовољење.⁷ Како се не би закључило да се сваким од ових средстава покреће поступак за заштиту права на суђење у разумном року, неопходно је напоменути да се поступак покреће приговором ради убрзавања поступка а да се жалба и захтев за правично задовољење могу користити тек пошто буде окончано одлучивање о приговору. У литератури се истиче да је у Републици Србији прихваћен комбиновани систем заштите права на суђење у разумном року који подразумева комбинцију превентивних и компензаторних правних средстава.⁸ У превентивна средства се убрајају приговор ради убрзавања поступка и жалба, као средства којима се настоји да се поступак убрза а захтев за правично задовољење представља компензаторно правно средство.

Процесну легитимацију за покретање поступка за заштиту права на суђење у разумном року има широк круг лица. Право на суђење у разумном року представља функционално људско право које припада свакој странци у судском поступку, странкама у поступку извршења и поступку обезбеђења и учесницима ванпарничног поступка. Када су у питању оштећени у кривичном поступку, приватни тужилац и оштећени као тужилац, њима право на заштиту права на суђење у разумном року припада само уколико су истакли имовинско-правни захтев.⁹

Онда када нека од поменутих странака сматра да је у току поступка судске заштите која јој се пружа и који је у току сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, она може да покрене поступак за заштиту права на суђење у разумном року. У том смислу се изјашњава и законодавац који прописује да се приговор, као иницијална радња којом се поступак заштите покреће може поднети док се поступак не оконча.¹⁰

2.1. ПРИГОВОР И ПОСТУПАК ПО ПРИГОВОРУ

Поступак се покреће приговором ради убрзавања поступка. Приговор мора да садржи елементе формалне садржине који су прописани законом, како би суд могао по њему да поступа. Приговор ради убрзавања поступка треба да садржи: лично или пословно име странке и њено пребивалиште, боравиште или седиште; лично или пословно име заступника

⁷ Чл. 3. ст. 1. тач. 1-3. ЗЗПСРР.

⁸ С. Царић, *op. cit.* 91.

⁹ Чл. 2. ст. 1. ЗЗПСРР. Јавни тужилац као странка у кривичном поступку нема право на заштиту права на суђење у разумном року.

¹⁰ Чл. 5. ст. 1. ЗЗПСРР.

или пуномоћника странке и његово пребивалиште, боравиште или седиште; назив суда који води поступак или пред којим се води поступак, као и назив јавног тужилаштва које спроводи истрагу; пословни број судског предмета или предмета јавног тужилаштва; време трајања поступка, укључујући и време трајања истраге коју спроводи јавни тужилац; податке о предмету суђења који указују на то да суд непотребно касни с одлучивањем; податке о предмету истраге који указују на то да јавни тужилац одуговлачи спровођење истраге и својеручни потпис странке или заступника или пуномоћника странке.¹¹

Странка приговор подноси суду који води поступак у коме је повређено право на суђење у разумном року. У случају да је јавни тужилац повредио право странке на суђење у разумном року, приговор се подноси суду пред којим се води поступак.

Подношењем приговора покреће се поступак који води председник суда. Председник суда је надлежан да води поступак за заштиту права на суђење у разумном року и, по правилу, да одлучи о приговору. Поред председника суда и друге судије могу водити поступак за заштиту права на суђење у разумном року и одлучивати о приговору. Тачније, председник суда је, према Закону о уређењу судова¹² и Судском пословнику,¹³ дужан да пошто прибави мишљење судија писмено утврди распоред послова судија за наредну годину и саопшти га на седници свих судија најкасније до 1. децембра. Годишњим распоредом послова, којим се врши распоред послова који се обављају у сваком државном суду у једној календарској години, за сваког судију у суду, судској јединици и одељењу изван седишта суда,¹⁴ председник суда може одредити једног судију или више судија да поред њега воде поступак за заштиту права на суђење у разумном року и одлучују о приговорима странака.¹⁵

Предлог Закона о изменама Закона о заштити права на суђење у разумном року који се налази у скупштинској процедури¹⁶ предвиђа у одредбама из члана 1.: „годишњим распоредом послова одредиће се један или

¹¹ Чл. 6. ст. 2. ЗЗПСРР.

¹² Чл. 34. ст. 1. Закона о уређењу судова – ЗУС, Службени гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011-др.закон, 78/2011-др. закон, 101/2011, 101/2013, 40/2015 – др. закон, 106/2015, 13/2016 и 108/2016.

¹³ Чл. 46-48. Судског пословника, Службени гласник РС, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 39/2016, 56/2016 и 77/2016.

¹⁴ Гордана Станковић, Љубица Мандић, Организационо грађанско процесно право, Косовска Митровица, 2013, 85.

¹⁵ Чл. 7. ст. 2. ЗЗПСРР.

¹⁶ Предлог Закона о изменама Закона о заштити права на суђење у разумном року, <http://www.parlament.gov.rs/акти/закони-у-процедури/закони-у-процедури.46.html>, 19. септембар 2017. године.

више судија да воде поступак и одлучују о приговорима у предметима у којима је председник суда поступајући судија или у случају спречености председника суда.“ Евидентно је да се одредбама предлога Закона о изменама Закона о заштити права на суђење у разумном року уводи дужност председника суда да годишњим распоредом одреди једног или више судија који ће водити поступак и одлучивати о заштити права на суђење у разумном року, уместо раније могућности да одреди судију или више њих за поступање у овим предметима. Вероватно је број поднетих приговора у пракси судова и оптерећеност председника судова довела до потребе да се захтева измена важења законског решења и уведе дужност одређивања судија за поступање у поступцима за заштиту права на суђење у разумном року. С друге стране, у образложењу Предлога Закона о изменама ЗЗПСРР се наводи да је предложена измена неопходна како би се избегла ситуација у којој је председник суда судећи судија у основном предмету а требало би да одлучује о приговору и да се на тај начин странкама омогућава да о приговору одлучује судија који не поступа и одлучује у поступку у коме је потенцијално дошло до повреде права на суђење у разумном року.

Поступак по приговору је специфичан и председник суда, односно судија одређен годишњим распоредом послова у суду поступа без спровођења испитног поступка или водећи испитни поступак.

Приговор ради убрзања поступка председник суда који поступак води ће одбацили без вођења испитног поступка у три различите ситуације. Уколико приговор не садржи све елементе формалне садржине који су законом предвиђени па је приговор такав да се по њему не може поступати, нема потребе за вођењем испитног поступка и председник суда решењем одбацује приговор. Решењем ће приговор бити одбачен и у случају да је приговор поднело неовлашћено лице, оно које није легитимисано за покретање поступка, али и у случају да је приговор преурањен.¹⁷ Законодавац није изричито прописао када се сматра да је приговор преурањен.

Међутим, законом је изричито прописано да приговор може бити и одбијен, без вођења испитног поступка. Приговор ће председник суда, односно судија одређен годишњим распоредом послова, одбити ако је приговор, с обзиром на трајање поступка које је у приговору наведено, очигледно неоснован. Поставља се питање да ли се разликује преурањеност приговора од његове очигледне неоснованости? Могло би се закључити да време трајања поступка наведено у приговору може бити разлог и за одбацивање приговора када ће председник суда оценити да је преурањен али и за одбијање приговора када се сматра да је очигледно неоснован. Можда је законодавац прописујући разлог за одбијање приговора могао да детаљније

¹⁷ Чл. 8. ст. 2. ЗЗПСРР.

одреди мерила за одбијање приговора (нпр. да подаци о предмету наведени у приговору очигледно не указују на то да суд непотребно касни са одлучивањем или да јавни тужилац одуговлачи спровођење истраге, итд).

Уколико председник суда не одбаци приговор из законом прописаних разлога, нити одбије приговор, води се испитни поступак. Циљ вођења испитног поступка је да председник суда дође до сазнања о стању предмета у коме је по наводима странке дошло до повреде права на суђење у разумном року. Како би одлучио о приговору и евентуалној повреди права на суђење у разумном року, председник суда мора да се упозна са релевантним чињеницама у поступку који води суд или се пред судом води.

Испитни поступак као фаза поступка за заштиту права на суђење у разумном року почиње тако што председник суда захтева од судије или председника већа, или од јавног тужиоца, достављање извештаја о поступку. Извештај се мора доставити у року од 15 дана или у краћем року уколико се ради о поступку у коме је законом прописано хитно поступање.¹⁸

Извештај има законом предвиђену садржину и треба да сведочи о току поступка и његовом евентуалном окончању. Тачније, извештај садржи изјашење о развоју поступка у времену¹⁹ и судија, председник већа или јавни тужилац је дужан да у извештају опише ток поступка у времену, назначи судске и станачке радње као и радње јавног извршитеља²⁰ које су предузете и у којим роковима. У извештају се, иако законом није изричито предвиђено, треба назначити и да ли су странке својим процесним понашањем евентуално довеле до одуговлачења поступка. Извештај, такође, мора да садржи предлог рока у коме поступак може да се оконча. Судија или јавни тужилац на основу стања ствари у поступку и анализе претходног процесног понашања странака и предузетих радњи у поступку, у извештају означава рок у коме се очекује окончање поступка.

Без обзира на прописану садржину извештаја и чињеницу да је судија, председник већа или јавни тужилац доставио потпун извештај, председник суда који поступа у поступку за заштиту права на суђење у разумном року може захтевати да му се доставе списи предмета. Председник суда ће то учинити уколико сматра да списе предмета треба проучити с обзиром на садржину приговора ради убрзавања поступка. Чини се да ће председник суда захтевати достављање списа у оним ситуацијама када из садржине приговора закључи да је у поступку дошло до значајне повреде права на суђење у разумном року а која је резултат поступања суда или јавног тужиоца.

¹⁸ Чл. 9. ст. 1. ЗЗПСРР.

¹⁹ Чл. 9. ст. 2. ЗЗПСРР.

²⁰ О јавним извршитељима и њиховим овлашћењима и функцијама, детаљно вид. Владимир Боранијашевић, Јавноизвршитељско право, Правни факултет у Приштини, Косовска Митровица, 2017, 67-77.

Пошто се оконча испитни поступак и председник суда прими тражени извештај и списе предмета, уколико их је тражио ради проучавања, председник суда приступа одлучивању о приговору. Законодавац прописује да председник суда проучава извештај и списе предмета и примењује мерила за оцену трајања суђења у разумном року.²¹

2.2. МЕРИЛА ЗА ОЦЕНУ ТРАЈАЊА СУЂЕЊА У РАЗУМНОМ РОКУ

Питање критеријума за оцену повреде права на суђење у разумном року је врло значајно и са тог аспекта суштински су битни ставови које је заузео Европски суд за људска права. Поштујући опште и посебне критеријуме установљене праксом овог суда, може се закључити да се разумним роком сматра трајање поступка до две године у једноставним предметима, у приоритетним предметима се тим роком сматра краћи рок, док у сложенијим предметима разумни рок може бити и знатно дужи.²² Основни критеријуми за оцену дужине трајања поступка су сложеност случаја, понашање странака, понашање надлежних власти и значај предмета (случаја) за подносиоца представке суду.²³

Одредбама ЗЗПСПР изричито су прописана мерила за оцену трајања суђења у разумном року. Прописивање ових мерила представља посебно значајну вредност овог законског текста јер се прецизно означавају све оне околности које се морају узети у обзир приликом одлучивања у поступку који је покренут ради заштите права на суђење у разумном року. Све

²¹ Чл. 10. ст. 1. ЗЗПСПР.

²² Снежана Андрејевић, Право на правићно суђење – разумни рок, http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20повреде%20права%20на%20судјенје%20у%20разумном%20року_0.pdf, 27. август 2017. Рок је свакако дужи ако је у поступку поступало више инстанци али се сматра да вишеструко укидање одлука представља кршење права на суђење у разумном року али и да повреде овог права нема уколико је сама странка допринела дужем трајању поступка.

²³ Сложеност случаја, понашање странака и понашање надлежних власти су критеријуми утврђени у пресудама **Pretto and others v. Italy** (у ставовима 30-37 суд наводи да се разумност дужине поступка цени у сваком појединачном случају узимајући у обзир критеријуме изнете у правној пракси суда – сложеност предмета, понашање странке и понашање правосудних власти) од 8. децембра 1983, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"tabview":"document"},"itemid":\["001-57561"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), **Zimmermann and Steiner v. Switzerland**, (став 24 - 32) од 13. јула 1983, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["case of zimmermann and steiner v. switzerland"\],"documentcollectionid2":\["grandchamber","chamber"\],"itemid":\["001-57609"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)}, док је четврти критеријум утврђен пресудом у случају **König v. Germany** од 28. јуна 1978, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["konig v. germany"\],"documentcollectionid2":\["grandchamber","chamber"\],"itemid":\["001-57512"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)}. 5. септембар 2017.

околности предмета суђења а посебно сложеност чињеничних и правних питања, целокупно трајање поступка и поступање суда, јавног тужилаштва или другог државног органа, природа и врста предмета суђења неке су од околности које се уважавају приликом одлучивања у поступку заштите права на суђење у разумном року. Такође, у обзир се узимају и значај предмета суђења или истраге по странку, понашање странака током поступка, посебно поштовање процесних права и обавеза, поштовање редоследа решавања предмета и законски рокови за заказивање рочишта и главног претреса и израду одлука.²⁴

3. ОДЛУКЕ У ПОСТУПКУ ПО ПРИГОВОРУ

Како се ради о посебном ванпарничном поступку, решење представља одлуку којом председник суда одлучује и које доноси када приговор одбија или усваја.

Председник суда или судија одређен годишњим распоредом послова за поступање у поступку за заштиту права на суђење у разумном року доноси решење којим одбија приговор ради убрзања поступка уколико утврди да је приговор неоснован. Када на основу испитног поступка, након прегледавања списка и примене мерила за оцену трајања суђења у разумном року председник суда утврди да није повређено право на суђење у разумном року и да је приговор неоснован, он доноси решење којим одбија приговор.

У случају да је приговор основан, председник суда доноси решење којим усваја приговор и утврђује повреду права на суђење у разумном року. Тачније, председник суда на основу спроведеног испитног поступка, на основу достављеног извештаја судије, председника судског већа или јавног тужиоца, прегледа списка предмета и примене мерила за оцену трајања суђења у разумном року утврђује да је приговор странке основан и да је дошло до повреде права на суђење у разумном року. Тада доноси решење којим утврђује повреду права на суђење у разумном року.

Решење којим се приговор усваја и утврђује повреда права на суђење у разумном року има специфичну садржину. У решењу утврђује повреда права на суђење у разумном року и судији или јавном тужиоцу се детаљно указује на разлоге због којих је повређено право странке на суђење у разумном року. Такође, решењем се судији налаже предузимање процесних радњи чије ће предузимање бити делотворно²⁵ и које ће утицати на убрзање поступка у коме је дошло до повреде права на суђење у разумном року. Произлази да решење има декларативно – кондемпнаторну правну правну природу.

²⁴ Чл. 4. ЗЗПСПР.

²⁵ Чл. 11. ст. 1. ЗЗПСПР.

Налагање предузимања процесних радњи судији који води поступак у коме је дошло до повреде права на суђење у разумном року има за циљ предузимање тих радњи од стране судије како би се поступак убрзао и како би странци била пружена правна заштита. Наложене процесне радње судија је дужан да предузме у року који председник суда одређује у решењу којим усваја приговор и налаже судији предузимање радњи. Рок за предузимање ради, према дикцији законодавца,²⁶ не може бити краћи од 15 дана нити дужи од четири месеца. Подразумева се да рок почиње да тече од тренутка када судија прими решење о усвајању приговора и налагању предузимања радњи.

Решењем којим усваја приговор и налаже предузимање радњи ради убрзања поступка, председник суда одређује и примерен рок у коме је судија дужан да га извештава о предузетим радњама. То значи да ће судија коме је наложено предузимање процесних радњи у циљу ефикасног окончања поступка у коме је дошло до повреде права странке на суђење у разумном року извештавати председника суда о предузимању сваке појединачне радње и поштовању рокова за њихово предузимање. На тај начин председник суда добија повратну информацију о томе да ли судија предузима наложене радње и да ли поступа по налогу садржаном у решењу којим је утврђена повреда права на суђење у разумном року.

Поред овлашћења председника суда да судији који води поступак може да наложи предузимање процесних радњи ради убрзања поступка судске заштите у прописаном року, председник суда може, с обзиром на околности случаја, поступити и на другачији начин. Тачније, председник суда може, посебно ако је поступак хитан, одредити првенство у одлучивању за тај поступак. Такође, уколико је право странке на суђење у разумном року повређено због преоптерећености судије или његовог дужег одсуства, председник суда може одузети предмет судији који поступак води и доделити га другом судији²⁷ који је мање оптерећен и за кога очекује да ће поступак окончати у разумном року.

Поступак је другачији када је у питању јавни тужилац. Председник суда који води поступак за заштиту права на суђење у разумном року, непосредно вишем јавном тужиоцу доставља извештај јавног тужиоца који је он доставио у току испитног поступка и решење којим је приговор ради убрзавања поступка усвојио. Извештај јавног тужиоца и решење којим је утврђено да је јавни тужилац повредио право на суђење у разумном року доставља се и странци која је поступак покренула.

Непосредно виши јавни тужилац по пријему решења које је донео председник суда, дужан је да донесе обавезно упутство којим јавном тужиоцу

²⁶ Чл. 11. ст. 2. ЗЗПСРР.

²⁷ Чл. 11. ст. 3. ЗЗПСРР.

који је повредио право на суђење у разумном року налаже предузимање процесних ради којима ће се поступак убрзати. Ово упутство се доставља и председнику суда који је донео решење у поступку за заштиту права на суђење у разумном року и странци која је поступак покренула.

Обавезно упутство је непосредно виши јавни тужилац дужан да донесе у року од осам дана од дана пријема решења.²⁸ Као и у случају када се процесне радње ради убрзања поступка налажу судији, и онда када се радње налажу јавном тужиоцу неопходно је одредити и рок за њихово предузимање, као и рок за подношење извештаја о радњама које су предузете. У том смислу, непосредно виши јавни тужилац у обавезном упутству које доставља јавном тужиоцу коме налаже предузимање радњи ради убрзања поступка, одређује и рок за њихово предузимање који не може бити краћи од 15 дана нити дужи од четири месеца. Законодавац прописује примерен рок као рок у коме је јавни тужилац дужан да непосредно вишег тужиоца обавести о радњама које предузео.

4. ЖАЛБА И ПОСТУПАК ПО ЖАЛБИ

Уколико је председник суда у поступку одбио приговор или о приговору није одлучио у прописаном року од два месеца, странка има право на жалбу као правно средство којим се штити право на суђење у разумном року.²⁹ Титулар права на жалбу је и странка чији је приговор усвојен, под одређеним условима. Странка чији је приговор усвојен има право на жалбу уколико непосредно виши јавни тужилац није донео обавезно упутство у року од осам дана, ако председник суда није наложио судији процесне радње којима се поступак убрзава, уколико радње није наложио непосредно виши јавни тужилац јавном тужиоцу који је право на суђење у разумном року повредио или ако судија или јавни тужилац није предузео наложене радње у року који је одређен решењем, односно обавезним упутством.³⁰ Прописујући право на жалбу странци чији је приговор усвојен законодавац је тој омогућио странци да реагује на пасивно понашање непосредно вишег јавног тужиоца или председника суда који није донео обавезно упутство, односно није наложио процесне радње ради убрзања поступка али и на понашање судије, односно јавног тужиоца који није предузео наложене процесне радње. На тај начин, сматра се у литератури, странка користећи право на жалбу врши додатни притисак ради заштите свог права на суђење у разумном року.³¹

²⁸ Чл. 12. ст. 2. ЗЗПСПР.

²⁹ Жалба, према закону, садржи исте обавезне елементе као приговор ради убрзавања поступка (чл. 14. ст. 3. ЗЗПСПР).

³⁰ Чл. 14. ст. 2. ЗЗПСПР.

³¹ У том смислу: С. Царић, *op. cit* 95.

У зависности од разлога за изјављивање жалбе разликује се и рок у коме се жалба подноси. Уколико је разлог за изјављивање жалбе чињеница да председник суда није одлучио о жалби у року од два месеца, жалба се изјављује у року од осам дана од дана када је истекао за одлучивање о приговору. Уколико је приговор одбијен, рок за жалбу је осам дана од дана када је странка примила решење о одбијању приговора. У случају да је приговор усвојен, жалба се изјављује у року од осам дана од дана 1) истека рока у коме је непосредно виши тужилац био дужан да донесе обавезно упутство; 2) када је странка примила решење, односно обавезно упутство а председник суда, односно непосредно виши јавни тужилац није наложио судији предузимање радњи којима се поступак убрзава, 3) истека рока у коме је судија или јавни тужилац био дужан да предузме наложене процесне радње а није их предузео.³²

Поступак по жалби је специфичан. Жалба се изјављује председнику суда који је одлучивао о приговору који је одмах доставља председнику непосредно вишег суда, заједно са списима предмета.

Жалба се не доставља на одговор противнику жалиоца, усмена расправа се не одржава у поступку по жалби а председник непосредно вишег суда је дужан да о жалби одлучи у року од 30 дана од дана пријема жалбе.³³

Поступак по жалби води председник непосредно вишег суда и о жалби одлучује,³⁴ осим када поступак у коме странка сматра да је повређено право на суђење у разумном року води Врховни касациони суд. У том случају, поступак по жалби води веће од троје судија Врховног касационог суда. Исто веће, које поступак води, одлучује о жалби.³⁵

Као и када је у питању поступак по приговору, и поступак по жалби може и не мора да садржи испитни поступак. Председник непосредно вишег суда ће донети одлуку о жалби не спроводећи испитни поступак у случају да жалбу одбацује или одбија.

Председник непосредно вишег суда, односно судија одређен годишњим распоредом послова за поступање, одбациће жалбу решењем уколико је непотпуна,³⁶ уколико ју је изјавило лице које није овлашћено за њено изјављивање, ако је преурађена или неблаговремена. Такође, жалбу ће

³² Чл. 15. ст. 3. тач. 1 – 4. ЗЗПСРР.

³³ Чл. 20. ст. 1 - 2. ЗЗПСРР.

³⁴ И председник непосредно вишег суда може годишњим распоредом послова одредити једног судију или више судија да поред њега воде поступак по жалби и о њој одлучују.

³⁵ Чл. 16. ст. 3. ЗЗПСРР.

³⁶ Жалба се сматра непотпуном уколико не садржи својеручни потпис изјавиоца жалбе или се из њене садржине не може утврдити које се решење побија.

одбацити и ако је изјавило лице које се одрекло права на жалбу, ако је повукло жалбу или нема правни интерес за изјављивање жалбе.

Председник непосредно вишег суда жалбу ће одбити без испитног поступка ако је очигледно неоснована с обзиром на трајање поступка које је наведено у жалби.³⁷

У случају да се спроводи испитни поступак, председник непосредно вишег суда разматра списе предмета које му је заједно са жалбом доставио председник суда који је одлучивао о приговору. И председник непосредно вишег суда приликом одлучивања о жалби примењује мерила за оцену трајања суђења у разумном року која су предвиђена законом.

У поступку по жалби председник непосредно вишег суда одлучује тако што: доноси решење и одбија жалбу, потврђујући првостепено решење донето по приговору; усваја жалбу и преиначава првостепено решење; усваја жалбу и одлучује о приговору или усваја жалбу и доставља је надлежном јавном тужиоцу.³⁸

Председник непосредно вишег суда одбија жалбу у случају да је она неоснована и потврђује првостепено решење о приговору које је донео председник суда, односно судија одређен годишњим распоредом послова за поступање у поступцима за заштиту права на суђење у разумном року.

Онда када оцени да је жалба основана, председник непосредно вишег суда усваја жалбу и преиначава првостепено решење. У том случају, када преиначи првостепено решење о одбијању приговора и утврди да је дошло до повреде права на суђење у разумном року, он решењем налаже судији процесне радње које треба да предузме и убрза поступак. У случају да се ради о повреди коју је начинио јавни тужилац, председник непосредно вишег суда своје решење којим преиначава решење о одбијању приговора доставља непосредно вишем јавном тужиоцу од оног јавног тужиоца коме се доставља решење председника суда о усвајању приговора и он је дужан да у року од осам дана од дана пријема тог решења донесе обавезно упутство којим јавном тужиоцу налаже предузимање процесних радњи којима ће се поступак убрзати. Подразумева се да надлежни јавни тужилац одређује и рок у коме ће јавни тужилац предузети радње и примерен рок у коме ће га обавестити о предузетим радњама.

Онда када усваја жалбу и одлучује о приговору, а жалба је била поднета зато што председник суда није одлучио о приговору у прописаном

³⁷ Чл. 17. ст. 4. ЗЗПСПР.

³⁸ Чл. 18. ст. 2. ЗЗПСПР. Председник непосредно вишег суда има овлашћење да, у зависности од околности случаја, а посебно ако је поступак хитан, одреди првенство у одлучивању. Такође, он може наложити председнику суда коме је приговор поднет да одузме предмет судији и додели га другом судији у случају да је због преоптерећености или дужег одсуства судије повређено право странке на суђење у разумном року.

року, председник непосредно вишег суда приликом доношења решења о приговору има иста овлашћења као и председник суда који је требало да одлучи о приговору. Законодавац нас упућује на одредбе чл. 8 – 11. ЗЗПСРР и прописана овлашћења председника суда. Пошто председник суда није одлучио о приговору, фактички, председник непосредно вишег суда има могућност да приговор одбаци из законом предвиђених разлога, да приговор одбије без испитног поступка уколико је очигледно неоснован и приговор усвоји или одбије након испитног поступка. Такође, председник непосредно вишег суда, када жалбу усваја и одлучује о приговору усвајајући га, налаже судији процесне радње које би требало да убрзају поступак, одређује рок за њихово предузимање као и примерени рок у коме ће га судија известити о предузетим радњама. Када усваја жалбу изјављену зато што председник суда није одлучио о приговору поводом повреде права на суђење у разумном року коју је начинио јавни тужилац, председник непосредно вишег суда решење о усвајању жалбе, заједно са жалбом, доставља надлежном јавном тужиоцу.³⁹ Непосредно виши јавни тужилац од оног тужиоца коме се доставља решење председника суда о усвајању приговора, има иста права и дужности као и јавни тужилац коме се доставља решење председника суда о усвајању приговора. То значи да је непосредно виши јавни тужилац коме се доставља решење о усвајању жалбе дужан да у року од осам дана од дана пријема решење донесе обавезно упутство којим јавном тужиоцу налаже предузимање радњи којима се поступак убрзава. Иако законодавац у општој одредби из чл. 20. став 3. ЗЗПСРР прописује само дужност доношења обавезног упутства, непосредно виши јавни тужилац је дужан да одреди и рок за предузимање наложених радњи (не краћи од 15 дана нити дужи од четири месеца) и одреди примерен рок у коме ће га јавни тужилац известити о предузетим радњама.⁴⁰

Против решења председника непосредно вишег суда о жалби није дозвољена жалба.

Одредбама закона регулисано је и питање подношења новог приговора ради заштите права на суђење у разумном року. Када је председник суда одбио приговор а странка није изјавила жалбу, та странка може поднети нови приговор када истекне рок од четири месеца од дана пријема решења о одбијању приговора. Уколико је приговор одбијен а странка је изјавила жалбу која је одбијена, право на нови приговор може

³⁹ Решење се доставља непосредно вишем јавном тужиоцу од оног јавног тужиоца коме се доставља решење председника суда о усвајању приговора и у случају да првобитно непосредно виши јавни тужилац није донео обавезно упутство или није јавном тужиоцу наложио предузимање радњи ради убрзања поступка, или јавни тужилац те радње није предузео (чл. 19. ст. 2. ЗЗПСРР).

⁴⁰ Арг. из чл. 19. ст. 3. ЗЗПСРР.

искористити када истекне рок од четири месеца од дана пријема решења о о одбијању жалбе. У случају да је приговор странке усвојен а она није изјавила жалбу, она може поднети нови приговор када истекне рок од пет месеци од дана пријема решења о усвајању приговора.⁴¹ Евидентно је да се ради о дилаторним роковима,⁴² односно роковима пре чијег истека није допуштено предузимање радње, у овом случају подношење новог приговора.

У случају да је жалба странке усвојена или је приговор странке усвојен а жалба одбијена, та странка има право на нови приговор одмах после истека рока у коме је судија или јавни тужилац био дужан да предузме процесне радње које делотворно делују на убрзање поступка.

Нови приговор ради убрзања поступка одмах може поднети странка чији је приговор одбачен као и странка чија је жалба одбачена.

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Доношење ЗЗПСРР представља велики и значајан корак на законодавном плану у Републици Србији. Право на суђење у разумном року, као функционално људско право, добило је судску заштиту а законом су прописана правила по којима се поступа у поступку за заштиту права на суђење у разумном року. Странкама које сматрају да је повређено њихово право на суђење у разумном року, у било ком судском поступку у коме се правна заштита пружа и независно од степена суђења, омогућено је да покрену поступак заштите тог права и утичу на убрзање поступка. Тачније, доношењем одлуке којом се утврђује повреда права странке на суђење у разумном року, налаже се суду или јавном тужиоцу, као правосудним органима, да предузму процесне радње којима ће поступак убрзати. На тај начин се странкама пружа тражена правна заштита и предупређују повреде права на суђење у разумном року а држава себе штити од евентуалних тужби пред Европским судом за људска права због повреде права на суђење у разумном року.

Иако се ради о посебном ванпарничном поступку у коме се примењују правила ванпарничне процедуре, законодавац је прописао и читав спектар специфичних правила поступања која су примерена заштити права на суђење у разумном року. Посебно је битно да су странке ослобођене плаћања судских такси у овом поступку и да је сам поступак хитан и има првенство у одлучивању.

⁴¹ Чл. 13. ст. 1. ЗЗПСРР.

⁴² Гордана Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Београд, 2013, 305.

ЛИТЕРАТУРА

Владимир Боранијашевић, Јавноизвршитељско право, Правни факултет у Приштини, Косовска Митровица, 2017.

Владимир Боранијашевић, О заштити права на суђење у разумном року, Тематски зборник радова „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2016.

Гордана Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Београд, 2013.

Гордана Станковић, Љубица Мандић, Организационо грађанско процесно право, Косовска Митровица, 2013.

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

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

Закон о уређењу судова – ЗУС, „Службени гласник РС“ бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011-др.закон, 78/2011-др. закон, 101/2011, 101/2013, 40/2015 – др. закон, 106/2015, 13/2016 и 108/2016.

Zimmermann and Steiner v. Switzerland, 13. jul 1983, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\"case of zimmermann and steiner v. switzerland\""\],"documentcollectionid2":\["grandchamber","chamber"\],"itemid":\["001-57609"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

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

König v. Germany од 28. јуна 1978, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["konig germany"\],"documentcollectionid2":\["grandchamber","chamber"\],"itemid":\["001-57512"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

Предлог Закона о изменама Закона о заштити права на суђење у разумном року, <http://www.parlament.gov.rs/акти/закони-у-процедури/закони-у-процедури.46.html>.

Pretto and others v. Italy, 8. decembar 1983, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-57561"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

Славољуб Царић, Право на суђење у разумном року, Службени гласник, Београд, 2015. стр. 89.

Снежана Андрејевић, Право на правићно суђење – разумни рок, доступно на: http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20povrede%20prava%20na%20sudjenje%20u%20razumnom%20roku_0.pdf.

Судски пословник, „Службени гласник РС“ бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 39/2016, 56/2016 и 77/2016.

Vladimir Boranijašević, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE PROCEDURE FOR PROTECTION OF THE RIGHT TO A TRIAL IN DUE
TIME

Summary

The Law on Protection of the Right to a Trial in Due Time was introduced in the Republic of Serbia in 2015. By the introduction of this law, the right to a trial in due time, as a fundamental human right and a part of the right to a fair trial, has received the court protection as well.

The right to a trial in due time is protected in the special non-contentious procedure which is initiated by the objection in order to quicken the procedure. The fact whether there has occurred a violation of the right to a trial in due time is determined in this procedure. If the president of the court who conducts the procedure by applying criteria for appraisal of the duration of the trial in due time determines that there has occurred a violation of this right, they order the judge to undertake the process actions in order to quicken the ongoing procedure. If a public Attorney has violated the right to a trial in due time, the directly superior public Attorney brings a compulsory instruction by which they order the public Attorney to undertake the process actions which quicken the procedure.

Specific rules according to which to act while offering the legal protection in the procedure for protection of the right to a trial in due time, have been analyzed in the paper. The attention has also been devoted to the complaint as a legal remedy for protection of the right to a trial in due time, reasons for its lodging and the procedure to the complaint.

Keywords: *the right to a trial in due time, the non-contentious procedure, the objection, the complaint, the decision.*

Др Олга ЈОВИЋ-ПРЛАИНОВИЋ*

347.63

349:618.177-089.888.11

УТВРЂИВАЊЕ МАТЕРИНСТВА И ОЧИНСТВА ДЕТЕТА ЗАЧЕТОГ
ПОСТУПЦИМА БИМЕДИЦИНСКИ ПОТПМОГНУТЕ ОПЛОДЊЕ
-DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA –

Апстракт: У овом раду ауторка разматра важећа правила о успостављању правног родитељства онда када је дете зачето поступцима биомедицинске потпомогнуте оплодње. Утврђивање порекла детета од родитеља подржано је правним механизмима који се разликују у зависности од тога да ли је дете рођено у браку или ван брака.

Жеља за потомством је израз права на планирање породице, а националну правну регулативу карактерише ограничена могућност неплодног пара приликом реализације те жеље, с обзиром да су поједини поступци зачећа уз биомедицински потпомогнуту оплодњу изричито забрањени. Зачеће и рођење детета уз биомедицинску помоћ у поступцима у којима осим неплодног пара учествује и треће лице (донор, сурогат мајка), подвргавају провери утемељено (традиционално) породичноправно правило да се мајком детета сматра жена која је дете родила. С тим у вези, поставља се и питање порекла детета од оца које се, по правилу, утврђује на основу правне претпоставке о очинству мужа мајке детета, односно ванбрачног партнера мајке. Биолошки основ порекла детета и значај правних правила о њој, потиснути су достигнућима биомедицинске науке.

Кључне речи: *биомедицински потпомогнута оплодња; материнство; очинство; породични статус детета.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У Србији је област биомедицински потпомогнуте оплодње нормативно уобличена крајем прве деценије 21. века Законом о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења.¹ Потом, нови пропис у оквиру здравственог законодавства ступио је на снагу 5. маја 2017. године под називом Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи.²

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, olga.jovic@pr.ac.rs.

¹ Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009.

² Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи (у даљем тексту: ЗБМПО), *Сл. гласник РС*, бр. 40/2017. Примена одредбе члана 19. став 1. т. 1) који гласи: „У

За разлику од претходног закона, у називу важећег закона изостављена је синтаagma *лечење неплодности*, иако постоји одредба која прописује да је поступак биомедицински потпомогнутог оплођења поступак који се спроводи у складу са савременим стандардима биомедицинске науке у случају неплодности, као и у случају постојања медицинских индикација за очување плодности, и омогућава спајање мушке и женске репродуктивне ћелије ради постизања трудноће на начин другачији од полног односа.³ Медицинска оправданост биомедицински потпомогнуте оплодње остварује се спровођењем поступака лечења неплодности у случајевима када лечење неплодности другим поступцима није могуће или има значајно мање шансе за успех, укључујући и случајеве претеће неплодности као последице развоја или лечења болести.⁴ Осим терминолошке нејасноће у самом називу закона, додатну непрецизност изазива и разурђеност одредби о дозвољеним и забрањеним поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње, што иницира одређене недоумице у њиховом тумачењу. *Ratio legis* законодавне интервенције у овој области оправдава се чињеницом да пре доношења овог закона делатност биомедицински потпомогнуте оплодње нису пратили одговарајући законски акти усклађени са стандардима праксе и прописима ЕУ. Специфична новина овог закона је, заправо, формирање банке репродуктивних ћелија, ткива и ембриона, као и увоз, односно извоз репродуктивних ћелија.⁵ Закон који уређује материју биомедицински потпомогнуте оплодње неизбежно обухвата медицинске, етичке и правне аспекте. У том смислу, правни аспекти биомедицински потпомогнуте оплодње односе се на следећа питања: ко су корисници права на биомедицински потпомогнуту оплодњу, односно ко су субјекти или титулари овог права; правни статус детета зачетог и рођеног поступком биомедицински потпомогнуте оплодње; и изричите или имплицитне забране. Другим речима, правни аспекти биомедицински потпомогнуте оплодње су нарочито важни за уређење права и дужности супружника, односно ванбрачних партнера, донора, правног статуса детета и остваривања права детета на сазнање биолошког порекла. Анализа домаћег законодавства показује да су одређене недоумице остале без одговора, док су одређена спорна питања створила противречна решења.

Истовремено, у националном породичном законодавству, посебне законске одредбе о материнству и очинству детета у случају зачећа уз

обављању делатности БМПО у центру за БМПО, односно Банци учествује доктор медицине - специјалиста гинекологије са ужом специјализацијом из фертилитета и стерилитета“, одложена до 1. јула 2018. године.

³ Вид. чл. 3. став 1. т. 1) ЗБМПО.

⁴ Вид. чл. 4. ЗБМПО.

⁵ Вид. чл. 54. ЗБМПО.

биомедицинску помоћ уведене су 2005. године, када је донет Породични закон, у атмосфери непостојања медицинскоправних прописа.⁶ Из садржине ових одредби произилазе породичноправне последице пристанка корисника права на биомедицински потпомогнуту оплодњу на породични статус детета. Имајући у виду актуелне предлоге Преднацрта Грађанског законика републике Србије у вези са утврђивањем материнства и очинства у случају зачећа уз биомедицинску помоћ,⁷ несагласност са важећим породичноправним решењима је очигледна. У овом раду покушаћемо да одговоримо у којој мери би усаглашавање важећих законских прописа са предлозима Преднацрта ГЗ представљало компромис између актуелних друштвено-политичких прилика и стандарда које морамо да испунимо на путу ка европским интеграцијама.

2. БИОМЕДИЦИНСКИ ПОТПМОГНУТА ОПЛОДЊА КАО НАЧИН ОСТВАРИВАЊА РОДИТЕЉСТВА

Развој и примена поступака биомедицински потпомогнуте оплодње резултат је потребе задовољења природне жеље људи за потомством у случајевима када оплодна моћ лица која желе да постану родитељи не постоји или је знатно умањена. Стерилитет се, у медицинском дискурсу, дефинише као болест репродуктивног система у случају одсуства клиничке трудноће након дванаест или више месеци редовних сексуалних незаштићених односа.⁸ Према томе, парови који не могу да конципирају дете природним путем, имају право на зачеће уз биомедицинску помоћ.

Проблем порекла детета уобичајено се решава на основу претпоставке које за основу имају заједницу мушкарца и жене, с обзиром да се однос родитеља и детета успоставља на основу биолошке чињенице рађања, која је условљена рођењем детета у браку или ван брака. То значи да

⁶ Чл. 57. и 58. Породичног закона (у даљем тексту: ПЗС), *Сл. гласник РС*, бр. 18/05, 72/2011 и 6/2015.

⁷ Чл. 2271.-2283. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: Преднацрт ГЗ), књига четврта ПОРОДИЧНИ ОДНОСИ, <http://www.paragraf.rs> (приступ 24.08.2017.). Влада Републике Србије 2006. године донела Одлуку о образовању (Одлука 05 бр. 02-9880/2006 о образовању Комисије за израду Грађанског законика, *Сл. гласник РС*, бр. 104/06 и 110/06) Комисије за израду Грађанског законика, која је у јуну месецу 2011. године објавила Преднацрт Грађанског законика, под наловом Породични односи.

⁸ Zegers-Hochschild F., Adamson G.D., de Mouzon J, Ishihara O., Mansour R., Nygren K., Sullivan E, and S. van der Poel on behalf of ICMART and WHO, The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) „Revised Glossary on ART Terminology“, Human Reproduction, Vol.24, No.11, 2009, p. 2686.

у зависности од породичног статуса родитеља, дете стиче брачни или ванбрачни статус, без могућности оспоравања материнства и очинства. У свим савременим законодавствима, па тако и у нашем, начин концепције детета није пресудан за правни садржај односа родитељ-дете. Примена појединих поступака биомедицински потпомогнуте оплодње омогућавају да дете биолошки и генетски не потиче од лица који се сматрају правним родитељима детета, што правила о утврђивању очинства и материнства чине спорним. Нужност примене научних достигнућа за добробит људи, у интересу очувања и унапређења здравља, треба испратити одговарајућом регулативом, што захтева додатну опрезност, у смислу да прописани оквир примене биомедицинских поступака буде у оквиру уставних гаранција и опште забране дискриминације.⁹

2.1. ПОСТУПЦИ БМПО НОРМАТИВНО УРЕЂЕНИ У СРПСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Прихватљивост, односно неприхватљивост, свих, или појединих, расположивих биомедицинских поступака којима се настоји превазићи проблем неплодности условљено је доминантним моралним схватањима у различитим дрштвено-политичким системима који одређују садржину законских текстова, диктирајући обим у којем ће савремена достигнућа биомедицинске науке бити примењена. При томе, начело заштите права детета и свих учесника поступка биомедицински потпомогнуте оплодње је руководни принцип који се остварује на тај начин што здравље, добробит и заштита права детета и учесника имају првенство приликом доношења одлуке за сваки поступак биомедицински потпомогнуте оплодње, а посебно за жену која се подвргава поступку, односно за дете које ће се на основу тог поступка родити.¹⁰

Тако, према ЗБМПО, поступци који се спороводе у оквиру делатности биомедицинске оплодње су: 1) *унутар телесно оплођење* које подразумева уношење семених ћелија у полне органе жене и уношење јајних ћелија заједно са семеним ћелијама у полне органе жена, и 2) *вантелесно оплођење* које обухвата спајање јајних и семених ћелија изван тела жене у циљу стварања зигота, односно ембриона и њихово преношење у полне органе жене.¹¹ Унутар телесно оплођење односи се на артифицијелну

⁹ Вид. Цветић Раденка, "Правна способност и биомедицина – биомедицинска дискриминација", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, Нови Сад 2011, стр. 355.

¹⁰ Чл. 7. ЗБМПО.

¹¹ Чл. 13. став 2. т. 1) и 2) ЗБМПО.

инсеминацију¹² жене семеном мужа (хомологна артифицијелна инсеминација) или семеном донора (хетерологна артифицијелна инсеминација). Овај начин лечења неплодности је условио успостављање правила која се тичу очинства као елемента породичног статуса детета. Неподударност билошке основе порекла и правног очинства долази до изражаја код хетерологне артифицијелне инсеминације семеном донора који, по правилу, увек остаје изван оквира родитељског односа. Дакле, у случају поремећаја мушке плодности и примене поступака потпомогнуте оплодње, у савременим законодавствима преовладава претпоставка о очинству мужа (ванбрачног партнера) мајке, уз испуњење услова који се тиче сагласности мужа (ванбрачног партнера) за тај начин оплодње. У контексту материнства од посебног су значаја поступци у којима се користи генетски материјал трећег лица-донора, па ослањајући се на наведени критеријум, а у вези са утврђивањем порекла детета од мајке, недоумице се тичу донације јајне ћелије, донације ембриона и сурогат материнства.

2.2. КОРИСНИЦИ ПРАВА НА БИМЕДИЦИНСКИ ПОТПОМОГНУТУ ОПЛОДЊУ

Према чл. 25. став 1. ЗБМПО корисници овог права су пунолетна пословно способна жена и мушкарац којима је потребна помоћ у лечењу неплодности, који воде заједнички живот у складу са законом (супружници, ванбрачни партнери) којим се уређују породични односи и који су способни да обављају родитељске дужности и у таквом су психосоцијалном стању на основу кога се може оправдано очекивати да ће бити способни да обављају родитељске дужности у интересу детета. Наведени услови морају бити кумулативно испуњени у тренутку зачећа. Питање на који начин се утврђује испуњеност услова у погледу способности за вршење родитељских дужности у складу са најбољим интересом детета остаје отворено, јер и новелираним ЗБМПО није одређен надлежни орган или институција која ће то утврдити и сам поступак који треба у том циљу спровести. С тим у вези, у важећем закону, активности Стручне комисије овлашћене здравствене установе, односно центра који обавља делатност БМПО,¹³ подразумевају да је

¹² AI -артифицијелна инсеминација подразумева следеће технике примене: интравагинална инсеминација (IVI); интрацервикална инсеминација (ICI); интраутерина инсеминација (IUI); Fallopian tube sperm perfusion (FSP); sperm intrafallopian insemination (SIFI); директна интраперитонеална инсеминација (DIP); интрафоликуларна инсеминација (IFI). Вид. Радуловић Слободан, *Асистирана репродуктивна технологија у хуманој репродукцији*, Elit - Medica, Београд 2007, стр. 213.

¹³ Чл. 31. ЗБМПО који гласи: “Сваки поступак БМПО са дарованим репродуктивним ћелијама врши се на предлог доктора медицине – специјалисте

надлежни специјалиста дужан да обавести лица која се подвргавају поступку БМПО о свим подацима који се тичу самог поступка, а посебно о стању њиховог здравља, дијагнози, прогнози лечења, могућим последицама и опасностима за жену, мушкарца и дете, као и могућности правног и психосоцијалног саветовања (чл. 26. став. 2.), те да је правно и психосоцијално саветовање обавезно у поступцима са дарованим репродуктивним ћелијама, односно ембрионима (чл. 26. став 3.) Пре започињања поступка БМПО са дарованим репродуктивним ћелијама, дипломирани правник, члан стручне комисије, дужан је да супружнике, односно ванбрачне партнере упозна са правним последицама пристанка на поступак и рађање детета зачетог путем БМПО са донираним репродуктивним ћелијама, односно ембрионима, док је дужност дипломираног психолога да кориснике БМПО упозна са могућим психичким последицама поступка БМПО, о чему овлашћена лица састављају записник.¹⁴

Како се из наведеног може закључити, неспорно је да су субјекти права на БМПО супружници и ванбрачни партнери. Околност да су ванбрачни партнери изједначени са супружницима последица је уставног изједначења ванбрачне заједнице, односно уставне одредбе о законском уређењу ванбрачне заједнице.¹⁵ Отуда, ванбрачни партнери су равноправни у праву на биомедицинску оплодњу са супружницима. Од правила да су супружници и ванбрачни партнери субјети права на поступак БМПО постоји један изузетак. Према слову закона, титулар права на поступке БМПО је и пунолетна пословно способна жена која живи сама и која је способна да врши родитељску дужност и у таквом је психосоцијалном стању на основу кога се оправдано може очекивати да ће бити способна да обавља родитељске дужности, у складу са законом, у интересу детета.¹⁶ Оваква формулација уводи додатне недоумице приликом тумачења, с обзиром да пружа могућност за различите злоупотребе, односно без ограничења допушта могућност жени без партнера да зачне дете поступцима БМПО. Најблаже речено, није јасно који је законодавни мотив био превалентан за овакав крајње безусловни приступ жене поступцима БМПО. Тачније,

гинекологије и акушерства. О предлогу специјалисте мишљење даје стручна саветодавна комисија за употребу дарованих репродуктивних ћелија у поступку БМПО која се образује у центру за БМПО. Стручну комисију чине доктор медицине специјалиста гинекологије и акушерства са субспецијализацијом из фертилитета и стерилитета, односно уже специјализације из стерилитета и фертилитета, ембриолог, дипломирани психолог и дипломирани правник које именује директор овлашћене здравствене службе. Доктор медицине не може бити члан стручне комисије када се даје мишљење на његов предлог.“

¹⁴ Чл. 26. став 6. и 7. ЗБМПО.

¹⁵ Вид. чл. 62. став 5. Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

¹⁶ Чл. 25. став 2. ЗБМПО.

последњим ставом (4.) чл. 25. ЗБМО прописано је да медицинске индикације за супружнике и ванбрачне партнере утврђује надлежни специјалиста, док то није изричито предвиђено за жену која нема партнера. Наиме, према раније важећем Закону о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње, жена без партнера је имала могућност лечења неплодности, уз споразумну сагласност министра надлежног за послове здравља и министра надлежног за породичне односе, ако за то постоје оправдани разлози (чл. 26. став 3.) При томе, жена која по годинама живота и општем здравственом стању није способна да рађа, односно која је у годинама живота које нису примерене за рађање, не може бити укључена у поступак БМПО (чл. 26. став 4.). Полазећи од садашњег решења, поставља се питање да ли је оправдано лицима која немају сталног партнера признати право на поступке БМПО, односно лечење неплодности овим путем. У упоредном праву, приступ поступцима БМПО, са једне стране, условљен је постојањем заједнице живота (с брачним или ванбрачним партнером),¹⁷ али, са друге стране, све више земаља дозвољава женама без сталног партнера да се подвргну поступцима БМПО.¹⁸ Са породичноправног аспекта, подвргавање поступцима БМПО жене која нема партнера, има за последицу да дете које се рађа тим путем унапред остаје без правног оца. Биолошки отац детета је донор семених ћелија који се не може сматрати и правним оцем, чиме се интерес детета да има оба родитеља потискује. Међутим, сукоб интереса постоји и онда када се жени без партнера ускраћује право на поступак БМПО, ако пођемо од уставног права и универзално прихваћеног правила о слободном одлучивању о рађању деце. Решење оваквих конфликтних породично-поравних ситуација, према мишљењу у домаћој правној доктрини, условљено је тиме којем од сукобљених интереса ваља дати предност: интересу детета да има оба

¹⁷ Вид. Ковечек-Станић Гордана, „О моделу закона о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ“, у *Легислатива о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ*, Нови Сад, 2008, стр. 8-17. Тако је, на пример, у аустријском, француском, италијанском, словеначком, швајцарском праву. У шведском праву, право на БМПО није признато лицима без сталног партнера, али је признато жени која живи у истополној заједници (жена која роди дете је мајка детета, а друга жена добија статус родитеља).

¹⁸ Вид. Цветић Р., *Правна способност и биомедицина – биомедицинска дискриминација*, *op.cit.*, стр. 360, фн. 42. Од европских земаља то су Холандија, Шпанија, Белгија, Велика Британија, Данска. Оваква могућност постоји и у Русији, те у многим државама САД: Арканзас, Калифорнија, Колорадо, Илиноис, Њу Хемпшир, Њу Џерси, Њу Мексико, Охајо, Орегон, Вашингтон, Висконсин и Вајоминг.

родитеља или интересу жене да постане родитељ иако нема сталног партнера.¹⁹

3. ОЧИНСТВО И МАТЕРИНСТВО У СЛУЧАЈУ ЗАЧЕЋА УЗ БИМЕДИЦИНСКУ ПОМОЋ– *de lege lata*

Према одредби чл. 58. Породичног закона Републике Србије оцем детета које је зачето уз биомедицинску помоћ сматра се муж мајке под условом да је за поступак биомедицински потпомогнутог оплођења дао писани пристанак. Такође, оцем детета које је зачето уз биомедицинску помоћ сматра се и ванбрачни партнер мајке, под условом да је за поступак биомедицински потпомогнутог оплођења дао писани пристанак. У оба случаја очинство мушкарца који се сматра оцем детета не може се оспоравати. Право на оспоравање очинства, односно активна легитимација, припада мушкарцу који се сматра оцем детета, само под условом да дете није зачето поступком БМПО (чл. 58. став 4. ПЗС). У том случају, муж, односно ванбрачни партнер мајке може поднети тужбу ради оспоравања свог очинства у року од годину дана од дана сазнања за чињеницу да дете није зачето поступком БМПО, а најкасније у року од десет година од рођења детета (чл. 252. став. 5. ПЗС). Ако муж ускрати сагласност на поступак БМПО, на основу законске претпоставке о брачном очинству сматраће се оцем детета, те уколико је реч о хомологној артифицијелној инсеминацији неће имати право право на оспоравање очинства будући да је и биолошки отац детета. За разлику од мужа мајке, у ситуацији када ванбрачни партнер мајке није дао сагласност на БМПО, услед непостојања правне претпоставке о ванбрачном очинству у националном праву, питање утврђивања његовог очинства би се могло решити признањем. Ако је пропуст у том смислу учињен у припремној фази поступка БМПО дете и жена не би имали могућност утврђивања ванбрачног очинства судским путем, јер би примена аналогije са брачним очинством, као начин попуњавања правних празнина, у овом случају била неприхватљива.

Онда када је дете зачето поступком БМПО дарованим семеним ћелијама, очинство мушкарца који је даровао семене ћелије не може се утврђивати (чл. 58. ст. 5. ПЗС). Правило има за циљ да заштити интерес супружника или ванбрачног партнера мајке да ће трајно бити правни отац детета које је са његовим пристанком зачето дарованим семеним ћелија.

Према ЗБМПО да би се приступило поступку БМПО потребан је писани пристанак свих лица која учествују у поступку, за свако извођење

¹⁹ Вид. Ковачек-Станић Гордана, „Европска достигнућа у регулисању статуса детета зачетог артифицијелним репродуктивним технологијама“, *Становништво* 53 (2), Београд 2015, стр. 7-8.

посебно, а на основу обавештења датих на начин и по поступку прописаном овим законом (чл. 27. ЗБМПО). Супружници, односно ванбрачни партнери или жена самостално могу да повуку дату изјаву о пристанку све док се семене или јајне ћелије, зиготи, односно ембриони не унесу у тело жене. Пре сваког уношења семених ћелија, зигота или ембриона надлежан специјалиста мора проверити да ли изјава о пристанку постоји, односно да ли је повучена.²⁰ Када је реч о поступцима БМПО у којима се користе дароване репродуктивне ћелије, правила су унеколико пооштрена. Најпре, даровање репродуктивних ћелија обавља се само на основу писаног пристанка даваоца, док се даровање ембриона може обавити само на основу писаног пристанка оба супружника (ванбрачних партнера) од чијих је репродуктивних ћелија креиран ембрион. Затим, изјава о пристанку даје се пред здравственим радником у Банци или Центру за БМПО и предстваља медицинску документацију, а садржај обрасца изјаве о пристанку даваоца прописује министар належаан за послове здравља.²¹ Изричито је прописано да давалац нема правне или друге обавезе, као ни права према детету зачетом и рођеном употребом дарованих репродуктивних ћелија нити ембриона у поступку БМПО.²²

Специфична ситуација у вези са утврђивањем очинства може наступити онда када се хомологна артифицијелна инсеминација спроводи након смрти мужа, односно ванбрачног партнера мајке. Када је реч о дозвољености постхумне оплодње, у домаћем ЗБМПО услов да би поступак БМПО било могуће извести да је неопходно да у време примене поступака постоји заједница живота између супружника или ванбрачних партнера, одакле се може извести закључак да постхумна оплодња, односно оплодња након смрти супруга или ванбрачног партнера није дозвољена. Према одредби чл. 41. у поступку БМПО дозвољено је употребљавати репродуктивне ћелије, односно ембрионе давалаца који су живи.²³ Дакле, у случају смрти мужа или ванбрачног партнера мајке поступак БМПО је

²⁰ Чл. 28. ЗБМПО.

²¹ Вид. чл. 38. ЗБМПО. О повлачењу пристанка даваоца видети чл. 39. ЗБМПО.

²² Чл. 40. ЗБМПО.

²³ Вид. Видић Јелена, „Постхумна оплодња и њена наследноправна дејства“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* бр. 3, Нови Сад 2011, стр. 557. Чл. 58. ст. 4. раније важећег ЗБМПО прописивао је да је могућ писмени пристанак лица од кога потичу репродуктивне ћелије (у складу са овим законом, односно на основу тестаментa) да се његове ћелије могу употребљавати и после његове смрти. Уколико је међутим донор за живота дао писмени пристанак да се после његове смрти његове репродуктивне ћелије могу употребљавати, онда се оне могу користити у поступку БМПО, с тим што тако зачето дете не може постати законски наследник донора, јер донор нема правне или друге обавезе, као ни права према детету, односно деци зачетој и рођеној употребом донираних репродуктивних ћелија у поступку БМПО.

недопустив, а нај тај начин се додатно штити интерес детета да унапред буде лишено старања од стране оца.²⁴

Други, кључни, елемент породичног статуса детета односи се на утврђивање порекла детета од мајке. По правилу, однос мајке и детета настаје природним путем, рађањем. Мајка детета зачетог уз биомедицинску помоћ је жена која га је родила. Ако је дете зачето дарованом јајном ћелијом, материнство жене која је даровала јајну ћелију не може се утврђивати.²⁵ У том смислу, са становишта права, одлучни значај је дат гестационом критеријуму, односно чињеници ношења и рађања детета. Примена поступака БМПО којима се пружа помоћ неплодном пару у случају када жена није у могућности да конципира или носи и роди дете па друга жена остварује обе или само једну од поменутих функција, актуелизује питање материнства. Правне импликације донације јајне ћелије и донације ембриона, који раздвајају материнске функције између жене даваоца генетског материјала и жене која је дете родила, саставни су део општег режима и истоветне случајевима када се генетско и гестацијско материнство поклапају у истој жени. При томе, према решењу ЗБПМО забрањено је спроводити поступке БМПО са истовременом применом дарованих јајних ћелија и дарованих семених ћелија (чл. 46. став 12.), што значи да парови код којих је дијгностификован стерилитет немају могућност да се подвргну овом поступку БМПО, односно да приме ембрион који је „стран“ обома.

4. СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА

Поступак БМПО који има комплексне последице на успостављање родитељског односа између мајке и детета јесте сурогат материнство. Чињеница да овај поступак омогућава да до потомства дођу лица која немају функционалне полне ћелије и да омогућава да само један родитељ буде генетски родитељ детета, условила је рестриктивни однос српског законодавца у односу на сурогат материнство. Наиме, према слову закона, изричито је забрањено укључити у поступак БМПО жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне

²⁴ О решењима у вези са постхумном оплодњом у упоредном праву вид. Ковачек-Станић Г, „Европска достигнућа у регулисању статуса детета зачетог артифицијелним репродуктивним технологијама“, *op.cit.*, стр. 3; Ковачек-Станић Гордана, „Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима“, *Зборник матице српске за друштвене науке*, бр. 131, Нови Сад 2010, стр. 415-430.

²⁵ Вид. чл. 57. ПЗС.

користи, као и нуђење услуга сурогат мајке од стране жене или било ког другог лица са или без плаћања било какве накнаде.²⁶

Правничкој и неправничкој критичкој јавности је 26. јуна 2015. године, након деценије од почетка рада Комисије, предочен текст Преднацрта ГЗ. Према Програму јавне расправе о тексту прописа Преднацрта ГЗ, јавна расправа је требало да траје годину дана, међутим, до данас, јавна расправа још није званично окончана.²⁷

У Преднацрту ГЗ предложена су следећа решења у вези са утврђивањем материнства и очинства у случају зачећа уз биомедицинску помоћ. Када је у питању материнство, примењује се правило да је мајка детета зачетог уз биомедицинску помоћ жена која га је родила. Ако је дете зачето уз биомедицинску помоћ дарованом јајном ћелијом, материнство жене која је даровала јајну ћелију не може се утврђивати.²⁸ Правила о очинству су садржински непромењена, али предложено решење је језички прекомпоновано. Тако, оцем детета које је рођено у браку или ванбрачној заједници, а зачето уз биомедицинску помоћ сматра се муж мајке односно њен ванбрачни партнер.²⁹ Ако муж мајке односно њен ванбрачни партнер нису дали писмени пристанак за зачеће уз биомедицинску помоћ семеном другог мушкарца имају право да оспоравају своје очинство (правну претпоставку о свом очинству). Ако је биомедицински потпомогнута оплодња извршена семеним ћелијама мужа мајке или њеног ванбрачног партнера, уз њихов писмени пристанак, очинство детета се не може оспоравати. Очинство мужа мајке односно њеног ванбрачног партнера који су дали писмени пристанак за зачеће уз биомедицинску помоћ донираним семеном (семеном донора) може се оспоравати само ако дете није зачето поступком биомедицински потпомогнутог зачећа. Ако је дете зачето уз биомедицинску помоћ дарованим семеним ћелијама, очинство мушкарца који је даровао семене ћелије не може се утврђивати.³⁰

Преднацрт ГЗ уређује и поступак сурогат материнства, као начин лечења неплодности брачних или ванбрачних партнера, односно искључиво у случају постојања медицинских индикација код жена које не могу да зачну или изнесу трудноћу, или код којих генетско оболење чине непожељним да

²⁶ Чл. 46. став 18. ЗБМПО.

²⁷ Вид. <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php> (приступ 11.09.2017).

²⁸ Чл. 2271. Преднацрта ГЗ. Као алтернатива предложено је да се дода трећи став који гласи: „Жена чија је јајна ћелија без њеног пристанка коришћена за оплодњу друге жене има право да оспорава материнство жене која је дете родила, ако истовремено тражи да се утврди да је она мајка детета.“

²⁹ Чл. 2283. став. 1. Преднацрта ГЗ.

³⁰ Чл. 2283. ст. 2, 3, 4, и 5. Преднацрта ГЗ.

роде дете.³¹ Штавише, предлог је да сурогат материнство као начин лечења неплодности, ако постоје нарочито оправдани разлози, буде доступан за жене и мушкарце који немају сталне партнере, а да постојање оправданих разлога, у том случају, цени суд у ванпарничном поступку.³²

За ваљану анализу сурогат материнства као поступка зачећа и рађања детета неопходан је мултидисциплинарни приступ, будући да у се овом домену прожимају медицинска, правна, филозофска, социолошка, психолошка питања, и узрочно, питање институционализације биомедицински потпомогнуте оплодње. Ако је неплодност важан медицински проблем са значајним психолошким и социјалним последицама, јасни су напори медицине и друштва уопште да се неплодним паровима помогне, па у том смислу, сурогат материнству и етичким дилемама које провоцира, мора се приступити опрезно.

Познато је да постоје два облика сурогат материнства: пуна (гестацијска) сурогација и парцијална (генетска) сурогација. Подела је извршена с обзиром на постојање, односно непостојање генетске везе између сурогат мајке и детета које рађа. У случају гестацијске сурогације, ембрион који је створен оплодњом јајне ћелије удате жене семеном њеног мужа (ванбрачног партнера) *in vitro* фертилизацијом, инплантира се у тело сурогат мајке у циљу гестације и порођаја. Код гестацијске сурогације, сурогат мајка не уноси свој генетски материјал у концепцију детета, што може бити значајно са аспекта биолошке везе детета и родитеља приликом заснивања правног родитељства. У случају генетске сурогације, међутим, сурогат мајка рађа дете које је генетски њено, при чему, отац детета може бити мушкарац који је закључио уговор (муж неплодне жене тј. отац наручилац), или треће лице (донор) или чак партнер сурогат мајке; у овом случају долази до потпуног размимоилажења између биолошког порекла детета и родитељства наручилаца (неплодног пара). Тада кључни значај за формирање правног родитељства наручилаца у односу на дете, има социјални критеријум.

Предлог у Преднацрту ГЗ за успостављање правног материнства и очинства неплодног пара гласи: „У случају рађања за другог у матичне књиге

³¹ Вид. Цвејић-Јанчић Олга, „Актуелна пордодичноправна питања Преднацрта Грађанског законика Србије“, *op.cit.*, стр. 124. Сурогат материнство се **не би могло користити као начин избора зачећа и рађања**, када се ради о женама које би могле да роде дете природним путем или путем других метода лечења неплодности, али то не желе из естетских разлога, због евентуалног прекида у развоју каријере или сл.

³² *Ibid.*, стр. 122-123. С обзиром да правна дејства заједнице лица истог пола у нашој земљи још увек нису нормативно уређена, не би било примерено да права хомосексуалних партнера почињу од репродуктивних права. Вид. Ковачек-Станић Гордана, „Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији“, *Становништво*, бр.1, Београд 2013, стр. 15.

се као мајка детета уписује жена која на основу уговора о рађању за другог има намеру да се стара о детету (намеравана мајка), без обзира да ли су њене оплодне ћелије коришћене за оплодњу друге жене (сурогат мајке). Оцем детета које је на основу уговора (о рађању за другог) родила друга жена (сурогат мајка) се сматра супруг или ванбрачни партнер намераване мајке (намеравани отац), без обзира да ли су његове оплодне ћелије коришћене за оплодњу сурогат мајке. Правна претпоставка о материнству жене која је родила дете (сурогат мајке) и о очинству њеног супруга је без дејства. Материнство и очинство намераваних родитеља (намераване мајке и намераваног оца) не може се оспоравати, чак ни у случају када су за оплодњу друге жене (сурогат мајке) коришћене оплодне ћелије само једног од њих³³. Из наведеног се може закључити, да примена породичноправних норми општег карактера у вези са пореклом детета губе смисао, пошто је основни циљ сурогат материнства да до детета дође неплодни пар-родитељи наручиоци. Поступак сурогат материнства потиरे биолошку основу порекла и значај правних правила о њој. Релативност биолошког критеријума за заснивање законитог односа родитељи-дете, омогућује успостављање родитељства на основу социјалног критеријума, односно намере родитеља наручилаца да одгајају дете.³⁴

Са правног становишта, основ за извођење овог поступка биомедицински потпомогнуте оплодне јесте сурогацијски уговор. По правилу, уговорне стране су пар наручилаца (неплодна жена и њен брачни или ванбрачни партнер) с једне стране, и сурогат мајка, с друге стране. Уговорно усклађивање очекивања учесника у поступку има за циљ постизање сагласности воља уговорника. Заправо, концепт сурогат материнства захтева постојање уговора између сурогат мајке и пара наручилаца, првенствено ради предупређивања могућег спора о родитељском праву према рођеном детету. У том смислу, Преднацрт ГЗ предвиђа да уговор о рађању за другог може бити закључен између жене која ће носити и родити дете (сурогат мајка) и супружника или ванбрачних партнера (намеравани родитељи) само ако између намераваних родитеља не може доћи до зачећа природним путем (полним односом), као ни уз помоћ других видова биомедицински потпомогнутог зачећа, или ако зачеће природним путем или коришћењем других видова зачећа није пожељно због озбиљне опасности од преношења тешке наследне болести на дете. Уколико је жена која ће носити и родити дете за другог (сурогат мајка) у браку, за

³³ Чл. 2272. Преднацрта ГЗ.

³⁴ Вид. Јовић Олга, *Сурогат материнство – нова димензија родитељства*, Задужбина Андрејевић, Београд 2005, стр. 25-26; Јовић-Прлаиновић Олга, *Сурогат материнство - аргументи pro et contra*, *Правни живот* бр. 10, Београд 2015, стр. 43-44.

пуноважност уговора из претходног става потребна је сагласност њеног супружника. Пре закључења уговора о рађању за другог намеравани родитељи и сурогат мајка морају прибавити медицинске доказе да зачеће природним путем или коришћењем медицински асистираних репродукција није могуће или није пожељно због ризика од преноса тешке наследне болести, да је сурогат мајка здравствено подобна да носи и роди дете, као и доказе да су обратили саветовалишту ради психолошке припреме за сурогат материнство.³⁵ Да би уговор о рађању за другог имао правно дејство, мора бити оверен од стране судије. Приликом овере уговора о рађању за другог судија је дужан да утврди да ли су испуњени медицински и остали услови за рађање за другог и да упозоре уговорне странке на последице уговора, а нарочито да се жена која је родила дете неће сматрати мајком детета. Судија ће одбити оверу уговора ако је уговорена несразмерна накнада трошкова рађања.³⁶ Према чл. 2278. Преднацрта, права и обавезе из уговора о рађању за другог подразумевају да жена која је носила и родила дете за другог, дужна је да дете по рођењу преда намераваним родитељима. Намеравани родитељи су дужни да преузму дете, без обзира на пол и особине рођеног детета и они заснивају родитељски однос са дететом и стичу сва законска родитељска права и дужности, без обзира да ли њихов брак или ванбрачна заједница још увек постоји у време рођења детета. Остала права и обавезе у вези са рађањем за другог регулишу се уговором (нпр. да је сурогат мајка обавезна да води здрав начин живота током трудноће, да се подвргава редовној лекарској контроли, да следи упутства лекара, да се уздржава од алкохола, употребе дрога, пушења, затим висина и начин плаћања уговорених трошкова, међусобна права и обавезе у случају непоштовања уговора и сл.).³⁷

³⁵ Чл. 2273. Преднацрта ГЗ.

³⁶ Чл. 2274. Преднацрта ГЗ.

³⁷ Вид. Јовић Олга, „Уговор о сурогат материнству“, *Правни живот*, бр. 10, Београд 2006, стр. Основно питање налази се у озбиљној дилеми да ли постоји обавеза сурогат мајке да поштује одредбе сурогацијског уговора или она може одустати од испуњења уговорних обавеза. С тим у вези, заузети став у системима који дозвољавају односно одобравају праксу сурогације јесте да се сурогацијски уговори сматрају неутуживим (unenforceable), што значи да се отклања основ због којег би суд евентуално могао да наложи сурогат мајци да преда дете након рођења, уколико се она супротно уговору, предомисли. На тај начин родитељи наручиоци немају правну моћ да делују на понашање сурогат мајке пре и током трудноће, као и након рођења детета.

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА - СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО – ПРЕДЛОГ *de lege ferenda*

У самом Тексту Преднацрта ГЗ наглашено је да су све одредбе о рађању за другог,³⁸ формулисане као илустрација могућих законских решења ако се, након јавне расправе, уз посебно учешће и изјашњавање специјализованих стручњака из различитих области и професија, прихвати рађање за другог, које се може детаљније регулисати посебним законом.

Полазећи од тога да је у Србији сурогат материнство изричито забрањено, овај чланак представља још један покушај сензибилизације шире јавности о потреби нормативног регулисања овог поступка зачећа и рађања детета, кроз умеренији приступ у односу на предлоге садржане у Преднацрту ГЗ. Сурогат материнство, као терапија стерилитета, мора бити утемељено на очувању постојећег система вредности и интереса детета. Будући да је реч о планској прокреацији, тј. о рађању детета које је резултат воља неплодног пара, детету које које ће бити рођено овим поступком обезбеђују се услови за најбољу заштиту његових/њених интереса. При томе, свако ангажовање у примени сурогат материнства подразумева испуњење два услова кумулативно: 1) овај поступак се може спровести само у терапеутском циљу, тј. као последње решење у борби против стерилитета, и 2) првенствено се мора водити рачуна о интересима детета рођеног на овај начин. Зато и треба одабрати облик сурогат материнства који је најприхватљивији историјској, социјалној и економској перспективи нашег друштва. Пуну или гестацијску сурогацију, требало би нормирати као дозвољен облик, због тога што претпоставља имплантацију ембриона створеног од генетског материјала мушкарца и жене - родитеља наручилаца. У овом случају не постоји конфликт између биолошке основе породице и њене правне компоненте. Насупрот томе, парцијалну (генетску) сурогацију не би требало дозволити, из разлога што је код овог облика сурогат материнства, сурогат мајка и генетска, односно биолошка, и правна мајка детета, па би, са моралног аспекта посматрано, недопустиво било да се жена која је и правна и биолошка мајка детета – сурогат мајка- уговором о сурогат материнству, унапред обавезе да ће дете предати пару наручилаца. Штавише, пракса земаља која имају либералан приступ овом поступку зачећа и рађања детета, показује да проблем настаје у случајевима када сурогат мајка одбија да преда дете наручиоцима, што је чешће онда када дете има генетску везу са сурогат мајком (парцијална сурогација – оплођена јајна ћелија сурогат мајке). И правно и фактички, још је сложеније питање допустивости постхумне

³⁸ Чл. 2272. до чл. 2281. Преднацрта ГЗ.

оплодне у комбинацији са сурогат материнством, које заслужује посебну пажњу, а превазилази потребе предметног рада.

У вези са усклађивањем очекивања у поступку гестацијске сурогације, од велике важности је прецизирање битних одредаба уговора о сурогат материнству. Ослањајући се на искуство земаља које предњаче у овом домену, сурогацијски уговор је једини пут постизања сагласности воља странака: наручиоци (супружници, ванбрачни партнери) и сурогат мајка. Сагласност за закључење уговора од стране брачног или ванбрачног партнера сурогат мајке је, такође, неопходна, због непосредних последица које овај поступак биомедицинске оплодне има на њихову животну заједницу, премда он није уговорни субјект. Сурогат мајка би требало да има могоћуност да одустане од уговора све док се не спроведе поступак имплементације ембриона у њено тело. Родитељи наручиоци би, по рођењу детета, морали да поднесу захтев суду, на темљу чије одлуке би се извршио упис у матичну књигу рођених, што би значило да су они законити родитељи детета од момента уписа, који има конститутивни карактер.

Olga JOVIĆ - PRLAINOVIĆ, LL.D.

Associate professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE DETERMINATION OF MATERNITY AND PATERNITY OF A CHILD CONCEIVED BIOMEDICAL ASSISTED FERTILIZATION PROCEDURES - DE LEGE LATA ET DE LEGE FERENDA -

Summary

Surrogate motherhood as a process of assisted procreation represent a way of parenthood in case when it is not possible to realize parenthood through a natural way. Surrogate motherhood is a process in which a woman (surrogate mother) agrees to carry pregnancy with the intent to give the child to the couple she has made a contract on surrogate maternity with, after the birth. The basic aim of surrogate motherhood is to enable an infertile couple to procreate. In this way the term of parenthood is relative. The principle of the biological truth of the parenthood ceased to be absolute, because legal parenthood can be established based on the will of the persons who intend to guard the child born in this way. This process of conception and birth makes the determination of the child's origin on its mother's side hard to determine, because of the distinction of the genetic and gestation phases of the two women. Creation of a new human life through the participation of the woman who gives birth to the child for an infertile couple

(ordering parents) makes it a necessity to legally shape the rules for the practical conduct of the surrogate motherhood in our country, in order to avoid possible misusages in this area. The adoption of all forms of surrogate motherhood and those that create confusion regarding legal parenthood of the presumed parents, is morally unacceptable. Absolute prohibition of this procedure of assisted procreation would present the most extreme way of dealing with the problems this phenomenon creates. A more moderate approach is more appropriate and it, most of all, needs to be conceived so that it is primarily concerned with the best interests of the children who will be born through such process of assisted procreation. Full, gestation surrogate, as a form of sterility treatment, should be normed as an allowed form, and the reasons for such an attitude lie in the fact that this form of surrogate motherhood presumes full genetic link between the presumed parents and the child to be born by a surrogate mother, through which way a conflict between a family's biological base and its legal components is avoided. On the other hand, partial surrogate, in all its forms, should be prohibited, simply because the biological origin of the child and legal motherhood match in the same woman, the surrogate mother.

Keywords: *bio-medical assisted procreation; motherhood; parenthood; family status of the child.*

ЛИТЕРАТУРА

Цвејић-Јанчић Олга (2015). Актуелна породично-правна питања Преднацрта Грађанског законика Србије, Правна Ријеч, бр. 45, Бања Лука.

Цветић Раденка (2011). Правна способност и биомедицина – биомедицинска дискриминација, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3.

Јовић Олга (2005). *Сурогат материнство - нова димензија родитељства*, Задужбина Андрејевић, Београд

Јовић Олга (2006). Уговор о сурогат материнству, *Правни живот*, бр. 10, Београд.

Јовић-Прлаиновић Олга (2015). Сурогат материнство - аргументи pro et contra, *Правни живот* бр. 10, Београд

Ковачек-Станић Гордана (2013). Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији, *Становништво*, бр. 1, Београд.

Ковачек-Станић Гордана (2014). Породично право - партнерско, дечје и старатељско право, *Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад*,

Ковачек-Станић Гордана (2010). Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима, Зборник Матице српске за друштвене науке 131.

Ковачек-Станић Гордана (2015). Европска достигнућа у регулисању статуса детета зачетог артифицијелним репродуктивним технологијама, *Становништво* 53 (2), Београд.

Ковачек-Станић Гордана, Пајванчић Маријана, Пихлер Станко, Цвејић-Јанчић Олга, Бордаш Бернадет, Драшкић Марија, Копитовић В. (2008). *Легислатива о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ*, Нови Сад, Правни факултет, Центар за издавачку делатност.

Zegers-Hochschild F., Adamson G.D., de Mouzon J, Ishihara O., Mansour R., Nygren K., Sullivan E, and S. van der Poel on behalf of ICMART and WHO, The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) (2009). „Revised Glossary on ART Terminology“, *Human Reproduction*, Vol.24, No.11, Видић Јелена (2011). Постхумна оплодња и њена наследноправна дејства, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* бр. 3.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

Породични закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/05, 72/2011 и 6/2015.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, књига четврта ПОРОДИЧНИ ОДНОСИ, <http://www.paragraf.rs>

Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, *Сл. гласник РС*, бр. 40/2017.

ПОСЕБНЕ КЛАУЗУЛЕ ОДСТУПАЊА

Апстракт: Посебне клаузуле одступања (изузетка) служе за корекцију неадекватног и/или нежељеног упућивања на бази појединачне фиксне тачке везивања. Једно од основних начела међународног приватног права јесте да колизионе норме представљају израз принципа најближе везе, па се тако фиксне колизионе норме сматрају изразом овог начела за типичан и уобичајен број случајева на који се колизиона норма односи. Међутим, не ретко, апстрактно и неутрално дефинисана колизиона норма не одговара сваком појединачном случају и може водити до права са којим спор има везу знатно слабијег интензитета од неког другог права, или другим речима, у појединим случајевима принцип најближе везе може указивати на неко друго право као меродавно (различно од онога на које указује колизиона норма). Из тог разлога, модерне колизионе норме се номотетички формулишу тако да поред претпостављеног фиксног везивања остављају простора и за његову, евентуалну, корекцију уколико околности случаја то захтевају.

Кључне речи: посебна клаузула одступања, принцип најближе везе, отворена посебна клаузула одступања, затворена посебна клаузула одступања.

1. УВОД

Клаузуле изузетка у међународном приватном праву јесу реакција и решење за превазилажење тензије између принципа правичности и принципа правне сигурности на специфичном међународноприватно-правном терену. Већина аутора сматра да појава клаузуле изузетка у модерним кодификацијама међународног приватног права на европском континенту представља одјек америчке револуције у области сукоба закона у XX веку.¹

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, jelena.belovic@pr.ac.rs.

¹ Један од најоригиналнијих мислилаца ове теорије је Dejvid Kavers (1902-1988). Године 1933, на почетку своје научне каријере, написао је чланак под насловом „Критика проблема избора меродавног права“ у којем критикује неколико

То се свакако може тврдити уколико говоримо о општој клаузули одступања (изузетка), која представља платформу за један радикалнији заокрет у методологији избора меродавног права.² Општа клаузула одступања представља несамосталну колизиону норму која своје место, по правилу, налази у општим одредбама кодификације, и која на специфичан начин модификује међународно приватно право, „отварајући“ га више према стварности. Следствено томе, колизионе норме садржане у посебним одредбама могу се перципирати као обориве претпоставке које се могу, уз испуњење одређених услова, обарати.

Посебне клаузуле одступања у међународном приватном праву на европском континенту постојале су знатно раније.³ Ове клаузуле налазе се у посебном делу кодификације у посебним одељцима посвећеним решавању сукоба закона у одређеним односима. Номотехнички, колизионе норме су у сфери уговорних и вануговорних односа најчешће формулисане тако да остављају простор за евентуалну корекцију претпостављеног везивања. Данас можемо говорити о усавршавању ове технике, али уједно и о њеном проширивању на области које су до скоро биле резервисане за фиксне тачке везивања. Садржину нових колизионих норми чине комплексне тачке везивања у којима посебне клаузуле одступања представљају део тачке везивања, који се активира уколико се испуне услови за њихову примену. За разлику од опште клаузуле одступања која модификује међународно приватно право, посебна клаузула нема такав значај, из разлога што је област њене примене ограничена на сферу посебних (одређених) односа на које се комплексна колизиона норма односи.

фундаменталних поставки прихваћене методологије избора меродавног права. Вид. детаљно: Тибор Варади *et al.*, Међународно приватно право, 14. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 255.

² Општа клаузула одступања (изузетка) била је предмет изучавања у оквиру прве фазе научно-истраживачког пројекта: „Начела добре владавине-начело правне сигурности и начело правичности“ за 2016. годину. Вид. детаљно: Јелена Беловић, „Општа клаузула одступања-израз начела правичности у међународном приватном праву“, Зборник радова са научно-истраживачког пројекта: „Начела добре владавине-начело правне сигурности и начело правичности“ за период 2016-2018. године, (ур. проф. др Владимир Боранијашевић), Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2016, 99-115.

³ Предлог о унификацији међународног приватног права Бенелукса из 1951. године садржао је једну посебну клаузулу изузетка која је представљала основ за корекцију *lex loci delicti commisi*. Овај предлог послужио је као инспирација за решења предложена у тексту нацрта Конвенције о сукобу закона у облигационим односима из 1974. године.

2. ОБЛАСТИ У КОЈИМА ЈЕ ОПРАВДАНО ПОСТАВИТИ ПОСЕБНУ КЛАУЗУЛУ ИЗУЗЕТКА

Традиционално се областима у којима се оправдава прописивање посебне клаузуле одступања сматрају област вануговорних и област уговорних односа.

У сфери вануговорних односа (првенствено се мисли на деликтну одговорност) неприкосновена тачка везивања је дуго била *lex loci delicti commissi*. Озбиљан напад на неприкосновеност овог решења учинила је америчка пракса случајем *Webcock v. Jackson* из 1963. године⁴, у коме је на терен деликата уведен принцип најближе везе. Принцип је налагао да се за случај вануговорне одговорности за штету која се појавила у оквиру затворене групе држављана исте државе (породица, група туриста) која је само привремено на територији друге државе, не примени опште колизионо решење, већ специјално повезивање за право њиховог заједничког држављанства.⁵ Посебну клаузулу изузетка у области вануговорне одговорности за штету познају: мађарско⁶, турско⁷, аустријско⁸, швајцарско и португалско право.

⁴ Госпођица *Webcock* је била гост на путовању у колима породице *Jackson*. Пошли су на викенд у Канаду. Тамо је дошло до несреће у којој је повређена госпођица *Webcock* и она је у Њујорку поднела тужбу за накнаду штете против *Jacksona*. И тужитељица и тужени били су из Њујорка. У Њујорку је пут и започет и тамо је и требало да се врате. Право Њујорка допуштало је да се у датом случају досуди накнада штете, али у Канади (тачније речено, у провинцији Онтарио где се догодила несрећа) постоји пропис према коме се не може тражити накнада штете од власника или возача за телесну повреду коју је претрпео путник, ако је бесплатно превожен. Апелациони суд је применио право Њујорка, истичући да је то право неупоредиво више повезано са спорним односом. Напуштен је према томе принцип *lex loci delicti commissi* –и због тога је одлука од изузетног значаја. Т. Варади *et al.*, *op.cit*, 438.

⁵ Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић, Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 1991, 98.

⁶ Чл. 32 (3) мађарске Уредбе са законском снагом о међународном приватном праву: „...ако су и штетник и оштећени из исте земље, примениће се право њиховог заједничког држављанства“.

⁷ Чл.25 (3) Закона о међународном приватном праву и поступку Турске гласи: „Када је правни однос који је настао противправном радњом у тесној вези са другом државом може се применити право те државе“.

⁸ Пар.48 (1) Савезног закона о међународном приватном праву Аустрије из 1978. године, носи назив *Захтеви за вануговорну одговорност за штету*, и гласи:

„Захтеви за вануговорну накнаду штете оцењују се по праву државе у којој је штета проузрокована. Међутим ако постоји за странке јача веза с правом једне исте државе, то је право меродавно.“

У појединим правима ове клаузуле изузетка развила је судска пракса. У немачком праву опште колизионо правило је *lex loci delicti commissi* (чл.38 EGBGB). Међутим, судска пракса је развила читав низ изузетака од овог правила, а нарочито у случајевима када оштећени и штетик имају заједничку везу, изражену у виду уобичајеног боравишта или држављанства.⁹ У Француској је клаузуле изузетка које је развијала судска пракса, тзв. „прикривена“ клаузула изузетка (*clause d'exception deguisee*) веома често служила као основ за примену домаћег права.¹⁰ Иако је одлука у случају *Webcock v. Jackson* имала утицаја на законска решења на европском континенту, за нас је она остала без утицаја, с обзиром да чл. 28, још увек важећег Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља¹¹, не садржи посебну клаузулу одступања за вануговорну одговорност за штету, премда је у Тезама постојала солуција да се за случај затворене групе држављана исте државе примени специјално колизионо правило, односно посебна клаузула одступања. Потребно је напоменути да је у Нацрту новог ЗМПП-а у Републици Србији¹² у чл. 157, по први пут, прописана посебна (отворена) клаузула одступања. Предложени члан гласи: „(1) Ако је из свих околности случаја јасно да је проузроковање штете очигледно у ближој вези са другом државом, а не са оном из чланова 155¹³ и 156¹⁴ овог Закона, примењује се право те друге државе. (2) Очигледно ближа веза с другом државом може се заснивати посебно на већ постојећем правном односу као што је уговор који је уско повезан са штетном радњом или на чињеничном односу“. За разлику од решења садржаног у европском законодавству, односно у Рим II уредби¹⁵, посебна клаузула одступања издвојена је из опште одредбе субсидијарног правила и дислоцирана у посебни члан.¹⁶

У сфери уговорних односа примарна тачка везивања је аутономија воље странака. Уколико странке нису изабрале меродавно право, на сцену

⁹ K. Schnabel, „Exception Clauses in Conflict laws and International Law Procedure-Germany“, *Exception Clauses in Conflict Laws and Conflicts of Jurisdictions-or the Preinciple of Proximity*“ (ed. D. Kokkini-Latridou), Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 53.

¹⁰ N. Spiegel, „Les Clauses d'expection en matiere de conflicts de lois et de conflicts de jurisdiction-France“, *op.cit.* 210.

¹¹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, Службени лист СФРЈ, бр.43/1982, 72/82, Службени лист СРЈ, бр.46/96.

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

¹³ Чл. 155 упућује на примену права заједничког уобичајеног боравишта.

¹⁴ Чл. 156 упућује на примену права места наступања штете (*lex loci damni*).

¹⁵ OJ L 199/40 REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the law applicable to non/contractual obligations (Rome II).

¹⁶ Упореди чл.4 Уредбе са члановима 155, 156 и 157 Нацрта.

ступа субсидијарна тачка везивања, која је у већини националних законодавстава формулисана као отворена-*via media* колизиона норма. Реч је о комплексним тачкама везивања које представљају комбинацију принципа најближе везе и фиксне тачке везивања. У ранијем европском законодавству, меродавно право за уговорне обавезе базира се на принципу најближе везе из кога се детерминишу фиксне тачке везивања за поједине категорије уговора (формулисане на основу правила *lex loci venditoris*) и специјалне клаузуле клаузуле одступања која ће се применити у случајевима када претпостављено везивање не одговара околностима конкретног случаја.¹⁷ Колизиона норма швајцарског¹⁸ и немачког права¹⁹ формулисана је на исти начин као норма садржана у Конвенцији, али и на исти начин као и чл.20 важећег српског ЗМПП-а. Инструкција гласи: „...пошто констатује да нема споразума уговарача о избору права, суд би *ex offio* морао да приступи изналагању права коме уговор гравитира, с којим је у најближој вези. Ова обавеза суда произилази из уметнуте реченице првог става чл.20 (*и ако посебне околности случаја не указују на друго право*).“²⁰ Нацрт новог ЗМПП-а из 2014. године у чл.133 предлаже решење истоветно чл.4 Рим I Уредбе.²¹ Ово решење оставља мање простора за правну несигурност, с обзиром да је суд најпре у обавези да примени право оне државе на које указује фиксна колизиона норма. Тек уколико суд утврди да фиксна колизиона норма није адекватна, и да принцип најближе везе, сада формулисан у виду специјалне клаузуле одступања²², налаже примену неког другог права-то друго право има се и применити!

У материји уговорних односа, одступања од меродавног права су нарочито честа код уговора о раду, где европски законодавац прописије посебну клаузулу одступања.²³

Поред ових области, у којима је са становишта теорије и праксе несумњиво оправдано постављање специјалне клаузуле одступања, постоје и неке друге области у којима се исказује потреба. Специјалне клаузуле

¹⁷ Чл.4, ст.1 Римске Конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године.

¹⁸ Чл.117 Савезног Закона о међународном приватном праву Швајцарске из 1987, Сл Лист, 1988,1,5.

¹⁹ Чл.28 EGBGB.

²⁰ М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op.cit.*, 79.

²¹ Упореди чл. 133 Нацрта са чл.4 Рим I Уредбе, OJ L 177, **Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)**, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>.

²² Чл. 4 (3) Рим I Уредбе и чл.133 (3) Нацрта.

²³ Чл.8 (4) Рим I Уредбе.

одступања се јављају и у материји статусних, породичних али и наследноправних односа са елементом иностраности.

У породичноправним односима *lex nationalis* се јавља као доминантна тачка везивања. Међутим, веома често ова формална и неутрална инструкција доводи до неправичног резултата који не одговара околностима конкретног случаја. С тога су судови *de facto* примењивали право на које не указује колизиона норма, правдајући своју одлуку најчешће позивом на установу јавног поретка, односно „најбољи интерес детета“ или „оправдана очекивања странака“.²⁴ У питању су заправо „скривене клаузуле одступања“ које је временом развијала судска пракса. У холандском праву се нпр. у бракоразводним парницама са елементом иностраности, од права заједничког држављанства супружника може одступити уколико суд након спроведеног „реалног теста“ (*reality test*), утврди да објективне, субјективне и социјалне околности упућују на неко друго право као меродавно. Околности које оправдавају примену неког другог права, различитог од онога на које указује фиксна тачка везивања, варирају од случаја до случаја.²⁵ Нацрт нашег новог ЗМПП-а из 2014. године у чл.92 (3) који се односи на одређивање меродавног права у родитељскоправним односима прописује посебну клаузулу одступања која гласи: „Суд Републике Србије може применити или узети у обзир и право друге државе са којом је правни однос блиско повезан, ако је то потребно ради заштите личности или имовине детета“. Интересантно је што наведена посебна клаузула одступања, поред свог класичног колизионоправног смисла (упућивање на меродавно право), има и своју материјалноправну оријентацију која се огледа на терену резултата које материјално право треба да задовољи, а које се образлаже потребом заштите личности и имовине детета. Такође, по први пут, уводи се могућност да се право друге државе узме у обзир што се не би могло назвати применом страног права. Реч је о случајевима у којима је познавање страног права предуслов за примену одређених било домаћих било страних правних норми. Нацрт познаје још једну посебну клаузулу одступања-у области одређивања меродавног права за наслеђивање, која је формулисана по узору на Хашку конвенцију о које се примењује на наслеђивање за случај смрти из 1989. године.²⁶ Посебна клаузула одступања гласи: „...ако је из свих околности случаја јасно да је наслеђивање очигледно у ближој вези са другом земљом, а не са оном из чланова 102 и 103 овог закона, примењује се право те друге земље. Очигледно ближа веза са другом

²⁴ Одлука суда у Ротердаму из 1993.

²⁵ К. Boele-Woelki, op.cit., 254.

²⁶ Чл. 3, ст.3 Конвенције, доступно на: www.hcch.net

државом може се заснивати на држављанству оставиоца и на месту где се заоставштина налази“.²⁷

3. ВРСТЕ ПОСЕБНЕ КЛАУЗУЛЕ ОДСТУПАЊА

На основу досадашње анализе посебних клаузула одступања, можемо закључити да се оне појављују у два основна облика: отворене и затворене посебне клаузуле одступања.

Обележје затворених посебних клаузула јесте да оне дају јасну инструкцију у ком правцу судија може да одступи од општег колизионог правила, и у том смислу примењивачу не остављају слободу да сам процени и вреднује околности случаја. Такве клаузуле одступања творе још једну тачку везивања било у оквиру исте колизионе норме, или формулишу нову колизиону норму. Ове клаузуле одступања јесу најзаступљеније у области вануговорне одговорности за штету, из разлога што се клаузула одступања најчешће формулише тако да се од правила *lex loci delicti commissi* одступа у корист заједничког *lex personalis* (боравиште, пребивалиште или држављанство) штетника и оштећеног.

Када се посебна клаузула одступања директно или индиректно позива на принцип најближе везе реч је о отвореној клаузули одступања. Формулација може бити различита: „ако посебне околности случаја не упућују на друго право...“, „меродавно је право државе са којом је...у најближој вези“ или „очигледно у ближој вези“. Овлашћење суда да одступи од меродавног права може бити уже или шире формулисано. Некада законодавац набраја околности које индикују постојање ближе везе, и у том смислу сужава дискрецију примењивача (нпр. „очигледно ближа веза може се заснивати на држављанству оставиоца и на месту где се заоставштина налази“). Најшире овлашћење дато је у оним случајевима када се посебна клаузула одступања само и директно позива на принцип најближе везе, при чему је критеријум вредновања у потпуности препуштен суду. Ипак, без обзира на спорно правно питање, не може се из једне везе изводити закључак о меродавности права-потребно је да већи број веза води истом праву да би се оно прогласило правом најближе везе.²⁸

Посебне клаузуле одступања можемо поделити и на: транспарентне и прикривене клаузуле. Прикривене клаузуле је углавном развијала судска пракса, и оне су представљале значајан инструмент у отклањању несавршености правног система, као и у еволуцији законодавних решења. Учестала и континуирана примена прикривене клаузуле одступања у

²⁷ Чл. 102 Нацрта.

²⁸ М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op.cit.*, 79.

одређеној категорији правних односа, по правилу, резултира формулисању транспарентне клаузуле у каснијем временском тренутку.

4. УСЛОВИ ЗА ПРИМЕНУ КЛАУЗУЛЕ ОДСТУПАЊА

Пре дефинисања услова, односно претпоставки за примену посебних клаузула одступања, потребно је назначити изузетност у њиховој примени. Као и сваки други изузетак од правила, и ове клаузуле треба уско тумачити, на основу правила *exemptiones non sunt extendendae*. Услови за примену посебне клаузуле одступања истоветни су онима које се захтевају приликом покретања механизма за примену опште клаузуле одступања, с тим да је ширина њеног захвата знатно ужа у поређењу са општом клаузулом. Реч је о два услова (претпоставке): једног негативног и другог позитивног.

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.²⁹ Већ је речено да налог за потрагом најближе везе може бити уже или шире постављен у зависности од тога да ли је у питању отворена или затворена посебна клаузула одступања.

²⁹ J. Беловић, *op.cit.*, 109.

5. ЗАКЉУЧАК

Апстрактност и неутралност колизионих норми на европском континенту све до недавно није била упитна. Последњих деценија, судска пракса али и доктрина међународног приватног права наведена својства колизионих норми је више пута доводила у питање. Као реакцију на постављана питања (а уједно и дате одговоре) новија законодавна решења иду у правцу „омекшавања“ колизионих норми и њиховом удовољавању захтевима стварности. Модерна колизиона правила су комплексна и формулисана тако да одговарају не само захтевима колизионе, већ и захтевима материјалноправне правичности, па с тога фиксна колизиона правила постају превазиђена.

Један од инструмената за остваривање напред поменутог циља јесу и посебне клаузуле одступања. Њихова бројност указује на позитивне стране овог инструмента, а нарочито ако их посматрамо са апекта правне сигурности. Ризик по правну сигурност је свакако мањи уколико законодавац оптира за посебне, уместо опште клаузуле одступања из разлога што је ширина захвата посебне клаузуле одступања ужа и унапред ограничена на одређено поље примене. Такође, инструкција за одступање од општег колизионог правила је детаљнија, уз веома често навођење околности и чињеница које могу служити као индиције приликом одступања од редовно меродавног права.

Jelena BELOVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

SPECIAL EXCEPTIONAL CLAUSES

Summary

Special exceptional clauses are created in order to correct inappropriate or undesirable applicable law dedicated on the hard and fast rule basis. The principle of the closest connection is one of the most important private international law principle, according to which the collision norms could be perceived as its concretization for typical and the most common cases in concerned relations. However, abstractly and neutrally formulated collision norm turns to be inappropriate for all cases, and very often could address to applicable law that has no strong connection with a case in question. Consequently, the modern collision norms are formulated as a complex norms consisting of one proposed hard and fast

rule, as well as of special exception clause as a room for its eventually correction, if the circumstances of the case request it.

Keywords: *special exception clause, the principle of closest connection, open special exception clause, closed special exception clause.*

ЛИТЕРАТУРА

Варади Тибор *et al.*, Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, 14. издање, Београд, 2012.

Exception Clauses in Conflict of Laws and Conflicts of Jurisdictions-or the Principle of Proximity, *XIV International Congress of Comparative Law*, (edited by D. Kokkini-Iatridou), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.

Беловић Јелена, „Општа клаузула одступања-израз начела правичности у међународном приватном праву“, Зборник радова са научно-истраживачког пројекта: „Начела добре владавине-начело правне сигурности и начело правичности“ за период 2016-2018. године, (ур. проф. др Владимир Боранијашевић), Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2016.

Дика Михајло, Кнежевић Гашо, Стојановић Срђан, Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 1991.

Bundesgesetz uber das internationale Privatrecht, 1978 (Савезни закон о међународном приватном праву Аустрије, Сл.лист бр.304/78, 119/98, 135/00). Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, Службени лист СФРЈ, бр.43/1982, 72/82, Службени лист СРЈ, бр.46/96.

Нацрт Закона о међународном приватном праву, коначна верзија објављена је 15. јула 2014. године. Доступно на: www.mpravde.gov.rs
OJ L 199/40 REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the law applicable to non/contractual obligations (Rome II). Доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>.

OJ L 177, Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>.

Др Страхинја МИЉКОВИЋ*

347.74:336.71

ЗНАЧАЈ ПРАВНОГ НОРМИРАЊА ФАКТОРИНГА

Апстракт: Питање које је дуго времена у пословној пракси и правној теорији тражило одговор, да ли факторинг као парабанкарски посао у економијама које одликује непрекидна својинска и тржишна транзиција (Р. Србија), а који може да има значајног ефекта на развој извозно оријентисаних малих и средњих компанија треба правно нормирати. У раду аутор посебну пажњу посвећује правној нормативи факторинг посла на међународном нивоу путем UNIDROIT Конвенције о међународном факторингу, и на националном нивоу путем Закона о факторингу Р. Србије.

Кључне речи: *факторинг, уговор о факторингу, фактор, уступилац, конвенција, закон.*

УВОДНА ИЗЛАГАЊА

У савременим тржишним околностима када је конкуренција све немилосрднија, у периоду иманентног трајања ефеката светске економске кризе која има вертикални дубински ефекат (осећају је како они који располажу знатним средствима, тако и они који не располажу слободним средствима), и када се до свежег капитала све теже долази, тржишно опстају само оне компаније које имају редован прилив свежег капитала. Економска ситуација у којој доминантну тржишну улогу има крупан капитал (мултинационалне корпорације или регионалне корпорације), а где се све више тежи аквизицији, притисак на мале и средње компаније постаје све израженији и јачи.

Прилив свежег капитала представља „луксуз“ за компаније које су организоване као мале или средње, а то из разлога јер се право на потраживања остварује у дужем временском периоду (30-90 дана)¹ и са

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, strahinja.miljkovic@pr.ac.rs.

¹ Kerkovic M. T., and Mihajlov D. K., Factoring in the Changing Environment: Legal and Financial Aspects / *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 44, 2012, 429.

високим степеном ризика наплате потраживања. Недостатак свежег обртног капитала, непостојање сопствених новчаних средстава (средства резерви) и немогућност да се дође до повољних кредитних линија, неминовно имплицира да мале и средње компаније све теже послују и опстају на тржишту.

Иако глобализација има негативног утицаја на микро економију, неминовно и перманентно утиче на стварања нових и прихватања постојећих финансијских инструмената финансирања производње. Један у низу савремених финансијских инструмената финансирања пословања који све више добија на значају на макро и на микро нивоу је и факторинг.² Код факторинга је реч о специфичним парабанкарским операцијама које су комплементарне са традиционалним банкарским пословима.³ Правна теорија и пракса развијених земаља дуго је сматрала да факторинг посао спада у ред самосталних правних послова без икаквих обележја банкарског посла.⁴ Ипак, све чешћа примена факторинга у индустријски развијеним земљама и земљама у развоју довела је до промене гледишта, па данас преовлађује становиште да је факторинг самостални банкарски посао.⁵ На основу података *Factors Chain International (FCI)* а у периоду од започињања светске економске финансијске кризе факторинг расте по стопи од 15 одсто годишње.⁶ Факторинг као самостални банкарски посао се у извозно оријентисаним економијама појављује као један од незаобилазних финансијских инструмената финансирања малих и средњих компанија.⁷

² Етимолошко значење речи факторинг потиче од латинске речи *facere* (водити), односно од енглеске речи *factor* која у свом изворном значењу означава агента, комисионара или посредника. Ипак, и поред језичке неодређености реч „факторинг“ има своје устаљено значење у банкарској пословној пракси и теорији. - Горенц, В., *Уговор о факторингу*, Загреб, 1988, 3.

³ Ђорђевић, Б., Тржишни потенцијали националног и међународног факторинга у Србији, *Банкарство*, бр. 1-2008, 25.

⁴ Више о правној природи видети, Зиндовић, И., Правна природа и односи из уговора о факторингу, *Гласник права*, год. II, бр. 1., 2011, 17-19, - www.jura.kg.ac.rs/gp (file:///D:/Downloads/gpII-1-2011-2-Zindovic.pdf).

⁵ Разлог оваквог гледишта налазимо у званичним одлукама државно-контролних органа који банке, а где се факторинг сврстава као један од банкарских послова.

⁶ Више о томе видети на: <https://fci.nl/en/search/>

⁷ Више о томе видети на: <https://fci.nl/en/about-factoring/statistics>; Више о томе видети у раду: Borgia, J. D., Burgess, O. D., and Shank, T., Factoring Accounts Receivable for Small-Business Customers, *Commercial Lending Rev.* 38., March 2003., 38-45.

I МЕЂУНАРОДНОПРАВНА РЕГУЛАТИВА ФАКТОРИНГА

1.1. UNIDROIT Конвенција о међународном факторингу

Факторинг као продукт аутономног трговачког права дужи временски период је био уређен само правилима обичајног и аутономног трговинског права⁸ тј. у пракси су се примењивали општи услови пословања факторинг компанија. Све израженија потреба за унификацијом правних правила на међународном нивоу и значај који има у међународним оквирима неминовно су изискивали потребу правног нормирања факторинга. Правно нормирање факторинга на међународном нивоу (унификација факторинг правних правила) извршена је под окриљем UNIDROIT-а доношењем Конвенције о међународном факторингу – *UNIDROIT Convention on International Factoring*.⁹

UNIDROIT Конвенција о међународном факторингу од значаја је јер представља први правни акт који на свеобухватан и целовит начин регулише факторинг посао односно уговор о факторингу.¹⁰ Конвенција има значајног утицаја на правно нормирање факторинга у националним оквирима. Иако је значај конвенције немерљив, она ипак правно нормира само међународни факторинг, а то из разлога јер је он само још један у низу инструмената којима се развија међународна трговина. Преамбулом конвенције наведени су разлози правног нормирања међународног факторинга.¹¹ Примена конвенције на домаћи факторинг једино могућа кроз инкорпорирање њених норми у национално законодавство.¹²

Значај конвенције је да предвиђа дефиницију уговора о факторингу, коју карактерише садржајност и концизност не остављајући уговорним

⁸ Спасић, И., *Страни правни живот*, бр. 3/2009, 140, Београд.

⁹ Текст конвенције је доступан на: www.unidroit.org/instruments/factoring

¹⁰ Конвенција има 23 члана груписана у четири поглавља и то:

- *Chapter I – Sphere of Application and General Provisions;*
- *Chapter II – Rights and Duties of the Parties;*
- *Chapter III – Subsequent Assignments;*
- *Chapter IV – Final Provisions.*

¹¹ „*The States Parties to this Convention,*

Conscious of the fact that international factoring has a significant role to play in the development of international trade,

Recognising therefore the importance of adopting uniform rules to provide a legal framework that will facilitate international factoring, while maintaining a fair balance of interests between the different parties involved in factoring transactions...“

¹² Конвенцију потписују неке од индустријски најразвијенијих држава и то: Француска 1991., Италија 1993., Мађарска 1996., САД 1999., Велика Британија 1990., Немачка 1998., Финска 1990. Више о томе на: <http://www.unidroit.org/status-1988-factoring>

странама простора диспозитивног тумачења. Под уговором о факторингу се сматра онај уговор који је закључен између испоручиоца, с једне стране и фактора, с друге стране, на основу кога испоручилац може или уступа факторска потраживања која произилазе из уговора о продаји робе извршених између испоручиоца и његових потрошача (дужник).¹³ Приликом одређивања шта може бити предмет уговор о факторингу значај конвенције се огледа и у томе што она изричито предвиђа да потраживања настала куповином робе за личну, породичну или кућну употребу не могу бити предмет уговора о факторингу.¹⁴ Одређењем шта може бити предмет односно шта не може бити предмет уговора о факторингу конвенцијом се на концизан начин предвиђа да само она потраживања која имају комерцијални аспект се могу уступати, док се само потраживања на основу уговора о продаји робе могу преносити односно потраживања из осталих уговора се не могу преносити. Потраживања које се могу преносити могу бити како постојећа тако и будућа. Да би се уговор о факторингу могао закључити, а и касније могао реализовати конвенција предвиђа да је фактор у обавези да врши најмање две о четири факторских функција и то: а) да финансира продавца, укључујући кредите и аконтације, б) води рачуне (књиговодство) у вези са потраживањима, в) врши наплату потраживања и г) да заштити од не измирења обавеза у плаћању од стране дужника.¹⁵ Уговор је правно ваљан једино када испоручилац својим дужницима својим обавештење о преносу потраживања у писаној форми. Једно од честих питања које се поставља шта се дешава ако обавештење није потписано. У тим и таквим случајевима конвенција излази у сусрет пословној пракси предвиђајући да обавештење о уступању потраживања не мора бити потписано, али мора у довољној мери идентификовати лица од кога или у чије је име дато.¹⁶ Обавештење мора бити у писаној форми с тим, да формат обавештења може бити и у облику телеграма, телекса или других видова телекомуникације који се могу репродуковати у опипљивој форми.¹⁷

¹³ Art. 1. 2. *UNIDROIT Convention on International Factoring*

¹⁴ Art. 1. 2. *UNIDROIT Convention on International Factoring* „... other than those for the sale of goods bought primarily for their personal, family or household use.“

¹⁵ Art. 1. 2. *UNIDROIT Convention on International Factoring* „... the factor is to perform at least two of the following functions:

- finance for the supplier, including loans and advance payments;
- maintenance of accounts (ledgering) relating to the receivables;
- collection of receivables;
- protection against default in payment by debtors;“

¹⁶ Art. 1. 4 (a) „, a notice in writing need not be signed but must identify the person by whom or in whose name it is given“.

¹⁷ Art. 1. 4 (b) „, notice in writing“ includes, but is not limited to, telegrams, telex and any other telecommunication capable of being reproduced in tangible form“.

Конвенција се може применити на уговор о факторингу једино ако се ради о пословним субјектима које своје место пословања имају на територијама различитих држава и то када државе и држава у којој фактор има место пословања су државе уговорнице или се уговор о продаји и уговор о факторингу регулишу законом државе уговорнице. У првом случају када се ради о различитим местима пословања привредних субјеката долази до директне примене Конвенције, док је у другом случају реч о индиректној примени Конвенције. Ипак, иако је предвиђена обавезна примена конвенције приликом закључења уговора о међународном факторингу, конвенција оставља могућност уговорним странама да искључе њену примену у тренутку закључења уговора о факторингу или када је фактор у писменом обавештењу обавештен о таквом искључењу.¹⁸ У околностима када долази до сагласног искључења примене конвенције на уговор о међународном факторингу треба истаћи да се конвенција не може искључити делимично, већ се искључује од примене на уговорно однос у целини. Једна од значајних предности конвенције, а у циљу отклањања забуне шта би било када би било да се конвенцијом не предвиђа начин регулисања уговорног односа, односно да ли постоји слобода тумачења од стране уговорних страна, увек треба имати у виду: а) циљ и сврху конвенције како је предвиђено у преамбули, б) међународни карактер; в) потреба да се промовише униформност у њеној примени и г) поштовање начела добре вере у међународној трговини. У случајевима да одређена питања нису решена конвенцијом изричито, треба нагласити да их је неопходно решавати у складу са принципима на којима она почива, или у складу са правним правилима међународног приватног права.

II ФАКТОРИНГ У Р. СРБИЈИ

2. 1. Факторинг организације на тржишту Р. Србије

Потенцијал факторинг тржишта у Србији је велик,¹⁹ како због повећања обима производње тако и због немогућности да мала и средња

¹⁸ *The application of this Convention may be excluded:*

(a) *by the parties to the factoring contract; or*

(b) *by the parties to the contract of sale of goods, as regards receivables arising at or after the time when the factor has been given notice in writing of such exclusion.*

¹⁹ Према подацима 14 фактора, промет факторинга у 2016. години износио је 527.969.162 евра што је за 7,8 % више у односу на 2015. годину када је износио 489.681.363 милиона евра. Ипак, раст у 2016. години је више него дупло мањи од раста оствареног у 2015. години, када је, према ревидираним подацима, износио 18,7% (2015/2014). – *Извештај о оставреном промету факторинга у 2016. години*, Привредна

привредна друштва обезбеде повољне кредитне линије. Применом факторинг механизма, малим и средњим привредним друштвима пружа се могућност да приступе алтернативном извору финансирања.²⁰ Подршком монетарних и пореских власти створила би се стабилна основа за развој факторинг пословања, а то превасходно из разлога јер имају интерес да поспешују развој домаће производње и извоза,²¹ уједно развијајући финансијско тржиште као предуслов економског развоја Србије.

У економски развијеним привредама у улози фактора најчешће се појављују специјализоване факторинг организације које имају дугу традицију бављења факторинг послом које располажу значајним финансијским капиталом. Традиција, капитал, техничко знање и искуство којим располажу факторинг организације, пружају поверење како тренутних тако и потенцијалних клијената.

Поред факторинг организација²² као специјализованих институција у улози фактора могу се појавити и пословне банке.²³ Пословне банке треба да имају водећу улогу за развој факторинг посла у Србији. Банке су једине институције које су под контролом Народне банке Србије подобне за вођење

комора Србије, више о томе видети на: <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 2.

²⁰ У структури портфолиа у 2016. години, највеће учешће има трговина са 55,33% (292,1 мил евра) затим прерађивачка индустрија са 14,58%, (метална и електро индустрија са 8,26%, пољопривреда и прехрамбена индустрија са 6,81%, па следе хемија, грађевинарство, и информационо-комуникационе технологије са уделом од 3,04 %.– *Извештај о оставреном промету факторинга у 2016. години*, Привредна комора Србије, више о томе видети на: “<http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 10.

²¹ У структури укупног промета доминантан је домаћи факторинг, са учешћем од 90,3%, што је незнатно повећање у односу на 2015. Годину, када је износило 89,4%. Домаћи факторинг бележи раст од 8,9%, а инофакторинг пад од 1,4%. Највећи раст у структури факторинга остварио је обрнути факторинг, који је 11 пута већи у односу на претходну годину, као и факторинг без регреса, са растом од 34% укупно, односно 35% на домаћем тржишту а 30,5 % на инотржишту. На ино тржишту и поред забележеног пада укупног промета, евидентан је раст двофакторског промета од 46,5% – *Извештај о оставреном промету факторинга у 2016. години*, Привредна комора Србије, више о томе видети на: <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 2.

²² Компаније које имају развије факторинг пословање у Р. Србији су: 1) Гамико факторинг; 2) Телегруп финанс; 3) Квик факторинг; 4) Фокус фактор Плус и 5) АБЛ фактор.

²³ Пословне банке које имају развијено факторинг пословање у Р. Србији су: 1) Банка Интеза; 2) Уникредит банка; 3) ОТП банка; 4) Рајфајзен банка; 5) Societe Generale банка; 6) Ерсте банка; 7) Кредит Агриколе банка и 8) Сбер банка.

факторинг пословања. Законом о банкама²⁴ изричито се предвиђа да се послом куповине, продаје и наплате потраживања (факторинг, форфетинг и др.)²⁵ може бавити и банка али уз сагласност централне банке. Појачана контрола од стране централне банке и углед које банке уживају код тренутних и будућих клијената представљају једну од полазних тачака за развој факторинг посла у нас.²⁶ Ипак, како факторинг не представља основну делатност банке, а због специфичности факторинг пословања препоручљиво је да факторинг субјект има као своју основну делатност факторинг. У таквим околностима за банку је боље да оснује привредно друштво чија би основна делатност била факторинг пословање (као своју филијалу), која би на финансијском тржишту иступала као самостални субјект.

2. 2. ЗНАЧАЈ ПРАВНОГ НОРМИРАЊЕ ФАКТОРИНГА У Р. СРБИЈИ

2. 2. 1. Закон о факторингу

Посао факторинга тј. уговор о факторингу дуго времена није био законски регулисан у Р. Србији. У околностима непостојања законске регулативе на факторнг уговорни однос примењивале су се индиректно одредбе позитивног права. На уговор о факторингу индиректно су се примењивале општа правила о уговорима садржана у Закону о облигационим односима²⁷ и посебна правила која важе за поједине уговоре чији су елементи садржани у факторинг уговору. Закон предвиђа да стране у промету слободно уређују своје односе, с тим што они не могу бити у супротности са принудним прописима, јавним поретком и моралом

²⁴ Закон о банкама, „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

²⁵ Чл. 4, Закона о банкама, „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

²⁶ Пословне банке повећале су учешће у укупном промету са 72,9% на 81,2% , што је и највеће учешће у посматраном периоду. Банке су забележиле раст промета од 20,1%, што је нижи раст у односу на 2015. годину (38%), при чему је 5 анкетираних банака остварило раст, а 3 банке пад промета у односу на претходну годину. Домаћи факторинг пословних банака је порастао за 19,3%, а инофакторинг за 126,7%, од чега факторинг банака кроз двофакторски систем бележи раст од 147,1%. – више о томе видети на:
<http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 4.

²⁷ Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 - Уставна повеља.

друштва.²⁸ Стране свој облигациони однос могу уредити и другачије него што је законом одређено, осим ако из поједине одредбе овог закона или њеног смисла не произилази што друго.²⁹ Аутономију воље закон поставља као правило, а њено ограничење као изузетак, које се манифестује на начин да заинтересоване стране у промету саме одлучују да ли ће засновати облигациони однос и с ким ће га засновати, с тим да је битно да саме одређују садржину облигационог односа. Најзначајнији део Закона о облигационим односима које треба применити приликом закључења уговора о факторингу су правила о уступању потраживања (правила о цесији),³⁰ а то из разлога јер се закључењем уговора о факторингу преносе потраживања из основног посла (уговор о продаји робе).³¹ Уступање потраживања догађа се у тренутку када потраживање настане из основног уговора закљученог између дужника и повериоца. Уступање потраживање се може ограничити изричитом одредбом између повериоца и дужника, било с дејством да се забрани свако уступање потраживања или да се оно услови сагласношћу дужника. Уступање које би кршило ову одредбу уговора не би деловало према дужнику. Поред Закона о облигационим односима, закон који само спомиње појам факторинга је Закон о спречавању прања новца³² и Закон о банкама.³³

Доношењем Закона о факторингу³⁴ у Србији је учињен значајан искорак ка регулисању ове области парабанкарског пословања. Од значаја је и то да се препознао значај који факторинг као парабанкарски посао има за развој малих средњих привредних друштава. Закон о факторингу карактерише и то да је добрим делом преузео решења конвенцијског права с једне стране, док факторинг пословање ставља у правне оквире и детаљно га регулише не остављајући могућност диспозитивног тумачења с друге стране.

²⁸ Чл. 10, 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.

²⁹ Чл. 20, 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.

³⁰ Глава VI, 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.

³¹ Чл. 436, 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.

³² Чл. 4. ст. 2 (5), Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма, Сл. гласник РС, бр. 20/2009, 72/2009, 91/2010 и 139/2014.

³³ Закон о банкама, Сл. гласник РС, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

³⁴ Закон о факторингу, Сл. Гласник РС, бр. 62/2013.

Може се истаћи да разлози који су имали утицаја на правно нормирање факторинга су следећи и то: а) потреба финансирања обртних средстава; б) заштита од кредитног ризика; в) управљањем потраживањем и г) наплатом потраживања. Законом су регулисани појам и предмет факторинга, учесници у факторингу, услови и начин обављања факторинга, врсте факторинга, права и обавезе учесника у факторингу, уговор о факторингу, обрнути факторинг и надзор над обављањем факторинга.³⁵

Од великог значаја, а у складу са кретањима у савременом законодавству је и то да се законом даје дефиниција одређених појмова у факторинг уговорном односу. На основу одредби закона, факторинг је је финансијска услуга купопродаје постојећег недоследног или будућег краткорочног новчаног потраживања,³⁶ насталог по основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству.³⁷ Предмет уговора о факторингу може бити свако постојеће недоследно или будуће, цело или делимично, краткорочно новчано потраживање које је настало по основу уговора о продаји робе или пружања услуга, закљученог између правних лица и предузетника.³⁸ И поред тога што предмет факторинга може бити потраживање које је настало на основу уговора о продаји робе или услуга, предмет факторинга може бити и свако постојеће недоследно или будуће,³⁹ цело или делимично, краткорочно новчано потраживање правног лица и предузетника које је настало по основу уговора о продаји робе или пружања услуга закљученог са корисником средстава буџета Републике Србије, буџета аутономне покрајине или буџета јединица локалне самоуправе, као и корисником средстава организација за обавезно социјално осигурање.⁴⁰ Из одређења предмета уговора о факторингу да се закључити да су само она потраживања која произилазе из одређеног правног односа између правних лица предмет уговора о факторингу.

Стране које учествују у факторинг пословном односу су: 1) уступилац⁴¹; 2) фактор и 3) дужник. У улози фактора као субјекта који купује

³⁵ Чл. 1., Закона о факторингу *Сл. Гласник РС*, бр. 62/2013.

³⁶ Само оно потраживање које доспева на наплату у року до годину дана од дана продаје робе, односно од тренутка пружања услуге, дефинисаног уговором о продаји робе или пружања услуга, може се сматрати краткорочним потраживањем.

³⁷ Чл. 2. ст. 1 (1)., Закона о факторингу, „*Сл. Гласник РС*“, бр. 62/2013.

³⁸ Чл. 2. ст. 1 (2)., Закон о факторингу „*Сл. Гласник РС*“, бр. 62/2013.

³⁹ Будуће потраживање може бити предмет уговора о факторингу само ако је: а) одредиво и б) ако је уговором садржан податак о томе ко ће бити дужник таквог потраживања.

⁴⁰ Чл. 2. ст. 2., Закона о факторингу, „*Сл. Гласник РС*“, бр. 62/2013.

⁴¹ Као уступилац се може појавити: а) банка и б) привредно друштво и предузетник, са седиштем у Републици Србији односно са седиштем у иностранству, регистрована у складу са домицилним прописима.

потраживање од уступеоца могу се појавити: 1) банка; 2) акционарско друштво или друштво ограничене одговорности⁴² и 3) страна банка или страно привредно друштво.⁴³ Као дужник се може појавити банка, привредно друштво и предузетник са седиштем у Републици, односно та лица са седиштем у иностранству, регистрована у складу са домицилним прописима. Само она потраживања која настају између правних лица могу бити предмет уговора о факторингу, док потраживања која настају на основу уговорног односа физичких лица не могу бити предмет уговора о факторингу већ су предмет уговора оцесији. Преузимајући норме конвенцијског права, законодавац преузима одредбу да предмет факторинга не може бити потраживање настало по основу продаје робе или пружања услуга за личне, породичне или потребе домаћинства.

Посебно место у закону заузима и одговор на питање које услове мора испуњавати једно привредно друштво да би се могло бавити факторинг пословањем. Привредно друштво регистровано у складу са позитивним прописима којим се регулишу привредна друштва⁴⁴ може обављати посао факторинга само ако кумулативно испуњава и посебне услове на основу Закона о факторингу и то у погледу : а) висине капитала и б) дозволе.⁴⁵ Привредно друштво може обављати посао факторинга ако располаже основним капиталом у износу који не може бити мањи од 40.000.000 динара.⁴⁶ Одобрења за обављање посла факторинга издаје Министарство финансија, док захтев за одобрење може поднети оснивач факторинга или овлашћено лице. Предвиђањем Регистра факторинга⁴⁷ који се води код Агенције за привредне регистре, а у којем се евидентирају издата и одузета одобрења за обављање послова факторинга, предствала значајан допринос у стварању правне сигурности.

Посебна пажња се посвећује врстама факторинга, те закон предвиђа следеће врсте и то: 1) домаћи и међународни; 2) са и без права регреса и 3) обрнути факторинг.⁴⁸ Под домаћим факторингом се подразумева факторинг

⁴² Привредно друштво организовано једино у форми А.Д. или Д.О.О., са седиштем у Р. Србији, са одобрењем министарства надлежног за послове финансија за обављање послова факторинга

⁴³ Инострана банка и инострано привредно друштво се могу јављати једино у пословим међународног факторинга.

⁴⁴ Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015.

⁴⁵ Чл. 5., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁴⁶ Чл. 6., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁴⁷ Регистар представља јединствену, централну електронску базу података.

⁴⁸ “Обрнути факторинг је посебна врста факторинга који се уговара између фактора и дужника из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству, на основу кога фактор, преузимањем фактура од дужника, преузима

чији је предмет продаја потраживања настао продајом робе или пружањем услуга између домаћих субјеката на унутрашњем тржишту. Под међународним факторингом сматрамо само онај факторинг чији је предмет продаја потраживања насталог у спољнотрговинском промету робе и услуга, а у складу са одредбама закона којим се регулише спољнотрговинско пословање.⁴⁹ Међународни факторинг на основу законских одредби може се обављати у: 1) једнофакторском или 2) двофакторском систему. Факторинг без права регреса је факторинг у којем фактор преузима ризик наплате потраживања на себе, док сам ризик наплате потраживања, обухвата ризик неспособности плаћања од стране дужника. За разлику од факторинга без права регреса факторинг са правом регреса пружа могућност да уступилац одговара фактору за наплативост потраживања⁵⁰ – на дан доспелости потраживања. Када уговором није наведено да ли је у питању факторинг са правом регреса или без права регреса закон полази од претпоставке да се увек ради о факторингу са правом регреса.⁵¹ Поред ових врсти факторинга законодавац је предвиђа и посебну врсту факторинга, обрнути факторинг.⁵² Под обрнутим факторингом се подразумева такав факторинг који се уговара између фактора и дужника из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству, на основу кога фактор, преузимањем фактура од дужника, преузима његову обавезу плаћања према повериоцима, а има право наплате од дужника у року из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству. Ипак, иако правно нормира обрнути факторинг законодавац предвиђа да корисници средстава буџета Републике Србије, буџета аутономне покрајине или буџета јединица локалне самоуправе, као и

његову обавезу плаћања према повериоцима, а има право наплате од дужника у року из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству.

Дужник је у обавези да обезбеди сагласност повериоца.

На обрнути факторинг сходно се примењују одредбе овог закона којима је уређен факторинг.

Корисници средстава буџета Републике Србије, буџета аутономне покрајине или буџета јединица локалне самоуправе, као и корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање не могу бити учесници у обрнутом факторингу.“ – Чл. 18., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁴⁹ Закон о спољнотрговинском пословању, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2009, 36/2011 - др. закон, 88/2011 и 89/2015 - др. закон.

⁵⁰ Фактор од дужника, уступиоца или од обојице у исто време, а у границама одговорности дужника и уступиоца, ако није другачије уговорено, има право да захтева намирење. Након оствареног регреса фактора према уступиоцу, фактор је дужан да потраживање врати уступиоцу.

⁵¹ Чл. 17., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁵² Више о обрнутом факторингу видети, Матић, Б. М., Обрнути факторинг – новина у домаћем законодавству, *Право и привреда*, бр. 1-3, 2014, 268-285.

корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање не могу бити учесници у обрнутом факторингу.

Законодавац приликом одређивања којим се послом може реализовати факторинг посао полази од решења прихваћеног у пословној пракси, а то је да се факторинг може једино обављати на основу уговора закљученог у писаној или електронској форми. Закључење уговора у писаној или електронској форми су решење преузето из конвенцјског права. Треба истаћи да уговор, чији предмет није дефинисан у складу са законом, не може се сматрати уговором о факторингу. Иако постоји тежња да се на основу уговора о факторингу омогући бржи долазак до обртног капитала, ипак у складу са законским одредбама под уговором о факторингу не може се сматрати уговором о кредиту или зајму, у смислу прописа Р. Србије и пословних обичаја. Да би се спречиле могуће фрудалне радње уступиоца потраживања, законодавац предвиђа да уговори о факторингу једног уступиоца закључени са различитим факторима, а који имају за предмет продају истог потраживања су забрањени, и сваки такав накнадно закључен уговор ништав је. Законодвац допушта могућност да један уступиоц закључи више уговора са различитим факторима али само када су предмети продаје потраживања имају различит правни основ (потичу из различитих правних послова).

Да би продаја потраживања која се врши уговором о факторингу била правноваљана неопходно је да уступилац фактору уступи: 1) уговор (оригинал или копија оверена од стране надлежног органа) и/или фактуре и других докумената којима се доказује основ и врши идентификација потраживања и 2) обавештења дужнику да је потраживање продато фактору. Обавештење дужнику о продаји потраживања уступилац потраживања чини у писаној или електронској форми.⁵³ Од значаја је да обавештење о продаји потраживања може бити учињено за сва потраживања која су предмет уговора о факторингу, а то без обзира да ли она постоје у време закључења уговора или не.

2. 2. 2. Ефекти доношења Закона о факторингу на развој факторинг пословања

Ипак, и поред тога што је факторинг правно нормиран субјекти факторинг пословања, а превасходно фактори као субјекти који купују потраживање, истичу да су главне сметње за бржи развој послова факторинга у Р. Србији следеће: 1) неповољне импликације Закона о роковима плаћања у комерцијалним трансакцијама на факторинг; 2) недовољно познавање

⁵³ Чл. 24., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

производа и недовољна информисаност клијената, посебно МСП о предностима факторинга; 3) несолвентност и неликвидност домаће привреде и недовољна правна сигурност у наплати потраживања; 4) нерадо учешће великих дужника и трговинских ланаца у трансакцијама факторинга (нерадо давање сагласности добављачима, кашњење приликом књижења фактура); 5) компензације и повраћаји између дужника и уступеоца; 6) проблеми везани идентификација клијената у складу са прописима о СПНФТ и достава документације за утврђивање стварног власника од стране дужника; 7) неадекватан третман факторинга од стране НБС-а, везано за формирање кредитног досијеа; 8) нејасни прописи из домена књиговодственог евидентирања факторинг трансакција; 9) нејасан третман доцње у плаћању дужника и ефекат на резервисања; 10) неразвијено тржиште осигурања потраживања/и тренутно скупе услуге осигурања; 11) конкуренција других банкарских производа (кредит са залогом на потраживању, револвинг кредит итд.) који се нуде на тржишту са веома повољним условима и 12) квази факторинг.⁵⁴

На крају треба истаћи да иако постоје одређене примедбе од стране субјеката факторинг пословања – фактора на брзину развоја послова факторинга, слободно се може истаћи да су се доношењем Закона о факторингу остварују циљеви који привреди пружају: 1) *повећану ликвидност* – уступање потраживања скраћује се време наплате потраживања и брже долази до ликвидних средстава потребних за пословање и финансирање производње робе или пружања услуга; 2) *већа сигурност* – потраживања која су предмет факторинга без регреса покривају се полисом кредитног осигурања од неплаћања услед неликвидности дужника (кроз факторинг се развија и делатност осигурања потраживања); 3) *већа конкурентност* – уступилац који је продавац робе или услуга може да понуди дуже рокове плаћања као и продају на отворен рачун и да на тај начин повећа своју конкурентност на домаћем и иностраном тржишту; 4) *боља кредитна способност* – факторинг је облик финансирања обртног капитала који не повећава задуженост, не оптерећује биланс и не умањује кредитни потенцијал фирми код пословних банака. Поред ових директних ефеката који има на ликвидност пословања компанија, законом се остварује индиректни циљ, а то је подршка развоју малих и средњих компанија да под повољним условима дођу до обртних средстава уз смањење зависности од банкарског сектора.

⁵⁴ *Извештај о оставреном промету факторинга у 2016. години*, Привредна комора Србије, више о томе видети на: <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 14-15.

Strahinja MILJKOVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE IMPORTANCE OF LEGAL NORMATION OF FACTORING

Summary

A long-standing question in business practice and legal theory sought to be answered, whether factoring as a para banking business in economies which are characterized by continuous ownership and market transition (R. Serbia), which may have a significant effect on the development of export-oriented small and medium-sized companies should be legalized. In the paper, the author devotes special attention to the legal norms of factoring at the international level through the UNIDROIT Convention on International Factoring, and at the national level through the Law on Factoring R. Serbia.

Keywords: *factoring, factoring contract, factor, assignee, convention, law.*

ЛИТЕРАТУРА

Borgia, J. D., Burgess, O. D., and Shank, T., Factoring Accounts Receivable for Small-Business Customers, *Commercial Lending Rev.* 38., March 2003.

Матић, Б. М., Обрнути факторинг – новина у домаћем законодавству, *Право и привреда*, бр. 1-3, 2014.

Спасић, И., *Страни правни живот*, бр. 3/2009, Београд.

Горенц, В., *Уговор о факторингу*, Загреб, 1988.

Зиндовић, И., Правна природа и односи из уговора о факторингу, *Гласник права*, год. II, бр. 1., 2011.

Kerkovic M. T., and Mihajlov D. K., Factoring in the Changing Environment: Legal and Financial Aspects / *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 44, 2012.

Ђорђевић, Б., Тржишни потенцијали националног и међународног факторинга у Србији, *Банкарство*, бр. 1-2008.

Извештај о оставреном промету факторинга у 2016. години, Привредна комора Србије.

Акти:

UNIDROIT Convention on International Factoring

Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 - Уставна повеља.

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, „Сл. гласник РС“, бр. 20/2009, 72/2009, 91/2010 и 139/2014.

Закон о банкама, „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

Закон о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

Интернет домени:

<https://fci.nl/en/home>

www.unidroit.org/instruments/factoring

<http://www.unidroit.org/status-1988-factoring>

<http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>

<http://www.kombeg.org.rs>

www.jura.kg.ac.rs/gp

Др Душко ЧЕЛИЋ*

347.235(497.115)

КВАЗИПРАВНИ ОКВИР УНМИК-а У ОБЛАСТИ СТВАРНИХ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА

Апстракт: У раду, који представља логичку целину са предходним у оквиру истог пројектног истраживања, указујемо на фактичке и квазиправне последице "законодавне политике" УНМИК-а, која није поштовала затечени правни поредак Савезне републике Југославије, односно, Републике Србије, као државе-сукцесора, већ је "правом у примени", ретроактивно прогласила опште правне норме које су на територији Косова и Метохији биле на снази на дан 22. марта 1989. године. Таква "законодавна политика" УНМИК-а имала је за последицу стварање "правног система" чија садржина се није могла докучити. У области стварноправних односа на непокретностима, такво противправно поступање УНМИК-а имало је за последицу "реинкарнацију" превазиђених законских прописа, који нису комуницирали са стварношћу, нити су могли имати озбиљну регулаторну способност. Ни тако, нелогично и противно логици, успостављен квазиправни поредак, специјализовани квазисудски органи УНМИК-а, нису примењивали конзистентно, већ селективно, нарочито у односу на оне делове тог "оквира", који су имали сврху да обезбеде заштиту јавног интереса и правне сигурности. То је додатно допринело правној несигурности, нарочито у области заштите стварних права на непокретностима лица српске националности, која су у највећем броју прогнана са територије Косова и Метохије.

Кључне речи: *Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК). "Законодавна политика УНМИК-а". "Право у примени" у области стварноправних односа. Промет непокретности. Експропријација.*

1. ИЗВОРИ "ПРАВА У ПРИМЕНИ" У ОБЛАСТИ СТВАРНОПРАВНИХ ОДНОСА ПРЕМА АРБИТРЕРНОЈ ОДЛУЦИ УНМИК-а

У раду који системски предходи овом,¹ указали смо на арбитражно тумачење и прекорачење мандата УНМИК-а², противно слову и духу

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, dusko.celic@pr.ac.rs.

¹ Душко Челић, Нормативна делатност УНМИК-а – прилог владавини неправда на Косову и Метохији, Научно истраживачки пројекат "Начела добре владавине –

Резолуције СБ ОУН бр. 1244 и смерницама Генералног секретара ОУН³, што је за последицу имало непоштовање суверенитета Савезне републике Југославије, односно Републике Србије као државе-сукцесора⁴. Неовлашћена квазизаконска делатност, Специјалног представника Генералног секретара, имала је за последицу аброгацију свих правних прописа који су на територији Аутономне покрајине Косово и Метохија били на снази, не само на дан ступања на снагу Резолуције СБ ОУН бр. 1244 (10. јун 1999. године), већ је путем "опште ретроактивности важећег права", одредио да је "право у примени" оно које је било важеће на дан 22. марта 1989. године !?!⁵

У области стварноправних односа, поменуто "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 Метохија⁶, претвори у "правни хаос", међусобно неусклађених и контрадикторних норми, садржаних у још бројнијим изворима, него што је то био случај до 10. јуна 1999. године. При томе је начињена "општа збрка у

начело правне сигурности и начело правичности", ур. В. Боранијашевић, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2016, 147-162.

² О карактеру и садржини мандата УНМИК-а, вид. Душко Челић, Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет?, Уставне промене у нас, ур. З. Исаиловић, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2004, 135-145.

Када је реч о правној природи положаја УНМИК-а, нама се чини веома интересантним становиште, према коме је реч о de facto окупацији Косова и Метохије. (Вид. Michael Geinstlinger, Правни статус Косова према Резолуцији 1244 (1999) Савета безбедности Уједињених нација, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XXXVIII-XXXIX, Ниш, 1998-1999, 69-78.).

³ 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. (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. 2017.).

⁴ Ограничење мандата ОУН на Косову и Метохији, поштовањем принципа територијалног интегритета и суверенитета, поменуто је више пута, како у основном тексту, тако и у анексима Резолуције, (вид. ст. 9. преамбуле, тач. 10. основног текста, тач. 5. Анекса I, тач. 5. и 8. Анекса II Резолуције).

⁵ Вид. Чл. 1(б) "УНМИК/УРЕД/1999/24".

⁶ Област стварноправних односа у Србији (па тако и на Косову и Метохији), није била кодификована до увођења Управе Уједињених Нација на Косову и Метохији. Такво стање ствари актуелно је у Републици Србији и у часу предаје овог рада уредништву, док су на делу њене територије – на Косову и Метохији, самопрокламоване de facto власти донеле су 25. јуна 2009. године, "Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima".

којој се не зна који југословенски и српски закони су на снази а који не,"⁷ и уопште, који је пропис на знази.⁸

Имајући у виду наведене чињенице, наводимо листу релевантних законских прописа, који су у области стварних права на непокретностима на територији АП Косово и Метохија, према "законодавној политици" УНМИК-а, представљали изворе права, свесни чињенице да она, из наведених разлога, не представља затворену листу.

1. "Уредбе" СПГС-а:

- "УНМИК/УРЕД/1999/1, О надлежностима привремене управе на Косову", од 26. 6. 1999. год;
- "УНМИК/УРЕД/1999/24, О применљивом праву на Косову", од 12. 12. 1999. године; са амандманима "УНМИК/УРЕД/2000/59", од 12. 10. 2000. године;
- "УНМИК/УРЕД/2001/9, О уставном оквиру за привремену самоуправу на Косову", од 15. 5. 2001. године;
- "УНМИК/РЕГ/1999/10, О укидању дискриминационих закона у вези са стамбеним и имовинским правима", од 13. 10. 1999. године;
- "УНМИК/РЕГ/2001/17, О регистровању уговора о продаји непокретности у посебним географским областима", од, 22. 8. 2001. године;
- "УНМИК/УРЕД/1999/23, О оснивању Дирекције за стамбена имовинска питања и Комисије за решавање стамбених имовинских захтева", од, 15. 11. 1999. године;
- "УНМИК/УРЕД/2002/22, О проглашењу Закона о оснивању регистра права на непокретностима, који је усвојила Скупштина Косова", од 20. децембар 2002. године;
- "УНМИК/УРЕД/2004/14, О проглашењу Закона о катастру који је усвојила Скупштина Косова", од 18. 2. 2004. године;
- "УНМИК/УРЕД/2006/10, О решавању захтева који се односе на приватну непокретну имовину, укључујући пољопривредну и комерцијалну имовину", од 4. марта 2006. године;

2. Закони који су били на снази до 22. марта 1989. године:

- Закон о основним својинскоправним односима, "Службени гласник Социјалистичке Федеративне Републике Југославије", бр. 6/80;

⁷ Ombudsperson institution in Kosovo, Fourth annual report, 2003/2004, Pristina, 12. July 2004, 8.

⁸ 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.

- Закон о облигационим односима, "Службени гласник Социјалистичке Федеративне Републике Југославије", бр. 29/1978 и 39/1985;
 - Закон о парничном поступку, "Сл. лист СФРЈ", бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84 и 74/87;
 - Закон о извршном поступку, "Службени гласник СФРЈ", бр. 29/78;
 - Закон о промету непокретности, "Службени лист САП Косово", бр. 45/81, 29/86 и 28/88;
 - Закон о промету непокретности, "Службени гласник СРС", бр. 43/81 и 28/87;
 - Закон о стамбеним односима, "Службени лист САП Косово", бр. 11/83, 29/86 и 42/86;
 - Закон о сусвојини на стану, "Службени лист САП Косово", бр. 43/80 и 22/87;
 - Закон о премеру и катастру земљишта, "Службени лист САП Косово", бр. 12/80;
 - Закон о премеру и катастру и уписима права на непокретностима, "Службени гласник СРС", бр. 17/88);
 - Закон о укњижењу непокретности у друштвеној својини, "Службени лист САП Косово", бр. 31/71;
 - Закон о грађевинском земљишту, "Службени гласник САП Косово", бр. 14/80 и 42/86);
 - Закон о експропријацији, "Сл. лист САП Косово", бр. 21/78 и 56/86;
 - Закон о експропријацији, "Сл. Гласник СРС", бр. 40/84, 53/87 и 22/89;
 - Закон о надзиђивању зграда и претварању заједничких просторија у станове, "Службени лист САП Косово", бр. 14/88;
 - Закон о коришћењу пољопривредног земљишта, "Службени гласник СРС", бр. 47/74.
3. Међународни извори права у непосредној примени на Косову и Метохији:⁹
- Резолуција Савета безбедности ОУН бр. 1244, од 10. јуна 1999. године;
 - Општа декларација о људским правима од 10. децембра 1948. године;
 - Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода од 4. новембра 1950. године заједно са протоколима;

⁹ Према чл. 3. 3. "УНМИК/УРЕД/2001/9, О уставном оквиру за привремену самоуправу на Косову".

- Међународни пакт о грађанским и политичким правима од 16. децембра 1966. године зајено са протоколом;
 - Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима
 - од 16. децембра 1966. године;
 - Конвенција о елиминацији свих облика расне дискриминације од 21. децембра 1965. године;
 - Конвенција о елиминацији свих облика дискриминација жена од 17. децембра 1979. године;
 - Конвенција против тортуре и осталих окупних, нехуманих и понижавајућих поступака или облика кажњавања од 17. децембра 1984. године;
 - Међународна конвенција о правима детета од 20. децембра 1989. године,¹⁰
 - Оквирна конвенција Савета Европе за заштиту националних мањина, од 3. октобра 1993. године;¹¹
4. Препоруке и резолуције међународних организација – "меко право":
- Водећи принципи Уједињених нација о интерној расељености;¹²

¹⁰ Листа међународних извора наведена је, *exempli causa*, у чл. 1.3. "УНМИК/УРЕД/1999/24".

¹¹ У поглављу 3. "УНМИК/УРЕД/2001/9", по истом принципу, у виду отворене листе извора "међународно признатих стандарда људских права", наведени су све поменуте конвенције уз додатак последње, као и уз констатацију у чл. 3. 3, да су: "Одредбе о правима и слободама утврђене у овим инструментима у непосредној примени на Косову као део овог Уставног оквира."

¹²United Nations, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Guiding Principles on Internal Displacement*, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 February 1998. У овом извору је од нарочитог значаја принцип бр. 28:

"1. Интерно расељена лица која су се вратила у њихове домове или места уобичајеног боравка или која су се преселила у неки други део земље не смеју бити дискриминисана због чињенице да су расељена. Она имају право да равноправно и у потпуности учествују у јавном животу на свим нивоима и да имају подједнак приступ јавним услугама.

2. Надлежни органи имају дужност и одговорност да помогну повратницима и/или пресељеним интерно расељеним лицима да поврате, колико је могуће, њихову покретну и непокретну имовину коју су оставили за собом или која им је одузета након што су расељени. Кад поврат те покретне и непокретне имовине није могућ, надлежни органи су дужни да обезбједе или да помогну тим лицима да добију одговарајућу одштету или неки други вид правичне накнаде."

- Начела Уједињених нација о реституцији станова и својине избеглицама и расељеним лицима ("Пињеиро принципи"),¹³
- "Основна начела и смернице у вези са правом на правни лек и репарацију за жртве грубог кршења међународног права које се тиче људских права и озбиљног кршења међународног хуманитарног права".¹⁴

Овој листи треба додати још и бројна "административна наређења" – специфичну врсту "општинских аката", које је СПГС доносио у циљу спровођења "уредби".

2 "ПРАВО У ПРИМЕНИ" У ВЕЗИ ПОЈЕДИНИХ СТВАРНОПРАВНИХ ИНСТИТУТА

Поменута "законодавна политика" УНМИК-а и одређење "важећег правног оквира" на простору АП Косово и Метохија, одразила се и на, најблаже речено, специфично "право у примени" у вези свих стварноправних института. Природа рада не допушта нам да у том погледу анализирамо читав "новоуспостављени" а заправо "реинкарнирани" систем давно престалих законских норми. Овом приликом определили смо се за приказ "права у примени" поводом експропријације и промета непокретности, имајући у виду да су ове две области од специфичног значаја за стварноправне односе на непокретностима, нарочито угрожене након 10. јуна 1999. године а посебно када је реч о лицима српске националности прогнаним са Косова и Метохије.

¹³ Док. бр. E/CN.4/Sub.2/2005/17, Principles on housing and property restitution for refugees and displaced persons. У овом извору од нарочитог значаја је начело бр. 2:

"1. Све избеглице и расељена лица имају право на повраћај свих права везаних за станове, земљу и/или имовину којих су произвољно или незаконито лишени, или да добију накнаду за све стамбене објекте, земљу и/или имовину које је чињенично немогуће повратити, онако како одреди независан, непристрасан суд.

2. Државе морају очигледно поставити приоритет права на повраћај имовине као преференцијални правни лек за расељење и као кључни елемент ресторативне правде. Право на повраћај имовине постоји као јасно право и оно није прејудицирано ни стварним враћањем ни невраћањем избеглица и расељених лица која имају право на повраћај станова, земље и имовине."

¹⁴ UN GA Resolution on basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, A/Res/60/147, од 21. 3. 2006. У овом извору од значаја је VII основно начело ("Право жртава на правни лек"), у коме се, између осталог, наводи право жртава на: "адекватну, ефективну и брзу накнаду претрпљене штете".

2. 1. "ПРАВО У ПРИМЕНИ" ПОВОДОМ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

Иако је примена појединих одредаба Закона о експропријацији Републике Србије произилазила и из текста самог Закона о експропријацији САП Косово,¹⁵ донетог још 1978. године и на снази на дан 22. марта 1989. године, па самим тим "подобног" са становишта УНМИК-овог поимања "права у примени", из службених компилација прописа, које је припремила Привремена управа Уједињених нација за Косово и Метохију¹⁶, као и из тематских извештаја Одељења за људска права и владавину права Организације за европску безбедност и сарадњу (која је деловала у саставу УНМИК-а),¹⁷ може се закључити да и у овој области, као и у области промета непокретности, УНМИК "није знао право", односно, није имао у виду да се на територији ондашње САП Косово, примењивале и поједине одредбе одговарајућих закона које је доносила законодавна власт Социјалистичке републике Србије, односно, да је према одредбама Устава Социјалистичке републике Србије из 1974. године, постојала могућност јединствене примене прописа на читавој територији Републике Србије.¹⁸ Поред тога, спроводећи "револуционарну законодавно-правну политику" прекида правног континуитета са остатком Савезне републике Југославије, односно Републике Србије, УНМИК је потпуно игнорисао да је Закон о експропријацији САП Косово престао да важи са доношењем Закона о експропријацији Републике Србије 1995. године¹⁹ а на основу Уставног закона о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије,²⁰ и да је, у моменту оснивања привремене управе, тај

¹⁵ Према чл. 1. Закона о експропријацији САП Косово: "Експропријација непокретности врши се по одредбама овог закона и одредбама Закона о експропријацији Социјалистичке републике Србије које се јединствено примењују на целој територији Републике".

¹⁶ Вид. United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, Housing and Property Directorate and Housing and Property Claims Commission, Housing and property rights in Kosovo, Collection of basic texts, Second edition, March 2000, Pristina.

¹⁷ OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Property rights in Kosovo 2002 – 2003, Pristina, стр. 39, OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Expropriations in Kosovo 2006, Pristina, стр. 6.

¹⁸ 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..."

¹⁹ Закон о експропријацији, ("Сл. гласник РС", бр. 53/95, "Сл. лист СРЈ", бр. 16/2001 - одлука СУС и "Сл. гласник РС", бр. 20/2009 и 55/2013 - одлука УС).

²⁰ Према одредбама Чл. 3. Уставног закона о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 70/92), "Покрајински закони и други покрајински прописи престају да важе даном ступањана снагу одговарајућих републичких закона и других републичких прописа који се

закон, а не поменути Закон о експропријацији САП Косово, био позитивноправни пропис у области експропријације.

Уколико, због природе овог рада, оставимо по страни ванправне мотиве УНМИК-а да у вршењу мандата игнорише затечени правни поредак на територији АП Косово и Метохија, прописујући а ничим не образлажући општу ретроактивност, остаје, не само без правничког, већ и без логичког одговора, због чега је у погледу експропријације, УНМИК "реинкарнирао" Закон о експропријацији САП Косово, донет 1978. године, у време када је друштвена својина била идеолошко"чедо" метаправног система а приватна својина остатак "старог буржоаског система", која је требала да буде маргинализована и сведена на "личну својину", а дерогирао Закон о експропријацији Републике Србије, донет 1995. године, у време одбачених идеолошких и метаправних својинских стега ?

Анализом једног и другог законског прописа, можемо рећи да за тако што није постојао ни један ваљани правни разлог. Напротив, сви разлози указују да је управо Закон о експропријацији Републике Србије (поред тога што је био на правној снази), имао бројне предности у погледу експропријације у односу на Закон о експропријацији САП Косово. То је било и логично, с обзиром да су се, након 1990. године, суштински и формално, догодиле крупне политичке промене у смислу напуштања социјалистичке идеологије, једнопартијског друштвеног уређења, с једне стране, и усвајања вишестраначке демократије засноване на слободним изборима, подели власти и гаранцијама људских права, укључујући и право својине, с друге стране.²¹

Запажамо да је сврха експропријације, односно јавни интерес, знатно шире, био одређен покрајинским у односу на републички закон о експропријацији, чиме је омогућено знатно шире задирање у право (приватне) својине. Тако, покрајинским законом је било прописано да се непокретност може експроприсати и ради..."пошумљавања, изградње паркова" и у бројне друге сврхе, које Републички закон о експропријацији није предвиђао.²² Тиме је отворена могућност за знатно шире захватање у приватну својину, када је реч о експропријацији, на територији ондашње САП Косово, у односу на остали део територије Републике на коме ја поменути закон био део позитивног законодавства.

усклађују или доносе на основу Устава, односно у року утврђеном тим законом односно другим прописом."

²¹ Вид. чл. 34. Устава Републике Србије и чл. 51. Устава Савезне републике Југославије ("Сл. лист СРЈ", бр. 1/1992).

²² Уп. чл. 1. и 2. Закона о експропријацији САП Косово и чл. 2. Закона о експропријацији СР Србије.

Такође, републичким законом о експропријацији прописано је да накнада за експроприсану непокретност не може бити мања од тржишне,²³ док се у покрајинском закону, у зависности од врсте непокретности, помињу просечна цена,²⁴ умањена просечна цена,²⁵ проценат од просечне тржишне цене,²⁶ грађевинска вредност експроприсаног грађевинског објекта,²⁷ итд.

Јавни интерес за експропријацију непокретности, према републичком закону, утврђује Народна скупштина (доношењем закона) или Влада,²⁸ док је покрајинским законом о експропријацији утврђивање јавног интереса у надлежности бројних јавних тела: доносиоца урбанистичких планова,²⁹ скупштине општина и Извршног већа Скупштине аутономне покрајине Косово.³⁰

Као што се види, и *prima facie* се може закључити да је, у погледу гаранција за заштиту својине од неоправдане експропријације, реч о два закона из две потпуно различите епохе друштвеног уређења. Отуда не постоји ни логично, још мање правно оправдање за "реинкарнацију" Закона о експропријацији САП Косова и дерогирање важећег Закона о експропријацији Републике Србије. Имајући у виду ове очигледне чињенице, разлоге за овакво поступање УНМИК-а ваља тражити на ванправном терену.

2. 2. "ПРАВО У ПРИМЕНИ" ПОВОДОМ ПРОМЕТА НЕПОКРЕТНОСТИ

И у овој области се, *mutatis mutandis*, може рећи, да представља УНМИК-ов корак у назад, у већ заборављену епоху ригидних ограничења промета (приватне) својине.

У области промета непокретности, према "законодавној политици" УНМИК-а, позитивноправо у овој области представљо је Закон о промету непокретности САП Косово,³¹ донет 1981. године.

И овај закон је читавим низом одредаба је садржао бројна ограничења слободног промета непокретности у (приватној) својини, установљавајући право прече куповине у корист мноштва субјеката, како физичких лица, тако и јавноправних субјеката. Тако, предвиђено је право прече куповине обрадивог пољопривредног земљишта у корист "организације удруженог

²³ Вид. чл. 1. Закона о експропријацији РС.

²⁴ Вид. чл. 28. ст. 2. Закона о експропријацији САП Косово.

²⁵ Вид. чл. 28. ст. 3. Закона о експропријацији САП Косово.

²⁶ Вид. чл. 29. ст. 1. Закона о експропријацији САП Косово.

²⁷ Вид. чл. 30. ст. 1. Закона о експропријацији САП Косово.

²⁸ Вид. чл. 2. Закона о експропријацији Републике Србије.

²⁹ Вид. чл. 3. ст. 1. Закона о експропријацији САП Косово.

³⁰ Вид. чл. 3. ст. 2. и 3. Закона о експропријацији САП Косово.

рада која се бави пољопривредном производњом и земљорадничке задруге на територији општине на којој се налази пољопривредно земљиште, општине на чијој се територији налази земљиште и земљорадника-сопственика суседног земљишта".³² Потом, у погледу промета шумског земљишта, право прече куповине установљено је у корист "организације удруженог рада која управља шумама, на територији општине на којој се шума и шумско земљиште налази и општине на чијој се територији шума и шумско земљиште налази".³³ У погледу права прече куповине грађевинског земљишта, то право установљено је у корист "општине на чијој се територији налази грађевинско земљиште".³⁴ У погледу права прече куповине стана у етажној својини, то право установљено је у корист "сувласника, носиоца станарског права и општине на чијој се територији налазе стан или породична стамбена зграда."³⁵

Уколико продавац непокретности не би приликом овере потписа на уговору, приложио суду писани доказ о учињеној понуди имаоцима права прече куповине, било је предвиђено да суд решењем одбије оверу потписа на таквом уговору.³⁶ Такође, одредбама чл. 4. ст. 4. Закона о промету непокретности Социјалистичке републике Србије³⁷, који се примањивао јединствено на читавој територији Србије,³⁸ било је прописано да суд може признати правно дејство уговора о преносу права својине на непокретности између носилаца права својине, уколико промет није забрањен, који је закључен у писаном облику, на коме потписи уговарача нису оверени код суда, под условом да је уговор испуњен у целини или претежним делом, да је непокретност стечена у границама закона, да је плаћен порез на промет, да није повређено право прече куповине и да није повређен други друштвени интерес.³⁹ Сличне одредбе садржао је и потоњи Закон о промету непокретности Републике Србије⁴⁰, али такву или сличну одредбу не садржи

³² Вид. чл. 19. ст. 1. Закона о промету непокретности САП Косово.

³³ Вид. чл. 19. ст. 3. Закона о промету непокретности САП Косово.

³⁴ Вид. чл. 20. Закона о промету непокретности САП Косово.

³⁵ Вид. чл. 21. Закона о промету непокретности САП Косово.

³⁶ Вид. чл. 26. Закона о промету непокретности САП Косово.

³⁷ Закон о промету непокретности, "Службени гласник СРС", бр. 43/81 и 28/87.

³⁸ Вид. чл. 12. Закона о изменама и допунама Закона о промету непокретности, "Службени гласник СРС", бр. 28/87.

³⁹ Вид. чл. 2. Закона о изменама и допунама Закона о промету непокретности,

⁴⁰ Према чл. 4. ст. 3. Закона о промету непокретности ("Сл. гласник РС" бр. 42/98), суд је могао да призна правно дејство уговора о промету непокретности ..."који је закључен у писаном облику, на коме потписи уговарача ниду оверени од стране суда, под условом да је уговор испуњен у целини или претежним делом, да није повређено право прече куповине и да није повређен принудни пропис."

важећи Закон о промету непокретности⁴¹, који не предвиђа конвалитацију уговора о промету непокретности.⁴²

Имајући у виду бројне предуслове, конвалитација писаних уговора о промету непокретности, на коме потписи уговарача нису оверени код суда, практично је била само декларативна могућност. Шта више, строжи став судске праксе, који је уговор о промету непокретности који није био закључен у законом прописаном облику, сматрао непостојећим, својевремено је заузела и судска пракса судова на територији ондашње САП Косово,⁴³ која је, са становишта УНМИК-ове "законодавне политике", морала бити правно релевантна, с обзиром да је формирана пре 22. марта 1989. године.

И овако успостављено "важеће право" УНМИК је примењивао селективно. Специјализована квазисудска тела УНМИК-а, која су имала ексклузивну надлежност вођења поступака за заштиту стварних права на непокретностима, понашала су се као да је позитивно право, које су сами дефинисали као "право које је било на снази до 22. марта 1989. године", нека врста "шведског стола", са кога се може узимати (примењивати) оно што је УНМИК-у по вољи; тако, све одредбе, којима се штити јави интерес, које су, когентним нормама предвиђале право прече куповине, које су, под санкцијом ништавости предвиђале квалификовану писану форму уговора о промету непокретности, без икаквог образложења, нису примењиване !?!⁴⁴ Шта више, забележени су и многи случајеви у којима су локални "судови"

⁴¹ Закон о промету непокретности, "Сл. гласник РС", бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015.

⁴² Према чл. 4. ст. 1. и 4, Закона о промету непокретности, уговор о промету непокретности закључује се у облику јавнобележничке (солемнизоване) исправе, а уколико није закључен у том облику, не производи правно дејство. Такође, важећи закон о промету непокретности не познаје институт конвалитације уговора о промету непокретности, закљученог у писаном облику, каква је била садржана у чл. 4. ст. 3. раније важећег Закона о промету непокретности.

⁴³ "Када се ради о стицању власништва на темељу уговора, онда такав правни посао мора бити закључен у писменој форми, а потписи уговарача оверени од суда. Стога, ако нема уговора у прописаној форми, не може се донети ни пресуда на темељу признања." (Одлука Врховног суда Косова, Гзз. 12/80, Збирка судских одлука Савезног Врховног суда Југославије, Београд, књ. V, св. 4, Београд, 1980, стр. 63.

⁴⁴ Више о томе, вид. Душко Челић, Конвалитација уговора о промету непокретности у пракси специјализованих квазисудских тела које је основала Мисија Уједињених нација на Косову и Метохији, Зборник радова "Национално и међународно право – актуелна питања и теме", ур. Олга Јовић-Прлаиновић, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2017, Том I, 179-203.

прихватили тужбене захтеве у којима се захтева конвалидација усмених уговора о промету непокретности !?!⁴⁵

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

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. Специјални представник Генералног секретара Уједињених нација, је самовољно одређујући сопствени мандат, сам себи доделио сву законодавну, судску и извршну власт на Косову и Метохији, за шта није било упоришта како у општем међународном праву, тако ни у релевантној Резолуцији Савета безбедности ОУН⁴⁶. Немогућност друштва да, након унутрашњих сукоба, самостално обавља власт на одређеном подручју, не представља разлог непоштовања затеченог правног поретка од стране "сурогат-законодавца" у лику УНМИК-а.

У области стварноправних односа нанепокретностима, такво противправно поступање УНМИК-а имало је за последицу "реинкарнацију" превазиђених законских прописа, који нису комуницирали са стварношћу, нити су могли имати озбиљну регулаторну способност. Тако је ионако партикуларно, поднормирано, несистематизовано и некодификовано право у области стварноправних односа поводом непокретности на територији АП Косово и Метохија претворено у "правни хаос", међусобно неусклађених и контрадикторних норми, 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, и уопште, који је пропис на знази.

Ни тако, нелогично и противно логици, успостављен квазиправни поредак, специјализовани квазисудски органи УНМИК-а, нису примењивали конзистентно, већ селективно, нарочито у односу на оне делове тог "оквира", који су имали сврху да обезбеде заштиту јавног интереса и правне сигурности. То је додатно допринело правној несигурности, нарочито у области заштите стварних права на непокретностима лица српске националности, која су у највећем броју прогнана са територије Косова и Метохије.

⁴⁵ Вид. OSCE Department of Human Rights and Communities, Litigatin Ownership of Immoveable Property in Kosovo, Pristina, 2009, 11-12.

⁴⁶ Бојан Миљисављевић, Нове мировне мисије Организације уједињених нација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 173.

Duško ČELIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law

University of Priština temporary settled in Kosovska Mitrovica

UNMIK'S QUASI-NORMATIVE ACTIVITIES IN THE AREA ON REAL
ESTATE RIGHTS

Summary

In the paper, we point to the factual and quasi-legal consequences of the "legislative policy" of UNMIK, which did not respect the established legal system of the Federal Republic of Yugoslavia, that is, the Republic of Serbia, as a successor state, has already been "right to apply", retroactively declared the general legal norms that were in force on the territory of Kosovo and Metohija on March 22, 1989. Such a "legal policy" of UNMIK resulted in the creation of a "legal system" whose contents could not be traced. Not so, contrary to the logic, a quasi-legal system, established by the specialized quasi-judicial organs of UNMIK was not applied consistently, but selectively, especially in relation to those parts of that "framework", which were intended to ensure the protection of the public interest and legal security. This additionally contributed to legal uncertainty, especially in the area of protection of real rights on real estate of persons of Serbian nationality, who were mostly expelled from the territory of Kosovo and Metohija.

Keywords: United Nations Interim Administration in Kosovo (UNMIK). "UNMIK Legislative Policy". "Right to apply" in the area of real-estate relationships. Real estate transfer. Expropriation.

ЛИТЕРАТУРА

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;

M. Geinstlinger, Правни статус Косова према Резолуцији 1244 (1999) Савета безбедности Уједињених нација, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XXXVIII-XXXIX, Ниш, 1998-1999;

Закон о експропријацији, "Сл. гласник СРС", бр. 40/84, 53/87, 22/89 и 15/90, и "Сл. гласник РС", бр. 6/90;

Закон о експропријацији, "Сл. гласник РС", бр. 53/95, "Сл. лист СРЈ", бр. 16/2001 - одлука СУС и "Сл. гласник РС", бр. 20/2009 и 55/2013 - одлука УС;

Закон о експропријацији, "Сл. лист САП Косово", бр. 21/78 и 56/86;
"Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima", "Сл. лист тзв. Републике Косова", бр. 57/2009;

Закон о промету непокретности, "Службени гласник СРС", бр. 43/81 и 28/87;

Закон о промету непокретности, "Службени лист САП Косово", бр. 45/81, 29/86 и 28/88;

Закон о промету непокретности, "Сл. гласник РС" бр. 42/98;

Закон о промету непокретности, "Сл. гласник РС", бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015;

Збирка судских одлука Савезног Врховног суда Југославије, Београд, књ. V, св. 4, Београд, 1980;

Б. Миљисављевић, Нове мировне мисије Организације уједињених нација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007;

OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Property rights in Kosovo 2002 – 2003, Pristina;

OSCE Department of Human Rights and Communities, Litigation Ownership of Immovable Property in Kosovo, Pristina, 2009;

Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No. 1;

Ombudsperson institution in Kosovo, Fourth annual report, 2003/2004, Pristina, 12. July 2004;

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. 2017;

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;

Устав Савезне републике Југославије ("Сл. лист СРЈ", бр. 1/1992).

Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр. 70/92;

"УНМИК/УРЕД/1999/24";

"УНМИК/УРЕД/2001/9";

United Nations, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Guiding Principles on Internal Displacement, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 February 1998;

UN GA Resolution on basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, A/Res/60/147, од 21. 3. 2006;

United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, Housing and Property Directorate and Housing and Property Slaims Commission, Housing and property rights in Kosovo, Collection of basic texts, Second edition, March 2000, Pristina;

Д. Челић, Нормативна делатност УНМИК-а – прилог владавини неправа на Косову и Метохији, Научно истраживачки пројекат "Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности", ур. В. Боранијашевић, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2016;

Д. Челић, Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет?, Уставне промене у нас, ур. З. Исаиловић, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2004;

Д. Челић, Конвалидација уговора о промету непокретности у пракси специјализованих квазисудских тела које је основала Мисија Уједињених нација на Косову и Метохији, Зборник радова "Национално и међународно право – актуелна питања и теме", Том I, ур. Олга Јовић-Прлаиновић, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2017.

АБУЗИВНО НЕВРШЕЊЕ ПРАВА ИЗБОРА КОД АЛТЕРНАТИВНИХ ОБАВЕЗА

Апстракт: Како би се омогућила доцнија корекција недовољно јасно изражених ставова законодавца, у модерне правне акте уноси се правило којим се забрањује злоупотреба права. На овај начин отвара се простор за креативност судије који би, ако претпоставимо његов осећај за правично, могао да санкционише понашање које је, формално, у складу с нормом, али не и са неким вишим принципима утканим у конкретни правни поредак.

Поменути стандард опредељен је конституенсима које је правна теорија изградила. Међутим, поменути стандард, у нашем позитивном праву, опредељен је и бројним правним институтима који га конкретизују. Сматрамо како је један од облика конкретизације принципа забране злоупотребе права и опредељење последица у случају невршења права избора код алтернативно постављених обавеза. Овај облик конкретизације био је предмет посебног самосталног теоријско-емпиријског истраживања, а резултати истраживања презентовани су у раду.

Кључне речи: абузивно вршење права, конституенси злоупотребе права, алтернативне обавезе, право избора чинидбе.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Лаичком поимању, не чини нам се престрогом таква констатација, одговара схватање да је доношење „доброг закона“, заправо, све што је потребно за решење било ког друштвеног проблема¹. Такво поимање показује степен неспремности да се уважи, најпре несавршеност законодавца, његових мисли, идеја, језика којим их изражава, али и опште позната чињеница да је друштвени живот увек далеко маштовитији од најмаштовитијег законодавца. Дакле, ако бисмо рекли да не постоји ништа праведно или неправедно сем онога што позитивно право наређује или

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, srdjan.radulovic@pr.ac.rs.

¹ Вид. Ј. Ђирић, „Идеални закони и несавесни правници“, Наука, безбедност, полиција, Београд, 2015, 56.

забрањује, то би било исто као када бисмо рекли да сви (полу)пречници нису једнаки пре него што опишемо кружницу².

Правни живот, дакле, функционише по далеко сложенијем принципу. Одређење дозвољеног, затим и санкције за понашање које је њему супротно, није довољно за отклањање свих препрека у друштвеном животу. Констатација је тим пре исправна уколико је изрекнемо с освртом на област коју регулишу грађанскоправни прописи. Примера ради, за разлику од кривичног, грађанско право не барата „затвореном листом“ понашања која су изричито забрањена. Такође, за разлику од кривичног, грађанско право није у стању да сасвим јасно определи „Карбонијеову прелазну тачку“³. Најзад, опет за разлику од кривичног, у грађанском праву зона између дозвољеног и недозвољеног понашања далеко је шира.

Стиче се утисак како правна норма без забране и претње санкцијом није правна норма⁴. Стиче се утисак и да правни живот ван изричито постављене норме (обогаћене забраном и санкцијом) није могуће ни замислити. Шта онда (пре)остаје сем правно регулисаног и правно нерегулисаног понашања? Постоји ли у праву и нека друга релација сем „дозвољено“ и „забрањено“? Одговор на то питање добићемо уколико погледамо шта се налази између граница противправног и дозвољеног понашања. У тој „сивој зони“, налази се институт забране злоупотребе субјективних права.

Овај институт, начелно барем, функционише по врло једноставном принципу. Уколико једно лице при вршењу свог субјективног права прекорачи границе, свеједно да ли су оне одређене садржином права или наметнуте споља, оно своје право злоупотребљава⁵. Такво понашање сматра се за неприхватљиво. Конкретно у грађанском праву, по последицама, абузивно вршење права, начелно, изједначава се са противправним понашањем иако је реч о суштински различитим појавама⁶.

Свакако, ово је поједностављена слика функционисања овог правног института. Стварност је далеко сложенија, нарочито када се у евентуалној расправи постави питање постоји ли уопште могућност да субјективно право

² Вид. С. Montesquieu, *The Spirit of Laws* (translated by T. Nugent), Batoche Books, Kitchener, 2001, 19.

³ Вид. Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Издавачка књижевница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад, Титоград, 1992, 143-144.

⁴ Ј. Тирић, *op. cit* 57.

⁵ Д. Стојановић, „Злоупотреба права у облигационим односима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 1996, 101.

⁶ Противправно и абузивно понашање значајно су различите манифестације неправда. О томе детаљније: С. Радуловић, „Неправо – интерпретације негацијског префикса“, *Зборник радова, Правни факултет у Приштини – Косовска Митровица*, 2016, 114-117 и 120-121.

буде злоупотребљено и невршењем права. Због тога не треба да изненади законодавчева активност ради помоћи судијама. Та помоћ долази у виду конкретизације правног стандарда забране злоупотребе права кроз различите појединачне правне институте.

У овом раду презентоваћемо ставове у погледу, најпре, самог института забране злоупотребе права. Након тога истражићемо постоји ли могућност у нашем праву да злоупотреба буде извршена и невршењем права. Најзад, истражићемо да ли су норме које одређују последице невршења избора код алтернативно постављених обавеза, заправо, вид конкретизације забране абузивног невршења права.

1. НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА

1.1. Општа разматрања о злоупотреби права

Данас, као последица вредносне метаморфозе коју право доживљава, појам права далеко је шири⁷. Заправо, иако би он следствено морао да буде ужи, појам неправна, такође, значајно је шири. Оваква констатација произлази као потпуно логична уколико прихватимо, најпре, да релација „право = правна норма“ није тачна⁸. Из тога произлази неколико занимљивих закључака. Тако, ако кажемо да начелно важи став „право ≠ правна норма“, онда начелно важи и став „правна норма ≠ право“. Из тога произлази и став да свако понашање које је у складу с диспозицијом правне норме, не мора увек бити право, то јест поштовање диспозиције не значи увек и одсуство санкције. Следи даље да не би у потпуности тачан био ни став „неправо = правно недопуштено понашање“.

⁷ О вредносној метаморфози и њеним последицама видети детаљније код: М. Трајковић, „Вредносна метаморфоза права“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63, Ниш, 2012, 207 и даље.

⁸ То да право није исто што и правна норма, то јест скуп правних норми, те да се модеран правник не сме понашати као судија из Радбрухових афоризама, данас се практично подразумева (вид. Г. Радбрух, Правни и други афоризми, Досије, Београд, 2007, 42).

Наравно, о томе колико је појам права заиста шири може се дискутовати, но верујемо како вредности које право треба да уважава нису фикција и плод апстракције која се тешко да превести на примењив ниво, већ да су оне део наше стварности и самим тим искуствено доступне (С. Радуловић, Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016а, 45. Сличан став дели и: Марко Трајковић, „Право у свету вредности“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, Нови Сад, 2012, 384 и даље).

Сукоб између строгог и правичног, права и неправа, иако се испољио на различите начине у различитим системима, увек је водио стварању алтернативних облика осигурања правде и правичности⁹. Ти системи су неопходни како би се омогућило жељено одступање од несавршеног важећег права и редовног судског система, а све ради заштите општих интереса и задовољења правде¹⁰. У складу с тим, природно је било и да се раније описани логички след инкорпорира у савремене правне поретке. То је, нама се чини, на најбољи начин учињено кроз правни институт забране злоупотребе субјективних права.

Овај правни институт плод је креативности цивилних одељења немачких и француских судова у вези са вршењем својинских¹¹, али и процесних овлашћења¹². Стварањем овог правног института, а нарочито његовим издизањем на ниво универзалног правног принципа који се има применити и када га позитивно право изричито не познаје¹³, коначно је разрешена недоумица да ли максиме „*fiat iustitia, pereat mundus*“, „*qui iure suo utitur neminem laedit*“ и „*feci, sed feci iure*“, те на њима заснован индивидуалистички концепт вршења права, налазе примену и оправдање у модерном добу. Одговор је био сасвим јасан – немају.

Правним институтом забране злоупотребе субјективних права санкционише се механицистичка и само споља, дакле не и суштински, коректна примена права. Таква примена права је, заправо, пример а(нти)социјалног понашања које се, као и свако друго такво понашање, мора вратити у социјално прихватљиве границе. У ту сврху се, кроз институт забране злоупотребе права, понашање које је у складу с диспозицијом правне норме санкционише, уколико се таквим вршењем права одступа од циља и смисла правне норме.

⁹ Вид. Ш. Масло Черкић, „Концепт правичности као универзални модел усклађивања права и стварности“, *Анали правног факултета у Зеници*, бр. 12, Зеница, 203-204.

¹⁰ *Ibid*, 203.

¹¹ Вид. Г. Вукадиновић, „Темељи забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 11; М. Лазић, „Злоупотреба права својине у суседским односима“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 111-117; Р. Ковачевић Куштримовић, „Домен примене начела забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 17 и даље.

¹² Вид. М. Ч. Марковић, „Злоупотреба права у грађанском парничном поступку“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3, Београд, 2002, 420.

¹³ Г. Станковић, „Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 312.

1.2. Конституенси злоупотребе права

Уколико занемаримо аргументе представника унутрашње теорије злоупотребе права¹⁴, поставља се питање на основу чега се процењује злоупотреба. Када се ово питање постави, иако су правне карактеристике злоупотребе права добро познате¹⁵, на „сцену ступају“ судска пракса и правна наука ради њиховог прецизирања. Пошто се због разноврсности субјективних права и њихове садржине не може поставити јединствен критеријум за све случајеве злоупотребе права¹⁶, оне су, временом, уочиле карактеристичне случајеве и на основу њих изградиле различите критеријуме за утврђивање њеног постојања¹⁷. Критеријуми или конституенси забране злоупотребе права представљају конкретизацију општих формула којима се злоупотреба забрањује и имају за циљ да онемогуће арбитрност и самовољу суда¹⁸. Дакле, ако је институт забране злоупотребе субјективних права моћно средство у рукама судије, конституенси злоупотребе права били би „упутство за употребу“ тог средства.

У теорији права, истина, постоји став да није неопходно трагати за посебним критеријумима на основу којих би се злоупотреба права процењивала¹⁹. И заиста, делује као да критеријуми процене злоупотребе права, примера ради неморалност и неправичност, али и остали, нису ништа конкретније одређени и јаснији у односу на сам појам злоупотреба права као критеријум процене начела савесности и поштења или добре вере²⁰. Заправо, сви случајеви злоупотребе права који су у довољној мери дистинктивни и учестали, већ су препознати у форми засебних правних института.

Ипак, чини нам се исправнијим став претежног дела правне теорије да су критеријуми процене злоупотребе права неопходни. Кад год се то

¹⁴ О правним, идеолошким и другим разлозима против института забране злоупотребе права видети код: А. Алишани, „Начело забране злоупотребе права, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Приштина, 1996, 48-49; В. В. Водинелић, Такозвана злоупотреба права, Номос, Београд, 1997, 195 и даље; Н. Перић, Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство, Докторска дисертација, Београд, 1912, 46 и даље.

¹⁵ N. Gradinaru, „Abuse of rights“, Contemporary Readings in Law and Social Justice. Vol. 4, issue 2, Romania, 2012, 1011.

¹⁶ Р. Ковачевић Куштримовић, *Op. cit.*, 21.

¹⁷ Р. Цветић, „Критеријуми за утврђивање злоупотребе права“, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, 73.

¹⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, *Op. cit.*, 21.

¹⁹ М. Константиновић, „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4, Београд, 1982, 274.

²⁰ О злоупотреби права у објективном смислу као понашању које није у „доброј вери“ видети: N. Gradinaru, *Op. cit.*, 1012-1014.

може, није згорег трагати за посебним правилима изведених из случајева који се понављају, како због тога да би се унапред могло рачунати бар с тиме који су аспекти релевантни при процени (не)допуштености вршења права, тако и због тога што понављано практиковање тих критеријума доприноси правној сигурности²¹.

С тим у вези, а као присталице објективне концепције злоупотребе права, прихватамо као најразрађеније критеријуме процене проф. В. В. Водинелића. Ти критеријуми су: бескорисност, противциљност, несразмерност, непримереност, противречност, неморалност и неправичност при вршењу права²².

1.3.О (не)могућности злоупотребе субјективних права његовим невршењем

„Вршење права је појмовни елемент злоупотребе. Злоупотреба је овакво или онакво вршење права [...] у том делу ствар изгледа неспорна“²³. Оно што, међутим, остаје као спорно јесте да ли се појам „вршење права“ треба изједначити са „уживањем права“. Прецизније, питање је да ли појам „вршење“ треба тумачити уже или га, можда, треба интерпретирати шире тако да он обухвата и невршење права.

Наше позитивно одштетно право, на први поглед барем, не оставља простора за било какву злоупотребу права невршењем истог²⁴. Напротив, злоупотреба права је, сходно изричитом ставу законодавца, могућа само вршењем²⁵.

²¹ В. В. Водинелић, „Конкретизовање забране злоупотребе права“, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, 41, напомена 15.

²² Вид. В. В. Водинелић, (1982), 3-48; В. В. Водинелић, (1997), 39-69.

²³ В. В. Водинелић, (1997), 179.

²⁴ У француској теорији актуелан је став да се право може злоупотребити и пасивним, негативним држањем, то јест невршењем, односно уздржавањем од вршења права.

Видети: А. Weill, F. Terre, Droit civil, Les Obligations, Paris, 1986, 654.

²⁵ Вид. Закон о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО РС), 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, одсек В, чл.13. Иста је ситуација и у Закону о основама својинскоправних односа (видети: Закон о основама својинскоправних односа (у даљем тексту ЗОСПО РС), "Службени лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90, "Службени лист СРЈ", бр. 29/96 и "Службени гласник РС", бр. 115/2005, чл. 4, ст. 2).

Закон о парничном поступку (видети: Закон о парничном поступку (у даљем тексту ЗПП РС), "Службени гласник РС", бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014) нуди битно другачију, бољу, формулацију, па уместо о вршењу права, говори о свакој злоупотреби права које странке имају у поступку, указујући на

Међутим, шта је циљ забране злоупотребе права? Да ли је циљ да се стане на пут абузивном активном понашању или је циљ да се свако, па и пасивно, абузивно понашање санкционише? Нама се чини да је другопонуђени одговор, ипак, прихватљивији. Тумачење који би злоупотребу права везивало искључиво за активно држање учинило би институт неефикасним. Макар теоретски, мора се оставити могућност санкционисања абузивног невршења права. Ми, дакле, искрено верујемо у најбољу намеру законодавца да норму чл. 13 ЗОО РС учини ефикасним средством у борби против сваког облика злоупотребе субјективних права, те да је једино исправно шире телеолошко тумачње ове одредбе које уважава могућност санкционисања сваког абузивног уживања права.

2. ПОСЛЕДИЦЕ НЕВРШЕЊА ПРАВА ИЗБОРА ЧИНИДБЕ КОД АЛТЕРНАТИВНО ПОСТАВЉЕНИХ ОБАВЕЗА

Чинидба коју дужник дугује, како би обавеза уопште могла настати, мора бити, поред осталог, одређена или барем одредива²⁶. Уколико то није случај, обавеза не може настати нити бити предмет принудног извршења. Правни посао, најчешће уговор, са тако одређеном обавезом је ништав²⁷.

Идеална ситуација, свакако, јесте када је обавеза у потпуности одређена унапред. Тада недоумица нема. Ипак, сложеност друштвених односа не дозвољава да право уважи као „исправне“ само послове из којих исходе потпуно одређене обавезе. Пуну извесност у погледу обавеза које из правног посла исходе није ни могуће увек постићи. Стога законодавац, у начелу, прихвата за исправне и оне обавезе које нису у потпуности одређене, већ само одредиве, под условом да постоје јасни критеријуми на основу којих се доцније оне могу одредити у потпуности.

Међу обавезе са, условно речено, нижим степеном одређености убрајају се и алтернативне обавезе. Те су обавезе постављене тако да могу бити реализоване испуњењем једне од више предвиђених чинидби коју одабере лице којем припада право избора. Дакле, да би се дужник ослободио обавезе, није потребно да изврши све чинидбе обухваћене обавезом, већ само једну од њих (*plures res in obligatione, una in solutione*).

потребу њиховог санкционисања (вид. чл. 9, ст. 2). Вредна пажње је и формулација у важећем породичном законодавству према којој је забрањена злоупотреба родитељског права (вид. Породични закон (у даљем тексту ПЗ РС), „Службени гласник РС“ бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015, чл. 7, ст. 3).

²⁶ Видети: ЗОО РС, чл. 46, ст. 2.

²⁷ Видети: ЗОО РС, чл. 47.

Алтернативне обавезе, будући да су неодређене, престају то бити реализацијом права избора једне од дугованих чинидби²⁸. Поменуто право може, сходно важећим прописима, припадати дужнику, повериоцу или неком трећем лицу, то јест суду уколико треће лице не изврши право избора²⁹. Кључно питање за наш рад јесте шта се дешава уколико лице којем припада право избора – у раду се ограничавамо на дужника и повериоца – то своје право не врши?

Недоумице у погледу последица невршења права избора, разрешене су нормама ЗОО РС. Закон, наиме, предвиђа да, ако право избора припада повериоцу, а он се не изјасни у року одређеном за испуњење, његово право избора прелази на дужника, уколико ни након позива дужника и протекла примереног рока за одабир чинидбе, поверилац не изврши избор³⁰. Са друге стране, уколико право избора припада дужнику, то право му припада све до истицања захтева за принудно извршење којим поверилац, усмеравајући захтев на једну од чинидби, строго теоретски, врши избор³¹.

Кроз одређене последице невршења права избора једне од више дугованих чинидби, долазимо, по нама, до везе између невршења права избора код алтернативних обавеза и забране злоупотребе права. Наиме, претходно поменуте последице ми доживљавамо као санкцију за невршење права избора у одређеном времену. Не споримо, сигурно да има места и другачијем тумачењу правне природе тих последица, али ми заиста нисмо у стању да негирамо „казнени“ карактер ових одредби. Верујемо да то није ни могуће. Заправо, поставља се питање како другачије објаснити одузимање одређеног права и његов пренос другом лицу, кад и стручном и лаичком поимању одговара утисак да таква последица не може бити ништа друго до својеврсна санкција.

Ако једно лице има одређено право, оно се њиме може користити, али и не мора, уколико то ипак не одговара његовим интересима. Дакле, вршење права, као и његово невршење, не вређа диспозицију норме којом је то право предвиђено. Ако невршење права није у супротности са диспозицијом норме, а невршење се ипак санкционише, где се налази правнополитичко оправдање

²⁸ ЗОО РС уводи правну фикцију да је, када се право избора изврши, обавеза од почетка била једноставна и да је њен предмет од почетка била изабрана ствар, дајући тиме, на неки начин, ретроактивно дејство вршењу избора.
Вид. ЗОО РС, чл. 404, ст. 2.

²⁹ Вид. ЗОО РС, чл. 406.

³⁰ Вид. ЗОО РС, чл. 405, ст. 2.

³¹ Кажемо строго теоретски, јер дужник и даље има могућност да изврши обавезу другом чинидбом од одабране, све док повериоцу једна ствар, у потпуности или делимично, не буде предата.

Видети тумачење ЗОО РС, чл. 405, ст. 1 код: Ј. Радишић, Облигационо право, Општи део, Номос, Београд, 2004, 58.

за такву поставку? Одговор на ово питање, под условом да прихватимо аргументацију у погледу постојања могућности абузивног невршења права, можемо наћи само у начелу забране злоупотребе субјективних права. Прецизније, оваква поставка последица невршења права избора код алтернативних обавеза, по нама, може опстати само уколико се оне посматрају као конкретизација начела забране злоупотребе права.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Савремено грађанско право, у светлу врло изражене опште тежње за морализацијом и социјализацијом права, оплемењено је читавим низом института који имају за циљ да спрече строго формалну, механицистичку, самим тим и хладну примену права потпуно удаљену од стварности. У ред таквих института, свакако, спада и институт забране злоупотребе субјективних права. Овај, иначе врло комплексан правни институт, када су критеријуми на основу којих се абузивно понашање процењује испуњени, омогућава судији санкционисање понашања која су са нормативног становишта потпуно исправна, уколико таква понашања одступају од елементарних вредности на којима правни поредак почива.

Овај правни институт, иако се слажемо да нема значајнијег проналаска у новијој правној мисли, ипак није опште прихваћен, без обзира на то што је уграђен у практично све модерне акте који регулишу грађанскоправну материју. Један у низу разлога неповерења је тај што је сам институт забране злоупотребе права врло погодан да и сам буде злоупотребљен због тога што домен и начин примене института, готово у потпуности, зависи од процене судије и његовог слободно формираног уверења.

Како би се створили сви услови за правилну примену овог правног института, законодавац и правна теорија теже да карактеристичне случајеве „изолују“. На основу тога, правна теорија формира конституенсе злоупотребе права, а законодавац посебне правне институте који промовишу идеју о забрани абузивног понашања. Један од најспецифичнијих примера описаног деловања законодавца јесте увођење својеврсне санкције за невршење права избора једне од чинидби код алтернативних обавеза. Описане санкције своје правнополитичко оправдање, сходно истраживању које смо обавили и резултатима презентованим у раду, могу наћи и налазе једино у забрани злоупотребе права, свакако под условом да прихватимо идеју да се права могу злоупотребити и невршењем.

Srdan RADULOVIĆ, LL.D

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

ABUSIVE NON-PERFORMING OF RIGHT TO CHOOSE HOW TO REALIZE ALTERNATIVE OBLIGATIONS

Summary

The legislator, when creating general norm, is not always able to unambiguously determine what is and what is not allowed to do or not to do. To create space for correction of views that were not expressed clearly, in modern legal acts the prohibition of the abuse of rights is implemented. By doing this, legislator creates possibility for judges to be creative and to sanction even behaviors that is formally in line with legal norm if that behavior is not in correlation with some higher principles.

Abuse of rights as legal institute is determined by the constituents built in legal theory. However, *de lege lata* this ban is also determined by numerous special legal institutes that concretize it. We believe that consequences for not performing the right to choose how to realize alternative obligations is one way of concretizing prohibition of abuse of rights. This form of concretization of prohibition of abuse of rights was subject of independent theoretic and empirical research, and results of this research are presented in this paper.

Keywords: *Abuse of rights, Constituents of abuse of rights, Alternative obligations, Right to choose how to realize alternative obligations.*

ЛИТЕРАТУРА

Алајдин Алишани, „ Начело забране злоупотребе права, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Приштина, 1996, 45-58.

Alex Weill, François Terre, Droit civil, Les Obligations, Paris, 1986.

Владимир В. Водинелић, „Конкретизовање забране злоупотребе права“, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, 39-69.

Владимир В. Водинелић, Такозвана злоупотреба права, Номос, Београд, 1997.

Гордана Вукадиновић, „Темељи забране злоупотребе права“, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, 11-16.

Гордана Станковић, „Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења“, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, 312 – 320.

Густав Радбрух, Правни и други афоризми, Досије, Београд, 2007.

Драгољуб Стојановић, „Злоупотреба права у облигационим односима“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, 95-103.

Жан Карбоније, Правна социологија, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад, Титоград, 1992.

Јаков Радишић, Облигационо право, Општи део, Номос, Београд, 2004.

Јован Ђирић, „Идеални закони и несавесни правници“, Наука, безбедност, полиција, Београд, 2015, 55-69.

Марко Трајковић, „Вредносна метаморфоза права“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63, Ниш, 2012, 207-216.

Марко Трајковић, „Право у свету вредности“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, Нови Сад, 2012, 383-397.

Миливоје Ч. Марковић, „Злоупотреба права у грађанском парничном поступку, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3, Београд, 2002.

Мирослав Лазић, „Злоупотреба права својине у суседским односима“, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, 108-119.

Михаило Константиновић, „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4, Београд, 1982, 261-281.

Nicolae Gradinaru, „Abuse of rights“, Contemporary Readings in Law and Social Justice. Vol. 4, issue 2, Romania, 2012, 1010-1015.

Нинко Перић, Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство, Докторска дисертација, Београд, 1912.

Раденка Цветић, „Критеријуми за утврђивање злоупотребе права“, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, 70-77.

Радмила Ковачевић Куштримовић, „Домен примене начела забране злоупотребе права“, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, 17-30.

Срђан Радуловић, „Неправо – интерпретације негацијског префикса“, Зборник радова, Правни факултет у Приштини – Косовска Митровица, 111-123.

Срђан Радуловић, Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2016.

Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède and de Montesquieu, The Spirit of Laws (translated by T. Nugent), Batoche Books, Kitchener, 2001.

Шејла Масло Черкић, „Концепт правичности као универзални модел усклађивања права и стварности“, Анали правног факултета у Зеници, бр. 12, Зеница, 203-232.

Гордана ДАМЈАНОВИЋ*

347.77.043:004.4
004.056.5:34

УГОВОР О ЛИЦЕНЦИ СОФТВЕРА

Апстракт: Права интелектуалне својине као и било која власничка права допуштају ствараоцу или титулару патента, жига или ауторског права да има корист од свог рада или инвестиције. Користећи једно од својих имовинскоправних овлашћења титулар права је овлашћен да уступа право на коришћење свог заштићеног дела или проналаска. У том контексту, титулар права је овлашћен и да закључује уговор о лиценци, који је у ствари један од начина комерцијализације иновација. Реч лиценца означава дозволу коју титулар права интелектуалне својине даје другом лицу да користи његово заштићено право у складу са договореним роковима и условима, за дефинисану примену и за утврђену територију. Лиценцирање интелектуалне својине може бити веома уносно, а зараде од лиценцирања подстицајно делују на развој економије, унапређење образовања, као и на подршку даљим истраживањима. Посебну врсту уговора о лиценци представља уговор о лиценци софтвера. И ако се све више говори о патентноправној заштити софтвера, наше право с обзиром да припада континентално правном систему, признаје ауторскоправну заштиту софтвера.

У оквиру класификације уговора о лиценци софтвера, треба посебно истаћи *open source* лиценце, које се разликују у односу на остале уговоре о лиценци софтвера по томе што се кориснику лиценце уступа изворни код овог ауторског дела. Суштинска разлика између лиценци затвореног кода и *open source* лиценце огледа се у томе да је корисник снабдевен овлашћењем искоришћавања како изворног тако и објектног кода.

С обзиром на развој софтверске индустрије, уговор о лиценци софтвера као инструмент комерцијализације све више добија на значају, и он у ствари представља један одговора ауторског права на промене и изазове који су настали технолошким развојем.

Кључне речи: *патент, ауторско дело, дозвола, open source, изворни код.*

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, gordana.damjanovic@pr.ac.rs.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Интелектуална својина је општи појам који обухвата скуп више врста права међу којима су најзначајнија патент, жиг, дизајн, ауторско право и сродна права. За сва права интелектуалне својине је карактеристично да за предмет имају нематеријално добро. Међутим, проналазачко право пружа правну заштиту нематеријалним добрима, односно, духовним творевинама из области технике и индустрије, док ауторско право обезбеђује правну заштиту резултатима стваралаштва из области књижевности, науке и уметности. Ова подела има суштински значај, јер одобравање правне заштите у оквиру проналазачког права подлеже другачијим много строжим принципима него што је то случај у ауторском праву. Тако се настанак ауторског права везује за настанак ауторског дела а настанак субјективног права из области индустријске својине за доношење појединачног правног акта којим надлежни државни орган признаје одређеном субјекту право које је тражио.¹ Друга битна карактеристика права интелектуалне својине је да су то апсолутна права чија је функција да обезбеде свом титулару ексклузивност у погледу економске експлоатације предмета заштите. Права интелектуалне својине такође карактерише и то да се она могу неограничено искоришћавати од стране неограниченог броја корисника, на различитим местима, у било које време, а да се при том не повреди њихова суштина и не умањи њихова вредност. Захваљујући све савременијим техничким средствима могућности коришћења интелектуалних добара су практично неограничене.²

Нови миленијум је донео нову улогу интелектуалној својини широм света. Она добија све већу пажњу у смерницама одрживог привредног развоја. Државе настоје да уврсте развој система интелектуалне својине међу приоритетне области, а пре свега ради унапређења и заштите сопствених иновационих и привредних потенцијала³. То омогућавају имовинско правна овлашћења која заједно са морално правним овлашћењима чине јединствено субјективно интелектуално право.

Суштина субјективног права интелектуалне својине је у томе да је његов титулар овлашћен да свакоме другом забрани коришћење предмета заштите. Конкретне радње коришћења зависе од врсте права интелектуалне својине. Дакле, аутору, интерпретатору, кориснику робне марке итд. није

¹ В.Бесаровић, „Интелектуална својина, индустријска својина и ауторско право“, Београд, 2005, 26.

² Ibid, 29.

³ „95 година заштите интелектуалне својине у Србији“ www.zisv.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf/95_godina_ZIS/95%20pdf%20MAk.pdf, 14.07.2016.

потребно право интелектуалне својине да би он могао да користи своје ауторско дело, интерпретацију, проналазак или робну марку, јер он то може чинити у сваком случају. Њему је потребно право интелектуалне својине да би он био једини на тржишту који сме да користи предмет заштите.⁴ Имовинско правна овлашћења могу бити предмет транслативног и конститутивног промета.⁵ Тако се уговором о цесији преноси цело право, док се уговором о лиценци преноси само овлашћење за коришћење, што значи да стипендијалац лиценце не постаје правни следбеник даваоца лиценце, за разлику од цесионара који постаје цедентов правни следбеник и стиче право интелектуалне својине, док га цедент губи.⁶

Узимајући у обзир све особине и значај у пословној пракси, сматра се да је уговор о лиценци основни правни инструмент којим се врши пренос права интелектуалне својине.⁷

2. ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ

Уговор о лиценци је двострано обавезан теретан уговор, којим се давалац лиценце као носилац или власник обавезује да уступи право привредног искоришћавања заштићених или незаштићених права интелектуалне својине, док се корисник лиценце обавезује да ће искоришћавати предмет лиценце на уговорени начин.

Основни економски и правни значај уговора огледа се у томе што пружа правну могућност другој особи да стварно искоришћава туђе нематеријално добро. Значај наведеног уговора састоји се и у томе што титулар права које је предмет уговора о лиценци, може црпити имовинску корист из свог права, дозвољавајући коришћење права уз одговарајућу накнаду, као и у томе што давалац лиценце преноси на стипендијалаца лиценце право искоришћавања предмета уговора у границама и на начин који је уговором одређен, али титулар права и даље остаје субјект заштите.

Право интелектуалне својине постоји да би пружило подстицај титуларима права за улагање сопствених ресурса у стварање интелектуалних добара. У пракси је чест случај да ствараоци интелектуалних добара немају потребне механизме за њихово успешно искоришћавање, услед чега тежиште њиховог интереса прелази на уступање искључивих овлашћењана искоришћавање заинтересованим субјектима који располажу потребним

⁴ С. М. Марковић, Д. В. Поповић, „Право интелектуалне својине“, Београд, 2015, 33.

⁵ П. Тијанић, „Усклађивање патентног права СРЈ са правом ЕУ“, Правни живот“, 11/2001, 747.

⁶ Д. Којић, „Врсте уговора о лиценци“, Правни живот, 11/2001, 769.

⁷ Ibid.

средствима. Зато се уговор о лиценци јавља као правни инструмент којим се омогућава оваква размена, при чему се чува монополски карактер уступљеног права, што стицаоцу омогућује успешну експлоатацију. Треба нагласити да чак ни право нелојалне конкуренције, које почива на начелу слободне конкуренције, не оцењује овакве уговоре као непожељне саме по себи, и ако се њима успоставља монополски положај, већ постоје посебни механизми контроле којима се цене антикомпетитивна дејства рестриктивних клаузула, чиме се омогућава максимизација ефективности тржишта.⁸

3. ПРЕДМЕТ И ВРСТЕ УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ

Права која су предмет лиценце могу се поделити на заштићена, пријављена и незаштићена права интелектуалне својине. Уговор о лиценци представља начин правног промета патената, знакова разликовања, know-how-a и топографије. Ако је предмет уговора заштићено право интелектуалне својине, чије је трајање временски ограничено, онда лиценца не може бити одобрена за време дуже од трајања законске заштите тога права. Ако је предмет лиценце know-how, нема објективног рока за трајање уговора, већ он зависи од воље странака, односно, од економске вредности знања и искуства које сачињава know-how, са једне, и конкурентске вредности – тајности know-how-a са друге стране. Исти је случај са осталим незаштићеним правима индустријске својине (непријављеним проналаском, дизајном итд.).⁹

Предмет уговора о лиценци може бити и ауторско право. Ауторским уговором ауторска права могу да се преносе путем цесије или да се уступају уговором о лиценци. Код ауторских уговора, једна уговорна страна је аутор или његов правни следбеник који преноси право на искоришћавање а друга страна је заинтересовано физичко или правно лице, стицалац дела који постаје носилац ауторског права на делупод условима који суодређени уговором.¹⁰

Уговор о лиценци је дакле инструмент вршења промета права интелектуалне својине. Уговором о лиценци титулар права интелектуалне својине (давалац лиценце) уступа титулару лиценце (стицаоцу лиценце) право интелектуалне својине на опредељеном подручју и на опредељени начин. Као правни инструмент, уговор о лиценци се јавља као ефикасан

⁸ М. Јовановић, „Уговор о лиценци између права интелектуалне својине и права конкуренције“, Институт за право и финансије, www.ipf.rs/ugovori-o-licenci-izmedu-prava-intelektualne-svojine-i-prava-konkurencije/ 26.08.2016.

⁹ В. Бесаровић, (2005) 188.

¹⁰ Ibid, 314.

модел трансфера технологије бивајући саставни део комплексних уговора међународне сарадње и промета услуга, робе и знања и бивајући истовремено један од најодговарајућих модела за обезбеђивање страних директних инвестиција.¹¹

Лиценце се могу поделити према врло разноврсним критеријумима. Најчешће је реч о поделама које се заснивају на врстама ограничења (садржинска, предметна, временска и територијална ограничења). Ипак, основна подела је на искључиву и неискључиву лиценцу. Искључива лиценца настаје на основу уговора о лиценци, којим је извршено искључиво уступање имовинскоправних овлашћења, док неискључива лиценца настаје на основу уговора о лиценци којим је извршено неискључиво уступање имовинскоправних овлашћења.¹²

3.1. Уговор о лиценци софтвера

3.1.1. Правна заштита софтвера

У контексту уговора о лиценци софтвера, нарочито је важно питање правне заштите софтвера, јер од облика заштите зависи у ком обиму ће се софтвер користити.

Појава компјутера и компјутерских програма је у потпуности изменила свет, који данас не можемо да замислимо без истих. Они су нашли примену у свим областима живота од пословних делатности, преко науке и образовања до забаве. У високо развијеним земљама више од половине запослених људи своју делатност обављају на компјутерима, који су у ствари један од јако битних разлога развијености поменутих земаља.

Намеће се питање да ли је у оквиру права интелектуалне својине адекватнија патентно правна или ауторско правна заштита софтвера? Код компјутера разликујемо хардвер са једне и софтвер са друге стране. Хардвер (hardware) у дословном преводу значи гвожђурија, то је заправо алузија на метално кућиште у коме се налазе основни делови компјутера (монитор, миш, тастатура, улазно излазне јединице, харддиск, каблови итд.) Сваки програм посебно и сви програми заједно чине софтвер (software) односно скуп инструкција помоћу којих хардвер обавља своју функцију.

Софтвер је заправо део који индивидуализује компјутер и он представља „душу“ компјутера, те један исти компјутер претвара у уређај за пројектовање, вођење књиговодства, или машину за забаву. Софтвер у ширем смислу обухвата програмски концепт који се саставља у складу са

¹¹ Ј. Дабовић – Анастасовска, “Клаузуле из уговора о лиценци и конкурентско право по регулативи 772/2004 ЕК“, Правни живот 11/2005, 1103.

¹² С. Марковић, Д. В. Поповић, 236.

потребама наручиоца или корисника програма, алгоритам и сет инструкција. Софтвер у ужем смислу обухвата низ инструкција и то је једини део који ужива правну заштиту.

Улагања у развој компјутера и компјутерске технологије из дана у дан све више расту, па је финансијски моменат свакако један од најбитнијих разлога за остваривање правне заштите компјутерских програма, јер се путем заштите мотивишу будућа улагања. Тако је на пример стварање познатог софтверског пакета Office 2003 од стране Microsofta трајало две године, ако се не рачуна претходних десет година током којих су прављени други програми из пакета Office, који су потом уграђени у нови производ. Софтверски пакет Office 2003 је тридесет месеци стварало више од две хиљаде инжењера. Због тога није изненађујуће што је у анкети коју је међу руководиоцима задуженим за софтвер у Microsoftu спровело Удружење произвођача софтвера BSA, заштита интелектуалне својине заузела највише место.¹³

Компјутерски програми у већини земаља укључујући и нашу уживају правну заштиту на основу одредаба ауторског права. Међутим, англосаксонски правни систем је прихватио патентну заштиту софтвера. У земљама ЕУ се такође све више отварају могућности за заштиту софтвера на основу одредаба патентног права и поред сложености таквог облика заштите, превасходно због услова новости.

Да би једно дело било подобно за ауторско правну заштиту, потребно је да представља оригиналну духовну творевину, која је настала као резултат духовног стваралаштва творца дела, изражена у одговарајућој форми.

Заштита софтвера у нашој земљи је први пут установљена изменама и допунама Закона о ауторском праву од 1978. године.¹⁴ Данас, софтвер ужива заштиту на основу актуелног Закона о ауторском и сродним правима у изворном, објектном и завршном коду.¹⁵

Директива ЕУ о заштити компјутерских програма¹⁶ (у даљем тексту Директива) донета је због тога што су у законима земаља ЕУ била садржана различита решења у погледу правне заштите компјутерских програма, па је такво стање производило негативне ефекте у функционисању јединственог тржишта. Компјутерски програм у смислу поменуте Директиве ужива правну заштиту као књижевни рад у било којој форми, укључујући и

¹³ Dž. Ganc, Dž. V. Ročester, „Пирати дигиталног доба“, Београд, 2007, 115.

¹⁴ Закон о изменама и допунама Закона о ауторском праву, Сл. лист СФРЈ, 27/1990.

¹⁵ Закон о ауторском и сродним правима, Сл. гласник РС, бр. 104/09, 99/11, 119/12 и 29/16.

¹⁶ Council Directive 91/250/EZ of 14 th May 1991 - on the legal protection of computer programs –Official Journal L 122, 17/05/1991 p. 00420046.

оне који су саставни део хардвера. Према наведеној Директиви, носилац ауторског права на софтверу је интелектуални творац, аутор софтвера. Према одредбама Директиве, аутор има искључива овлашћења да другоме дозволи или забрани коришћење његове творевине.¹⁷

Бернска Конвенција о заштити књижевних и уметничких дела¹⁸ као најзначајнији међународни извор ауторског права такође прописује ауторско правну заштиту софтвера.

Конвенција о признавању европских патента од 1973 године¹⁹ (у даљем тексту КЕП), свакако је “учврстла“ ауторско правну заштиту софтвера на европском тлу, с обзиром да су конвенцијом (чл.52) софтвери искључени из патентне заштите, јер немају техничку природу и као такви нису патентбилни. Моменат усвајања ове конвенције практично представља прекретницу у ставу међународне правне теорије и праксе да се софтвер начелно може штитити правилима патентног права. Међутим, овако радикално негативан став према рачунарским програмима као проналасцима врло брзо се показао као неодговарајући с обзиром на постојање различитих врста софтвера. Тако су под утицајем теорије и праксе САД, државе попут Велике Британије, Јапана и Канаде, ревидирале своје ставове у вези патентне заштите софтвера и дозволиле одређеним програмима (најчешће оперативним системима и графикама које испињавају услов новости) патенту заштиту.²⁰

У Методологији испитивања ЕПО (Guidelines for Examination EPO) са једне стране је назначено да се софтвер као такав или као запис на носачу не може заштити патентом независно од његовог садржаја, те да је ситуација иста и када се софтвер инсталира на компјутеру. Са друге стране, наводи се да проналазак који карактерише софтвер и који представља технички процес (нпр. процес производње којим управља софтвер) или који има технички ефекат (на пример програм који повећава радну меморију компјутера) има технички допринос и да је зато патентбилан. Исто као у пракси САД. Међутим, и поред промена које се дешавају у европи у погледу патентно правне заштите софтвера, патенти још увек нису преовлађујући

¹⁷ З. Миладиновић, „Заштита права интелектуалне својине у ЕУ“, Водич кроз право ЕУ, Београд, 2005, 9.

¹⁸ Бернска Конвенција о заштити књижевних и уметничких дела од 1886.године, допуњена у Паризу 1896, у Берлину 1903, у Берну 1914, у Риму 1928, у Брислу 1948, у Штокхолму 1967, у Паризу 1971. године, опширније, В. Бесаровић, Б. Жарковић, “Интелектуална својина-међународни уговори, Београд, 1999, 329.

¹⁹ Закон о потврђивању конвенције о признавању европских патената (Конвенција о европском патенту) од 5.октобра 1973.године, Сл.гласник РС-Међународни уговори,бр. 5/2010 и Сл. гласник РС, бр.99/2011.

²⁰ И. М. Пршић, Новица М.Лалић, „Правна заштита рачунарских програма“, Правни живот 11/2001, 701.

облик заштите софтвера.²¹ Обавезно питање у Европској патентној организацији (ЕПО) које претходи свим другим проценама патентбилности, попут новости, инвентивности и индустријске примењивости, је да ли постоји проналазак? Такозвани „не-проналасци“ (они који су изузети из патентне заштите према члану 52. из КЕП а, као што су методе за обављање послова, математичке методе или приказивање информација) улазе у подручје патентбилности у Европи, увођењем техничких средстава као што су рачунар или рачунарска мрежа. Софтвери за примену неког пословног метода, међутим нису инвентивни, јер потичу од нетехничких проблема са одређеним пословним потребама, чија је примена на конвенционалном рачунару очигледна.²²

Како би правна заштита компјутерских програма била адекватна, неопходна је коегзистенција ауторскоправне и патентне заштите. Ауторским правом се штити форма у којој се софтвер изражава, док се патентом штите идеје и принципи на којима софтвер почива, уколико испуњавају услове патентбилности.²³

И док се полемише да ли је адекватнија патентна или ауторскоправна заштита софтвера, рачунарска индустрија је створила политичку климу склону да извесне видове стваралаштва повезане са софтвером штити патентима, уместо само ауторским правом. Они који стварају политику су били свесни да одобравање патентне заштите даје стратешку предност рачунарским проналасцима како би се охрабрио пренос нових технологија из земаља које су у том погледу напредније.²⁴

3.1.2. Појам, предмет и врсте уговора о лиценци

Уговор о лиценци софтвера је такав уговор којим се једна уговорна страна (давалац лиценце) обавезује да уступи другој уговорној страни (стицаоцу лиценце) у целини или делимично право искоришћавања софтвера, док се стицалац лиценце обавезује да му за то исплати одређену накнаду.²⁵

²¹ С. Шарабох, „Заштита софтвера патентима у САД и у земљама ЕУ“, Правни живот, 11/ 2004, 849.

²² „Патенти за софтвер? Европски закон и и пракса“, Едукативно-информативни центар ЗИС, 1., www.zis.gov.rs/upload/Publikacij/Lifleti/Ptents_forsoftware%20brosura.pdf, од 23.08.2017.

²³ С. Радовановић, „Коегзистенција патентне и ауторскоправне заштите компјутерских програма у ЕУ“, Европски правник, 3/2006, Нови Сад, 99.

²⁴ К. Идрис, „Интелектуална својина, моћно средство економског раста“, Београд, 2003, 92.

²⁵ Чл. 686. Закона о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78.

Уговор о лиценци је *sui generis* уговор, којим се уступа искоришћавање неког нематеријалног добра. Међутим, дуго времена се сматрало да је уговор о лиценци посебан тип купопродајног уговора. Али, уговором о купопродаји се преноси право својине, док се уговором о лиценци уступа право на искоришћавање нематеријалног добра. Предаја примерка софтвера представља заправо саопштавање информације коју је стичалац овлашћен да користи. У том смислу држање примерка има правни основ само ако постоји правни основ искоришћавања.²⁶

Уговор о лиценци је двостранообавезујући уговор, с обзиром на то да обе уговорне стране заснивањем међусобног односа преузимају одговарајуће обавезе. Двострано обавезни уговори означавају се и као синалагматични уговори, по грчкој речи „*sinallagma*“, што значи размена. То су уговори којима се врши међусобна размена чинидби.²⁷ У питању је теретан уговор, јер подразумева обавезу стицаоца да за уступљено искоришћавање дела плаћа одређену накнаду. Уговор о лиценци спада у алеаторне уговоре. Наиме, код алеаторних уговора у тренутку закључења уговора, неки од битних елемената само су одредљиви. Другим речима, они зависе у целини или делимично од неког неизвесног или барем временски неодређеног догађаја.²⁸ С обзиром да економски исход искоришћавања зависи првенствено од тржишних фактора, који су у тренутку закључења уговара уговорним странама непредвидиви, уговор о лиценци софтвера је прави пример алеаторног уговора.

Имајући у виду чињеницу да се софтвер према нашем актуелном закону штити као ауторско дело, најбитнија карактеристика уговора о лиценци софтвера је та да је реч о ауторском уговору, па самим тим уговор о лиценци софтвера представља *intuiti personae* уговор, јер вршењем уступљених имовинско правних овлашћења не сме се повредити личноправна компонента ауторског права.

Битан елемент сваког уговора је предмет. Предмет се може састојати у давању, чињењу или нечињењу, односно трпљењу које друга страна очекује од свог сауговорача.

У контексту уговора о лиценци софтвера, предмет се састоји у уступању права искоришћавања софтвера. У циљу стицања имовинске користи од ауторског дела софтвера, основно овлашћење аутора јесте бележење и умножавање дела на телесни или бестелесни носач, трајни или привремени, на посредни или непосредни начин. Умножавање софтвера подразумева смештање целог или дела програма у меморију рачунара, односно, пуштање програма у рад. Сходно томе, уступање овлашћења на

²⁶ С. Радовановић, „Уговор о лиценци софтвера“, Београд, 2012, 52.

²⁷ Ј. Радишић, „Облигационо право“, Београд, 2000, 125.

²⁸ *Ibid*, 128.

умножавање је у основи сваког искоришћавања софтвера. Закон о ауторском праву и сродним правима у искључива имовинска овлашћења аутора рачунарског програма сврстава и право аутора на давање примерка дела у закуп, односно на послугу. С обзиром да је предмет уговора о лиценци нематеријално добро, правни однос поводом закупа, односно послуге остаје изван уговора о лиценци. Само овлашћење може бити предмет уступања уговором о лиценци, док су међусобни односи стицаоца лиценце и трећих лица, односно закупаца и услугодника регулисани посебним уговорима.²⁹

Предмет уговора о лиценци софтвера је уступање тачно одређеног овлашћења, или више њих, односно давање сагласности за преузимање конкретних радњи искоришћавања.

Према праву корисника лиценце, разликујемо *власничку, слободну и лиценцу отвореног кода*.

Власничка лиценца (engl. proprietary licence) је лиценца код које произвођач софтвера даје кориснику право да користи једну или више копија софтвера, док произвођач задржава право власништва над сваком копијом софтвера (отуда иназив „власничка лиценца“). Сва питања у вези софтвера су резервисана за произвођача. За ову врсту лиценце је карактеристично да је у уговору наведено пуно услова под којима је коришћење софтвера забрањено. Право власништва над софтвером у овом случају задржава произвођач, док је крајњи корисник, односно стицалац лиценце “приморан” да прихвати све услове наведене у уговору.

Слободна лиценца (engl. free licence) је лиценца код које се право власништва над копијом преноси на крајњег корисника, који може да користи софтвер без прихватања услова из лиценце. За додатна права, попут дистрибуције софтвера, потребно је прихватање и придржавање услова лиценце.

Лиценца отвореног кода (eng.open source software) односи се на софтвер чији је изворни код доступан унутар „open source“ лиценце свим корисницима који га могу мењати, преправљати и побољшавати њихов садржај. То практично значи да уз „open source“ програме долази и читав изворни код у неком програмском језику, што није случај са плаћеним софтвером. Лиценца отвореног кода даје стицаоцу лиценце право да копира, модификује и дисдистрибуира изворни код. Једина обавеза стицаоца лиценце је да измењени или неизмењени софтвер уступа на искоришћавање трећим лицима, под истим условима под којима је и он стекао овлашћење.³⁰

Заштита рачунарских софтвера у оквиру права интелектуалне својине је потребна због њиховог развоја и напредовања. Лиценцирање заштићених

²⁹ С. Радовановић, 2012, 55.

³⁰ Ibid, 275.

права интелектуалне својине је облик комерцијализације истих. Уговор о лиценци софтвера као инструмент комерцијализације све више добија на значају, и он у ствари представља један од одговора ауторског права на промене и изазове који су настали технолошким развојем.

Ефикасан и праведан систем интелектуалне својине може да помогне свим државама да остваре свој потенцијал у интелектуалној својини као моћно оруђе економског развоја и друштвеног и културног благостања. Систем интелектуалне својине помаже да се успостави равнотежа између интереса ствараоца са једне и јавног интереса са друге стране, обезбеђујући окружење у коме креативност и проналазштво могу да цветају, на корист свима.³¹

GORDANA DAMJANOVIĆ

Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

SOFTWARE LICENSE AGREEMENT

Summary

Intellectual Property Rights as well as any proprietary rights allow the creator or patent, trademark or copyright holder, to benefit from their work or investment. By using one of his property rights, the patent holder is authorized to grant the right to use his protected work or invention. In this context, the right holder is authorized to conclude a license agreement, which is in fact one of the ways of commercialization of innovations. The word license means a permission that the intellectual property right holder gives to another person to use his protected right in accordance with the agreed terms and conditions, for the defined application and for the established territory. Licensing of intellectual property can be very profitable, and licensing earnings are incentive for the development of the economy, the promotion of education, and support for further research. A special type of licenses is a software license agreement. Although more and more is discussed about patent protection of software, our right as it belongs to the continental legal system, recognizes copyright protection of software. Within the framework of classification of the Software License Agreement, we should emphasized the open source licenses, which differ in relation to other software

³¹ „Шта је интелектуална својина“, www.zis.gov.rs/uploaddocuments/pdf_sr/pdf/sta_je_intelektualna_svojina.pdf, 24.05.2017.

license agreements, on the basis of the fact that the licensee is given the source code of this author's work/autorsko delo. The essential difference between Closed Source Licenses and Open Source Licenses is that the user is provided with the authority to use both the source and the object code. Considering the development of the software industry, the software license agreement as an instrument of commercialization is gaining in importance, and in fact it represents one of the copyright response to the changes and challenges caused by technological development.

Keywords: *patent, copyright, license, open source, source code.*

ЛИТЕРАТУРА

Бесаровић Весна, „Интелектуална својина, индустријска својина и ауторско право“, Београд, 2005.

Бесаровић Весна, Благота Жарковић, „Интелектуална својина-међународни уговори, Београд, 1999.

Ganc Džon, Ročester V. Džek , „Пирати дигиталног доба“, Београд, 2007.

Дабовић Јадранка – Анатасовска, „Клаузуле из уговора о лиценци и конкурентско право по регулативи 772/2004 ЕК“, Правни живот 11/2005.

Идрис Камил „Интелектуална својина, моћно средство економског раста“, Београд, 2003.

Јовановић Мина, „Уговор о лиценци између права интелектуалне својине и права конкуренције“, Институт за право и финансије, www.ipf.rs/ugovori-o-licenci-izmedu-prava-intelektualne-svojine-i-prava-konkurencije/ 26.08.2016.

Којић Драгомир, „Врсте уговора о лиценци“, Правни живот, 11/2001.

Тијанић Павле, „Усклађивање патентног права СРЈ са правом ЕУ“, Правни живот“, 11/2001.

Марковић М.Слободан, Поповић В. Душан, „Право интелектуалне својине“, Београд, 2015.

Миладиновић Зоран, „Заштита права интелектуалне својине у ЕУ“, Водич кроз право ЕУ, Београд, 2005.

Пршић М. Игор, Лалић М.Новица, „Правна заштита рачунарских програма“, Правни живот 11/2001.

Радишић Јаков, „Облигационо право“, Београд, 2000.

Радовановић Сања, „Уговор о лиценци софтвера“, Београд, 2012.

Радовановић Сања, „Коегзистенција патентне и ауторскоправне заштите компјутерских програма у ЕУ“, Европски правник, 3/2006, Нови Сад.

Тијанић Павле, “Усклађивање патентног права СРЈ са правом ЕУ“, Правни живот“, 11/2001.

Шарабох Снежана, „Заштита софтвера патентима у САД и у земљама ЕУ“, Правни живот, 11/ 2004.

„95 година заштите интелектуалне својине у Србији“
www.zisv.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf/95_godina_ZIS/95%20pdf%20MAk.pdf, 14.07.2016.

„Патенти за софтвер? Европски закон и и пракса“, Едукативно-информативни центар ЗИС,
1., www.zis.gov.rs/upload/Publikacij/Lifleti/Ptents_forsoftware%20broshura.pdf,
23.08.2017.

Закон о изменама и допунама Закона о ауторском праву , Сл. лист СФРЈ, 27/1990.

Закон о ауторском и сродним правима, Сл. гласник РС, бр. 104/09, 99/11, 119/12 и 29/16.

Council Directive 91/250/EZ of 14 th May 1991 - on the legal protection of computer programs –Official Journal L 122, 17/05/1991 p. 00420046.

ОБЛИЦИ И НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

Апстракт: Успостављање вануговорног облигационог односа поводом претрпљене штете даје право оштећеном лицу да захтева накнаду штете и ствара обавезу штетнику да штету надокнади. Бројни узроци штете, као и различита права која могу бити повређена, утицали су на издвајање различитих облика нематеријалне штете. ЗОО признаје правичну накнаду нематеријалне штете за претрпљене физичке болове, претрпљени страх, душевне болове због смањене животне активности, душевне болове због наружености, душевне болове због тешког инвалидитета и смрти блиског лица, повреде части, угледа и слободе. Основ накнаде је интензитет и дужина трајања болова. Најчешћи начин остваривања права на накнаду нематеријалне штете је парнични поступак. Настала штета и поступци њене наканде апсорбују ресурсе чијим се трошењем утиче на ниво благостања појединца и друштва у целини.

Кључне речи: нематеријална штета, физички болови, душевни болови, накнада штете, благостање.

УВОД

Закон о облигационим односима¹ Републике Србије прописује а општа норма *neminim laedere* подразумева обавезу забране проузроковања штете. Између постављених законских норми и реалности међутим не постоји склад, те смо сведоци свакодневног настајања штетних догађаја. Чињеница да је штета и те како присутна, као и то да се због начина живота у савременим условима увећава ризик настанка штета, указује на неопходност санкционисања опште норме одредбом да: „Ко другоме проузокује штету дужан је надокнадити је, уколико не докаже да је настала без његове кривице.“²

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, daniijela.petrovic@pr.ac.rs

¹„Свако је дужан да се уздржи од поступака којим се може другом проузроковати штета“, чл. 16. Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени гласник СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, и Службени лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља.

² Ст. 1. чл. 154. ЗОО.

Штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).³ Умањење постојеће имовине лица, које се може утврдити поређењем стања оштећеног пре и након штетне радње представља стварну штету (лат. *damnum emergens*). Корист коју би оштећени вероватно стекао да није дошло до штетне радње представља измаклу добит (лат. *lucrum cessans*). Нематеријална штета је штета која настаје на неимовинским или личним добрима човека (живот, здравље, слобода, част, физички или психички интегритет, достојанство и др).

1. ОБЛИЦИ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

Настала, односно, претрпљена штета доводи до успостављања вануговорног облигационог односа, из кога произлази обавеза једне стране да штету надокнади и право друге стране да накнаду оствари.

Право на накнаду свих видова штете у нашем праву признат је последњих деценија двадесетог века, тачније од 1970. године, када је изменама и допунама тадашњег Законика о кривичном поступку предвиђено право на накнаду штете, за разлику од раније важећег прописа, који је предвиђао право на накнаду имовинске штете.⁴ Правна доктрина није јединствена у погледу одређивања појма нематеријалне штете. Наиме, нематеријална штета се дефинише као наношење другог физичког или душевног бола који ремете психичку равнотежу, као умањење моралне имовине (у смислу личних добара, части, угледа, достојанства, здравља – друштвене стране моралне имовине и тзв. афекционе стране моралне имовине – склоности ка блиским лицима или стварима), али и као повреда права личности као ширег појма од моралне имовине јер обухвата и породична и политичка права.⁵ Важно је утврдити да ли је нематеријална штета наношење другом физичког или психичког бола или страха, или је нематеријална штета сама повреда права личности без обзира на наношење бола. Повреда неимовинског добра, уколико не постоји штета у виду душевних болова, физичких болова или страха не чини штету у правном смислу.⁶ Наиме, нематеријална штета постоји само када је услед повреде правно заштићеног неимовинског добра настала штета, (које се у правној

³ Чл. 155. ЗОО.

⁴ Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, „Службени лист СФРЈ“, бр. 54/70, чл. 3. и 8.

⁵ Више о томе у: Предраг Трифуновић, Правична новчана накнада нематеријалне штете, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2003, Београд, 234.

⁶ Видети више у: Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, Облигационо право, 4. издање, Научна књига, Београд, 1986, 334.

теорији назива секундарна штета), због које оштећени услед повреде неимовинског добра трпи штету у виду душевних, физичких болова или страха.

ЗОО допушта новчану накнаду за последице које су произашле из повреде права личности. Одредбама овог закона (ЗОО) признаје се право на правичну накнаду нематеријалне штете за претрпљене физичке болове, претрпљене душевне болове због умањења животне активности, претрпљене душевне болове због наружености, претрпљене душевне болове због повреде угледа и части, претрпљене душевне болове због повреде слободе или права личности, претрпљене душевне болове због смрти блиског лица, претрпљене душевне болове за претрпљени страх.

Предмет анализе у оквиру рада су управо облици, односно видови нематеријалне штете као и ефекат који штета, али и поступци њене накнаде имају на благостање како појединца, тако и благостања друштва у целини.

1.1. Претрпљени физички болови као основ накнаде нематеријалне штете

Поведа права, као и штета која том приликом настаје изазивају код лица која штету трпе, односно чија су права повређена, одређену реакцију. Та реакција представља субјективан став према догађају којим су права повређена. Као најчешћа реакција на повреду права је осећање непријатности, страх, туга, бес, као и конкретан физички бол.

Физички бол је субјективна реакција на објективну повреду тела.⁷ С обзиром на то да је бол субјективни осећај сваког појединца, на који свако различито реагује, није једноставно утврдити меру и интензитет претрпљених болова. Основ за накнаду нематеријалне штете не представља сваки претрпљени страх, већ само за онај који је јачег интензитета и који је трајао дужи временски период. Према ЗОО члан 200. суд ће досудити правичну новчану накнаду „ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава.“ Приликом одлучивања о правичној накнади нематеријалне штете суд мора водити рачуна о значају повређеног добра и узети у обзир све болове које је оштећени претрпео од настанка штетног догађаја до краја лечења. Уколико се болови јављају и након завршетка лечења морају се признати у оквиру накнаде за умањене животне активности.

Питање које се врло често јавља као предмет расправа међу теоретичарима који за предмет анализе имају нематеријалну штету и њену накнаду, јесте питање способности осећања болова особа које су услед

⁷ Здравко Петровић, Наташа М. Петровић, Накнада нематеријалне штете, Службени гласник, 2012, 98.

повреда у бесвесном стању. По мишљењу једног броја теоретичара, особа која је у бесвесном стању не осећа болове и самим тим нема основа за накнаду штете, док је став других, да код различитих степена губитка свести човек осећа болове, и да је тек потпуна кома стање у коме се болови не осећају.

Са аспекта јачине физичких болова у судској пракси је прихваћена категоризација на физичке болове јаког интензитета, физичке болове средњег и физичке болове слабог интензитета.

Претрпљени физички болови доказују се пред судом, вештачењем посредством вештака медицинске струке. Износ који се досуди треба да представља правичну накнаду према тежини трпљења, и тиме повређеном прижи адекватну сатисфакцију.

1.2. Страх

Психички осећај настао као последица опасности, у којој се лице које је опасности изложено налази, представља страх. Страх се може јавити као пратећа nelaгодност физичком и психичком болу, али се може јавити и независно од физичког и психичког бола. Страх се различито манифестује и различито дефинише. Законска регулатива предвиђа надокнаду штете за претрпљени страх. Анализом одредбе члана 200. ЗОО за претрпљени страх накнада се може досудити ако околности случаја, а нарочито јачина страха и његово трајање то оправдавају.

„Правична новчана накнада може се досудити за страх који је интензиван и дужег трајања. Ако је интензиван страх краће трајао, накнада се може досудити ако је у дужем временском периоду нарушена психичка равнотежа.“⁸ Одређивање висине новчане накнаде у обзир мора да узме и године живота оштећеног, као и то да ли је страх изазвао сметње трајне природе.

Накнаду штете за претрпљени страх може да оствари лице које трпи страх, али не ако је страх изазван бригом за другога, чак и ако је то блиски сродник. Доказивање претрпљеног страха остварује се вештачењем, али се могу примењивати и друга доказна средства, искази сведока и друго.

⁸ Закључак са саветовања грађанских и грађанскоправних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године, Актуелна судска пракса из грађанско-материјалног права, Пословни биро, Београд, 2003, 336.

1.3. Душевни болови због умањења животне активности

Основ накнаде нематеријалне штете због умањења животне активности настале као последица телесне повреде представљају ограничења у животним активностима оштећеног. Наиме, смањена животна активност настала као последица повреда, доводи до смањења функционалности организма и повећаних напора у обављању свакодневних потреба и уобичајених радњи.⁹

Умањење физичке активности се констатује налазом лекара специјалисте - вештака, и најчешће изражава у процентима. „Вештачењем које је одређено ради утврђивања умањене животне активности морају се утврдити све последице којима се ограничава и отежава нормална активност организма, а није довољно утврдити само проценат умањене животне активности. Износ правичне накнаде зависи од природе и тежине свих трпљења везаних за овај вид штете.“¹⁰

Треба правити разлику између умањења опште животне активности од умањења радне способности. Штета настала као последица губитка радне способности испољава се као имовинска, односно материјална штета и представља делимичан или потпуни губитак дохода, док је штета због умањења животна активности нематеријална штета.

1.4. Душевни болови због наружености

Одредбе члана 200. ЗОО предвиделе су накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове услед наружености. Наруженост представља видљиву деформацију физичког лица настала као последица потпуног или делимичног губитка екстремитета, естетске наружености или наружења неког дела тела. Као и код осталих облика накнаде нематеријалне штете и код накнаде штете по основу наружености суд ће досудити накнаду ако је наруженост знатна, односно накнада неће бити досуђена ако је наруженост незнатна.

Пре доношења пресуде суд мора да пореди изглед оштећеног пре наступања повреда (на основу снимака, слика и сл.) и изглед након повреда, како би утврдио степен оштећења, односно наружености. Сам поступак доношења пресуде треба да се обави тек након лечења, јер се данас с

⁹ Уобичајене радње се односе на кретање, облачење, исрачу и слично. Због отежаног обављања ових функција оштећени трпи физичке или психичке болове, а често исторемено и једне и друге.

¹⁰ Закључак са саветовања грађанских и грађанскоправних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2008, 90-91.

обзиром на напредак у естетској хирургији велики број повреда може добрим делом или потпуно санирати.

Судска пракса разликује три степена наружености: наруженост јаког степена, наруженост средњег степена и наруженост лаког степена. Критеријуми за процену наружености јесу боливи које оштећени трпи. Процене вештака у самом одређивању ком степену наружености повреде припадају, треба да буде само један од елемената у поступку одређивања висине штете која се надокнађује. Одмеравање накнаде нематеријалне штете подразумева утврђивање јачине болова које оштећени трпи, као и нелагодност и осећај мање вредности услед наружености. На висину накнаде утичу старост и пол, али и професија оштећеног.

1.5. Повреда угледа, части и слободе

Уставом Републике Србије утврђено је и гарантовано право на слободу.¹¹ Повреда права на слободу неком лицу је учињена ако је правоснажно изречена кривична санкција или оглашено кривим а ослобођено од казне, накнадно у поступцима поводом правног лека поступак обустављен, ослобођено правоснажном пресудом или је оптужба одбијена.¹²

Накнада штете због неосноване осуде, односно повреде слободе регулисана је Законом о кривичном поступку.¹³ Став који се оправдано прихвата како од стране судске праксе, тако и у оквиру правне литературе, је да лица која су лишена слободе а против њих није вођен кривични поступак, или је вођен али нису правоснажно осуђени имају право на накнаду нематеријалне штете.¹⁴

Право на накнаду нематеријалне штете због повреде части и угледа предвиђа ЗОО¹⁵, чија је основа ЗОО бивше СФРЈ из 1978. године који је признавао право на накнаду нематеријалне штете због повреде угледа, части слободе или права личности.

¹¹ Устав Републике Србије – Устав РС, Службени гласник, бр. 98/2006., чл. 27.

¹² Видети више у: Илија Бабић, Нематеријална штета и њена накнада, Право и политика, Универзитет Сингидунум, Београд, 2008, бр.1. 23.

¹³ Закон о кривичном поступку чл. 588-591, Служени лист РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

¹⁴ У полицијској акцији „Сабља“ за време ванредног стања од 12.03.2003. до 22.04.2003 било је ухапшено, односно лишено слободе 11.600 лица. Против већине није вођен кривични поступак, или нису правоснажно осуђени, те се сматра да имају право на накнаду нематеријалне штете. Више о томе у Марковић, Б. М., Лишење слободе у условима ванредног стања као правни основ накнаде нематеријалне штете (са праксом Европског суда за људска права) у Зборнику Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања, Будва, 2004, 125-142.

¹⁵ Чл. 200. ЗОО.

Повреда угледа и части може настати објављивањем фотографија, текста и слично, у штампи, на телевизији, интернету. Настала повреда права даје право оштећеном на накнаду нематеријалне штете, која се досуђује независно од накнаде материјалне штете. У судској пракси је дозвољена кумулација новчане накнаде нематеријалне штете и других начина поправке штете у случају да суд процени да извињење или објављивање пресуде нису довољни за постизање сврхе накнаде нематеријалне штете.¹⁶ Сама накнада нематеријалне штете се досуђује у случајевима када је оштећеном због повреде части и угледа нарушен углед у средини у којој живи, због чега је трпео психичке последице, а само извињење и испрвка информације није довољни да се настале последице отклоне.

1.6. Душевни болови због смрти блиског лица

Претходно наведени облици нематеријалне штете и захтеви за њеном накнадом односили су се на повреду права оштећеног која се тичу штете настале на њима самима у смислу претрпљеног страха, бола због наружености или умањене животне активности и слично. Када је у питању наканда нематеријалне штете због претрпљених душевних болова насталих као последица смрти блиског лица, реч је о боловима које трпи лице не као непосредан бол, страх или било који вид штете, већ бол као последицу губитка блиског лица. Право на накнаду штете због смрти блиског лица не даје свака смрт, већ само она која је настала противправим чињењем или нечињењем другог лица, деликтном радњом штетника.

Накнада нематеријалне штете због смрти блиског лица регулисана је ЗОО, у коме се чланом 200. досуђује накнада нематеријалне штете због смрти блиског лица ако околности случаја то оправдавају. ЗОО у члану 201. одређује лица која могу да остваре право на накнаду нематеријалне штете због смрти блиског лица, и у њих убраја: брачног друга, децу и родитеље умрлог лица. Судска пракса је показала да се овакав став временом мењао. Од 1968. године на основу закључка са заједничке седнице судија грађанског одељења Врховног суда и републичких врховних судова, осим члановима породице право на накнаду досуђује браћи и сестрама и ванбрачном другу умрлог ако је између њих и настрадалог постојала трајнија заједница живота.¹⁷ Право на наканду даје се баби и деди, као и усвојеницима и

¹⁶ З. Петровић, Н. М. Петровић, (2012), 115.

¹⁷ Као услов за накнаду штете „трајнија заједница“се другачије тумачи него у породичном праву. Под трајнијом заједницом се подразумева зајдница живљења, рада и трошења средстава, док се код накнаде нематеријалне штете због смрти сродника, инсистира на емотивној вези које је између њих постојала.

усвојиоцу код потпуног усвојења¹⁸, ако је између њих постојала јака емотивна веза. Дете које је у време несреће било зачето такође има право на накнаду штете.

На захтев оштећеног суд може да досуди накнаду и за будућу нематеријалну штету (члан. 203. ЗОО). Као пример накнаде будуће штете наводи се накнада детету за душевне болове због смрти родитеља, односно за касније болове које трпи због губитка родитељске љубави и пажње.

1.7. Душевне патње због повреде полне слободе

Поред наведених облика повреде права по основу којих се може остварити право на накнаду нематеријалне штете, ЗОО је у члану 202. предвидео и сатисфакцију за претрпљене патње лицима која су преваром, принудом или злоупотребом положаја наведена на кажњиву обљубу или блудну радњу. Дело против достојанства и морала личности спада у кривична дела. Да би штетна радња била третирана као кривично дело неопходно је да има карактеристике кривичног дела које су прописане у глави XVIII Кривичног законика Републике Србије у члану од 178. до 185.

Право на накнаду нематеријалне штете имаће оштећена лица чија су повређена права последица извршеног кривичног дела, а која су због тога претрпела душевне болове. Као и код осталих повреда права и досуђивања накнаде нематеријалне штете и код повреде полне слободе суд приликом доношења одлуке о накнади штете узима у обзир јачину и дужину трајања претрпљених душевних болова.

1.8. Душевни болови због тешког инвалидитета блиског лица

Тежак инвалидитет настао као последица губитка појединих органа или функција органа изавива душевне патње које нису одувек давале право оштећенима на накнаду нематеријалне штете. Након саветовања судија грађанског одељења Врховног суда Југославије и републичких судова одржаног 1968. године и закључака које су тим поводом донети, а у складу са захтевима који су у судској пракси били присутни почело се са досуђивањем накнаде родитељима. Накнада нематеријалне штете остваривана је „када су физичке и психичке посеице телесних повреда такве да у суштини значе уништење личности повређеног.“¹⁹ Основаност накнаде

¹⁸ П.Трифунковић, „Круг лица која имају право на накнаду штете због смрти блиског лица и нарочито тешког инвалидитета“, Накнада штете и осигурање, Удружење за одштетно право Београд, Будва, 2005, 156-157.

¹⁹ Став саветовања грађанских судија судова опште надлежности у СР Словенији, Љубљана, 16. и 17. април 1973, Информатор, бр. 2026 од 8 августа 1973, 5.

овог вида штете преставља нарочито тежак инвалидитет и нарочито тешка унакаженост.²⁰

Приликом одлучивања о висини накнаде овог облика нематеријалне штете неопходно је узети у обзир све субјективна и објективна мерила, процене вештака, чињеницу да лице које је услед повреде постало инвалид живи стално са тражиоцем накнаде и сл. Висина износа који се досуђује најчешће је једнака износу накнаде штете због смрти блиског лица.

2. НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

Питање које је предмет дискусија и расправа и пре увођења нематеријалне штете у правне системе, али и након тога, јесте да ли се повређено лично добро може репарирати одређеном сумом новца, односно да ли након новчаног израза нематеријална штета прераста у материјално право?

С обзиром на природу права која су настанком нематеријалне штете повређена накнада се може остварити сатисфакцијом или новчаном накнадом, с тим да се том накнадом претрпљене патње и болови могу платити, али не и надокнадити. У поступку накнаде нематеријалне штете, новац је материјални израз признања личности оштећеног и нужни фластер утехе.²¹

За разлику од тога што се заштита права личности осим тужбе за накнаду нематеријалне штете може штитити и другим правним средствима, накнада нематеријалне штете се не може остварити без повреде права личности.

С обзиром на то да не постоје једноставни објективни критеријуми којима би се „мерила“нематеријалне штета, односно физички и душевни болови које је оштећени трпео због повреде права личности, утврђивање висине накнаде нематеријалне штете и процене новчаног износа који се на име накнаде досуђује је често тешко одредити. За одређивање висине накнаде нематеријалне штете може се користити објективна метода која узима просек, уобичајеност сличних случајева и субјективна метода која утврђује све околности конкретног случаја. Приликом одмеравања висине новчане накнаде нематеријалне штете неопходно је да поред примене објективних критеријума у обзир буду узете и индивидуалне особености како оштећених тако и штетника. Јасно је да је сам поступак и процес накнаде нематеријалне штете ограничен и регулисан законом, али је такође

²⁰ З. Петровић, Н. М. Петровић, (2012), 123.

²¹ Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, Коментар закона о облигационим односима, Правни факултет Крагујевац, Културни центар Горњи Милановац, 1980, 602.

јасно и то да ако се не узимају у обзир чињенице које су специфичне за сваки индивидуални случај, може доћи до формирања вештачких критеријума на основу којих ће се утврђивати висина нематеријалне штете. Уколико је рецимо дошло до неоснованог лишења слободе, судови ће као објективно мерило за накнаду нематеријалне штете узимати „цену“ једног дана који је проведен у притвору, без обзира на то како је оштећени доживео лишавање слободе, јер је јасно и сигурно да ће различите душевене болове због тога претрпети лице које је први пут привођено и притварано, или је частан и угледан члан друштва, од неког ко је више пута привођен или је познат по криминалним радњама које је већ чинио.

Имајући у виду да право на накнаду нематеријалне штете не произилази из самог смањења животне активности, наружености или било ког другог облика повреде права, већ из претрпљених болова које су те повреде проузроковале, као и саму чињеницу да је бол субјективна, тешко мерљива категорија, судска пракса је у процесу одређивања висине накнаде полазила од тога да већи степен смањења животних активности или наружености изазива и веће душевне болове, па је самим тим и износ накнаде већи.

Значајно питање везано за накнаду нематеријалне штете је питање имовинских прилика оштећеног односно штетника, као околности од којих под одређеним условима може зависити висина накнаде нематеријалне штете. Сама идеја има основу у социјалној одговорности и чињеници да се мора водити рачуна како о интересим оштећеног тако и о интересима штетника.

Најчешћи начин остваривања права на накнаду нематеријалне штете је покретање *парнице*, односно *парничног поступка*. Са аспекта друштва и ефеката на друштвено благостање који нематеријална штета и поступци њене накнаде у парничном поступку имају, значајно је питање да ли постојећа материјална и процесна правила генеришу непотребно расипање оскудних ресурса, али и питање начина на који би се ти трошкови могли минимизовати. С обзиром на то да је парнични поступак потенцијално дуготрајан процес са неизвесним исходом, оштећени ће као рационалан појединац свестан ризика упуштања у парнични поступак, тужити само онда када су трошкови настали подношењем тужбе нижи од очекиване вредности од тужбеног захтева. У случају када трошкови тужбе превазилазе очекиван износ пресуде по основу тужбеног захтева, тужилац неће подићи тужбу. Учесници у поступку накнаде нематеријалне штете (штетник, оштећени, њихови правни заступници, односно адвокати, суд и други) својим понашањем стварају подстицаје свима који се потенцијално могу наћи у истим или сличним околностима.

Чињеница да је у нашим судовима приметан већи број парница²² у које за предмет имају потраживање накнаде нематеријалне штете, према законима који су ступили на снагу у последњих неколико година (Закон о заштити права на суђење у разумном року, Закон о забрани дискриминације), као и то да је проузроковање штете у савременим условима толико значајан извор облигација да конкурише за примат у односу на облигације настале вољом правих субјеката, указује на све већу количину ресурса коју ова област апсорбује²³, због чега је примена принципа ефикасности неопходна како би смањењем трошкова могло да се утиче на пораст благостања.

Дефинисањем правних правила у области нематеријалне штете која неће подстицајно деловати на стране у спору да покрену парницу, али и бољим информисањем страна у спору о могућностима накнаде нематеријалне штете које су им на располагању, може се превентивно деловати и утицати на то да број парница и укупних друштвених трошкова накнаде нематеријалне штете буде доведен на друштвено прихватљив ниво. Наиме, неопходно је да се поступци које се односе на нематеријалну штету (било да се односе на поступке дефинисања правних правила, било на сам поступак накнаде) одвијају у складу са принципом ефикасности,²⁴ као би друштвено благостање, након остваривања права на накнаду нематеријалне штете, било веће од трошкова које је сам поступак накнаде узроковао.

Концепт нематеријалне штете, односно поступка њене накнаде не треба схватити као техничко питање у коме оштећени поставља захтев на који ће суд донети одлуку о накнади нематеријалне штете, већ се поред тога мора водити рачуна о претрпљеним боловима, како физичким тако и материјалним, као о повреди права личности оштећеног, те сам процес осуђивања спровести тако да не изазива нове нелагодности и непријатности оштећенима. Применом принципа ефикасности у области правосуђа

²² Највећи број парница у САД односи се на штету насталу у саобраћајним несрећама или штету насталу услед повреде или угрожавања својинских права, затим парнице због штете услед несавесног лечења, штете проузроковане због ствари са недостатком и штете проузроковане опасним стварима. Више у: А. Мојашевић, Економска анализа накнаде штете, магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 234.

²³ Подаци о судском решавању спорова у САД у току 2001. године показују да је потрошено око 250 милиона долара, укључујући и поравнање због физичких повреда и административне трошкове осигуравајућих компанија. Ibid.

²⁴ Ефикасност је централни појам чикашке школе економске анализе права, која приписује економску логику *common law* систему материјалног и процесног права. Више о томе у А. Јовановић, Теоријске основе економске анализе права, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, 83.

неопходно је да се време трајања парничног процеса скрати, са што мањим бројем излагања оштећених понављеним подсећањима на несрећу и непријатност коју су доживели. Скраћење времена трајања спорова, као и смањење броја рочишта у којим се доказује нематеријална штета и захтева њена накнада довело би до смањења трошкова како страна у спору, тако и друштвених трошкова, што би смањило количину ресурса које ова област апсорбује. Чињеница да је систем правосуђа инертан, неефикасан као и то да врло често оштећени због застарелости не оствари право на накнаду нематеријалне штете, или су остварени износи јако мали, даје подстицај штетницима да се упусте у ризик и чине штетне догађаје, односно да се не понашају и предузимају мере пажње које предузима „разуман“ човек. Последица дугих и неефикасних поступака накнаде нематеријалне, али и штете уопште јесу поновне повреде оштећених, који врло често због осећаја немоћи и неадекватне заштите од стране државе, односно правног система доживљавају различита разочарења, посматрају себе као обесправљена лица, што изазива нове болове и непријатности. Доношење и примена нових закона (Закона о забрани дискриминације, Закона о спречавању насиља у породици и других), али и његове адекватне примене може довести до тога да се жртве осећају заштићено и сигурније а починиоци штетних догађаја и радњи буду свесни вероватноће да ће бити кажњени и сносити последице свога понашања, повећају свој ниво пажње и понашају се у складу са стандардом разумног човека.

После приступања Србије Европској конвенцији о људским правима и основним слободама (*ЕКЉП*), а посебно у последњих неколико година, у судској пракси је дошло до велике промене у погледу схватања и третирања појма и основа накнаде нематеријалне штете. Захваљујући конвенцијама чији смо потписници, посебно Европској конвенцији о људским правима и слободама, а затим и Уставу Републике Србије из 2006. године и законима који су донети у циљу придруживања Србије Европској унији, дошло је до промоције људских права која уживају судску заштиту и чијом повредом настаје обавеза накнаде нематеријалне штете. Данас се нематеријална штета поред тачно одређених случајева који су прописани чланом 200. ЗОО, а односе се на претрпљене физичке болове, претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, за смрт блиског лица, као и за страх, накнада нематеријалне штете може потраживати и досудити и у другим случајевима који се подводе под појам повреде слободе и права личности, који се широко тумачи.

Укључивањем појма права личности у законе и њиховом адекватном заштитом стварају се услови за превентивно деловање које ће за резултат имати мањи број повреда права, самим тим и мањи број поступака за накнаду штете која је настала поводом повреде права. Као последицу тога

имаћемо мању количину ресурса које ће се трошити у овој области што доводи до повећања благостања појединца али и друштва као целине.

Неопходно је схватити значај адекватне заштите људских права и слобода и ефеката те заштите у смислу стварања осећаја сигурности и безбедности, као и економског ефекта који штета, њена накнада али и заштита права имају на друштво као целину, те у том смислу превентивно деловати. Судови, односно судије морају бити свесни индивидуалног и друштвеног значаја учињених повреда права и одлука донетих у циљу њихове заштите.

ЗАКЉУЧАК

Природа нематеријалне штете и њен субјективни карактер отежавају утврђивање висине њене правичне накнаде. Поред дуге историје питање накнаде нематеријалне штете и данас изазива спорења о томе да ли новац може да надокнади штету на личним добрима човека или не може. Накнада нематеријалне штете може се остварити натуралном реституцијом, али се за велики број повреда права личности као облик накнаде нематеријалне штете појављује новчана накнада. Новчана накнада не представља цену повређеног добра, већ сатисфакцију којом се лицу које трпи штету ствара одређена пријатност након непријатности коју је доживео. Закон о облигационим односима признаје нематеријалну штету у бројним облицима, за чију је накнаду неопходно да болови и патње које се трпе буду јачег интензитета и да дуже трају. ЗОО такође признаје и право накнаде будуће штете.

Штета као и поступци њене накнаде апсорбују значајне ресурсе. Из тог разлога је неопходно стварати постицаје како би се штетник, али и оштећени понашали у складу са стандардом „разумног“ човека. Стране у спору треба информисати и упознати са алтернативним начинима решавања спора, како би парницу као поступак накнаде користили као крајњу опцију.

Danijela PETROVIĆ

Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

FORMS AND COMPENSATION OF NON-PECUNIARY DAMAGE

Summary

The nature of non-pecuniary damage and its subjective character make it difficult to determine the amount of its just compensation. In addition to a long history, the issue of non-pecuniary damage still causes controversy in a sense whether the money can compensate personal assets or not. The reimbursement of non-pecuniary damage can be effected by a natural restitution, but for a large number of violations of personal rights as a form of compensation for non-pecuniary damage, occurs monetary compensation. Monetary compensation doesn't represent the price of the property violation, it represents satisfaction with which creates a certain comfort for a person who suffers an inconvenience with experienced violation (or harm). The Law on Obligations affirms the non-pecuniary damage in numerous forms, for which it is necessary that the pain and suffering have stronger intensity and that they last longer. The Law on Obligations also recognizes the right to compensation for future damages.

Damage as well as the procedures for its compensation absorbs significant resources. For this reason, it is necessary to create incentives in order to direct a person who inflict the damage and a victim of the damage, to behave in accordance with the standard of "reasonable" man. The parties to the dispute (litigants) should be informed and acquainted with alternative means of resolving the dispute, in order to use the litigation as a final option.

Keywords: *non-pecuniary damage, physical pain, mental pain, compensation damage, welfare.*

ЛИТЕРАТУРА

Бабић Илија, *Нематеријална штета и њена накнада*, Право и политика, Универзитет Сингидунум, Београд, 2008;

Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, *Облигационо право*, 4. издање, Научна књига, Београд, 1986;

Јовановић Александра, *Теоријске основе економске анализе права*, Београд, 2008, Правни факултет Универзитета у Београду;

Марковић Б. Милан, Лишење слободе у условима ванредног стања као правни основ накнаде нематеријалне штете (са праксом Европског суда

за људска права) у *Зборнику Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања*, Будва, 2004;

Мојашевић Александар, *Економска анализа накнаде штете, магистарска теза*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009;

Перовић Слободан, Стојановић Драгољуб, *Коментар закона о облигационим односима*, Правни факултет Крагујевац, Културни центар Горњи Милановац, 1980;

Петровић Здравко, Петровић Мрвић Наташа, *Накнада нематеријалне штете*, Београд, Службени гласник, 2012;

Трифуновић Предраг, *Правична новчана накнада нематеријалне штете*, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2003, Београд; Закључак са саветовања грађанских и грађанскоправних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2008;

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

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;

Закон о изменама и допунама Закона о кривичном поступку, „Службени лист СФРЈ“, бр. 54/70.

Закон о кривичном поступку чл. 588-591. Службени лист РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

КРИВИЧНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Владимир В. ВЕКОВИЋ*

343.93/.95:343.6

ЛИЧНОСТ ИЗВРШИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТА И ТЕЛА

Апстракт: Својства личности извршиоца индивидуализују свако извршено кривично дело против живота и тела, па стога њихово проучавање доприноси потпунијем сагледавању индивидуалних случајева криминалног понашања, нарочито осветљавању субјективне етиологије. Поред тога, свестрано упознавање личности извршиоца кривичног дела, како у процесу његовог формирања у делинквентну личност (негативна социјализација или „криминализација“), тако и у време извршења дела („ситуација дела“), омогућава разумевање механизма деловања друштвених утицаја, који своје дејство на понашање појединца никад не остварују директно, већ посредством и на основу личних својстава. Дакле, правилно сагледавање етиолошког значаја особина личности у настајању кривичних дела против живота и тела могуће је само уколико се има у виду друштвена суштина личности сваког човека, па и извршиоца кривичног дела.

Човек и друштво се међусобно прожимају и колико год постојање друштва подразумева људе који га творе, тако је и човек нераскидиво повезан са друштвом у којем се репродукује, али и у чијем репродуковању активно учествује. Расправљати о човеку значи расправљати о друштву, друштвеним односима и структури, као и о њиховом утицају на човека. С друге стране, друштво се не може у потпуности сагледати без познавања човека, који је истовремено дело и носилац друштвених односа, „њихова индивидуализована свеукупност.“ Кривично дело као екстремно негативна манифестација поремећаја те везе је пут до личности извршиоца, али и појава која осликава само друштво, јер је у питању начин на који човек реагује на проблеме који нису искључиво његови, и пошто иза тог чина стоје бројни друштвени подстицаји.

Кључне речи: личност, извршилац, кривична дела против живота и тела, друштво, социјализација.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, vladimir.vekovic@pr.ac.rs.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Кривична дела против живота и тела¹ у свом елементарном виду испољавају се преко конкретних облика понашања појединаца којим се повређује или угрожава туђи живот, односно тело. Као индивидуална појава, ова кривична дела имају сва обележја људског понашања које је одређено сложеним, међусобно испреплетеним и динамичким деловањем личних – наслеђених и стечених, и спољних – природних и друштвених фактора, при чему овим последњим припада одлучујућа улога. У криминологији доминира став да се личност делинквента формира под дејством друштвених утицаја и услова конкретне животне ситуације. Садржина његових животних манифестација одређена је у првом реду друштвено и зависи од услова социјализације и друштвеног развоја, па су стога психолошке реакције, мотивација и други процеси и својства личности, као субјективни „извор“ делинквентног понашања, првенствено условљени друштвеним чиниоцима и утицајима.² Наравно, то не значи да се приликом етиолошког објашњења ових кривичних дела, утицај који наслеђени и стечени фактори остварују у обликовању човековог понашања сме занемарити. Извршилац и његово дело су међусобно тесно повезани, па се морају и повезано сагледавати. Свако конкретно кривично дело против живота и тела је специфично (не постоје два идентична убиства или две у потпуности истоветне тешке телесне повреде), не само по својим манифестацијама и наступелим последицама, већ, исто тако, и с обзиром на личност извршиоца. Прецизније, својства личности извршиоца индивидуализују свако извршено кривично дело против живота и тела, па стога њихово проучавање доприноси потпунијем сагледавању индивидуалних случајева криминалног понашања, нарочито осветљавању субјективне етиологије.³

Свестрано упознавање личности извршиоца кривичног дела, како у процесу његовог формирања у делинквентну личност (негативна социјализација или „криминализација“), тако и у време извршења дела („ситуација дела“), омогућава разумевање механизма деловања друштвених утицаја, који своје дејство на понашање појединца никад не остварују директно, већ посредством и на основу личних својстава; дакле, личност је призма кроз коју се преламају основни, крајњи узроци криминалног понашања, и управо због тога незаменљива карика у каузалном ланцу.

¹ Кривични законик, Глава тринаеста Кривична дела против живота и тела (чл. 113-127), *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – исправка, 107/05 – исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

² Милан Милутиновић, Основне тенденције у савременој криминологији, *ЈРКК*, бр. 3/73, 355.

³ Милан Милутиновић, *Криминологија*, Београд, 1985, 391.

Пошто учинак друштвених утицаја у значајној мери зависи од биопсихолошке структуре личности која им је изложена, сваки покушај објашњења који не узима у обзир могућност да у идентичним или приближно истим друштвеним условима живота, људи због различитих карактеристика личности различито делују – нпр. вршењем или невршењем кривичних дела против живота и тела, представља грубу симплификацију ове проблематике.⁴ Такође, проучавање личности извршиоца кривичног дела је основна претпоставка и за правилно решавање питања кривичне одговорности и остваривање начела индивидуализације кривичне санкције, не само приликом њеног изрицања, већ и у фази примене третмана и ресоцијализације.⁵ Све то недвосмислено указује да је целовито и суштинско сагледавање ове изузетно сложене проблематике могуће тек на основу дијалектичке криминолошке синтезе резултата истраживања индивидуалних случајева криминалног понашања, тј. личности извршиоца кривичног дела, и криминалитета против живота и тела као посебне друштвене појаве која законито настаје из одређених материјалних и социо-културних услова живота датог друштва.

1. ПОЈАМ И СТРУКТУРА ЛИЧНОСТИ

Личност извршиоца кривичног дела једно је од централних подручја интересовања криминологије⁶ (као и сродних научних дисциплина, судске и пенитенцијарне праксе); историјска ретроспектива указује да после Ћ. Ломброза, извршилац више није у сенци дела, већ се проучава упоредо и повезано с њим. Код кривичних дела против живота и тела, личност

⁴ Очигледно је да пуно научно објашњење ове проблематике није могуће без проучавања индивидуалних својстава личности. Тако нпр. Г. Кајзер истиче да „разлике личне природе често морају да објасне чињеницу зашто се неко прикључио групи са девијантним нормама, а други не“, док М. Звонаревић указује да „узроци због којих је Марко постао криминалац, а његов брат-близанац Жарко није, јесу у првом реду у њиховим индивидуалним карактеристикама, у оном специфичном сплету околности преко којих се комплексне друштвене законитости манифестују у животним судбинама појединих људи.“ Гинтер Кајзер, *Криминологија – вовед во основите*, Скопје, 1996, 216; Младен Звонаревић, *Сocijalna psihologija*, Zagreb, 1985, 653.

⁵ Потреба за детаљним сагледавањем личности извршилаца кривичних дела са елементима насиља (у која спадају и кривична дела против живота и тела) знатно је већа него код осталих извршилаца, и то из два разлога: а) насиље испољено приликом извршења неког од ових кривичних дела недвосмислен је симптом лоше прилагођености друштву и б) природа њиховог насиља стоји у важном узајамном односу са методама које ће се применити у процесу ресоцијализације, тј. одвраћања од насиља. Вид. Ханс Тох, *Насилници – један вид испитивања психологије насиља*, Београд, 1978, 300.

⁶ Вид. Hans Eysenck, Теорија личности и проблем криминалитета, у: Ђорђе Игњатовић, *Теорије у криминологији*, Београд, 2009, 208-220.

извршилаца игра важну, можда чак и већу улогу него код других видова криминалног понашања: наиме, значајан део друштвене опасности ових кривичних дела извире из личности извршилаца. Све то указује на потребу одређивања појма личности и сагледавања њених најбитнијих структуралних елемената.

Појам личности није специфичан, за потребе криминологије створен *terminus techniques*, већ је преузет из психологије која се најсвестраније и најпотпуније бави проучавањем личности. Међутим, уколико поставимо питање шта психолози подразумевају под личношћу, долазимо на несигуран терен, јер су они у процесу изучавања и изграђивања појма личности, усвојили збуњујуће различите приступе, што је резултирало и подједнако збуњујућим богатством дефиниција овог појма.⁷ Нажалост, квантитет није изнедрио очекивани квалитет, пошто ниједан досадашњи покушај бављења личношћу као целовитим системом и свим њеним битним аспектима није у потпуности задовољио критеријум логичке и научне конзистентности.⁸ Недостатак кохерентног теоријског полазишта резултирао је дефиницијама које, иако претендују на свеобухватно објашњење личности, успевају да захвате само њене поједине сегменте.

Када је реч о најчешће коришћеним дефиницијама, све оне, иако се међу собом значајно разликују у погледу придавања важности појединим аспектима личности, наглашавају: а) јединство или интегритет (личност се не посматра кроз поједине изоловане психичке процесе и особине, већ као целина у чијој структури постоји међусобна динамичка повезаност); б) јединственост или особеност (свака индивидуа разликује се од друге по степену изражености појединих особина и начину њихове организације) и в) релативну доследност у понашању (слично понашање у сличним ситуацијама).⁹ Полазећи од тих карактеристика личности и дефиниција А. Пијерона, Х. Ајзенка и Г. В. Олпорта, Н. Рот дефинише личност „као јединствену организацију особина која се формира узајамним деловањем јединке и средине и одређује општи, за појединца карактеристичан начин понашања.“¹⁰ Поред тога што указује на значајну улогу друштвених фактора, али и активности индивидуе у формирању личности, ова дефиниција чини нам се најприхватљивијом јер за структуралну основу личности узима особине (црте), тј. релативно трајне и за појединца карактеристичне начине реаговања у сличним ситуацијама; њима се означавају особености темперамента, карактера, способности (интелектуалних, психомоторних и

⁷ Дејвид Пек, Дејвид Витлоу, *Теорије личности*, Београд, 1978, 7.

⁸ Вид. Duane P. Schultz, Sydney Ellen Schultz, *Theories of Personality*, Boston, 2015.

⁹ Никола Рот, *Психологија личности*, Београд, 1963, 6.

¹⁰ Никола Рот, *Опита психологија*, Београд, 1990, 227.

сензорних), телесне конституције и динамичких црта (мотива, ставова, предрасуда, интереса итд.).

Данас постоји готово општи консензус да извршиоци кривичних дела, па и оних којим се повређује туђи живот, односно тело, нису посебан тип личности јер се код њих, изузев склоности и навика за криминално понашање, није могао уочити ниједан психички фактор који не постоји код неделинквентне популације, нити се може говорити о било каквим истоветним и специфичним психолошким карактеристикама личности извршиоца које неумитно воде у криминал. Сваки извршилац кривичног дела је индивидуа за себе која има мање или више погодну субјективну, тј. психолошку основу за криминално понашање. Другим речима, имајући у виду извесна лична обележја и психолошке карактеристике појединаца, може се говорити само о повољнијим условима, о већим могућностима и погодностима за вршење кривичних дела.¹¹ Да ли ће се те могућности заиста реализовати, тј. манифестовати преко кривичних дела против живота и тела зависи од саме личности, али и од карактера, интензитета и усмерености друштвених утицаја који најпре делују на свеукупни развој и формирање како позитивних, тако и негативних особина личности,¹² а потом и на конкретно испољавање одређених облика криминалног понашања. Човек не живи под стакленим звоном, већ перманентно изложен различитим друштвеним утицајима, који се постепено инкорпорирају у његову личност, постајући тако њен саставни део. Највећа вероватноћа да ће социјализација имати негативно исходиште постоји уколико се личност формира у друштву чија је структура и динамика озбиљно дезинтегрисана. Друштвена дезорганизација изазива индивидуалну дезорганизацију и генерише развој негативних особина личности, као услова који омогућавају и олакшавају деловање објективних криминогених фактора. Несумњиво, реч је о дијалектичком односу: индивидуална дезорганизација је последица и показатељ друштвене дезорганизације, али дезорганизована личност кроз различите облике социјално-патолошког понашања – па и вршењем кривичних дела против живота и тела, дакле у повратном дејству, даје свој пуни допринос интензивирању и продубљивању процеса друштвене дезорганизације. Све то указује да је правилно сагледавање етиолошког

¹¹ М. Милутиновић, *Криминологија*, *op. cit.*, 396.

¹² Разликовање позитивних и негативних особина личности заснива се на њиховом друштвеном значају. Код извршилаца кривичних дела нису развијене искључиво негативне, а код лица која се понашају на социјално прихватљив начин – само позитивне особине. Таква поједностављена црно-бела слика не одговара истини, јер код сваког човека постоје и једне и друге (међусобно динамички повезане) особине, али криминалце карактерише знатно виши степен развијености негативних него позитивних особина. Вид. Вукашин Пешић, *Криминологија*, Титоград, 1981, 240.

значаја особина личности у настајању кривичних дела против живота и тела могуће само ако се има у виду друштвена суштина личности сваког човека, па и извршиоца кривичног дела.

1.1. Темперамент и емоционалне особине

Свакодневно искуство и истраживања у психологији личности указују да је целокупно функционисање човека тесно повезано са његовим темпераментом, тј. брзином, учесталошћу и интензитетом реаговања уопште, посебно емоционалног реаговања. Иако приоритетно физиолошки детерминисан и генетски заснован, темперамент није апсолутно конзистентан: наима, он се може у извесним границама мењати како због неизбежних промена физиолошких основа, тако и услед општег развоја личности, пре свега њене социјализације.¹³

Психолошко проучавање темперамента кретало се у два методолошка правца: први је претежно синтетички и почива на појму типа темперамента, док је други аналитички и полази од особина темперамента. Најстарији типолошки приступ везује се за античког лекара Хипократа који је, у зависности од преовлађујуће телесне течности у организму (жута жуч, крв, слуз или црна жуч), разликовао четири врсте темперамента: а) колерички (карактеришу га јаке емоције, лако решавање на акцију, честа узбуђења, односно нагле и јаке реакције, због чега је склон сукобима са другим људима); б) сангвинички (манифестује се брзим и slabим реакцијама, краткотрајним и површним емоцијама, тако да лако мења расположење); в) флегматички (огледа се у ретким, спорим реакцијама, slabим емоцијама и тешкој покретљивости) и г) меланхолички (својствене су му ретке, споре али јаке реакције на оно што је у вези са његовом личношћу). С друге стране, факторска анализа (најпотпуније остварена у радовима П. Гилфорда), своди темперамент на 15 фактора или примарних особина сврстаних у три групе, које се односе на: а) понашање уопште, тј. начин одвијања животних активности (сампоузданост – несигурност, живост – тромост, импулсивност – промишљеност, уздржаност – необузданост, објективан однос – преосетљивост); б) карактеристично емоционално понашање (ведрина – потиштеност, емоционална зрелост – емоционална незрелост, хладнокрвност – нервоза, трајање расположења – нагло мењање расположења, уравнотеженост – егоцентричност) и в) понашање према другим људима (сигурност – плашљивост, самосталност – несамосталност, социјална иницијатива – пасивност, пријатељски однос – непријатељски однос,

¹³ Н. Рот, *Психологија личности, оп. cit.*, 55-56; Гордон В. Олпорт, *Склон и развој личности*, Бугојно, 1991, 31.

толеранција – критизерство). С тим у вези, криминолошка истраживања која полазе од Хипократове типологије указују да кривична дела против живота и тела најчешће врше колерици, потом меланхолици и сангвиници, а само изузетно флегматици,¹⁴ док студије утемељене на Гилфордовој факторској анализи особина темперамента наглашавају да код извршилаца ових кривичних дела доминирају: импулсивност, необузданост, преосетљивост, емоционална незрелост и егоцентричност.¹⁵

На људске поступке у значајној мери утичу и емоције (осећања) путем којих вреднују оно што интелектуалним процесима (опажањем, учењем и мишљењем) сазнају. У дефиницији емоција као „узбуђеног стања организма које се манифестује у облику емоционалног доживљаја, понашања и физиолошких промена у организму“¹⁶ садржана су три њихова битна и међусобно тесно повезана аспекта: а) доживљајни (субјективни доживљај је основни начин јављања емоција, а састоји се у доживљају пријатности или непријатности, затим у доживљајима о органским променама које настају при емоционалном реаговању и опажајима, представама или мислима уз које се емоције везују¹⁷); б) физиолошки (промене у кротоку и дисању, у раду појединих ендокриних жлезда и органа за варење, промене у тонуусу мишића и „психогалвански рефлекс“ или „галванска реакција коже“¹⁸) и в) аспект понашања (деловањем на интелектуалне и вољне процесе, емоције утичу мотивационо, тј. динамички на понашање човека¹⁹).

Емоционални развој је наследно утемељен, али је формирање дефинитивне емоционалне конституције човека незамисливо без утицаја процеса социјализације у чијој се основи налазе различити облици учења. Богатство и сложеност емоционалног живота пружају могућност бројних класификација емоција, али је уобичајена подела на примарне емоције (страх, гнев, радост и жалост) и специфичне емоције, које се даље деле на: а) емоције усмерене на сопствену личност (осећање успеха и неуспеха, поноса и стида, кривице и кајања); б) емоције усмерене ка другим људима (осећање љубави, љубоморе, зависти, мржње, сажаљења, презира итд.); в) емоције везане за чулно доживљавање (емоција која се јавља уз осет бола нпр.); г) сложене емоције – сентименте (осећање части, лојалност, патриотизам и сл.) и д) емоционална стања (афекти, расположења и страсти). Код кривичних дела против живота и тела, емоције играју знатно већу улогу него код других

¹⁴ Вид. Вукашин Пешић, *Убиства у Југославији*, Београд, 1972, 86; Шпиро С. Вуковић, *Крвни деликти у Србији*, Зајечар-Београд, 1985, 140-141.

¹⁵ Вид. Зоран Сулејманов, *Убиства во Македонија*, Скопје, 1990, 328.

¹⁶ Дејвид Креч, Ричард С. Крачфилд, *Елементи психологије*, Београд, 1969, 237.

¹⁷ Вид. Н. Рот, *Опита психологија*, *op. cit.*, 171.

¹⁸ Вид. Роберт С. Вудворд, *Експериментална психологија*, Београд, 1964, 232-267.

¹⁹ Вид. В. Пешић, *Криминологија*, *op. cit.*, 219.

видова криминалног понашања, што је и сасвим разумљиво пошто се њиховим извршењем повређује или угрожава највећа лична и друштвена вредност за коју су везане најразноврсније емоције. Резултати бројних емпиријских истраживања указују да најјачи мотивациони ефекат, самостално или у садејству, остварују: а) страх; б) љубомора; в) мржња и г) афекти, којима се и посвећује највише пажње.

Афект је краткотрајно и интензивно стање сужене свести, смањене способности критичког расуђивања и реаговања, праћено споља видљивим телесним манифестацијама. Уважавајући чињеницу да извршиоци често делују у афективном стању,²⁰ законодавац је предвидео низ привилегованих кривичних дела против живота и тела. Утицај афекта, али и других емоција на целокупно, па и криминално понашање, нарочито је изражен код емоционално незрелих особа, које карактерише низак праг толеранције на фрустрацију и неспособност одлагања, контроле и управљања емоционалним понашањем. Због изостанка реалне процене конкретне животне ситуације, код ових личности, уместо рационалног, увек иде емоционално, несврисходно делање, тј. „насилно и грубо решење префињеног проблема – баш као када часовничар изгуби стрпљење са сатом који треба да поправи па га удари чекићем.“²¹ Није, дакле уопште спорно да емоционална незрелост представља значајну диспозициону основу криминалног понашања.

Изложени подаци указују да се темпераменту и емоционалним особинама извршилаца мора поклонити адекватна пажња приликом проучавања кривичних дела против живота и тела као индивидуалне појаве. Особине колеричког, меланхоличког и сангвиничког темперамента несумњиво представљају погоднију, а особине флегматичког темперамента мање повољну субјективну основу за вршење ових кривичних дела. Међутим, чињеница да понашање човека, па и оно којим се повређује или угрожава туђи живот, односно тело, не зависи само од темперамента, већ од интегралног утицаја многих (са темпераментом тесно повезаних) особина личности и срединских, пре свега друштвених фактора, упућује на закључак

²⁰ Тако је нпр. Б. Капамација на основу анализе 130 убистава и покушаја убиства вештачених на Институту за неурологију, психијатрију и ментално здравље Медицинског факултета у Новом Саду установио да је њих 96 или 73,85% представљало претежно афективно импулсивну радњу. А. Лакић је, пак утврдила да је од 348 извршилаца кривичног дела убиства вештачених на Неуропсихијатријској клиници у Београду, у периоду од 1960-1975. године, њих 212 (60,92%) дело извршило у афекту. Вид. Борислав Капамација, *Убиство – психопатологија и судска психијатрија*, Нови Сад, 1981, 179; Анета Лакић, Неке психичке карактеристике извршилаца кривичног дела убиства, *ЈРКК*, бр. 3/77, 139.

²¹ Колин Вилсон, *Психологија убиства*, Ниш, 1990, 77.

да се његов етиолошки значај не сме сагледавати изоловано, тј. ван целине којој припада.

1.2. Карактер

У психологији личности не постоји јединствена и општеприхваћена дефиниција карактера, већ бројна, међусобно често супротстављена одређења овог појма. Сталност коришћених појмова и јасност излагања као неопходне претпоставке споразумевања у теорији и уједначености на практичном плану, овом приликом очигледно нису остварене. Пошто се бавимо улогом карактера у криминалном понашању, најприхватљивијим нам се чини схватање да карактер представља интегрисани систем вољних и моралних особина којима се означава релативно доследан начин поступања индивидуе у остваривању прихватљивих, али и неприхватљивих циљева.²² Самокритичност – несамокритичност, скромност – охолост, стидљивост – бестидност, алтруизам – егоизам, хетероцентричност – егоцентричност, комуникативност – повученост, искреност – неискреност, правичност – пристрасност, храброст – плашљивост, марљивост – лењост, само су неке од карактерних особина које се манифестују у односу човека према: а) самом себи; б) другим људима из његовог окружења; в) раду и обавезама које из њега произилазе и г) природи, уметности и култури.²³ Карактер није хередитарна и непроменљива особина; он се уобличава у процесу социјализације личности, под доминантним утицајем друштвених услова у којима појединац живи и дела.²⁴

Карактерне особине традиционално се деле на позитивне и негативне: прве усмеравају човека на друштвено прихватљиво понашање, уважавање моралних принципа и социјалних вредности, чиме делују превентивно у односу на вршење кривичних дела, док негативна својства карактера у садејству са другим криминогеним факторима условљавају криминално понашање. Криминолошка истраживања посебно акцентују примитивизам, егоизам, егоцентричност и агресивност као најчешће негативне карактерне особине извршилаца кривичних дела против живота и тела.

Примитивизам је заједничко обележје највећег броја извршилаца ових кривичних дела; по правилу, формира се у економски и културно заосталим срединама и погодује развоју других негативних особина карактера. Анахронизам, тј. заостајање за културним, односно

²² Никола Рот, Славољуб Радоњић, *Психологија*, Београд, 1988, 131.

²³ Душан М. Јевтић, *Судска психопатологија*, Београд-Загреб, 1966, 133.

²⁴ Ј. В. Гете је улогу социјалног миљеа у моделирању карактера описао следећим речима: „Талент се обликује у тишини, карактер у бујици свијета.“ *Velika epohina enciklopedija aforizama* (redakcija Vladimir Brodnjak et al.), Zagreb, 1968, 222.

цивилизацијским временом и његовим вредносним координатама као битна карактеристика примитиваца,²⁵ најтрагичније се испољава управо код кривичних дела против живота и тела: преокупирани уским кругом претежно лично обојених потреба, интереса и циљева, они потпуно занемарују доминантном културом устројен хијерархијски систем вредности, по којем се са човековим животом и телесним интегритетом не могу упоређивати никакве друге вредности. Став примитиваца према свету је изразито субјективан и ирационалан, пошто индивидуалне и друштвене вредности рангирају искључиво према емоцијама које оне изазивају у њиховој свести. Вредносна инверзија и закржљала способност поређења резултирају персистентним сукобом између сопственог и туђег (тј. општеприхваћеног) вредносног система и спремношћу ових лица да реагују неадекватно и несразмерно поводу, често вршећи и кривична дела против живота и тела.²⁶

Извршиоцима ових кривичних дела својствен је и егоизам (солипсизам) или неспособност за уважавање другог. Користољубље, љубомора, нетрпељивост, охолост и осветољубивост су основни појавни облици општег моралног става егоисте да свом, макар и незнатном интересу подреди туђе, објективно знатно веће вредности и интересе.²⁷ Животни кредо егоисте крајње је једноставан: прихватљиво је све оно што иде у корист сопствене добробити, чак и ако се манифестује у безобзирној форми и проузрокује штету другима.

У тесној вези са егоизмом је и егоцентричност (егоцентризам), тј. склоност ових лица да све процењују на основу сопствених мерила, уз недвосмислено изражен отпор да узму у обзир и туђе критеријуме. Вођени илузорним поистовећивањем света са својом представом о њему, егоцентрици нису у стању да се преместе из своје тачке виђења проблема и замисле како он изгледа са аспекта другог актера интерперсоналног односа, због чега се и сукобљавају са њим. Недостатак емпатије и егоцентричност одраслог човека указују на присуство регресије у његовом развоју, јер се ове особине природно јављају у раном детињству и, по правилу, ишчежавају на узрасту поласка у школу (6-7 година).²⁸

²⁵ Милош Илић, *Културеме*, Београд, 1989, 158.

²⁶ За разлику од њих, друштвено прилагођене личности ће, свесне да је насиље примитивно, у потенцијално експлозивним ситуацијама (у којим ће се током живота неминовно наћи) пружити отпор преурањеном прихватању насиља као формуле за егзистенцију. Вид. Х. Тох, *Насилници – један вид испитивања психологије насиља*, *op. cit.*, 260.

²⁷ Милан Кангрга, Морал, у: *Енциклопедија политичке културе* (главни редактор Милан Матић), Београд, 1993, 702.

²⁸ Драган Крстић, *Психолошки речник*, Београд, 1991, 125.

Коначно, заједничка карактеристика извршилаца кривичних дела против живота и тела је и агресивност, која се састоји у склоности да прибегну агесији, тј. нападну живот, односно телесни интегритет лица која их ометају или спречавају у остварењу одређених циљева. Ова, очигледно малигна агресивност не може се нијансирати, али је извесна градација, ипак могућа: степен испољавања свакако није исти код лаке телесне повреде и нпр. вишеструког убиства. У којој мери ће се агресивност манифестовати, у сваком конкретном случају зависи од нивоа њене развијености, али и од важности коју извршилац придаје интересима, мотивима и циљевима којима се управља у свом понашању. Бројна емпиријска сведочанства указују да је високо развијена агресивност последица одрастања у средини која погодује формирању те негативне карактерне особине. Наиме, услови социјализације у културно заосталим, претежно руралним подручјима (из којих потиче највећи број ових лица), перманентно посредно и непосредно афирмишу агресивност. Та високо развијена агресивна компонента најчешће није инхибирана, не наилази на никакав отпор свести о вредностима, или је он, због већ споменуте вредносне инверзије, сасвим слаб, тако да је готово извесно да ће у околностима које провоцирају и поткрепљују извршење кривичних дела против живота и тела, до њих заиста и доћи. Временом, насиље прераста у навик, јер ове особе увиђају да своје (у међувремену, геометријском прогресијом) нарасле потребе могу најлакше задовољити поновним актом агесије. У свакој новој ситуацији, они виде елементе прошлих сукоба у којима су прибегли насиљу, те почињу да реагују рутински.²⁹ Свакако да је та рутинска склоност један од разлога високе заступљености рецидивиста међу извршиоцима ових кривичних дела.

Иако појединачно презентиране, изложене, али и друге негативне карактерне особине су међусобно тесно испреплетане и најчешће кумулиране у личности извршиоца, чиме се њихов криминогени ефекат значајно увећава.

1.3. Интелигенција

Као једна од најважнијих способности, интелигенција остварује снажан утицај на све људске активности. Иако је значење појма интелигенције на први поглед много јасније него значење неких других појмова психолошке природе, јединствене дефиниције интелигенције још увек нема. Шта више, постоји преко 50 различитих дефиниција³⁰ које се међусобно не искључују, већ допуњују (указујући на различите садржаје у

²⁹ Х. Тох, *Насилници – један вид испитивања психологије насиља*, *op. cit.*, 257.

³⁰ О најчешће коришћеним дефиницијама интелигенције вид. Јован Букелић, *Социјална психијатрија*, Београд, 2004, 74.

којима је она ангажована), а заједничке су им две битне компоненте: постојање проблема и његово успешно решавање.³¹ Другим речима, увиђање или схватање битних и важних односа је најопштија особина интелигенције.

Способност увиђања тих односа приоритетно детерминишу три фактора: а) наслеђене диспозиције; б) материјални и социо-културни услови живота (нарочито у првим годинама) и в) активност саме индивидуе. Први фактор одређује могући опсег (минимум и максимум) развоја интелигенције, док од другог и трећег зависи до које мере ће се она развити у том могућем опсегу. Интелигенција није код свих људи иста; напротив, међу њима постоје разлике у степену, тј. количнику интелигенције (IQ).³²

Веза између интелектуалног функционисања и криминалног понашања перманентно је заокупљала пажњу криминолога, а то чини и данас. У почетку, ниска интелигенција наивно је проглашавана за основни криминогени фактор.³³ Међутим, здраворазумска претпоставка о глупости из које произилази немогућност да се научи шта је дозвољено друштвено понашање, а шта не, убрзо је одбачена због недостатка емпиријске подршке. Основне норме некриминалног понашања углавном су врло јасне: састављене од само две речи, Божије заповести „Не убиј“ и „Не кради“ не пружају могућност произвољног тумачења, тако да их могу разумети сви или готово сви људи.³⁴ Да је реч о артифицијелном, научно неодрживом схватању указује и податак да законске, али и друге норме понашања, често не прихватају и особе изразитих интелектуалних способности, не зато што их не схватају, него због неких особина личности (нпр. неконформизам и неауторитарност), које по правилу, прате овакве способности. Каснија истраживања остварена применом савршенијег инструментаријума за мерење интелигенције, показала су да извршиоци кривичних дела на већини тестова постижу резултате исте или сличне резултатима некриминалне популације, што је довело до, исто тако неприхватљивог елиминисања интелигенције као криминогеног фактора.

Превазилажење искључивости двеју наведених концепција могуће је остварити уколико се однос интелигенције и криминалитета диференцира с обзиром на врсту кривичног дела. Криминолошка истраживања недвосмислено указују да међу варалицама, криминалцима „белог оковратника“ и организаторима злочиначких удружења, дакле тамо где се

³¹ Вид. Milan Bosanac, *Inteligencija*, у: *Rječnik sociologije i socijalne psihologije* (glavni urednik M. Bosanac), Zagreb, 1977, 245.

³² Вид. Nicholas J. Mackintosh, *IQ and Human Intelligence*, Oxford, 2011; Earl Hunt, *Human Intelligence*, Cambridge, 2010.

³³ Вид. Henry Goddard, Слабоумност као узрок злочина, у: Ђорђе Игњатовић, *Теорије у криминологији, op. cit.*, 201-207.

³⁴ Изузетак представљају ментално ретардирана лица.

„подразумева“ већа умешност, сналажљивост, брижљива и дуготрајна припрема, а корист која се жели остварити није временски повезана са вршењем дела, преовлађују лица са високим IQ,³⁵ док лица са интелектуалним нивоом испод просека најчешће врше кривична дела против живота и тела и кривична дела против полне слободе.³⁶ Наравно, није реч о пуком аутоматизму, већ о томе да нижа интелигенција особама које су већ изложене бројним објективним и субјективним криминогеним факторима отежава адекватну процену проблематичних ситуација, увиђање битних односа и веза, као и уподобљавање понашања друштвено прихватљивим формама. У таквим околностима, агресивно понашање намеће се као прихватљивија солуција од конструктивног решавања сложених интерперсоналних проблема, што захтева духовни напор за који оне нису способне.³⁷

Очигледно, исподпросечна интелигенција није доминирајући, а још мање једини фактор криминалног понашања, па свако пренаглашавање њеног утицаја резултира дубиозним закључцима. Она је један од могућих услова који доприносе или омогућавају такво понашање, и само изузетно може имати пресудан значај; никада не делује изоловано, већ повезано са другим криминогеним факторима, стварајући на тај начин бројна садејства, од којих свако може значајно допринети извршењу ових кривичних дела:

³⁵ Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Београд, 2008, 106.

³⁶ О интелектуалном нивоу извршилаца ових кривичних дела вид. В. Пешић, *Убивства у Југославији*, *op. cit.*, 83-85; Ш. С. Вуковић, *Крвни деликти у Србији*, *op. cit.*, 136-137; З. Сулејманов, *Убивства во Македонија*, *op. cit.*, 319-320; Слободанка Константиновић-Вилић, *Жене убице*, Ниш, 1986, 126-127; К. Вилсон, *Психологија убивства*, *op. cit.*, 123; Владимир В. Вековић, Улога и значај исподпросечних интелектуалних способности извршилаца у етиологији кривичних дела против живота и тела, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, бр. 1/2001, Врање, 166-173.

³⁷ Мудром човеку, како је још у II веку п. н. е. констатовао римски комедиограф Теренцијус, доликује да сукобе најпре покуша решити речима, а не оружјем. Ђ. Шушњић с правом примећује да између човека и човека зјапи понор који је могуће премостити једино разговором; прецизније, дијалогом и споразумевањем сваки насилни однос своди се у оквиру спора или сукоба са којим се може изаћи на крај без тежих последица. Нажалост, већину извршилаца кривичних дела против живота и тела карактерише недовољно развијена вербална и социјална интелигенција. Дефицит вештине комуницирања, тј. ограничени репертоар интерперсоналних стратегија спречава их да потенцијално конфликтне ситуације превазиђу ненасилним путем – нпр. разложним разговором, убеђивањем или шалом; уместо тога, они најчешће очајнички и махнито прибегавају повређивању или угрожавању туђег живота, односно тела. Вид. Ante Romac, *Minerva – Florilegium sententiarum Latinarum/Florilegij latinskih izreka*, Zagreb, 1988, 53; Ђуро Шушњић, Дијалог, у: *Енциклопедија политичке културе* (главни редактор Милан Матић), *op. cit.*, 234. и 237; Х. Тох, *Насилници –један вид испитивања психологије насиља*, *op. cit.*, 214-219.

тако је нпр. знатно већа вероватноћа да ће нижа интелигенција у „комбинацији“ са импулсивношћу, емоционалном незрелошћу и снажно развијеном агресивношћу пре условити извршење кривичних дела против живота и тела, него интелигенција нижа од просечне, праћена позитивним особинама личности.

1.4. Покретачке снаге личности

Целовито сагледавање личности извршилаца кривичних дела против живота и тела неизбежно мора да инкорпорира и снаге које их покрећу на ту друштвено неприхватљиву активност. Мотиви, ставови, предрасуде, интереси и друге динамичке црте личности су круцијални критеријуми који омогућавају јасно разликовање појединаца, јер је богатство њиховог испољавања неизмерно.

У динамичкој психологији која објашњава узроке човековог понашања, мотив је један од централних појмова, и то првенствено из практичних разлога: наиме, пружити одговор на питање „зашто“, значи објаснити понашање, чиме се отварају могућности предвиђања и спречавања кривичних дела, односно њихових штетних последица. Не упуштајући се у детаљније разматрање различитих дефиниција мотива, најприхватљивијим сматрамо схватање по којем је мотив „све оно што човјека изнутра потиче на активност, затим што ту активност усмјерава, надаље, што ту активност одржава и, коначно, што ту активност обуставља.“³⁸ Дакле, реч је о свесној тенденцији ка остварењу одређеног циља, која не само што изазива и покреће, већ и усмерава човекову акцију, одређујући јој правац и интензитет дејства, па и начин манифестовања.

Мотиви нису оригинарне, већ деривативне природе: они извиру из потреба, ставова, интереса, емоционалних стања, друштвених обзира, конзервативних схватања, поступака других људи итд. Ипак, у психологији преовладава мишљење да најважнији извор мотивисаног понашања представљају потребе, тј. свесни однос човека према себи и свету који доживљај недостатка у свом биолошком или духовном бићу претвара у интенциону делатност, у деловање усмерено ка превазилажењу тог недостатка и стварању услова нужних за егзистенцију или развој његове личности.

Традиционално, мотиви се деле на: а) урођене (биолошке, физиолошке) – мотиви глади и жеђи, сексуални мотив, матерински мотив итд. и б) стечене (социјалне) – мотиви усмерени на обезбеђење личне егзистенције и афирмацију (мотиви борбености, агресивности, сигурности,

³⁸ Boris Sorokin, *Socijalna psihologija – I dio (Uvod u psihologiju)*, Zagreb, 1967, 40.

мотиви за стицањем, за признањем, личном афирмацијом, самоактуализацијом и постигнућем) и мотиви усмерени на повезаност са другим људима (грегарни мотив, мотив за афективном везаношћу, мотив зависности, афилијативни и алтруистички мотив).³⁹

Извори мотивисаног понашања трансформишу се у мотиве током мотивационог процеса који се одвија у четири фазе, при чему предходна увек детерминише наредну. То су: а) спољне или унутрашње одреднице конкретног акта понашања (повод, стимуланс, провокативна ситуација, виктимогено понашање жртве итд.); б) рефлектовање тих чињеница у свести извршиоца као могућих покретача (на основу социјалних потреба, система вредносних оријентација, ставова и емоционалних стања личности); в) њихова актуелизација као реалних побуда (у случају подударања са социјалним потребама личности и објективним могућностима ситуације) и г) формирање (на индивидуално-психолошком плану) мотива кривичног дела и психолошка припрема за његово извршење (избором мотива, циља и плана понашања).⁴⁰

Однос људских потреба и начина њиховог задовољавања представља један од кључних проблема не само антропологије и социологије, већ и криминологије. Криминологе интересује зашто се појединци између више могућих начина поступања, током мотивационог процеса одлучују да своје потребе задовоље на друштвено неприхватљив начин, у конкретном случају – извршењем кривичног дела против живота и тела. Одговор треба потражити у њиховим вредносним оријентацијама (друштвено условљеном систему односа човека према појавама и збивањима у друштвеној средини у којој живи⁴¹), ставовима (стеченим трајним системима позитивног или негативног оцењивања, осећања и делатних тенденција за или против у односу на различите објекте⁴²), предрасудама (логички неоснованим, емоционално обојеним и тешко променљивим ставовима⁴³) и интересима (тежњи да се редовно обраћа пажња и испољава активност у односу на одређене објекте и садржаје⁴⁴), који су у већој или мањој мери у несагласју

³⁹ Вид. Ј. Букелић, *Социјална психијатрија*, *op. cit.*, 88.

⁴⁰ Творац изложене структуре мотивационог процеса криминалног понашања је, уз једну допуну, В. Ја. Петелин. Наиме, он апострофира само спољне детерминанте конкретног акта понашања, док ми сматрамо да мотивисано понашање може бити детерминисано и унутрашњим (личним) факторима, па смо у том смислу извршили допуну прве фазе. Вид. В. Ја. Petelin, *Motivacija prijestupničkog ponašanja*, *Izbor*, br. 2/81, 240.

⁴¹ *Ibid.*, 236.

⁴² Дејвид Креч, Ричард С. Крачфилд, Игертон Л. Балаки, *Појединац у друштву*, Београд, 1972, 143.

⁴³ Н. Рот, *Основи социјалне психологије*, Београд, 1987, 381.

⁴⁴ Н. Рот, *Психологија личности*, *op. cit.*, 107-108.

са доминантном културом, чиме доприносе усмеравању понашања у правцу непоштовања кривичноправних и других норми.

Од наведених покретачких снага, посебан значај припада вредносним оријентацијама, као језгру личности које условљава одређено субјективно виђење и оцену стварности (прецизније, конкретних животних ситуација), и у складу с тим избор између социјално прихватљивог, неутралног или штетног понашања.⁴⁵ Дакле, усвојене вредности које су, као што смо већ истакли, дериват друштвених односа, служе као путокази за друштвену акцију.⁴⁶ Међутим, пошто су вредносне оријентације личности често контрадикторне, избор између више могућих начина поступања је, по правилу, праћен напорима у интелектуалној и емоционалној сфери. У таквим ситуацијама, током мотивационог процеса долази до конфликта две врсте мотива: позитивних (који одвраћају од криминалног понашања) и негативних (који теже задовољењу потребе извршењем кривичног дела против живота и тела). Крајњи исход је врло неизvestан и зависи од особина личности које структурирају личност, значаја који мотиви у конфликту имају за индивидуу, као и од утицаја ситуационих околности.

Због изразито негативних вредносних оријентација, код професионалних криминалаца и мултирецидивиста овај конфликт углавном изостаје: уместо њега, не ретко јавља се стицај више квалитативно сродних мотива, који покрећу на вршење кривичних дела. Реч је, дакле о полимотивисаном понашању (нпр. убиство извршено из користољубља, освете и увреде), при чему се један од њих – тзв. доминантни (превалентни) мотив, увек испољава јачим интензитетом од осталих (споредних, допунских); с тога је, у сваком конкретном случају неопходно установити какву је улогу – главну или споредну, сваки од мотива у стицају имао у мотивационом процесу који је претходио извршењу дела.

Према резултатима бројних криминолошких истраживања, доминантни мотиви из којих се најчешће врше ова кривична дела су: увреда, нетрпељивост, мржња, љубомора, освета, крвна освета, тешко нарушени брачни, партнерски, породични, сроднички, љубавни и суседски односи, нерешени имовинско-правни спорови, користољубље, обест итд.⁴⁷ Поред

⁴⁵ Вид. V. Ja. Petelin, *Motivacija prijestupničkog ponašanja*, *op. cit.*, 236.

⁴⁶ Натан В. Екермен, *Психодинамика породичног живота – дијагноза и лечење породичних односа*, Титоград, 1987, 359.

⁴⁷ Вид. В. Пешић, *Убиства у Југославији*, *op. cit.*, 102-115; Ш. С. Вуковић, *Крвни деликти у Србији*, *op. cit.*, 128-130; З. Сулејманов, *Убиствата во Македонија*, *op. cit.*, 134-172; Слободанка Константиновић-Вилић, *Жене убице*, *op. cit.*, 140-146; Владимир В. Вековић, Превалентни и допунски мотиви кривичних дела против живота и тела извршених на подручју Републике Србије, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, бр. 2/2001, Врање, 106-118.

тога што наводе на закључак да су актери (извршилац и жртва) кривичних дела против живота и тела, у највећем броју случајева били упућени једни на друге⁴⁸ (а познато је да интензивнији и емоционално обојени социјални контакти чешће резултирају конфликтима који се покушавају деструктивно разрешити неким од ових кривичних дела), набројани мотиви, такође указују да између потребе и кривичног дела извршеног у циљу његовог задовољења, по правилу, постоји значајна диспропорција. Част, углед, достојанство, имовина и имовински интереси су несумњиво значајне вредности, али се оне, ипак не могу изједначавати са човековим животом и телесним интегритетом. Међутим, овде није реч о објективном, већ субјективном одређењу тих мерила – са аспекта извршилаца дела (тј. социјалних група којима припадају), а у складу са њиховим (претежно утилитаристичко-хедонистичким) вредносним оријентацијама, ставовима и интересима, који су у колизији са доминантном културом. Другим речима, ове појединце, осим већ наведених негативних особина личности, карактерише и специфичан модел структуре потреба, тако да хијерархија потреба коју они сматрају једино релевантном, као и ефекти који настају због начина њиховог задовољавања, нису у сагласју са официјелним нормативним системом, чији битан елемент представља механизам вредновања различитих потреба.

Када је реч о криминолошкој анализи ових мотива, мишљења смо да је В. Ја. Петелин у праву када истиче да она „неминовно прераста у анализу друштвених потреба личности, а ова посљедња прелази у анализу њезиних вриједносних оријентација као фактора који стварају мотиве пријеступничког понашања. Тако постаје могуће открити и описати друштвену детерминираност пријеступничке дјелатности.“⁴⁹ Све то указује да се улога мотивације у генези криминалног понашања не може правилно сагледати ван друштвеног миљеа у којем се остварује процес социјализације личности извршиоца кривичног дела.

ДИСКУСИЈА И ЗАКЉУЧЦИ

Полазећи од дефиниције Н. Рота, личност извршиоца кривичног дела против живота и тела схватамо као одређену јединствену и посебну организацију особина темперамента, карактера, способности, телесне конституције и динамичких црта, тј. покретачких снага личности од којих зависи целокупна активност појединца и садржај његовог, у конкретном случају криминалног понашања којим је повређен или угрожен туђи живот,

⁴⁸ Ђорђе Игњатовић, Криминолошки аспект деликата насиља, у: *Деликти насиља – кривично-правни и криминолошки аспект*, Зборник радова (приредио Добривоје Радвановић), Београд, 2002, 266-267.

⁴⁹ V. Ja. Petelin, Motivacija prijestupničkog ponašanja, *op. cit.*, 238.

односно тело. Резултати већег броја респектабилних емпиријских истраживања личности извршилаца кривичних дела против живота и тела могу се сумирати у неколико следећих закључака:

– ова кривична дела првенствено врше лица колеричког, потом меланхоличког и сангвиничког темперамента, док је заступљеност флегматика готово симболична;

– битна својства ових лица су емоционална незрелост, низак праг толеранције на фрустрацију и склоност ка афективном, импулсивном и компулсивном понашању;

– примитивизам, егоизам, егоцентричност, неискреност, несавесност, лукавост, подмуклост, безобзирност, сугестибилност, уображеност и несамокритичност су њихове најчешће карактерне особине;

– ниво интелигенције (нарочито вербалне и социјалне) им је значајно нижи од интелектуалног нивоа просечне популације, и

– динамичке црте личности (вредносне оријентације, ставови, предрасуде и интереси) већине њих су у колизији са доминантном културом, због чега се између више могућих начина поступања, током мотивационог процеса одлучују да своје потребе задовоље извршењем кривичног дела против живота и тела. У складу с тим, значајна диспропорција која, по правилу, постоји између потребе као елемента мотивационог процеса, и кривичног дела извршеног у циљу њеног задовољења, представља манифестацију њихове спремности да нпр. имовинским интересима подреде, тј. жртвују туђи живот, односно телесни интегритет.

Наведене особине, степен њихове испољености, и посебно начин на који су структуриране, представљају повољнију психолошку основу за вршење кривичних дела против живота и тела. Реч је о својствима личности која погодују преласку на дело, тј. на која се криминално понашање лакше калемит.⁵⁰

Процес социјализације извршилаца кривичних дела против живота и тела се, како показују реконструкције њихових животних историја, у највећем броју случајева одвијао у крајње неповољним друштвеним условима. Непријатна, трауматична искуства доживљена у, по правилу, дезорганизованој (структурално и/или функционално поремећеној) породици порекла,⁵¹ нису током каснијих етапа подруштљавања компензована деловањем других агенаса социјализације – нпр. групе вршњака (*peer group*), школе, средстава масовних комуникација итд.; напротив, проблеми настали у раном детињству, мултипликовали су се и попримали све озбиљније форме

⁵⁰ М. Милутиновић, *Криминологија, op. cit.*, 397.

⁵¹ Вид. Владимир В. Вековић, Карактеристике ране породичне средине извршилаца кривичних дела против живота и тела, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, Косовска Митровица, 2002, 156-163.

током даљег развоја, нарочито у доба пубертета и адолесценције. С обзиром да је личност мера социјализације, можемо констатовати да је код већине ових извршилаца процес социјализације имао негативно исходиште, пошто је резултирао интелектуално, емоционално и социјално незрелим и отуђеним личностима, које потчињавање и доминацију претпостављају толерантним односима и сарадњи и, што је још важније, немају развијен осећај друштвене одговорности. Другачије речено, дезорганизовани услови живота резултирали су дезорганизованом личношћу.

Утицај друштвених фактора се, међутим не исцрпљује само у формирању личности; он такође долази до изражаја и у конкретnoj животnoj ситуацији у којој се личност налази у време извршења кривичног дела. Кривично дело је производ повезаног утицаја својстава личности и објективних ситуационих околности.⁵² То имплицира закључак да је приликом проучавања индивидуалних случајева криминалног понашања, неопходно сагледати и ситуационе факторе „који најчешће остварују додатно дејство довољно да већ формиране – латентне „склоности“ добију манифестни израз.“⁵³ Дакле, сагледавањем услова и утицаја којима је личност била изложена током свог развоја и формирања, и који су резултирали њеном негативном социјализацијом, сазнајемо зашто је конкретно, а не неко друго лице извршило одређено кривично дело против живота и тела, док нам анализа непосредних ситуационих фактора пружа објашњење зашто се тако уобличена личност одлучила да то кривично дело изврши у једном, а не у неком другом моменту.⁵⁴

Веза човек-друштво је, како се на основу свега изложеног може закључити, несумњива; ова два ентитета међусобно се прожимају и колико год постојање друштва подразумева људе који га творе, тако је и човек нераскидиво повезан са друштвом у којем се репродукује, али и у чијем репродуковању активно учествује. Расправљати о човеку значи расправљати о друштву, друштвеним односима и структури, као и о њиховом утицају на човека.⁵⁵ С друге стране, друштво се не може у целости сагледати без познавања човека, који је истовремено дело и носилац друштвених односа, „њихова индивидуализована свеукупност.“ Кривично дело као екстремно негативна манифестација поремећаја те везе је пут до личности извршиоца, али и појава која осликава само друштво, јер је у питању начин на који човек

⁵² М. Милутиновић, *Криминологија*, *op. cit.*, 316.

⁵³ Жарко Б. Јашовић, *Криминологија малолетничке делинквенције*, Београд, 1991, 228.

⁵⁴ М. Милутиновић, *Криминологија*, *op. cit.*, 319.

⁵⁵ Franjo Ваџић, *Опћи преглед на кривично-правну проблематику деликата насилја*, у: *Кривично правни и криминолошки аспекти деликата насилја*, Зборник радова, I свеска, Загреб, 1979, 37.

реагује на проблеме који нису само његови, и пошто иза тог чина стоје и друштвени подстицаји.⁵⁶

Vladimir V. VEKOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

PERSONALITY OF PERPETRATORS OF CRIMES
AGAINST LIFE AND BODY

Summary

The personalities of the perpetrator individualize each committed crime against life and body, and therefore their study contributes to a more complete examination of individual cases of criminal behavior, in particular the illumination of subjective etiology. In addition, a comprehensive introduction to the personality of the perpetrator of the criminal act, both in the process of its formation in a delinquent personality (negative socialization or "criminalization"), as well as at the time of execution of the crime, provides an understanding of the mechanisms of the functioning of social influences, they never exercise the behavior of the individual directly, but through and on the basis of personal characteristics. Therefore, properly considering the etiological significance of personality traits in the emergence of criminal acts against life and body is possible only if one takes into account the social essence of the personality of each person, and also perpetrator of the crime.

Man and society interact with one another and as long as society exists, it means people who create it, so man is inextricably linked with the society in which he is playing, but also in whose reproduction he actively participates. Discussing a person means discussing society, social relations and structure, as well as their impact on man. On the other hand, society cannot be fully seen without the knowledge of man, who at the same time is the deed and bearer of social relations, "their individualized universality". The criminal act as an extremely negative manifestation of the disorder of this relationship is the path to the personality of the perpetrator, but also the phenomenon that reflects only the society, because it is the way in which a person reacts to problems that are not his own, and since there are numerous social incentives behind this act.

Keywords: personality, perpetrator, crimes against life and body, society, socialization.

⁵⁶ *Ibid.*, 36.

ЛИТЕРАТУРА

Ваčić, F., Opći pregled na krivično-pravnu problematiku delikata nasilja, u: *Krivično pravni i kriminološki aspekti delikata nasilja*, Zbornik radova, I sveska, Zagreb, 1979.

Букелић, Ј., *Социјална психијатрија*, Београд, 2004.

Вековић, В. В., Карактеристике ране породичне средине извршилаца кривичних дела против живота и тела, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, Косовска Митровица, 2002.

Вековић, В. В., Преваљентни и допунски мотиви кривичних дела против живота и тела извршених на подручју Републике Србије, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, бр. 2/2001, Врање.

Вековић, В. В., Улога и значај исподпросечних интелектуалних способности извршилаца у етиологији кривичних дела против живота и тела, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, бр. 1/2001, Врање.

Velika erohina enciklopedija aforizama (redakcija Brodnjak, V. et al.), Zagreb, 1968.

Вилсон, К., *Психологија убиства*, Ниш, 1990.

Вудворд, Р. С., *Експериментална психологија*, Београд, 1964.

Вуковић, Ш. С., *Крвни деликти у Србији*, Зајечар-Београд, 1985.

Екермен, Н. В., *Психодинамика породичног живота – дијагноза и лечење породичних односа*, Титоград, 1987.

Енциклопедија политичке културе (главни редактор Матић, М.), Београд, 1993.

Звопаревић, М., *Сocijalna psihologija*, Zagreb, 1985.

Игњатовић, Ђ., *Криминологија*, Београд, 2008.

Игњатовић, Ђ., Криминолошки аспект деликата насиља, у: *Деликти насиља – кривично-правни и криминолошки аспект*, Зборник радова (приредио Радовановић, Д.), Београд, 2002.

Игњатовић, Ђ., *Теорије у криминологији*, Београд, 2009.

Илић, М., *Културеме*, Београд, 1989.

Јашовић, Ж. Б., *Криминологија малолетничке делинквенције*, Београд, 1991.

Јевтић, Д. М., *Судска психопатологија*, Београд-Загреб, 1966.

Кајзер, Г., *Криминологија – вовед во основите*, Скопје, 1996.

Капамација, Б., *Убиство - психопатологија и судска психијатрија*, Нови Сад, 1981.

Константиновић-Вилић, С., *Жене убице*, Ниш, 1986.

Креч, Д., Крачфилд, Р. С., *Елементи психологије*, Београд, 1969.

Креч, Д., Крачфилд, Р. С., Балаки, И. Л., *Појединац у друштву*, Београд, 1972.

- Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – исправка, 107/05 – исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.
- Крстић, Д., *Психолошки речник*, Београд, 1991.
- Лакић, А., Неке психичке карактеристике извршилаца кривичног дела убиства, *ЈПКК*, бр. 3/77.
- Mackintosh, N. J., *IQ and Human Intelligence*, Oxford, 2011.
- Милутиновић, М., *Криминологија*, Београд, 1985.
- Милутиновић, М., Основне тенденције у савременој криминологији, *ЈПКК*, бр. 3/73.
- Олпорт, Г. В., *Склон и развој личности*, Бугојно, 1991.
- Пек, Д., Витлоу, Д., *Теорије личности*, Београд, 1978.
- Petelin, Ja, V., Мотивација пријеступничког понашања, *Izbor*, бр. 2/81.
- Пешић, В., *Криминологија*, Титоград, 1981.
- Пешић, В., *Убиства у Југославији*, Београд, 1972.
- Rječnik sociologije i socijalne psihologije* (glavni urednik Bosanac, M.), Zagreb, 1977.
- Romas, A., *Minerva – Florilegium sententiarum Latinarum/Florilegij latinskih izreka*, Zagreb, 1988.
- Рот, Н., *Опита психологија*, Београд, 1990.
- Рот, Н., *Основи социјалне психологије*, Београд, 1987.
- Рот, Н., *Психологија личности*, Београд, 1963.
- Рот, Н., Радоњић, С., *Психологија*, Београд, 1988.
- Sorokin, V., *Socijalna psihologija - I dio (Uvod u psihologiju)*, Zagreb, 1967.
- Сулејманов, З., *Убиства во Македонија*, Скопје, 1990.
- Schultz, D. P., Schultz, S. E., *Theories of Personality*, Boston, 2015.
- Тох, Х., *Насилници - један вид испитивања психологије насиља*, Београд, 1978.
- Hunt, E., *Human Intelligence*, Cambridge, 2010.
- Castillo, H., *Personality Disorder (Temperament or Trauma?)*, London, 2003.
- Watson, D., *Mood and Temperament*, New York, 2000.

КРИВИЧНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ МАЛОЛЕТНИКА У СТАРОМ И СРЕДЊЕМ ВЕКУ

Апстракт: У раду се образлажу основна питања у вези са развојем положаја малолетника још од најстаријих дана. Другачији кривичноправни положај малолетника може се уочити у појединим приступима приликом кажњавања малолетника. Стога се водило рачуна о њиховом различитом степену душевног развоја и годинама живота. Старосно доба малолетника је код најстаријих народа имало важну улогу код одређивања њиховог положаја. И у то време правила се разлика између лица, која се по добу узраста сматрају децом и оних, која се могу сматрати одраслим тј. пунолетним лицима.

У историји кривичног права наилазимо на више података о специфичности старосног узраста у погледу кривичне одговорности и кажњивости. Кажњавање малолетних лица у том периоду је било присутно, али сврха казне није била ретрибуција, већ се више ишло ка задовољавању и давању појединих уступака породици оштећеног лица.

Кључне речи: кривичноправни положај, малолетник, кажњавање, старосно доба

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Посебан положај малолетника није резултат нових друштвених појава, већ тековина одређеног историјског развоја. Прве наговештаје посебног кривичноправног система препознајемо још у римском праву. Заправо, говори се о зачецима кривичноправног статуса који није био посебно одређен и изграђен, па његови основни елементи нису могли бити потпуно прилагођени природи и специфичностима личности малолетника. Кажњавање у склопу посебног статуса малолетника у овом периоду има за последицу нешто другачији приступ у начину кривичноправног реаговања у односу на пунолетна лица.

Изучавања о посебном статусу малолетника указују да се, тек са настанком првих кривичноправних школа, може говорити о статусу у правом смислу речи. У основи се, у идејама нових школа, заступају ставови

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, dragan.blagic@pr.ac.rs

другачијег приступа и кажњавања, који узимају у обзир, пре свега, личност малолетника и старосну границу. Регулисање многих кривичноправних питања на овај начин у малолетничком кривичном законодавству доводи до различитог приступа према малолетним лицима, истовремено поштујући њихов правилан развој личности.¹

Специфичности које се односе на личност малолетних лица и другачији друштвени приступ према њима, захтевају посебан кривичноправни положај малолетника. Скоро да данас нема државе која предвиђа јединствен кривичноправни систем за пунолетна и малолетна лица. У многим кривичноправним законодавствима малолетницима је одређена одговарајућа старосна категорија и према њима се примењују посебне кривичне санкције. У том смислу можемо рећи да кривичноправни положај малолетника обухвата више основних елемената који се најпре односе на кривичну одговорност, питање надлежног органа за вођење посебног поступка као и примена засебне кривичне санкције.²

Зачеци посебног кривичноправног статуса малолетника нису тековина новијег доба, већ је резултат дужег историјског развоја. Наиме, пре настанка римског права постоје наговештаји посебног кривичноправног положаја. У то време се правила незнатна разлика између малолетних и пунолетних лица и без обзира на ту чињеницу, ипак се указивало на њихов различит степен душевног развоја и године живота.

1. ОПШТА ИЗЛАГАЊА О КРИВИЧНОПРАВНОМ ПОЛОЖАЈУ МАЛОЛЕТНИКА

На самом почетку развитка кривичноправног положаја говорило се о блажем кажњавању малолетника у односу на пунолетна лица. Дакле, важила су посебна правила о примени и извршењу казне захваљујући принципу *malitia supplet aetatem* (злобност надомешћује недораслост). Према овом правилу малолетници могу бити кажњавани, али не за сва кривична дела. У том периоду према њима су се примењивале кривичне санкције као и према пунолетним лицима, али се приликом избора и висине казне узимао у обзир њихов *узраст*.³

¹ К. Laubenthal, Н. Baier, N. Nestler, *Jugendstrafrecht*, 2 Auflage, Würzburg, 2010, 1.

² Тако проф. Перић сматра да се у периоду који је претходио стварању нових школа, *положај (статус)* се најчешће сводио на блаже кажњавање, тј. на посебна правила о извршењу казне. О. Перић, *Кривичноправни положај малолетника са посебним освртом на југословенско и француско право*, Београд, 1975, 14-17.

³ Н. Ostendorf, *Jugendgerichtsgesetz*, *Kommentar*. 8. Auflage, Baden-Baden 2009. 21-23.

У каснијем периоду под утицајем школа у кривичном праву значајније се мења кривичноправни положај малолетника. Концепција класичне школе налаже да постоји могућност степеновања кривичне одговорности узимајући принцип *разбора* као главни критеријум, што даље значи да се лагано напушта принцип *malitia supplet aetatem* и уводи принцип *разбора (discernement)*.⁴

Питање разбора јесте питање способности малолетника да разликује добро од зла, односно да схвати значење свог дела, забрањеност и неприхватљивост радње коју предузима. Малолетник се сматрао кривично одговорним онда када суд утврди да је поступао са **разбором**. Том приликом се малолетнику могла изрећи казна исто као и пунолетном лицу, с тим што се због малолетства казна могла ублажити. У случају да код малолетнике није постојао разбор, онда он није могао бити кривично одговоран, те му се само изрицала мера васпитног карактера.⁵ Под утицајем ових школа све више се поклања пажња личности малолетника и значајније се указује не само на интелектуалну страну разбора, већ и на вољну компоненту. Затим, када је реч о појму разбора уместо тог израза користе се термини *зрелост* односно *душевна развијеност*, што указује на лагано приближавање малолетничке урачунљивости ка урачунљивости пунолетних лица. Имајући све ово у виду, ипак се у теорији кривичног права заступало становиште да се разбор малолетника разликује од разбора (урачунљивости) пунолетних, па се он означавао као разбор у ширем или неправом смислу или пак као малолетничка подобност за урачунљивост.⁶ Дакле, *разбор* (зрелост) са интелектуалном и вољном компонентом добија све више на значају као један од критеријума кривичне одговорности малолетника. То даље значи да се

⁴ Као законски појам, разбор је први пут уведен у Тоскански кривични законик из 1786. под именом *Codice Lepolidino*. Под утицајем класичне школе, а касније и неокласичне, разбор као посебан облик кривичне одговорности малолетника има велики значај на филозофски концепт о слободи воље. Наиме, сматрало се да је свако људско биће, што значи и малолетник, обдарено слободном вољом да изабере између добра и зла. Подразумевало се да се разбор јавља као посебна врста урачунљивости, тј. малолетничке урачунљивости. Тако се сматрало да је малолетник могао да схвати значај својих поступака, да је поступао разборито, па је одговоран за учињено дело. О. Перић, „Основни правци у развоју кривичне одговорности малолетника,“ *Зборник радова*, Београд, 2007, 112.

⁵ О. Перић, „Положај малолетника у кривичном праву Србије од правог Устанка до 1918. године“, *Зборник радова*, Правни факултет у Новом Саду, 2004/2, 441-442.

⁶ Више о томе видети: С. Dillenburg, *Jugendstrafrecht in Deutschland und Frankreich: Ein rechtsvergleichende Untersuchung*, (Strafen oder Erziehungsmaßnahmen für unter Sechzehnjährige), докторска дисертација, Келн, 2003, 7-9, затим, Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, општи део, друга књига, Београд, 1937, 101-103., Д. Љ. Протић, *Кривичноправни положај малолетника*, Београд, 1925, 7 – 9.

при изрицању санкција малолетнику, узима у обзир и питање његове „зрелости“, односно способност схватања одређеног понашања као забрањеног.⁷

Личност малолетника, као и њихова посебна биопсихолошка целина захтева и оправдава постојање посебног кривичноправног статуса малолетника. Наиме, личност малолетника пролази кроз поједине стадијуме биолошког, психолошког и социјалног развоја. Сходно томе, процес њиховог сазревања је веома сложен, па се тако дешава да психички живот малолетника не може да прати брзи биолошко - телесни развој.⁸ Биолошки развој се често исказује наглим телесним растањем односно телесним обликовањем личности. Тако се личност малолетног лица нагло развија израстањем у висину и повећањем тежине.

Дакле, у развоју личности малолетног лица постоји општи еволутивни стадијум који одговара ономе што се назива доба пубертета. Пубертет⁹ као фаза развоја личности представља врло сложено стање праћено разним анатомским, физиолошким и психичким променама.¹⁰ У стању пубертета значајан утицај на развој личности малолетника имају психолошке промене карактера. То је период у коме се психолошка својства односно особине темперамента, карактера и осталих особина личности малолетника врло брзо мењају под утицајем социјално-друштвених прилика, како у породици, тако и у друштву. Ту се пре свега мисли на комплексност услова живота, као и на захтеве и потребе које живот намеће младим људима, а што све то на крају у великој мери утиче на правилно сазревање

⁷ У истом смислу се разбор код малолетника схвата као једна врста равнотеже између кривичноправног положаја пунолетних и малолетних преступника. Дакле, тако схваћен разбор, требало је да помири две концепције: учења класичне школе односно учења о слободи воље и неокласичне концепције о ограничењу те слободе, коју даљу треба прилагодити реалним потребама малолетника. О Перић, „Основни правци у развоју кривичне одговорности малолетника“, 113-114.

⁸ Д. Дракић, *О кривичној одговорности малолетника*, Нови Сад, 2010., стр 12. Такође, Лазаревић заступа концепцију о постојању посебних стадијума у развоју личности као што су: стадијуми у биолошком развоју, у развоју интелигенције, осећања, друштвени стадијуми, као и стадијуми у развоју одговорности. Љ. Лазаревић, *Положај младих пунолетника у кривичном праву*, Београд, 1963, 39 - 40.

⁹ То је животно доба људске индивидуе које још увек одражавају одређени процеси сазревања и развијања. Ти процеси се испољавају како у анатомском – физиолошком повећању, растењу и поступном оспособљавању и усавршавању основних елемената за својеврсне животне функције, тако и у развијању и формирању одговарајућих психичких својстава и особина личности (темперамент, карактер и способност других карактеристичних особина људске личности. *Педагошки речник*, том 2, Београд, 1967, 248 -249.

¹⁰ О. Перић, *Кривичноправни положај малолетника са посебним освртом на југословенско и француско право*, докторска дисертација, Београд, 1973, 44 – 45.

малолетних лица.¹¹ Управо, због недовољне развијености личности младе особе су често подложне проблематичном недисциплинованом понашању, што на крају може довести до одређене кривичноправне интервенције према малолетном лицу.¹²

Појава нових учења под утицајем позитивистичке и социолошке школе доводе до значајних резултата када је реч о кривичноправном положају малолетника. Наиме, одређена психолошка и биолошка сазнања потврђују да постоји значајнија разлика у погледу психофизичке развијености и зрелости малолетника у односу на пунолетна лица. На тај начин све већа пажња се посвећује испитивању личности, при чему се не узимају само вољне и интелектуалне компоненте, него укупна личност малолетника. Тако се у овом периоду оснивају судови и развија посебан систем санкција за малолетнике, које пре свега иду ка преваспитавању младих. Све мање се примењују казне, а све више се посвећује пажња изрицању васпитних мера.¹³

Надаље се указује на потребу постојања тенденције да се малолетнику пружи што боља заштита и уведе што потпунији приступ схватања кривичне одговорности. Свакако треба рећи да преступништво малолетника као једна негативна друштвена појава може изазвати озбиљне последице по друштво. Стога, свако друштво јесте заинтересовано за очување одређених вредности и постоји потреба за увођењем нових мера, средстава како би се пружила што адекватнија заштита младих људи.

С обзиром на велики значај статуса малолетника у кривичном праву у даљем тексту рада размотрићемо најважнија решења овог проблема почевши од најстаријег периода за настанак и развој положаја малолетника.

2. КРИВИЧНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ МАЛОЛЕТНИКА У СТАРОМ И СРЕДЊЕМ ВЕКУ

Старосно доба малолетника је код најстаријих народа имало значајну улогу код одређивања њиховог положаја. У то време водило се рачуна о разлици између лица, која се по добу узраста сматрају децом и оних, која се могу сматрати одраслим тј. пунолетним лицима. Још код старих Грка се веома поклањала пажња моралном и физичком васпитању деце, где се по правилу примењивао принцип индивидуалне одговорности, осим за нека кривична дела против вере и државе, код којих је постојала колективна

¹¹ А. Ashworth, „Responsibilities, rights and restorative justice,“ *British Journal of Criminology*, 2002/ 42, 588 - 589.

¹² Ј. Радуловић, *Малолетничко кривично право*, Београд, 2010, 43- 44.

¹³ О. Перић, „Положај малолетника у кривичном праву Србије од првог Устанка до 1918. године, *Зборник радова*, Правни факултет у Новом Саду, 2004/2, 442-443.

одговорност.¹⁴ Кажњавање деце у том периоду је било присутно, али сврха кажњавања није имала за циљ ретрибуцију, већ се више ишло ка задовољавању и давању појединих уступака породици оштећеног.¹⁵

У историји римског права наилазимо на више података о специфичности старосног узраста у погледу кривичне одговорности и кажњивости. Наиме, старије римско право не искључује кривичну одговорност деце, али исто тако дозвољава и да се дете може блаже казнити. Тако су деца до навршене 14. године старости била неодговорна за кривична дела и могла су бити само *дисциплински* кажњена. За децу се сматрало да је њихова способност за расуђивање непотпуна и да она дело чине увек несвесно, па су се због тога и била блаже кажњавана.¹⁶

У даљем развоју положаја малолетника долази до потпуног искључења кажњавања деце. У новијем римском праву правила се разлика између деце и одраслих. Према начелу Јустинијановог кодекса, деца су до седме године (*infantes*) била потпуно ослобођена кривичне одговорности. Одговорност деце између седме и десете године (*infante proximus*) зависила је од тога да ли су у погледу извршеног кривичног дела она била *culpaе caraces* или нису, што се ценило у конкретном случају. Код деце се у овом узрасту вршило испитивање њихових интелектуалних способности (*intelctus rei*), тј. испитивало се и ценило да ли је дете било способно да схвати значај дела. За трећу старосну категорију од десет година па до четрнаест година (*pubertati proximus*), важила је иста претпоставка као и за узраст до десет година, с тим што се у случају постојања кривичног дела, могло доказати и супротно.¹⁷

Средњовековно кривично право тј. кривично право држава средњег века, није придавало већи значај узрасту и личности малолетника. Међутим, под снажним утицајем хришћанске цркве дошло је до друштвених проблема световне природе када су у питању права деце. Тако црква све више

¹⁴ Ч. Ј. Марјановић, *О положају малолетника у материјалном кривичном праву*, Београд, 1935, 137.

¹⁵ Тако је Аристотел сматрао да степен душевног развоја детета одговара душевном развоју животиње, док Платон кривично дело детета сматра обичним проузроковањем штете. Више о томе: О. Матић, *Испитивање личности малолетника као основ за одређивање васпитне мере и мера третмана у ВП домовима*, Београд, 1974, 31-32

¹⁶ В. Скаберне, „Развој Kazenskoga права за младолетнике“, *Zbornik znanstvenih rasprav Pravne fakultete v Ljubljani*, 1996, 4-5.

¹⁷ Тако је за ову категорију узраста важио принцип да су само по изузетку неурачунљива тј. њима се посебно посећивала пажња у случају постојања злочиначке воље. Тако је старији малолетник (*pubertati proximus*) био изједначен са пунолетним лицем, где је била предвиђена могућност блажег кажњавања. Т. Живановић, *op. cit.* 101. Такође, Ј. Таховић, „Проблем малолетника у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1955/3, 282.

учествује у решавању кривичноправних спорова примењујући своје законе. Такође је хришћанска, католичка црква организовала посебну службу социјалне заштите, како би помагала незбринуту и запуштену децу и омладину. Затим се у тзв. *световном кривичном праву* посвећује посебна пажња поправљању малолетних деликвената и стварају се већ у четвртом веку посебни затвори за малолетнике засновани на ћелијском систему.¹⁸ У каснијем развоју кривичног законодавства, многе државе средњег века придају већи значај старосном добу малолетника и његовој кривичноправној одговорности. Већ у 13. веку у германским правним изворима (*Sachsenspiegel u Schwabenspiegel*) одређена је граница кривичноправне одговорности на 12. односно 14. година, док деца до 7. година нису била кривично одговорна.¹⁹

Када је реч о положају малолетника у кривичном праву средњовековне српске државе, онда се питање њихове кривичне одговорности није посебно и подробно регулисало. Кривична одговорност се углавном сводила на колективну одговорност, што је даље значило да се не односи само на *оног* ко је дело извршио, већ је одговорност *падала и на кућу*²⁰. Такође, овако значајни правни акт српске средњовековне државе, не садржи одредбе, које би се односиле на старосну доб учиниоца, већ се и за најтежа кривична дела позивао на колективну одговорност.²¹

Напредак у погледу положаја малолетника у кривичном праву представља познати кривични законик Каролина (*Constitutio Criminalis Carolina*) из 1532 године. Поменути Законик садржи одредбе и многа обележја римског и средњовековног права, затим се према њему, кривична одговорност малолетника везује за полну зрелост. У вези с тим, у члану 179. предвиђа да полну зрелост малолетника одређује сам судија, с тим што се према Законнику навршена 14. година узима као последња година где се он сматра малолетником. Такође се у члану 164. предвиђа да крадљивац који је млађи од 14. година, без посебних разлога не кажњава смртном казном.²²

Посебни значај положаја малолетника долази до изражаја у кривичном законнику Марије Терезије (*Constitutio Criminalis Theresiana*) из 1768 године, по коме је тачно одређена горња граница малолетства са 14.

¹⁸ Више о томе видети: В. Skaberne, *op. cit.* 6.

¹⁹ К. Laubenthal, Н. Baier, N. Nestler, (*Historische Entwicklung des JGG*), *op. cit.* 11.

²⁰ Тако је у члану 52. Душановог законика прописано да : за неверу и за сваку кривицу неће плаћати ништа, ни брат за брата, ни отац за сина, ни рођак за рођака, *који оделито у својим кућама живе*, а скривили нису; плаћаће само онога кућа, који је скривио. Ф.Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, други део, Београд, 1931, 36-37.

²¹ Стога, Марјановић истиче да се и за најтежа кривична дела, као што су *крв* (убиство) и *невера* (издаја и велеиздаја) у старом српском праву није много водило рачуна о *подобности за урачуњљивост*. Ч. Ј. Марјановић, *op. cit.* 141.

²² *Ibidem*

година. Према овом Законику деца до 7 година и малолетници који су ближе седмој години него четрнаестој, по правилу се не кажњавају. У случају да су деца овог узраста била у стању да схвате дело које су учинила или су испољавала знаке опасне злобе, могла су бити кажњена шибавем. Законик је такође предвиђао блаже кажњавање малолетника који су били у узрасту од 14. до 16. година.²³

Узимајући у обзир наведена решења положаја малолетника кроз овај историјски период, можемо засигурно рећи да питање кривичне одговорности малолетника није прецизно и посебно утврђено. Наиме, разматрање кривичне одговорности малолетника у доба феудализма служило је више као оправдање за строже кажњавање. Такође се у средњем веку примећује наговештај решавања *посебног* статуса малолетника у који би, истовремено, улазило и решење њихове кривичне одговорности. С друге стране, тежња ка усвајању принципа субјективне одговорности, што је касније и уследило, створило је критеријуме на основу којих би се већ унапред знало под којим условима би малолетник имао право на посебан третман.²⁴

ЗАКЉУЧАК

Из свега што је наведено види се да је питање положаја малолетника веома значајно, пре свега, код кривичне одговорности, па се због тога у великој мери кроз историју другачије решавало питање статуса малолетника, на шта највише указују историјска искуства различитих законодавстава.

Циљ овог истраживања указује на то да се на одговарајући начин историјски прикаже кривичноправни положај малолетника у различитим временским периодима. У скоро свим изложеним решењима, у већој или мањој мери, она имају сличан кривичноправни статус. Наш став је да су поједина законска решења по својој идејној и логичној структури, била за оно време врло напредна. То, уосталом, потврђују и чињенице које се односе на одредбе о кривичној одговорности малолетника, као и о кривичним санкцијама предвиђене за одређене категорије младих. Можемо закључити, да је кривичноправни положај малолетника резултат једног дужег историјског процеса који се постепено мењао у зависности од одговарајућих друштвених прилика.

²³ А. Carić, *Problemi maloletničkog sudstva*, Split, 1971, 23-24.

²⁴ Поједини аутори у теорији малолетничког кривичног права сматрају да се говори о *јединственим критеријумима* који долазе до изражаја у одређивању кривичноправног положаја малолетника. Више о томе: О. Перић, „Основни правци у развоју кривичне одговорности малолетника“, 109-110, као и Д. Љ. Протић, *op. cit.* 16-17.

Dragan BLAGIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

CRIMINAL AND LEGAL STATUS OF JUVENILE IN ANCIENT AND
MEDIEVAL TIMES

Summary

From all of the above, it can be seen that the question of the position of juveniles is very important, first of all, with criminal responsibility, and because of this, the question of the status of minors has been resolved differently through history, as the historical experiences of different legislation show the most.

The aim of this research indicates that the criminal and legal status in the different periods of time is historically displayed in an appropriate manner. In almost all of the solutions outlined, they have, in a greater or lesser degree, a similar criminal law status indicates. Our attitude is that certain legal solutions for their ideological and logical structure were very advanced at that time. This, of course, is also confirmed by the facts relating to the provisions on juvenile criminal responsibility, as well as the criminal sanctions provided for certain categories of young people. We can conclude that the juvenile's criminal status is the result of a longer historical process that has gradually changed depending on the appropriate social circumstances.

ЛИТЕРАТУРА

ASHWORTH, A. „Responsibilities, rights and restorative justice,“ *British Journal of Criminology*, 42/2002.

DILLENBURG, C., *Jugendstrafrecht in Deutschland und Frankreich: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Universität zu Köln, German, 2003.

ДРАКИЋ, Д., *О кривичној одговорности малолетника*, Нови Сад, 2010.

ЖИВАНОВИЋ Т., *Основи кривичног права Краљевине Југославије, општи део*, друга књига, Београд, 1937.

ЛАЗАРЕВИЋ, Љ., *Положај млађих пунолетника у кривичном праву*, Београд, 1963.

LAUBENTHAL, K., BAIER, H., NESTLER, N., *Jugendstrafrecht*, 2. Auflage, Würzburg, 2010.

МАРЈАНОВИЋ Ч., *О положају малолетника у материјалном кривичном праву*, докторска расправа, Београд, 1935.

МАТИЋ, О., *Испитивање личности малолетника као основ за одређивање васпитне мере и мера третмана у ВП домовима*, Београд, 1974.

OSTENDORF, H., *Jugendgerichtsgesetz, Kommentar*. 8. Auflage, Baden-Baden 2009.

ПЕРИЋ, О., *Кривичноправни положај малолетника са посебним освртом на југословенско и француско право*, Београд, 1975.

ПЕРИЋ, О., „Положај малолетника у кривичном праву Србија од првог устанка до 1918. године“, *Зборник радова*, Правни факултет, Нови Сад, 2/2004.

ПЕРИЋ, О. „Основни правци у развоју кривичне одговорности малолетника“, *Зборник радова*, Београд, 2007.

ПРОТИЋ, Д., Љ., *Кривичноправни положај малолетника*, Београд, 1925.

РАДУЛОВИЋ, Љ., *Малолетничко кривично право*, Београд, 2010.

SKABERNE, V., *Razvoj Kazenskoga prava za mladoletnike*“, *Zbornik znanstvenih rasprav Pravne fakultete v Ljubljani*, 1996.

ТАХОВИЋ, Ј., „Проблем малолетника у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1955.

ТАРАНОВСКИ, Ф., *Историја кривичног права*, Београд, 1931.

CARIĆ, A., *Problemi maloletničkog sudstva*, Split, 1971.

КАЗНА ОДУЗИМАЊА ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ – НЕСКЛАД ИЗМЕЂУ КАЗНЕНЕ ПОЛИТИКЕ ЗАКОНОДАВЦА И СУДОВА

Апстракт: Одузимање возачке дозволе представља нову казну у систему кривичних санкција од ступања на снагу Кривичног законика из 2006. године. Концепт кажњавања ограничавањем слободе кретања кроз временску забрану управљања моторним возилом, двострука функција ове казне у систему кажњавања и непримењивост у пракси судова у Републици Србији представљају основне карактеристике казне одузимања возачке дозволе у српском кривичном законодавству и пракси кривичног правосуђа. Несклад између казнене политике законодавца и судова, посматран кроз призму циљева њеног увођења и ефеката примене, након више од једне деценије од промовисања може се означити као очигледан. Циљ овог рада је представљање садржаја казне одузимања возачке дозволе, критичка анализа нормативног оквира, приказ досадашње примене у пракси судова, као и преиспитивање њеног будућег места и улоге у систему кривичних санкција.

Кључне речи: казна одузимања возачке дозволе, систем кривичних санкција, алтернативе казни затвора

1. КАЗНА ОДУЗИМАЊА ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ – ОСНОВНА РАЗМАТРАЊА

Казна одузимања возачке дозволе инкорпорирана је у систем кривичних санкција 2006. године, ступањем на снагу новог Кривичног законика.¹ Прописана као самостална кривична санкција и систематизирана као казна, одузимање возачке дозволе представља меру ретрибутивног карактера чији садржај чини ограничавање учиниоца кривичног дела слободе кретања кроз забрану управљања моторним возилом. У члану 44. став 2. Кривичног законика предвиђено је да се казна одузимања возачке дозволе може изрећи и као главна и као споредна казна, док је чланом 53. став 3. прецизирано да се ова казна може изрећи као споредна казна уз казну

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, zdravko.grujic@pr.ac.rs

¹ „Службени гласник Републике Србије“ број 85/2005, 88/2005 - исправка, 107/2005 - исправка, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

затвора или уз новчану казну, а може се изрећи и као главна казна за кривична дела за која је прописана казна затвора до две године или новчана казна.

Чињеница да се казна одузимања возачке дозволе може изрећи као главна казна за кривична дела за која је прописана казна затвора у трајању до две године указује на њену двоструку функцију у систему кривичних санкција. Наиме, поред тога што неспорно представља меру репресивног карактера, ова казна се истовремено може посматрати као алтернатива казни затвора. Та двострука улога казне одузимања возачке дозволе у систему определила нас је да анализирамо и утврдимо ефекте њене примене као репресивне мере, али и као потенцијално нове алтернативе казни затвора.

Епитет нове алтернативе казни затвора морамо прихватити са извесним ограничењем, мада таква карактеристика казне одузимања возачке дозволе проистиче из њеног формалног положаја у систему. Наиме, неспорно је да је у основи казна одузимања возачке дозволе мера репресивног карактера којом законодавац жели да додатно казни учиниоца који је приликом извршења или припремања кривичног дела користио моторно возило, прописујући да се ова казна моће изрећи као споредна казна уз казну затвора или уз новчану казну. Чини се да је њена функција као споредне казне примарни циљ њеног увођења у систем кривичних санкција. Временска забрана управљања моторним возилом, као облик ограничења слободе кретања учиниоца, треба да нагласи ретрибутивни концепт кажњавања и чини додатни садржај уз лишавање слободе код казне затвора (јер се време проведено у затвору не урачунава се у време трајања ове казне) или код плаћања одређеног износа код новчане казне.

Међутим, с друге стране, као што смо истакли, казна одузимања возачке дозволе може се изрећи као главна казна за кривична дела код којих је запређена казна затвора у трајању до две године. На тај начин, законодавац јој одређује и другачију функцију у систему и утврђује карактер нове алтернативе казни затвора. Посматрано на овај начин, примарно репресивна мера добија улогу мање репресивног средства. Уместо потпуног лишавања слободе учинилац који је приликом извршења или припремања кривичног дела користио моторно возило може бити кажњен забраном управљања моторним возилом у одређеном временског трајању чиме се само делимично ограничава слободе кретања (прецизније, ограничава могућности избора превозних средстава). Уместо лишавања слободе, учинилац се делимично ограничава права на слободу кретања. Казна затвора, формално посматрано, добија нову алтернативу – временску забрану управљања моторним возилом кроз изрицање казне одузимања возачке дозволе.

У прилог схватању да казна одузимања возачке дозволе представља специфичну алтернативу казни затвора можемо навести схватање Шкулића о томе шта се може сматрати алтернативом казни затвора. Наиме, овај аутор

истиче да „увек када је нешто нечему алтернативно, по логици ствари, то подразумева постојање одређеног правила у односу на које постоје одређени изузеци и наводи да би се одређена кривична санкција могла сматрати алтернативном неопходно је постојање кривичне санкције која је примарна, при чему је могуће да се на одговарајући начин та примарна кривична санкција, под одређеним условима замени неком другом кривичном санкцијом која је алтернативног карактера.“² Такође, Игњатовић сматра да су алтернативе казни затвора „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. По природи ствари, ове мере алтернирају казне затвора краћег трајања.“³ И према овој дефиницији, казна одузимања возачке дозволе могла би се посматрати као алтернатива казни затвора. Казну изриче суд уместо казне затвора, чиме она испуњава услов да буде једна од „правих алтернатива“, према подели коју представља Bishop.⁴ Због могућности алтернатије казне затвора, казна одузимања возачке дозволе могла би се сматрати алтернативом казни затвора и према дефиницијама алтернатива које представљају Мрвић-Петровић,⁵ Константиновић-Вилић и Костић⁶ и Соковић и Симоновић.⁷

² Милан Шкулић, „Алтернативне кривичне санкције – појам, могућности и перспективе“, *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Златибор, 2009, стр. 42.

³ Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Београд, 2016, стр. 195.

⁴ Овај аутор наводи да “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“. Само друга врста - санкције и мере ванзаводског карактера које изриче суд - представљају праве алтернативе казни затвора. Norman Bishop, *Non-Custodial Alternatives in Europe, Publication Series No. 14*, Helsinki, 1988, стр. 42.

⁵ „Алтернативе затвору или алтернативне санкције могу се одредити као нове кривичне санкције, лишене пеналних својстава, којима је могуће заменити краткотрајну казну затвора”, односно „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“. Наташа Мрвић-Петровић, *Алтернативне кривичне санкције и поступци*, Београд, 2010, стр. 15.

⁶ “Алтернативно кажњавање обухвата различите поступке и мере којима се избегава вођење кривичног поступка и/или кажњавање за учињене прекршаје и лака кривична дела, или се, у циљу успешне ресоцијализације осуђеног, уместо казне затвора одређује испуњење неких обавеза, укључивање у социјално-педагошки и амбулантни

2. САДРЖАЈ И СВРХА КАЗНЕ ОДУЗИМАЊА ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ

Садржај казне одузимања возачке дозволе појављује у многим савременим кривичним законима у упоредном праву, предвиђен у оквиру казни, мера безбедности или истовремено и у оквиру казни и мера безбедности, као што је случај у кривичном законодавству Републике Србије.⁸

Када је у нашем кривичноправном систему садржај ове казне предвиђен у оквиру мере безбедности, тада се изриче учиниоцима кривичних дела угрожавања безбедности јавног саобраћаја за које се утврди да је опасно да управљају моторним возилом, а када је предвиђен као казна, намењен је другој категорији учинилаца кривичних дела, изриче се под другачијим условима и има другачију сврху.⁹

Садржај казне одузимања возачке дозволе идентичан је садржају мере безбедности забрана управљања моторним возилом из чл. 86 Кривичног законика. За разлику од мере безбедности, која се може изрећи искључиво учиниоцима кривичних дела којима се угрожава безбедност јавног саобраћаја, казна је прописана за учиниоце кривичних дела у вези са чијим се извршењем или припремањем је коришћено моторно возило. Дакле, основна

третман или делимично затварање.“ Слободанка Константиновић-Вилић, Миомира Костић, *Пенологија*, Ниш, 2011, стр. 247.

⁷ „У најширем смислу под алтернативним кривичним санкцијама и мерама подразумева све оно што одступа од традиционалног режима казне затвора, било да се ради о мерама којима се пре судског поступка спречава извођење преступника пред суд, или посебним мерама ванзаводског карактера изреченим од стране суда, или о мерама предузетим за време трајања казне затвора усмереним на отклањање негативних последица затворске изолације.“ Снежана Соковић, Бранислав Симоновић, „Алтернативне кривичне санкције: основна законска обележја и искуства у примени“, *Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)*, Златибор, 2012, стр. 380.

⁸ „Казна одузимања возачке дозволе није непозната у упоредном кривичном праву, јер је неки савремени кривични законици под различитим називима предвиђају. Тако је, на пример, ова казна предвиђена у кривичним законима Француске, Мађарске, Шпаније и Португалије, док је неки кривични закони (њен садржај, прим. аутора) предвиђају као меру безбедности, као што је случај у Кривичном законнику Републике Српске, Хрватске, Македоније и Црне Горе, а неки кривични законици предвиђају је и као казну и као меру безбедности (са извесним разликама у одређивању као казне, односно мере безбедности), како је то прописано у кривичним законима Немачке и Словеније, а што је случај и у нашем новом Кривичном законнику.“ Више о томе: Ђорђе Ђорђевић, „Казна одузимања возачке дозволе“, *НБП – Наука, безбедност, полиција*, Број 1, Београд, 2008, стр. 3-4.

⁹ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2016, стр. 251.

интенција законодавца приликом иновирања система кривичних санкција била је да уведе казну идентичног садржаја као код мере безбедности како би суд ову казну могао изрицати учиниоцима који су приликом припремања или извршења кривичних дела користили моторно возило, а нису учиниоци кривичних дела којима се угрожава безбедност јавног саобраћаја.

Анализирајући садржај казне одузимања возачке дозволе у кривичном законодавству Републике Србије може се закључити, као што смо раније истакли, да је примарни циљ њеног увођења био појачавање ретрибутивне компоненте кажњавања учинилаца кривичних дела кроз изрицање ове казне као споредне казне, поред казне затвора или новчане казне као главне. Основни садржај казне одузимања возачке дозволе представља временско ограничавање слободе кретања кроз забрану управљања и кретања моторним возилом. Како истиче Стојановић, „њоме се погађа врло важно добро учиниоца кривичног дела, а то је слобода кретања. Наравно, то ограничење код ове казне је релативног карактера, односно та слобода се само делимично ограничава. Ипак, данас, када је дошло до повећане мобилности савременог човека и када коришћење сопственог моторног возила има велику улогу у томе, забрана управљања моторним возилом представља значајно ограничење слободе кретања, тако да ова санкција има несумњиво репресивни карактер.“¹⁰

У прилог ставу да је првенствени циљ законодавца приликом увођења казне одузимања возачке дозволе био наглашавање ретрибутивне компоненте кажњавања одређених категорија учинилаца кривичних дела говори и чињеница да у нашем систему већ постоји кривична санкција исте садржине као и новоуведена казна. Забрана управљања моторним возилом, као мера безбедности са традицијом у нашем кривичноправном систему, може се изрећи учиниоцу кривичног дела којим се угрожава јавни саобраћај, уколико тежина кривичног дела, околности под којима је дело учињено или раније кршење саобраћајних прописа од стране учиниоца показују да је опасно да он управља моторним возилом одређене врсте или категорије.¹¹

Имајући у виду да се сврха мера безбедности састоји у отклањању стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела, изрицање забране управљања моторним возилом управо има за циљ да оствари сврху њиховог прописивања – да отклони опасно стање или услове код учиниоца кривичног дела који управљањем моторним возилом може убудуће да врши кривична дела.

За разлику од мере безбедности забрана управљања моторним возилом казна одузимања возачке дозволе, осим исте садржине, представља

¹⁰ Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010, стр. 267.

¹¹ Члан 86. став 3. Кривичног законика.

кривичну санкцију другачије правне природе, трајања и сврхе. Док забрана управљања моторним возилом представља санкцију израженог специјално-превентивног карактера, исти садржај прописан у оквиру казне одузимања возачке дозволе има првенствено генерално-превентивни карактер, осим уколико се ова казна изриче уместо казне затвора јер као алтернатива казни затвора добија примарно специјално-превентивни карактер.

С обзиром на карактер и природу мере безбедности забрана управљања моторним возилом и казне одузимања возачке дозволе Кривичним закоником је забрањено истовремено изрицање ових кривичних санкција.¹² Уколико су испуњени услови за изрицање обе кривичне санкције суд мора да, према околностима сваког конкретног случаја, посебно разматрајући сврху одузимања права на управљање моторним возилом, одлучи да ли ће изрећи ову меру безбедности или казну одузимања возачке дозволе. У домаћој литератури преовладава схватање да у тим случајевима предност треба дати изрицању мере безбедности.¹³

Имајући у виду да законодавац није предвидео посебну сврху прописивања и изрицања казне одузимања возачке дозволе, циљ њеног увођења могуће је утврдити на основу опште сврхе кажњавања прописане Кривичним закоником. У оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврху кажњавања предвиђеној у члану 42, уједно и сврху казне одузимања возачке дозволе, представља утицање на учиниоца да убудуће не врши кривична дела, утицање на друге да не врше кривична дела и изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учврштивање обавеза поштовања закона. Дакле, њену сврху не представља отклањање опасног стања или услова који могу утицати на будућу криминалну активност учиниоца, као код мере безбедности забрана управљања моторним возилом, већ искључиво циљеви кажњавања предвиђени у поменутом члану. Међутим, ако се казна одузимања возачке дозволе изриче као главна казна за кривично дело за које је запрећена казна затвора до две године, тј. као алтернатива казни затвора, њена сврха се може тумачити и као заштита друштва од криминалитета кроз једноставнију социјалну интеграцију осуђеног лица, у смислу члана 2. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера¹⁴ (иако овај се овај закон не односи на извршење казне одузимања возачке дозволе), чиме би се посредно потврдио и њен алтернативни карактер.

¹² Члан 53. став 3. Кривичног законика.

¹³ Стојановић истиче да „у обзир долазе и кривична дела угрожавања јавног саобраћаја уколико нису остварени услови за изрицање мере безбедности забране управљања моторним возилом, тј. није остварен услов да је даље управљање моторним возилом од стране учиниоца опасно. У противном, предност треба дати мери безбедности.“ З. Стојановић, 2016, стр. 252.

¹⁴ „Службени гласник Републике Србије“ број 55/2014.

3. ИЗРИЦАЊЕ, ТРАЈАЊЕ И ЗАМЕНА КАЗНЕ ОДУЗИМАЊЕ ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ

Према члану 53. став 1. Кривичног законика учиниоцу кривичног дела у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило може се изрећи казна одузимања возачке дозволе. Основни услов за изрицање ове кривичне санкције јесте да је моторно возило коришћено у вези са извршењем или припремањем кривичног дела. То практично значи да изрицање казне одузимања возачке дозволе, као споредне казне, није искључено ни код једног кривичног дела уколико је за његово припремање или извршење коришћено моторно возило.¹⁵

У том контексту, Стојановић указује да у погледу кривичних дела за која се ова казна може изрећи нема ограничења, осим онога које произилази из саме природе појединих кривичних дела. Пресудно је да постоји функционална веза између коришћења возила и учињеног дела. Није неопходно да је у конкретном случају коришћење моторног возила омогућило извршење кривичног дела, довољно је да је оно олакшало његово извршење. Ако је приликом припремања или извршења коришћено моторно возило, али то ни на који начин није утицало на извршење кривичног дела, ако би дело и иначе било учињено на исти начин, а коришћење возила није представљало никакво олакшање учиниоцу кривичног дела, тј. било је ирелевантно који ће врсту превоза користити, не би било основа за изрицање ове казне.¹⁶

Овај аутор поставља и питање да ли се ова казна може изрећи и у случају када је дело довршено, па се возило користи да се дело доврши у суштинском, материјалном смислу. Да ли, на пример, када после одузимања

¹⁵ „На први поглед учача се како је поље примене ове казне, у односу на примену мере безбедности, и поред суштински истих ефеката који се састоје у онемогућавању лица да за одређено време управља моторним возилима, знатно проширено јер поред дела којима се угрожава јавни саобраћај, сада може бити изречена учиниоцу ма ког кривичног дела у чијем је извршењу или припремању коришћено моторно возило.“ М. Тубић, „Казна одузимања возачке дозволе“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, Златибор, 2009, стр. 230.

¹⁶ З. Стојановић, 2016, стр. 251. Аутор указује да „иако законска одредба као услов не поставља изричито и то да је учинилац лично управљао моторним возилом, из смисла и садржаја ове казне може се доћи до закључка да је неопходно. Но, могуће је заступати и став (који је присутан у судској пракси оних земаља чије законодавство предвиђа ову казну) да када се ради о саучесништву није битно ко је од саучесника који су користили моторно возило у вези са извршењем или припремањем дела лично њиме управљао, те да је могуће свима изрећи ову казну.“

туђе покретне ствари учиниоцу који искористи возило за превоз украдених ствари или да побегне са места извршења кривичног дела може бити изречена ова казна? Уколико постоји просторна и временска повезаност, услов за изрицање би био испуњен. Јер, овде није нужно да се возило користи приликом извршења, довољно је да је оно коришћено у вези са извршењем, а то значи и непосредно после његовог извршења ако је то било од значаја за извршење кривичног дела.¹⁷

Уколико се изриче као главна казна, казна одузимања возачке дозволе се може изрећи само за кривична дела за која је прописана казна затвора у трајању до две године, односно новчана казна, а у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило. Дакле, да би ова казна могла бити изречена као алтернатива казни затвора неопходно је испуњење два услова: извршено кривично дело за које је прописана казна затвора у трајању до две године и постојање функционалне повезаности између коришћења моторног возила и извршења или припремања кривичног дела.

За разлику од начина прописивања мере безбедности забране управљања моторним возилом, законодавац није приликом увођења казне одузимања возачке дозволе ближе одредио да ли се одузимање возачке дозволе односи на забрану управљања свим категоријама и врстама моторних возила или је општег карактера и односи се потпуно забрану управљања свим моторним возилима.

Имајући у виду да је чланом 112. Кривичног законика предвиђено да се термин „моторно возило“ односи на свако саобраћајно средство на моторни погон у сувоземном, воденом и ваздушном саобраћају, језичким тумачењем одредбе члана 53. став 1. дошло би се до закључка да се казна одузимања возачке дозволе односи на забрану управљања свим моторним возилима у периоду трајања казне. Међутим, логичким тумачењем, с обзиром да се употребљени израз возачка дозвола, како истиче Ђорђевић, односи на моторна возила у путном (друмском) саобраћају, могло би се закључити да моторна возила у железничком, воденом и ваздушном саобраћају нису обухваћена садржајем ове казне.¹⁸

Казна одузимања возачке дозволе може бити изречена у трајању од једне до три године, рачунајући од дана правноснажности одлуке, с тим да се

¹⁷ З. Стојановић, 2016, стр. 252.

¹⁸ Видети: Ђ. Ђорђевић, стр. 6. Овај аутор указује да „законик није предвидео да ли ова казна може да се односи само на ону врсту и категорију возила у коју спада возило које је коришћено при извршењу или припремању кривичног дела или за све категорије возила, што би убудуће законом требало одредити, при чему треба имати у виду и могућност да учинилац има возачку дозволу једне категорије, а да је при извршењу или припремању кривичног дела користио возило друге категорије“.

време проведено у затвору не урачунава у време трајања ове казне.¹⁹ Начин на који су одређени општи минимум и максимум казне одузимања возачке дозволе изазвао је бројне дилеме. Наиме, поставља се питање да ли се ова казна може изрицати само на пуне године, имајући у виду да законом није предвиђено да се може изрицати и на месеце и дане. Другим речима, ако је општи минимум трајања ове казне годину дана да ли до општег максимума од три године суд може одмеравати и изрицати казну и на пуне месеце и дане јер је законом предвиђено да може трајати између једне и три године или је законодавац предвидео да се може изрицати само на пуне године, односно да је суд може изрећи у трајању од једне, две или три године.

Од одговора на ово питање зависи примена одредбе члана 53. став 4. Кривичног законика који предвиђа да „ако осуђени управља моторним возилом за време док траје казна одузимања возачке дозволе, суд ће казну заменити казном затвора тако што ће се за једну годину одузимања возачке дозволе одредити један месец затвора.“ Уколико би се прихватило тумачење да се казна одузимања возачке дозволе може изрицати само на пуне године, онда би приликом замене ове казне казном затвора суд одредио месец дана казне затвора за сваку годину изречене казне одузимања возачке дозволе, при чему казна затвора не може трајати дуже од три месеца.

Међутим, уколико би се прихватило да се ова казна може одмерити и изрицати и на месеце и дане, између једне и три године, онда су могућа три начина утврђивања трајања казне затвора. Код првог, свака пуна година казне одузимања возачке дозволе била би замењена казном затвора од месец дана. Код другог, који Ђорђевић сматра сложенијим али правичнијим, свака започета година ове казне била би замењена за месец дана затвора а преостали део казне до, започете наредне године, био би пропорционално одмерен и изречен у броју дана казне затвора.²⁰ И трећи начин на који указује Лазаревић, који сматра да је логично да се ова казна може изрицати на месеце и да би „требало узети да сваки започети месец преко године дана, замењује се са месец дана затвора“.²¹

Поред основних недоречености законодавца приликом прописивања казне одузимања возачке дозволе на која смо указали у досадашњој анализи законских решења, у теорији су се појавила и бројна друга спорна питања. Међу њима су посебно значајна два: да ли се ова казна може изрећи учиниоцу који нема возачку дозволу и да ли се она може изрећи страном држављанину који поседује возачку дозволу издату у иностранству.

¹⁹ Члан 53. став 2. Кривичног законика.

²⁰ Видети: Ђ. Ђорђевић, стр. 6.

²¹ Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006, стр. 185.

У вези са првим питањем, морамо нагласити да је у намери да разграничи новоуведену казну од мере безбедности забрана управљања моторним возилом, законодавац одлучио да нову казну назове „казна одузимања возачке дозволе“ иако се и она састоји у забрани управљања моторним возилом, чиме је отворено низ дилема и појавила се потреба ширег тумачења одредаба од језичког како би се пронашао њихов прави смисао и циљ прописивања. Поставило се и питање да ли се ова казна може изрицати и лицима која не поседују возачку дозволу. У теорији су се поводом овог питања издвојила два супротна мишљења. Према првом, које износи Стојановић, „ова казна се може изрећи и лицу које нема положен возачки испит“ јер „и такво лице може користити моторно возило у вези са припремањем или извршењем кривичног дела. У том случају, забрањује му се, уколико положи возачки испит, издавање возачке дозволе.“²² Према другом схватању, које износи Лазаревић, „казна одузимања возачке дозволе може се изрећи само оном учиниоцу који има возачку дозволу.“²³

Прво схватање се чини прихватљивијим у односу на друго, јер се њиме омогућава остваривање садржаја ове казне – забране осуђеном лицу да управљања моторним возилом. На истој основи би се могли одредити и према питању да ли се учиниоцу може забранити издавање возачке дозволе оне категорије која је била неопходна за управљање моторним возилом које је коришћено приликом извршења или припремања кривичног дела, уколико поседује возачку дозволу друге категорије.

У вези питања да ли се казна одузимања возачке дозволе може изрећи лицу које поседује страну возачку дозволу, Лазаревић износи став да се у оваквим случајевима „казна не може изрећи страном држављанину,²⁴ док би се, аналогном применом члана 86. став 5. Кривичног законика, могло прихватити да се ова казна може изрећи лицима које имају возачку дозволу издату у иностранству, без обзира да ли се ради о држављанину Републике Србије са возачком дозволом издатом у иностранству или страном држављанину, с тим што би њен садржај чинила забрана управљања возилом одређене категорије на територији Републике Србије.

4. ИЗВРШЕЊЕ КАЗНЕ ОДУЗИМАЊА ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ

Извршењу казне одузимања возачке дозволе посвећен је само један члан Закона о извршењу кривичних санкција, у којем је предвиђено да ради извршења казне одузимања возачке дозволе, суд који је одлучивао у првом степену доставља извршну одлуку о изреченој казни одузимања возачке

²² З. Стојановић, 2016, стр. 252.

²³ Љ. Лазаревић, стр. 184.

²⁴ Ibidem.

дозволе полицији према месту пребивалишта, односно боравишта осуђеног у време када је одлука којом је изречена казна постала правноснажна. Извршна одлука се уписује у казнену евиденцију.²⁵

Након уписа у казнену евиденцију казна практично почиње да тече и осуђено лице је у обавези да поштује забрану управљања моторним возилом оне категорије која је одређена у судској одлуци.

Међутим, Кривичним закоником је у члану 53. став 2. предвиђено да казна почиње да тече даном правноснажности судске одлуке. Ова неуједначеност законских прописа којима се уређује почетак извршења казне одузимања возачке дозволе не сме негативно утицати на право осуђеног лица да након истека казне управља моторним возилом. До усаглашавања поменутих законских одредаба предност треба дати примени материјалноправних, имајући у виду да закон који регулише питање извршења кривичних санкција мора бити усаглашен са законом који их прописује.

Уколико осуђено лице прекрши забрану управљања моторним возилом суд ће заменити казну одузимања возачке дозволе казном затвора на начин предвиђен у члану 53. став 4. Кривичног законика, о чему смо више говорили у претходном делу рада.

5. ПРИМЕНА КАЗНЕ ОДУЗИМАЊА ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ

Од 2006. године када је уведена у систем кривичних санкција, казна одузимања возачке дозволе је у пракси судова изречена у само симболичном броју случајева. Према званичним подацима Републичког завода за статистику у периоду од 2006. до 2015. године изречено је укупно 61 казни одузимања возачке дозволе. Учешће казне у структури изречених кривичних санкција у посматраном периоду је 0,0%.

Тим бројем би се могао нумерички изразити укупни ефекат примене ове казне и ефекат казне одузимања возачке дозволе као нове алтернативе казни затвора.

Подаци према годинама показују да у току 2006. године није изречена ниједна казна одузимања возачке дозволе, 2007. године су изречене 2 казне за кривично дело угрожавање јавног саобраћаја (члан 289. КЗ), 2008. године 4 казне за исто кривично дело, 2009. године изречене су 3 казне одузимања возачке дозволе, две за поменуто кривично дело и једна за кривично дело пореска утаја (члан 229. КЗ) и 2010. године 3 казне, по једна за кривична дела угрожавање јавног саобраћаја, насиље у породици (члан 194. КЗ) и

²⁵ Члан 194. Закона о извршењу кривичних санкција.

неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога (члан 246. КЗ).

У 2011. години изречено је 11 казни, осам за кривично дело угрожавања јавног саобраћаја, две за кривично дело посебни случајеви фалсификовања исправе (члан 356. КЗ) и једна казна за кривично дело лака телесна повреда (члан 122. КЗ).

У 2012. години изречено је 5 казни, две за кривично дело угрожавања јавног саобраћаја, и по једна за кривично дело прикривања (члан 221. КЗ), оштећење повериоца (члан 237. КЗ) и посебни случајеви фалсификовања исправе.

У 2013. години изречено је 9 казни, пет за кривично дело угрожавања јавног саобраћаја, и по једна за кривично дело лака телесна повреда, крађа (члан 203. КЗ), фалсификовање исправе (члан 355. КЗ) и посебни случајеви фалсификовања исправе.

У 2014. години изречено је 18 казни, десет за кривично дело угрожавања јавног саобраћаја, три за кривично дело самовлашће (члан 330. КЗ), и по једна за кривична дела неовлашћено држање опојних дрога (члан 246а КЗ), скидање и повреда службеног печата и знака (члан 237. КЗ), напад на службено лице у вршењу службене дужности (члан 323. КЗ), насилничко понашање (члан 344. КЗ), једна за кривична дела из посебних закона.

У 2015. години изречено је 6 казни, три за кривично дело угрожавања јавног саобраћаја, и по једна за кривично дело крађе (члан 203. КЗ), недозвољено држање опојних дрога (члан 246а КЗ) и угрожавања сигурности (члан 138. КЗ).²⁶

У структури кривичних дела за која је изрицана казна одузимања возачке дозволе најзаступљеније је кривично дело угрожавања јавног саобраћаја за које је изречено укупно 37 од 61 казне или око 62% изречених казни. То указује да су судови изрицали ову казну, вероватно, и када су били остварени услови за изрицање мере безбедности забране управљања моторним возилом јер је ова казна, у основи, намењена учиниоцима других кривичних дела у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено

²⁶ Извори података: Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2015, Билтен број 617, Београд, 2016; Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2014, Билтен број 603, Београд, 2015; Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2013, Билтен број 588, Београд, 2014; Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2012, Билтен број 576, Београд, 2013; Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2011, Билтен број 558, Београд, 2012; Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2010, Билтен број 546, Београд, 2011.

моторно возило, а не учиниоцима кривичних дела угрожавања јавног саобраћаја. Тиме се потврђује да судови нису разумели разлоге увођења ове кривичне санкције, њен ретрибутивни нити алтернативни карактер ни сврху изрицања, што доводи у питање и став законодавца да ова казна буде прописана као самостална кривична санкција.

Имајући у виду број изречених мера безбедности забране управљања моторним возилом на годишњем нивоу, у поређењу са бројем изречених казни затвора у истом периоду, поставља се питање због чега је законодавац прописао нову кривичну санкцију чији се садржај изриче и извршава у оквиру постојеће мере безбедности. У петогодишњем периоду од 2010. до 2014. године изречено је укупно 8.232 забрана управљања моторним возилом (2014 - 1.684, 2013 - 1.658, 2012 - 1.741, 2011 - 1.881 и 2010 - 1.268) док је периоду од 2006. до 2015. године изречено 61 казна одузимања возачке дозволе. Ови нумерички показатељи нам омогућују да изнесемо критички став на рачун законодавца.

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Може се констатовати да прописивање нове казне са постојећим садржајем у оквиру система кривичних санкција није допринело унапређењу самог система, већ стварања привада у броју казни у оквиру система кривичних санкција и стварања „заблуде“ о потенцијалној новој алтернативи казни затвора. Казна одузимања возачке дозволе није остварила примарни циљ увођења, односно да као споредна казна нагласи ретрибутивни садржај кажњавања учинилаца и буде изрицана уз казну затвора или уз новчану казну. Консеквентно претходном, ова казна се не примењује ни као као главна казна којом би се алтернирале краткотрајне казне лишења слободе. Стога, приликом наредних новела Кривичног законика треба преиспитати да ли казна одузимања возачке дозволе и даље заслужује положај самосталне кривичне санкције или је потребно да своје место уступи некој новој, другачијој, кривичној санкцији, чији садржај не би био предвиђен у оквиру других кривичних санкција, и која би могла допринети развоју система алтернативног концепта кажњавања учинилаца лакших кривичних дела.

Zdravko GRUJIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law

University of Priština temporary settled in Kosovska Mitrovica

SEIZURE OF A DRIVER'S LICENSE – INCONSISTENCY OF A PENAL POLICIES OF THE LEGISLATOR AND COURTS

Summary

Seizure of a driver's license represents a new penalty in the system of criminal sanctions introduced by the new Criminal Code from 2005. The concept of punishment by restricting the freedom of movement (through a time banning on driving a motor vehicle), the double function in the penal system and the inapplicability by the courts in the Republic of Serbia are the basic characteristics of the penalty of seizure of a driver's license in Serbian criminal legislation and the practice of criminal justice. The discrepancy between the penal policy of the legislature and the courts, observed through the prism of the objectives of its introduction and the effects of the application, after more than a decade of promotion, can be marked as obvious. The aim of this paper is to present the content of the penalty of seizure of a driver's license, a critical analysis of the normative content, an overview of the practice by the courts, as well as reviewing its place and role in the system of criminal sanctions.

Keywords: *Seizure of a driver's license, system of criminal sanctions, alternatives to imprisonment*

ЛИТЕРАТУРА

Bishop, Norman; *Non-Custodial Alternatives in Europe*, Publication Series No. 14, Helsinki, 1988;

Игњатовић, Ђорђе; *Криминологија*, Београд, 2016,

Ђорђевић, Ђорђе; „Казна одузимања возачке дозволе“, *НБП – Наука, безбедност, полиција*, Број 1, Београд, 2008;

Константиновић-Вилић, Слободанка; Костић, Миомира; *Пенологија*, Ниш, 2011;

Лазаревић, Љубиша; *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006;

Мрвић-Петровић, Наташа; *Алтернативне кривичне санкције и поступци*, Београд, 2010;

Соковић, Снежана; Симоновић, Бранислав; „Алтернативне кривичне санкције: основна законска обележја и искуства у примени“, *Актуелна*

питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти), Златибор, 2012;

Стојановић, Зоран; *Кривично право – општи део*, Београд, 2010;

Стојановић, Зоран; *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2016;

Тубић, Милан; „Казна одузимања возачке дозволе“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, Златибор, 2009;

Шкулић, Милан; Алтернативне кривичне санкције – појам, могућности и перспективе, *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Златибор, 2009;

Кривични законик Републике Србије „Службени гласник Републике Србије“ број 85/2005, 88/2005 - исправка, 107/2005 - исправка, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016;

Закон о извршењу кривичних санкција „Службени гласник Републике Србије“ број 55/2014;

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера „Службени гласник Републике Србије“ број 55/2014;

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2010, Билтен број 546, Београд, 2011;

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2011, Билтен број 558, Београд, 2012;

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2012, Билтен број 576, Београд, 2013;

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2013, Билтен број 588, Београд, 2014;

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2014, Билтен број 603, Београд, 2015;

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2015, Билтен број 617, Београд, 2016.

ТЕХНИКА ИСПИТИВАЊА ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИХ СВЕДОКА

Апстракт: У раду се бавимо техником испитивања посебно осетљивих сведока, односно криминалистичко тактичким правилима која је неопходно применити како би добијени исказ био реалан и целовит. У оквиру посебних поглавља разматрамо појам посебно осетљивих сведока, процесна правила испитивања посебно осетљивих сведока и скуп криминалистичко тактичких и психолошких правила која доприносе ефикасности испитивања и заштити посебно осетљивих сведока од додатне трауматизације и секундарне виктимизације.

Кључне речи: *посебно осетљиви сведоци, процесна правила испитивања, тактичка правила испитивања.*

УВОД

Сведок је лице које има сазнања о кривичном делу, учиниоцу и другим чињеницама које се утврђују у поступку и које је способно да своја сазнања реално и целовито пренесе органу поступка и другим учесницима у поступку. То значи да сведок може бити свако лице независно од његовог узраста (дете, одрасло или старо лице) и психо-физичких карактеристика (нпр. лице са одређеним физичким или интелектуалним недостатком, душевним поремећајем и сл.), уколико орган поступка и други учесници у поступку могу са тим лицем успоставити комуникацију и уколико то лице може у вези са чињеницама које се утврђују у кривичном поступку, саопштити опажене и запамћене садржаје.¹

Реформом кривичнопроцесног законодавства Републике Србије, односно новим *Закоником о кривичном поступку* из 2011. године,² у домаће законодавство уведена је категорија сведока који су посебно осетљиви услед

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, sasa.atanasov@pr.ac.rs

¹ Вид. Саша Атанасов, *Посебно осетљиви сведоци у кривичном поступку Републике Србије*, тематски зборник – научно истраживачки пројекат „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016, 269-271.

² Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

околности субјективног и/или објективног карактера, чиме су начелно створени услови за адекватну заштиту ове категорије сведока у поступку од додатне трауматизације и секундарне виктимизације.

Секундарна виктимизација настаје услед негативне реакције или чак погрешне реакције органа гоњења и манифестује се у виду поштравања примарне виктимизације.³ Секундарна виктимизација може бити извор трауматичног искуства и фрустрације у истој оној мери као што је то и примарна виктимизација, која настаје као последица извршеног кривичног дела.⁴

Нормативни оквир предузимања радње испитивања посебно осетљивих сведока одређен је *Законом о кривичном поступку Републике Србије*, с тим да је садржај радње испитивања утврђен правилима криминалистичке тактике, психолошким и другим знањима.

Када орган поступка одреди сведоку статус посебно осетљивог сведока у поступку он му том приликом обезбеђује другачији и привилегованији положај у односу на положај „обичног“ сведока. Другачији положај манифестује се у другачијем начину испитивања посебно осетљивог сведока и у примени разноврсних мера заштите током учествовања сведока у кривичном поступку.

1. ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИ СВЕДОЦИ - ПОЈАМ

Под посебно осетљивим сведоцима подразумевају се они сведоци који су услед особина личности и/или доживљеног кривичног дела посебно трауматизовани.⁵ Посебно осетљиви сведоци су сведоци који су озбиљно физички и/или психички трауматизовани околностима извршеног кривичног дела или који пате од озбиљних психичких поремећаја који их чине изузетно осетљивим, као и деца и малолетници.⁶ У суштини, то су сведоци којима реално не прети опасност од окривљеног и његових сарадника, али који, без обзира на непостојање стварног ризика од угрожавања, имају субјективан осећај да су у опасности. Поред осећаја несигурности и неспособности да

³ Vesna Nikolić Ristanović, Podrška žrtvama i sprečavanje sekundarne viktimizacije: savremena zakonska rešenja i praksa, Zastita žrtava i svedoka, *Temida*, broj 1, Beograd, 2003, 3.

⁴ Slobodanka Konstantinović Vilić, Vesna Nikolić Ristanović, Miomira Kostić, *Kriminologija*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2012, 460.

⁵ Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb, 2012, 479. Под траумом подразумева се физичка или психичка рана, озледа или повреда. Психичка траума настаје услед неког страшног и по живот опасног доживљаја и манифестује се као јак и непредвидљив душевни потрес. У: Милан Вујаклија, *op. cit.*, 901. Вид. С. Атанасов, (2016), 271-273.

⁶ Чл. 3. ст. 3. Закона о заштити свједока у кривичном поступку Републике Српске – ЗЗС Р. Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 48, 2003.

самостално заштите своја лична права у поступку, код ових сведока присутне су и друге врсте тешкоћа током сведочења (нпр. сведок се служи знаковним језиком).⁷

Према *Законику о кривичном поступку Републике Србије* 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.⁸

Законодавац Србије не одређује понаособ све категорије посебно осетљивих сведока,⁹ али с обзиром на наведене субјективне и објективне критеријуме можемо закључити да као осетљиве категорије сведока има у виду: децу, малолетнике, стара лица, жртве, односно оштећене кривичним делом, сведоке са когнитивним оштећењима,¹⁰ са проблемима у социјалној интеракцији и комуникацији,¹¹ 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.¹² Ако је трауматизација сведока последица објективних околности, пре свега се мисли на тешка кривична дела, она са елементима насиља где су сведоци истовремено и жртве кривичног дела.¹³ Друге околности случаја које могу довести до осетљивости сведока могу бити чињеница да су сведок и окривљени чланови исте породице, или да припадају ужој социјалној групи заснованој на зависности или односима субординације.¹⁴

⁷ Stjepan Gluščić, et. al., *Procesne mere zaštite svedoka*, Priručnik za pripadnike policije i pravosuđa, Savet Evrope, Strazbur, 2006, 190. и 194.

⁸ Чл. 103. ст. 1. *ЗКП*.

⁹ У страног литератури не постоји сагласност о начину дефинисања категорије посебно осетљивих сведока. У: Ray Bull, The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice, *Legal and Criminological Psychology*, Vol. 15, Issue 1, February 2010, 5, <http://onlinelibrary.wiley.com.proxy.kobson.nb.rs/>, 01. 07. 2016.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo sa tekstom Zakonika o krivičnom postupku*, Projuris, Beograd, 2013, 109.

¹³ Miodrag N. Simović, *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2009, 401.

¹⁴ H. Reeves, Novi pravci promena u vezi sa brigom za žrtve – сведоке и njihovom заштитом у Уједињеном Краљевству, *Temida*, број 3-4, Beograd, 2000, 44. У: Снежана Бркић,

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 адекватног поступања са њима, јер неправовремено препознавање осетљивости и неадекватно поступање са овим сведоцима, по правилу представља извор секундарне виктимизације за њих.¹⁵

У процесној литератури и упоредном кривичнопроцесном законодавству посебно осетљиви сведоци деле се у складу са различитим критеријумима (нпр. 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 релевантном за сведочење, на оне са израженим интелектуалним тешкоћама, тешкоћама у социјалном функционисању или душевним поремећајима или болестима,¹⁶ који су озбиљно телесно или душевно поремећени учињеним кривичним делом,¹⁷ и слично, а све ради прилагођавања начина испитивања конкретно одређеној категорији сведока, пружања подршке и помоћи, планирања и предузимања адекватних мера заштите пре, у току и након окончања кривичног поступка.¹⁸

2. ПРОЦЕСНА ПРАВИЛА ИСПИТИВАЊА ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИХ СВЕДОКА

Сведоку који је с обзиром на узраст, животно искуство, начин живота, пол, здравствено стање, природу, начин или последице извршеног кривичног дела, односно друге околности случаја посебно осетљив, орган поступка може по службеној дужности, на захтев странака или самог сведока одредити статус посебно осетљивог сведока. Решење о одређивању статуса посебно осетљивог сведока доноси јавни тужилац, председник већа или судија појединац. Ако сматра да је то потребно ради заштите интереса посебно осетљивог сведока, орган поступка ће донети решење о постављању пуномоћника сведоку, а јавни тужилац или председник суда ће поставити пуномоћника по редоследу са списка адвоката који суду доставља надлежна

Посебно осетљиви сведоци, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2, Нови Сад, 2014, 213.

¹⁵ С. Атанасов, (2016), 273.

¹⁶ S. Gluščić, et. al, *op. cit.*, 216. Вид. С. Атанасов, (2016), 273.

¹⁷ Чл. 3. ст. 3. *ЗЗС Р. Српске*.

¹⁸ S. Gluščić, et. al, *op. cit.*, 216.

адвокатска комора за одређивање бранилаца по службеној дужности. Против решења којим је усвојен или одбијен захтев није дозвољена посебна жалба.¹⁹

Посебно осетљивом сведоку питања се могу постављати само преко органа поступка који ће се према њему односити са посебном пажњом, настојећи да се избегну могуће штетне последице кривичног поступка по личност, телесно и душевно стање сведока. Испитивање се може обавити уз помоћ психолога, социјалног радника или другог стручног лица, о чему одлучује орган поступка.

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.

Посебно осетљиви сведок може се испитати и у свом стану или другој просторији, односно у овлашћеној институцији која је стручно оспособљена за испитивање посебно осетљивих лица. У том случају орган поступка може одредити да се примене мере које подразумевају испитивање посредством техничких средстава за пренос слике и звука, и испитивање без присуства странака и других учесника у поступку у просторији у којој се сведок налази.

Посебно осетљиви сведок не може бити суочен са окривљеним, осим ако то сам окривљени захтева, а орган поступка то дозволи водећи рачуна о степену осетљивости сведока и о правима одбране.

Против решења којим се одређује начин испитивања посебно осетљивих сведока није дозвољена посебна жалба.²⁰

Када посебно осетљиви сведоци приступе вршењу радње препознавања окривљеног лица, они то чине на тај начин да их окривљени не може видети или чути, како пре, тако и током вршења радње препознавања.²¹

Поред претходно наведених мера заштите, заштити посебно осетљивих сведока доприносе и мере основне заштите и мере којима се сведок штити од застрашивања.

Заштитне мере могу се кумулирати из разлога што један сведок може истовремено испуњавати услове за примену различитих видова заштите.²²

Поступак испитивања у поступку пре главног претреса подразумева интегрални исказ сведока (слободно исказивање), док на главном претресу сведок по правилу одговара на постављена питања сходно правилима о основном, унакрсном и додатном испитивању. Независно од стадијума или фазе поступка у коме сведоче посебно осетљиви сведоци увек се испитују преко органа поступка.

¹⁹ Чл. 103. ЗКП.

²⁰ Чл. 104. ЗКП.

²¹ Чл. 100. ст. 2. ЗКП.

²² С. Бркић, (2014), 226.

3. ТАКТИЧКА ПРАВИЛА ИСПИТИВАЊА ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИХ СВЕДОКА

Испитивање сведока за многе сведоке представља непознато и стресно искуство, тим пре, ако је тај сведок, сведок са посебним потребама, односно посебно осетљив сведок.

Стрес утиче на истинитост и целовитост исказивања код свих сведока, али је утицај стреса нарочито изражен код посебно осетљивих сведока.

Сврха тактичких правила која износимо је да се њиховом применом смањи или у потпуности отклони стрес (који може бити узрокован различитим факторима) и добије исказ потребног квалитета и квантитета.

Најважније правило поступања са осетљивим сведоцима је да се већ приликом првог контакта са сведоком утврди да ли је реч о осетљивом сведоку, односно процене његове потребе и примене адекватне мере заштите. Наиме, основна сврха препознавања осетљивости код сведока је у правовременом прилагођавању сведоку и пружању помоћи током давања исказа.

Прилагођавање посебно осетљивом сведоку подразумева прилагођавање начина испитивања конкретном сведоку, прилагођавање места и времена испитивања сведоку, одлучивање да ли ће се сведок испитати уз помоћ стручног лица и/или техничких средстава за пренос слике и звука, како ће се организовати припрема сведока за сведочење и слично.²³

Испитивање посебно осетљивих сведока је са тактичког аспекта веома захтевна доказна радња, због чега је исту неопходно припремити и планирати. Сврха припремних радњи је да се утврде посебне потребе сведока, и у вези са тим, одреди својствима личности сведока примерен начин испитивања који ће у најкраћем временском периоду са најмањим утрошком људских и материјалних ресурса и техничких средстава довести до исказа потребног квалитета.

3.1. Припремање радње испитивања посебно осетљивих сведока

Независно од стадијума или фазе кривичног поступка, радњу испитивања треба претходно темељно припремити и испланирати.²⁴

²³ S. Gluščić, et. al., *op. cit.*, 216.

²⁴ Вид. Саша Атанасов, Техника и тактика испитивања сведока, тематски зборник - научно истраживачки пројекат „Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој“, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2013, 218-219.

Припремање радње испитивања укључује припремање испитивача и припрему сведока за испитивање.

Припрема испитивача састоји се у темељном разматрању расположивог материјала о предмету доказивања (кривичном делу и учиниоцу)²⁵ и о личности сведока. Познавање свих релевантних чињеница и доказа омогућиће испитивачу да у потпуности овлада кривичним предметом и да сходно томе формулише ефикасну стратегију и тактику испитивања, уважавајући специфичности сведокове личности. Веома је важно да испитивач прикупи што више података о личности сведока (нпр. о узрасту, полу, когнитивним способностима сведока, посебним здравственим потребама, постојању интелектуалних тешкоћа, телесним оштећењима, тренутном емоционалном стању, мишљењу сведока, радној и породичној средини сведока, односу сведока са учиниоцем кривичног дела и сл.), јер наведени елементи могу утицати на начин, време и место испитивања, као и на пружање мера помоћи и подршке овим сведоцима пре, у току и након учествовања у поступку.²⁶

Поред упознавања са кривичним предметом и особинама личношћу сведока, испитивач нужно треба саставити и оријентациони план испитивања, и у оквиру њега размотрити више елемената: формулисати питања које ће поставити сведоку током сведочења и утврдити редослед њиховог постављања, затим одредити време и место испитивања и евентуално извршити прилагођавање просторије сведоковим потребама, одредити начин на који ће се започети контакт са сведоком, утврдити начин бележења исказа и друго.²⁷

Питања која се постављају посебно осетљивим сведоцима требају бити општа и разумљива (без стручних термина и страних речи), недвосмислена и релативно кратка, прилагођена узрасту, интелектуалном и

²⁵ Како би се упознао са свим утврђеним чињеницама и доказима о кривичном делу и учиниоцу, и могао да одреди њихов информациони потенцијал и значај, испитивачу на располагању могу стајати кривична пријава, записник о увиђају са прилозима, записник о налазу и мишљењу вештака, потврда о привременом одузимању предмета, записник о претресању стана и других просторија или лица, записник о испитивању других сведока и сл.

²⁶ Податке о личности посебно осетљивог сведока испитивач може прикупити из различитих извора. На пример, од припадника полиције који је већ разговарао са сведоком на месту извршења кривичног дела, од лица блиских сведоку, из документације коју поседује центар за социјални рад ако је сведок у третману социјалне заштите). У: S. Gluščić, et. al., *op. cit.*, 211-212.

²⁷ Живојин Алексић, Зоран Миловановић, *Криминалистика*, Партенон, Београд, 1994, 191.

образовном нивоу сведока.²⁸ Тако формулисана да се односе само на један предмет излагања и да сведоку буде одмах јасно о чему треба да исказује.²⁹ Посебно осетљивим сведоцима не би требало постављати сугестивна питања ни у једној фази поступка (чак и када је сугестивна питања дозвољено постављати на главном претресу) због њихове изражене сугестибилности. Редослед постављања питања такође треба бити унапред одређен, с тим да га конкретне околности могу изменити. У криминалистичкој теорији искристалисала су се два типа редоследа постављања питања.³⁰ Први психолошки и други логички редослед постављања питања. За психолошки редослед постављања питања карактеристично је да води рачуна о начину успостављања контакта са сведоком и настоји да одржи непрестану мотивисаност сведока за сведочење и учествовање у кривичном поступку. Код логичког редоследа постављања питања у први план истиче се потреба да се кривично дело разјасни по свим сегментима, полазећи при томе од логике сведока. Логички редослед питања настаје на основу анализе предмета који се истражује и потребе да се створи што адекватнији мисаони оквир кроз који ће се сведок водити ка добијању истинитог исказа. За оба редоследа постављања питања карактеристично је да уважавају правило да се питања сведоку постављају од општих ка специфичним питањима, и од лакших ка тежим и деликатнијим, придржавајући се тзв. *технике левка*.³¹

Место на коме се испитују посебно осетљиви сведоци треба бити прилагођено њиховим потребама. Основни захтев је да простор у коме сведоче буде такав да се у њему осећају сигурно, удобно и заштићено. Понекад ради успостављања примереног односа између испитивача и посебно осетљивог сведока испитивање се може спровести и у стану или другом простору у коме сведок борави. Поједини судови и центри за социјални рад имају посебно технички опремљене и прилагођене просторије за испитивање посебно осетљивих сведока,³² али се исте недовољно користе

²⁸ Branislav Simonović, *Pribavljanje i ocena iskaza pred policijom i na sudu*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 54.

²⁹ Михаил Строгович, *Кривични судски поступак*, Научна књига, Београд, 1948, 153.

³⁰ Zvonimir Roso, *Informativni razgovor i intervju*, MUP RH, Zagreb, 1995, 84-86.

³¹ Саша Атанасов, Улога сведока у откривању и доказивању кривичног дела, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016, 279-281.

³² На пример, Виши суд у Ужицу има посебно опремљену и намењену собу за испитивање жртава, оштећених и сведока, http://www.visi-sud-uzice.org.rs/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=68&Itemid=78, 20.09.2017. Такође, Центар за социјални рад у Краљеву, Прихватилиште за ургентну заштиту злостављања деце у Београду, Саветовалиште за

од стране правосудних органа. Наиме, испитивање у овим просторијама представља изузетак у односу на испитивање сведока у судници или кабинету судије. Резултати појединих истраживања показују да се на пример, малолетни оштећени кривичним делом веома ретко испитује изван просторија суда (у стану, у школској или предшколској управи) премда за то постоје законске могућности.³³

Када је реч о времену испитивања, оно ће пре свега зависити од категорије посебно осетљивог сведока. У сваком случају са испитивањем треба започети што је пре могуће, али никако пре него што је посебно осетљив сведок спреман да сведочи.³⁴ Ако је на пример сведок дете, уобичајено време испитивања износи четрдесет пет минута, али ако је реч о млађој старосној доби детета (не старијој од седам година), испитивање не би требало да траје дуже од пет, односно десет минута, јер је концентрација деце млађег узраста веома ограничена. Ипак, ако је реч о сведоцима који су под изразитим стресом, треба планирати дужи временски период од уобичајеног, јер је извесно време неопходно само да би се сведок смирио. Потом, потребно је више времена како би се успоставио примерен однос између испитивача и сведока, односно како би се испитивач прилагодио сведоку. Сам ток испитивања је спорији, потребне су дуже паузе, а испитивање може бити прекидано услед узнемирености сведока узроковано присећањем сведока на трауматична искуства. О истим стварима треба водити рачуна и ако се испитује сведок са интелектуалним и/или психичким оштећењима или поремећајем који могу имати посебне потребе у погледу комуникације (нпр. суделовање тумача или стручног лица у испитивању узрокује спорији темпо испитивања, неразумевање питања од стране сведока).³⁵

Уколико је за испитивање сведока неопходно решити одговарајућа стручна питања из подручја којима испитивач не влада, претходно је неопходно проучити та питања уз помоћ стручњака, а по потреби обезбедити и њихову сарадњу током испитивања.³⁶ Значај ових стручњака нарочито је изражен приликом утврђивања разлога осетљивости сведока и планирања и

брак и породицу при Градском центру за социјални рад у Београду и Центру за социјални рад у Крушевцу располажу оваквим посебно опремљеним просторијама.

³³ Милена Банић, Ивана Стевановић, Како до правосудја по мери детета, *Заштита деце жртава у кривичним поступцима и стање у пракси у Републици Србији*, Центар за права детета, Београд, 2015, 21. и 22.

³⁴ Nada Šarac, *Zaštita dece žrtava i svedoka krivičnih dela – uzimanje iskaza (forenzički intervju)*, *Zaštita dece žrtava i svedoka krivičnih dela*, International Management Group – IMG, Београд, 2014, 98.

³⁵ S. Gluščić, et. al., *op. cit.*, 223, 232. и 240.

³⁶ Tomislav Marković, *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela (kriminalistika)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, 483.

примене мера заштите сведока. Које мере подршке и помоћи ће бити у конкретном случају примењене зависиће од степена осетљивости сведока. Заштитне мере могу се примењивати током трајања кривичног поступка, али и пре и након окончања поступка. Мере подршке и помоћи могу бити информативног, саветодавног, психолошког, медицинског, безбедоносног и другог карактера.³⁷

Уколико се посебно осетљиви сведок испитује уз помоћ техничких средстава за пренос слике и звука и уз помоћ стручног лица неопходно је да испитивач обезбеди њихово присуство и аудио-видео технику потребног квалитета, како би исказ и симптоматска слика посебно осетљивог сведока током сведочења били тачно забележени.

Припрема сведока за испитивање представља новину у домаћој правосудној пракси, јер су сведоци све до доношења новог *ЗКП* сматрани сведоцима суда, и свака њихова припрема или утицај на њих сматран је недозвољеним. Међутим, овде није реч о припреми којом би се мењао садржај исказа сведока или сведок учио како да одговори на постављено питање, већ о припреми сведока којом се утиче на смањење анксиозности и страха од учествовања у кривичном поступку.³⁸

Припрема сведока односи се на упознавање сведока са поступком и техником испитивања, правима и дужностима сведока, са физичким окружењем, односно просторијом у којој ће сведок сведочити, местом где ће чекати пре него га позову да сведочи, распоредом седења у судници, биће му објашњено који ће процесни субјекти присуствовати његовом испитивању и којим редоследом ће му постављати питања.

3.2. Поступак испитивања посебно осетљивих сведока

Са аспекта криминалистичко тактичких правила сам поступак испитивања се реализује кроз неколико фаза. У поступку који претходи главном претресу сведок се испитује кроз уводну фазу, фазу слободног исказивања и фазу постављања питања сведоку. На главном претресу, сведок се након уводне фазе испитује у оквиру нове структуре испитивања на главном претресу која подразумева фазу основног, унакрсног и додатног испитивања.

За оба начина испитивања карактеристично је следеће:

³⁷ S. Gluščić, et. al., *op. cit.*, 195. Вид. С. Атанасов, (2016), 284-286.

³⁸ Вид. Robert, M. Twiss, A View from the Bench Keys to a Successful Direct Examination, *The Army Lawyer*, April 1, 2007, <http://eds.b.ebscohost.com.proxy.kobson.nb.rs>, 2017, 28 – 32.

У уводној фази у оквиру које се стварају услови за правилно понашање сведока током исказивања неопходно је: успоставити контакт са сведоком и помоћи му да се прилагоди на нову ситуацију, односно нову и непознату ситуацију приближити искуству сведока, успоставити однос поверења са сведоком и створити повољну радну атмосферу, објаснити правила испитивања сведоку, отклонити све нејасноће у вези са начином и током испитивања, као и о учествовању сведока у поступку, пружити све информације које занимају сведока. На пример, ако се испитује дете њему је потребно објаснити правила како би их се могао током испитивања придржавати. Нека од њих наводимо: ако ти поставим питање на које не знаш одговор, реци слободно да не знаш одговор, јер је то добар одговор или ако ти поставим једно те исто питање два пута, то не значи да си погрешно одговорио, већ да ја проверавам себе, односно да ли сам те добро разумео, затим, ако нешто претпостављаш, а ниси сигуран, реци ми да је то тако, јер ми је то веома важно или ако употребим речи које не разумеш реци ми одмах како бих могао да употребим неку другу реч. На питање које ти поставим не мораш одмах одговорити, размисли па ми можеш касније речи.³⁹

У фази слободног излагања од сведока треба тражити да на постављено питање саопшти све што му је познато о кривичном делу, учиниоцу и другим чињеницама које се утврђују у поступку. С тим да питања која се постављају посебно осетљивим сведоцима требају бити пре свега отвореног типа, никако сугестивна, тако распоређена да сведоку омогућавају да слику опаженог и запамћеног садржаја верно репродукује без уношења нечега од стране испитивача.⁴⁰

У фази постављања питања ради допуне, прецизирања и контроле исказа, испитивач сведоку поставља једно или више питања. Најчешће испитивач поставља питања о чињеницама које су за тему испитивања без значаја, али ипак занимају сведока, и због тога га можда асоцирају на критични догађај, затим тражи од сведока да детаљно опише све шта је тог дана радио и доживео, чиме сведока доводи до критичне околности, поставља питања сведоку о околностима које су непосредно претходиле или следиле критичним околностима које је заборавио, предочава околности или предмете који су повезани са критичним околностима, а које је сведоку заборавио, с тим да ти подаци не смеју бити подаци о кривичном догађају, већ у вези са њим што снажно делује на сећање сведока.⁴¹

Слободно излагање на главном претресу карактеристично је за фазу испитивања сведока у оквиру фазе основног испитивања сведока, док је

³⁹ N. Šarac, *op. cit.*, 101-102.

⁴⁰ Ж. Алексић, З. Миловановић, *op. cit.*, 194.

⁴¹ Vladimir Vodinelić, *Kriminalistika*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1996, 218 - 220.

постављање питања сведоку којим се исказ сведока допуњује, прецизира и контролише карактеристично за фазу унакрсног испитивања. У обе фазе сведок се испитује преко органа поступка чиме се настоји да се сведок заштити од непримереног испитивања. Премда законодавац није забранио постављање сугестивних питања на главном претресу, њихово постављање посебно осетљивим сведоцима, због изражене сугестибилности не би дало жељене резултате.

ЗАКЉУЧАК

Испитивање посебно осетљивих сведока је сложена доказна радња за чију реализацију је поред познавања законских одредаба неопходно познавање и других знања, пре свега криминалистичке тактике и психологије, али и овладавањем посебном вештином испитивања посебно осетљивих сведока.

Успех испитивања зависиће од правовремено и темељно спроведене припреме испитивача и сведока, и препознавања осетљивости сведока. Препознати осетљивост и уврдити потребе сведока значи уочити симптоме који ограничавају и отежавају радњу испитивања и исказивање сведока, али и које препреке, ако се правовремено уоче и предузму мере за њихово отклањање, односно смањење могу резултирати ефикасним сведочењем.

Свако испитивање мора се спровести тако да се прво сведок стабилизује, односно код њих отклони страх и анксиозност у вези са учествовањем у поступку, створи осећај поверења и сигурности, а након тога започети са испитивањем. Испитивање треба спровести на месту на коме се сведок осећа сигурно и удобно, од стране посебно обучених испитивача, у време када то одговара сведоку и трајати онолико колико је могуће да такав сведок одржи способности концентрисања на предмет сведочења. Питања која се постављају посебно осетљивим сведоцима, као и начин испитивања ниуком случају не би требало да буду сугестивни и да наводе сведока на одређени одговор због њихове изражене сугестибилности или до одустајања од сведочења.

Када је реч о посебно осетљивим сведоцима успех испитивања је у непосредној вези са знањем и вештином испитивача, способношћу иптитивача да правовремено и темељно планира и реализује радњу испитивања. Без обзира на ограничења личности сведока, посебно осетљиви сведоци могу дати истинит и целовит исказ под условом да је радња испитивања реализована у складу са законским и тактичким правилима.

Saša ATANASOV, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

TECHNIQUES OF EXAMINATION OF SPECIALLY SENSITIVE WITNESSES

Summary

In this paper is aimed at the technique of examining particularly sensitive witnesses, that is, the criminal tactical rules that need to be applied in order to obtain a realistic and comprehensive testimony. Within the specific chapters, the concept of particularly sensitive witnesses is considered, procedural rules for examining particularly sensitive witnesses, and a set of criminal tactical and psychological rules that contribute to the effectiveness of examination and the protection of particularly sensitive witnesses from additional traumatization and secondary victimization.

Keywords: *particularly sensitive witnesses, procedural test rules, tactical test rules*

ЛИТЕРАТУРА

Живојин Алексић, Зоран Миловановић, *Криминалистика*, Партенон, Београд, 1994.

Милена Банић, Ивана Стевановић, Како до правосуђа по мери детета, *Заштита деце жртва у кривичним поступцима и стање у пракси у Републици Србији*, Центар за права детета, Београд, 2015.

Снежана Бркић, Посебно осетљиви сведоци, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2, Нови Сад, 2014.

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>.

Vladimir Vodinelić, *Kriminalistika*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1996.

Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1991.

Момчило Грубаћ, *Кривично процесно право са текстом Законика о кривичном поступку*, Projuris, Beograd, 2013.

Stjepan Gluščić, et. al., *Procesne mere zaštite svedoka*, Priručnik za pripadnike policije i pravosuđa, Savet Evrope, Strazbur, 2006.

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.

Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb, 2012.

Саша Атанасов, Посебно осетљиви сведоци у кривичном поступку Републике Србије, тематски зборник – научно истраживачки пројекат „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016.

Саша Атанасов, Улога сведока у откривању и доказивању кривичног дела, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016.

Саша Атанасов, Техника и тактика испитивања сведока, тематски зборник - научно истраживачки пројекат „Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој“, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2013.

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.

Tomislav Marković, *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela (kriminalistika)*, Narodne novine, Zagreb, 1972.

Vesna Nikolić Ristanović, Podrška žrtvama i sprečavanje sekundarne viktimizacije: savremena zakonska rešenja i praksa, *Zaštita žrtava i svedoka*, Temida, broj 1, Beograd, 2003.

Zvonimir Roso, *Informativni razgovor i intervju*, MUP RH, Zagreb, 1995.

Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Dušević i Kršovnik, Rijeka, 2011.

Биљана Синановић, Посебно осетљиви сведок у кривичном поступку, *Билтен Врховног касационог суда*, број 3, Београд, 2014.

Miodrag N. Simović, *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2009.

Robert, M. Twiss, A View from the Bench Keys to a Successful Direct Examination, *The Army Lawyer*, April 1, 2007, <http://eds.b.ebscohost.com.proxy.kobson.nb.rs>, 2017.

Nada Šarac, *Zaštita dece žrtava i svedoka krivičnih dela – uzimanje iskaza (forenzički intervju)*, *Zaštita dece žrtava i svedoka krivičnih dela*, International Management Group – IMG, Beograd, 2014.

Михаил Строгович, *Кривични судски поступак*, Научна књига, Београд, 1948.

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, Službeni glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

Виши суд у Ужицу, http://www.visi-sud-uzice.org.rs/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=68&Itemid=78, 20.09.2017.

Мирјана ЂУКИЋ*

343.144

СПОРАЗУМ О СВЕДОЧЕЊУ ОКРИВЉЕНОГ-ПУТ ДО ИСТИНЕ ИЛИ ПОЈЕДНОСТАВЉЕЊА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Апстракт: Иако је у кривичнопроцесној теорији наше и већине земаља које законом предвиђају овај институт, дубоко укорееена аверзија према окривљеном сараднику (и не само у односу на њега, већ нагодбе уопште), првенствено због тога што његово сведочење може бити различито мотивисано, он се ипак примењује у пракси, при чему се правосудни органи руководе утилитаристичком концепцијом. Посебно забринутост изазивају корумптивне везе припадника криминалних организација са правосудним и државним органима, који и поред сумње у истинитост сведочког исказа окривљеног сарадника, настоје да се поступак поједностави и што пре оконча, занемарујући начело истине. Као узор, свакако треба послужити правосудна пракса у САД, у којој се тежи да се путем унакрсног испитивања на неки начин отклони сумња у поузданост исказа окривљеног сарадника. С обзиром на мањкавост теоретских ставова наше кривичнопроцесне теорије у овој материји, један део рада аутор посвећује техници унакрсног испитивања и њеном значају код института окривљеног сарадника.

Кључне речи: споразум о сведочењу окривљеног, организовани криминалитет, ефикасност кривичног поступка, начело истине, унакрсно испитивање

УВОД

Као међународни проблем, организовани криминалитет је у центру пажње међународних организација, државних институција, јавног мњења у великом броју земаља из којих потиче иницијатива за борбу против њега. Превентивне и репресивне мере играју значајну улогу у борби против ових најтежих облика криминала.

Тајно деловање криминалне организације, једна је у низу специфичности организованог криминалитета, веома значајна са кривичнопроцесног аспекта у домену откривања и доказивања кривичних дела. Апсолутна тајност није могућа, јер се увек нађе одређени круг лица

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, mirjana.djukic@pr.ac.rs.

која знају за постојање и деловање криминалне организације. Томе се може додати „закон ћутања“ који је један од основних проблема доказивања у кривичним поступцима. Не треба изоставити коруптивне везе криминалне организације са представницима државних органа, узрочно-последично повезане са њеном тајношћу. У слабијем правном систему у којем су надлежни органи неефикасни и подложни корупцији, припадници криминалне организације се понашају слободније, мање су дискретни, мање настоје да крију своје постојање и деловање, и обратно.¹

У САД и већини земаља на европском континенту, признање кривичног дела у замену за сведочење (*testimony plea bargaining*) је доста старијег датума. Још је стари закон препознавао праксу сведочења оптуженог против својих саучесника, при чему је стицао помиловање ако би саучесник против којег је сведочио био осуђен.² Ова је пракса била актуелна и у 19. веку услед непостојања организоване полиције, када је сведочки исказ саучесника представљао важно доказно средство како би се ушло у траг осталим саучесницима, припадницима или вођама криминалних организација.³ До средине 19. века Енглеска није имала систематску истрагу кривичних дела, нити професионалну полицију, па су се у већини случајева докази за оптужбу тешко прибављали. Зато су се правосудни органи служили сведочким исказима саучесника, који су за узврат добијали имунитет од кривичног прогона. На прве трагове сведочења окривљеног наилазимо 1973. године, када је Берти Смалс, као члан лондонске криминалне групе које је пљачкала банке у сарадњи са јавним тужиоцем, сведочио против осталих чланова, од којих је 16 осуђено.⁴ Смалс је као први *Supergrass* добио за узврат имунитет од кривичног прогона. Међу поступцима који су се водили пред федералним и правосудним органима држава чланица САД против припадника организација криминалних група, можемо издвојити процес од

¹ Милан Шкулић, *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015, 62-63.

² Act of Sept. 24, 1789, ch. 20, §§ 30, 33, 1 Stat. 73; *Ingram v. Prescott*, 149 So. 369, 370 (Fla. 1933). Од најранијих времена јавила се потреба да држава прибегне сведочењу криминалаца, не би ли на основу тога дошло до осуде његових сарадника у злочину. На основу општеувојене политике правосудних органа, држава је могла да преговара са починиоцем који је могао бити ослобођен од кривичног гоњења, уколико су информације које је пружио током сведочења допринеле откривању кривичних дела његових саучесника.

³ Graham Hughes, „Agreements for Cooperation in Criminal Cases“, *VANDERBILT LAW REVIEW*, vol. 45, no. 1, 3.

⁴ Наведено према: Aziz Rahman (Solicitor) and Jonathan Lennon (Barrister), *Supergrass evidence, The law, practice and development of supergrass evidence in England*, доступно на: http://insidetime.org/articleview.as?pa=50&c=supergrass_evidence, посећено 4. 4. 2017.

1987. и најспектакуларније суђење у којем је оптужени био вођа криминалне организације Gambino. Nicolas Caramandi (The Crow) је током 1987. сведочио против 11 лица из света органолизованог криминалитета, што је за последицу имало 52 осуде (у Пенсилванији и Њу Џерсију).⁵ Један од најзначајнијих сведока у историји организованог криминалитета, Salvatore Gravano, ранији подбос фамилије Gambino, својим сведочењем у оквиру нагодбе са иследницима (уз услов да буде блаже осуђен и да му се пружи заштита) открио је тзв. породичне тајне и тако допринео осуди Johna Gottia⁶. Gotti, вођа фамилије Gambino, 1992. бива осуђен за 13 кривичних дела из федералне надлежности, на казну доживотног затвора без права на условни отпуст.⁷

Данас се у САД-у скоро 20% случајева окончава споразумом о признању кривичног дела са клаузулом о сведочењу, међу којима највећи део обухватају кривични поступци везани за трговину опојним дрогама.⁸ Код нас је овај институт уведен изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 2013., мада је сведочење окривљеног у замену за имунитет егзистирало и раније, у виду сведока сарадника, (ради се о процесној *sui generis* установи код које превагу односе својства сведока, док се процесни елементи својствени окривљеном односе само на његову везу са кривичним делом).⁹ Претеча окривљеног сарадника је могло бити лице које је признало чланство у криминалној организацији и извршење кривичног дела из делокруга посебне надлежности. Окривљени сарадник може бити лице које је извршило и неко друго кривично дело, не само дела за која су надлежни судови посебне надлежности.

2. ОКРИВЉЕНИ САРАДНИК У ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

2.1. Услови за закључење споразума и његови елементи

Споразум о сведочењу окривљеног се може закључити уз кумулативно испуњење услова целовитог признања и услова целисходности

⁵ Ђорђе Игњатовић, Милан Шкулић, *Организовани криминалитет*, Београд, 2012, 66. Caramandi је најпре осуђен за убиство, рекет и изнођивање. Након преговарања са тужиоцем пуштен је на слободу.

⁶ Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, *op. cit.*, 66-67.

⁷ Gravano је најпре признао 19 убистава, а након постизања договора, данима је сведочио против Gottia, прузето са: <http://vault.fbi.gov/john-joseph-gotti-jr>, посећено 4. 4. 2017.

⁸ Michael A. Simons, „Departing ways: Uniformity, Disparity and Cooperation in Federal Drug Sentences“, *Villanova Law Review*, vol. 47, no. 4, 2002, 960.

⁹ Милан Шкулић, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007, 525.

(захтева се да је значај исказа окривљеног за откривање, доказивање и спречавање кривичног дела организованог криминала или кривичног дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, претежнији од последица кривичног дела које је учинио окривљени сарадник).¹⁰

Странка у споразуму може бити окривљени који је извршио и неко друго кривично дело, а не само дела за која су надлежни судови посебне надлежности. Ово законско решење представља новину коју не треба даље ширити на предмет сведочења, а које свакако може изазвати две ситуације. Прва, када се споразум склапа са окривљеним у истом поступку у којем ће његов исказ бити коришћен (терети се за неко од кривичних дела из делокруга посебне надлежности). Ова ситуација у принципу не може изазвати недоумице. Споразум се закључује са јавним тужиоцем посебне надлежности, који уједно испитује окривљеног у својству сведока, а одлуку о прихватању споразума доноси суд посебне надлежности пред којим се поступак одвија. Друга ситуација, када се споразум склапа са окривљеним у поступку у којем се гони за неко друго кривично дело, а сведочи у другом поступку који се води пред судом посебне надлежности. Овде, није сасвим јасно који јавни тужилац закључује споразум о сведочењу са окривљеним, који од њих процењује значај исказа окривљеног, који суд одлучује о прихватању или одбијању споразума? Како ова питања законски нису регулисана, теоријски се само могу размотрити извесне могућности, док ће поједина кључна питања морати да решава судска пракса.

Како се овде ради о два кривична поступка који се воде поводом различитих кривичних дела, тако да тешко може бити испуњен услов за њихово спајање, најлогичније би било да споразум закључи јавни тужилац који га кривично гони у поступку поводом „класичног кривичног дела“. У овој ситуацији није сасвим јасно како јавни тужилац посебне надлежности може проценити да исказ окривљеног сарадника може имати одговарајући значај. Једино решење би била одговарајућа координација јавног тужиоца и јавног тужиоца посебне надлежности.¹¹ У одредбама Законика о кривичном поступку којима је регулисан споразум о сведочењу окривљеног, овакво решење није наведено. Наведена могућност аутоматски пружа одговор на питање који суд одлучује о споразуму. Када се у виду има немогућност спајања кривичних поступака, то би онда био суд пред којим се води кривични поступак против окривљеног поводом обичног кривичног дела.

¹⁰ Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013, 734.

¹¹ М. Шкулић (2015), 431-433.

За окривљеног сарадника не може бити предложено лице за које постоји основана сумња да је организатор криминалне групе,¹² чиме се избегава блаже кажњавање најодговорнијег лица у ланцу извршилаца. Законодавац међутим не прецизира да ли окривљени сарадник може бити лице које је у дужем периоду руководило криминалном групом, тзв. лидер.

Споразум садржи шест обавезних елемената:¹³ 1) опис кривичног дела које је предмет оптужбе (не би ли се приликом одлучивања суда могло установити шта је тачно окривљени признао); 2) изјаву окривљеног да у потпуности признаје кривично дело поводом којег се против њега води кривични поступак, да ће дати исказ о свему што му је познато у вези са кривичним делом из делокруга посебне надлежности (овом изјавом се обавезује да ће о наведеном делу или делима сведочити у поступку који се води против једног или више извршилаца пред судом посебне надлежности), наводе окривљеног да је упознат са правима и обавезама које произилазе из споразума (у споразуму наводи да је упозорен да је дужан да говори истину, не сме ништа прећутати, да давање лажног исказа у овом својству представља кривично дело, да се не може позивати на погодност ослобођења од сведочења, нити погодност ослобођења од дужности одговарања на поједина питања, која иначе сведоцима припадају); 3) Споразум о врсти и мери кривичне санкције, или врсти и распону казне или друге кривичне санкције (када се препушта суду да прецизира казну у оквиру између законском мимимума и максимума), ослобођењу од казне (у односу на споразум о признању кривичног дела, овде су за окривљеног у погледу бенефиција предвиђене додатне могућности), или обавези јавног тужиоца да одустане од кривичног гоњења, ако је окривљени свој исказ на главном претресу дао у складу са наведеним обавезама; 4) Обавезни део представља споразумевање о трошковима кривичног поступка, одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, имовинскоправном захтеву ако је поднет; 5) За разлику од споразума о признању кривичног дела, овде законодавац инсистира на потпуном одрицању странака и браниоца од права на жалбу (ово стога што суд прихвата споразум решењем, против којег није омогућена посебна жалба, јер се решењем само прихвата споразум, али се кривична ствар не решава коначно); 6) Као потврда пуноважности, последњи обавезни елемент јесте потпис странака и браниоца.

У односу на одузимање имовинске користи произишле из кривичног дела,¹⁴ споразумевање у погледу имовине проистекле из кривичног дела

¹² Законик о кривичном поступку-ЗКП („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014), члан 320, ст. 3.

¹³ ЗКП, чл. 321.

¹⁴ Кривични законик-КЗ („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014). КЗ у члану 91. предвиђа да нико

предвиђено је као факултативни елемент споразума.¹⁵ У том погледу је пружен већи простор за споразумевање и дискрециону оцену јавног тужиоца.

Ако окривљени сарадник испуни све обавезе предвиђене споразумом, као што је наведено, за узврат може добити неку од следећих бенефиција: ублажавање казне, ослобођење од казне, одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења. Овакве погодности су најпре предвиђене у међународним документима, а након њихове ратификације инкорпорисане у национална законодавства већине држава, међу којима је и наша, на шта указују поменуте одредбе ЗКП РС.

2.2. Доказна вредност исказа окривљеног сарадника

Окривљени сарадник сведочи пред судом посебне надлежности. Током сведочења, његов је положај заснован на правилима која се иначе односе на права и дужности сведока. Када је о правима реч, постоје извесна ограничења. Не може се позивати на одређена процесна права иманентна сведоку, као што су могућност ослобођења од дужности сведочења (када је са окривљеним против којег сведочи у одређеном законском односу) и могућност ослобођења од дужности пружања одговора на поједина питања (питања која би њега или њему блиска лица изложила тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу).

Пре закључења споразума, јавни тужилац позива окривљеног да самостално и својеручно, детаљно и потпуно, опише све што му је познато о кривичним делима из делокруга тужилаштва посебне надлежности. Из наведеног произилази тужичева процена значаја окривљениковог исказа, односно да може бити у својству окривљеног сарадника. Самим закључењем споразума о сведочењу са јавним тужиоцем, окривљени преузима обавезу да ће у својству сведока дати исказ против једног или више оптужених за кривична дела посебне надлежности (ако се кривично гони за неко друго кривично дело, па се воде одвојени поступци). Када надлежни суд прихвати споразум, у оквиру координације о којој је било речи, јавни тужилац доставља специјалном тужиоцу све списе, не би ли се исти уверио у оправданост сведочења окривљеног сарадника. Окривљени сарадник се испитује након саслушања оптуженог или оптужених на главном претресу, при чему је дужан да истинито исказује и да не прећути ништа што му је

не може задржати имовинску корист прибављену кривичним делом. Решењем Апелационог суда у Београду, Кж1. 2036/2012 предвиђено је да је суд у обавези да од окривљеног одузме имовинску корист коју је стекао извршењем кривичног дела, независно од тога да ли је оштећени истакао имовинскоправни захтев.

¹⁵ЗКП, чл. 321.

познато о предмету суђења.¹⁶ Законодавац овде говори о предмету суђења, а како он може бити знатно ширег опсега о чему окривљени сарадник не може и није дужан поседовати све информације, пре би се могло говорити о предмету сведочења. Након испитивања, окривљени сарадник се удаљава из суднице¹⁷, што је изузетак у односу на опште правило да увек мора присуствовати главном претресу (осим када му се суди у одсуству, или је због ремећења реда удаљен из суднице). Овај се изузетак посебно има у виду када се окривљени гони у истом кривичном поступку у којем је закључио споразум о сведочењу и у којем сведочи против других оптужених пред судом посебне надлежности. У овом случају, суд надлежан за изрицање пресуде окривљеном сараднику је управо суд посебне надлежности, што даље упућује на то да је окривљеном сараднику ускраћено право да присуствује сопственом суђењу. Ова законска одредба се оправдава потребом да се окривљени сарадник заштити од нелагодности даљег боравка у судници са другим окривљенима против којих је сведочио.¹⁸

Од почетка преговора са јавним тужиоцем до доношења одлуке о споразуму окривљени мора имати браниоца.¹⁹ Обавезна одбрана је предвиђена како би окривљени имао стручну помоћ која му је неопходна ради разумевања значаја и последица закљученог споразума, такође и за отклањање сумње да је на њега вршен недозвољени притисак. Ако се против окривљеног сарадника води поступак за дело за које је забрањена казна затвора у трајању од осам година или тежа казна, он мора имати браниоца до правноснажног окончања кривичног поступка, односно доношења пресуде од стране надлежног суда.²⁰ То би значило да би у оваквој ситуацији бранилац, након испитивања окривљеног сарадника и његовог удаљавања из суднице, требао присуствовати поступку до правноснажности пресуде у односу на окривљеног сарадника.

ЗКП РС не садржи посебна правила у погледу оцене исказа окривљеног сарадника. Одсуство посебних правила упућује на то да ће се приликом оцене којег је степена доказни кредибилитет исказа окривљеног сарадника суд руководити општим правилима која иначе примењује при оцени исказа свик учесника у поступку. Исказ окривљеног сарадника суд цени у оквирима начела слободне оцене доказа, слободног судијског уверења, искустава стечених у пракси, као и уз коришћење учења о психологији исказа. Мимо ових општих правила, питање има ли мотива за давање лажног исказа изискује додатну опрезност суда. Иако као припадник

¹⁶ ЗКП, чл. 325.

¹⁷ ЗКП, чл. 325. ст. 2.

¹⁸ Г. П. Илић *et al.*, *op. cit.*, 746.

¹⁹ ЗКП, чл. 320, ст. 4.

²⁰ ЗКП, чл. 74. тачка 2.

криминалне организације најбоље познаје њену структуру и активности, неспорно је да окривљени сарадник има интерес да кривични поступак тече у одређеном правцу.²¹ Његова сарадња не мора бити показатељ спремности да поштује законе. Увек се има у виду могућност лажног сведочења, како би када год се укаже прилика теретили личне непријатеље, криминалну конкуренцију и сл. Овакво поступање се своди на извршење кривичног дела давања лажног исказа, за које се услед отежаног доказивања у сваком конкретном случају, сведоци уопште у нашој судској пракси ретко кривично гоне.²² У том погледу се значајни резултати могу постићи унакрсним испитивањем окривљеног сарадника. Наиме, ради се о лицу које пре закључења споразума има својство окривљеног, а након тога и наравно прихватања споразума од стране суда, својство сведока.

Позната изрека Johna Wigmorea је да је “унакрсно испитивање најбољи инструмент за откривање истине”²³. Унакрсно испитивање спроводи супротна страна, а од посебног је значаја приликом испитивања сведока кога је предложио тужилац (када испитивање врши окривљени против којег сведочи окривљени сарадник или његов бранилац), било да је његова функција конструктивна или деструктивна. Без задирања у детаље унакрсног испитивања, сврха ове технике је да се провери тачност и истинитост података и чињеница изнесених на главном испитивању, исте се разјасне и оцени веродостојност исказа сведока који је дат током главног испитивања. Притом, треба напоменути да није нужно увек га спроводити, већ онда када главно испитивање има штетан резултат по супротну страну. Код споразума о сведочењу окривљеног, бранилац (унакрсни испитивач) најпре полази од тога да сведок (током главног испитивања) није био у потпуности искрен, јер је морао да сведочи оно што је тужилац желео, да би добио на крају повољан споразум о сведочењу.²⁴ Имајући у виду мотив сведочења код кривичних дела са елементима организованог криминала, те сумњу у веродостојност исказа, иако није нужно, унакрсно испитивање окривљеног сарадника се у највећем броју случајева спроводи у пракси. Како је техника главног, унакрсног и додатног испитивања настала у САД још крајем 18. века, а код нас преузета продором и прихватањем англоамеричких института, као

²¹ Peter J. P. T., op. cit., 3-4. Cesare Beccaria, Diderot, Mittermaier, у својим делима наводе да се суд не може ослонити на исказ окривљеног сарадника као истинит, јер онај ко је и сам крив за злочин, не може имати пун кредибилитет.

²² Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, 213.

²³ John Wigmore, *The science of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*, III издање, 1937.

²⁴ Robert Lochary, *Вештине заступања у кривичним поступцима- Приручник за адвокате*, 2013, 40.

релативно нова доказна техника, посебно техника унакрсног испитивања представља вештину која захтева и време и праксу да се развије.

3. СПОРАЗУМ О СВЕДОЧЕЊУ ОКРИВЉЕНОГ У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА

3.1. Основне одлике споразума

Споразум о сведочењу окривљеног као облик споразума о признању кривичног дела (споразум о признању са клаузулом о сведочењу, *testimony plea bargaining*) регулисан је Федералним правилима кривичног поступка (11. Правило).²⁵ Процес преговарања започиње низом састанака окривљеног, браниоца и тужиоца. Окривљени споразумом преузима обавезу да призна кривично дело поводом којег се против њега води кривични поступак и обавезу сведочења против саучесника, у циљу њиховог процесуирања, а за узврат добија све оне погодности које садржи споразум о признању кривичног дела.²⁶ Корист је обострана, како на страни оптужбе, тако и на страни одбране. Суд је пасиван, не учествује у преговорима, већ само доноси коначну одлуку о прихватању или одбијању споразума, а у случају прихватања, изриче казну уговорену споразумом. Договор се може постићи о врсти и висини кривичне санкције, или врсти и распону кривичне санкције, у којем оквиру суд одмерава казну руководивши се Смерницама за кажњавање. При ублажавању казне, суд процењује: значај помоћи окривљеног, истинитост, потпуност и поузданост сведочког исказа окривљеног сарадника, природу и обим помоћи, опасност која може претити окривљеном и члановима породице након сведочења од стране припадника криминалне организације, или чак шире криминалне заједнице.²⁷ Казну испод законски обавезне минималне казне, може оправдати значајна помоћ органима гоњења у процесуирању других лица, поготову ако се међу њима налази вођа криминалне организације.

²⁵ При разматрању института окривљеног сарадника у САД узимају се у обзир одредбе којима је регулисан споразум о признању кривичног дела.

²⁶ *Adamson v. Ricketts*, 789 F. 2d 722, 731 (9th Cir. 1986). Ухапшен и оптужен због убиства истраживачког новинара, Адамсон је са тужиоцем закључио споразум о признању кривичног дела који је садржао клаузулу о сведочењу. Сведочио је против две особе од стране којих је ангажован да изврши убиство, а претходно је признао извршење дела. Три године након прихватања споразума, Адамсон је сарађивао са властима. На основу његовог сведочења, Џејмс Робинсон и Макс Дунлап осуђени су због завере и убиства првог степена, а Адамсону је смањена казна са 49 на 20 година затвора.

²⁷ *United States Commission, Chapter Five of the Guidelines Manual, 2002, 5K1.1 (a).*

У пракси је било случајева да споразум производи негативне последице по окривљеног. Током дужег периода сведочења²⁸, могуће је да тужилац намерно или ненамерно одступи од своје обавезе из споразума. То се обично дешава када тужилац да препоруку суду у погледу изрицања одређене кривичне санкције, без залагања, након чега суд не прихвати његову препоруку.²⁹ У оваквој ситуацији, оптужени може повући признање и одступити од споразума, али се тиме не решава проблем јер је већ сведочио против других лица. Ово је једна врло незгодна позиција која окривљеног сарадника доводи у опасност, нарочито ако на основу његовог сведочења дође до осуде лица против којих је сведочио. Пресудом *Santobello v. New York* прокламовано је нарушавање праведности поступка услед оваквог тужиоачевог понашања.³⁰

Истинитост сведошког исказа окривљеног, такође утиче на ефекте споразума. Наиме, ако постоје докази да је окривљени сарадник припадник криминалне организација, а притом се против њега води поступак за неко од кривичних дела организованог криминала, постоји висок степен вероватноће да су информације које пружа истините. Као део те организације, добро је информисан, добро познаје њену структуру.³¹ Објективно, ово би била идеална ситуација која у пракси не би изазивала потешкоће. Упркос томе, дубоко је укоренења колективна аверзија према тзв. доушницима, изазвана њиховом нелојалношћу, као и различитим мотивима сведочења.³² Осим тога, забринутост изазива и степен тужиоачеве контроле, који може доделити бенефиције сведоку иако зна или претпоставља да је сведошки исказ лажан. У наведеном поступку од 1992. Гравано је са федералним тужиоцем склопио споразум о признању кривице у замену за сведочење против Готија, вође криминалне групе Гамбино. Готи је осуђен на казну доживотног затвора без могућности условног отпуста, због убиства и рекетирања. Гравано је провео свега три године у затвору, упркос учешћу у деветнаест убистава и многим другим кривичним делима. Као разлог за сарадњу навео је жељу да свој живот промени и одступи од криминалних активности.³³ Иако је постојала сумња у поузданост, исказ је прихваћен (што у пракси није једини случај).

²⁸ Spencer Martinez, „Bargaining for Testimony: Bias of Witnesses Who Testify in Exchange for Leniency“, *Cleveland State Law Review*, vol. 47, no. 2, 1999, 148.

²⁹ Вељко Турањанин, „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичном процесном законодавству Србије“, *NOVA PRAVNA REVIIJA*, 2/2012, 67.

³⁰ В. Турањанин, *op. cit.*, 67, фн. 13.

³¹ Peter J. P. Tak, „Deals with Criminals: Supergrass, Crown Witness and Penitenti“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 5, no. 1, 1997, 5.

³² S. Martinez, *op. cit.*, 144, фн. 22. *United States v. Greene*, 697 F.2d 1229, 1235 (5th Cir. 1983).

³³ S. Martinez, *op. cit.*, 145.

Не би ли се избегао ризик од давања лажног исказа, у САД се велики значај придаје унакрсном испитивању сведока.³⁴

3.2. Утилитаристички и ретрибутивистички приступ

Утилитаристичка концепција сарадње (усвојена као политика правосудних органа) своди се на анализу трошкова и користи, где се споразумно окончање кривичног поступка превасходно правда прагматиком процесне економије (Принципи Савезног Тужилаштва дозвољавају да пре него што ступи у преговоре са окривљеним, тужилац направи утилитаристички обрачун³⁵). Нагодбом као поједностављеном виду поступања у кривичним стварима, правосудни органи смањују своје трошкове, тако да остатак средстава могу искористити у друге сврхе (рецимо гоњење учинилаца других кривичних дела). Из тог контекста не треба изоставити браниоца коме понекад финансијски може бити повољније да уместо редовним путем поступак оконча споразумно (економисти овде говоре о трошковима заступања). Најпотпунији утилитаристички модел сарадње који иде у правцу економске анализе, потиче од Ian Weinstein-а који као полазну тачку узима Смернице за кажњавање, које су створиле „тржиште“ за сарадњу. На том тлу, оптужени су „добављачи“, њихова је роба „сарадња“, док су тужиоци „купци“.³⁶

Утилитаристи институт окривљеног сарадника сматрају корисним за тужиоца, окривљеног и друштво. Тужилац добија признање кривице и сведочење окривљеног против других саизвршилаца кривичних дела (признањем се знано скраћује процедура, а у случајевима када другим истражним методама није могуће прибавити информације о кривичним делима припадника организоване криминалне групе, информације које окривљени сарадник пружа током сведочења могу бити једини доказ), а окривљени као бенефицију, изрицање блаже кривичне санкције. Друштвена корисност огледа се у самој осуди извршилаца тешких кривичних дела, чиме је једним делом лишено опасности.

Ретрибутивисти у сарадњи виде скривене елементе одмазде.³⁷ Окривљени сарадник (када изузмемо бенефиције) бива кажњен на други начин. Организоване криминалне групе функционишу попут породице, те

³⁴ S. Martinez, op. cit., 155.

³⁵ The Department of Justice's, Principles of Federal Prosecution, Part F, 1980.

³⁶ Ian Weinstein, "Regulating the Market for Snitches", *Buffalo Law Review*, vol. 47, 1999, 563-630.

³⁷ Joshua Dressler, Peter N. Thompson, Stanley S. Wasserman, „Effects of Legal Education Upon Perceptions of Crime Seriousness: A Response to Rummel v. Estelle“, *Wayne Law Review*, vol. 28, no. 3, 1982, 27-34.

одвајање сарадника из групе може бити болно (притом доживљавајући презир не само од стране своје групе, већ и шире криминалне заједнице). Колективна аверзија према тзв. доушницима дубоко је укореењена у појединим државама, а темељи се на његовој нелојалности. У најмању руку он бива одбачен из шире заједнице криминалаца, а неретки су случајеви да он и чланови његове породице буду изложени физичком и психичком насиљу као једном виду освете.³⁸

За поједине окривљене сарадња може бити средство кроз које он доживљава „покајање“. У самом почетку већина окривљених сарађује из неке своје личне користи, док временом може испливати на површину искрена жеља окривљеног да се покаје за своја недела (тзв. теорија помирења).

ЗАКЉУЧАК

Без сумње, тежња да се постигне што ефикаснији кривични поступак где се признањем знатно скраћује кривична процедура, а сведочењем прибављају информације до којих се на други начин не би могло доћи и тако доприноси процесуирању и осуди припадника или вођа организованих криминалних група, оправдавају увођење института окривљеног сарадника у наше кривичнопроцесно законодавство. Питање мотива сведочења и у крајњој линији истинитости сведочког исказа, завређује пажњу посебно у пракси. Корумптивне везе припадника криминалних организација са правосудним и државним органима дубоко укореењене у сваком друштву, остају вечити, нерешиви проблем. Значај технике унакрсног испитивања се не може оспорити, посебно када се ради о сведочењу окривљеног сарадника, али је нажалост и мимо њене дугогодишње примене у пракси САД превагу однео утилитаристички концепт, где обострана корист од сарадње анулира истину, која само теоретски остаје крајњи циљ кривичног поступка. То свакако не значи да га треба занемарити, посебно у нашој законској регулативи која је по том питању поприлично оскудна. Ради успешне реализације института окривљеног сарадника, потребна је свеобухватнија и прецизнија законска формулација његових елемената. У погледу бројних сегмената, наш је законодавац остао недоречен. Изостављено је обавезно присуство браниоца у моментима када му је одбрана најпотребнија, након сведочења, односно након што је своје обавезе испунио. Потребно је тада кроз активност браниоца пружити му додатне гаранције да ће суд донети

³⁸ United States Commission, Chapter Five of the Guidelines Manual, 2002, 5K1.1 (a) (4): “Any injury suffered, or any danger or risk of injury to the defendant or his family resulting from his assistance.”

пресуду која ће бити у складу са споразумом. Наведена су само нека од бројних питања која могу у пракси изазвати потешкоће. Како би ефикасност дала своје праве резултате, неопходно је допунити поједине законске одредбе, а постојеће детаљније регулисати.

Mirjana DJUKIĆ

Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

AGREEMENT ON THE WITNESS-TESTED TO THE TRUTH OR
SIMPLIFICATION OF THE CRIMINAL PROCEDURE

Summary

Although in the criminal trial theory of our and most of the countries legally foreseen by this institute, deeply rooted aversion towards the accused associate (and not only in relation to him, but settlement in general), primarily because his testimony can be differentially motivated, it is nevertheless applied in practice, whereby the judiciary is guided by the utilitarian conception. Particular concern is caused by the corruptive links of members of criminal organizations with the judicial and state organs, who, despite the suspicion of the truthfulness of the testimony of the defendant's associate, seeks to simplify the procedure as soon as possible, ignoring the principle of truth. As a role model, jurisprudence in the United States should be used, in which it is intended to somehow remove the suspicion of the reliability of the defendant's testimony through cross-examination. Considering the lack of theoretical attitudes of our criminal procedural theory in this matter, the author devotes one part of the paper to the technique of cross-examination and its significance in the institute of the defendant associate.

Keywords: *agreement on the testimony of the defendant, organized crime, efficiency of criminal proceedings, principle of truth, cross-examination*

ЛИТЕРАТУРА

A. Rahman (Solicitor) and J. Lennon (Barrister), *Supergrass evidence, The law, practice and development of supergrass evidence in England*, доступно на: http://insidetime.org/articleview.asp?pa=50&c=supergrass_evidence.

A. v. Ricketts, 789 F. 2d 722, 731 (9th Cir. 1986).

W. Ian, "Regulating the Market for Snitches", *Buffalo Law Review*, vol. 47, 1999.

D. Joshua, P. N. Thompson, S. S. Wasserman, „Effects of Legal Education Upon Perceptions of Crime Seriousness: A Response to Rummel v. Estelle“, *Wayne Law Review*, vol. 28, no. 3, 1982.

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).

Законик о кривичном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014).

Закон о потврђивању Конвенције Уједињених Нација против транснационалног организованог криминала и допунских протокола („Сл. лист СРЈ-Међународни уговори“, бр. 6/2001).

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација против корупције („Сл. лист СЦГ-Међународни уговори, бр.12/2005).

И. Ђорђе, Ш. Милан, *Организовани криминалитет*, Београд, 2012.

И. Горан, М. Миодраг, Б. Слободан, Т. Александар, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013.

12. К. Саша, *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012.

Кривични законик („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014).

M. Spencer, „Bargaining for Testimony: Bias of Witnesses Who Testify in Exchange for Leniency“, *Cleveland State Law Review*, vol. 47, no. 2, 1999.

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.)

Simons M. A, „Departing ways: Uniformity, Disparity and Cooperation in Federal Drug Sentences“, *Villanova Law Review*, vol. 47, no. 4, 2002.

Т. Вељко, „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичном процесном законодавству Србије“, *NOVA PRAVNA REVIIJA*, 2/2012.

Так Р. Ј. Р., „Deals with Criminals: Supergrass, Crown Witness and Pentiti“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 5, no. 1, 1997.

The Department of Justice's, *Principles of Federal Prosecution, Part F*, 1980.

United States Commission, *Chapter Five of the Guidelines Manual*, 2002.

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.).

H. Graham, „Agreements for Cooperation in Criminal Cases“, *VANDERBILT LAW REVIEW*, vol. 45, no.1.

<http://vault.fbi.gov/john-joseph-gotti-jr>

Ш. Милан, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007.

Ш. Милан, *Кривично процесно право*, Београд, 2014.

Ш. Милан, *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015.

ПРАВНОЕКОНОМСКА НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Душанка ЈОВОВИЋ*

330.831.4/.8

ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ КОНЦЕПТА ДРУШТВЕНЕ ПРАВИЧНОСТИ КАО ЦИЉА ЕКОНОМСКЕ ПОЛИТИКЕ

Апстракт: Упркос настојањима носилаца економске политике да креирају и реализују мере којима се обезбеђује што правичнија расподела створене вредности, растуће неједнакости су обележје глобалног економског развоја у дужем временском периоду. Као такве, предмет су многих расправа у теорији и анализи економске политике. Када разматрају концепт правичности, носиоци економске политике првенствено имају у виду расподелу благостања међу људима. При том, неспорно да је максимизација тржишне ефикасности легитиман циљ једино уз пуно уважавање захтева друштвене правичности. Анализа овог проблема у економској науци води готово увек до актуелног питања међусобног односа државе и тржишта.

Кључне речи: *друштвена правичност, тржишна ефикасност, неокласична економска теорија, држава благостања*

1. УВОД

Однос између категорија друштвене правичности и економске ефикасности је предмет бројних разматрања и контроверзи. По многим теоретичарима, реч је о највећем компромису који се намеће у мноштву друштвеноекономских димензија економске политике. Јер, очигледно је да савремена тржишна привреда може обезбедити задовољавајући степен економске ефикасности у употреби ограничених ресурса и социјалну правду искључиво уз одговарајућу интервенцију државе. Међутим, треба увек имати у виду да свака државна интервенција на плану повећања друштвене правичности има утицаја на економску ефикасност.

Инструменти који стоје на располагању носиоцима економске политике у настојању да остваре што је могуће бољу комбинацију тржишне ефикасности и друштвене правичности значајни су, и неопходно их је утемељеном научном анализом истражити. Али, при том треба увек имати на уму да потреба за установљавањем система расподеле дохотка и пореско-

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, dusanka.jovovic@pr.ac.rs.

трансферног система који је прихваћен као „праведан“ може у значајној мери релативизирати ефекат мера економске политике које имају за циљ подстицање ефикасности привређивања. Примера ради, издвајање веће суме новостворене вредности у циљу задовољења правичности у садашњости може условити смањење макроекономске ефикасности у будућности и аналогно тој чињеници довести до нижих зарада запослених у годинама које долазе. Тиме структура пореза и трансфера процењених као прогресиваних у статичком смислу, може бити потпуно неприхватљива, посматрана у динамичком контексту. Као лимитирајући фактори у реализацији мера економске политике могу се појавити и читав низ ситуација када распрострањено веровање у сврсисходност слободне тржишне конкуренције и неинтервенционистичког односа према кључним привредним питањима може спречити усвајање појединих мера или пак отежати њихово деловање.

Пикети¹ је у свом делу *Капитал у 21. веку* на основу веома обимне статистичке грађе покушао да дође до одговора на питање због чега је током последњих пола века и дуже дошло до испољавања стално растућих неједнакости у расподели дохотка у свету². Дошао је до закључка да је просечна зарада од капитала била између три и четири пута већа од просечне стопе раста продуктивности, што је по дефиницији водило знатно бржем расту прихода од капитала у поређењу са растом зарада запослених. Аутор сматра да снаге капитализма воде неконтролисаном расту неједнакости и концентрацији богатства у рукама малог броја људи на врху друштвене пирамиде. По његовим речима, овај процес значи не само враћање капитализма деветнестог века, већ враћање у капитализам много раније. Пикети овај капитализам назива речима *патримонијални капитализам*, у коме доминира наследно богатство. У таквом капитализму доминантне позиције, по Пикетију, не заузимају талентовани појединци, већ пребогате династије.

Полазећи од напред истакнутих констатација, предмет овог рада представља концепт друштвене правичности, посебно у светлу креирања и примене одређених мера економске политике. Акценат је на сагледавању његове утемељености у теорији и анализи економске политике. Истраживачка хипотеза гласи: савремена држава и поред уважавања императива смањења неједнакости у расподели створене вредности и континуиране примене најразличитијих мера пореске политике и политике социјалних трансфера, још увек није успела да компромис између раста ефикасности привређивања и смањења неједнакости у расподели новостворене вредности реши на задовољавајући начин.

¹ Томас Пикети (фран. Thomas Piketty, 1971 -).

² Пикети, Т. *Капитал у XXI веку*, Академска књига Нови Сад, 2015. стр. 111.

Поред увода и закључних разматрања, структуру рада чине четири целине. У првој се истражује место категорије друштвене правичности у главним школама економске мисли. У другој се сагледава суштина концепта друштвене правичности у економији благостања. У трећој је учињен осврт на феномен државе благостања. Коначно, у четвртој целини се говори о кризи државе благостања и Окуновом³ концепту тзв. „пробушене канте“.

2. ДРУШТВЕНА ПРАВИЧНОСТ У ЕКОНОМСКИМ КОНЦЕПТИМА

У економским концептима и разматрањима, категорију друштвене правичности могуће је разликовати у најразличитијим аспектима. Као три основна теоријска правца се најчешће помињу: либерализам, социјализам и либертаријанизам.

Либерална школа мишљења према третирању друштвене правичности и постављања оквирних координата за примену овог принципа у вођењу економске политике може се поделити на два правца: приступ неокласичне економске школе и теорија правичности Ролса⁴. У економској науци се доминантно писало о неокласичној економској школи и њеном ставу према феномену правичности у расподели створене вредности, док се о Ролсова теорија правичности помињала готово фрагментарно. Додуше Ролсов концепт друштвене правичности је првенствено филозофска категорија.

Својеврстан одговор на ширење идеја марксизма, почетком осме деценије деветнаестог века представља настанак неокласичне школе, која означава епоху обнове класичне економске мисли. Оснивачи овог правца били су француски економиста Леон Валрас⁵, енглески економиста Стенли Џевонс⁶, аустријски економиста Карл Менгер⁷ и енглески економиста Алфред Маршал⁸. Нит која обједињује теоријске опсервације ових истраживача је одбацивање радне теорије а прихватање субјективне теорије вредности по којој цене роба не зависе од количине утрошеног рада у њиховј производњи, већ од величина њихових граничних корисности. Неокласична школа је економске процесе посматрала из перспективе хомо економикуса чији је циљ био максимизирање користи, док су фактори производње сматрани продуктивним (кроз добијање награде власника према вредности граничног производа). „Реч је о функционалној расподели где се не улази у питања ко је,

³ Артур Окун (енгл. *Arthur Okun*, 1928—1980).

⁴ Џон Ролс (енгл. *John Rawls*, 1921- 2002).

⁵ Леон Валрас (франц. *Marie-Esprit-Léon Walras*, 1834-1910).

⁶ Стенли Џевонс (енгл. *Stanley Jevons*, 1835-1882).

⁷ Карл Менгер (нем. *Karl Menger*, 1902-1985).

⁸ Алфред Маршал (енгл. *Alfred Marshall*, 1842-1924).

у којој мери и зашто власник неког фактора производње. Дакле, за ефикасну алокацију производних чинилаца узима се нека унапред дата дистрибуција својинских права над средствима за производњу, знања, квалификација, итд. Одатле произилази да дистрибуција радних и нерадних доходака међу становништвом (висина најамнина, камата, ренти) зависи од цена појединих фактора и од првобитне дистрибуције власништва над производним чиниоцима⁹. За поборнике неокласичне економске школе, основне друштвене вредности су приватно власништво и предузетништво, слободна конкуренција, економски либерализам и примена математике у економској анализи.

Нешто другачији приступ, али такође у оквиру либералне школе мишљења представља Ролсова теорија правичности¹⁰. У поједностављеној интерпретацији може се рећи да његов приступ тежи *максимизацији права за чланове друштва на дну лествице*. Принцип правичности у расподели, по Ролсу, полази од следећих претпоставки: а) постојање једнаких права на основне слободе, б) постојање једнаких могућности, и в) друштвене и економске неједнакости треба да доносе највеће користи најугроженијим чловима појединих друштвених група. До таквих закључака, аутор је дошао пошавши од хипотезе о тзв. почетном положају у којем појединци не могу предвидети свој будући положај у друштвеној стратификацији, нити могу предвидети своје тржишне потенцијале. Искључиво у стању тзв. почетног положаја које је морално неутрално, појединци бирају циљано стање расподеле. Будући да знају да ће изједначавање резултирати смањењем дохотка за расподелу, али не и какав ће бити њихов положај на лествици дохотка, уз претпоставку одређеног степена аверзије према ризику, они се конкретно опредељују за облик расподеле који максимира најнижи доходак.

У економском погледу важи принцип разлике који каже да се неједнакости у расподели новостворене вредности регулишу на начин који преферира учешће најлошије стојећих чланова друштва. Другим речима, Ролс се залаже за друштво са социјалном правдом. Овим, он одбацује процес неконтролисаног развоја капитализма заснованог на принципу слободног тржишта. Тржиште није једини инструмент регулације економских односа, већ и држава има своје место у остварењу правичности, полазећи од начела давања подједнаких шанси свим члановима друштва у остваривању грађанских права. Слобода и једнакоправност било ког грађанина не сме бити угрожена економским неједнакостима. Држава мора поштовати и штитити темељни принцип да се слобода појединца не може ни по коју цену новчано валоризовати. Међутим, и ова теорија је критикована у делу

⁹ Бајец Јуриј, Јоксимовић Љубинка, *Савремени привредни системи*, Економски факултет, Београд, 2006., стр.129.

¹⁰ Rols, Džon (енгл. John Rawls), *Теорија правде*, ЈП Службени лист СФРЈ, CID, Београд, Подгорика, 1998, стр. 72.

неостваривости хипотеза о почетном положају и посебно нереалности премисе о моралној неутралности у пракси.

Основна разлика између концепта друштвене правичности Ролса и приступа неокласичне економске школе садржана је у чињеници да се побољшање у Парето¹¹ ефикасности код неокласичара постиже помаком у ком је битно да се померају у благостању особе није догодио на рачун неког другог, а сви остали имају једнако благостање као и пре помака, но уопште није битно је ли се тај помак у благостању догодио код особе са врха или дна доходне дистрибуције. Код Ролсове теорије управо је то битно, и то је оно што је разликује од претходна два приступа.

Етимолошко порекло речи *социјализам* значи друштво, друштвеност, подруштвљеност. Сваки привредни систем могуће је по критеријуму власништва означити као капиталистички и социјалистички. Основа капиталистичког система је приватно власништво, али њему није страни ни државно власништво. Социјалистичко искуство старо је два века, зачеци социјализма налазе се у почецима радничког покрета у Енглеској и Француској у првој половини 19. века. Раднички покрет у тим земљама јавља се као практична критика капитализма.

Либертаријанисти су мишљења да је тражење остварења принципа правичности могуће са аспекта појединаца, али да потрага за друштвеном праведношћу нема никаквог смисла. Један од главних представника овог правца је аустријски либерални економиста и политички филозоф, лауреат Нобелове награде за економију у 1974. години, Фридрих Хајек¹². За Хајека је исправно говорити о томе ли је одређени друштвени исход добар или није, али нема логике расправљати да ли је он правичан или није. Ово због чињенице што је друштво скуп појединаца, а појединци стварају доходак, а не друштво. Према томе, он сматра да је на тржишна дистрибуција новододате вредности *per definition* праведна уз услов једнаких могућности приступа тржишту, што значи да нема потребе за прерасподелом¹³.

Други познати представник либертаријанистичке школе је амерички политички филозоф Роберт Нозик¹⁴ који се наслања на филозофе који заговарају „природни закон“ којима се морално оправданим и природњеним правом појединаца сматра (неограничено) уживање плодова властитог рада све док оно не угрожава слободу других¹⁵. Нозик разрађује тезу о индивидуалним природним правима темељеним на хипотези да је свака особа свој прави морални власник. Следи, морално је оправдано да особа

¹¹ Вилфредо Парето (итал. *Vilfredo Pareto*; 1848-1923).

¹² Фридрих Хајек (нем. *Friedrich Hayek*, 1899-1992).

¹³ Хајек, Ф., *Пут у ропство*, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 139.

¹⁴ Роберт Нозик (енгл. *Robert Nozick*, 1938-2002).

¹⁵ Nozick, R., *Anarhija, država i utopija*, Jesenski & Turk, Zagreb, 2003., стр. 102.

употребљава „спољне“ ресурсе себи на корист и то до оне мере до које то не штети другима. Из таквог се приступа проблем правичности и домен улоге државе премешта Нозиковим речником на дефинисања правила и прописа која ће осигурати „праведност у стицању“, а свака је прерасподела уз правилно дефинисани оквир који осигурава „праведност у стицању“ неправедна. Он ипак одбацује анархистичку тврдњу да свака држава крши наша права, али оправдава једино минималну државу која штити само од насиља и преваре.

Нозик се залаже да улога државе ограничена пре свега на пружање заштите и сигурности појединцима који живе у њеним границама (тзв. минимална држава). Неједнакости у богатству по Нозику су оправдане ако су производ слободних и неприсиљених споразума између сагласних одраслих људи који крећу с праведних почетних позиција. Власничка права морају да се поштују, посебно уколико је имовина стечена на поштен начин или је она на одговарајући начин пренесена с једне на другу особу. Ово становиште подразумева подршку минималној влади и минималним порезима и супротставља се прерасподели и држави благостања.

3. КОНЦЕПТ ДРУШТВЕНЕ ПРАВИЧНОСТИ У ЕКОНОМИЈИ БЛАГОСТАЊА

Економија благостања је област економске теорије која проучава деловање економске политике на благостање свих припадника друштва. Не бави се описом функционисања привреде, већ проценом колико она добро функционише¹⁶. Развила се током двадесетог века доприносима многих познатих економских теоретичара Зачетник економије благостања је енглески економиста Артур Пигу¹⁷. Алокација ресурса подразумева потпун опис ко шта ради и ко шта добија. За дати скуп потрошачких укуса, ресурса и технологија, алокација је ефикасна у смислу Парета ако не постоји ни једна друга алокација која резултира да неки људи буду на добитку, а да нико други не сноси губитак.

Побољшање животних услова људи, по њему, кључно је питање економије као научне дисциплине. То опредељење је усмерило представнике овог правца у економској теорији да највише пажње поклоне социјалним проблемима и настојању ка што праведнијој расподели новостворене вредности у циљу повећања друштвеног благостања.

Временски, економија благостања настаје у периоду прерастања либералног у монополистички капитализам. Неки аутори економију

¹⁶ Бег, Д. Фишер, С. & Дорнбуш, Р. (Beg D. Fischer, C& Dornbusch Rudi), *Економија*, Датастатус, Београд, стр. 259.

¹⁷ Артур Пигу (енгл. *Arthur Pigou*, 1877-1959)

благостања везују за утилитаристе одговора на питање како обезбедити „највећу срећу за највећи могући број“, што значи да је у формирању концепта наглашено био присутан морално-етички фактор.

По присталицама економије благостања треба разликовати категорије хоризонталне и вертикалне правичности. Прва подразумева истоветан третман једнаких лица, а друга неједнак третман неједнаких лица¹⁸. Пожељан степен једнакости је вредносна категорија.

У реалном животу, креатори економске политике се увек суочавају са конфликтом између правичности ефикасности. „Редистрибутивно опорезивање повећава јаз између цене које плаћају потрошачи (са којим су изједначене граничне корисности) и цене коју остварују произвођачи (са којим су изједначени гранични трошкови). Равнотежа слободног тржишта неће изједначити гранични трошак и граничну корист, па ће се јавити неефикасност.“¹⁹

Многе неравнотеже су последица испољавања тржишних поремећаја. Несавршена конкуренција (монополи и олигополи) екстерналије, проблем непотпуне информисаности доводе до неефикасности. Додатно, многе реалокације које су резултат деловања одређених мера економске политике неким људима повећавају ниво благостања, супртно, другима погоршавају. Начелно, није могуће судити да ли су такве реалокације, добре или нису добре, без вредносних процена у вези компарације благостања различитих људи.

Прерасподела доходака се темељи на принципу да одређен износ додатног дохотка значи пуно више сиромашном него богатом појединцу. Стога, прерасподела повећава укупно задовољство. Даље начело да су повољне све промене које чине да је неким боље ако због њих није никоме другоме лошије. Сматра се да је нека економска промена повољна за укупно благостање и ако они који њоме добијају могу надокнадити оне који њоме губе а да им још увек буде боље. Сва су питања економије благостања прожета вредносним судовима, па се она сматра претежно нормативном економијом.

Трансферна плаћања могу бити са економском наменом и социјалном наменом. Трансферна плаћања са економском наменом подразумевају прерасподелу једног дела бруто домаћег производа преко јавних расхода у корист привредних предузећа, грана, области, региона. У њиховој основи налазе се економски мотиви. Трансферна плаћања са социјалном наменом се односе на прерасподелу једног дела бруто домаћег производа у корист појединца или одређених друштвених слојева и група. У њиховој основи налазе се социјални мотиви. Процена дистрибутивних ефеката пореза је

¹⁸ Ibid, стр. 276.

¹⁹ Ibid, стр. 276-277.

сложеног карактера. „У друштву постоји много група, а ефекат на сваку може да буде различит. Неки сиромашни појединци могу да буду оштећени, неким се може помоћи; неким појединцима са средњим приходом може да се помогне, други могу да буду оштећени. Унеким случајевима може се највише помоћи богатим, док би сиромашни добили умерену помоћ, а припадници средње класе би били на незнатном губитку“²⁰

4. ДРЖАВА БЛАГОСТАЊА

У периоду после Велике економске кризе и Другог светског рата, дошло се до закључка да се мора афирмисати држава као активни учесник у економском и социјалном животу са новим и бројним репертоаром инструмената интервенције, чиме су присталице концепције "државе благостања" надмоћно савладале присталице неокласичног приступа.

Као типични представници "државе благостања" у Европи се могу навести скандинавске земље, Француска, Немачка, Велика Британија (нарочито у време владавине лабуристичких влада), Аустрија, Холандија, док су САД ступиле на пут "државе благостања" Рузвелтовим Њу дилом. Даљи развој "државе благостања" има за циљ да корист коју сваки грађанин добија путем колективних услуга буде већа од његовог доприноса у виду пореза. Познато је да свака тежња ка наглашеном егалитаризму има негативне последице на мотивацију предузетника и слабљење привредне активности, а акценат се са производње дохотка помера на његову редистрибуцију. Међутим, неке анализе показују да трансфери дохотка нису ефикасни ни у отклањању сиромаштва и да је тешко прерасподелити доходак на начин који би дугорочно побољшао положај групама којима се доходак трансферише.

У економији благостања, третман државе је другачији од оног који јој се намењује у минималистичким концепцијама. Држава не само да преузима активну улогу у друштву, пре свега према главним социјалним актерима, представницима капитала и рада, већ се намеће и као кључни фактор решавања разарајућег социјалног конфликта, гради и гарантује нови институционални аранжман који се темељи на класном компромису. Ова концепција се карактерише по снажној улози у редистрибуцији дохотка и по месту које та редистрибуција има у остваривању класног мира.

У теоретским разматрањима и истраживањима постоје различита становишта о узроцима настанка и развоја државе благостања. У најелементарнијем смислу, могуће је их класификовати у два основна правца:

²⁰ Стиглиц, Ј. (Joseph Stiglitz), *Економија јавног сектора*, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2013., стр. 112.

а) структурни б) друштвенополитички. Код структурног гледишта нагласак је на томе да је држава благостања заправо последица структурних кретања у развоју држава и њихових привреда. Јавља се као одговор на структурне факторе, привредни раст, индустријализацију, демографска кретања обележена демографском транзицијом и тенденцијом демографског старења. Овај приступ који је познат још и под називом теорија конвергенције, узроке настанка државе благостања види као последичан одговор на структурне промене као неминовног пратилаца привредног развоја. Држава благостања повећавајући издатке за социјалне намене преузима функцију заштите социјалне сигурности, а која је пре била у домену проширене породице, цркве и феудалних власника. Социополитички приступ истиче улогу социјалног притиска у политичком процесу чији је резултат стварање и развијање различитог оквира режима државе благостања. У социополитичким анализама различите развојне фазе државе благостања представљају се као континуирани компромис класног сукоба између радника и капиталиста у модерним демократијама. Засновани према закону великих бројева, организовани раднички покрети мобилишу политичку моћ кроз демократски процес да би „ублажили“ економску моћ власника капитала – покушавајући у политичком процесу извући концесије у виду нове дистрибуције ресурса у друштву. Бројне су компаративне студије показале да земље са снажним синдикатима или дугом традицијом владавине социјал-демократских странака имају више издвајања за социјалну потрошњу.

5. КРИЗА ДРЖАВЕ БЛАГОСТАЊА И ОКУНОВ КОНЦЕПТ „ПРОБУШЕНЕ КАНТЕ“

Развитак државе благостања лагано долази у кризу у првој половини осамдесетих година претходног века. Економска реалност почиње поново да преиспитује доминантне теоријске ставове и да доводи у сумњу ефикасност њихових инструмената, а немогућност да се избори са стагфлацијом доводи у кризу некејнсијанску економску мисао којој се супротставља монетаризам. У Великој Британији је практични монетаризам заснован пре свега на Фридмановом учењу²¹, док је у САД примењен као комбинација три савремена правца, монетаризма, теорије рационалних очекивања и економије понуде.

После дуготрајних дебата о већој делотворности монетаристичког или кејнсијанског модела, теорија јавног избора занемарује ову дилему и полази од критике државног регулисања, али не и потпуног негирања улоге државе која би требало да се задржи само на заштитној функцији. Ова теорија сматра да чак ни производња јавних добара није довољан повод за

²¹ Милтон Фридман (енгл. *Milton Friedman*, 1912-2006).

мешање државе у економију, пошто разни порески обвезници извлаче различите користи од државних програма. Наравно, критика лоших страна државе у економској сфери не значи истовремено и веру у безгрешност тржишта, већ само у његову релативну већу ефикасност у поређењу са државом као оптималним алокатором ресурса. Иако је делатност државе усмерена на интервенцију у случајевима тржишнихотказа, у пракси због различитих узрока (ограничености информација, несавршености политичког процеса, немогућност контроле бирократије, непредвидивост деловања економских субјеката) долази и до "отказа владе", тј. ситуација када држава није способна да омогући оптималну алокацију ресурса. Такозвана економска контрареволуција (у односу на кејнсијанску револуцију) потпуно повлачи државу из привреде, смањује буџетске приходе, смањује јавне расходе и демонтира социјалну државу. Промењена улога државе у привредном животу у овом периоду названа је регулаторном реформом.

Паралелно се у економској литератури јављају теорије и модели који настоје објаснити споменути кризу и понудити одређена решења. Свакако је један од најутицајнијих модел „пробушене канте“ Артура Окуна из 1975. године²². Он у свом моделу „пробушене канте“ разматра како прерасподела доходака у друштву (опорезивањем) може пореметити економску ефикасност. „Предузимајући кораке ради прерасподеле дохотка од богатих ка сиромашним, државе би могле да нанесу штету економској ефикасности и да смање износ националног дохотка доступног за расподелу. С друге стране ако је једнакост социјално добро, исплати се плаћати за њега“²³.

Данас, дакле, већина земаља предузима разне кораке да би помогла сиромашнима и смањила неједнакости у друштву, али се у последњим годинама као резултат различитих гибања, а пре свега због убрзане информацијско-технолошке револуције, глобализације и демографских процеса говори о новој кризи државе и друштава благостања, па се у већини европских земаља проводе одређене реформе државе благостања.

Залаже се не за велику већ за снажну државу имајући притом у виду довољно снажне владе и јавне власти које могу створити и развијати оквир који ће бити подстицајан за укупни социјални развој и социјалну правичност. Заговарају се приступ и мере које ће резултирати „економији знања“, а у склопу тих мера значајна се улога придаје владама које су одговорне за макроекономску стабилност и фискалну дисциплину, те подстицање технолошког развоја и иновација са значајним инвестицијама у образовање.

²² Okun, Artur, (Arthur M. Okun), *Equality and Efficiency, the Big Tradeoff*. Brookings Institution, Washington, D.C. 1975., str. 237.

²³ Samuelson, Paul. Nordhaus, William, *Ekonomija, Mate*, Zagreb, 2009., str. 393.

ЗАКЉУЧАК

Прецизно препознавање концепта друштвене правичности који се потом примењује у различитим моделима економске политике више је него захтеван задатак. На практичном нивоу, демократски системи га решавају демократским процедурама, како на нивоу законодавне тако и на нивоу извршне власти, мерама пореске политике и разноврсним социјалним трансферима.

Кључне функције државе у области економије су везане управо за реализацију два у основи контроверна циља: унапређења ефикасности и постизања праведне расподела дохотка. У свим прогресивним привредним системима, економска политика полази од опредељења да тржиште одређује производне циљеве. Док држава настоји да пореским системом и трансферним давањима учествује у решавању проблема правичности.

Директно повезана са економијом благостања је и концепт државе благостања, у чијој се основи налази мишљење да прогресивним опорезивањем, прерасподела националног дохотка и регулисање привредног живота може допринети остварењу економије благостања. Дакле, при разматрању расподеле мора се увек водити рачуна о односу економских интереса појединаца и друштва. Идеално, односно стање равнотеже између приватног и друштвеног интереса, неопходно је мешање државе у економске токове.

Dušanika JOVOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE THEORETICAL BASES OF THE CONCEPT OF SOCIAL JUSTICE AS A GOAL OF THE ECONOMIC POLICY

Summary

Despite the efforts of the economic policy holders to create and realize the measures which provide a more fair allocation of the created value, growing inequalities have been a characteristic of the global economic development in a longer period of time. As such, they have been the subject of numerous discussions in the theory and analysis of the economic policy. When considering the concept of justice, the economic policy holders primarily have in mind the allocation of well-being among people. Thereby, maximization of the market efficiency is undoubtedly a legitimate goal only with the full respect of the

demands of social justice. The analysis of this problem in the economic science almost always leads to the current issue of the mutual relationship of the state and market.

Keywords: *social justice, market efficiency, a neoclassical economic theory, the state of well-being.*

ЛИТЕРАТУРА

Бајец, Ј. Јоксимовић, Ј., *Савремени привредни системи*, Економски факултет, Београд, 2006.

Бег, Д. Фишер, С. & Дорнбуш, Р.; *Економија*, Датастатус, Београд, 2010.

Nozick, R. *Anarhija, država i utopija*, Jesenski & Turk, Zagreb, 2003.

Стиглиц, Џ. *Економија јавног сектора*, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2013.

Okun, A. *Equality and efficiency, the big tradeoff*, Brookings Institution, Washington, DC, 1975.

Пикети, Т. *Капитал у XXI веку*, Академска књига, Нови Сад, 2015.

Rols, Dž., *Teorija pravde*, JP Službeni list SFRJ, CID, Beograd, Podgorica, 1998.

Хајек, Ф. *Пут у ропство*, Службени гласник, Београд, 2012.

Samuelson, P. Nordhaus, W. *Економија*, Mate, Zagreb, 2009.

Стиглиц, Џ. *Економија јавног сектора*, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2013.

Др Љубомир МИТРОВИЋ*

347.726(497.11)

ЗАДРУГЕ У ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ И МОГУЋНОСТИ ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ ЗАДРУЖНИХ НАЧЕЛА

Апстракт: Задруга је специфична привредна организација чије је интерес унапређење пословања њених чланова (задругара), али не и максимизирање профита. Ти интереси темеље се на задружним начелима. Задружна начела су основна правила организовања и функционисања задруга у оквиру различитих делатности (производња и продаја пољопривредно-прехрамбених производа, изградња и одржавање стамбених и пословних простора, заједничка набавка роба и услуга, израда и продаја занатских производа и услуга, обављање повремених и привремених послова и сл.). Она су прожета изворним и трајним вредностима задругарства као и потребама извесног прилагођавања задруга системским променама. У том смислу у раду се претежно анализира правно-економски оквир Закона о задругама и указује да он представља значајну подлогу за унапређење задружних начела. Усклађивање нашег Закона о задругама са законодавством ЕУ, као и његова примена у пракси, омогући ће јачање и унапређење задружних начела, а тиме и побољшање положаја задруга у привреди и друштву.

Кључне речи: задруге, задругари, задружне вредности, задружна начела, задружни савези, правно-економски оквир.

1. Задруге су традиционално најзначајнији облик удруживања и пословног организовања физичких и/или правних лица, односно задругара, у циљу њихове економске, социолошке, културне и еколошке одрживости. Оне су правно лице и императив су модерног и продуктивног привредног развоја, јер имају значајне могућности за повећање ефикасности и рационалности привређивања и пословања, не само у области производње, већ и у области потрошње и размене.

Питање задруга и задругарства се посебно данас актуелизују и то више него јуче. Ово из разлога што савремени концепт привређивања инсистира на развоју задругарства, које у њој има посебну улогу и друштвену функцију. Међутим, већина задруга не обавља своје функције, то јест не помаже задругарима у организовању производње, као и у откупу и

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, ljubomir.mitrovic@pr.ac.rs.

продаји њихових производа. Тиме оне не делују у духу својих изворних принципа и богате историјске традиције на нашим просторима. Оне „тапкају у месту“ чекајући да у Србији коначно почне најављивана реформа задругарства.¹

Данас за ефикасне промене потврду налазимо у најновијим законским прописима који регулишу савремени тржишни начин привређивања, као што су прописи о својинским односима, прописи о оснивању предузећа и прописи, о задругама и сл. Наиме, данас питање задруга као посебне врсте привредних организација уређено је у нашој држави (Републици Србији) путем Закона о задругама из 2015. године². ЗЗ замењен је претходни закон који је донет 2006. године, а у коме је био садржан значајан број одредби прописа о задругама из ранијег периода, почев од 1996. године. У ЗЗ садржано је више кључних одредби, прописа о задругарима које су усклађене са регулативом задруга у економски развијеним земљама, посебно у земљама ЕУ. У том контексту у овом раду настојимо да размотримо правно-економски оквир задруга у домаћем законодавству и сагледамо могућности за унапређење задруђних начела.

2. Имајући у виду да је задруга *sui generis* привредна организација, то се организује у складу са основним правилима њиховог организовања и рада – задружним начелима, која су важећа за све врсте задруга, односно за задруге у свим делатностима. Задружна начела су утврђена од стране Међународног задружног савеза³ и она имају обележје међународног документа. Оснивање, устројство и рад задруге као привредне организације се регулише законом⁴, али је целисходно у циљу очувања и јачања изворних вредности задругарства, да се законским прописима уважавају поменута начела. Према ЗЗ, задруга се оснива и послује на задружним вредностима које се спроводе у складу са задружним принципима.

На основу докумената усвојених на 31. конгресу Међународног задружног савеза (одржан у Лондону 1895. године), задругарство се темљи на следећим вредностима (самопомоћ, демократичност, једнакост, солидарност и моралне вредности):

¹ Вид: Закон о задругама. Службени лист СРЈ, бр. 41/96 и бр. 12/98. Службени гласник РС, бр. 46/95, бр. 101/05 и бр. 34/06.

² Закон о задругама – ЗЗ, Службени гласник РС, бр. 112/2015.

³ Задружни савез Југославије, Век и по задругарства, Београд, 1995, с. 10-11.

⁴ Правни оквир задружног деловања у ЗЗ карактеришу одређене специфичности, односно правила на основу којих се задруге разликују од предузећа, односно привредних друштава, међу којима су: број оснивача задруге, лица која могу да буду задругари, делатност, основни капитал, право гласа, кворум, доношење одлука, расподела добити.

– Самопомоћ подразумева законом дозвољену акцију одређене друштвене групе задругара, која је заснована на раду и средствима њених чланова, с намером остваривања заједничког улагања рада и средстава, у циљу унапређења пословања задругара.

– Демократичност се испољава кроз учешће чланова задруге у доношењу одлука, односно у управљању том организацијом. У доношењу одлука примењује се принцип, односно начело „један човек – један глас“, без обзира на унету имовину и њихово социјално обележје, чиме се одређује формална једнакост и равноправност у управљању задругом. Треба нагласити да демократско управљање означава истражену вољу већине, а не сагласност сваког члана задруге.

– Наравно, остваривање задружне демократије доноси сукобе различитих ставова, али оно треба да значи владавину и контролу од стране задружне већине, а не осамостаљених незадругара, организатора и менаџера који су запослени у њој.

– Сви чланови задруге, без обзира на социјални статус, полну, етничку и верску припадност имају могућност да постану равноправни чланови задруге, под једнаким условима. Исто тако, свим члановима задруге су једнако доступне услуге задруге. Сагласно правилима, чланови задруге су једнаки у обавезама према задрузи.

– У циљу пораста ефикасности пословања задругара, односно задруге, солидарност у задругама значи облик међусобног пословног повезивања и узајамног помагања. Исто тако, солидарност значи свест и потребу узајамне одговорности за економски и социјални положај појединих чланова задруге. У задрузи функционише принцип „сви за једнога – један за све“, а то изражава суштину принципа солидарности.

– Задругарство се такође заснива на моралним вресностима. Наиме, чланови задруге верују и треба да верују у искреност, отвореност, друштвену одговорност и бригу за друге. Заправо, без међусобног поверења заинтересованих лица, оснивање задруге није практично могуће.

Оснивање и рад задруга се заснива на следећим Међународним задружним принципима односно начелима: добровољно и отворено чланство; контрола од стране задругара; економско учешће задругара; аутономија и независност задруге; образовање, обука и информисање кадрова; међународна сарадња задружних организација и брига за заједницу. Како је наше разматрање усмерено на правно – економски оквир задруга у домаћем законодавству, усресредићемо се у наставку на основна начела организовања и функционисања задруга⁵ и то:

⁵ Вид: чл. 4. 33.

– Задруге су добровољне организације, отворене за сва лица, која могу да користе њене услуге и која прихватају одговорност чланова, права и обавезе без обзира на полне, социјалне, расне, политичке и верске разлике. То значи да прихватањем задружних начела Међународног задружног савеза, законом не треба да се ограничава учлањавање лица у задругу по основи поменутих обележја. Наравно, у пракси је готово немогуће да се обезбеди апсолутна примена овог принципа, односно начела.

– Сваки задругар има једнако право гласа у управљању и контроли пословања задруге (по принципу: један човек – један глас, односно један задругар – један глас)⁶;

– Принцип економског учешћа задругара остварује се тако што чланови доприносе капиталу својих задругара и демократски га контролишу. Задругарима припада право на ограничену накнаду, ако је примају, на име капитала насталог оснивачком улогом чланова. Чланови издвајају вишкове за неке од следећих циљева:

1) Развој задруге, што се може остварити кроз успостављање задружног фонда чији је макар један део недељив;

2) Подела задругарима у сразмери са њиховим трансакцијама које су имали са задругом;

3) Подршка другим активностима одобреним од стране чланства.

– Аутономија и независност задруга се заснива на самосталности организације, самопомоћи задруге којом управљају и коју контролишу задругари. Поред тога, задруга чува своју самосталност, независност, демократску управу својих чланова и када закључује уговоре са другим субјектима, укључујући и државу (органе), или када прикупља капитал од трећих лица;

– Образовање, обука и информисање односи се на улогу задруге да обезбеди образовање својим задругарима, изабраним представницима, менаџерима и запосленима, да би они могли ефикасно доприносити развоју своје задруге и информисању шире јавности (пре свега младих);

– Међузадружна сарадња пружа могућности да задруге најделотворније служе својим члановима тако што раде заједно кроз локалне, регионалне, националне и међународне структуре;

– Брига за заједницу се испољава кроз активности задруге, а у складу са одрживим развојем својих заједница кроз политику одобрене од стране њихових чланова.

⁶ Вид: Commission of the European Communities, Draft Consultation Paper Cooperatives in Enterprise Europe, Bruxelles, 2001., p. 6.

3. Задруга као привредна организација послује на задружним принципима, како би остварила своје економском социјалне, културне и друге интересе. Задругари (физичка лица) оснивају и у задругу улажу одређена новчана и друга средства, у њој раде, њоме управљају и у њој одлучују о свом економском и друштвеном интересу. Она им проширује и омогућава не само већу економију, већ и повећање обима пословности и његове ефикасности и рационалности. Заправо, примарни циљ задруге није добит, као код приватних предузећа, већ у задругама је то унапређење друштвено – економског положаја својих чланова – задругара, кроз заједничку активност на начелима узајамности, правичности и солидарности. Другим речима, задруга не тежи максимизирању вишка вредности, односно профита, већ остварењу одређених интереса свих чланова.⁷

Имајући у виду да је задруга привредна организација, то значи да приврешћује у складу са основним економским принципима. Значи, она остварује приходе, расходе и добит. До прихода долази реализацијом производа и услуга. Наравно, задруга може да оствари и губитак, што значи да је изложена пословном ризику, али се може рећи да је тај ризик мањи него код предузећа, односно привредних друштава. Разлог томе је што предузеће тежи максимизирању добити доносно профита. Јер, што је већи профит, то је већи и ризик његовог остварења. Поред тога, уколико предузеће жели да повећа профит, то значи да треба под осталим нормалним условима на тржишту да повећа и обим производње и промет услуга. Дакле, пораст профита, односно добити је резултат пораста бруто прихода, а то је у условима изражене конкуренције на тржишту тежак задатак, који је могуће остварити уз значајне напоре и ризик.

Међутим, задруга као привредна организација нема исти циљ (максимизирање профита), већ да оствари одређене циљеве, односно интересе чланова задруге, односно задругара. Наравно, свака привредна организација, па и задруга како би опстала и развијала се мора да оствари добит. Другим речима, задруга не послује са губитком, јер тада би дошло до умањења њене имовине. О оствареној (годишњој) добити и њеној расподели, одлучује скупштина задруге након усвајања финансијског извештаја. Наиме, добит се најпре расподељује⁸ за покриће губитка пренетих из ранијих година, затим, у фондове за различите намене (ако су образовани) и за исплату нето добити или приписивању добити улозима задругара (осим у случају задруга које послују са чланарином). На крају нераспоређена добит преноси се у

⁷ Уредбом статута Европске задруге одређује се појам задруге као правног лица (субјекта) чији је првенствени циљ задовољење потреба њених чланова и/или развој њихових привредних и друштвених делатности. Вид: Council Regulation (EC) No. 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE).

⁸ Вид: чл. 58 - 59. 33.

наредну пословну годину, или се користи за унапређење задруге. Уколико ових средстава задруга има, доћи ће до јачања способности самофинансирања задруге у обављању њених делатности, односно смањивања потреба за коришћењем скупих банкарских кредита.

4. Средства, односно, основни капитал⁹ Здруге чине улози задругара или чланарине ако се задруге оснивају без улога задругара. Они могу бити новчани и неновчани. Улози задругара не морају бити једнаки. Ова законска новина (одредба) у односу на претходни Закон (из 2006. године) даје могућност за развој задругарства. Наиме, чињеница је да интереси задругара (по обиму и вредности) нису једнаки, па нема ни потребе да једнаким уделима, па и за једнаким бројем гласова када се ради о управљању задругом. Иначе основни капитал задруге може се повећати (одлуком скупштине задруге) улозима нових задругара, повећањем улога постојећих задругара или пак претварањем нераспоређене добити (расположивих резерви за те намене). Такође, одлуком скупштине задруге може се смањити оснивачки капитал, али не испод законом прописаног минималног новчаног оснивачког капитала (минимални оснивачки капитал задруге износи 100 динара).¹⁰

Други начин формирања основног капитала задруге је из чланарине задруге (ово се односи на задруге које се оснивају без улога). Износ чланарине одређује се задружним правилима у једнаком износу за све осниваче, као и за задругаре који приступе након оснивања. Имовина задруге, заправо може се формирати¹¹ из улога или чланарине задруга, средстава остварених радом и пословањем задруге и средстава које је задруга стекла на друге (дозвољене) начине. Иначе, имовину задруге чине, право својине на покретним и непокретним стварима, новчаним средствима и хартијама од вредности и друга имовинска права.

Имовина задруге је у задружној својини и она њоме управља, располаже и користи је у складу са њеним правилима. Задруга може да послује¹² у своје име и за свој рачун, затим, у своје име и за рачун задругара, а у складу са уговором о оснивању, односно задружним правилима. Треба истаћи, да задруга може у оквиру регистроване делатности, односно делатности одређене у оснивачком акту, да обавља послове и са лицима која

⁹ Вид: чл. 16., 20-22. 33.

¹⁰ Минимални основни капитал Европске задруге не сме бити мањи од 30 000, 00 евра. Такође, основни капитал Европске задруге може се повећати накнадним уплатама или пријемом нових чланова и може се смањити целовитим или делимичним повраћајем уплата, али не испод прописаног минимума. Вид: чл. 1. Уредбе Европске задруге (SCE).

¹¹ Вид: чл. 53. 33.

¹² Вид: чл. 54 – 56. 33.

нису задругари и за њих, а у складу са задружним принципима и закљученим уговором и задружним правилима. Исто тако, пореде имовине задруге, задруга у свом пословању може да користи рад задругара и средства у својини задругара и других правних и физичких лица. Задруга у правном промету одговара за своје обавезе целокупном својом имовином, а задругари одговарају за обавезе задруге до висине свог улога, док према трећим лицима задругари одговарају лично, сопственом имовином.

5. Задруга је правно лице и према ЗЗ, задругари (основачи) могу да буду само физичка лица (домаћа и страна). Заправо, задругар је физичко лице¹³ које је члан задруге и у целисти или делимично послује преко задруге, односно које преко задруге продаје своје производе односно услуге, набавља производе или користи услуге потребне за обављање своје делатности или на други начин непосредно учествује у обављању делатности ради којих је задруга основана. Задруга постаје правно лице уписом у регистар који води орган надлежан за послове регистрације привредних субјеката. Задруга као правно лице не може се организовати као привредно друштво у смислу закона којим се уређују привредна друштва или као други облик организовања, нити се може припојити или спојити са привредним друштвом или другим правним лицем које није задруга, нити променити облик у привредно или друго правно лице. Међутим, код земаља ЕУ, односно Словеније, могуће је чак предвидети не само да задруге оснивају правна лица, већ да се предузеће организује као задруга.¹⁴ Дакле, наш важећи ЗЗ, дефинише задругу као правно лице и као посебан облик организовања физичких лица (задругара), али не и/или правних лица на добровољној основи како је универзално прихваћен концепт. Чињеница је да овај концепт по препорукама Уједињених Нација требало би да прихвате и усвоје сва национална законодавства¹⁵. Исто тако, препоруке Уједињених Нација, али и Међународне организације рада¹⁶, као и Међународног комитета за промоцију и развој задруга¹⁷, је да се код држава у Закону о задругама користи дефиниција задруге дата у Декларацији о задружном идентитету коју је 1995. године прихватила и усвојила Међународна задружна

¹³ Вид: чл. 2, 3, 14 – 16. ЗЗ.

¹⁴ Поред тога, Статутом Европске задруге, ако то није у супротности са националним прописима државе-чланице у којој задруга има регистровано седиште, могуће је прописати да члановима задруге могу бити и она лица која не намеравају да користе или производе робу и услуге. Европске задруге и тада ће имати статус чланова-улагача.

¹⁵ UN document A/56/73-E/2001/68 Report of the Secretary – General: „Cooperatives in social development“ United Nations, New York, 14 May 2001.

¹⁶ 2002 ILO Recommendation No. 193 on the promotion of cooperatives.

¹⁷ COPAC (Committee for the Promotion and Advancement of Cooperatives)

асоцијација (савез)¹⁸. У том контексту поставља се питање, зашто код нас привредна предузећа не би могла да формирају задругу као заједничку набавку сировина, као и предмета потрошње за своје раднике. Исто тако кад потрошачке задруге у оквиру које би се успоставила и развијала веза између производње и потрошње. Подсећамо, такође, да је наше законодавство требало да прихвати универзални концепт задруге, јер Задружни савез Србије је у чланству Међународног задружног савеза, затим због чланства Републике Србије у Уједињеним Нацијама, као и чланство у Међународној организацији рада. Активности и резултати ових организација на пољу јачања задружног законодавства¹⁹ чине Упутства за задружно законодавство, настала под окриљем Међународне организације рада. Универзални концепт задруге данас је нашло своју практичну примену како на регионалном, тако и на нивоу националних закона у упоредном праву. У том контексту можемо видети решења из словеначког Закона о задругама²⁰.

6. Имајући у виду да према 33, улози задругара не морају бити једнаки, а то значи и неједнако право управљања, али и неједнака одговорност за обавезе задруге код пословања у своје име и за свој рачун. То може бити у функцији развоја задруге као специфичне привредне организације. Наиме, то ће представљати шансу за пораст запослености, као и за обезбеђење прихода и добити (а не максимизирању профита) задругара са већим уделом са једне стране и за остваривање одређених интереса задругара са мањим уделима, са друге стране. У задрузи, задругару се врши валоризација удела, чиме се настоји да се чува његова идеална вредност. Међутим, према 33 улог и удео улога задругара се не могу враћати задругару, залагати, нити бити предмет извршења или обезбеђења задругара за време трајања статуса задругара²¹. Такође, улог задругара не може се преносити правним послом. Дакле, интереси физичких лица, односно задругара су пре свега, трајно обезбеђење прихода и добити, као и очување реалне вредности имовине коју су уложили у задругу (као свој удео).

7. Задруге у савременим условима привређивања не посматрају изоловано питање друштвено – економског живота. Наиме, њихов развој је тесно повезан са целокупним друштвеним и привредним кретањима у одређеној средини, региону, земљи, па и свету у целини. Данас, она није више само за пољопривреду. Њено присуство у пољопривреди је најмасовније и најзначајније, али то не значи да за задруге као специфичне

¹⁸ International Co-operative Alliance: Statement on the Co-operative Identity.

¹⁹ Henry Hagen: Guidelines for Cooperative Legislation, second revised edition, Geneva, International Labor Office. 2005, p. 5.

²⁰ Закон о задругама Словеније, чл. 4, (Zakon o zadrugah, uvadno prečiščeno besedilo, Uradni list Republike Slovenije št. 62, stran 8664.).

²¹ Вид: чл. 20. 33.

привредне организације постоје забрањене делатности и забрањена подручја. Заправо, претпоставка за њено постојање није одређена грана привреде, већ она може постојати у свим делатностима у којима може исказати своју виталност и економску ефикасност. Зато према 33, задруге се могу оснивати као земљорадничке односно пољопривредне, стамбене, занатске, потрошачке, радничке, студентско – омладинске, социјалне, здравствене, као и друге задруге за обављање делатности из области производње, промета робе, вршења услуга и других делатности у складу са овим законом²². Ово само показује да постоји потпуна слобода у формирању задруга.

Када је реч о земљорадничким односно пољопривредним задругама, треба истаћи да је то типичан облик организовања и унапређења пољопривредне производње и реализације производа. Наиме, задругари кроз задругарство могу да очекују да успешније остваре следеће микроекономске циљеве: повећање запослености, повећање добити, а тиме боље задовољење личних, заједничких производних и инвестиционих потреба или штедње, побољшање услова рада, као и стабилни развој пољопривредног газдинства. Са аспекта микроекономских циљева допринос пољопривредних задруга се огледа кроз повећање укупне пољопривредне производње; унапређење промета пољопривредним и прехрамбеним робама; бржем техничко – технолошком развоју примарне производње и прераде основних пољопривредних производа; задовољењу заједничких потреба у области опште потрошње и повећању запослености; развоју сеоског туризма и складнијем унутаррегионалном развоју.

Стамбене задруге организују се ради изградње стамбено пословних објеката и за потребе њиховог одржавања, а преко истих, заједничка набавка или продаја, што значи да је овде реч о набављачима, продајним, потрошачким и ученичким задругама.

Код занатских задруга ради се о изradi и продаји занатских производа и производа домаће радиности (задруге и задругара). Поред тога, обављају се занатске услуге и снабдевају задругаре материјалом и средствима за производњу.

Потрошачке задруге обезбеђују заједничку набавку роба и услуга за своје задругаре.

Студентско – омладинске задруге, на организовани начин обезбеђују задругарима обављање привремених и повремених послова код привредних субјеката, у складу са прописима којима се уређује област рада, а у циљу стицања допунских средстава за школовање и задовољење основних социјалних, културних и других личних и заједничких потреба.²³

²² Вид: чл. 10. 33.

²³ Вид: чл. 11. 33.

8. Како је циљ задруге унапређење привређивања њених чланова, тако је неопходно да и сама ова организација буде стално усмерена ка променама, предузетништву односно развоју. Супротно томе, стагнација задруге доприноси стагнирању или заостајању њених чланова. Отуда за развој задругарства заинтересована је и сама држава Република Србија, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.²⁴

Посебна заштита огледа се у подстицању задругарства, мерама економске, аграрне и стамбене политике и других мера укључујући и давање одговарајућих олакшица и погодности. Такође и могућности оснивања посебних фондова за развој задруга од стране јединица, локалне самоуправе, односно аутономне покрајине и путем формирања средстава у буџету јединица локалне самоуправе, аутономне покрајине и републике. Према подацима Министарства финансија и привреде, у Србији су данас регистроване 2124 задруге, а 123 000 грађана су чланови неке од задруга. Задруге су организоване у 16 задружних савеза.

Уједињене Нације су 2012. годину прогласиле за међународну годину задруга. Генерална скупштина УН Резолуцијом УН 64/136 о задругарству имала је намеру да подстакне све државе чланице, као и све друге релевантне заинтересоване стране, да искористе Међународну годину задруга за промоцију задруга и подизање свести о њиховом доприносу друштвеном и економском развоју, наглашавајући да задруге у својим различитим облицима, промовишу највише могуће учешће у економском и друштвеном развоју свих људи, а посебно жена, омладине, старијих особа, особа са инвалидитетом, руралних заједница и других. Резолуцијом УН-а о задругарству подстичу се владе да разматрају правне и административне одредбе које регулишу активност задруга у циљу повећања раста и одрживости задруга (у друштвено-економском окружењу које се убрзано мења), кроз пружање једнаких услова за задруге у односу на друга пословна и друштвена предузећа, укључујући и пореске олакшице и приступ финансијским услугама и тржиштима.

Данас у свету има преко 800 милиона задругара организованих у преко 750 000 задруга. Када је реч о ЕУ, задруге постају важније и да имају око 160 хиљада задруга-задружних предузећа у власништву 123 милиона чланова, обезбеђују посао за 5,4 милиона људи – укључујући и око 50 000 задружних предузећа у индустрији и услугама које обезбеђују посао за 1,4 милиона људи – задруге доприносе у просеку, око 5% БДП-а сваке државе чланице.²⁵ Стога, задруге имају веома важну улогу у ЕУ у економском,

²⁴ Вид: чл. 12. 33.

²⁵ Вид: Извештај о задругама и задругарству, доступно на: http://novi.uciteljneznalica.org/PDF/arhiva%20autora/928_Izve%3%85%C2%A1taj%20o%20zadrugars_tvu.pdf, 30. 09. 2017.

социјалном, одрживом развоју, запошљавању, као и да представљају одскочну даску за социјалне иновације и помажу реализацији циља одрживог, економског и социјалног развоја регионалних и локалних задруга.

9. ЗЗ прописује и оснивање задружних савеза, а на основу уговора о оснивању и утврђивању правила савеза.²⁶ Задружни савез у нашем привредном систему је самостална интересна, пословна и стручна организација коју оснивају задруге и други задружни савези ради остваривања, усклађивања, унапређивања, пословног повезивања, заштите и заступања заједничких интереса задруга и задругара. Задружни савези се оснивају по врстама задруга, односно за одређену територију. Тако пољопривредне задруге на пример, имају посебне задружне савезе. Задружни савез се оснива на оснивачкој скупштини усвајањем правила задружног савеза, закључењем уговора о оснивању и избором органа, начин уговора, делокруг њиховог рада, обавезе, одговорности, начин представљања савеза, као и дуга питања. Иначе, може се рећи да задружни савези имају сличности са провредним коморама. Познато је да се у привредну комору удружују предузећа из привреде. У оквиру послова задружног савеза спада подстицање задругарства и унапређење задружних начела и послова задружне ревизије у складу са законом, значи да задруге треба да приступе задружном савезу. Аналогно задругама које се оснивају на добровољној основи исто тако и приступање задруга, задружном савезу треба да буде добровољно, док задружну ревизију врше посебне установе у оквиру извршних и управних органа власти. Поред тога, послови задружних савеза су и представљање задруга у иностранству, остваривање сарадње са задругама и задружним асоцијацијама из иностранства, вођење евиденција о задругама (књига задруга) и задружне статистике и други послови у складу са овим Законом и правилима задружног савеза. За рад задружног савеза средства се обезбеђују у складу са уговором о оснивању, односно правилима задружног савеза, а могу се финансирати од накнаде за извршене ревизије.

10. Задружна начела су основна правила организовања и функционисања задруга у оквиру различитих делатности, као и регулисање њихових односа са члановима односно задругарима и друштвеним окружењем. Она се темеље на изворним и трајним вредностима задругарства, као и потребама извесног пролагођавања задруга променама у привреди и друштву. Другим речима, задруге су специфичне привредне организације чија је улога и значај у остваривању одређених интереса задругара на начелима задругарства. Ти интереси остварују се уз ангажовање задружених ресурса на непрофитабилној основи.

²⁶ Вид: чл. 68 – 75. 33.

Економска активност задруга има за резултат пораст привредне активности. Њихово оснивање углавном је у оним областима, где не постоје могућности за остварење високог профита и где се захтева штедња и рационализација. Поред тога, задруге омогућавају опстанак и развој ситних произвођача који се уједињују ради унапређења производње и продаје, што их чини конкурентијом на тржишту. Надаље, многе потребе задовољавају се преко задруге брже због повољнијих услова набавке. Задруге углавном задовољавају потребе задругара и то по нижим ценама, као и то да ангажују и валоризују сопствени рад задругара. Задруге смањују сиромаштво путем запошљавања (привремено) младих преко омладинских и студентских задруга. Задруга је специфична привредна организација коју сопственим уделима оснивају задругари. У задрузи врши се очување реалног износа инвестиране вредности, као и то да задругари сами одлучују о намени и коришћењу уложених средстава, односно задружне имовине. Надаље, послује на трајно одрживој основи, што све води ка порасту БДП нације. Дакле, развој задругарства у Србији не смањује економску активност осталих привредних организација (предузећа), већ задруге су неопходне ради допуне економске активности тамо где профитноне привредне организације (предузећа) нису заинтересоване, што значи да су предузећа, односно привредна друштва и задруге комплементарне привредне организације. У том смислу правно – економски оквир ЗЗ чини подлогу за унапређење задружних вредности и задружних начела.

Ljubomir MITROVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

COOPERATIVES IN LEGISLATION OF SERBIA AND
POSSIBILITIES FOR IMPROVING COOPERATIVE PRINCIPLES

Summary

Cooperative is a specific economic organization whose interest is to improve the business of its members (cooperatives), but not to maximize profits. These interests are based on cooperative principles. Cooperative principles are the basic rules for the organization and functioning of cooperatives inside of various activities (production and sale of agro-food products, construction and maintenance of residential and business premises, common procurement of goods and services, production and sale of craft products and services, performing occasional and temporary jobs, and etc.). They are the projection of the original and lasting values of the cooperatives, and also the need for a certain adjustment of society to systemic changes. In this sense, the legal and economic base of the Law of Cooperatives is a basis for the improvement of cooperative principles. Harmonization of our Law of Cooperatives with EU legislation, and also its application in practice, will enable the strengthening and improvement of cooperative principles, and hence the position of the cooperatives in the economy and society.

Keywords: *cooperatives, cooperatives, cooperatives values, cooperative principles, cooperative alliances, legal and economic base.*

ЛИТЕРАТУРА

Драгица Божић, Наталија Богданов, Миладин Шеварлић, Економика пољопривреде, Пољопривредни факултет, Београд, 2011.

Зорка Зокић, Жаклина Стојановић, Економика аграра, Економски факултет, Београд, 2008.

Зорка Зокић, Жаклина Стојановић, Задругарство као трећи сектор привређивања Економски видици, бр. 3/2007.

Закон о задругама, Службени лист СРЈ, бр. 41/96, 34/98.

Закон о задругама, Службени поступак РС, бр. 46/95, 101/05, 34/06, 101/015.

Закон о задругама Словеније, чл. 4, (Zakon o zadrugah, uvadno prečišćeno besedilo, Uradni list Republike Slovenije št. 62.).

Закон о регистрацији привредних субјеката, Службени гласник РС бр. 101/2007.

Задружни савез Југославије, Век и по задругарства, Београд, 1995.

Извештај о задругама и задругарству

http://novi.uciteljneznaica.org/PDF/arhiva%20autora/928_Izve%C3%85%C2%A1taj%20o%20zadrugarstvu.pdf (30. 09. 2017.)

COPAC – committee for the Promotion and Advancement of Cooperatives.

Commission of the European Communities, Draft Consultation Paper Cooperatives in Enterprise Europe, Bruxelles, 2001.

Council Regulation (EC) No. 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE).

International Co – operative Alliance: Statement on the Co – operative Identity.

ILO 2002 Recommendation No. 193 the promotion of cooperatives.

Henry Hagen: Guidelines for Cooperative Legislation, second revised edition, Geneva, International Labor Office. 2005.

UN document A/56/73-E/2001/68 Report of the Secretary – General: „Cooperatives in social development“ United Nations, New York, 14 May 2001.

Др Сузана ДИМИЋ*

336.226.112.1(497.11)

ПРАВИЧНОСТ ОПОРЕЗИВАЊА У СИСТЕМУ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК ГРАЂАНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Током последње две деценије, поред традиционалних модела, појављују се нови, алтернативни приступи опорезивању дохотка. Дуални модел и *flat tax* задовољавају већину критеријума на основу којих се врши вредновање модела опорезивања дохотка физичких лица, али су разлози њихове примене првенствено у економској ефикасности јер пружају повлашћени порески третман приходима од капитала у циљу постизања повољних ефеката на штедњу и инвестиције. О традиционалном захтеву за правичношћу, као кључном принципу опорезивања дохотка, не постоји општеприхваћен став зато што је променом вредносних ставова економске филозофије предност у обликовању пореза на доходак дата економској ефикасности у односу на правичност опорезивања.

Класичан *trade off* између правичности и економске ефикасности актуелан је и у пореском систему Србије, посебно имајући у виду нужност реформе опорезивања дохотка. Постојећи систем пореза на доходак грађана у Србији показао је у својој примени неправичност у опорезивању, али и нарушио и друге основне принципе опорезивања. Поставља се питање одабира правац реформе. Мада је вођење рачуна о економској ефикасности опорезивања амбијенту у коме Република Србија покушава да обезбеди привредни раст сасвим оправдано, обликовањем система пореза на доходак грађана требало би обезбедити правичнији приступ решавању опорезивања дохотка.

Кључне речи: начело правичности опорезивања, порез на доходак, порески систем Србије

1. ПОСТОЈЕЋИ СИСТЕМ ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА У СРБИЈИ

Постојећи систем опорезивања дохотка у Србији заснован је на цедуларном опорезивању, уз примену годишњег пореза на доходак као корективног.

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, suzana.dimic@pr.ac.rs

Групом цедуларних пореза обухваћени су различити извори прихода, при чему се примењују различита правила за утврђивање пореске основице, различите пропорционалне стопе и различите пореске олакшице.

1.1. Цедуларни порези

Порески објекат - У погледу обухвата појмом дохотка, законодавац је применио метод енумерације, јер таксативно наводи врсте прихода који подлежу порезу на доходак уз остављање могућности да се порезом на доходак обухвате и остали приходи који нису опорезовани неком од цедула.

Међу њима, у најзначајније са аспекта пореског третмана спадају следеће категорије прихода:

- *приходи од рада* обухваћени су следећим цедуларним порезима: порезом на зараде (плаћају се на примања која запослени остварује по основу радног односа, накнаде и друга примања на основу уговора закљученим са послодавцем о обављању привремених и повремених послова, као и на основу уговора закљученог преко омладинске или студентске задруге, осим са лицем до навршених 27 година живота ако се налазе на школовању у установама средњег, високог или вишег образовања; исплаћена зарада предузетника), порезом на приходе од самосталне делатности (опорезују се приходи које оствари физичко лице обављањем различитих облика самосталне делатности, укључујући и приходе од пољопривреде и шумарства, који су раније представљали посебну цедулу али се није наплаћивала од 2004. године, због тога што није спроведена ревалоризација катастарског прихода). Поред тога, порезом на приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине обухваћени су приходи које физичко лице оствари од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине.

- *приходи од капитала* обухватају: камате по основу зајма, штедних и других депозита (орочених или по виђењу) и по основу дужничких или сличних хартија од вредности; дивиденде, удели у добити, принос од инвестиционе јединице отвореног инвестиционог фонда, приходи од издавања непокретности (до скорашњих измена закона ови приходи су представљали посебну цедулу у систему пореза на доходак у Србији);¹

- *капитални добици* подлежу опорезивању ако су остварени преносом уз накнаду: стварних права на непокретности; ауторских права, права

¹ Вид.: чл. 61. ст. 1. Закона о порезу на доходак грађана Републике Србије ("Сл.гласник РС", бр. 24/01, 80/02 - др. зак., 135/04, 62/06 - испр., 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11-УС, 93/12, 114/12-УС, 47/13, 48/13-испр.,108/13, 57/14, 68/14 - др-зак. (у даљем тексту: ЗПДГ).

сродних ауторским правима и права индустријске својине; удела у капиталу правног лица, акција и осталих хартија од вредности, укључујући и инвестиционе јединице, осим инвестиционих јединица добровољних пензијских фондова;²

- *додатна примања (fringe benefits)* која обухватају: примања у облику бонова, новчаних потврда, робе, чињењем или пружањем погодности, опраштањем дуга, покривањем расхода обвезника новчаном надокнадом или непосредним плаћањем; хартије од вредности које запослени добије од послодавца или повезаног лица са послодавцем, осим акција у поступку својинске трансформације; хартије од вредности које запослени добије на основу правила о награђивању од послодавца или лица повезаног са послодавцем.³

У погледу *трансферних примања* законодавац следи преовлађујући став о њиховом неопорезивању. Нека од таксативно наведених примања су: примања остварена на основу прописа ратних инвалида, родитељски и дечији додатак, накнада за туђу помоћ и негу, накнаде за телесно оштећење, накнада за време незапослености и сл.⁴

Импутирани доходак није објекат опорезивања порезом на доходак грађана у Србији, ни у облику импутиране ренте⁵ нити у облику импутираног дохотка од тзв. нетржишног рада, односно, од сопственог рада за своју корист).

Порески обвезник - У погледу дилеме у избору пореског обвезника, наш законодавац се определио за индивидуално опорезивање, које је, иначе, прихваћено у већини савремених земаља. Определивши се за опорезивање дохотка појединца, а не породице, кроз прописивање пореских олакшица важећим законом се у одређеној мери уважавају породичне прилике пореског обвезника. На пример, ослобођење капиталног добитка за решавање стамбеног питања пореског обвезника и стамбеног питања своје породице, односно, домаћинства.

² Вид.: чл.72. ст.1. ЗПДГ.

³ Вид.: чл.17. ст.1-3. ЗПДГ.

⁴ Вид.:чл. 9. ЗПДГ

⁵ Предлог измена ЗПДГ-а из 2013. године је задржао одредбу по којој би се плаћао порез по основу **приписаног (импутираног) прихода од власништва на непокретности**. Обвезници овог пореза би била лица која поседују више од једне непокретности, за оне непокретности у којима немају пребивалиште или не обављају самосталну делатност, као и лица која поседују пољопривредно земљиште површине веће од 5 ha. Међутим, опорезивање приписаног прихода од непокретности није уведено, јер предлог није усвојен у скупштинској процедури.

Прихваћен је принцип резиденства, по коме је обвезник пореза на доходак резидент Републике Србије,⁶ уз примену принципа извора за нерезиденте, који ће бити обавезни да плаћају порез само на доходак остварен у Србији.

Пореска основица - Приликом утврђивања пореске основице примењује се објективни нето принцип, јер се од прихода одбијају трошкови настали при њиховом остварењу или очувању. Законом се признају трошкови у одређеном проценту од бруто прихода (тзв. нормирани трошкови) или стварни трошкови. У зависности од врсте прихода прописани су различити износи нормираних трошкова. Нормирани трошкови за ауторе, носиоце сродних права и права индустријске својине сврстани су у три групе: 50%, 43% и 34%, уз могућност признавања стварних трошкова. За приходе од издавања непокретности прописан је нормирани трошак од 25%, такође, уз могућност признавања стварних трошкова. Само за приходе који су остварени изнајмљивањем станова, соба и постеља путницима и туристима, под условом да је плаћена боравишна такса, нормирани трошкови су у висини до 50%. Код прихода које је законодавац сврстао у остале приходе прописана је различита висина нормираних трошкова. За целу групу ових прихода они износе 20%, осим код прихода спортиста и спортских стручњака - 50%, а из групе других прихода издвојени су приходи које је физичко лице остварило од продаје пољопривредних и шумских производа, тј. плодова и лековитог биља - 90%.⁷

Поступак опорезивања прихода од самосталних делатности се разликује од осталих цедуларних пореза. Пореску основицу чини опорезива добит која се утврђује у пореском билансу усклађивањем добити исказане у билансу успеха. На та усклађивања прихода и расхода, капиталних добитака и губитака, као и губитака из ранијих година примењује се порески режим опорезивања добити правних лица.⁸ Поред тога, закон даје могућност пореским обвезницима да поднесу захтев за паушално опорезивање. Поред основног услова да обвезник није у стању да води пословне књиге или је њихово вођење отежано, неопходно је да се не ради о некој од категорија предузетника којима право на паушално опорезивање није признато (нпр.

⁶ Резидент је лице које на територији Републике има пребивалиште или уобичајено боравиште (односно, непрекидно или са прекидима борави најмање 183 дана у периоду од 12 месеци), центар пословних и животних интереса, као и лице упућено у иностранство ради обављања послова у дипломатском или конзуларном представништву Републике, или међународну организацију ради обављања послова за Републику Србију (вид.: чл. 7. и 8. ЗПДГ).

⁷ Вид.: чл. 85. ст.3, 5, ЗПДГ.

⁸ Вид.: чл. 33, 35. ЗПДГ.

трговина на велико и мало, хотели, ресторани, послови пореског саветовања, књиговодствени и ревизорски послови).⁹

Пореске стопе - У цедуларном систему Србије примењују се три различите пропорционалне стопе: 10%, 15% и 20%. За сваку врсту цедуларног пореза прописана је посебна пореска стопа, изузев пореза на остале приходе где су у примени две стопе.

Пореске олакшице - Законом је прописано више различитих олакшица.

У групи олакшица *социјално политичког карактера* најважније су:

- прописивање личног одбитка на име егзистенцијалног минимума код пореза на зараде;

- ослобођење од пореза на капиталне добитке уколико порески обвезник уложи средства у решавање свог стамбеног питања и стамбеног питања чланова своје породице, односно, домаћинства;

- умањење обрачунатог пореза код пореза на друге приходе под условом да приход оствари члан ученичке, омладинске или студенске задруге до навршених 26 година живота ако је на школовању у институцијама средњег, вишег или високог образовања.

Од пореских олакшица *економског карактера* треба навести следеће:

- пореска олакшица за запошљавање нових лица и лица са инвалидитетом код пореза на зараде која се састоји у праву послодавца на повраћај дела плаћеног пореза на новозапослено лице, тј. ослобађа обавезе плаћања пореза из зараде за инвалидно лице;¹⁰

- порески подстицаји код пореза на приходе од самосталне делатности по основу улагања у основна средства у сопствену делатност и по основу улагања у складу са прописима којима се уређује подстицање улагања у привреду;¹¹

- пореска ослобођења на динарске депозите и хартије од вредности чији је издавалац Република.

Олакшица *административно техничког карактера*:

- неопорезивање малих згодитака код пореза на добитке од игара на срећу.

⁹ Вид.: чл. 40 ст. 2. ЗПДГ.

¹⁰ Одредбама чл. 21в. и чл. 21г. ЗПДГ детаљно су прописани услови за примену ове олакшице, нпр. под новим лицем се подразумева лице које се налазило код националне службе за запошљавање најмање 6 месеци, као и процентуално одређени део пореза за који се ослобађа за новозапослено лице, нпр. ако је засновао радни однос са најмање једним, а највише девет лица тај износ је 65%.

¹¹ На услове и начин признавања пореских подстицаја предузетницима примењује се порески режим код опорезивања добити правних лица (чл. 39. ЗПДГ).

1.2. Годишњи порез на доходак грађана

Синтетичку компоненту система опорезивања дохотка грађана у Србији чини годишњи порез на доходак.

Порески објекат. - Годишњи порез на доходак не опорезује збир нето прихода из свих извора, изузети су следећи:

- капитални добици;
- приходи од капитала, осим прихода од издавања непокретности који улазе у основицу годишњег пореза на доходак;
- добици од игара на срећу и
- приходи од осигурања лица.

Порески обвезник. - Као корективни, годишњи порез на доходак не опорезује све пореске обвезнике пореза на доходак него само оне коју су остварили доходак изнад одређеног износа. Према постојећој законској одредби, плаћају га само они грађани чији је укупан доходак у календарској години већи од троструког износа просечне годишње зараде по запосленом исплаћене у Републици Србији у години за коју се утврђује порез према подацима органа надлежног за послове статистике.¹²

Пореска основица. - Износ зараде и опорезивих прихода који улазе у годишњи порез се умањују за плаћене порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање. Зарада се умањује за све плаћене порезе и доприносе, а опорезиви приходи за износ плаћених пореза на терет лица које је зараду или приход остварило.¹³ Од тако утврђеног дохотка одбија се износ који представља лимит за улаз у систем годишњег пореза на доходак.

$$\begin{array}{c} \text{доходак} \\ - \\ \text{неопорезиви износ} \\ = \\ \text{доходак за опорезивање} \end{array}$$

¹² Тај износ за опорезивање годишњим порезом на доходак грађана за 2014. годину је 2.211.336,00 динара

¹³ У доходак улази и износ који је исплаћен лицу на име повраћаја доприноса за обавезно социјално осигурање. Највиша годишња основица доприноса је петоструки износ просечне годишње зараде у Србији исплаћене у години за коју се обрачунавају и плаћају доприноси (вид: чл. 43. ст. 1. Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање, "Сл. гласник РС", бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 47/13 и 108/13(у даљем тексту: ЗДОСО). Ако основица за плаћене доприносе прелази износ највише годишње основице за календарску годину, обвезник има право на повраћај тако више плаћеног износа доприноса (вид: чл. 66. ст. 1. ЗДОСО).

Пореска основица, коју чини опорезиви доходак, се добија када се од дохотка за опорезивање одбију лични одбитак и одбитак за издржаване чланове породице, са ограничењем да њихов укупана износ не може бити већи од 50% дохотка за опорезивање.

$$\begin{array}{c} \text{доходак за опорезивање} \\ - \\ \text{(лични одбитак+ одбитак за издржаване чланове породице)} \\ = \\ \text{опорезиви доходак} \end{array}$$

Пореска стопа. - Према постојећем закону у примени су прогресивне стопе годишњег пореза на доходак грађана и то тзв. рашчлањена прогресија, код које је пореска основица подељена на транше.

Пореске олакшице.- У систему годишњег пореза на доходак налазе се две пореске олакшице, чије је прописивање имало за циљ уважавање личних и породичних прилика пореског обвезника. Прву олакшицу чини лични одбитак за пореског обвезника на име егзистенцијалног минимума. Друга олакшица се односи на издржаване чланове породице.

2. (НЕ)ПРАВИЧНОСТ ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА ГРАЂАНА У СРБИЈИ

Хоризонтална правичност значи да би порески обвезници исте економске снаге требало да плаћају исте износе пореза. Да би се то постигло потребно је кроз законом обликоване основне елементе пореза обезбедити правилно одмеравање економске снаге. Упоређивањем општих теоријских претпоставки, као и ставова у пракси и нормативног уређења пореског објекта може се закључити да је наш законодавац, у начелу, исправно поступио. У складу са општеприхваћеном свеобухватном концепцијом дохотка, у порез на доходак укључује све приходе који утичу на повећање економске снаге пореског обвезника. Проблем постоји у томе што се не утврђује његова укупна економска снага, јер се сваки приход опорезује појединачно применом различитих правила.

У поступку утврђивања пореске основице, међу цедуларним порезима постоје *разлике у погледу трошкова* насталих стварањем, односно, очувањем прихода. Код неких прихода закон признаје стварне трошкове, код других нормиране, и то у различитим износима. Поред тога, важећем правним решењима се замера неинсистирање на консеквентном спровођењу начелно прихваћеног објектног нето принципа опорезивања. Законодавац ограничава дејство само на законом предвиђене случајеве, при чему, у неким

случајевима, неоправдано не признаје одбитак трошкова који су у непосредној вези са оствареним прихода. Такође, увођењем категорије нормираних трошкова за поједине категорије прихода омогућио је њихово умањење за реално непостојеће трошкове, будући да се ова привилегија користи независно од тога да ли је порески обвезник стварно имао трошкове.¹⁴ Даље, мешовити систем опорезивања дохотка не даје могућност за пребијање губитака и прихода који потичу из различитих врста прихода, меру која се среће у синтетичким системима¹⁵.

Прописане су *различите пореске стопе*. Поред законом прописаних, постоје и разлике и у погледу ефективних стопа. Укључивањем у анализу нормираних трошкова, који су у различитим износима прописани, добијају се ефективне пореске стопе које се још више разликују у односу на нормиране. Тек тако се могу сагледати разлике у висини пореског терета међу цедуларним порезима.¹⁶ То практично значи да ће обвезници исте економске снаге, у зависности од врсте прихода, плаћати различите износе пореза. Поред тога, такво разликовање има ефекте и у домену годишњег пореза на доходак грађана. У основицу годишњег пореза улази опорезиви приход, чија висина зависи од признатих нормираних трошкова.¹⁷

У остваривању **вертикалне правичности** била је замишљена улога годишњег пореза на доходак, као корективног, који би опорезивао само грађане јаче економске снаге и то применом прогресивних стопа. Међутим, овај порез није успео да допринесе равномерном опорезивању обвезника. Прво, због мањкавости у самој структури, пошто није синтетички порез не може водити рачуна о укупној економској снази пореског обвезника. Он се појављује као допуна аконтационим порезима, а не обрнуто.¹⁸ Друго, и поред примене прогресивних стопа, које подразумевају већи порески терет за обвезнике јаче економске снаге, вертикална правичност је изостала, јер га плаћа мали број пореских обвезника.

¹⁴ Милош Милошевић, Закон о порезу на доходак грађана у светлу члана 91, став 2. Устава Републике Србије, *Анали Правног факултета*, Вол. 56 бр. 2, 305-319, 2008, 315-316.

¹⁵ Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Open Society Inaritude Constitutional and Legislative Policy Institute, Budapest и Савремена администрација, Београд, 1997, 515.

¹⁶ О висини ефективних пореских стопа цедуларних пореза у Србији видети детаљније у: Никола Алтипармаков, *Пореска правичност главних пореских облика у Србији*, "Под лупом 2", Квартални мониторинг бр. 24/2011.

¹⁷ *Детаљ о томе: Борис Беговић, и други, Реформа пореског система (1)*" Центар за либерално демократске студије, Београд, 2003, 80-81.

¹⁸ Марина Ђорђевић, *Контраверзе опорезивања дохотка физичких лица* (докторска дисертација), Економски факултет, Ниш, 2008, 235.

Мањкавост у систему годишњег пореза на доходак грађана се огледа и у погледу одбитака. Механизам одбитака којима се умањује основица годишњег пореза на доходак ставља категорију обвезника који плаћају овај порез у повољнији положај у односу на грађане који нису обвезници годишњег пореза.¹⁹

Упоредивањем прописаних одбитака могу се уочити значајне разлике у њиховој висини. Прописивањем одбитака од основице годишњег пореза на доходак обезбеђује се утврђивање економске снаге пореског обвезника узимањем у обзир његових личних и породичних прилика. Тиме се, уз примену прогресивне тарифе постиже равномерност у опорезивању између обвезника годишњег пореза, али не и вертикална правичност између ове категорије обвезника и осталих обвезника пореза на доходак. Различити износи одбитака указују да је значајно нарушена равномерност у умањењу пореског терета из социјалнополитичких разлога.

Са друге стране, настојање да се прописивањем одбитака обезбеди, бар, у систему годишњег пореза на доходак, остваривање субјектног нето принципа опорезивања није остварена. Због високог цензуса за опорезивање годишњим порезом број корисника ове олакшице је готово занемарљив у поређењу са укупним бројем обвезника пореза на доходак.²⁰

3. ЗАКЉУЧАК

Нове тенденције у теорији и пракси означавају удаљавање од традиционалног захтева да порез на доходак треба да оствари правичност опорезивања. Дуални и *flat* модел задовољавају већину критеријума на основу којих се врши вредновање модела опорезивања дохотка физичких лица. Начелно посматрано, испуњавају захтеве у погледу остваривања кључних принципа опорезивања, као што су економска ефикасност, издашност и једноставност. У погледу правичности опорезивања, међутим, не може се дати једноставан одговор. Под утицајем другачијих вредносних ставова економске филозофије, предност у обликовању пореза на доходак дата је економској ефикасности у односу на правичност.

Класичан *trade-off* између правичности и економске ефикасности је актуелан у амбијенту у коме Република Србија настоји да обезбеди привредни раст. У том смислу, као и имајући у виду да постојећи систем опорезивања дохотка у Србији нарушава кључне принципе опорезивања,

¹⁹ Нав.према: Хасиба Хрустић, Принцип правичности у опорезивању дохотка грађана у ЕУ и у Србији, Социјална мисао 3/2010, 186.

²⁰ Милош Милошевић, Закон о порезу на доходак грађана у светлу члана 91, став 2 Устава републике Србије, *op.cit.*, стр.318.

увођење једног од ова два алтернативна модела може се сматрати оправданим. Теоријска својства и искуства других земаља у примени, свакако, су основ приликом сагледавања могућих опција. Али, за одабир оптималног модела пореза на доходак требало би узети у обзир конкретне услове земље у којој ће такав модел бити примењен. У условима постојања неправичног карактера пореског система у Србији, креатори пореске политике би требало приликом обликовања пореза на доходак да воде рачуна о оптималној комбинацији основних принципа опорезивања којима би се обезбедио правичнији приступ опорезивању дохотка.

Suzana DIMIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

EFFICIENCY IN SERBIAN PERSONAL INCOME TAX

Summary

Although the application possibilities of dual and flat model can be achieved in Serbia, the creators of tax policy should, in terms of the existence of inequity of the tax system, take into account the optimal combination of such basic principles which would ensure a fairer approach to resolving tax income.

In an effort to formulate an optimal form of personal income tax appropriate to our conditions, the legislator should, in the future, when favorable conditions for greater social and economic development are created, take into account the connecting elements of social and tax policy. In that sense, some specific recommendations regarding the formulation of certain legal solutions can be made.

Keywords: *Personal Income Tax, equity, efficiency, tax system of Serbia.*

ЛИТЕРАТУРА:

Алтипармаков Никола Пореска правичност главних пореских облика у Србији, "Под лупом 2", Квартални монитор бр. 24/2011.

Беговић Борис и други, Реформа пореског система (1)" Центар за либерално демократске студије, Београд, 2003.

Ђорђевић Марина, Контраверзе опорезивања дохотка физичких лица (докторска дисертација), Економски факултет, Ниш, 2008.

Поповић, Дејан, Наука о порезима и пореско право, Open Society Inaritude Constittional and Legislative Policy Institute, Budapest и Савремена администрација, Београд, 1997.

Милошевић, Милош, Закон о порезу на доходак грађана у светлу члана 91, став 2. Устава Републике Србије, *Анали Правног факултета*, Вол. 56 бр. 2, 305-319, 2008.

Хрустић Хасиба, Принцип правичности у опорезивању дохотка грађана у ЕУ и у Србији, *Социјална мисао* 3/2010.

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВОПРАВНА
НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Владан МИХАЈЛОВИЋ*

340.131

342.22

ПРАВНА ДРЖАВА КАО СРЕДСТВО И УСЛОВ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ И ЈЕДНАКОСТИ ГРАЂАНА

Апстракт: Правна држава је настала да би се супротставила полицијској држави у којој влада неуређена и ауторитарна власт и у којој човек не осећа сигурност нити ужива заштиту својих права и слобода. Људска права и слободе имају смисла само уколико су правно заштићена и гарантована, а то је могуће само у правној држави. Правна држава је синоним за правно уређену заједницу која контролише политичку заједницу и њену власт. Док је политичка заједница (држава) оличење доминације политичке власти, дотле је правна држава оличење владавине права, пре свега закона. У правној држави влада закон, он је најјачи, изнад свих, њему се сви покорвају: власт и грађани. То значи да власт не сме да буде изнад закона, него да мора да му буде потчињена. Такав закон одређује границу до које се простире власт, а такође одређује и границе људских права и слобода и спречава њихову злоупотребу. У правној држави, где се поштује закон, постоји хијерархија и усклађеност правних аката од најнижих до највиших - закона и устава као највишег закона. Зато правна држава изражава одговарајућу структуру и хармоничност правног поретка у коме се зна место сваком правном акту и где свако има само онолико права и обавеза колико му то закон (право) предвиђа, прописује. Правна држава пружа сигурност грађанима јер покрива све сфере њиховог живота, ништа не препушта случајности или стихији. Али колико год да је добро да људски и друштвени живот буде потпуно правно уређен, са нормирањем не треба претеривати. Право је, у крајњој линији, инструмент државе и њене власти и оно је увек ближе интересу државе него појединца, ма колико да тежи да буде објективно и праведно. С друге стране, право и правна држава не могу да буду идеални и да друштвене односе уређују на најбољи могући начин. И право и закони су несавршени, некада се са њима и касни па их нема, а некада их има превише па тако од њих може да буде и више штете него користи. Успех правне државе прати и њен неуспех и криза, као и што рационална употреба закона има своје наличје у злоупотреби или непоштовању и неспровођењу закона. Како год гледали на правну државу, она је највећа тековина европске цивилизације и без ње је модерно друштво

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, marija.krvavac@pr.acr.rs

неодрживо. Оно не може да напредује и обезбеђује да међу људима влада мир, све док се не поштује ред и поредак у коме се људи испољавају као разумна и увиђава бића. Ма колико да су закони несавршени, јер су и њихови творци склони грешкама и заблудама, за њих још не постоји боља алтернатива у уређивању људских односа. Закони које доносе законодавци боље него било који други акти (пре свега извршне власти) обезбеђују да у друштву, људским односима не буде привилегованих и обесправљених и да свако добије само оно што му припада, што заслужује. Али не смемо да заборавимо да и закон није свемоћан јер није идеалан нити може тако да се донесе да буде постојан, да важи за све друштвене услове и прилике. И закони су пролазни и несавршени па траже од законодавца да стално ради на њиховом поправљању, усавршавању. Од њих (закона) се очекује да буду све бољи и бољи, како би људи у њима видели сигурну заштиту својих права и интереса и спроводили их без сумње и колебања.

Кључне речи: *владавина права, супрематија закона, усклађеност правних аката од најнижих ка највишим, једнакост грађана пред законом, криза правне државе, ерозија закона и законодавне власти, јачање извршне власти и владавине уредбама као актима слабије правне снаге од закона, несавршеност права и закона и непостојање идеалне правне државе и апсолутне правне сигурности грађана.*

УВОД

Држава је рођена са идејом да у друштвени живот унесе ред, мир и сугурност, а међуљудске односе подигне на виши ниво уважавања и толеранције. Оно што је људима недостајало у природном, преддржавном стању - очување добара, права и избегавање сукоба, - имала је да обезбеди држава ауторитетом јавне власти (принуде). Иако је од свог настанка требало да делује исправно (правно) и праведно, она (држава) то није увек успевала. Дакле, није увек била правна и праведна иако идеје права и правде трају вековима (од античке епохе) и не могу се одвојити. Право прати правда и обрнуто, правда је морална садржина права. Најбоља асоцијација за неправедно, несигурно и описано стање живота пре државе, дакле у преддржавном стању, је она чувека Хобсова мисао да је човек човеку вук.¹

Она је последица људске природе, њене несавршености, због које појединци не могу да обуздају своје инстинкте и себичност, не скрену или посрну у стање друштвеног нереда и анархије. Да би се избегло такво стање, људима је требала држава, по цену да се због ње лише и дела своје слободе,

¹ Видети: Томас Хобс, Левијатан или материја, облик и власт државе, црквене или грађанске, књига I, Градина, Ниш, 1991. год.

жртвују чистоту своје природе. Јер, како добро примећује Слободан Јовановић, држава живи од реда, а не од слободе, влада ауторитетом, а не популарношћу.² Оно што појединци смеју, што допуштају једни другима, то држава не толерише, не дозвољава у свом опхођењу према свим својим грађанима (држављанима). Држава је најсавршенија организација, иступа плански и организовано према појединцу и то са већом силом и ауторитетом него што то може да учини један човек према другом или обрнуто. Држава подразумева заједнички живот, а такав живот је могућ само ако се поштује некакав ред, сигурност, некаква правила која омогућују тај заједнички живот. Но, не треба идеализовати ни тај ред који омогућује заједнички живот у држави, јер он, по Слободану Јовановићу, није никада потпуна хармонија, него чак значи и санкционисање експлоатације³, дакле неправде.

Но модерна држава мање служи томе да неког експлоатише, а више тежи постизању заједничког добра за своје грађане и у томе она није увек праведна или, боље рећи, више је принудна. Уствари, њена природа је сложена, компликована. Она (држава) тежи да буде правна и праведна и да право и правду људи прихватају и поштују као вредности које се саме по себи намећу као пожељне. Но, то не може тако увек да буде и да се прихвата од свих људи добровољно па онда држава то штити, обезбеђује својим ауторитетом, тако што делује својом принудом, као организација са монополом јавне власти. Држави је пре у интересу да делује мирољубиво, путем права и правде које сви поштују, него да делује насилним путем, принудом, али јој то не успева увек. Зато је она правна и праведна, али и принудна организација, с тим да се то не коси са оном њеном дефиницијом коју је изрекао наш великан Слободан Јовановић. А то је да је она регулаторна, умна и морална установа која усмерава друштво у правцу објективних и општедруштвених интереса.⁴ Држава најбоље служи својој сврси онда када је корисна и праведна за све, друштво и грађане. Да би држава то била, мора да се удаљи од сваке сентименталности и субјективизма којима су склони појединци и групе. Она није исто што су и појединци и групе у њој, јер се ови више воде својим интересима и импулсима него заједничким, општедруштвеним, а то се противи идеји права и правде. Право је општа категорија, мора да делује према свима и за све, да га сви прихватају и уважавају. То треба да важи и за правду мада је она морална категорија и може да се индивидуализује и разликује, како од

² Слободан Јовановић, Уставобранитељи и њихова влада, Сабрана дела том 3.

³ Слободан Јовановић, Формална социологија, предавање Слободана Јовановића, професора, Универзитета, "Футура", Београд, 1938. год. стр. 90.

⁴ Светислав Јарић, Схватање Слободана Јовановића о основним државно-правним институцијама у историјско-политичким радовима (магистарски рад), Београд, 1988. год. стр. 38.

појединца до појединца, тако и од случаја до случаја. Но, за друштво је много важније да развије и поштује неку општу, заједничку правду, него да инсистира на томе да се појединци развијају у моралном смислу не поштујући моралне обзире, вредности друштвене заједнице. Но, како год да гледамо на право и правду, држава је ту да их обезбеђује и штити и то настојећи да мање делује принудно, а више превентивно и васпитно на своје грађане. У поштовању и постизању права и правде држава треба више да рачуна на свој углед и друштвени ауторитет, а мање на силу и принуду која јој остаје као крајње, нужно средство и коју може увек и неограничено да користи.

I

Држава је стекла епитет најуређеније заједнице која обезбеђује сигурност свих својих грађана онда када је постала правна и када је у њој остварена владавина права. По идеји правне државе, државна власт али и све друге власти у њој, као и сви грађани и организације, подложни су закону, дужни су да му се покоравају. Основни захтев сваке државе која се представља као правна је да обезбеди да сви људи буду једнаки пред законом. Тако гледано, правна држава и владавина права су синоними и значе правни поредак у коме се поштује закон, обезбеђује његов примат. Право је средство за постизање реда и једнакости међу људима, признања појединцима само оних права и слобода која им припадају по закону (уставу). Иако право и закони датирају још из античких времена, своју пуну афирмацију доживљавају тек у оквиру европске грађанске епохе и цивилизације. Владавина права је, дакле, европско откриће, тековина нововековне грађанске филозофије која се борила против безакоња, самовоље појединаца. Но, како је речено, ова идеја владавине права је стара, има везу још са раним античким мислиоцима, пре свега Аристотелом. Он је, како примећује проф. Коста Чавошки, био више склон владавини мудро састављених закона него владавини најбољих људи јер су ови подложни страстима, док је закон правило без страсти.⁵ Закон ствара правну једнакост и сигурност међу људима тако што значи слободу од стечених права и привилегија које уживају само поједини друштвени сталежи.⁶ Тако правна држава омогућује једнакост пред законом, али и поштовање слободе и демократије за све грађане. Капитализам је створио грађанско друштво у

⁵ Коста Чавошки, *Могућности и слободе у демократији*, Истраживачко-издавачки центар, ССО, Србије, Београд, 1981. год. стр. 199.

⁶ Др Владо Камбовски, *Приступи проблему успостављања правне државе, Правна држава, Институт за криминолошка и социолошка истраживања*, Београд, 1991. год. стр. 15.

коме се развила грађанска (индивидуалистичка) демократија, заснована на идеји како правне тако и политичке једнакости. Та једнакост у крајњој линији произилази из закона и поштовања одређених правила игре и понашања. Она су правни (и политички) оквир појединцима да се у различитим сферама друштвеног живота: економији, политици, култури и др понашају одговорно, испољавају толеранцију једни према другима као и да слободе и права једних имају границу у једнаким слободама и правима других. Правна држава, или владавина права као симбол поштовања закона, осим што предвиђа једнакост грађана пред законом, значи и ограничавање апсолутне, ауторитарне власти и тиме поштовање демократије, владавине народа (већине).

Демократија подразумева једнакост међу грађанима у политичком смислу, то је друштвени и политички поредак у коме народ, као скуп једнаких појединаца, сам собом управља. Ту политичку једнакост грађана не можемо довести на исти ниво, изједначити је са правном једнакошћу. Правна једнакост предњачи, вреднија је од оне политичке иако су и једна и друга симбол и услов либералне грађанске државе и демократије. Уствари, важније је прво постићи правну једнакост, владавину права и закона, а тек онда рачунати на могућност остварења политичке једнакости грађана, као и владавину народа, демократију. У том смислу је правна држава шира по свом појму од демократије, она је услов њеног постојања, а не обрнуто. То значи да свака држава треба прво да постане правна држава па тек онда да се бори за већи степен демократије. Погрешно је једну државу прво прогласити демократском а онда очекивати да ће она постати правна, правно уређена заједница. За сваку државу је вредније, важније да јој се да епитет да је правна него демократска заједница. Истина, то најчешће иде једно с другим, али и не мора. Тако се догађа да демократски поредак није нужно и ваљан правни поредак у коме се поштују закони, остварује владавина права. И најбоља демократија не може да се изједначи са реално оствареним дометом утицаја права и закона на регуларно, контролисано понашање људи и друштвених група у друштвеној заједници, односно држави. Док је демократија један недостижан идеал, тешко остварив и већ истрошен и као идеја и пракса, то није случај са владавином права. Она нема ограничења: што је више у оптицају, само се развија и јача, а не умањује или троши.

Демократија се са разних страна критикује и оспорава као добар начин владања, односно управљања, док је владавина права универзална категорија и идеја прихватљива за све услове друштвеног живота и све облике или начине владања. Демократија означава примат интереса и воље већине народа (али не и мањине), док правна држава означава примат општег, безличног правила (и интереса) које је подједнако прихватљиво и важно за све, већину и мањину. Демократија је поредак у коме влада воља већине, а правна држава је поредак у коме путем права влада воља закона и

то за све, у корист свих. Оно што се постиже законом у правној држави не може да се оствари вољом већине у демократији. Зато се у правном смислу владавина права одваја од политике и ограничава, своди на правне захтеве и принципе за успостављање правно уређење заједнице која стоји изнад политичке заједнице и контролише је. Демократија као облик политичке заједнице никада не може да створи такву сигурност за грађане какву постиже правна држава као правно уређена заједница. Политичка заједница се руководи политичким мерилима и интересима који у различитим ситуацијама могу да се мењају и више прилагођавају једнима на штету других. Правно уређена заједница у облику правне државе се руководи правним мерилима и захтевима који су стални и стандардни, не могу се по потреби тумачити у корист једних а на штету других. Но, то не значи да и у правном поретку неке земље нема појава и ексцеса у смислу незаконитости или кршења права. Такве појаве нису спојиве са правом, не могу да се толеришу или дуго одржавају. Оне су супротне праву и као такве значе његову злоупотребу или изигравање владавине права.

II

Правна држава значи да је правни поредак једне земље усклађен, да у њему влада хијерархија правних аката од најнижих до највиших, односно до устава и закона који стоји на врху те пирамиде коју граде сви ти општи акти. Суштину правне државе чине уставност и законитост, поштовање устава и закона и то је услов и средство за њено остварење. Преко поштовања устава и закона постиже се да правни поредак буде хармоничан, усклађен, да се у њему зна место сваког правног акта према његовој снази. То значи да акти ниже правне снаге произилазе из аката више снаге и да са њима морају да буду усклађени. То онда ствара услове да се поштују и извршавају само они акти који су исправни, усаглашени са вишим актима. Тако се постиже ред и сигурност у правном поретку једне земље, а избегава хаос и несигурност. Устав и закон обезбеђују да правни поредак изгледа као једна пирамида која се гради одоздо па нагоре, у њој се акти слажу од најнижих ка оним вишим, односно највишим - закону и уставу. Устав и закони су акти сличног карактера јер се и сам устав негде назива највишим законом а и уставност и законитост се слично третирају. За професора Павла Николића, уставност је само виши облик законитости или на виши степен подигнута законитост.⁷ У колоквиалном смислу, владавина права се своди на владавину закона. Она изражава постојање заједнице у којој влада закон, где је он најјачи и изнад

⁷ Павле Николић, Уставно право, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997. год. стр. 351

свих тако да му се покорава и државна и остале власти. При томе, везујући се за закон, правна држава у свом минималном значењу истиче захтев да у њој сви грађани треба да буду једнаки пред законом. Дакле, закон одређује сваком границе у којима ће се кретати а то значи да правна држава значи нормирање, да је свака област друштвеног живота покривена одређеном врстом норми. Поштовање закона одражава правну ситуацију у којој држава не само да производи правне норме него и да је сама правно одређена и нормирана. Ово правно нормирање значи да је делатност свих органа прецизно правно уређена и да су јасно одређене границе њихове надлежности.⁸ Тако гледано, за једну државу можемо да кажемо и да је правна и да није; делимично правна, а делимично не.

Тоталитарној држави не можемо да припишемо епитет творевине у којој се поштују људска права и слободе, сигурност грађана или остварује контрола власти, пре свега извршних органа. Без свега тога то не може да буде правна држава, али је с формално-правног гледишта и тоталитарна држава правна творевина. У њој су прецизно одређена овлашћења и обавезе свих органа власти и грађана, без обзира колико је он задовољан својим положајем и односом према државној власти.⁹ И у таквој држави грађанин може сигурније да се осећа са мање права и слободе и у недемократском поретку него у формално демократски прокламованој држави у којој се не поштује онај корпус права који је формално признат. Није довољно нешто признати и прокламовати, него и поштовати и остварити. Добро уређена правна држава треба да настоји да се доследно придржава закона и да ништа не чини против њега. Треба имати у виду да и мала повреда закона није ништа мање опасна од неке веће повреде закона. Шта више, Аристотел сматра да таква повреда закона може да буде и опаснија, јер зато што је мала, остаје непримећена, па на њу не може да се реагује да би се спречила.¹⁰ За правну државу је важно и потребно да се исто поступа и примењује закон и према криминалцима, странкама које се споре око неког права и политичким кривцима. Нема правне државе ако држава штити и гарантује право у једном случају, а у другом случају препушта полицији да хапси и прогања људе које је због њихових политичких уверења прогласила народним непријатељима. За правну државу није довољно да се примењује било какво право и закони, него оно које је праведно. Дакле, осим своје форме, закон треба да задовољи и својом садржином, да садржи и задовољава принцип правичности. Осим што треба да буду праведни, од закона се тражи да буду и прецизни, а не

⁸ Петар Вујовић, Анкета: шта је правна држава, "Гледишта", бр. 10-12, Београд, 1989. год. стр. 78

⁹ Др Ђорђе Тасић, Савремени политички системи и схватања о држави, библиотека Коларчевог народног универзитета, Београд, 1936. г. стр. 30-31

¹⁰ Аристотел, Политика, Култура, Београд, 1970. год. стр. 174.

непрецизни и растегљиви да могу по потреби да се различито тумаче и примењују.¹¹

Правна држава треба да омогући да се донесу праведне одлуке, да она сама функционише по принципу исправности¹² а то пре свега подразумева да се људи правично понашају један према другом, односно да међу њима влада једнакост. Зато право и закони не могу да буду неутрални у вредносном смислу. За њих није довољно да се поистовете само са позитивним важењем, него треба да теже и идеји метаправа, идеалима и добрима која не спадају у правне категорије и вредности, него су ствар етичког и филозофског избора. Поред овог метаправног значења, за правну државу је важно и њено позитивистичко (формалноправно) одређење. Оно се своди на формалне карактеристике и изражава одређену структуру и хармоничност правног поретка у коме се поштује хијерархија између појединих правних аката. У овом формално-правном смислу мера рационалности (ефикасности) једне државе се мери по томе колико се у њој поштују закони. Што се мање у једној земљи поштују обични закони, то је, по Слободану Јовановићу, устав све опширнији.¹³ Зато темељ правне државе представља закон; у свакој држави закони треба да имају првенство и да се доследно поштују и спроводе. Тако гледано, правна држава је оличење владавине закона и у правном поретку земље треба осигурати поштовање принципа законитости. Закони морају да се саобразе са уставом и то су две категорије правних аката који имају различити ниво општости. Закони имају мањи ниво општости од уставних одредби јер се доносе да би се конкретизовале и разрадиле уставне норме. Њима се тумачи устав и у том тумачењу закони могу да буду ближе или даље од правог смисла, духа устава. Уставне одредбе су начелне, апстрактне па је законима утолико теже да се са њима потпуно саобразе и правилно их протумаче. Што су уставне одредбе одређеније и правно садржајније, то ће и законима бити лакше да се са њима ускладе али и да их конкретизују, односно спусте на нижи ниво апстрактности. Закони морају да "осете" дух устава, открију стварно значење уставних норми, а не да остану само на нивоу оног вербалног, језичког. Да би донео праве и правичне законе, законодавац мора да покаже ширину, веће умеће од оног чисто правничког познавања права и стварања правних норми. Законодавац мора

¹¹ Милан Димитријевић, Ни капитализам ни комунизам, АИЗ, "Досије", Београд, 1990.год. стр. 101

¹² Мр Милета Дундић, Правна држава и идеологија, реферат са научног скупа: "Путеви конституисања Србије као модерне правне државе", одржаног на Правном факултету у Новом Саду, 8. септембра 1995. год. а објављен у Зборнику радова 1995. год. стр. 57.

¹³ Слободан Јовановић, Велика Народна скупштина - Студија о уставотворној власти, Штампарија Светозар Николић, Београд, 1900. год. стр. 4-5

да осећа живот, разуме његове проблеме и налази решења за њих, ослањајући се на устав, познавање уставне логике и проблематике. Зато закони не смеју само да се ограниче на формално-правну логику и језичке формулације које добро и лепо звуче, а у животу ништа не значе. Зато се и каже да је од слова закона важнији његов дух, оно чему он стварно тежи, а то се не види увек јасно из његове правне, односно језичке формулације. Зато остваривање правне државе не зависи само од формалног поштовања закона и законитости. Инсистирање на поштовању закона ствара обичну правну илузију уколико постоји велики раскорак између друштвене стварности и онога што пише у законима.¹⁴

Право и закони су мртво слово на папиру уколико се принцип законитости до те мере формализује да служи само као пропагандна фасада, а не као реални израз друштвених и политичких односа.¹⁵ Грађанима ништа не значе, не утичу на њихову сигурност закони који су добро написани, али који не осећају друштвену стварност, одударују од ње или је просто игноришу. Боља је од формалне и правне савршености закона његова и просечна применљивост, остварљивост у животу. Нажалост сведоци смо поплаве различитих закона који ништа не значе, нико их не поштује и не примењује а то је зато што одударују од реалног друштвеног живота и потреба грађана којима треба да служе. Инфлација бескорисних закона само компромитује правну државу и води њеној ерозији. Боље је доносити мање закона или их ређе мењати јер ће их људи више поштовати и на њих се навикнути. Олако и брзо доношење и мењање закона код људи изазива несигурност, страх и неповерење према праву. То отвара пут за импровизације, волунтаризам и навикавање људи да се сналазе, прилагођавају датим друштвеним околностима које нису једнако прихватљиве за све чланове једне заједнице, државе. Право и закони морају да буду једнаки за све и доступни свим сегментима друштвеног живота. Зато нема важних и мање важних закона, оних који морају више и оних који могу и мање да се поштују и примењују. Ауторитет закона мора свуда да се поштује. За то је, осим страха од санкције, потребно да грађани поседују и правну културу, свест да треба да живе у уређеном друштвеном стању где се поштују признате друштвене вредности и где свако добија само оно што му припада и што својим радом и умећем заслужује.

¹⁴ Др Најдан Пашић, Класе и политика, елементи марксистичке политичке науке, ИП "Рад", Београд, 1968. год. стр. 162

¹⁵ Ибид, стр. 167

III

У идеалном смислу, свака држава би требало да буде правна држава, да се у њој грађани покоравају закону и поштују законодавна тела која их доносе. Но, ни закони ни законодавци нису идеални па нема ни идеалне правне државе. Закони и право нису божије дело и као такви безгрешни. Закони и право се праве за људе, али то чине сами људи, подложни страстима и предрасудама. Како примећује Монтескје, закони се увек сусрећу са страстима и предрасудама законодаваца, тако да их оне некад само окрзну а некад им сасвим подлегну.¹⁶ Исто тако и са становишта правне државе није све ни у уставу и закону. Ни они нису свемоћни нити могу да спрече да власт буде свемоћна. По Слободану Јовановићу, устав и закони регулишу употребу власти, али они не спречавају њену злоупотребу.¹⁷ И закони и законодавци могу да греше и наносе неправду, па некада и од њих људи треба да траже заштиту. Џон Лок сматра да закони постоје ради очувања својине и добра грађана (слободе), и само тада морају да се поштују али некада и код њих има зле намере, уперене против својине и слободе грађана, што је опасно и штетно.¹⁸ Зато и право и законе не треба схватити круто и догматски, него их треба посматрати према реалности, животу. Правна држава не значи неко слепо покоравање закону јер је некада од слова закона јачи његов дух. Није добро ни да се претерује са правом, да се са њим тера мак на конач јер, по Слободану Јовановићу, некада је за државу мања штета када се право не употреби него када се употреби.¹⁹ Иако правна држава значи владавину права, закона и поштовање људских слобода и права које постављају границе власти, ово значење не може да се апсолутизује јер би било противно самој природи државе. Ако би држава доследно штитила правни поредак и само се ограничавала на ту функцију, она би престала да буде држава, постала би суд.²⁰

Када се каже да не треба претеривати ни са правом, мисли се на то да држава неке области друштвеног живота више уређује по „субјективном“ осећању својих интереса. У сваком случају, независно од тога да ли се

¹⁶ Монтескије, О духу закона, књига I, Филип Вишњић, Београд, 1989. год. стр. 301.

¹⁷ Слободан Јовановић, Велика Народна скупштина – Студија о уставотворној власти, штампарија Светозар Николић, Београд, 1900. год. стр. 64.

¹⁸ Џон Лок, Две расправе о влади, књига II, НИП, „Младост“, Београд, 1978. год. стр. 84.

¹⁹ Слободан Јовановић, ИЗ историје политичких доктрина, сабрана дела, том 9, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 177

²⁰ Жан-Франсоа Кервеган, Хегел и правна држава, Гледишта бр. 10-12, Београд, 1989.год. стр. 51

претерује са идејом права и правне државе, та идеја има своју моралну и друштвену вредност и онда када се у пракси и нарушава.²¹ Зато, по неким, правна држава не значи покораване било ком закону, већ она ужива легитимитет само уколико поштује високо постављене моралне законе, захтеве за правичношћу. То би, по Јиргену Хабермансу, значило да и у правној држави норме, закони могу да буду нелегитимни, а то онда оправдава грађанску непослушност, непокорност према таквом правном поретку. Проблем правне државе је условљен и самом чињеницом да је држава и организација са монополом физичког насиља па је у њој, у правном смислу, и оправдано насиље. Никос Пуланзас сматра да је у правној држави, где влада закон, сам тај закон саставни део репресивног поретка и организације тог насиља које спроводи држава.²² Зато прави проблем правне државе и настаје онда када треба да се одреди моменат у коме престаје обавеза покораванја оном закону који толерише неправичност и угрожава људску слободу. На неки начин држава и релативизује границу између закона и силе (насиља), чиме је и правна држава под озбиљним знаком питања. Но, закон је више правни него репресивни инструмент и акт. Он није ту само да кажњава, ограничава, нешто забрањује и сл. Он и подстиче, омогућује деловање, тера на позитивне акције па тако није пуки конгломерат забрана и цензура.²³ У сваком случају, нема правне државе без закона, али то не значи да је постојање закона једини услов да држава буде правна. И када постоје закони (и устав), није искључено да ће бити незаконитости и самовоље. За правилно разумевање правне државе није довољно да су испуњени формално-правни критеријуми, да се држава само формално одреди као правна држава. Важни су и материјални услови и претпоставке детерминисане вредносном оријентацијом, које се за већину теоретичара налазе ван државе и права.²⁴ Уствари, формално правно позивање на владавину права, законитости може да буде и лажно уколико се под изговором и формом права чини све, разне незаконитости и злоупотребе. Можемо да кажемо да је свака држава и правна и донекле неправна, зависно из ког угла се посматра њено правно и политичко стање. То што је некад неправна не значи да је у природи државе да буде самовољна, а не правна. То

²¹ Др Војислав Коштуница, Уставноправни развој у Југославији између два рата и правна држава, „Правна држава“, Београд, 1991. год. стр. 41

²² Никос Пуланзас, Држава, власт, социјализам, ИГП Дело, ООУР, Глобус, Загреб, 1981. год. стр. 75-76

²³ Ибид, стр. 82

²⁴ Др Владо Камбовски, Приступ проблему успостављања правне државе, Правна држава, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1991. год. стр. 22

више значи да постоје одређени државни поступци који не могу потпуно да се подведу под закон и правни поредак.

Држава ствара право и законе, али их често и сама крши. Она има своју логику која се не поклапа у свему са логиком правног система. Држава инсистира на стварању правних прописа, али зна и да толерише њихово кршење. На неки начин незаконитости прате законитост и у њу се уклапају, прилагођавају јој се. Исто тако сваки правни поредак укључује незаконитост и на тај начин што је несавршен и оставља празнине и пукотине у свом регулисању. Држава је превасходно организована да делује према закону, али јој њен резон дозвољава да делује и против закона. Изгледа да свака држава мора да буде по мало и незаконита, а да се за њу опет не може рећи да није правна. Она као да на то рачуна када доноси безброј закона јер као да очекује да сви не могу да се поштују у потпуности. Постоје и схватања да правну државу треба разликовати и са становишта да ли је за њу боље да је штити већина или мањина друштва. Тако неки тврде да се до правне државе не долази пуком применом закона које доноси легална већина. Штавише, такав ауторитарни легализам, који потцењује савест и моралну вредност мањине, може да буде кобан за људско друштво и човека. Неки од тих теоретичара правне државе, као Ј. Хабермас, више верују у правну државу иза које стоји мањина, него већина друштва. По њему, доношење правних одлука по принципу већине не задовољава онда када се доносе одлуке које су често кобне по физички опстанак друштва и човека.²⁵

Правна држава штити и интересе заједнице и појединца, али некада стоји и у противуречном односу према појединцу и заједници. Оно што са гледишта појединца треба да значи правну државу – не мора да се подудара са оним што под тим појмом подразумева шира заједница.²⁶ За појединца, држава је правна онда када му максимално обезбеђује уживање грађанских права, без обзира на то да ли се тиме ограничавају или оштећују интереси друштвене заједнице. Међутим, правна држава постоји и онда када појединац не ужива сва права која жели и очекује да има. То ће бити онда када се правним путем обезбеђује хармонија између интереса појединца и државе, тако што се сфера државе одваја од сфере слободне акције појединаца. Идеја и пракса правне државе није истоветна са потпуним правним уређењем друштвених односа и то је у складу са либералним, односно неолибералним концептом модерног друштва. С друге стране, са државом је подједнако повезана идеја да она треба да буде правна, али и да се руководи државним разлогом. У пракси није лако да се те две идеје

²⁵ Јирген Хабермас, *Грађанска непослушност – тест за демократску правну државу*, „Гледишта“, бр. 10-12, Београд, 1989. год. стр. 65

²⁶ Др Мил. Марковић, *Правна држава, Увод у право – Хрестоматија – грађа за испит*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 1991. год. стр. 147

помире. Оне стоје једна према другој као две тезе: једна је да се у одбрани државе може предузимати само оно што је законом допуштено, а друга да се у интересу државе, када је угрожена, може и сам закон погазити.²⁷ Држава је, на неки начин, арбитар и у једном и другом случају. У првом случају она се у име правде (права) лишава свог рација, а у другом случају, у име свег егоизма, оправдава све оно што чини и што је спремна да учини. Зато правна држава није увек и правична, а још мање блиска идеји демократије. Тако Слободан Јовановић правну државу у ширем смислу изједначава са друштвеним редом па је, по њему, и фашистичка држава правна држава, штавише у већем степену од демократске државе.²⁸ Истина, демократска држава је развила идеју права, али није право усавршила и довела до краја. Право није покрило све области друштвеног живота, под изговором демократизације и слободе од мешања државе у друштвени живот. За правну државу је боље да буде ближа правичности него демократији. Она више стиче и ужива легитимитет уколико признаје и поштује високо постављене моралне захтеве за правичношћу, него што се поистовећује са демократским поретком. Демократија је прихватљив поредак за већину, али не и сваког појединца у заједници, а правичност као морални супстрат правне државе се највише цени и поистовећује са добром сваког појединца. Истина, правна држава (како је речено) не може да буде подједнако правична и за појединца и заједницу јер некада више погодује једном него другом и обрнуто.

IV

Нема државе којој није стало до тога да је грађани поштују и да у врлинама које она подстиче налазе и извор свог самопоштовања. Свакој држави је највише стало до тога да остави утисак да брине о својим грађанима, штити њихову слободу и достојанство од сваке злоупотребе власти. Да би оставила такав утисак, свака држава, углавном, проглашава да је човек важнији од власти, да је власт у интересу човека ограничена и регулисана правом. Тако свака држава настоји да буде правна и да се заснива на праву, ма како реално изгледало то њено правно стање. Зато треба разликовати више нивоа или степена правне државе. Садржина истих правних принципа на један се начин остварује у држави која једва може да се назове правном државом, а на други начин у држави у којој постоји сугурност за све грађане без разлике, у којој сви грађани (и органи власти) имају прецизно одређена права и обавезе. Идеја владавине права је увек

²⁷ Слободан Јовановић, Уставобранитељи и њихова влада, Сабрана дела, том 3, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. стр. 147.

²⁸ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 458

актуелна, посебно у демократској држави где се штите и остварују права и интереси грађана и врши контрола власти, пре свега оне најопасније и најризичније, извршне. Но, модерна држава колико год да је склона владавини права, ма колико да се поистовећује са правном државом, толико је и ризична по њу; склона је кршењу права, угрожавању владавине закона и поштовању законитости. Ни закони ни законодавци нису идеални, па нема ни идеалне правне државе. Са становишта правне државе и владавине права, није све ни у закону и уставу као највишем закону. Русо је још давно тврдио да ауторитет власти обезбеђују само законодавни акти (законодавство) а не и акти којима се они примењују (извршење).²⁹ И закони и законодавци могу да греше и наносе неправду, па онда људи и од њих треба да се штите и траже правду. Џон Лок сматра да закони постоје ради очувања својине и добара грађана (слободе) и да само тада морају да се поштују.³⁰ Међутим, како су и законодавци само људи и склони грешкама, догађа се да и они некада имају зле намере уперене против својине и слободе грађана, што је опасно и штетно.³¹

Независно од субјективних слабости законодаваца који стварају законе, треба рећи да постоје и објективне препреке на путу поштовања закона и владавине права. Због сложености друштвеног живота, брзо се мењају друштвени односи па и закони који их регулишу брзо застаревају и заостају за њима и друштвеним животом.³² У свакој држави та несавршеност закона мање или више изазива кризу правне државе и решава се на штету закона. Тако се данас све више даје предност, подзаконским актима па уместо владавине законима имамо све више владавину уредбама. То ствара правну несигурност код грађана јер је сигурније по грађане да се владају према законима и њих поштују, него према уредбама. Уредбе изазивају правно нестабилније стање у односу на оно које се успоставља и осигурава законом. Како је својевремено говорио Слободан Јовановић, закон је темељ правне државе, а уредба његов сурогат па тако нема веће опасности за правну државу од оне када уместо закона завладају уредбе.³³ И поред тога што су сурогат закона, уредбе су се одомаћиле у правној пракси као нешто нормално и знатно потисле законе из правне регулативе. Такво стање прати и

²⁹ Жан Жак Русо, Друштвени уговор – О пореклу и основама неједнакости међу људима, Просвета, ИП „Рад“, Београд, 1949. год. стр. 25-26

³⁰ Џон Лок, Две расправе о влади, књига II, НИП „Младост“, Београд, 1978. год. стр. 84.

³¹ Ибид, стр. 84

³² Др Радомир Д. Лукић, Материјал за изучавање теорије државе и права, II део, Теорија права, Научна књига, Београд, 1952. год. стр. 208.

³³ Слободан Јовановић, Нестајање закона, Српски књижевни гласник, књига 2, бр. 1., Београд, 1921. год. стр. 510

једна апатичност грађана и друштва у целини, који се са тиме мире као са нечим што је нормално и на шта треба да се навикнемо. Владавина уредбама је опасан правни преседан и она може и сме да се толерише само у изузетним (ратним и ванредним) приликама, када закони не могу да се доносе. Најгори облик владавине уредби је када их влада доноси без овлашћења парламента. Владавина уредби је, за нашег великана Слободана Јовановића, режим владавине дискреције.³⁴ Не смемо да заборавимо да уредбе нису исто што и закон, оне успостављају слабија ограничења од закона. Истина, уредбе се третирају као закони у материјалном смислу (као општи акти), али то опет нису и не могу да буду закони у правом смислу. Зато владавина уредбама ствара правно нестабилније стање од владавине законима. Ако је у ратним и ванредним друштвеним приликама владавина уредбама неизбежна, недопустиво је да се она (владавина уредбама) у нормалним друштвеним приликама задржава, па и повећава. Штавише, због хитности решавања одређених питања и односа за које парламент због своје сложене процедуре није подесан, дошло се на средње решење између закона и уредби. Тако су настали акти које парламент, додуше, доноси, али у једном скраћеном поступку, да његово учешће може да постане пука формалност.³⁵ Међутим, само ширење државних послова и потреба њиховог стручног вођења не иде на руку парламенту. Због немогућности да за многе делатности и односе брзо и прецизно донесе законе, парламент је принуђен да допусти да га влада замени у законодавству. Правна држава постаје жртва политичке и идеолошке државе која се, уместо правног разлога и резона, руководи и ослања на оне политичке и идеолошке. У таквој држави оправдано је и допуштиво све што је корисно, без било каквог правног обзира или изговара који мора да има свој резон у правном поретку и његовим правилима, пре свега оним најважнијим, законима. Право и праведност се све више мешају, па и замењују, јер се под изговором да је нешто праведно (јер је корисно за неког или све) занемарује оно што је правно и допуштиво. Уствари, праведност се лакше обећава него правност и законитост. Свакој држави је лакше да по потреби обећава већу праведност него већу законитост. Праведност може преко ноћи да се обећа и „постигне“ у уставу или политичком програму владајуће странке иако за то реално нису испуњени сви потребни услови. До законитости, напротив, не може да се дође само уставним или политичким прокламацијама, уколико у држави влада хаотично и конфликтно стање које се не може лако правним средствима решити и превазићи.

³⁴ Слободан Јовановић, Из историје политичких доктрина, Сабрана дела, том 9, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 426

³⁵ Ибид, стр. 426

Захтеви за праведношћу сувише су уопштени и временски неодређени да би могло по томе за неку државу да се каже да је праведнија од друге. Истина, постоји одређена објективна хијерархија принципа праведности и постоје разлике у систему вредности и у хијерархији тих вредности у свакој идеологији. Наравно, то не значи да друштво не треба да има вредносни систем и идеологију по којој би тежило већој праведности. У сваком случају, за државу је боље да буде правна, а тек онда више или мање праведна. Захтеви и принципи могу да буду праведни онолико колико су стварни и правни. Они неће бити стварни и праведни ако их неко само лепо осмисли, претвори у идеалан вредносни систем који неће бити правни и применљив. Боље је за државу (и грађане) да функционише на нижем нивоу законитости и правности него на вишем нивоу (обећане) праведности. Бољи је и најелементарнији правни принцип који нешто даје или ограничава од најидеалнијег принципа и обећања праведности у држави која није ни у основном смислу правна, а камоли толико развијена да би била праведна. Правна држава значи владавину права (закона) и поштовање грађанских права и слобода, али то њено значење не може да се апсолутизује јер би било противно самој реалности државе.³⁶ Зато за сваку државу можемо да кажемо да је и правна, али и помало неправна творевина. С државом је подједнако повезана идеја да она треба да буде правна, али и да се руководи државним разлогом који се правно не тумачи и не одређује правном логиком.

Vladan MIHAJLOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE RULE OF LAW (A LEGAL STATE) AS A MEANS AND CONDITION OF LEGAL SECURITY AND EQUALITY OF CITIZENS

Summary

The rule of law or the legal state is a European discovery created during the centuries of struggle against royal absolutism. In fact, the idea of a law-governed state is even older and it was considered even in the antique era, where the first thoughts of a society, governed by wisely composed laws were developed. The rule of law is separate from politics and the political state. A legal state is reduced to the legal requirements and principles for the establishment of a legally

³⁶ Жан Франсоа Кервеган, Хегел и правна држава „Гледишта“ бр. 10-12, Београд, 1989. год. стр. 51.

regulated community governed by the law. The law defines the boundaries in which everyone can move. The basic requirement of each legal state is that citizens are equal and secure in front of the law. In the minimum of the legal sense, each state is legal, because every legal state produces its own legal norms, and therefore it is legally defined and norm. In its full legal sense, the rule of law denotes the order in which the state power, and above all the executive power, is limited by the law protecting and guaranteeing basic human rights and freedoms. No matter how long a legal state seeks to be legal in its ideal sense, it never completely works. Laws are naturally imperfect, time varying, and temporary. The people who have their own passions and prejudices created these laws. Sometimes those people can be distracted them from the truth and justice which the laws should be raised from. Although people are creating the laws, people tend to disobey and violate some laws, although they know that they have to comply and apply them in general.

ЛИТЕРАТУРА

Томас Хобс, Левијатан или материја, облик и власт државе, црквене или грађанске, књига I, Градина, Ниш, 1991. год.

Слободан Јовановић, Уставобранитељи и њихова влада, Сабрана дела том 3.

Слободан Јовановић, Формална социологија, предавање Слободана Јовановића, професора, Универзитета, "Футура", Београд, 1938. год.

Светислав Јарић, Схватање Слободана Јовановића о основним државно-правним институцијама у историјско-политичким радовима (магистарски рад), Београд, 1988. год.

Коста Чавошки, Могућности и слободе у демократији, Истраживачко-издавачки центар, ССО, Србије, Београд, 1981. год.

Др Владо Камбовски, Приступи проблему успостављања правне државе, Правна држава, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1991. год.

Павле Николић, Уставно право, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997. год.

Петар Вујовић, Анкета: шта је правна држава, "Гледишта", бр. 10-12, Београд, 1989. год.

Др Ђорђе Тасић, Савремени политички системи и схватања о држави, библиотека Коларчевог народног универзитета, Београд, 1936. г.

Аристотел, Политика, Култура, Београд, 1970. год.

Милан Димитријевић, Ни капитализам ни комунизам, АИЗ, "Досије", Београд, 1990. год.

Мр Милета Дундић, Правна држава и идеологија, реферат са научног скупа: "Путеви конституисања Србије као модерне правне државе",

одржаног на Правном факултету у Новом Саду, 8. септембра 1995. год. а објављен у Зборнику радова 1995. год.

Слободан Јовановић, Велика Народна скупштина - Студија о уставотворној власти, Штампарија Светозар Николић, Београд, 1900. год.

Др Најдан Пашић, Класе и политика, елементи марксистичке политичке науке, ИП "Рад", Београд, 1968. год.

Монтескије, О духу закона, књига I, Филип Вишњић, Београд, 1989. год.

Слободан Јовановић, Велика Народна скупштина – Студија о уставотворној власти, штампарија Светозар Николић, Београд, 1900. год.

Џон Лок, Две расправе о влади, књига II, НИП, „Младост“, Београд, 1978. год.

Слободан Јовановић, ИЗ историје политичких доктрина, сабрана дела, том 9, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год.

Жан-Франсоа Кервеган, Хегел и правна држава, Гледишта бр. 10-12, Београд, 1989. год.

Др Војислав Коштуница, Уставноправни развој у Југославији између два рата и правна држава, „Правна држава“, Београд, 1991. год.

Никос Пуланзас, Држава, власт, социјализам, ИГП Дело, ООУР, Глобус, Загреб, 1981. год.

Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1991. год.

Јирген Хабермас, Грађанска непослушност – тест за демократску правну државу, „Гледишта“, бр. 10-12, Београд, 1989. год.

Др Мил. Марковић, Правна држава, Увод у право – Хрестоматија – грађа за испит, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 1991. год.

Слободан Јовановић, Уставобранитељи и њихова влада, Сабрана дела, том 3, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990.

Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год.

Жан Жак Русо, Друштвени уговор – О пореклу и основама неједнакости међу људима, Просвета, ИП „Рад“, Београд, 1949. год.

Џон Лок, Две расправе о влади, књига II, НИП „Младост“, Београд, 1978. год.

Др Радомир Д. Лукић, Материјал за изучавање теорије државе и права, II део, Теорија права, Научна књига, Београд, 1952. год.

Слободан Јовановић, Нестајање закона, Српски књижевни гласник, књига 2, бр. 1., Београд, 1921. год.

Слободан Јовановић, Из историје политичких доктрина, Сабрана дела, том 9, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год.

Др Ђорђевић БЛАЖИЋ *

342.9
35.077.3(497.16)

НАЧЕЛА ДОБРЕ ВЛАДАВИНЕ: НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ И ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ

Апстракт: Савремена јавна управа не може се замислити без савремених, ефикасних и ефективних процедура којима ће се грађанима гарантовати остваривање слобода и права али и адекватна заштита јавних интереса. Начела европског управног права, као и стандарди управне праксе у земљама чланицама ЕУ се само дјелимично остварују у важећем Закону управном поступку Црне Горе. Важећи Закон не садржи све модерне врсте управних активности и, самим тим, не пружа потпуну правну заштиту у односу на те активности. Он предвиђа релативно компликован и дуготрајан управни поступак и не обезбјеђује неопходан општи правни оквир за управу"

Европски управни простор почива на више главних упоришних тачака: начелу владавине права, повјерења - поузданости и предвидљивости; начелу јавности и прозрачности; начелу деполитизованости (политичке неутралности) и одговорности, као и захтјевима за економичношћу и делотворности. Право грађана Европске уније на добру управу је прописано у члану 41 Повеље о основним правима Европске уније. Резолуција Комитета министара Савета Европе (77) 31 "о заштити појединаца у односу на акте управе" од 28. септембра 1977. године (Савет Европе у својој Резолуцији 77, 31), такође, признаје право грађанима на добру управу, на заштиту, нарочито судску, њихових индивидуалних правних ситуација - и наглашава правичност, коректне и уравнотежене релације између грађана и јавне управе. С тим у вези, Европски суд правде је установио опште управне принципе на основу којих је успостављена пракса националних управних судова држава чланица ЕУ, чиме се формирају заједничке европске вриједности у овој области. Ради мотивисања јавне управе на активно, дјелотворно законито држање неопходно је усаглашавање управних поступака са новим стандардима европског управног простора, нарочито држава које крећу или су у процесу придруживања Европској унији.

Кључне ријечи: *Легалитет, управа, управни поступак, управни акти.*

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, djordjije.blazic@pr.acr.rs.

1. НАЧЕЛА ДОБРЕ УПРАВНЕ ПРОЦЕДУРЕ

Начела су полазне, најопштије и најважније норме сваког правног поступка. Управни поступак, као јавноправни процес, почива на одређеном броју основних начела која изражавају његов дух и природу. Смисао основних начела управног поступка је у језгровитом приказивању и дефинисању темељних правних вриједности на путу рјешавања управних ствари. Она треба да обезбиједи стабилност и уједначеност у процесу примјене закона на појединачне ванспорне ситуације, при прецизирању општих правила понашања с обзиром на особености индивидуалних животних догађаја.

Значај основних начела је, поред реченог, најмање двојак. Прво – она одражавају и учвршћују конзистентност управног поступка, заокруженост и упоришне тачке законског текста који га уређује. Начела су надређена свим појединачним управно-процесним одредбама, како општег управног поступка, тако и посебних поступака. Правна могућност одступања од основних начела управног поступка предвиђена је искључиво у њима самима (на примјер, код начела изјашњавања странке, одступања се могу предвиђети законом – члан 14. став 3). Друго – када неко питање није до краја регулисано у управном поступку, односно када је посриједи правни стандард, начела су сигуран путоказ за тумачење права у конкретним случајевима.

Уређујући поступак рјешавања у управним стварима, и црногорски законодавац се руководио двијема главним идејама. Прва се састоји у процесном обезбјеђењу да се дође до законите одлуке, односно управног уговора, као и законите мјере (управне радње, јавне услуге) у сваком појединачном случају, при чему се признају и заштићују права и правни интереси, односно одређују обавезе грађана и организација. Друга идеја тиче се потребе за дјелотворношћу (ефективношћу) и економичношћу поступка, уз његовање постулата сразмјерности и заштите стечених права. Процесним радњама треба да буде потпуније и што брже, што успјешније и цјеловитије остварен онај циљ који се при започињању поступка имао у виду – уз максималне уштеде у времену и материјалним средствима за све учеснике у поступку.

Основна начела управног поступка, према новом ЗУП-у Црне Горе су: 1) начело законитости (члан 5), у кога је уткано (став 3. члана 4) и начело оправданих/легитимних очекивања странака; 2) начело сразмјерности (члан 6) – као новина; 3) право странке на правну заштиту (члан 7) – умјесто ранијег начела двостепености, права на жалбу; 4) начело активне помоћи странци (члан 8); 5) начело употребе језика и писма у поступку (члан 9); 6) начело економичности и ефикасности поступка (члан 9) – сада су повезана у једно; 7) начело утврђивања истине (члан 11); 8) начело самосталности и

слободне оцјене доказа (члан 12) – до сада нијесу чинила цјелину; 9) начело прибављања података по службеној дужности тј. истражно начело (члан 13) – као новина; 10) начело изјашњавања странке (члан 14); 11) забрана злоупотребе права – новина (члан 15); 12) право на разгледање списка (члан 16).

Слична начела садржана су и у упоредном управно процесном праву држава у окружењу .

Европски призната начела ваљане управе (good administration) – која су највећим дјелом и новоуграђена у црногорску актуелну управну процедуру – треба да обезбиједи, нарочито: а) владавину права (the Rule of Law) током управне процедуре (the principle of legality of public administration); б) коректно понашање органа према странкама у поступку, посебно заштиту њиховог достојанства и приватности, праћену етичношћу, објективношћу и политичком неутралношћу управних службеника – faire procedure (due process); ц) сразмјерност употребе средстава и мјера спрам циља који се жели постићи, не дирајући прекомјерно и непотребно (већ само неопходно) у интегритет позиције грађана и правних лица у поступку (proportionality); д) начело забране дискриминације, тј. једнакоправности; е) начело предвидивости и извјесности – заштите легитимних очекивања, као и поузданости и уједначености (конзистентности) управних мјера (одлука и радњи) – ово важно и деликатно гесло ЗУП Црне Горе, као самосталан и развијен принцип, повезује са начелом законитости (члан 5. став 3); ф) начело обзирног и брижљивог вођења поступка – цјеловито и непристрасно сагледавање сваког релевантног састојка конкретног случаја (и у правном и у чињеничном погледу); г) истражно начело; х) начело приступа подацима и заштите података; и) коришћење савремених информационих поступака у управној дјелатности, посебно у општењу са странкама у управном поступку („е-управа“); ј) пружање управних услуга на једном мјесту – јединствено управно мјесто као допринос концентрацији поступка и олакшање комуникације странака у поступку (point of single contact). Такође, поред жалбе као стандардног правног лијека против правно неваљаних управно-правних аката устаљује се и приговор ради заштите од мањкавости других управних активности – управног уговора, обезбјеђивања пружања услуга од општег интереса, као и осталих управних активности.

Све претходно наведено (и остало, ненаведено) представља „европски управни оквир“ – као дио европских заједничких правних тековина, тј. правних тековина саме Заједнице (acquis communautaire / des gemeinschaftlichen Besitzstands) у европском управном простору.

Доминантни смисао јавној управи примјерених европских стандарда јесте да се управни поступак скрати, поједностави, одмјерено (дјелимично) деформализује, концентрише, рационализује и убрза (efficient), али не на

штету дјелотворности (ефективности, effective) правне сигурности, законитости и начела истине. С тим у вези, важан је активан положај странке у транспарентно постављеном управном поступку, као својеврсног процесног сарадника органа у примјени права и пружању јавних услуга: 1) њена непрекидна информисаност, учествовање у свим процесним радњама које се ње тичу, укључујући приступ и доступност свих релевантних докумената; 2) право на саслушање; 3) пружање сваковрсне помоћи странци у поступку (како од органа, не реметећи тиме његову главну улогу у поступку, тако и од стручних лица које странка сама изабере или јој по закону сљедују); 4) управна образложења свих донијетих аката; 5) право да се о њеној правној ситуацији одлучи у разумном року; 6) признато право на правни лијек, како против активног дјелања управе којим странка није задовољна, тако и против пасивног поступања управе.

2. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И ОПРАВДАНИХ (ЛЕГИТИМНИХ) ОЧЕКИВАЊА СТРАНАКА

Чланом 5 Закона о управном поступку Црне Горе широко је постављено начело законитости и оправданих (леgitимних) очекивања странке. У том смислу нови ЗУП уређује да јавноправни орган одлучује и поступа у управној ствари на основу закона, других прописа и општих аката (став 1). Приликом одлучивања у управној ствари, јавноправни орган води рачуна о ранијим одлукама које је донио у битно истовјетним управним стварима (став 2). Кад јавноправни орган утврди да постоје посебне околности које указују на потребу промјене раније заузетог правног става по одређеном питању у управној ствари, дужан је да то образложи (став 3). Кад је јавноправни орган законом овлашћен да у управној ствари одлучује по слободној оцјени, управни акт мора бити донијет у границама датог овлашћења, у складу са циљем због којег је овлашћење дато и у складу са ранијим одлукама које је јавноправни орган донио у битно истовјетним управним стварима (став 4)

Већ традиционално, најважнија и најопштија правна начела савремене демократске и грађанске правне државе јесу: 1) владавина права, посебно прокламованост и дјелотворна правна заштита људских и мањинских права и слобода, уз пуно поштовање међународноправних докумената; 2) једнакоправност грађана; 3) диоба државноправних функција (подјела власти). Према класичној тројној подјели, државна власт се грана на законодавну, извршну и судску којој се јемчи независност. По правилу, на челу извршне власти је државна влада, а њој је подређен припадајући систем државне и недржавне јавне управе. Јавна управа се стара о цјелини друштвене заједнице и њеном функционисању, али и о потребама грађана и њихових организација. Она наређује, ограничава, забрањује, надзире,

утврђује, потврђује, додјељује, признаје, помаже, подстиче, овлашћује. Све то на основу закона и у његовом извршењу.

Начело законитости (заједно са уставношћу) изражава идеју владавине права у друштву – подвргавање свих појединаца, органа и организација правним нормама. Начело законитости је основно начело југословенског правног система у цјелини, па тако долази до изражаја и у управном поступку. ЗУП га у односу на друга начела ставља на приоритетно мјесто, као прво начело (члан 5); конкретизује га у низу својих одредаба, особито код “правних љекова” (глава XII).

Већ је Устав ФНРЈ од 1946. године прописивао обавезну заснованост на закону свих аката органа државне управе и органа правосуђа (члан 8 став 2). Начело законитости бива уграђено и у касније југословенске уставне текстове, као и у савремене Уставе бивших југословенских република, држава насталих на простору ех Југославије. Тако је и у Уставу Црне Горе посебан дио посвећен Уставности и законитости (чл. 145-148).

Законитост се у најширем смислу одређује као сагласност свих материјалних и правних аката са законом (или другим прописом) као вишим актом. Разликује се формална законитост (сагласност са законом у погледу форме правних аката) и материјална законитост (сагласност са законом у погледу садржине аката).

Начело законитости, изражено у члану 5 ЗУП-а, односи се како на тзв. везане управне акте (став 1), тако и на оне донијете по слободној (дискреционој) оцјени (став 2).

С друге стране заштита легитимних очекивања (Vertrauensschutz) води поријекло из њемачког права, одакле је пренијето у право Европске уније. Његов теоријски основ лежи у принципу правне сигурности, забрану повратног дејства прописа, конзистентности, начелом једнакости и заштите стечених права. Заштита легитимних очекивања странака је повезана са заштитом стечених права која се остварује начелом правоснажности. Суштина правоснажности је у неопозивости рјешења органа управе, изузев ако је то законом изричито предвиђено.

Смисао легитимног очекивања странке је делотворније задовољење јавног интереса и појединачних интереса грађана и правних лица у управним стварима. Поступање носиоца управних овлашћења, при доношењу управних аката, странкама мора уливати сигурност и не смије изневјерити њихова легитимна очекивања. Уобичајено, стереотипно поступање органа јавне управе у истим или сличним правним случајевима (управним стварима), даје право грађанима и правним лицима као странкама у управном поступку, да вјерују да ће се и у будуће управа према њима у таквим случајевима исто односити и да неће бити изненађени наглом променом прописа, која би довела до неочекиваних и евентуално тежих правних посљедица. Суштина овог принципа је тзв. конзистентност у

доношењу одлука од стране управе. Постојање, сталности управног одлучивања даје поузданост и утемељује легитимна очекивања грађана. То значи да се грађанима правним прописима мора признати процесно право на заштиту њихових легитимних очекивања.

Појам легитимних очекивања није до краја дефинисан у правној теорији, а његове се границе још увек истражују у међународној и домаћој судској пракси. У немачкој доктрини се примењује начело заштите легитимних очекивања, а у неким другим чланицама Уније, као што је Француска и Италија.

У пракси Европског суда правде заштита стечених права улази у садржај начела правне сигурности као општег начела којем суд пружа заштиту. Пракса Европског суда правде у погледу заштите легитимних очекивања је оскуднија у односу на разраду других начела. У случајевима који се тичу односа Уније и њених службеника као нпр. у случају *Laury v. CDM*, Суд је испитујући валидност интерног управног прописа, стао на становиште „да неконзистентна примјена, одн. измјена интерних, правно необавезујућих аката без ваљаног основа, доводи до повреде конзистентности управног понашања, а тиме и до повреде начела једнакости. Пошто се интерним управним прописом установљава одређена пракса управног понашања, управа не смије одступати од дате праксе уколико нема ваљан разлог за то.“

Међутим, када је у питању везаност органа управе својом претходном управном праксом, Суд правде је у великом броју предмета одбацио принцип везаности управе претходном управном праксом, мада има и изузетака.

Првостепени суд Европских заједница у предмету *T-227/95 Kraft v. Commission* заузео је став да у ситуацијама када се одлуком Комисије само намећу обавезе или се њоме кажњава појединац, Комисија није спријечена ставити ван снаге такву одлуку позивањем на заштиту легитимних очекивања и стечених права адресата одлуке.

Случај Аубин је примјер из праксе Државног савјета, у коме господин Аубин, који је живео и радио на обије стране француско – белгијске границе, погрешно је обавијештен од стране службеника француских власти да се треба пријавити за накнаду за незапослене особе у Белгији. Када је то учинио, у складу са француским прописима изгубио је право на пријаву у Француској, а то право није могао остварити ни по прописима Белгије, нити прописима ЕУ. Државни Савјет утврдио је да су француска тијела одговорна за Аубинов губитак накнаде. Овакав став о одговорности француских тијела заузет је без обзира на чињеницу да је та информација господину Аубину дата само као савјет и да је била нејасна тачна интерпретација правила права Заједнице.

Појам одлучивања, тј. рјешавања, у овом контексту, тиче се цјелокупног рада органа у поступку, а не само примјене материјалног

прописа на утврђено чињенично стање (дакле, не само на фазе доношења рјешења).

Одлучивање/рјешавање на основу закона (других прописа или општих аката) значи поступање и према одговарајућим материјалним прописима и према формално-правном одредбама. Поштовање материјалног закона своди се на 1) одређивање мјеродавног – одговарајућег прописа у конкретном случају, и 2) на његову правилну примјену на утврђено чињенично стање. Поштовање формалног закона састоји се у поступању по нормама ЗУП-а (односно по процесним нормама посебних закона, којима се уређују поједине управне области).

Питање законитости је веома важно при постојању различитих сукцесивних прописа који се односе на исту правну ситуацију – проблем тзв. сукоба закона у времену. Управно-судска пракса, старија и актуелна, у том домену је заузела одређене ставове. Тако, ако прелазним и завршним одредбама није другачије одређено, при рјешавању у управним стварима поступаће се по пропису о поступку који важи у вријеме подношења захтјева и рјешавања, а не пропису који је важио у вријеме када је дотични однос настао (СС, Ус бр. 417/74 од 5. 9. 1974).

Испуњавање услова за признавање неког права цијени се према моменту доношења одлуке, а не према времену подношења захтјева (у том смислу и ВВС, Уп бр. 270/69 од 31. 10. 1969).

Правилност првостепеног рјешења оцјењује се према пропису који је важио у вријеме његовог доношења, а не према пропису који је на снази у периоду када треба донијети другостепено рјешење (ВСЈ, Уж 939/65 од 6. 2. 1965).

Што се тиче односа насталог за вријеме важења једног прописа, који траје и у периоду важења каснијег прописа – новији ће се примјенити једино ако је повољнији за странку, и то под условом да о односној ствари није било правоснажно одлучено у периоду док је ранији пропис био на снази (ВСС, У бр. 2190/69 од 17. ИВ 1969).

ЗУП уводи и ново правило у складу са европским начелом легитимних очекивања странака. Ипак, раније одлуке – управне, али и судске – у истоврсним управним ставрима строго не обавезују орган: он је само дужан да води рачуна о њима приликом управног одлучивања, као и да образложи евентуална одступања од дотадашње праксе (по дефиницији, уједначене тј. досљедне). У вези са реченим је одредба члана 5 става 2. Дакле, странка односним правилима добија повећану правну сигурност, извјесност у погледу исхода одлучивања о њеној управној ствари. Повреда правила из члана 5 става 2 ЗУП-а је повреда правила поступка али и законски разлог понављања поступка (члан 132 став 1 тачка 8). Мејдугитим ЗУП уводи и специјално правило у односу на предходни став. Да би се одступило од устаљене праксе у дотичној врсти управне ствари, морају за то постојати

"посебне околности". Полазећи од њих приликом одлучивања, орган је дужан да образложи разлоге зашто – евентуално – одступа од својих до тада заузетих ставова.

Код управних аката донијетих по тзв. слободној оцјени, питање законитости се показује као разуђеније и сложеније. Рјешавање по слободној оцјени подразумијева ситуацију у којој је надлежни орган, законом добио овлашћење да на утврђено чињенично стање примијени мјеродавни материјални пропис у оном смислу који он сматра (тј. оцијени) оптималним, према околностима конкретног животног случаја. При томе му пропис који примјењује поставља одређени оквир. Орган може само изабрати једну од законом (за дату ситуацију) предвиђених алтернатива; ван тога, не може ићи. Обавезан је, дакле, да се креће у границама овлашћења из закона. Осим тога, рјешење у коме је извршена слободна оцјена мора да буде донијето у складу са циљем који је законодавац (изрично или прећутно), повјеравајући овлашћење, имао у виду – "и у складу са ранијим одлукама које је јавноправни орган донио у истим или сличним управним стварима".

Према томе, законитост вршења слободне оцјене у црногорском управно-процесном праву има четири елемента.

1) Потребно је да постоји правно овлашћење за коришћење слободне оцјене; некад је то лако уочљиво (законодавац користи формуле "може", "по потреби", "орган је овлашћен" и сл.), али неријетко се мора прибјећи тзв. систематском тумачењу, да би се установило да ли је законодавац имао у виду "везани" или пак "дискрециони" управни акт. Рјешење у коме је вршена слободна оцјена, а да за то није постојало законско овлашћење – незаконито је.

2) Примјењујући слободну оцјену, орган је дужан да се држи граница да тог овлашћења; свако прекорачење води у незаконитост.

3) При доношењу рјешења, мора да буде вођено рачуна о циљу повјеравања овлашћења на слободну оцјену (заштита, односно остварење одређеног јавног интереса).

4) Најзад, дискрециони управни акт се мора равнати, односно бити у складу (и) са ранијим одлукама које је јавноправни орган донио у истим или сличним управним стварима.

У овом последњем захтјеву изражено је начело заштите легитимних очекивања странака, као важан европски стандард добре, поуздане и предвидиве управе са – што је више могуће (уз дозу неопходне и оправдане еластичности) – досљедном и устаљеном правном праксом у истим или битно сличним ситуацијама. Уједно, ово је и допринос правној сигурности и заштити позиције странака. Али, остаје нејасно зашто је ова и оваква заштита легитимних очекивања странака у ЗУП-у ограничена само на акте који се доносе по дискреционој оцјени, а не простире се и на оне тзв. правно везане

– што би било логично и легитимно. Тако нпр. Закон о држављанству у члану 12 уређује дискреционе акте.

Правилност вршења слободне оцјене (тј. обављени избор најпогодније алтернативе за задовољење јавног интереса у конкретном случају) – цјелисходност управног акта, може се провјеравати једино у жалбеном управном поступку (члан 120 став 2 ЗУП-а), а не и од стране суда у управном спору (члан 9 став 1, у вези са чланом 1 Закона о управном спору Црне Горе).

Када је надлежни орган законом или другим прописом заснованим на закону овлашћен да ријеши став по слободној оцјени, дужан је да у образложењу рјешења наведе (поред осталог) и тај пропис, као и да изложи разлоге којима се при доношењу таквог рјешења руководио (члан 22 став 7 ЗУП-а, претпоследња реченица).

Начело законитости је уско везано за предмет жалбеног поступка с обзиром да се у поступку по жалби испитује законитост рјешења које се побија, а када се побија рјешење донесено по слободној оцјени, у поступку по жалби осцјењује се и целисходост рјешења (члан 120). Жалбом се побија првостепено рјешење тако што се указује на његову незаконитост. Незаконитост је најшири, класични облик правне мане управног акта. Састоји се у несагласности управног акта одговарајућим когентним правним прописима, тј. у кршењу слова или духа мјеродавне правне норме. Незаконитост погађа и правно везане управне акте и управне акте донијете по тзв. дискреционој (слободној) оцјени.

Унутрашње разврставање незаконитости може да буде двојако: 1) Према врсти незаконитости: да ли је по сриједи повреда формално-правних правила о одређивању надлежног субјекта за рјешавање, поступка који претходи одлуци, укључујући ту и само утврђивање чињеница, као и о облику издатог акта – или је ријеч о кршењу материјално-правних норми на основу којих се ствар мериторно рјешава. Прва подгрупа правних мана може се заједнички означити као формално-процесна незаконитост, а друга, као материјална незаконитости; 2) Према тежини незаконитости: рушљивост и ништавост коју не познаје овај ЗУП

Постоји више врста незаконитости као што су формално-процесна и материјално правна.

1). Формално-процесне незаконитости можемо подијелити а) чисту формално-процесну незаконитост и б). формално-процесну незаконитост у погледу утврђивања чињеница. Код тзв. чисте формално-процесне незаконитости, нарушава се прописима предвиђена формална страна акта: 1) ненадлежност (стварна, мјесна или функционална, при чему се ова трећа тиче доношења управног акта од стране неовлашћеног службеног лица иначе надлежног органа); 2) сам поступак доношења акта; 3) његово завршно обличје - форма. А чињенично-процесна незаконитост настаје током

прибављања (и оцјене) релевантне чињеничне грађе у поступку: 1) непотпуно утврђено чињенично стање, 2) нетачно утврђено чињенично стање или 4) извођење погрешног закључка из иначе правилно утврђеног чињеничног стања.

2). Материјална незаконитост се простире у предјелу самог мериторног одлучивања о датој правној ствари. То је суштинска, дубинска незаконитост управног акта, скопчана са самом примјеном материјалног прописа на прибављену чињеничну грађу у конкретној ситуацији, као и резултатом те примјене. Материјална незаконитост код управног акта може да се састоји: 1) у примјени немјеродавног материјалног прописа; 2) у погрешном тумачењу мјеродавног прописа; 3) у примјени материјалног прописа упркос некој фактичкој или правној сметњи; 4) у повреди самосталности органа при доношењу управног акта; 5) у прекорачењу овлашћења на вршење слободне оцјене; 6) у његовој злоупотреби, тј. у изигравању циља слободне оцјене; 7) у необразложеном одступању од раније донијетих одлука у истим правним стварима тј. повреди начела законитости и легитимног очекивања странке; 8) повреди правила поступка која могу утицати на другачије рјешење управне ствари; 9) повреди начела сразмјерности када се управним актом утврђу неке обавезе странци.

Управни акт у којем је изиграно овлашћење на слободно оцјењивање вријећа дух и смисао закона, иако се орган формално држи његовог слова. Таквим управним актом орган иде за постизањем друге сврхе од оне која је законом постављена: било да је сврха акта недопуштена у конкретном случају (није за такав модел ситуације предвиђена), или је апсолутно забрањена (уопште се не смије да буде сврха управног акта). У сваком случају, битно је „да је повјерено овлашћење скренуло (детоурнер) од своје праве сврхе и циља“, те да такав недостатак чини управни акт незаконитим. Начелно, двије су врсте незаконитих циљева идући за којима орган злоупотребљава своја овлашћења. Прво – када орган изда акт посежући за сврхом која је без икакве везе са јавном службом. Тако, недодјељивање оружаног листа одређеном грађанину не смије да буде у сврху шиканирања тога лица, иначе супротног политичко-партијског одређења у односу на водитеља управног поступка (рецимо из осветољубивих мотива). Иначе, ту је стандардна законска сврха заштита безбједности и живота људи (која би, примјера, била изневјерена издавањем предметне дозволе нервно лабилном лицу, склоном конфликтима и сл.). Друго – када се орган "руководи неком сврхом јавне службе, али страном оној сврси коју је закон имао у виду у конкретној ствари". Примјера ради, када је орган умјесто очувања јавног реда и мира, имао у виду сврху рационалног уређења простора, или уштеде у државној благајни. Законска сврха значи увијек објективно правно правило, било да је оно у закону изричито прописано, односно јасно негативно исказано кроз забрањивање поједине сврхе – или се до суштине законске

сврхе долази тумачењем мјеродавних прописа и других пратећих материјала. Због тога, циљ управног акта беспоговорно припада правно везаним састојцима ствари о којој се рјешава. У погледу сврхе управног акта нема никаквог правно допуштеног избора и законских алтернатива. За један тип случајева само је један циљ законски; остали су незаконити, јер у том контексту нијесу ни били предвиђени.

Према тежини незаконитости стандардно се раздвајају а) рушљиви ("релативно ништави") од б). ништавих ("апсолутно ништавих") управних аката. У том смислу, рушљивост представља начелно мање грубу, лакшу незаконитост, у поређењу са ништавошћу.

Суштина рушљивости ("оборивости") у односу на ништавост може да буде углавном двојачко постављена. Прво – са становишта питања који субјекти правно могу на њу да се позивају, да истичу рушљивост као основ уклањања акта. Начелно, тај круг је релативно сужен, при чему је нарочито рестриктивна солуција која легитимацију за тражење уклањања рушљивих управних аката признаје једино странци, лицу чији је интерес правно ангажован у дотичној ситуацији. Ово је један од разлога што се рушљивост понекад назива и релативна ништавост. Друго – према крајњем моменту до којег се може поставити питање рушљивости, односно року за елиминисање рушљивих управних аката из правног поретка (било по захтјеву овлашћеног лица, било по службеној дужности). По правилу, обије наведене компоненте рушљивости се комбинују, односно кумулирају. Правно-технички гледано, обично се само предвиђају карактеристични типови, особито они тежи. Искрпну листу разлога рушљивости није потребно правити, будући да се "остатак" незаконитости, односно противправности, и то оних најтежих – ништавости – редовно прецизно, таксативно законски одређује.

Но, актуелни црногорски ЗУП не познаје категорију ништавости управног акта; умјесто ње предвиђен је правни режим орченог (10 година од дана извршности рјешења) обавезног поништавања управног акта у тачно предвиђеним случајевима (члан 139). Међу њима су и разлози ништавости из ранијег текста ЗУП-а. Тако, теоријски у овдашњем ЗУП-у су све правне мане управног акта сада квалификоване рушљивошћу – само су неке теже, озбиљније (члан 139), а остале лакше.

Дејства рушљивих аката се бришу на два начина – поништавањем и укидањем. Поништавањем се акт уклања из правног поретка од момента рођења, од тренутка отпочињања његових правних дејстава. Дејство поништавања је ретроактивно, па се узима као да рушљиви акт није уопште ни постојао. Укидањем, као блажом правном мјером, већ настали учинци рушљивог акта остају, али се отклања могућност да он даље производи правне посљедице. Тако, укидање дјелује само унапријед, за убудуће. Елиминисање рушљивог акта (у цјелини или дјелимично) спроводи се одговарајућим правним путевима. Најприје, управном жалбом, редовним

правним лијеком у управном поступку. Затим, и нарочитим, службеним правним путевима (у смислу ЗУП-а, члан 139-143, Поништавање и укидање рјешења). Због рушљивости, управни акт може да буде побијан и пред судом, тужбом у управном спору. Али, набројане правне могућности постоје (уз прописана одступања) само унутар предвиђених временских оквира, орочене су. Протеком постављених рокова, оне се гасе, тако да се акт сматра необориво законитим (уз рестриктивно предвиђене изузетке). Дакле, временом, послије пребројених процесних искушења, односно некоришћења расположивих правних шанси – рушљив акт стиче правоснажност, начелну ненападљивост.

Рјешења донијета по дискреционој, слободној оцјени могу се побијати и у погледу незаконитости (в. став 1), и у погледу правилности саме извршене слободне оцјене – цјелисходности. Наиме, сваки управни акт је законски заснован, правно везан. Но, правна везаност једног управног акта за правни пропис може да буде потпуна и дјелимична. Доносилац правно везаног акта, поштујући правила процедуре (и друге формалне елементе), примјењује материјални (садржински) пропис на појединачан случај тако што утврђује (не)испуњеност услова на страни неког лица за наступање предвиђених правних последица. Он је обавезан да мјеродавни пропис стриктно примијени, с обзиром на обиљежја датог случаја: Једна солуција за одређени тип ситуација. Тако, отпуст из држављанства неће се дати (тј. не смије се дати!) док траје ратно стање, стање непосредне ратне опасности или ванредно стање. При доношењу акта коришћењем дискреционе (слободне) оцјене, издавалац је у самом пропису овлашћен (најчешће ријечима „може“, „слободан је да одлучи“, „одлучује“, „оцијениће“) да изабере ону правну солуцију која ће најпотпуније (најбоље) осликавати вољу законодавца у погледу конкретне ситуације.

Примјере одлучивања по основу слободне оцјене налазимо: у материји давања дозволе за ношење оружја; код издавања пасоша; у погледу одобрења странцу сталног настањења и; код правне могућности органа да одбије захтјев за стицање држављанства пријемом, односно за престанак држављанства – иако су испуњени законски услови – ако оцијени да је то у државном интересу, итд.

Тако Закон о црногорском држављанству прописује да пунољетно лице чији пријем у црногорско држављанство је од посебног значаја за државни, научни, привредни, културни, економски, спортски и други интерес Црне Горе може, изузетно, стећи црногорско држављанство пријемом и ако не испуњава услове из члана 8 овог закона. О пријему у црногорско држављанство за државни и други интерес Црне Горе одлучује Министарство унутрашњих послова и јавне управе на основу предлога Предсједника Црне Горе, предсједника Скупштине Црне Горе или предсједника Владе Црне Горе. О пријему у црногорско држављанство из

става 1 овог члана одлучује Министарство унутрашњих послова и јавне управе уз мишљење органа управе надлежног за област из става 1 овог члана (члан 12).

Да се еластичност описане законске регулативе не би претворила у арбитрерност и самовољу, прописују се беспоговорне границе избора, односно овлашћења, и циљ који се том приликом мора остварити – и „у складу са ранијим одлукама које је јавноправни орган донио у истим или сличним управним стварима“ (став 2 члана 4 ЗУП-а, ин фине). Према томе, органу стоје на располагању двије (или више) правних солуција за одређени модел ситуације, са задатим циљем (остварење или заштита ангажованог јавног интереса). То су оквири дискреционе оцјене (в. члан 5 став 4 ЗУП-а и члан 14 став 2 ЗУС-а).

Значи, нецјелисходност је правна мана управног акта, која се састоји у рђавом избору – према критеријуму потпуности остварења јавног интереса – између предвиђених законских алтернатива при уређивању једног конкретног правног случаја. Нецјелисходност је грешка у вршењу слободне (дискреционе) оцјене: примјена конкретно неприкладне (тачније, не најподесније за дату ситуацију), премда правно понуђене солуције (унутар законских оквира и у складу са законском сврхом) за доношење одлуке о одређеној управној ствари. Испитивање цјелисходности дискреционог управног акта врши непосредно виша управна инстанца (другостепени орган управе), и то поводом изјављеног редовног управно-правног лијека, жалбе у управном поступку (в. члан 126 став 2 ЗУП-а). Док је код законитости тежиште на објективним показатељима самог правног текста, и процесног и материјалног, помоћу којих се дати случај правно уређује управним актом – дотле је нецјелисходност зависна од субјективних параметара. Ти субјективни параметри се исказују у двојаким смислу: 1) у свим конкретним обиљежјима (економским, социјалним, психолошким итд.), специфичностима појединачне животне ситуације које треба правно уредити; 2) у субјективном виђењу самог органа којем је тај избор повјерен, у чијој свијести бива створена одговарајућа "субјективна норма" о правима и обавезама лица о којем је ријеч.

Резимирано посматрано, иако ЗУП не уређује жалбене разлоге а како се жалбом оспорава законитост - цјелисходност управног акта и даље ће постојати исти, и мало шири, жалбени разлози а самим тим и разлози незаконитости управног аката који за посљедицу имају поништавање првостепених управних аката у управном поступку, као што су:

- 1). Повреда правила поступка,
- 2). Погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање,
- 3). Погрешна примјена (тумачење) материјалног права,
- 4). Повреда целисходности – (дискреционе оцјене),
- 5). Повреда начела сразмјерности

б). Повреда начела легитимног очекивања странке, одступања од раније донијетих одлука у истим управним стварима.

3. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У КОМПАРАТИВНИМ УПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Посматрано са компаративног аспеката држава у окружењу, може се констатовати да начело законитости се у основи уређује на веома сличан начин.

Закон о општем управном поступку Србије прописује “Начело законитости и предвидљивости”. У том контексту законитост обухвата обавезу органа да поступа на основу закона, других прописа и општих аката (став 1). Када је законом овлашћен да одлучује по слободној оцени, орган одлучује у границама законом датог овлашћења и сагласно циљу због кога је овлашћење дато (став 2). Када поступа у управној ствари, орган води рачуна и о ранијим одлукама донијетим у истим или сличним управним стварима(став 3).

Закон о општем управном поступку Хрватске прописује, такође, само начело законитости, али не обухвата и легитимно очекивање странке односно предвидљивости. У том смислу ЗУП прописује да јавноправно тијело рјешава управну ствар на темељу закона и других прописа те општих аката донесених на темељу законом утврђених јавних власти (став 1). У управним стварима у којима је јавноправно тијело законом овлашћено рјешавати по слободној оцјени, одлука мора бити донешена у границама да овлашћења и сврси за које је овлашћење дато (став 2).

Закон о управном поступку Босне и Херцеговине који још није усаглашен са европским стандардима управног процесног права и добре управе, такође, уређује само “Начело законитости“. У том смислу чланом 4 ЗУП-а прописан је да органи и институције које имају јавне власти када поступају у управним стварима дужни су да те ствари рјешавају на основу закона и других прописа, као и општих аката институција које имају јавне власти и које оне доносе на основу јавних власти (став 1). У управним стварима у којима је орган, односно институција која има јавне власти законом или на закону заснованом пропису овлашћен да рјешава по слободној оцјени, рјешење мора бити донешено у границама овлашћења и у складу с циљем с којим је овлашћење дато (став 2 . Правила поступка утврђена одредбама овог закона важе и за случајеве у којима је орган односно институција која има јавне власти, овлашћен да у управним стварима рјешава по слободној оцјени (став 3).

Закон о управном поступку Косова који је у процесу усаглашавања са европским стандардима добре управе такође прописује “Принцип законитости “(члан 3). У том контексту закон прописује да Органи јавне

управе врше административне дјелатности у складу са законодавством које је на снази на Косову, у оквиру надлежности које су њима задате и сходно циљу за који су задате ове надлежности (став 3.1.). Органи јавне администрације обезбеђују спровођење њихових административних аката (став 3.2.). Административни акти који су издати у ванредном стању, а који нису у сагласности са одредбама овог Закона, важе уколико се затражени резултати у ванредном стању не могу постићи другим средствима став (3 3). Физичка и правна лица која су оштећена административним актима по параграфу 3 овог члана, имају право обештећења сходно законским одредбама које регулишу одговорност јавне управе (став 3.4).

Ђорђе Блажић, LL.D

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

PRINCIPLES OF GOOD GOVERNANCE: THE PRINCIPLE OF EQUITY AND
LEGAL CERTAINTY

Summary

The legality of the treatment of public law bodies in the decision-making of rights and obligations and the legal interests of citizens is the foundation of the rule of law in every democratic state. New Laws on Administrative Procedures of Countries in the Region that are in line with European Good Governance Standards (Montenegro, Serbia, Croatia) greatly promote the principle of legal security and the rule of law through the principles of legality, which is particularly important from the aspect of genuine security of citizens in the realization of their rights that are further guaranteed by international acts, and in particular by the European Convention on Fundamental Rights and Freedoms, an additional mechanism for the protection of natural and legal persons in exercising their rights and legal interests from bad public administration in countries that have ratified the Convention.

Keywords: *legality, administration, administrative procedure, administrative acts.*

ЛИТЕРАТУРА

Проф. др Зоран Томић- проф. др Ђорђевић Блажић, Коментар Закона о управном поступку Црне Горе , Обод Цетиње, 2017 г

Блажић, Ђорђевић (2010): Управно-судски поступци Црне Горе, Факултет за државне и европске студије, Подгорица

Богићевић, Чедомир, Блажић, Ђорђевић, Радуловић, Бранислав (1997): Приручник за практичну примјену ЗУП-а и ЗУС-а са регистром појмова, пратећим прописима, обрасцима и примјерима аката, Медон, Подгорица

Борковић, Иво (2002): Управно право – осмо издање, Народне новине, Загреб

Бребан, Ги (2002): Административно право Француске, Службени лист СРЈ, Београд

Цраиг, Паул (2006): ЕУ Административе Лав, Охфорд Университи Пресс, Охфорд

Димитријевић, Павле, Марковић, Ратко (1986): Управно право, Службени лист СФРЈ, Београд

Димитријевић, Предраг, Блажић, Ђорђевић (2008): Управно право Црне Горе, Факултет за државне и европске студије, Подгорица

Димитријевић, Предраг (2008): Управно право – општи део (Књига И), Правни факултет, Ниш

Ђерђа, Дарио (2007): Отворена питања управног поступка у Хрватској, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, бр. 1

Ђерђа, Дарио (2009): Ново хрватско опће управнопоступовно право, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, бр. 1

Илић, Михаило (1998): Административно право и други радови, Службени лист СРЈ, Београд 234

Ивановић, Сретен (2005): Коментар Закона о општем управном поступку, Подгорица

Ивановић, Сретен (2008): Примјена Закона о управном поступку и управном спору, са судском праксом, Подгорица

Копрић, Иван, Муса, Анамарија, Лалић, Новак Горанка (2012): Европски управни простор, Институт за јавну управу, Загреб

Копрић, Иван (2010): Упознавање с новим Законом о опћем управном поступку, Удруга опћина у Републици Хрватској, Загреб

Козарчанин, Хакија, Косовац, Младен (1977): Коментар Закона о општем управном поступку – прво издање, Правно-економски центар, Београд

Козарчанин, Хакија, Косовац, Младен (1982): Коментар Закона о општем управном поступку – друго допуњено издање, Правно-економски центар, Београд

Кријан, Перо (2002): Коментар Закона о управном поступку Федерације Босне и Херцеговине са судском праксом, Привредна штампа, Сарајево

Лангрод, Жорж (1960): Управни поступак и управно право (превод са француског Д. Денковић), Завод за јавну управу, Београд

Лилић, Стеван, Церовић, Дражен (2013): Управно процесно право, Правни факултет, Подгорица

Лилић, Стеван, Кунић, Петар, Димитријевић, Предраг, Марковић, Милан (2004): Управно право, Савремена администрација, Београд

Мајсторовић, Богдан (1978): Коментар Закона о општем управном поступку, Нова администрација, Београд

Марковић, Бранислав (1977): Положај и улога странке у управном поступку, Привредни преглед, Београд

Поповић, Славољуб, Лилић, Стеван, Савиншек, Јованка (1998): Коментар Закона о општем управном поступку, Савремена администрација, Београд

Милков, Драган, Простран, Чедомир (1998): Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом, Службени гласник, Београд

Поповић, Славољуб, Марковић, Бранислав, Петровић, Милан (1995): Управно право – општи дио, Савремена администрација, Београд

Поповић, Славољуб (1978): Коментар Закона о општем управном поступку, са савезним, републичким и покрајинским прописима, објашњењима, судском праксом, примерима, обрасцима за примену закона и регистром појмова, Савремена администрација, Београд

Стјефановић, Никола (1957): Положај грађана и организација у управном поступку, Савремена администрација, Београд

Стјефановић, Никола (1964): Управно право СФРЈ – општи део (Књига И), Завод за издавање цбеника Социјалистичке Републике Србије, Београд

Тодоровић, Љубо, Хаџимусић, Менсур (2005): Управни поступак, Друштво за финансијско-економске експертизе, издаваштво и маркетинг „Финекс“, Сарајево

Томић, Зоран, Бачић, Вера (1997): Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом и регистром појмова, Службени лист СРЈ, Београд

Томић, Зоран, Бачић, Вера (2003): Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом – осмо издање, Службени лист, Београд

Томић, Зоран, Бачић, Вера (2012): Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом – девето издање, Службени гласник, Београд

Томић, Зоран (1999): Правно непостојећи управни акти – од француског ка југословенском праву, Правни факултет, Београд

Томић, Зоран (1998): Управно право, Службени лист СРЈ, Београд

Томић, Зоран (2002): Управно право, Службени лист СРЈ, Београд

Вукадиновић, Радован (2006): Увод у право Европске уније, Канцеларија Србије и Црне Горе за придруживање Европској унији, Крагујевац

Вуковић, Светислав (2010): Коментар Закона о општем управном поступку И Закона о управним споровима – треће измењено издање, Пословни биро, Београд

Виенер, Целине (1975): Верс уне цодифи цатион де ла процедуре административе, Парис, 1975

Др Слободанка ПЕРИЋ*

347.952:331.109

ИЗВРШЕЊЕ ПРАВНОСНАЖНИХ ПРЕСУДА ДОНЕТИХ У РАДНОМ СПОРУ

Апстракт: Заштита права запослених пред судом је најзначајнији и најобјективнији облик заштите. Пред судом, као независним и екстерним органом, запослени и послодавац иступају у спору као равноправне странке. Циљ судског поступка је да се по његовом окончању донета судска пресуда изврши. Пресудом се сматра судска одлука којом се мериторно решава радни спор. Да би се приступило извршењу „пресуда мора да буде снабдевена клаузулом правноснажности и извршности“ (З. Ивошевић: 2015). У раду аутор анализира поступак извршења правноснажних судских пресуда, особености поступка извршења, врсте извршења – добровољно и принудно извршење, веродостојне исправе итд.

Кључне речи: *радни спор, пресуда, поступак извршења.*

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Заштита појединих права и интереса запослених остварује се и у судском поступку.¹ 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* 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.² Запослени може да тражи заштиту

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, slobodanka.peric@pr.ac.rs.

¹ 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, Поверенику за заштиту равноправности (квасисудска заштита); и надлежном суду, односно вођење радног спора (судска заштита).

² 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

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 послодаваца*“. 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. 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 овлашћења коју послодавац чини опструкцијом да одлучи о праву запосленог. 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”.³

У решавању појединачних радних спорова учествују различити судски органи, у складу са правилима утврђеним националном регулативом. У појединим земљама решавају их радни судови, као самостални судски органи. У англосаксонским земљама решавају их редовни грађански судови. И најзад, трећу групу чине земље у којима су при судовима опште надлежности основана већа за радне спорове. Једна од таквих земаља је и Република Србија.⁴ Осим радних судова и судова опште надлежности, у

право запосленог; 3) да је тужба поднета у законом утврђеном року, односно да су поштовани законом прописани рокови за покретање радног спора.

³ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 108/94.

⁴ Сходно Закону о уређењу судова (“Службени гласник РС”, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 - др. закон, 78/11 - др. закон, 101/11 и 101/13) судску заштиту права из радног односа запослени остварује пред *судовима опште надлежности* (чл. 11. и чл. 22). Члан 11. Закона о уређењу судова прописује: „Судска власт је јединствена на територији Републике Србије. Судска власт у Републици Србији припада судовима опште и посебне

решавању индивидуалних радних спорова могу учествовати и уставни судови, привредни или трговински судови, арбитраже и други одговарајући органи.⁵

Правила поступка за решавање индивидуалних радних спорова разликују се од земље до земље. Посебан поступак за решавање индивидуалних радних спорова, између осталог, прописан је у Шведској, Шпанији, Француској, Белгији, Луксембургу, Данској, Великој Британији, Немачкој, Јапану и другим земљама. У нашој земљи утврђен је посебан поступак „у парницама из радних односа“, садржан у 29. глави Закона о парничном поступку.⁶ Законом о парничном поступку, између осталог, уређују се правила за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује приликом решавања индивидуалних радних спорова, осим спорова за које је посебним законом предвиђена друга врста поступка. Одређене одредбе Закона прилагођене су природи индивидуалних радних спорова и специфичностима њиховог решавања. Такве одредбе садржане су у поменутој глави Закона. Међутим, ако у 29. глави Закона не постоје посебне одредбе о одређеним питањима везаним за решавање индивидуалних радних спорова, настали спорови решавају се по правилима утврђеним осталим одредбама Закона о парничном поступку. С обзиром на то да та глава садржи мало одредаба, није тешко закључити да се на многа питања значајна за решавање насталих спорова примењују општа правила утврђена Законом о парничном поступку.

Заштита права запослених пред судом је најзаступљенији облик заштите. Имајући у виду да закон делује према свакоме, а пресуда је закон који је примењен на конкретни спорни однос међу конкретним странкама и за те странке представља индивидуални закон за решавање спорног односа - циљ судског поступка је да се по његовом окончању донета судска пресуда (и) изврши. Пресуда донета у радном спору може се извршити тек када постане правноснажна. Донесена пресуда постаје правноснажна када се више не може побијати редовним правним лековима – жалбом. Правноснажност пресуде настаје у првом степену ако се странке одрекну права на жалбу или ако пропусте рок за жалбу. Правноснажност пресуде настаје у другом степену ако суд одбије жалбу и потврди првостепену пресуду.

надлежности. Судовима опште надлежности су основни судови, виши судови, апелациони судови и Врховни касациони суд. Судови посебне надлежности су привредни судови, Привредни апелациони суд, прекршајни судови, Прекршајни апелациони суд и Управни суд“.

⁵ Ж. Кулић, С. Перић, Радно право, Завод за уџбенике, Београд, 2016, 322, 333.

⁶ Закон о парничном поступку – ЗПП, "Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/13 - УС, 74/13 - УС и 55/14.

1. ПРЕСУДА У РАДНОМ СПОРУ

Пресуда представља судску одлуку којом којом се мериторно решава радни спор, односно одлучује о захтеву који је био формулисан у тужби. Пресуда представља коначну одлуку јер с њоме завршава процес пружања правне заштите у првостепеном поступку.⁷ Пресудом се ауторитативно, коначно и мериторно одлучује о захтеву за пресуду. 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 послодавац, 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. ЗПП, суд у пресуди којом налаже извршење неке чинидбе одређује рок за извршење чинидбе (тзв. парациони рок). Рок за извршење чинидбе у радном

⁷ В. Боранијашевић, Пресуде у парничном поступку, Задужбина Андрејевић, Београд, 2009, 11.

⁸ Г. Станковић, Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, 425. Наведено према: В. Боранијашевић, *op. cit.* 11.

⁹ З. Ивошевић и М. Ивошевић, Коментар Закона о раду, ЈР „Службени гласник“, Београд, 2015, 459.

¹⁰ *Ibid.*

спору износи осам дана. *Декларативна* (утврђујућа) *пресуда* – њоме се утврђује постојање неког права или правног односа. Постојање права може се тичати, нпр., права на годишњи одмор, права на мировање радног односа, права на скраћено радно време. Постојање правног односа се може тичати 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 (чл. 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.¹¹ 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*). Суд испитује одлуку у границама захтева, али није везан разлозима које је запослени навео. О спорној ствари суд решава на два начина: 1) по *принципу законитости*; и 2) по *принципу пуне јурисдикције*. По *принципу законитости* суд цени законитост самог решења са становишта материјалног и процесног права које је важило у време доношења решења – да ли је донето у складу са законом, колективним уговором и другим општим актом, уговором о раду. У том спору суд има касаторна овлашћења. Ако суд утврди да је одлука законита, суд одбија тужбени захтев запосленог, чиме одлука постаје правноснажна. Ако утврди да одлука није законита, поништиће је или укинути, али се не упушта у одлучивање о спорној ствари. Поништава се она одлука код које уочене незаконитости не могу бити отклоњене у поступку поновног одлучивања пред надлежним органом послодавца (повреда битних правила поступка). Поништавајући одлуку суд налаже успостављање ранијег стања (нпр. враћање запосленог на рад). У том смислу ништавост делује и *ex tunc* и *ex nunc*. У случајевима када незаконитости решења могу бити отклоњене у поступку поновног одлучивања, одлука се укида, а послодавцу налаже да „санира мане“ првобитног поступка, уклони уочене недостатке, с

¹¹ Ibid, 459.

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 неодређено време и у др.

2. ИЗВРШЕЊЕ ПРАВНОСНАЖНИХ ПРЕСУДА

Правноснажна судска одлука, односно пресуда у парницама из радног односа извршава се добровољно или принудно. *Добровољним* извршењем сматра се извршење од стране послодавца, односно надлежног органа послодавца у тзв. *париционом року*.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. Иако се парициони рок одређује у парничном поступку (чл. 345. ЗПП), [...] његова функција нема везе са парничним поступком“.¹³ Парнични поступак и поступак извршења су два различита метода грађанскоправне заштите. О односу између ова два метода правне заштите постоје различита схватања у теорији процесног права. По једном схватању, поступак извршења је редовно наставак парничног поступка јер се у том поступку

¹² Парициони рок у етимолошком смислу, али и у концепцијском за наше право, води порекло из германског општег права (нем. *gemeines Recht*). Долази од латинског глагола *parere* (покоравати се, слушати), што је тре- бало да означи рок у којем дужник треба да се покори пресуди пре него што дође и до принудног извршења. У том смислу се он називао и рок милости (нем. *Gnadenfrist*). Наведено према: Р. И. Кеча, М. С. Кнежевић, „Парициони рок у српском парничном поступку“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, Вол. 49, бр.1, 51.

¹³ *Ibid*, 50.

принудним путем реализује потраживање чије је постојање на несумњив и ауторитативан начин утврђено у парничном поступку. Присталице другог схватања сматрају да су ова два поступка потпуно самостална и независна грађанска судска поступка. Ови поступци правне заштите разликују се међусобно: регулисани су посебним законима, заснивају се на различитим начелима која су операционализована на различите начине, имају различите циљеве који се у њима остварују. Протагонисти трећег схватања сматрају да је однос извршног и парничног поступка двојак, зависно од тога како се тај однос посматра. Уколико се он посматра са нормативног аспекта, они су два потпуно одвојена, различита и самостална поступка, регулисана посебним правним изворима. Ако се њихов однос посматра телеолошки, онда је поступак извршења наставак парничног поступка јер обе процедуре чине једну целину – поступак за заштиту и остваривање грађанских субјективних права. Држава је својим нормама уредила поступак извршења као посебан поступак у коме се остварује право на принудно извршење да би омогућила комплетну заштиту грађанских субјективних права. На овом становишту стоји и пракса Европског суда за људска права која, са аспекта права на суђење у разумном року, сматра да парнични поступак и поступак извршења представљају једну целину. Сваком од ових схватања могу се упутити одређене примедбе. После сваког парничног поступка не мора увек да се води поступак извршења. Поступак извршења води се само ради принудног извршења кодемнаторних судских одлука, и то оних које нису добровољно извршене. У поступку извршења не остварују се принудним путем само одлуке парничног суда тако да принудно извршење не претпоставља увек и нужно претходно вођење парнице.¹⁴ У поступку извршења извршавају се принудним путем и потраживања чије је постојање на несумњив начин утврђено и у неким другим судским поступцима (ван-парничном, извршном, арбитражном) или у управним или јавнобележничким поступцима.¹⁵

Дејство париционог рока је у потпуности извршно-правно. Његов протек је један од услова наступања извршности пресуде, што је основна претпоставка за доношење решења о извршењу захтева који је садржан у кодемнаторној пресуди. Тако гледано, парициони рок има дилаторно дејство у односу на извршење – извршни поверилац и поред правноснажне пресуде не може да исходи решење о извршењу уколико он још није протекао. Утолико се чини оправданим и дефинисање париционог рока као обезбеђења „одлагања извршења“ (нем. *Exekutionsstundung*) у корист

¹⁴ Однос поступка извршења и обезбеђења и парничног поступка, преузето: Г. Станковић, В. Боранијашевић, Право извршења и право обезбеђења (прво издање), Правни факултет универзитета у Приштини са привременим седиштем у Кос. Митровици, Кварк-Жича, Косовска Митровица, 2017, 10.

¹⁵ Ibid.

туженог“.¹⁶ У смислу претходно наведеног, парициони рок је *рок за добровољно извршење правноснажне судске одлуке* у радном спору, којом се налаже нека чинидба послодавцу. Овај рок износи *осам дана од дана достављања одлуке*¹⁷ (општи рок за извршење чинидбе је петнаест дана). Рок за добровољно испуњење тече од дана достављања одлуке извршном дужнику, а завршава се протеклом последњег дана рока одређеног судском одлуком, ако законом није другачије одређено.

Принудно извршење се спроводи тек после истека париционог рока, уколико послодавац није извршио добровољно своје обавезе. Да би пресуда могла да се изврши мора да буде снабдевена не само клаузулом правноснажности, већ и клаузулом извршности. Међутим, свака правноснажна пресуда није подобна за извршење. За извршење је подобна само кондемпнаторна пресуда, јер само она садржи *осуду на чинидбу*. Конститутивна (преображајна) и декларативна (преображајна) пресуда нису подобне за извршење, *нису извршиве*, јер се сврха – тражена заштита остварује самим доношењем пресуде. У том смислу, извршивост пресуде треба разликовати од извршности пресуде. Извршност наступа након истека париционог рока, односно истеком рока за добровољно извршење.

Поступак принудног извршења покреће се на захтев запосленог, сагласно Закону о извршењу и обезбеђењу (у даљем тексту: ЗИО).¹⁸ Предлог за извршење је иницијални акт за поступак принудног извршења. Предлог за извршење садржи: назначење повериоца (запослени) и дужника (послодавац), ознаку пресуде, обавезу која треба да буде извршена, средство и предмет извршења, друге податке потребне за спровођење извршења.¹⁹ Предлог се подноси месно надлежном основном суду. Суд је искључиво надлежан за спровођење извршења одлука ради враћања запосленог на рад. Извршење се спроводи на основу *решења о извршењу* које доноси извршни судија надлежног суда. Решење о извршењу доноси се на основу *извршне* или *веродостојне исправе*. Да би једна исправа имала својство извршне исправе она мора да буде подобна за извршење јер то произлази из начела строгог формалног легалитета. Извршна исправа мора да има одређене елементе садржине да би била подобна за извршење. Према одредбама ЗИО (члан 47), извршна исправа је подобна за извршење ако садржи податке који се односе на извршног повериоца, извршног дужника и предмет, врсту и обим испуњења обавезе. Уколико у извршној исправи није одређен парициони рок, који представља услов за наступање извршности, законодавац је предвидео да рок

¹⁶ Више о томе: Р. И. Кеча, М. С. Кнежевић, *op. cit.* 49-72.

¹⁷ ЗПП, чл. 440.

¹⁸ Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, Службени гласник РС, бр. 106/2015 106/2016 - аутентично тумачење. Одредбе Закона примењују се од 1. јула 2016. године.

¹⁹ Наведено према: З. Ивошевић и М. Ивошевић, *op. cit.* 460.

за добровољно испуњење обавезе износи осам дана од дана достављања извршне исправе извршном дужнику. Нпр. другостепенени суд је преиначио првостепену пресуду која је постала правноснажна тренутком доношења али своје дејство производи од тренутка доста-вљања туженом као извршном дужнику. У том случају парнициони рок почиње да тече од дана њеног достављања и она је извршна по протеку рока од осам дана.²⁰ *Извршне исправе*, сходно члану 41. Закона о извршењу и обезбеђењу су: 1) извршна судска одлука и судско поравнање који гласе на давање, чињење, нечињење или трпљење; 2) извршна одлука донета у прекршајном или управном поступку и управно поравнање који гласе на новчану обавезу ако посебним законом није друкчије одређено; 3) извод из Регистра залогe и извод из Регистра финансијског лизинга; 4) уговор о хипотеци и заложна изјава; 5) план реорганизације у стечајном поступку чије је усвајање решењем потврдио суд; 6) јавнобележничке исправе које имају снагу извршне исправе; 7) споразум о решавању спора путем посредовања, који испуњава услове одређене законом којим се уређује посредовање у решавању спорова; 8) исправа која је другим законом одређена као извршна исправа.²¹

Веродостојне исправе, сходно члану 52. Закона о извршењу и обезбеђењу су: 1) меница и чек домаћег или страног лица, са протестом ако је потребан за заснивање потраживања; 2) извод из Централног регистра хартија од вредности о стању на рачуну законитог имаоца обвезница или инструмента тржишта новца (трезорски, благајнички и комерцијални записи) и одлука о њиховом издавању; 3) рачун домаћег или страног лица, са отпремницом или другим писменим доказом о томе да је извршни дужник обавештен о његовој обавези; 4) извод из пословних књига о извршеним комуналним или сродним услугама; 5) обрачун или извод из пословних књига за потраживање таксе за јавни медијски сервис; 6) јавна исправа која ствара извршиву новчану обавезу; 7) банкарска гаранција; 8) акредитив; 9)

²⁰ Г. Станковић, В. Боранијашевић, *op. cit* 79 -80.

²¹ Некомпатибилност законске регулативе - непоштовање јединственог правног поретка и принципа владавине права допринело је „невидљивости“ арбитражне одлуке као извршне исправе. Наиме, у смислу одредбе члана 41. Закона о извршењу и обезбеђењу, решење арбитра не представља извршну исправу, иако је Законом о мирном решавању радних спорова (чл. 36) решење арбитра правноснажно и извршно даном достављања странама у спору. У смислу претходно наведеног, потребно је усагласити Закон о мирном решавању радних спорова са Законом о извршењу и обезбеђењу. Тиме би се повећала видљивост арбитражног решења и омогућио несметан поступак извршења арбитражног решења. Из наведених разлога у пракси се често дешава да извршни судија не препознаје арбитражно решење као извршну исправу.

Више о томе: Изазови и добробити мирног решавања радних спорова, <http://idcserbia.org/wp-content/uploads/2013/08/Izazovi-i-dobrobiti-mirnog-re% C5% A1avanja-radnih-sporova-u-Republici-Srbiji.pdf> (30. 08. 2017)

оверена изјава извршног дужника којом овлашћује банку да с његовог рачуна пренесе новчана средства на рачун извршног повериоца; 10) обрачун камате са доказом о основу доспелости и висини потраживања; 11) привремена или окончана ситуација о извршеним грађевинским радовима; 12) обрачун о награди и накнади трошкова адвоката.

Решење о извршењу на основу веродостојне исправе доноси се ради намирења новчаног потраживања. Дакле, битно је нагласити, да би се приступило извршењу „пресуда мора да буде снабдевена клаузулом правноснажности и извршности“.²² Поступак извршења и обезбеђења је хитан. У том смислу, у поступку извршења и обезбеђења одлагање није дозвољено, осим ако законом није изричито прописано другачије. Изостанак странке или учесника у поступку с рочишта или неодазивање ради саслушавања не спречава суд и јавног извршитеља да даље поступају. О предлогу за извршење на основу извршне или веродостојне исправе суд одлучује у року од осам дана од дана пријема предлога. Суд доноси решење о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе, или решење о одбацивању или одбијању предлога за извршење на основу извршне или веродостојне исправе. Суд отправља решење у року од три радна дана од дана доношења.

У извршном поступку и поступку обезбеђења сходно се примењују закон којим се уређује парнични поступак. Одлуке у извршном поступку доносе се у облику решења или закључка. У решењу о извршењу морају бити наведени: суд, извршни поверилац, извршни дужник, извршна, односно веродостојна исправа, потраживање извршног повериоца, поука о правном леку, као и други подаци потребни за спровођење извршења одређени овим законом. Решење којим се усваја предлог доставља се извршном повериоцу и извршном дужнику, а решење којим се одбија предлог доставља се само извршном повериоцу.

Правни лекови у поступку извршења и обезбеђења одређеног у извршном поступку јесу жалба и приговор. Жалба се подноси у року од осам дана од дана достављања решења. У истом року се подноси и приговор, изузев приговора трећег лица. Жалба и приговор одлажу извршење само кад је то законом одређено (чл. 25. ЗИО). Решење донето о жалби јесте правноснажно. Против правноснажног решења нису дозвољени ревизија, нити понављање поступка. Закон о извршењу обезбеђењу дозвољава враћање у пређашње. Враћање у пређашње стање дозвољено је због пропуштања рока за приговор или жалбу у поступку побијања решења о извршењу. Против решења којим се усваја предлог за враћање у пређашње стање жалба није дозвољена. Док је против решења о одбацивању или одбијању предлога за враћање у пређашње стање дозвољен је приговор. Суд одређује извршење

²² З. Ивошевић и М. Ивошевић, *op. cit.* 460.

и/или обезбеђење оним средством и на оним средствима који су наведени у извршном предлогу, односно у предлогу за обезбеђење. У решење о извршењу одређује се рок за извршење и суд уноси клаузулу којом забрањује новчаном казном, за случај да до извршења не дође у остављеном року. Ако се чинидба (обавеза) не изврши, новчана казна се наплаћује, при том, одређује се нови рок за извршење и забрањује новом новчаном казном, у износу већем од претходног. То се понавља док се чинидба не изврши.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Пресуда представља судску одлуку којом којом се мериторно решава радни спор, односно пресудом се ауторитативно, коначно и мериторно одлучује о захтеву који је био формулисан у тужби. У смислу реченог, циљ судског поступка је да се по његовом окончању донета судска пресуда (и) изврши – добровољно (у парижском року) или принудно. Пресуда донета у радном спору може се извршити тек када постане правноснажна. Донесена пресуда постаје правноснажна када се више не може побијати редовним правним лековима – жалбом. Да би се приступило извршењу, дакле, „пресуда мора да буде снабдевена клаузулом правноснажности и извршности“. Без таквог поступања, прокламована људска права, њихова неповредивост, право на суђењу у разумном року остају „голо право“, што је потврђено и у студијама Савета Европе и одлукама Европског суда за људска права, да неизвршавање судских пресуда и дуг период извршења представља јасно кршење права на разумно трајање судских поступака у шта се рачуна и поступак извршења. Пракса у нашој земљи управо потврђује угрожавања људских права у домену заштите (ефикасност, економичност), јер у око 100.000 судских предмета у Србији поступак извршења траје више од 10 година. Решавање тог проблема од кључног је значаја за ефикасност правосуђа у Србији – то је једна од централних области у преговарачком Поглављу 23 и приступним преговорима чланству Европске Уније. Критеријуми из Копенхагена који су постављени на састанку Европског већа у Копенхагену 1993. године (називају се још и приступни критерији јер су услов за чланство у ЕУ), предвиђају као један од критеријума тзв. Политички критеријум.²³ Под овим критеријумом подразумева се стабилност

²³ Реч је о три критеријума: политичком, економском и правном. Критеријуми су:

- Политички - стабилност институција које обезбеђују демократију, владавину права, поштовање људских права и заштити мањина;
- Економски - постојање функционалне тржишне привреде, способне да се носи с притиском конкуренције и тржишним снагама унутар Уније;
- Правни - способност презумања обавеза чланства, укључујући приврженост циљевима политичке, економске и монетарне уније.

институција које обезбеђују демократију, владавину права, поштовање људских права и заштиту мањина. Стога је Врховни касациони суд у новембру 2014. године донео посебан програм мера за решавање старих предмета у судовима за период 2015-2018. године и план активности у вези са тим. Циљ постављен у Посебном програму мера за решавање старих извршних предмета у судовима у Републици Србији,²⁴ је да се у судовима у Републици Србији смањи укупан број старих извршних предмета за 80%, како је то пројектовано Јединственим програмом решавања старих предмета Врховног касационог суда. Што значи да на крају 2018. године у основним судовима у Републици не буде више од око 324.000 старих извршних предмета - од 1.615.830 у основним судовима колико их је било на крају 2013. године, односно око 5.800 у привредним судовима од 29.872 стара извршна предмета - колико су привредни судови имали на крају 2013. године.²⁵ Према Јединственом програму решавања старих предмета у Републици Србији (Уводне напомене)²⁶ кључне компоненте ефикасног правосудног система су квалитет, ефикасност и независност, који треба да обезбеди једнаку грађанскоправну заштиту у законито спроведеном поступку, поступање по предметима у разумном року, уз поштовање људских и мањинских права и слобода, а услов за остварење ефикасног правосудног система је делотворно управљање и рационално коришћење ресурса. *Показатељи ефикасности односе се на број нерешених предмета,*

Accession criteria (Copenhagen criteria),
https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria_en
(2.9.2017)

²⁴ I Су – I 256/2014 од 18.11.2014. године овај програм се примењује од 20. новембра 2014.

²⁵ Председник Врховног касационог суда доноси Посебан програм мера за решавање старих извршних предмета у судовима у Републици Србији за период 2015-2018. године, полазећи од мере 5.3.6.1 у Акционом плану за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за период 2013 – 2018. година („Службени гласник РС“ бр. 71/13) и активности дефинисан их у тачки 4. за извршење наведене мере за коју је одређен је Врховни касациони суд, Јединственог програма решавања старих предмета у Републици Србији Су I-1 384/13-49 25. 12. 2013. године Препоруке 1.3.7. према Извештају о скринингу из нацрта Акционог плана за Поглавље 23. (август 2014) и закључака Радне групе Врховног касационог суда за спровођење Јединственог програма решавања старих предмета у Републици Србији од 8. и 9.11.2014. године.

Наведено према: Посебан програм мера за решавање старих извршних предмета у судовима у Републици Србији за период 2015-2018. године, <http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/MINI%20STRATEGIJA%20IZVRSENJA.pdf> (1.09.2017)

²⁶ Измењени јединствени програм решавања старих предмета у Републици Србији за период (2016-2020), <http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/files/Resavanje%20StarihPredmeta/Izmenjeni%20JP%202016-2020%20.pdf> (1.09.2017)

трајање судских поступака – које према европским стандардима обухвата и поступак извршења, трошкове правосуђа и ниво поштовања људских права. Велики број нерешених предмета у судовима у Републици Србији, Висок број старих нерешених предмета, а посебно нерешених старих предмета извршења, захтевају свеобухватне и дугорочне мере које треба предузети на националном нивоу да би се повећао ниво ефикасности, број старих нерешених предмета смањено, скратило трајање судских поступака и повећало поверење јавности у судство. Овакво поступање Врховног касационог суда у складу је и са праксом установљеном од стране Европског суда за људска права којом је у више пресуда констатовано да се извршење пресуда које је суд донео мора сматрати саставним делом суђења према члану 6. Европске конвенције о заштити људских права; да се кашњење у извршењу пресуде може оправдати посебним околностима, али да то не сме бити тако да угрожава суштину права заштићеног према члану 6. став 1. Конвенције; да је на држави да предузме све неопходне мере да се правноснажна судска пресуда изврши а да се притом обезбеди делотворно учешће целог њеног апарата. Пропуст државе да изврши правноснажне пресуде представља мешање у право подносилаца представки на мирно уживање имовине предвиђена чланом 1. Протокола број 1.²⁷

Slobodanka KOVAČEVIĆ – PERIĆ, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

EXECUTION OF THE SENTENCE BROUGHT UP IN LABOR DISPUTE

Summary

Protection of worker's right is the most significant and the most objective form of external protection. Legally regulated rights of employees to ask for protection of their rights is a phenomenon well in the spirit of modern legal systems, which support and protect right of people, in particularly in the area of labor law. In the court, as independent and external office, the employer and the employee are equal. The goal of court procedure is that when it is ended, the sentence is being executed. To be

²⁷ Сентенца правног схватања Врховног касационог суда усвојена на седници 02.04.2013. године са образложењем верификованим 18.04.2013. године.

Уставни суд Србије прихватио је ову праксу и у бројним одлукама подсетио да свако новчано потраживање утврђено правноснажном судском одлуком улази у имовину повериоца и да стога не спровођење извршења судске одлуке, којом је то потраживање досуђено представља повреду права на мирно уживање имовине зајемчено чланом 58. став 1. Устава Републике Србије (Уж 122/2009).

executed, the sentence must be supplied with clause of fulfillment and effectiveness. The author analyses the procedure of execution the court sentence which goes into effect and characteristics of execution with free will and forced execution, consequences of legal document, legal rights etc.

Keywords: *labour dispute, sentence, procedure of execution.*

ЛИТЕРАТУРА

В. Боранијашевић, Пресуде у парничном поступку, Задужбина Андрејевић, Београд, 2009.

Г. Станковић, В. Боранијашевић, Право извршења и право обезбеђења (прво издање), Правни факултет универзитета у Приштини са привременим седиштем у Кос. Митровици, Кварк-Жича, Косовска Митровица, 2017.

Г. Станковић, Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004.

З. Ивошевић и М. Ивошевић, Коментар Закона о раду, ЈР „Службени гласник“, Београд, 2015.

Ж. Кулић, С. Перић, Радно право, Завод за уџбенике, Београд, 2016.

Р. Кеча, М. С. Кнежевић, „Парициони рок у српском парничном поступку“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, Вол. 49, бр.1.

Закон о извршењу и обезбеђењу, „Службени гласник РС“, бр. 106/2015 106/2016 - аутентично тумачење. Одредбе Закона примењују се од 1. јула 2016. године.

Закон о парничном поступку, "Службени гласник РС", бр. 72/2011, 49/13 - УС, 74/13 - УС и 55/14.

Закон о уређењу судова, "Службени гласник РС", бр. 116/08, 104/09. 101/10, 31/11 - др. закон, 78/11 - др. закон, 101/11 и 101/13.

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 108/94.

Accession criteria (Copenhagen criteria), https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria_en (2.9.2017)

Изазови и добробити мирног решавања радних спорова, <http://idcserbia.org/wp-content/uploads/2013/08/Izazovi-i-dobrobiti-mirnog-re%C5%A1avanja-radnih-sporova-u-Republici-Srbiji.pdf> (30. 08. 2017)

Измењени јединствени програм решавања старих предмета у Републици Србији за период (2016-2020),

<http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/files/ResavanjeStarihPredmeta/Izmenjeni%20JP%202016-2020%20.pdf> (1.09.2017)

Посебан програм мера за решавање старих извршних предмета у судовима у Републици Србији за период 2015-2018. године,

<http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/MINI%20STRATEGIJA%20IZVRSENJA.pdf> (1.09.2017)

Др Дејан М. МИРОВИЋ*

340.137(497.11:4-672EU)

341.217(497.11:4-672EU)

ПЕРСПЕКТИВЕ, ЕУ, РЕПУБЛИКА СРБИЈА И УСВАЈАЊЕ АКИ КОМУНИТЕРА

Апстракт: Европско право или аки комунитер се већ примењује у правном систему и законима Републике Србије. Нажалост, начин примене је често неприкладан, при чему законодавац имплементира делове примарног права позивајући се на одредбе које немају директну правну везу са садржином закона.

Ни саме уредбе Европске уније нису примерене за директно примењивање у Републици Србији јер су, пре свега, у потпуности обавезне и то само за државе чланице ЕУ. Са друге стране, српски законодавац често чак и не може да објасни директну повезаност уредби са одредбама закона;

Српски законодавац није био у стању да испуни преамбициозно постављен рок до 2012. за опште усклађивање са *acquis communautaire*. Такође, ни рок из ССП - до 2014. није могао бити испуњен. Србија то није успела ни у другој половини 2017. упркос томе што је отворила неколико поглавља у преговорима са ЕУ.

Због оваквог начина примене *acquis communautaire* кохерентност правног система Републике Србије ће бити нарушена. У том контексту, неопходно је усклађивање уредби, директива и осталих делова *acquis communautaire* са српским законодавством, као и са делом српског правног система који се не позива на *acquis communautaire*. Кохерентност правног система је могућа само уз правилну примену начела супсидијаритета и уважавање првенства националног права. На основу принципа супсидијаритета, *acquis communautaire*, слично као и у СР Немачкој, мора бити третиран као изведени правни поредак, секундарног значаја у односу на национални.

Кључне речи: *Acquis communautaire*, примарно право ЕУ, Србија, Споразум о стабилизацији и придруживању, принцип супсидијаритета, Лисабонски уговор

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, dejan.mirovic@pr.ac.rs

1. ПЕРСПЕКТИВЕ И СТЕПЕНИ ИНТЕГРАЦИЈЕ

Досадашњи ток преговора између Републике Србије и ЕУ показује да ће проћи (вероватно) још око 10 година док се не дође до задњег дела преговора и закључивања Уговора о приступању са ЕУ (тј., ратификације Уговора о приступању Републике Србије ЕУ у свим државама чланицама ЕУ). Дакле, Република Србија је фактички на половини пута ка чланству у ЕУ. Јасно је да ЕУ неће имати исти облик у будућности. Сматрамо да ће се око 2027. године (или оквирног датума када постоји реална шанса да Србија закључи Уговор о приступању) примењивати у ЕУ, много више него до сада, принцип "више брзина" или Ближе сарадње, (коју предвиђају Уговор из Амстердама и Лисабонски уговор). Фактички, постојаће, као што је то најавио француски председник 8. новембра 2011. године у Стразбуру, неколико степена интеграције у ЕУ (у правном, економском и политичком смислу). Први степен интеграције ће, по нашем мишљењу, бити везан за евро зону или заједничку валуту. Други степен интеграције ће бити предвиђен за старе чланице ЕУ или државе чланице које нису део евро зоне. Трећи степен интеграције ће бити предвиђен за нове чланице ЕУ (углавном са Балкана). Сматрамо да ће Република Србија бити у тој последњој, трећој групи земаља. То је општи контекст у којем треба проучавати усвајање аки комунитера у Републици Србији у наредном периоду. У таквој (дугорочној) перспективи, српски законодавац мора да пронађе најбољу стратегију за усвајање (и примену) аки комунитера у наредних 10 година. Основни принцип на којем мора да се заснива та стратегија, је уважавање реалности о "више брзина" или о Ближој сарадњи у ЕУ. Сматрамо да теорије (стратегije) и прочување правног поретка који занемарују реалност у различитим државама, доводе до погрешних упоређивања (попут оног које је изнео Ханс Келзен уочи Другог светског рата ¹). Аутоматска примена законских аката који су примерени за прву групу држава чланица ЕУ (евро зона) у државама као што је Србија, по нашем мишљењу неће доносити само позитивне ефекте. Често ће таква примена бити неприкладна, јер не постоји јасан нексус (nexus) са садржином српских закона. Неуважавање реалности стања у правном, економском и политичком смислу у Србији (и разлике у односу на државе из првог и другог круга ЕУ), може бити штетно за српски правни, економски и институционални систем.

Јасно је, дакле, да због сложености и обимности европског права, али и специфичности реалне ситуације у правном и политичком систему ЕУ,

¹ Више о томе: Келзен Х., "Чиста теорија права", Правни факултет, Београд, 2007.

српски законодавац мора (пре свега) да проучи детаљно све норме права ЕУ (пре њихове примене у пракси). Према проф. др Бранку Ракићу: "С тога је неопходно детаљно проучити све наведене акте из оквира европског права и из њих извући све оне елементе који приликом реализације активности хармонизације наших норми са нормама из Европске уније могу бити релевантни".² Дакле, усвајање нерелевантних норми аки комунитера доводи до правног хаоса и збрке у правном систему Републике Србије.

2. КОХЕЗИЈА ПРАВНОГ СИСТЕМА

Претходно наведено изазива нарушавање кохеретности правног система у Републици Србији. У тој правној конфузији често долази до злоупотребе аки комунитера од стране ЕК. Тачније, ЕК често на погрешан и штетан начин (по интересе Републике Србије) тумачи апстрактне и опште норме ССП-а, а пре свега норме из члана 72 ССП-а. На тај начин, и то је наше мишљење које је засновано на проучавању неколико десетина закона (и њихових ефекта), ЕК заступа интересе компанија и банака из ЕУ које послују на територији Републике Србије. Не може се на другачији начин објаснити поступање ЕК у случају Закона о акцизма.³ Овакво понашање је у супротности са чланом 72 ССП-а у којем се прописује усаглашавање (договор) између ЕК и Републике Србије у вези са применом аки комунитера. Најбољи начин да се такво поступање спречи је правилна примена начела супсидијарности.⁴ Правилна примена начела

² Ракић Б., "Хармонизација југословенског права са правом Европске уније", Правни факултет, Београд, 1997., стр. 286.

³ Закон о изменама Закона о акцизма ("Службени гласник РС", бр. 43/2011.).

⁴ Ракић Б., „Принцип супсидијаритета и расподела надлежности између Европске уније и држава чланица“, Правни живот, бр. 12, Београд 1995., стр. 603-623. "Уговор о Европској унији - Рим-Мастрихт-Амстердам", приредио Лопандић Д. "Међународна политика", Београд, 1999. стр.43-44. и Јањевић М. "Консолидовани Уговор о Европској унији;и Уговор о функционисању Европске уније (2008/С 115/01) са Повељом о основним правима Европске уније", Службени гласник, Београд, 2009., стр. 323-324. Страна теорија такође износи важност начела супсидијарности у Лисабонском уговору и повезује га са јачом улогом националних парламената и чланом 5. Уговора о ЕУ (као делу Лисабонског уговора), види: Касуогowska А., "European Union law", Taylor/Francis 2008. р.51-52.. Иначе, у члану 5 Уговора о ЕУ (као делу Лисабонског уговора) се истиче у ставу 1. да се за разграничење надлежности користи "принцип супсидијарности", а у ставу 3. се истиче да Унија може интервенисати у областима које не спадају у искључиву надлежност само у складу са принципом супсидијарности (о чему се старају и национални парламенти). Такође, у ставу 4, члана 5 се истиче и да акције Уније морају бити у складу са Протоколом о примени начела супсидијарности и пропорционалности.

супсидијарности не би само ограничила прекорачење надлежности од стране ЕК, већ би прекинула и популистичко/политичку праксу доношења (углавном предизборних) закона који се скривају иза фразе да је њихово доношење неопходно због усклађивања са правом ЕУ. Такво квазиправно поступање посебно је било уочљиво у 2011. години у вези са Закоником о кривичном поступку, Законом о парничном поступку, Законом о јавној својини и Законом о повраћају одузете имовине. Наше истраживање је показало да ниједан од тих важних закона није донет због усклађивања са аки комунитером. Законодавац није био у стању да презентује у предлозима ових закона јасан пехус уредби, упутства и примарног права ЕУ са садржином закона. Да би се предупредило овакво квазиправно поступање, или захват надлежности од стране ЕК, Републике Србија мора да се угледа на СР Немачку. Неопходно је да Уставни суд Републике Србије донесе пресуду у вези са применом аки комунитера у Републици Србији.

3. ПРЕСУДА СУС СР НЕМАЧКЕ У СЛУЧАЈУ "ЛИСАБОН"

Пресуду Уставног суда Србије не сме бити испод стандарда који је поставио СУС СР Немачке у пресудама "Мастрихт" из 1992. године и "Лисабон" из 2009. године.⁵ Уставни суд Републике Србије мора да утврди првенство националног права у областима пореске и буџетске политике. Само тако се може предупредити економски колапс попут оног који је изазвала једнострана примена Прелазног споразума (неколико стотина милиона евра годишењег губитка у буџету). На тај начин ће се спречити и квазиправно тумачење ЕК поводом пореске и акцизне политике у Србији. Такође, Уставни суд Републике Србије (слично као СУС СР Немачке) мора да утврди првенство националног права у области одбране и безбедности. На тај начин ће се сачувати неутрална позиција Републике Србије у овој области

Ради се о Протоколу (бр.2) о примени начела супсидијарности и пропорционалности. Протокол има 9 чланова. У члану 1 се налаже сваком органу ЕУ да води рачуна о начелу супсидијарности. У члановима 2-4 се налаже ЕК да доставља законске акте националним парламентима и да врши широке консултације. У члану 5 се налаже ЕК да образложи зашто је боље да материју регулише ЕУ, а не наднационално законодавство (кванитативно и квалитативно). У члановима 6-7 се регулишу примедбе националних парламената на законске акте. Ако већина од 55% буде против законског акта, он се повлачи.

⁵ Новчић Ж., Гајић Д., "Уставни идентитет као ограничење европске интеграције - Случај 'Лисабон' пред немачким Савезним уставним судом", зборник "Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније", приредили Димитријевић Д., и Миљуш Б., Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2010., стр. 161-162. Васиљевић М., "Компанијско право: Право привредних друштава Србије и ЕУ", Службени гласник, Београд, 2007., стр. 133.

и спречити различита тумачења члана 42 Лисабонског уговора (који фаворизује усаглашавање са политиком НАТО у овој области). Такође, неопходно је и да Уставни суд Републике Србије донесе јасно тумачење односа између аки комунитера и националног права. Сматрамо да се у том контексту треба угледати на праксу уставних и врховних судова Мађарске, Словачке и Пољске, у вези са овом правном празнином (пошто нема тумачења у Србији у вези са односом српског и комунитарног права). Уставни и врховни судови Мађарске, Словачке и Пољске су донели пресуде у вези са овом правном празнином, још у време када ове државе нису биле чланице ЕУ. Уставни суд Републике Србије треба да се угледа на одлуку Врховног суда Словачке у предмету "SCC" од 25. августа 1999. године, у којој је заузет став да нижи судови не могу да се позивају на комунитарно право као средство тумачења у споровима. Уставни суд Мађарске је био још оштрији и прогласио је неуставним уредбе за спровођење Европског споразума, а Уставни суд Пољске је заузео став да ЕУ право нема обавезујућу снагу у Пољској. Уверени смо да слично треба да формулише и Уставни суд Републике Србије. Не видимо правне препреке за изношење таквог става у наредном периоду.

Јасно разграничење односа између српског и комунитарног права, неће угрозити процес придруживању ЕУ. Давање примата националном праву није спречило Мађарску, Словачку и Пољску да постану чланице ЕУ, или: "Qui suo iure utitur neminem laedit" (никоме не штоди онај ко користи своје право).⁶ Зато Република Србија треба (што пре) да реши правну празнину у вези са односом између националног и комунитарног права. У супротном, Република Србија ће у наредних 10 година имати приступ усвајању аки комунитера који чешки председник Вацлав Клаус описује као "евронаивизам" и који неки домаћи аутори (цитирани у претходним деловима рада) називају "пасивни приступ" хармонизацији или "бриселизација" правног система. Ми бисмо тај приступ хармонизацији који примењује Република Србија окарактерисали као инертно/формалистички.

У том контексту, циљ рада српског законодавца би се могао дефинисати у оквирима следећег става председника Чешке Републике Вацлава Клауса: "Не би требало да се оптужујемо због европесимизма или еврооптимизма, требало би да будемо еврореалисти и ако би нешто требало да одбацимо, онда је то евронаивизам".⁷ Нажалост, код српског законодавца не постоји чак ни еврореализам. Постоји евронаивизам и/или инертно/формалистички приступ хармонизацији. Сматрамо да је таква

⁶ Станојевић О., Јовановић М., "Латински за правнике", Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1990., стр. 90.

⁷ Клаус В., "Европа и ЕУ: Поглед политичара и поглед економисте", Службени гласник, Београд, 2010., стр.101.

инертна стратегија српског законодавца (и државних органа у целини) омогућила квазиправно присвајање надлежности од стране ЕК у Републици Србији, тј. неправилно тумачење члана 72 ССП-а у којем се прописује да се усвајање аки комунитера врши усаглашавањем (договором) између ЕК и Републике Србије (а не диктатом ЕК). Таква инертно/формалистичка стратегија је омогућила да ЕК Србији намеће и решења која не постоје у аки комунитеру (увођење двоструких акциза). Зато сматрамо да Република Србија мора да заузме принципјелан став према таквом квазиправном поступању ЕК. Пре свега позивајући се на члан 72 ССП-а и пресуду Суда правде у случају *International Fruit Company* из 1971. године, по којој државе чланице могу да испуњавају своје обавезе проистекле из комунитарног права у складу са уставним системом који постоји у тим државама (укључујући и одређивање органа задужених за имплементацију комунитарног права). Дакле, постоје (јасни) правни основи у праву ЕУ и ССП-у за заузимање активног става поводом усвајања аки комунитера у Републици Србији.

4. НАЧЕЛО СУПСИДИЈАРНОСТИ

Такође, да би се ограничила улога ЕК у процесу усвајања аки комунитера у Републици Србији, или да би се правилно тумачио члан 72 ССП-а о усклађивању законодавства (у општем року од 6 година) непоходна је и правилна примена начела супсидијарности.⁸ Пре свега, неопходно је дефинисање значаја овог принципа у правном систему Републике Србије. У том смислу, ми предлажемо и уношење начела супсидијарности у највиши правни акт, Устав Републике Србије. Тачније, испод наслова "Начела устава" и у оквиру члана 1, где се износи приврженост Републике Србије "европским принципима и вредностима", треба додати следеће: "У складу са начелом супсидијарности". Не видимо разлог зашто српски законодавац не би поступио на такав начин, посебно ако се има у виду да смо дошли до закључка ослањајући се на проучавања домаћих и страних аутора и одредби Уговора из Мастрихта и Лисабонског уговора, да је начело супсидијарности најважније начело у правном и политичком систему Европске уније. (Наравно, под условом да се овај поступак не злоупотреби у политичком смислу за избацивање преамбуле и КиМ из Устава, у том случају онда не треба ни мењати Устав, али то већ није правна расправа него политичка и излази из оквира овог рада). У том смислу, Републике Србија треба да се угледа на Чешку Републику и СР Немачку, односно на решења изнета у декларацији коју је Чешка Република приложила уз Лисабонски уговор

⁸ Ракић Б., „Принцип супсидијаритета и расподела надлежности између Европске уније и држава чланица“, *Правни живот*, бр. 12, Београд 1995., стр. 603-623.

(тачније, у Декларацији Чешке Републике у вези са Повољом о основним правима Европске уније) и на пресуде СУС СР Немачке у случајевима "Мастрихт" и "Лисабон".

Такође, након добијања статуса кандидата и отпочињања преговора о чланству, као и отварања више поглавља до друге половине 2017. године Република Србија ће приступити новој фази усклађивања законодавства са аки комунитером. Поглавља се односе на "четири велике слободе", јавне набавке, право привредних друштава, право интелектуалне својине, конкуренцију, финансијске услуге, информисање, пољопривреду, фитосанитарну и ветеринарску политику, рибарство, саобраћај, енергетику, порезе, економску и монетарну политику, статистику, социјалну политику и запошљавање, индустријску политику, трансевропске мреже, регионалну политику, правосуђе, правду, сигурност и слободу, науку и истраживање, образовање и културу, екологију, заштиту потрошача и здравља, царине и царинску унију, спољне послове, безбедоносну политику, финансијску контролу, буџетске прописе, институције и остала питања. Сматрамо да за свако од ових поглавља Република Србија мора да има јасну и активну стратегију, која ће се заснивати на националним интересима Републике Србије (и анализи реалног стања у ЕУ). Посебно када се ради о КиМ или поглављају које је политички условљено и у суштини је врста једног противправног ултиматума. У том контексту наш став је следећи. Најкасније пре добијања датума за отпочињање преговора о чланству у ЕУ, да не би због политичких разлога мењали Устав по жељи оних који подржавају независност такозваног Косова, Уставни суд Републике Србије мора да изнесе тумачење у вези са правном празнином, тј. са односом српског права и аки комунитера у Републици Србији. На овакве јасне закључке нас не упућује само пракса и решења из Немачке, Француске (члан 54 устава), Словачке, Мађарске, Пољске и Словачке, већ и велика разлика између формално прокламованих начела у аки комунитеру и реалног стања у пракси ЕУ у вези са тим областима. Истраживање нас је довело до закључака који показују да постоји велика разлика између формалних одредби аки комунитера и њихове конкретне примене у пракси Републике Србије.

На пример, што се тиче "четири велике слободе" оне не поштују у целости у ЕУ. Када се ради о транспарентности и равноправности у јавним набавкама, у управо ЕК, фирме и финансијске организације из ЕУ врше притисак ради добијања привилегованог третмана у Републици Србији (на штету српских фирми и буџета). Када се ради о контроли државне помоћи, постоје (у тој области) двоструки стандарди - стандарди који фаворизују СР Немачку у односу на остале државе још од Уговора о оснивању ЕЕЗ из 1957. године. Такође, у области контроле државне помоћи постоји и злоупотреба овлашћења од стране ЕК у Републици Србији која је у супротности са одредбама члана 72 ССП-а. (посебно је поражавајуће што се то ради у

области аки комунитера у којој не постоји чак ни прецизна дефиниција државне помоћи). Ако се настави захват надлежности ЕК и даља безусловна инертно/формалистичка примена аки комунитера у области контроле државне помоћи, у наредних 10 година (до потписивања Уговора о приступању) ће доћи до пада субвенција, раста незапослености, затварања јавних предузећа и смањења помоћи најугроженијим регионима у Републици Србији. Што се тиче области информисања као дела комунитарног права о којем ће се преговарати у наредним годинама између Србије и ЕУ, дошли смо до закључка да СР Немачка има много веће стандарде заштите националних интереса у овој области (који су регулисани у пресуди СЈС у случају "Лисабон") него што их је српски законодавац предвидео у ССП-у. Слично се може изнети и за област образовања и културе. Када се ради о праву конкуренције, дошли смо до закључка да Републике Србија није чак ни покушала да заштити своје тржиште од неправедне (и штетне) поделе од стране монополиста ЕУ (у тако важној области као што је трговина). Што се тиче царина, царинске уније и буџетских прописа, јасно је да ће безусловна примена аки комунитера у овој области довести до још већих губитака у српском буџету у наредним годинама - до губитака који (због примене Прелазног споразума) већ прелазе 130 милиона евра годишње.

5. ОДНОСИ СА РУСКОМ ФЕДЕРАЦИЈОМ

Такође, Република Србија не може бити истовремено, чланица две царинске уније - ЕУ и Царинског савеза Руске Федерације, Републике Казахстан и Републике Белорусије.⁹ Зато ће у наредним годинама (то је изнео и представник ЕУ у Републици Србији) Република Србија морати да изађе из Споразума о слободној трговини са Руском Федерацијом. На такав закључак нас, упућује и тумачење члана 28. Уговора о функционисању ЕУ. Додатне отежавајуће околности за Републику Србију у овој области ће бити и критеријуми из Пакта стабилности и развоја (дозвољени дефицит од 3% и

⁹ Закон о потврђивању Протокола између Владе Републике Србије и Владе Републике Руске Федерације о изузецима из режима слободне трговине и правилима о одређивању земаља порекла робе уз Споразум између Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације од 28. августа 2000. године, "Службени гласник РС-Међународни уговори", бр. 8/2011 Поповић Н., Јашко О., "Спољнотрговински односи и перспективе привредне сарадње Руске Федерације и Републике Србије", Српски економски центар, Београд, 2010., стр. 148. Динан Д., "Све ближа Унија: увод у европску интеграцију", Службени гласник, 2009. стр. 504. Опширније о сарадњи и споразумима између Руске Федерације и ЕУ види у: Кашкина С.Ю.: „Россия и Европейский Союз. Документы и материалы“, Москва, 2003. и „Право Европейского Союза: документы и комментарии“, под ред. проф. Кашкина С.Ю., Терра, 1999.

јавни дуг од 60% БДП-а) који ће одређивати основне правце развоја буџетске политике. Што се тиче утицаја садашње српске инертно/формалистичке примене аки комунитера на институције и правни систем Републике Србије, сматрамо да ће он неминовно довести до урушавања институција и кохерентности правног система. Прецизније, ЕК ће моћи на основу своје слободне квазиправне воље да тумачи приоритете у вези са српским законодавством (чак и да намеће прописе који не постоје у аки комунитеру). Народна скупштина и Влада Републике Србије ће имати другоразредну улогу у том законодавном процесу (слично као и Европски парламент у ЕУ). Ова појава ће довести и до демократског дефицита у Републици Србији (карактеристичног, као што наводе цитирани страни аутори, пре свега за ЕУ). Што се тиче пољопривреде, српска пољопривреда је већ доживела велики ударац због примене Прелазног споразума (већ у првој години су укинуте царине за 40% пољопривредних производа). Тај тренд ће се наставити, пре свега, због значаја Заједничке пољопривредне политике за старе чланице ЕУ (Француску). Актуелна ЗПП не дозвољава ни новим чланицама ЕУ да имају исте субвенције као што их имају старе чланице ЕУ. Слично, или још горе, очекује и Србију. Србија ће бити у трећем кругу земаља ЗПП. Сличан тренд се може запазити и у индустрији где је СР Немачка доминатна извозна сила на тржити ЕУ. Са друге стране државе чланице бране индустријско тржиште ЕУ нецаринским баријерама, док истовремено траже либерализацију од земаља нечланица преко ССП-а. Република Србија неће бити изузетак од тог правила, показује изучавање ССП-а и Прелазног споразума. Српски спољни послови и безбедоносна политика ће се у наредном периоду усаглашавати са чланом 42 Лисабонског уговора и општом политиком Високог представника за спољну политику ЕУ. Што се тиче економске, монетарне и пореске политике Републике Србије у контексту усвајања аки комунитера (као и заштите потрошача и права привредних друштава), ако се настави досадашњи инертно/формални приступ хармонизацији, наставиће се (на основу члана 117 ССП) доминација ЕК, ММФ и западних банака монополиста, које послују на српском тржишту. Доносиће се закони који ће одговарати интересима ЕК и претходно поменутих организација, а не интересима корисника финансијских услуга, привредних друштава са српским капиталом и пореских обвезника. Камате ће остати високе, као и приходи банака из ЕУ. Казне у законима ће бити недовољне и ниске, као што је то већ случај у Закону о заштити корисника финансијских услуга (а финансијска контрола ће бити у складу са овим двоструким стандардима). Наставиће се и раст спољног дуга и примена двоструких стандарда у пореској политици (која, да би двоструки стандарди били очигледнији, није јединствена у ЕУ). У области саобраћајног права закони и политика ће се усаглашавати са општом саобраћајном политиком ЕУ према трећим земаљама. Усаглашавање ће бити присутно у ваздушном

саобраћају, преко примене Споразума о отвореном небу из 2006. године. То, са друге стране, искључује велике инвестиције из Руске Федерације у овој области. Дакле, ово су основне тенденције које ће се појавити у наредном периоду хармонизације српског права са правом ЕУ.

6. ЕФЕКТИ ПРИМЕНЕ АКИ КОМУНИТЕРА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Какви су ефекти примене аки комунитера у Републици Србији? Више негативни него позитивни јер утичу на кохеретност правног система (али и економског) у негативном смислу. Да ли је добар начин имплементације аки комунитера који користи српски законодавац? Не, сматрамо да се ради о инертно/формалистичком приступу који не доводи до потпуне заштите интереса Републике Србије у процесу придруживања и приступања ЕУ. Да ли је био прикладан начин преговора у вези са закључивањем Споразума о стабилизацији и придруживању? Принцип "двоструког колосека" није био прикладан начин преговора. Преговори и ССП-у су били оптерећени политичким мотивима и распадом државне заједнице. Зато их је требало одложити и одвојити од политичких елемената. Да ли српски законодавац има јасну стратегију у вези са применом аки комунитера? Истраживање је показало да српски законодавац не поседује јасну и активну стратегију, већ само пасивно/инертни приступ, који допушта злоупотребу од стране ЕК приликом усвајања аки комунитера. Да ли учешће експерата из ЕУ у изради нацрта српских закона гарантује да ће они бити усклађени са правом ЕУ? Предлог Закона о привредним друштвима је јасно показао да не гарантује. Да ли се у вези са применом аки комунитера даје првенство начелу супсидијарности као што је то случај у неким државама Европске уније, или право ЕУ има безусловну предност у односу на српско право? Нажалост, српски законодавац уопште не примењује начело супсидијарности. То доводи до доминације аки комунитера у односу на српско право. Неопходно је уграђивање начела супсидијарности у правни систем Републике Србије. Какве су даље перспективе у вези са применом аки комунитера у Републици Србији? Перспективе нису повољне јер српски законодавац примењује инертно/формалистички приступ у вези са усвајањем аки комунитера. Такав закључак произилази и из истраживања примене аки комунитера у српским законима након закључивања ССП-а. Да ли компаније из ЕУ које послују на територији Републике Србије поштују одредбе аки комунитера или отежавају његову примену? Компаније из ЕУ отежавају примену аки комунитера, показује проучавање праксе и предлога закона, у периоду након закључивања ССП-а. На пример, анализа важног Закона о јавним набавкама. Да ли српски законодавац познаје у довољној мери одредбе (и поделе) аки комунитера? Предлог закона о привредним друштвима је показао да српски законодавац често не познаје ни основну поделу аки комунитера. То је више

него забрињавајућа чињеница. Да ли Европска банка за обнову и развој и Европска инвестициона банка доприносе поштовању одредби аки комунитера или отежавају примену тих прописа? Подзаконски акт Списак међународних организација чији се посебни поступци јавних набавки могу примењивати уместо одредба Закона о јавним набавкама који фаворизује Европску банку за обнову и развој и ЕИБ показује да ове банке отежавају примену аки комунитера. Каква је координација између министарства Владе Републике Србије и Канцеларије за европске интеграције Владе Републике Србије приликом израде закона? Веома лоша и то показује неусаглашеност изјава о усклађености са аки комунитером које прате предлоге закона. На коме лежи одговорност за испуњавање Националног плана за интеграцију Републике Србије у ЕУ? На Влади Републике Србије, јер она има већу одговорност од Народне скупштине и НБС у припреми предлога закона и њиховом извршавању. Каква је улога представништва Европске уније у усвајању аки комунитера у Републици Србији? Сматрамо да се она, пре свега, своди на публикување формалних годишњих извештаја о напретку Србије чији је фокус на проблему Косова и Метохије, а не на усвајању аки комунитера (тако ће и бити све до отпочињања screeninga). Колико се, и како се, примењују одредбе Лисабонског уговора у правном систему Републике Србије? Често се одредбе Лисабонског уговора без основа повезују са садржином закона, тј. не постоји пехус, показује досадашња пракса. Дакле, ради се углавном о неселективној примени Лисабонског уговора која нема много правне везе са садржином закона. Какав ће утицај имати одредбе Лисабонског уговора на будуће законодавство Републике Србије? Велики, пре свега у погледу безбедоносне и спољне политике. Република Србија ће морати да примени 42 Уговора о функционисању ЕУ. Какав ће утицај имати одредбе Лисабонског уговора на Споразум о слободној трговини између Руске Федерације и Републике Србије? Доћи ће до укидања Споразума о слободној трговини са РФ због примене Лисабонског уговора, тј. имплементације члана 28 Уговора о функционисању ЕУ (као другог дела Лисабонског уговора). Какав је однос између интереса ЕУ и Републике Србије, приликом примене аки комунитера? Интереси ЕУ су доминатни због улоге ЕК у усклађивању аки комунитера са српским правом (или због непоштовања одредби члана 72 ССП, од стране ЕК и пасивног односа органа Републике Србије према оваквог захтеву надлежности ЕК). Да ли се аки комунитер у Републици Србији примењује на директан или индиректан начин? Углавном индиректно, али у појединим одредбама и директно. Да ли постоји директно дејство аки комунитера у Републици Србији, или, да ли европско право ствара субјективна права пред српским судовима и обавезе у правном, економском и политичком систему? Не постоји и није могуће директно дејство права ЕУ (уредби и упутстава), сходно томе не постоје ни субјективна права и обавезе за српско правосуђе и администрацију.

Директно дејство може постојати само у државама чланицима. Такође, српске судије и чиновници немају довољни степен познавања права ЕУ који би им омогућио правилно тумачење аки комунитера приликом директног дејства. Да ли треба применити доктрину *ultra vires* приликом усвајања аки комунитера? Да, ако је то могла СР Немачка, може (и мора) и Република Србија. Посебно у области кривичног, пореског, буџетског права, у областима културе, информисања и одбране. То је минимум за очување националних, правних и економских интереса Републике Србије у процесу придруживања и приступања ЕУ. На такав закључак упућује пресуда СУС СР Немачке у случају "Лисабон".

Да ли аки комунитер у Србији треба третирати као изведено, секундарно право у односу на српско? Да, као што га третира и СР Немачка. Пресуда СУС СР Немачке у случају "Лисабон" је минимум који Република Србија треба да примени поводом овог важног питања. Да ли су српско правосуђе и управа довољно квалификовани за примену аки комунитера? Нису, јер право ЕУ није довољно проучено чак ни у српској правној теорији и то признају домаћи аутори. У том закључном контексту, надамо се да ће овај рад допринети напретку у области проучавања аки комунитера и његовог реалног утицаја на Републику Србију у годинама које следе. Сматрамо и да проучавање аки комунитера може допринети формирању активне и јасне стратегије у вези са усаглашавањем права ЕУ са српским законима. У супротном, инертно/формални прист

Dejan MIROVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

PERSPECTIVE, EU, SERBIA AND THE ADOPTION OF ACQUIS COMMUNAUTAIRE

Summary

The application of the EU law has already started in the laws of the Republic of Serbia. Unfortunately, it is frequently done inappropriately, or the legislator implements parts of the primary law referring to the regulations which have no direct legal connection with the law contents.

The regulations of the European Union are inappropriate for the direct application in the Republic of Serbia. First of all, because they are totally obligatory, and only for the EU member states. On the other hand, the Serbian

legislator is not able to fulfill the too ambitious deadline, for the general synchronizing with *Acquis Communautaire*.

With the application of *Acquis Communautaire*, the coherence of the legal system in the Republic of Serbia will be infringed. In that context, it is necessary to synchronize regulations, instructions, and other parts of *Acquis Communautaire* with the Serbian legislature, as well as with the part of the Serbian legal system which does not refer to *Acquis Communautaire*. The coherence of a legal system is only possible with the correct application of the principles of subsidiarity and appreciation of the precedence of the domestic law. Or, on the basis of the principle of the subsidiarity of *Acquis Communautaire* (similar to Germany), it must be treated as a derived legal order of secondary importance in regard to the domestic one.

Keywords: *Acquis Communautaire*, primary law, European Commission, Stabilization and Association Agreement, principle of subsidiarity, Lisbon Agreement.

ЛИТЕРАТУРА:

Динан Д., "Све ближа Унија: увод у европску интеграцију", Службени гласник, 2009.

Кашкина С.Ю.: „Россия и Европейский Союз. Документы и материалы“, Москва, 2003.

Келзен Х., "Чиста теорија права", Правни факултет, Београд, 2007

Клаус В. „Европа и ЕУ: Поглед политичара и поглед економисте“, Службени гласник, Београд, 2010.,

Новчић Ж., Гајић Д., "Уставни идентитет као ограничење европске интеграције - Случај 'Лисабон' пред немачким Савезним уставним судом", зборник "Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније", приредили Димитријевић Д., и Миљуш Б., Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2010

Ракић Б., „Принцип супсидијаритета и расподела надлежности између Европске уније и држава чланица“, Правни живот, бр. 12, Београд 1995.,

Ракић Б., "Хармонизација југословенског права са правом Европске уније", Правни факултет, Београд, 1997

Јањевић М. "Консолидовани Уговор о Европској унији;и Уговор о функционисању Европске уније (2008/С 115/01) са Повељом о основним правима Европске уније", Службени гласник, Београд, 2009.,

Поповић Н., Јашко О., "Спољнотрговински односи и перспективе привредне сарадње Руске Федерације и Републике Србије", Српски економски центар, Београд, 2010., стр. 148.

Закон о потврђивању Протокола између Владе Републике Србије и Владе Републике Руске Федерације о изузетима из режима слободне трговине и правилима о одређивању земаља порекла робе уз Споразум између Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације од 28. августа 2000. године, "Службени гласник РС-Међународни уговори", бр. 8/2011

Закон о изменама Закона о акцизма ("Службени гласник РС", бр. 43/2011.).

Др Бојан БОЈАНИЋ*

342.53(497.11)
329(497.11)

ЗНАЧАЈ И УЛОГА ПАРЛАМЕНТАРНИХ ГРУПА СА КРАТКИМ ОСВРТОМ НА НАШУ УСТАВНУ ПРАКСУ

Апстракт: За добро функционисање парламента од велике је важности питање уређења његових унутрашњих односа. У раду ће аутор настојати да осветли значај и улогу парламентарних група као једног од елемената унутрашње организације парламента. Политичке партије у условима представничке демократије имају велики значај за функционисање политичког живота, а њихов утицај на законодавну власт остварује се преко њихових партијских експозитура у парламенту – парламентарних група. У савременим либералним демократијама оне представљају саставни део процеса одлучивања.

Кључне речи: *Парламентарне групе, Унутрашња организација парламента, Представничка демократија, Политичке партије.*

УВОД

Једно од посебно важних питања за сваки парламент јесте питање његових унутрашњих односа и начин на који су ти односи уређени. Унутрашња организација парламента представља механизам сачињен од различитих права и средстава која омогућују несметано функционисање парламента.¹ Суверено је право парламента да организује свој рад, да образује своје органе и помоћна радна тела и да бира своје функционере. Своју унутрашњу организацију парламент уређује самостално, на основу права на самоорганизовање, које представља израз уставног принципа о парламентарној аутономији.² Сва питања унутрашње организације парламента детаљно се уређују парламентарним пословником, који се доноси у форми резолуције или, ређе, у форми закона, а сматра се унутрашњим правом парламента.

Ратко Марковић бројна питања која се односе на унутрашњу организацију парламента сврстава у три главне области. На првом месту то су она питања која се тичу положаја парламентарца, другу област чини материја заседања и седнице парламента, а трећа се односи на парламентарна

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, bojan.bojanic@rg.ac.rs.

¹ Владан Михајловић, *Уставно право*, Краљево 2009, 408.

² Ирена Пејић, *Парламентарно право*, Ниш 2011, 97.

радна тела и парламентарне функционере.³ Овом свакако треба додати и парламентарне групе као важан елемент унутрашње организације модерног парламента, без којих је данас готово незамисливо његово функционисање.

1. ПАРЛАМЕНТАРНЕ ГРУПЕ

Под парламентаром групом подразумева се група чланова представничког тела изабрана на парламентарним изборима као кандидати исте партије или као кандидати различитих партија који се нису надметали/конфронтирали једни против других на изборима и који експлицитно не формирају парламентарну групу искључиво из техничких разлога.⁴ Као и парламентарни одбори и комисије, тако су и парламентарне групе саставни део просеца одлучивања у савременим либералним демократијама. То је сасвим логично ако имамо на уму посебно важну улогу коју политичке партије имају у представничкој демократији. У том контексту се и говори о чврстој вези која постоји између политичких партија и чланова парламента.

Од тренутка када се распишу парламентарни избори политичке партије ступају у акцију и, поред уобличавања изборног програма, посебна пажња се поклања састављању „такмичарске екипе“ која ће тај програм презентовати бирачима и реализовати га.⁵ Одлучујућа улога у овом процесу припада страначком руководству. Приликом планирања води се рачуна и о потенцијалним коалиционим партнерима, што може бити посебно шкакљиво за мање политичке партије које морају да се прилагоде јачим партнерима. На кандидатским листама приоритет имају будући потенцијални чланови владе, потом вођство парламентарних група које долази из врха политичке партије, експерти и, на крају, „партијска војска“.⁶ Ова шема једнако важи и за велике и за мале партије, с тим да у мањим партијама ретко „претекне“ неко место за „партијску војску“, која се само формално налази на листи. Између припадништва страначком руководству и чланства у парламенту, дакле, постоји знак једнакости.

У немачком Бундестагу, који је пример парламента где постоји изражена веза политичка партија – члан парламента, а „фракције се сматрају

³ Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2009, 297.

⁴ Knut Heider and Ruud Koole, „Parliamentary Party Groups Compared“, Knut Heider and Ruud Koole (eds.), *Parliamentary Party Groups in European Democracies: Political Parties Behind Closed Doors*, London– New York, 2003, 249. Упореди: Драган Стојановић, Правни положај посланика на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, *Ниш 1999*, 181.

⁵ Ирена Пејић, *Парламентарне групе*, докторска дисертација, Ниш 2000, 12.

⁶ И. Пејић, (2000), 18.

господарима парламентарног процеса у скоро сваком погледу (*Schüttemeyer*)⁷, на парламентарним изборима само кандидати који су високо котирали на националној листи, где се избор врши на основу пропорционалног представништва, могу очекивати да ће бити изабрани. Таквој позицији се могу надати само они који су претходно били партијски активни у дужем периоду. С друге стране, и у изборним јединицама у којима се избори врше по већинском принципу странке истичу само проверене кандидате који се добро котирају у својој изборној јединици, тј. оне који иза себе имају велико искуство у партијском раду, јер само они могу освојити релативну већину потребну за улазак у Бундестаг.⁸

Персонални састав парламентарних група резултат је одлуке политичких партија, док њихова снага зависи од резултата парламентарних избора.⁹ Након „уласка“ у парламент, на основу сличности политичких ставова, посланици се уједињују у парламентарне групе. Парламентарне групе у различитим државама различито се називају. У Немачкој су то парламентарне фракције, у Француској парламентарне групе, у Црној Гори и Аустрији посланички клубови, у британском Дому комуна оне се називају „парламентарним партијама“.¹⁰ У појединим државама, као у Немачкој, на пример, постоји богат правни оквир који уређује статус парламентарних група, док се у појединим државама, као што је случај са Великом Британијом, оне готово и не помињу иако је њихова улога у парламентарном поступку неспорна а функционисање парламента без њиховог учешћа је апсолутно незамисливо.

За формирање парламентарне групе захтева се одређени минимални број посланика који се разликује од државе до државе. У Француској је након доношења Устава из 1958. године било предвиђено да се парламентарна група не може формирати ако не броји најмање 30 посланка, а циљ је био да се избегне претерана фрагментација представничког тела. Ипак, како би се Комунистичкој партији омогућило да самостално формира парламентарну групу, тај број је смањен на 20. У Бундестагу је пет процената

⁷ Thomas Saalfeld, „Bureaucratisation, coordination and competition, Parliamentary party Groups in German Bundestag“, Knut Heider and Ruud Kool (eds.), *Parliamentary Party Groups in European Democracies: Political Parties Behind Closed Doors*, London – New York, 2003, 23.

⁸ Werner J. Patzelt, German MP's and Their Roles, Wolfgang C. Müller, Thomas Saalfeld (eds.), *Members of Parliament in Western Europe: Roles and Behaviour*, London 1997, 57–58.

⁹ Драган Стојановић, *Правни положај посланика на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије*, Ниш 1999, 186.

¹⁰ Philip Norton, „The United Kingdom, Exerting influence from within“, Knut Heider and Ruud Kool (eds.), *Parliamentary Party Groups in European Democracies: Political Parties Behind Closed Doors*, London – New York 2003, 39.

од укупног броја чланова услов за формирање фракције. Постоји неколико изузетака од овог правила из периода деведесетих година прошлог века, а разлог је у томе да се обезбеде фер услови неким источнотемачким партијама које иза себе нису имале снажну подршку машинерије у предизборној кампањи какву су имале западнотемачке партије, па им је већина у Бундестагу гарантовала статус „групе“ на основу кога су уживале готово све привилегије које имају фракције.¹¹

Припадништво посланика парламентарној групи доноси му бројне привилегије које немају „самосталци“. Између осталог, чланство у одборима везује се за припадништво парламентарним групама. У Бундестагу је једна од санкција за посланике који напусте или буду искључени из партије, искључење из парламентарне групе и немогућност учешћа у раду одбора, чиме се њихова улога у парламенту потпуно маргинализује. Ово је посебно важно за карактер Бундестага као радне скупштине, где се највећи део послова завршава у оквиру одбора и фракција, па учешће у расправи на пленуму, а на то се свде права „кажњених“ посланика, није од великог значаја. У Француској је такође услов за коришћење бројних процесних права, као што је покретање питања неповерења влади или покретање поступка пред Уставним саветом, привилегија парламентарних група. Да би били у прилици да уживају све привилегије, посланици изабрани по већинском систему, уколи не припадају партији која испуњава услов за формирање групе, имају могућност да се придруже у својству „госта“ (Немачка) или „сродника“ (Француска) парламентарној групи чија су јој политичка уверења најближа.

Парламентарне групе имају свог председника и то може бити лидер партије или неко од партијских функционера, као и потпредседнике, политички биро и друге органе који у неким случајевима одговарају партијској организацији ван парламента. Унутрашња организација парламентарне групе ствар је политичке партије која ово питање регулише својим статутом. Постоји разлика између парламентарних група англосаксонског и европског парламентарног система. У двопартијском систему лидери парламентарних група именују специјалне организаторе који брину о унутарпартијској дисциплини.¹² Они треба да обезбеде ефикасност парламентарног поступка, у коме нема много места за остваривање принципа слободног парламентарног мандата, што је стандард сваког модерног устава. Наиме, парламентарне одлуке доноси партијски врх – парламентарни и ванпарламентарни и реализује их преко својих парламентарних експозитура – посланичких група. Организатори су ту да се побрину да парламентарна

¹¹ Т. Saalfeld, 25.

¹² И. Пејић, (2000), 33.

машинерија функционише без застоја, што неспорно доприноси ефикасности у раду, али на уштрб улоге појединца и уставног принципа „слободе савести“.

Карактеристичан пример унутрашње организације парламентарних група нуди нам британски Дом комуна. Две највеће политичке партије, лабуристи и конзервативци, имају око 12 редара (*whips*), које предводи главни редар. Главног редара именује партијски лидер, изузев у случају када су лабуристи у опозицији, када главног редара бирају сви лабуристички посланици. Главни редар је члан владе и има позицију „парламентарног секретара за трезор“, односно члан владе у сенци када је реч о опозиционој партији.¹³ Основни задатак редара је да обезбеди партијску дисциплину и гласове посланика Доњег дома који нису чланови владиног кабинета. Било је случајева, иако не много, када они нису били у стању да у потпуности остваре свој задатак и одређени број посланика је гласао супротно ставу партијске централе.¹⁴ Шездесетих година XX века кружиле су гласине о тиранији редара, а везивале су се и за последње године владавине Маргарет Тачер. Најпознатије су оне поводом гласања из 1992. године о Уговору из Мадрихта када се говорило о „уплаканом“ посланику након сусрета са редарима као и о „једном новом дечку са модрицама“ и његовом противљењу Уговору.¹⁵

2. НАСТАНАК ПАРЛАМЕНТАРНИХ ГРУПА У СРБИЈИ

Парламентарне групе у Србији су прилично дуго остале ванинституционална категорија и настале су као резултат парламентарне праксе, али то никако није умањивало њихов значај. Напротив, ово је још једна потврда да су институције и механизми који нису настали „одозго“, већ „одоздо“, на „британски начин“, далеко постојаније и од оних који су позајмљени из неких од развијених демократија. Посланици у Народној скупштини прилично дуго делили су се на „династијаше“ – присталице круне и на њихове противнике.¹⁶

Радикална странка која је настала 1881, преживела је 1883. године тежак ударац због Тимочке буне, када бива потпуно уништена,¹⁷ да би до

¹³ Andrew Adonis, *Парламент данас*, Подгорица 1996, 67.

¹⁴ Ph. Norton, 47.

¹⁵ A. Adonis, 67.

¹⁶ О настанку политичких партија у Србији и њиховој улози у политичком животу видети: Драгослав Јанковић, *Рађање парламентарне демократије, Политичке странке у Србији XIX века*, Београд 1997, 113 и д.

¹⁷ Њен вођа Никола Пашић морао да напусти земљу како не би доживео судбину која је задесила све њене истакнуте чланове. Пред преки суд је изведен Главни одбор

њеног обнављања дошло тек након што је краљ Милан, њен љути противник, абдицирао. За разлику од периода оснивања странке, када је Главнио одбор доносио све важне одлуке после консултацијаса месним одборима, након обнављања њеног рада приметан је процес централизације.¹⁸ Поред месних и Главног одбора, постоји и Посланички клуб радикала. Министри из редова Радикалне странке били су у већој зависности од своје скупштинске већине него министри напредњаци и либерали. Они су се од почетка према посланичком клубу радикала поставили као референти – редовно су тражили предходну сагласност од свог клуба у погледу свих предлога које су намеравали да учине Скупштини.¹⁹ Посланички клуб био је важније место од саме Скупштине, а уместо да кључни тренутак у законодавном раду буде претрес у одбору и потом у пленуму, најважнији је био исход претреса у клубу. Министри су долазили код посланика у клуб „на ноге“, а доста времена су трошили у убеђивању посланика да подрже њихове предлоге. Често се дешавало да предлог који не прође клуб уопште не дође на дневни ред Скупштине.²⁰ Оно што би прошло у клубу имало би сигуран пролаз и у Скупштини. Ситуација код либерала и напредњака била је друкчија јер су посланици добијали инструкције код министра унутрашњих послова, на обавезној кафи пре седница.

Занимљиво је да су односи у Посланичком клубу радикала били такви да је често било веома тешко наметнути мишљење његовим члановима па се дешавало, мимо обичаја по коме приликом гласања мањина има да се приклони већини, да неки од посланика гласају против владиних предлога који су прихваћени у одбору. Слободан Јовановић као карактеристичан пример наводи Предлог закона о судијама против кога су гласала четири угледна члана Радикалне странке као што су Димитрије Катић, Ранко Тајсић, Милан Ђурић и Павле Вуковић. Такође, дешавало се да се радикали приликом гласања поделе, па су једном приликом против предлога Димитрија Катића гласала 53 посланика, док су 42 гласала за. Ово је последица чињенице да клупска дисциплина није важила за посланичке, већ само за владине предлоге.²¹

Строжа страначка дисциплина која је владала код радикала значила је искључење из клуба свих посланика који су водили „своју политику“, и то је била само прва опомена. Следећа дисциплинска мера коју је изрицао Главни

Радикалне странке, а на смрт су осуђени: Никола Пашић, Пера Тодоровић и Раша Милошевић. Видети: Живан Живановић, *Политичка историја Србије у другој половини XIX века*, Књига друга, Београд 1924, 240–260.

¹⁸ Слободан Јовановић, *Сабрана дела Слободана Јовановића, Влада Милана Обреновића*, Књига I, том 5, Београд 1990, 110.

¹⁹ Ibid.

²⁰ С. Јовановић, *op. cit.* 111.

²¹ Ibid.

одбор странке била је искључење из странке.²² Било је и чланова странке који због ауторитета у свом крају нису потпадали под тај режим, већ су успевали да буду своји, и они, како вели С. Јовановић, попут Карађорђевих великих војвода „нису дозвољавали стварање усредсређене управе“.²³

3. ПАРЛАМЕНТАРНЕ ГРУПЕ У ПРВОЈ ЈУГОСЛОВНСКОЈ ДРЖАВИ

У периоду Видовданског устава улога парламентарних група била је од великог значаја за функционисање парламента, а оне су први пут институционализоване, па је један од парламентарних одбора које је предвидео скупштински Пословник био Одбор шефова група. И ово треба схватити као корак ка модернизацији парламентарног рада, мада јачање утицаја политичких партија у парламенту може да угрози функцију представљања и парламент у некој екстремној варијанти може да постане представништво политичких партија, а не грађана. Постајући пословничка категорија, посланички клубови, који су и до тада били незаобилазан чинилац парламентарног механизма, сада су постали и правно видљиви, а њихово деловање признато је Пословником као највишим изразом парламентарне аутономије. Одбор шефова група решавао је колико ће дана трајати начелни претрес и колико ће говорника моћи да наступа у име сваке од група, у случајевима када то Пословником није било друкчије утврђено. Одбор је решавао и о трајању расправе у појединостима, као и одругим питањима у вези са скупштинским радом и „која му упути на одлуку Скупштина“.²⁴ Специфичност овог одбора је у томе да је он своје одлуке доносио једногласно, а његовим седницама присуствовали су председник Скупштине и председник Владе, који су имали саветодавни глас.

Значај парламентарних група за време Септембарског устава био је знатно мањи пошто је систем власти који јеу пракси функционисао био под доминантним утицајем краља, који је у парламенту управљао помоћу режимске странке.²⁵ У законима о пословном реду у Народној скупштини и Сенату више није било одредаба о парламентарним групама.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Члан 24. Пословника Народне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1922.

²⁵ О партијској сцени у првој Југославији видети: Слободан Орловић, *Начело поделе власти у уставном развоју Србије*, Београд 2008, 220–221; Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Београд 2015, 308–315.

4. ПОСЛАНИЧКЕ ГРУПЕ У САВРЕМЕНОЈ УСТАВНОЈ ПРАКСИ СРБИЈЕ

У Народној скупштини Републике Србије посланичке групе се образују из реда народних посланика и оне могу имати најмање пет чланова. Свака посланичка група има свог председника, који представља посланичку групу и заменика председника.²⁶ У току седнице Народне скупштине, председник посланичке групе може овластити једног члана да представља посланичку групу за одређену тачку дневног реда.

Има мишљења да је минималан број чланова посланичке групе требало повећати и применити „вишу“ минималну квоту, с обзиром на укупан број народних посланика и реалне односе снага у Народној скупштини, као и на изборни цензус од пет одсто од укупног броја гласова, па би тај минималан број за формирање групе могао да буде 15 народних посланика или пет одсто чланова парламента.²⁷ Овако ниска минимално одређена граница може ићи на руку највећој и најутицајнијој групи, јер се наспрам ње налази разједињена и уситњена парламентарне мањина.²⁸ Досадашња пракса показује да се број посланичких група не поклапа са бројем изборних листа које су избориле улазак у Скупштину, већ је он већи. Док се обично неколико мањинских листа које не испуњавају минималан услов за оснивање посланичке групе, из техничких разлога, уједињују, велике коалиционе листе се деле на више посланичких група како би имале више времена за расправу у пленуму и одборима.

За разлику од периода пре 2011, када су примењиване отворене листе, садашњи систем затворених листа подразумева да се улога политичких партија у расподели мандата завршава чином утврђивања изборне листе, при чему су везани законским одредбом да на свака четири кандидата један мора бити представник мање заступљеног пола. То значи да након потврђивања коначних резултата избора, Републичка изборна комисија додељује мандате по редоследу кандидата на изборној листи. Након верификације мандата може се приступити формирању посланичких група, а до промене у саставу може доћи првенствено стога што посланици владајуће већине прелазе у извршну власт, па се мандат додељује првом следећем кандидату са листе коме није био додељен мандат.²⁹ Осим ове промене у саставу, постоје и оне када народни

²⁶ Члан 30. Закона о Народној скупштини, „Службени гласник РС“, број 9/2010 од 26. фебруара 2010. године.

²⁷ И. Пејић, (2011), 286.

²⁸ И. Пејић, (2000), 188.

²⁹ Члан 92. Закона о избору народних посланика, „Службени гласник РС“, број 35/2000, 57/2003 – одлука УСРС, 72/2003 – др. закон, 75/2003 – испр. др. закона, 18/2004, 101/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 28/2011 – одлука УСРС, 36/2011 и 104/2009 – др. закон

посланик напусти партију и придружи се некој другој посланичкој групи или настави деловање као самосатлни посланик. Озбиљни проблеми у вези са трансфером народних посланика, који су у доброј мери обележили овај период уставног развоја резултирали су бројним предлозима за промену овог дела пословничке материје. Тако је предлагано да се на почетку скупштинске периоде одреди период у коме је могуће формирање посланичких група, а да се након тог периода забрани формирање нових посланичких група, уз изузетак који би постојао у случају раскида коалиционог споразума.³⁰ Треба, међутим, нагласити да промена састава посланичке групе представља израз слободног посланичког мандата, те се овом решењу принципијелно не може много тога приговорити. С друге стране, када је ова појава учестала, што је доводило до тога да се број посланичких група на почетку и на крају легислатурног периода разликује,³¹ она штети стабилности институције и нормалном остваривању основних функција највишег представничког тела.

Како би се обезбедила већа ефикасност у раду, актуелним Законом о Народној скупштини успостављено је ново тело, Колегијум народне скупштине, у чији састав поред председника и потпредседника Народне скупштине, улазе и шефови посланичких група, и сада се у оквиру овог тела остварује најважнија комуникација између председништва Скупштине и посланичких клубова.³²

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Представничка демократија и парламентарни систем незамисливи су без политичких странака, а оне имају незаобилазну улогу не само у поступку спровођења избора, већ и у раду парламента и то, у највећој мери, посредством парламентарних група. Значај посланичких група за модерни парламент велики је јер, осим тога што као својеврсне експозитуре политичких партија доприносе контроли посланика и обезбеђују несметано спровођење владине законодавне активности у парламенту, оне имају и своје позитивне стране. Оне су средство координације парламентарног рада пошто се на нивоу посланичких група договарају питања у вези са дневним редом седница, као и низ других важних питања у вези са радом парламента.

Поред уставних решења која је нужно мењати у циљу отклањања бројних слабости српског парламента и пословничком материјом је нужно

³⁰ Милан Н. Јовановић, *Политичке институције у политичком систему Србије*, Београд 2008, 176.

³¹ М. Н. Јовановић, *op. cit.* 176.

³² Члан 26. Закона о Народној скупштини, „Службени гласник РС“, број 9/2010 од 26. фебруара 2010. године и члан 34. Пословника Народне, „Службени гласник РС“, број 52/2010 од 28. јула 2010. године.

афирмисати слободан посланички мандат, а то је у значајној мери могуће учинити и прецизнијим дефинисањем услова и временског оквира у погледу конституисања посланичких група.

Bojan BOJANIĆ, LL.D.

Assistant Proffesor, Faculty of Law

University of Priština temporary settled in Kosovska Mitrovica

**SIGNIFICANCE AND ROLE OF PARLIAMENTARY GROUPS WITH A
SHORT SITE IN OUR CONSTITUTIONAL PRACTICE**

Summary

One of the most important issues for each parliament is the question of its internal relations and the method in which these relations are regulated. The internal organization of the parliament include those issues concerning the position of parliamentarians, the second is substance of the sessions and the parliamentary session, and the third concerns parliamentary functionaries, parliamentary working bodies and parliamentary groups.

Parliamentary groups are an integral part of the process of decision-making in contemporary liberal democracies. This is quite logical if we bear in mind the particularly important role that political parties have in representative democracy. In this context, it talks about the strong link that exists between political parties and members of parliament.

In Serbia, deputies in the National Assembly long divided into "dynasties" - the supporters of the crown and their opponents. Parliamentary groups for a long time remained a non-institutional category and were created as a result of parliamentary practice, but this did not in any way diminish their significance.

In the National Assembly of the Republic of Serbia, parliamentary groups are formed from the ranks of deputies and may have at least five members. In order to ensure greater efficiency in the work, the current Law on the National Assembly established a new body, the Collegium of the National Assembly, witch, in addition to the President and the Vice-Presidents of the National Assembly, also includes the heads of deputy groups, and now within this body, the most important communication is realized between the presidency of the Assembly and parliamentary clubs.

Keywords: *Parliamentary groups, Internal Organization of Parliament, Representative Democracy, Political Parties.*

ЛИТЕРАТУРА

- Adonis**, Andrew, *Парламент данас*, Подгорица 1996,
- Живановић**, Живан, *Политичка историја Србије у другој половини XIX века*, Књига друга, Београд 1924,
- Јанковић**, Драгослав, *Рађање парламентарне демократије, Политичке странке у Србији XIX века*, Београд 1997,
- Јовановић**, Милан Н, *Политичке институције у политичком систему Србије*, Београд 2008,
- Јовановић**, Слободан, *Сабрана дела Слободана Јовановића, Влада Милана Обреновића*, Књига I, том 5, Београд 1990,
- Кркљуш**, Љубомирка, *Правна историја српског народа*, Београд 2015,
- Марковић**, Ратко, *Уставно право*, Београд 2009,
- Михајловић**, Владан, *Уставно право*, Краљево 2009,
- Norton**, Philip, „The United Kingdom, Exerting influence from within“, Knut Heider and Ruud Kool (eds.), *Parliamentary Party Groups in European Democracies: Political Parties Behind Closed Doors*, London – New York 2003,
- Орловић**, Слободан, *Начело поделе власти у уставном развоју Србије*, Београд 2008,
- Patzelt**, Werner J, German MP's and Their Roles, Wolfgang C. Müller, Thomas Saalfeld (eds.), *Members of Parliament in Western Europe: Roles and Behaviour*, London 1997,
- Пејић**, Ирена, *Парламентарне групе*, докторска дисертација, Ниш 2000,
- Пејић**, Ирена *Парламентарно право*, Ниш 2011,
- Saalfeld**, Thomas, „Bureaucratisation, coordination and competition, Parliamentary party Groups in German Bundsetag“, Knut Heider and Ruud Kool (eds.), *Parliamentary Party Groups in European Democracies: Political Parties Behind Closed Doors*, London – New York, 2003,
- Стојановић**, Драган, *Правни положај посланика на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије*, Ниш 1999,
- Heider**, Knut and Ruud Koole, „Parliamentary Party Groups Compared“, Knut Heider and Ruud Koole (eds.), *Parliamentary Party Groups in European Democracies: Political Parties Behind Closed Doors*, London– New York, 2003, 249.
- Закона о избору народних посланика, „Службени гласник РС“, број 35/2000, 57/2003 – одлука УСРС, 72/2003 – др. закон, 75/2003 – испр. др. закона, 18/2004, 101/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 28/2011 – одлука УСРС, 36/2011 и 104/2009 – др. Закон
- Закона о Народној скупштини, „Службени гласник РС“, број 9/2010 од 26. фебруара 2010. године.

Пословника Народне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1922.

Пословник Народне скупштине, „Службени гласник РС“, број 52/2010 од 28. јула 2010. године.

Невена ПЕТРОВИЋ*

347.998.85(497.11)

АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМИ И ИЗАЗОВИ РЕФОРМЕ УПРАВНО-СУДСКЕ ЗАШТИТЕ

Апстракт: Циљ овог рада јесте сагледавање реалног стања у области управносудске заштите, и то, "на терену". Но, да би се сагледало "стање на терену", неопходно је анализирати и неке нормативне предпоставке од којих у највећој мери оно зависи. Полазећи од те хипотезе, аутор у раду анализира надлежност и организацију Управног суда како би се у централном делу осврнуо на то, како, на постојећи начин постављена надлежност и утврђена организација, у пракси доприносе функционисању Управног суда и реализацији сврхе његове процесноправне егзистенције. Спроведено истраживање упућује на закључак да је безмало алармантно стање у пракси (преоптерећеног) Управног суда последица лоших нормативних решења и неадекватне везе међу њима.

Кључне речи: *Управни суд, надлежност, организација, стање у пракси.*

I

НАДЛЕЖНОСТИ УПРАВНОГ СУДА

1.

Увођење Управног суда као суда специјалне надлежности који ће контрослисати поштовање права у раду управе, са циљем њеног држања у оквирима права ("како се не би издигла изнад права" јер, "управа служи праву", "она је извршитељ права, у служби права, под, а не над њиме."), било је предвиђено још Законом о уређењу судова из 2001¹ године. Међутим, како је примена поментог акта одлагана неколико пута, то се на успостављање и оживотворење чувара законисти (правности)² управе чекало још готово пуну

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, nevena.petrovic@pr.ac.rs

¹ („Сл. Гласник РС“, бр. 63/2001, 42/2002, 27/2003, 29/2004, 101/2005, 46/2006 и 116/2008 – др. закон).

² Премда се у нормативним актима чак и у Уставу самом, говори о контроли законитости управе (у том смислу Устав у чл.198. ословљено са **Законитост управе** каже: "Појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јвна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе морају

деценију. Тек ће његов следбеник, Закон о уређењу судова из 2008³ године успешно трасирати пут управно-судском механизму контроле законитости управних али и других појединачних аката.

Важећи Закон о управним споровима⁴ ступио је на снагу 31. децембра 2009 године. Њиме је било предвиђено да ће Управни суд отпочети са радом 1. јануара 2010 године.

2.

Надлежности Управног суда утврђене су Законом о уређењу судова и Законом о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава⁵.

Закон о уређењу судова у III глави говори о надлежности свих судова у републици. У чл. 29. сумарно прописује надлежност Управног суда следећим речима:

Ст.1. : "Управни суд суди у управним споровима."⁶

Ст.2. : "Управни суд пружа међународну правну помоћ у оквиру своје надлежности и врши друге послове одређене законом."

Концизност цитиране одредбе ни не наговештава ширину надлежности Управног суда. Како се у њој наводи да "УС суди у управним споровима." у наставку ћемо, у циљу јаснијег сагледавања надлежности УС, покушати да дамо одговор на питање шта је управни спор, односно, које то карактеристике један спор чине особеним дајући му квалификатив управног.

У теорији управног права, домаћој као ни иностраној, нема сагласја по питању дефинисања овог појма. Разлоге несагласја треба тражити понајпре у неједнаком одређењу појма управе, а потом, и у полагању са

бити засновани на закону." Надаље, у ст. 2 истога члана наводи се: "Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на законом заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору..." а аутор је мишљења да термин "законитост управе" језички не одражава најпрецизније садржину и суштину управно-судске контроле. Њиме се неосновано критеријум контроле осуђује на закон, из чега би се олако могао извући посве погрешан закључак, да је управа дужна да се у своме раду држи искључиво закона. А знамо, да управа у обављању своје делатности примењује још и мноштво других, подзаконских аката. Консеквентно, појединачни акти донети у вршењу управне делатности, морају бити, како у скаладу за бројним законима из најразличитијих сфера, тако и са актима ниже правне снаге донесеним у њиховом извршењу (подзаконским). Држимо да речено није излишно напоменути иако су подзаконски акти, у складу са законом.

³ "Сл. гласник РС", бр.116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011, 101/2011 и 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др.закон, 13/2016 и 108/2016.

⁴ "Сл. гласник РС", бр. 111/2009, У даљем тексту ЗУС.

⁵ "Сл. гласник РС", бр. 101/2013.

⁶ Упореди чл. 8. ст. I ЗУС-а.

различитих становишта, односно, давању примата неједнаким критеријумима као релевантним за одређивање управног спора. Тако се, у зависности од карактера водећег критеријума, множина схватања може разврстати у две групе: формално и материјлно одређење. Формална поимања полазе од формалних обележја спора, каква су:

- 1.) орган који води поступак;
- 2.) карактер поступка у коме се спор решава.

Узимајући орган надлежан за вођење спора као кључни елемент, присталице овог схватања управни спор детерминишу као спор чије је решавање у надлежности посебног – управног суда. Овакво гледиште управног спора акценат ставља на орган апсолутно занемарујући друге релевантне елементе. Стога, управним сматра сваки онај спор чије је решавање у рукама посебног - управног суда, независно од тога по ком се поступку разрешава, о каквом је спорним питању реч и ко су странке у спору. Главни недостатак овог стајалишта лежи у непобитној чињеници да њиме није дат одговор на постављено питање: *Шта то један спор чини управним? Или, каква обележја мора поседовати да би се одлучивање по њему могло поверити баш том управном суду?* Из истог разлога сматрамо неприкладним и глорификовање другог формалног обележја – поступка, без придавања важности другим, једнако или чак и више значајним. Ако пођемо од овог критеријума, онда бисмо управним требали окарактерисати сваки онај спор који се разрешава у посебном управно-судском поступку. Овде је питање (на које ово виђење управног спора не може дати одговор): *Шта то, који суптрат један спор чини подобним за решавање у том посебном, управно-судском поступку?*

Недостаци једностраних приступа неизбежни су и када се при одређењу предметног појма полази од матријалних елемената:

- 1.) учесника у поступку;
- 2.) карактера питања које се решава.

Према првопоменутом, управни спор јесте онај у коме се као једна странка увек јавља управа или шире, јавни орган⁷. Недовољност и непрецизност оваквог гледања огледа се у чињеници да управа може бити учесник и у приватноправном спору. Ово отуд што управа поред управне као своје примарне и основне делатности, може обављати и друге, као споредне⁸. Уколико бисмо проблем посматрали кроз призму другог материјалног критеријума, тада бисмо управним морали означити онај спор у коме се као спорно јавља питање јавног односно, управног права.

⁷ A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administrative*, треће издање, LGDJ, Paris, 1963, стр. 321.

⁸ Упореди: Д. Милков, *Управно право*, III, Контрола управе, Нови Сад, 2013, стр. 45.

Консеквентно наред реченом, фино примећује проф. Димитријевић, према критеријуму странака у спору управни спор би постојао и у случају када се примењују правила грађанског права, док применом другог мерила, управног спора тада не би било иако се као једна страна у спору јавља управа⁹. На описаном примеру јасно увиђамо искључивост и недовољност скицирних критеријума.

Закључујемо да би се до потпуније и прецизније, па самим тим и прихватљивије дефиниције, могло доћи уважавањем минимално два, а пожељно је и више критеријума, баш како то чини проф. Томић: "Управни спор је засебна категорија судског спора, и то о законитости једног конкретног управноправног чина, која се од стране надлежног суда (опште или специјализоване, управносудске надлежности) разрешава по нарочитом поступку (управносудском), а у коме је тужена страна неки орган/организација јавне управе.¹⁰ Представљена комбинација релевантних елемената у далеко значајнијом мери осватљава и одређује појам управног спора. Ипак, не можемо а да не приметимо да проф. Томић дефинишући предмет управног спора још 2010-те, каже да је то спор о законитости "једног конкретног управноправног чина". Посматрајући искључиво са аспекта у то време (и сада) важећег ЗУС-а, не бисмо се са тим могли сложити. Ово с разлога што би се под "конкретним управноправним чином" могла подвести и управна радња а она се не уклапа у оквире ЗУС-ом (чл.3.) одређеног предмета спора. Међутим, исто тако не можемо а да не приметимо извесну корелацију (сличност) између термина "управноправни чин" и формулације "управна поступања" из новог Закона о општем управном поступку¹¹. Одређујући домашај примене ЗУП-а, његови аутори суштински другачије одређују појам управне ствари **која би, држимо, морала бити кључна одреднице управног спора!** – (подвукао аутор). У чл. 1. се каже се да је управни поступак „скуп правила која државни органи и организације, органи и организације покрајинске аутономије и органи и организације јединица

⁹ П. Димитријевић, Управно право, општи део, Ниш, 2014, стр. 536.

¹⁰ З. Р. Томић, Коментар закона о управним споровима, Сл. Гласник, Београд, 2010, стр. 62. Видљиво је да проф. Томић: а) релативизује критеријум надлежног органа (када каже да је у питању спор који се разрешава: "од стране суда опште или посебне надлежности"), што чини посве разумљиво јер је ствар искључиво националног законодавца да спор повери суду опште или специјалне надлежности; б) очито већу пажњу поклања критеријуму поступка ("...разрешава по нарочитом поступку"), опет разумно будући да се тешко може разложно спорити посебност управносудског пута решавања спора; ц) исправно проширује појам управе као странке у поступку на органе и организације **јавне** (прим аут.) имајући у виду да се врло често као издаваоци управних и других појединачних аката који могу бити предмет спора јављају органи и организације ван система државне управе.

¹¹ „Сл. гласник РС“, бр. 18/2016, даље ЗУП.

локалне самоуправе, установе, јавна предузећа, посебни органи преко којих се остварује регулаторна функција и правна и физичка лица којима су поверена јавна овлашћења (у даљем тексту: органи) примењују када поступају у управним стварима.“ Даље, у чл. 2. дефинише се управна ствар: „Управна ствар, у смислу овог закона, јесте појединачна ситуација у којој орган, непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге“, као и „свака друга ситуација која је законом одређена као управна ствар.“ Овакво одређење управне ствари је садржински проширује, мења њену срж и није у складу са оним датим у ЗУС-у (**недопустива неподударност између два закона која чине темељ управноправног режима!** – подвукао аутор)¹².

Већ смо навели да Закон о уређењу судова предвиђа да "Управни суд суди у управним споровима." Предмет управног спора тј., оно што се у њему може оспоравати, одређен је Законом о управним споровима, таксативно, не и егзактно¹³. У члану 3. поменутог прописа наводи се: "У управном спору суд одлучује о законитости коначних управних аката, осим оних у погледу који је предвиђена другачија судска заштита." (ст.1) "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." (ст.2) "У управном спору суд одлучује и о законитости других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено." (ст.3).

Цитираном одредбом предмет управног спора постављен је значајно шире¹⁴ него што је то био случај са ранијим законским решењем. Од ширине

¹² Упореди: Д. Милков, Р. Радошевић, "Неке новине у Закону о општем управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3 (2016), стр. 733-752.

¹³ Управни акт као предмет управног спора дефинисан је законом већ у наредном члану (али се и поред тога некада у пракси јавља као нејасно питање: *Je ли један акт управни и као такав подобан да буде предметом спора*). Такво стање резултат је неједнак одређења управне ствари у кључним управноправним прописима, ЗУС-у и новом ЗУП-у. Међутим, у погледу **коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на законом заснованом интересу, као и других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено**, законодавац сем констатације садржане у ст. 4. чл.3. : "Одредбе овог закона које се односе на управни акт, примењују се и на друге акте против којих се може водити управни спор." не говори више ништа па су дилеме и нејасноће још чешће.

¹⁴ Поред тога, сваке године надлежност Управног суда се проширује посебним законима из различитих управних области, па је и у 2017. години постојећа надлежност Управног суда (преко 80 основа спора), увећана доношењем више закона којима је

предмета спора зависи ширина контроле а тиме, последично, и ширина управносудске заштите субјективних права и објективне законитости детерминисане ЗУС-ом као циљ управног спора.

II ОРГАНИЗАЦИЈА УПРАВНОГ СУДА

Понајпре, да кажемо да се у нас не може говорити о организацији управног судства¹⁵. Такво што превасходно не допуштају правила српског језика. Да би се могло говорити о управном судству (именица дата у множини) нужно је постојање бар два суда. Како у нашој земљи постоји само један Управни суд за територију читаве државе, целовитог система управног судства нема. Као суд републичког ранга, Управни суд решава све управне спорове у нашој земљи. Истина, има три одељења изван седишта суда (у Крагујевцу, Нишу и Новом Саду¹⁶). Међутим, одељења су организационе јединице суда а не засебни и самостални управносудски органи.

У суду је, према последњем објављеном Извешатају о раду Управног суда за период од 1. јануара до 30. јуна 2017-те године, поступало укупно 40 судија (22 у седишту суда, 8 у Одељењу у Новом Саду, 6 у Одељењу у Крагујевцу и 4 у Одељењу Управног суда у Нишу).

Организација би требало прати надлежност, да иде у корак с њоме. Да ли је постојећа организација то кадра? Одговор на постављено питање потражићемо у пракси Управног суда.

прописана надлежност Управног суда у поступању, и то: *Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи* („Службени гласник РС“, бр. 40/17), *Закон о трасфузијској медицини* („Службени гласник РС“, бр. 40/17).

¹⁵ О зачецима судске контроле управе и еволуцији управног судства у нас, упућујемо на: Драгаш Денковић, „Настанак и развој Државног савета 1805-1918.“, *Добра управа* (избор текстова, редакција и предговор Ратко Марковић), Београд 2010; Љ. Радовановић, Б. Протић, *Из управно-судског поступка*, београд, 1928; Данило Данић, *Развитак административног судства у Србији и остале скупљене расправе из јавног права*, Београд 1926; Лазо М. Костић, *Административно право* (Сабрана дела), Београд 2000; Зоран Р. Томић, „Управни спор и управно судовање у Србији –неки реформски проблеми и правци новелирања“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 1/2010; Иван Копрић, *Управно судовање на подручју бивше Југославије, Хрватска јавна управа*, година 6, бр. 1/2006; П. Димитријевић, *Управно право, општи део*, Ниш, 2014, 531-535; С. Лилић, *Управно право управно процесно право*, Београд, 2013, 559-564.

¹⁶ Одељење у Крагујевцу за подручја виших судова у Крагујевцу, Јагодини, Крушевцу, Краљеву, Новом пазару, Ужицу и Чачку. Одељење у Нишу за подручја виших судова у Нишу, Врању, Лекосвцу, Пироту, Прокупљу и Косовској Митровици и Одељење у Новом Саду за подручја виших судова у Новом Саду, Зрањенину, Панчеву, Суботици, Сремској Митровици И Сомбору.

III
СТАЊЕ У ПРАКСИ

Табела 1.¹⁷ Статистички приказ броја примљених и решених предмета у раду Управног суда за период од 1.01. 2010 до 30.06. 2017 године

Извештајни Период	Број нерешених предмета на почетку извештајног периода	Број примљених предмета у току извештајног периода	Укупан број предмета у току извештајног периода	Укупно решених предмета у току извештајног периода	Укупно нерешених предмета у току извештајног периода	Процент решених предмета у односу на укупан број предмета
2010	18.091	16.048	34.139	13.843	20.296	40,55%
2011	20.296	15.787	36.083	18.372	17.711	50,925%
2012	17.711	19.603	37.316	15.807	21.509	42,36%
2013	21.396	21.756	43.265	18.277	24.988	42,24%
2014	24.988	19.423	44.411	20.149	24.262	45,37%
2015	24.262	20.315	44.577	18.681	25.896	41,91%
2016	25.902	21.548	47.450	19.274	28.176	40,62%
2017	28.186	11.134	39.320	9.869	29.451	25,10%

Табела 2.¹⁸ Кадровске предпоставке, просечна оптерећеност и учинак судија Управног суда за период од 1.01. 2010 до 30.06. 2017 године

Извештајни Период	Број судија у току извештајног периода	Просечан број предмета у раду по судији	Просечан број решених предмета по судији у току извештајног периода
2010	33	615	38,13
2011	30	590,37	55,67
2012	27	796,63	53,2
2013	27	925,48	61,54
2014	35	693,2	52,34
2015	38	681,50	44,69
2016	38	741,47	46,11
2017	40	736,28	41,12

¹⁷ Подаци дати према Извештајима о раду Управног суда садржаним у Информаторима о раду за 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 и прво шестомесечје 2017-те године, доступним на: <http://www.up.sud.rs/uploads/pages/1496323263~~Informator%20Jun2017-cir.pdf> , <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/Informatori/Informator-Novembar-cir.pdf>, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/Informatori/Informator-Novembar-cir2015.pdf>, http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/UPRAVNI_SUD_informator_za_2014.god---3.pdf, http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/1386246741~~UPRAVNI_SUD_informator_za_2013.god.pdf, http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/UPRAVNI_SUD_informator_za_2012.god.pdf, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/UPRAVNI-SUD-informator-za-2011.pdf>, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/UPRAVNI-SUD-informator-za-2010.pdf>.

¹⁸ Исто.

Анализа:

2010 година. Из табеле 1. видимо да је у току 2010-те, године када је Управни суд почео са радом, преостало 18.091 нерешених предмета (који су раније били у надлежности окружних и Врховног суда). У току исте године, у суду је приспело још готово толико, тачније, 16.048 предмета (новопримљених), што са старим чини укупно 34.139. У посматраном периоду решено је укупно 13.843 што чини 40,5% од укупног броја предмета. Увиђамо, посматрајући Табелу 2. да је 33-оје судија Управног суда, колико их је у анализираном периоду поступало у суду, решило мање од половине случајева приспелих на решавање. Доводећи број поступајућих судија у непосредну везу са бројем предмета закључујемо да је по сваком судији, на решавање, просечно било по 615 предмета. Када пак, број поступајућих судија доведемо у везу са бројем укупно решених предмета, опажамо да је сваки судија, у просеку, решио око 38 предмета (0.11% у односу на укупан број предмета).

2011 година. У наредној години у суду је примњено нешто мање него претходне, 15.787 предмета. Како је од прошле године остало 20.296 нерешених предмета, то је на решавање у овој периоди било укупно 36.083 предмета. Од тога, 30-оро судија, колико их је ове године радило у суду, успело је да реши 18.372 предмета (4.529 више у поређењу са претходном годином). Дакле, добру половину. Што ће рећи да је мањи број судија решио већу количину предмета, те је учинковитост судија била на вишем нивоу. Од 590,3 предмета колико је, просечно било по судији, сваки је у просеку решио по 55,6 предмета (по 17 више него у прошлој години).

2012 година. Овогодишњи заостатак, од 17.711 предмета, био је, захваљујући већој ефективности судија мањи него прошлогодишњи. Насупрот томе, број примњених тужби и других поднеска пристиглих на адресу Управног суда, био је већи и износио 19.603 што је, *summa summarum* број предмета у суду попело на 37.316 предмета. Опажамо, посматрајући табелу 1., да број предмета из године у годину благо расте. Посматране године, у суду је радило троје судија мање него претходне (укупно, 27-оро) и успело да реши 15.807 предмета (1.904 мање, мерено у односу на прошлу анализирану годину). Илити, 42,36% у односу на укупан број предмета у раду суда. Процент решених предмета опао је у односу на претходну годину али је оптерећеност судија, будући да их је било мање, а предмета за решавање више, била виша, 796,6 предмета по судији. Просечно решених предмета по судији у суду било је 53,2.

2013 година. У датом периоду број приспелих и преосталих предмета био је готов једнак, 21.756 - 21.396 што је судије Управног суда оптеретило са укупно 43.265 предмета. И даље се, примећујемо, наставља тренд постепеног увећања примњених предмета. У суду је и ове године радило 27-

оро судија. Решили су 18.277 предмета, што би процентуано било једнако прошлогодишњем резултату (приближно 42 %) али је учинак по судији био значајно већи (61,5 предмета), будући да је њихова оптерећеност предметима била већа (925, 5 по судији), имајући у виду чињеницу да је једнак број поступајућих судија имао да реши готово 6000 предмета више.

2014 година. У посматраном дванаестомесечју, број заосталих предмета био је изузетно висок и значајно виши у односу на број новопримљених (24.988 - 19.423). Тако је удео старих у укупном скору од 44.411 предмета (готово једнаком оном из 2013-те године) био већински и заузимао читавих 56,2%. 35-оро судија решило је 20.149 предмета, односно 45,37% од укупног броја. Иако је то за скоро 2000 предмета више него у претходно посматраном периоду, ефективност судија је опала на 52,34 предмета по судији, јер је њихово оптерећење, с обзиром на знатно виши број судија при готово једнаком броју предмета у раду, било мање (693,2).

2015 година. Посматрајући прва три параметра из табеле, ове и претходне године, увиђамо не само да нема већих разлика већ се, готово преклапају. Број заосталих предмета незнатно је мањи у односу на прошлу годину (24.262 – 24.988). Новопримљених у раду суду било је за 892 више. Од 44.577 предмета, колико их је било у раду суду, 38-оро судија (троје више у односу на број судија у претходно анализираном периоду) решило је свега 18.681 (прошле 20.149). Овде већ видимо знатнију разлику (решено је 1.468 предмета мање него претходне године). Процент решених опао је дакле, у односу прошлу годину износећи укупно 41,9%. Како је број предмета у раду суда ове и претходне године био готово једнак (44.577 – 44.411), то је при повећаном броју поступајућих судија (са 35 на 38), овогодишња просечна оптерећеност судија била, у поређењу са прошлогодишњом, нешто мања (681,5 – 693,2 предмета по судији). *Summa summarum*, готов једнак број предмета у раду, при умањеном оптерећењу судија услед њиховог већег броја, у комбинацији са нижом бројком решених предмета резултирао је, консеквентно, мањом учинковитишћу (44,69 предмета по судији).

2016 година. И у 2016-ој години наставља се тенденција раста заосталих, односно нерешених предмета. Са бројком од 25.902, њихово учешће у укупном броју предмета у суду (47.450) било је већинско (54,58%). Једнак број судија у суду (38) решио је нешто више предмета у односу на претходну годину (19.274). Но упркос томе, проценат решених предмета (40,62%) опао је у односу на прошлу годину, што је последица како већег броја преосталих тако, већег броја примљених предмета, при непомењом броју судија. Из наведених параметара следи и веће оптерећење судија (741,47) и њихова већа учинковитост (46,11).

2017 година. У првом шестомесечју ове године на решавање у Управном суду било је 39.320 предмета. Уистину, значајно мање него у прошлој години, али ваља имати на уму да је у питању тек првих шест

месеци, пола године дакле, док смо до сада анализирали податке за читаву календарску годину. Број заосталих предмета у овом периоду је, достигавши 28.186, рекордан од почетка рада суда. Како је 40-оро судија решило за шест месеци рада, свега 9.869 предмета, то се, не само никакo не може рећи за број решених предмета, већ је тај број, *a contrario*, рекордно низак, изражено у процентима - 25,10%. У овом периоду имали смо, да закључимо, највиши број заосталих предмета, највећи број судија које раде у суду, одприлике просечно оптерећених, а најнижи проценат решених у односу на укупан број предмета¹⁹.

Закључци спроведене анализе:

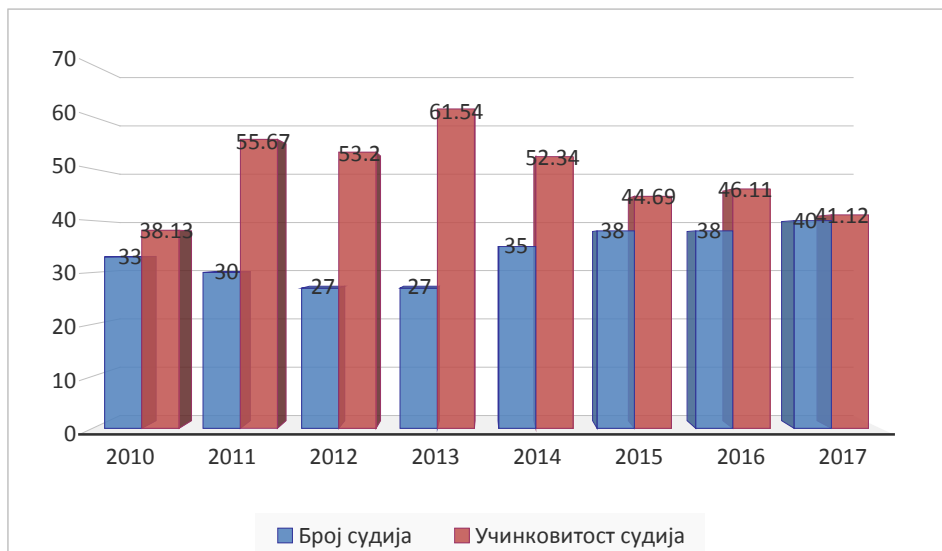
Како бисмо апсолвирали резултате спроведеног истраживања, у наставку ћемо се аналитичко-критички бавити понаособ, али и скупа, сваким од коришћених параметара. У ту сврху, а ради још јаснијег приказа, наведене нумеричке податке преточићемо у слике (послужићемо се техником дијаграма).

Дијаграм 1.

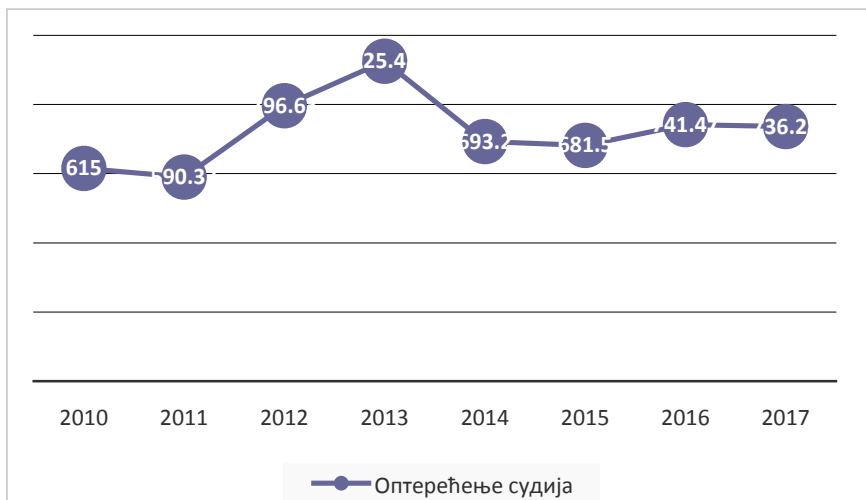


¹⁹ Ипак, речено не треба узимати безрезервно јер ће се предмети решавати у наредних шест месеци, па је сасвим могуће, иако ће паралелно пристизати и нови, да проценат решених буде виши. О коначној цифри моћи ћемо са извесношћу говорити тек по окончању године.

Дијаграм 2.



Дијаграм 3.



а) Број из претходне године нерешених (означених на дијаграму наранџастом бојом), односно заосталих предмета је, са изузетком 2012 године, када је био најмањи (те године учинковитост судија била је на високом нивоу – 55,67%), перманентно растао. Са највише заосталих предмета Управни суд сусрео се на почетку 2017-те. Било их је чак 28.186 (што је за готово 6.000 више у односу на просечан број предмета који у току календарске године остане нерешен). То се објашњава чињеницом да је

претходна година обележена највећим бројем укупних предмета у раду суда, највећим бројем укупно нерешених предмета²⁰ а и просечна учинковитост судија (46,11 предмета по судији) била је испод просечне (49,1), премда, ипак знатно изнад оне из 2010-те, када је била на најниже забележеном нивоу (38,13%).

б) У броју новопримљених предмета у раду Управног суда (означених плавом бојом), опажамо невелике осцилације. Углавном је тај број растао, али има и одступања од тога (нпр. 2011-те мање него 2010-те, 2014-те мање него 2013-те). Највиши број предмета за примљен је 2013-те а најмањи, 2011²¹. У просеку, суд годишње прими 18.201 предмет. У анализираном периоду, од 1. јануара 2010-те до 30. јуна 2017-те Управни суд примио је укупно 145.614 предмета.

ц) Укупан број предмета у раду суда (означено на дијаграму сивом бојом), сачињен од заосталих и примљених предмета чији број, како смо већ рекли, по правилу расте, по логици ствари, пратећи их, има непогрешиву тенденцију константног раста из године у годину, достигавши максимум од 47.450 предмета 2016-те године. Премда, у 2017-ој ће тај број највероватније бити надмашен, с обзиром на чињеницу да је само у првој половини године у суду било 39.320 предмета, колико, готово једнако, износи просечан број предмета у раду суда у току читаве године - 40.820.

д) И у броју решених предмета (обележених жутом бојом) опажамо осцилирање у раду Управног суда. Највише предмета, бројчано изражено, решено је у току 2014-те, чак 20.149, што је знатно изнад броја просечно решених предмета у току једне године (16.784). Најмање их је окончано 2010-те – 13.843 (видно испод просека).

²⁰ Тачно је да је на крају првих шест месеци 2017-те године остало више нерешених предмета (29.451) али, имамо у виду да та година још траје те ће и у месецима који следе, до истека календарске године, решавање предмета бити настављено па тиме, упскос приливу, број нерешених бити умањен. Процену заснивамо на показатељима просечног броја примљених и решених предмета у току једне године. Наиме, у току године суд просечно прими 18.201 предмет док је просечни заостатак, односно број предмета који су из претходне године остали нерешени износи 22.604. Суд је за првих шест месеци примио 11.134 што је, додуше, нешто више од половине броја просечно примљених предмета у току године, али су његове судије у истом периоду успеле да реше 9.869 предмета, што је више од половине броја просечно решених предмета у току године. Отуд очекујемо да број нерешених на крају ове године неће премашити прошлогодишњи максимум.

²¹ Ако изузмемо првих шест месеци 2017-те будући да се ради о душло краћем интервалу а при логичној хипотези да ће и у другом шестомесечју бити примљено још.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Истраживање спроведено у раду има за циљ да укаже на реално стање у управној судској материји. У ту сврху, ослањајући се на три кључне тачке, аутор целину рада, по њима, дели на три дела: надлежност (I), организација (II) и пракса (III) Управног суда. Проучавајући сваки од ових елемената засебно али, истовремено и утицаја (деловања) једнога на други, те свакога од њих понаособ и скупа, на оно што је у закону одређено као циљ управног спора, аутор изводи закључке и сугерише правце реформе неких постојећих солуција.

1. Иако се то из врло концизне законске одредбе не слуги, надлежност Управног суда је изузетно широка. Широко постављена надлежност има за циљ заштиту субјективних права и објективне законитости у широком кругу разноврсних управних материја. Надлежност је дакле одређена стварним, животним циљем - потребама физичких и правних лица и нужношћу законитости као елемента правне државе.

2. Организација би такође, требало да служи том циљу²². Но, циљу организације води само адкватно уређена (која прати надлежност) организација, тј. организација која ће бити кадра да врши мноштво послова и задатака стављених јој у надлежност на што је могуће квалитетнији и ефикаснији начин. У раду смо видели да организација Управног суда (а не судства!) није у стању да на задовољавајућ начин прати његову надлежност.

3. То најочитије сагледавамо анализирајући управној судску праксу. Постојање само једног суда, са свега три одељења и недовољним бројем судница и судија (остављамо овом приликом по страни њихову компетентност и стручне квалификације за предмете са којима се у раду срећу), при изузетно високом годишњем приливу предмета, и то са незаустављивом тенденцијом раста, води високом степену оптерећености судија и незавидно великом броју нерешених предмета на крају године (који се преливају у наредну, као заостали), што у збиру резултира дугим чекањем на одлуку, онемогућавањем грађана да благовремено остварују своја права, правној неизвесности па и нарушавању поверења грађана у ову институцију.

У вези са напред изнетим, намеће се, сам по себи закључак да "негде не штима". Да ли проблем треба тражити у првом, другом, трећем или, чак свим анализираним сегментима? Чини се, наког свега што смо већ рекли, да је одговор јасан. У свим.

²² Према дефиницијама појма организације циљ је уствари, један од елемената организације.

- У вези са надлежношћу Управног суда, сматрамо да одређење управне ствари учињено новим ЗУП-у, доводи у питање (значајно ширећи) надлежност, односно предмет спора дефинисан ЗУС-ом, што је крајње недопустиво. Усаглашавање појма управне ствари у поменутих законским решењима учиниће надлежност УС јаснијом. Такође, везано за надлежност УС, ценимо да широко одређеном предмету управног спора (примарне управносудске заштите), никако не кореспондира скучен број и карактер правних лекова (иницијатора секундарне). Увођење жалбе је стога, први и неопходан корак на путу до изградње целовитог система управног судства, стабилног, ефикасног и способног да оправда сврху свог постојања.

- То неминовно изискује и организационе промене (реорганизацију): повећање броја општих првостепених управних судова не искључујући идеју о образовању управних судова специјалне надлежности за одређене уже области (у којима специфичности управне материје, број спорова и практични значај правилног решавања то оправдавају), увођење жалбеног суда и, без премца, јачање кадровских претпоставки, како у бројчаном смислу тако и перманентним обукама и доквалификавањем судија.

Nevena PETROVIĆ

Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

CURRENT PROBLEMS AND CHALLENGES OF REFORM OF ADMINISTRATIVE-JUDICIAL PROTECTION

Summary

The author in the work deals with the analysis of three key elements of the administrative judiciary: competence, organizations and practice. The aim of the work is to indicate, whether and to what extent these elements, individually and collectively act on one another, contribute to the achievement of the objective of the administrative dispute. In this connection, some reform solutions are proposed.

Keywords: administrative court, jurisdiction, organization, state of practice.

ЛИТЕРАТУРА

A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administrative*, треће издање, LGDJ, Paris, 1963.

Д. Данић, Развитак административног судства у Србији и остале скупљене расправе из јавног права, Београд 1926.

Д. Денковић, „Настанак и развој Државног савета 1805-1918.“, *Добра управа* (избор текстова, редакција и предговор Ратко Марковић), Београд 2010.

Д. Милков, *Управно право*, III, Контрола управе, Нови Сад, 2013.

Д. Милков, Р. Радошевић, "Неке новине у Закону о општем управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3 (2016).

З. Р. Томић, Коментар закона о управним споровима, Сл. Гласник, Београд, 2010.

Зоран Р. Томић, „Управни спор и управно судовање у Србији –неки реформски проблеми и правци новелирања“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 1/2010.

Иван Копрић, *Управно судовање на подручју бивше Југославије, Хрватска јавна управа*, година 6, бр. 1/2006.

Лазо М. Костић, *Административно право* (Сабрана дела), Београд 2000.

Љ. Радовановић, Б. Протић, *Из управно-судског поступка*, Београд, 1928.

П. Димитријевић, *Управно право*, општи део, Ниш, 2014.

С. Лилић, *Управно право управно процесно право*, Београд, 2013.

Прописи:

Закон о уређењу судова "Сл. Гласник Р", бр. 63/2001, 42/2002, 27/2003, 29/2004, 101/2005, 46/2006 и 116/2008 – др. закон.

Закон о уређењу судова "Сл. Гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016 и 108/2016.

Закон о управним споровима "Сл. Гласник РС", бр. 111/2009.

Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава "Сл. Гласник РС", бр. 101/2013.

Закон о општем управном поступку „Сл. гласник РС“, бр. 18/2016.

Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи "Службени гласник РС", бр. 40/17.

Закон о трасфузијској медицини "Службени гласник РС", бр. 40/17.

Интернет извори:

<http://www.up.sud.rs/uploads/pages/1496323263~~Informator%20Jun2017-cir.pdf>,

<http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/Informatori/Informator-Novembar-cir.pdf>,

<http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/Informatori/Informator-Novembar-cir2015.pdf>,

http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/UPRAVNI_SUD_informator_za_2014.god---3.pdf,

http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/1386246741~~UPRAVNI_SUD_informator_za_2013.god.pdf,

http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/UPRAVNI_SUD_informator_za_2012.god.pdf,

<http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/UPRAVNI-SUD-informator-za-2011.pdf>,

<http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/useruploads/UPRAVNI-SUD-informator-za-2010.pdf>.

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И
ИСТОРИЈСКОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

Др Милорад ЖИЖИЋ*

340.131
342.22

СТАВ О ПРАВНОЈ ДРЖАВИ ОДНОСНО НАЧЕЛИМА ДОБРЕ ВЛАДАВИНЕ

Апстракт: Начела добре владавине, односно правичности, правне сигурности треба сагледавати као део суштине појма „правна држава“, „социјална држава“. Сучељавање старог и ново долазећег неолибералног капиталистичког пројекта заживљавање назначених начела доводи у питање. Неолиберализам, за разлику од либерализма који државу сматра нужним злом, државу презире и тежи њеном укидању, одн. трансформацији.

Кључне речи: начела добре владавине, правна држава, социјална држава, неолиберализам

Теоријскоправна мисао о држави и праву у нашој европској цивилизацији стара је најмање два ипо миленијума, и увек је актуелна, као и данас. У том периоду настајало је и нестајало мноштво гледишта, теорија на одређеним просторима и у одређеним временима, а која су по правилу била у међусобној колизији, и најзначајније од таквих теорија служиле су као снажно оруђе у циљу оправдања или оспоравања постојећег, односно надолазећег друштвеног и државноправног уређења, одн. државе и права.

Стога нема јединствених гледишта о самом појму државе и права. Држава и право се различито схватају. Ми их детерминишемо као две можда и најзначајније друштвене појаве, међусобно условљене и зависне, настале у друштву, издигле се изнад друштва са примарним повратним утицајем на друштво, одн. друштвене односе.

Назначен развој теоријскоправне мисли условио је и настанак богате теоријскоправне литературе, и не само ње. На хиљаде наслова, књига, чланака, одн. текстова написано је о држави и праву током претходних два ипо миленијума.

Преглед теоријскоправе литературе кроз векове постојања је изузетно сложен и захтеван посао. Методолошки му треба циљано прићи сходно већ зацртаном трасом истраживања ка постављеном циљу, коришћењем стандардних метода, као пута, средства, начина да се дође до жељеног циља.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, milorad.zizic@pr.ac.rs.

У противном се улази у лавиринт колизије, несистематичности и несврсиходности.

Сходно просторно-временској димензији настанка могуће је донекле имати увид у:

1) остатке литературе античког доба, што би више имало значаја за неке видове историјскоправног истраживања и изучавања са теоријскоправним примесима;

2) на остатке средњовековне литературе која у суштини има религијска обележја сходно детерминисаности тог феудалног доба, без неког посебног значаја у савремености;

3) на богату литературу насталу у тзв, ново доба, појавом и развојем ренесансе у Европи, односно, настанком и развојем буржоаског капиталистичког друштва;

4) на изузетно богат развој теоријскоправне мисли у 18 и 19. веку и првим деценијама 20.ог века, са настанком мноштва теорија са идеалистичким и материјалистичким предзнаком, било да је реч о скупини буржоаских природно правних или социолошких, одн. максистичких и других теорија.

5) Савремена продукција теоријскоправне литературе у свету и у нас задњих деценија је смањена, можда у одређеној мери и сузбијена, јер не прати у довољној мери брзе светске друштвене промене, наметнуте покушајем урушавања постојећег и стварања новог неолибералног глобалног светског поретка. Напуштене су углавном раније идеологије, док се неолиберализам убрзано развија и намеће своје идеолошке смернице развоја друштва, уз ограничавање или урушавање модерних националних држава и права, одн. националне економији, зарад глобализације, глобалног тржишта, корпоративног управљања. Државе у доброј мери губе своју социјалну димензију и многа својства, јер то неолибералистички поглед на свет кроз практичну акцију захтева и дезинтегрише.

6) На српском, одн. српскохрватско језику у двадесетом веку преведена су скоро сва значајна дела теоријскоправне мисли, чему треба додати и значајан опус наших теоретичара у првој половини двадесетог века окупљених око београдског лицеја, одн. Правног факултета (Живановић, Гершић, Тасић, Лукић и многи други).

Попис такве литературе је технички доступан и у електронском облику у нашим библиотекама, као и у значајнијим делима из наведене области, и иста је предмет нашег интересовања, и циљаног проучавања у наредном периоду.

Двадесет први век, сучељавање постојећег и надолазећег светског поретка, неповољне климатске промене, ратови, тероризам, неоколонијализам, борба за ресурсе, урушавање традиционалних концепата развоја друштва, државе и права, традиционалних вредности, изражено социјално раслојавање (социјална стратификација) на богате и сиромашне, експанзиван раст становништва у неразвијеним земљама, неолиберализам који презире државу, вашингтонски консенсус, неслућена експанзија четврте технолошко иновативне револуције, глобализација, глобално слободно тржиште, јевтина радна снага, корпорације, корпоративно управљање, корпоративна безбедност као нови вид безбедности, информациона безбедност у служби заштите корпоративне безбедности као новог вида безбедности, развој управљачког менаџмента прилагођеног корпоративном управљању интересима и потребама протагонистима четврте технолошко иновативне револуције и слично, условљавају многе токове, судбину људи, државе и права, у зачетом двадесет првом веку са неизвесним последицама.

Стога се и намеће потреба изучавања и изградње једног приступа заснованог на интеракцији биолошког, социолошког и психолошког аспекта у проучавању односних проблема, а који би зачео и изградњу бољег друштва и превазилажење већ изражених озбиљних последица.

Ако се има назначено у виду као и досадашња ограничена спознаја о појму правне државе, владавине права, мишљења смо да је наступио турбулентан период својствен када се судара постојећи и ново надолазећи светски поредак, где се све оно традиционално везано за друштво, државу и право, мање више доводи у питање или трансформише или губи традиционална обележја на путу ка неком новом светском поретку и ново успостављеним односима и вредностима, одн. начелима организовања и управљања друштвеним творевинама попут државе, права, социјалне државе, правне државе, владавине права и сл.

И у досадашњој теоријскоправној баштини нашег поднебља и шире испољено је противуречно поимање правне државе, владавине права и сличног.

Питања су:

1) Да ли је постојање правне државе само теоријскоправна пројекција, или мит, или жеља, или се она стварно може засновати? ¹

2) Ако се правна држава стварно може засновати чиме би се то могло поткрепити ?

3) Да ли је правна држава свака држава сама по себи?²

4) Да ли је правна држава и аутократска држава са апсолутистичким, диктаторским, фашистичким, криминогено-мафијашким режимом и власти и сл?

5) Зашто либерализма и негова идеологија државу (тиме и правну, социјалну или какав други атрибут државе) сматраа нужним злом?

6) Зашто неолиберализам, одн. још необликована идеологија неолиберализма презире државу и њено постојање (тиме и правну и социјалну државу) а што се манифестује задњих деценија двадесетог и почетком двадесетпрвог века?

7) Да ли се у новонасталим светским односима може говорити о отеловљењу начела добре владавине, одн. начела правичности и начела правне сигурности? Да ли то неолиберална идеологија и креатори новонадолазећег светског поретка дозвољавају? Да ли је данас у свету угрожено начело добре владавине, одн. начело правичности и начело правне сигурности?

8) Да ли је начело добре владавине, одн. начело правичности и начело правне сигурности само пројекција везана за тзв. социјалну државу, која је у савремености мање више урушена и доведена у питање?

9) Каква би била анализа досадашњег историјског државоправног устројства по питању примене и остварености начела добре владавине, односно начела правичности и правне сигурности? ³

¹ Видети : Вукадиновић, Г, О правној држави, Нови Сад 1995.

² Видети: Вуксановић, Б, О појму правног поретка и државе, Београд 1931.

³ Видети: Живановић, Т, Систем синтетичке правне филозофије,1,2,3, Београд 1921, 1951, 1959.

10) Шта би у ствари била суштина начела добре владавине, односно начела правичности и начела правне сигурности.

11) Да ли је поимање начела правичности остало на античком аристотеловском схватању или је еволуирало?

12) Да ли је појам „социјална држава“ поред осталог, изграђен на појму начела добре владавине, одн. начела правичности и начела правне сигурности? Односно да ли је појам „социјална држава“ синоним за начело добре владавине, од. начело правичности и начело правне сигурности? Или је то појам „правна држава“? Или и једно и друго?

Мноштво питања о односном проблему се може поставити. Има ли ваљаних одговора?

Појам „ правна држава“ је новијег датума, Прво се јавља у склопу теоријскоправне мисли, а потом бива прихваћен и у осталој правној мисли.

Појам „правна држава“ је широко тумачен и схватан ,ушта овом приликом нећемо залазити. Да ли је свака држава и правна држава? Да ли је и држава са аутократским, фашистичким, диктаторским, криминогено-нафијашки режимом и правна држава? Неко би рекао, ако је формалиста, догмата, да је и таква држава правна. У формалноправном смислу нашли би оправдање за такав став, јер су држава и право међусобно условљене и зависне друштвене појаве и тиме формално правно држава, њена организација, органи, надлежности и функције су регулисане правним нормама. Они би истакли да је стга свака држава правна јер је њена делатност регулисана правом. Ипак, појам“ правна држава“ не би смео да се своди на такву формалноправну страну односа државе и права. Потребно је појму додати у социјално-правну, етичку компоенту, да би појам суштински био што темељнији. У назначеном контексту, поред осталог, треба му придодати и начело добре владавине, правичности, правне сигурности.

Појам „правна држава“, „ социјална држава“, „начело добре владавине-начело правичности, правне сигурности“,⁴ мишљења смо треба сагледати као недељиву целину блиских садржаја који би суштински детерминисали творевину која је појмљива, тешко остварљива, а итекако цивилизацијски, етички и хумано пожељна.

Мишљења смо да, нажалост, савремени трендови и светска друштвена кретања не иду ка тако жељеним стремљењима. Напротив. неолиберални капитализам тежи брисању државе., правне, социјалне државе.

⁴ Исто.

Експанзија социјалне неједнакости (социјалне стратификације) у корист екстремно богатих, неолиберални концепт брисања државе, империјални колонијализам и начело добре владавине, одн. правичности и правне сигурности не иду заједно, у дубокој су колизији, а на штету начела добре владавине, правне, социјалне државе.

У теорископравном смислу били бисмо слободни да схватамо и појмовно сагледавамо, ако не као јединствену суштинску целину, онда као блок сродних условљених, па и неодвојивих појмова који би детерминисали, тј. били желећа производња социјално – правне сфере као неопходне детерминисаности државе. Таква желећа производња и савремени трендови и сучељавања старог и ново надлазећег светског поретка сматрамо да нису оптимистична у погледу реализације назначене желеће производње.

Milorad ŽIŽIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE ATTITUDE ON THE LEGAL STATE AND THE PRINCIPLES OF GOOD GOVERNANCE

Summary

The principles of good governance, that is justice legal security should be conceived conceptually as part of the essence of the term „rule of law“, „social state“. In addressing the existing and neoliberal project of social developments the principles and concepts of the legal social state.

Keywords: good governance, social state, rule of law, neoliberal project

ЛИТЕРАТУРА

Вукадиновић, Г, О правној држави, Нови Сад 1995.

Вуксановић, Б, О појму правног поретка и државе, Београд 1931.

Ђурић, М, Социологија Макса Вебера, Загреб 1987.

Живановић, Т, Систем синтетичке правне филозофије, 1,2,3, Београд 1921, 1951, 1959.

Жижих, М, Нужност психосоцијалне демократске детерминисаности права и основних вредности у Европској унији; Зборник-Европска заједница народа и универзалне вредности „Новосадска асоцијација за теорију, етику и филозофију права“, Нови Сад, 2010, с.65-67.

Жижих М, Увод у право, Крушевац 2008.

Келзен, Х, Чиста теорија права, Београд 1998.

Кљујић, Т, теорије о тоталитаризму, Београд 1983.

Лукић, Р, теорија државе и права, Београд 1976.

Матић, Д, Правна држава као оквир људских права и слобода, Зборник, Правни факултет Крагујевац, 2005, с.221.

Митровић, Д, О правној држави и другим темама, Службени лист СФТЈ, Београд 1998.

Фукојама, Ф, Крај историје и последњи човек, ЦИД, Подгорица 1997.

КРИТЕРИЈУМ ПОДЕЛЕ ПРАВА НА ДРЖАВНО И ДРУШТВЕНО ПРАВО

Апстракт: Критеријум поделе права на државно и друштвено је субјекат примене санкције. То је општи критеријум када је реч о друштвеном праву. Међутим, када се ради о државном праву, поред постојања државе као субјекта извршења, неопходно је да материјални акти представљају следовање норми државног права, односно неопходно је да материјални акти буду у већем делу у сагласности са нормама државног права. Тако да је, у случају државног права, за идентификацију државног права, поред социолошког критеријума (субјекта извршења) неопходан још и нормативни критеријум, који би служио као допуна првом критеријуму.

Кључне речи: Државно, друштвено право, субјекат, санкција.

С обзиром да државно и друштвено право могу имати посредно и непосредно исте или сличне изворе, начине манифестације права, као и санкције за прекршај норми, ми сматрамо да је би једини критеријум на основу којег би се могла извести (с обзиром на истоветност и преплитања у сваком елементу феномена права, почев од настајања, преко његове манифестације, па све до остварења, односно реализације права) одржива подела права на државно и друштвено могао пронаћи у критеријуму субјекта извршења санкције, те би се државним, могло означити оно право за чији прекршај једино држава примењује принудну санкцију, а као друштвено, оно право за чији прекршај друштво примењује принудну санкцију.

Међутим, с обзиром на важност питања идентификације нормативног система којем норма из реалности може да припада,¹ научни приступ овом проблему подразумева опрезност у одређивању суштинских појмова правног плурализма (поделе права на државно и друштвено), па и њихову проверу у случају постојања некохерентног односа нормативног система и следећућег материјалног акта, те се у овом аспекту поставља питање, о каквом ће се праву радити ако за прекршај државне норме државни орган не примени санкцију прописану државним правом, него примени санкцију на начин

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, sava.aksic@pr.ac.rs.

¹ Упореди: Т. S. Ferraz, "Kommunikationstheorie und Rechtsnormensystem", Rechtstheorie, 15 Band, Heft 4. Berlin, 1984, 519.

супротан државном праву (могли би смо је назвати квази – друштвена санкција). Да ли би критеријум субјекта извршења санкције и у овом случају био релевантан, или би овај критеријум услед неподударности субјекта извршења и врсте нормативног система коме санкција припада био доведен у питање, па би у том случају, када се, дакле, примени санкција из супротног права, критеријум поделе нормативног система на основу чињенице субјекта извршења санкције, био доведен у питање, до мере да више не важи као критеријум поделе права на државно и друштвено субјекат извршења, него би се тада евентуално применио као критеријум поделе права узео критеријум врсте санкције, и то, по правилу: ако се примењује санкција друштвеног права – да се ради о друштвеном праву, без обзира на чињеницу ко је применио санкцију, а ако се примени санкција државног права, да се онда ради о државном праву, без обзира ко је санкцију применио. Тачније, да ли се путем нормативног критеријума – формалног извора права, може довести у питање социолошки критеријум права – субјекта извршења санкције.

То ћемо показати кроз пример прекршаја државне норме, као нпр. норме о плаћању пореза, када се за неплаћање пореза примени санкција принудне наплате пореза, али на начин који је у потпуној супротности са државном нормом која регулише принудну наплату пореза, и на основу које је обавеза о плаћању пореза уопште настала, и то на начин да се не уручи решење о принудној наплати пореза, да се извршење спроведе пре законом одређеног рока, да се извршење спроведе на стварима на којима се не сме спровести, и у много већем обиму вредности од вредности коју извршењем треба наплатити, односно, у супротности са готово свим одредбама које регулишу извршење у конкретном случају – одредбама државног права?

У конвенционалном значењу, се овакав случај означава као прекршај норме коју је требало применити (ми смо га означили као примену квази – друштвене норме).

Ми сматрамо да је санкција сама за себе немогућа, она је увек условљена одређеном претњом, одређеном диспозицијом, без обзира ком систему припада диспозиција коју је требало применити. Логичка конкструкција норме, односно логички однос између диспозиција и санкција указује на то, да не постоји санкција као датост или неминовност природе, на који би начин могао да постоји само неки природни догађај,² него да је она

² Р. Лукић, *Теорија држава и права, II Теорија права*, Београд, 1995, (Разлика између норми и природних закона, 16 – 18.), као и Х. Келзен у *Чистој теорији права*, (Београд, 1998,) где на стр. 14. стоји: "При том треба водити рачуна о томе да је норма као специфична смислена садржина нешто друго него физички акт у којем она бива хотена или представљена. Хтење или представљање норме мора се јасно разликовати од некакао хотене или представљане саме норме. "

условна последица. И даље, ако је таква санкција "незаконита", односно, не припада норми у коју је садржана диспозиција, а на чији је прекршај та санкција само логички одговор требала да буде,³ онда она сигурно припада некој другој норми, норми из другог система, с обзиром да неком нормативном систему она мора да припада (осим наравно изузев постојања случаја потпуног волунтаризма у примени санкција, када санкција није последица никакве важеће више норме, односно више норме важећег система норми (који може бити државни или друштвени, с обзиром на ексклузивни нормативни капацитет ових субјеката) због чега онда таква санкција уопште и није правна, односно уопште није ни санкција, него акт пуке ненормативне силе, па, како такви случајеви нису правни, нити их право не изучава, ми њих у овом случају и немамо у виду⁴)⁵.

Тако да се поставља питање, да ли се у наведеном случају ради о државној санкцији уопште, с обзиром да се остварење норме у реалности, у потпуности разликује од закона који регулише материју извршења, односно, извршењем се уопште не остварују те норме, шта више, овакав материјални акт извршења је у потпуној супротности са правним актом (државним нормама о извршењу), па се, с обзиром да не постоји подударност између правног и материјалног акта, не ради о државном праву, а пошто се не ради о државном праву (имајући у виду да право може бити само државно или друштвено, јер критеријума за треће право немамо), право о коме се ради може бити само друштвено право, јер је материјални акт у праву увек следовање на основу више норме.⁶

Касније поништење таквог акта је доказ његовог спољног логичког неидентитета (недоследности социолошке реалности у односу на норму) или унутрашње логичке неконзистентности (логичког неподударања санкције у односу на диспозицију, или на крају крајева неподударање две норме: више и ниже), мада, наравно, не безизузетно, јер то касније поништавање акта не мора бити мотивисано само разлозима спољнег неидентитета или недостатка унутрашње логичке конзистентности, него разлозима нецелисходности или приоритета познатих савременој јуридикској пракси.

³ А. А. Ehrenzweig, *Psychoanalytic Jurisprudence*, А. W. Sijthoff – Leiden, Oceana publications inc. – dobbs ferry, n.y. 1971, 89.

⁴ W. Fikentscher i M. T. McGuire, "A four – function theory of Biology for Law", *Rechtstheorie*, 25. Band, Heft 3. (The importance of biology for law), 1994, 297 – 299.

⁵ Унивезалност законитости нормативног односа независна је од врсте творца основне норме или извршиоца његове санкције. Оно што важи за право творца државе (види: Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд, 1951, (Бескрајни низ санкција), 41 – 42.) важи и за право чији је творац друштво.

⁶ Упореди: А. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala, 1953, 252 – 253.

Пошто овакав материјални акт не може само по основу пуког социолошког критеријума добити одређење идеалних карактеристика у смислу врсте права (јер чињеница реалности не може сама себи, без идеја, бити критеријум, него управо преко идејног критеријума – као суђујуће идеје о идентитету у реалности),⁷ а с обзиром на неслагање правног и материјалног акта (идеје и реалности),⁸ овде је јасно да нема остварења државне норме, односно санкције државног, него друштвеног права. У овом случају имамо само један елеменат државне норме (односно једну страну социолошког односа државног права) – државу као субјекат извршења санкције, што није довољно ((с обзиром на директно разилажење између једног дела бивства реалности (субјекта извршења)⁹ и његовог другог дела (остварење санкције по друштвеном праву) у односу на идеалитет у целини (државну норму)) за идентификацију претежне карактеристике неког права, тј. да би се у овом случају овакво право означило као државно само по основу карактеристике субјекта извршења, због чега ће и оваква норма као незаконита у каснијем поступку бити поништена, јер у целини не припада систему државног права чија је само материјална страна требала да буде.

За разлику од овог случаја, супротан случај – случај да се за прекршај друштвене норме примени санкција државне норме (што је у конвенционалном смислу немогуће, али условно у реалности може да по сличности подсећа) сама по себи, због субјекта примене санкције – друштвеног, од друштвеног права неће направити државно.

Када се ради о ситуацији примене норме из другог нормативног система, питање ком ће систему на крају такве санкције припадати, зависи од тога што је норма (односно, њено идеално бивство) увек критеријум правне реалности. О каквом ће се праву радити, односно ком ће праву припадати санкција, а тиме и целина норме, зависи од система чије се норме, односно санкције примењују. Зато и наведени случај, случај примене недржавног права од стране државе не може такво право начинити државним, јер се оно по нормама државног права и не остварује, него га чини друштвеним, то је у ствари остварење норми друштвеног права. И управо се критеријумом субјекта извршења санкције, као критеријумом поделе права на државно и друштвено има у виду доследност постојања ове чињенице: да сваки субјекат остварује своје право, зато што је овлашћен на то, али овај принцип важи док се не доведе у питање на наведени начина. Када наступи такав случај, ако се санкција остварује по нормама друштвеног права, без обзира на

⁷ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Београд, 2000, (Норма као шема тумачења), 13.

⁸ Или унутар саме идеје – нормативног система, види: А. А. Ehrenzweig, *Op. cit* 87 – 88.

⁹ Упореди: : А. V. Lundstedt, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlin – Grunewald, 1932, 190.

субјекта примене санкције (тачније субјекат примене права у овом случају може бити само друштво, никада држава, чак ни када они имају официјелни статус државних органа, јер се не поступајући по нормама на основу којих су као државни органи овлашћени, и они у ствари као такви – државни органи, и не могу легитимисати), сматраће се да она припада систему друштвеног права. Зато, и први случај представља случај примене друштвеног права.

Тако да је за постојање државног права неопходно¹⁰ да, као први услов, материјални акти¹¹ буду следовање таквих правни норми (што значи да ове норме и овлашћују на такве материјалне акте) и друго, да је субјекат извршења држава. Када је дакле, реч о државном праву, ова оба услова су неопходна. И критеријум извршења санкције¹² важи само уз овај услов: да материјални акти следују државним правним нормама.

Социолошки критеријум ове поделе, који ми узимамо као кључни, важи увек, осим када наступе разилажења овог типа. Тада нормативна страна овог односа одређује оштре и непремостиве разлоге другачијег резоновња ових димензија, односно служи као допуна социолошког критеријума. Нормативна страна ове димензије врши корекцију критеријума субјекта извршења (социолошког критеријума) на начин да је неопходно постојање и нормативног услова.

Санкција¹³ као елеменат правне норме, у свом идеалитету, дакле као заповест у норми, је само виши логички императив, логичка целина вишег обима у односу на нижу норму, односно логички основ важења¹⁴ ниже норме у бивству идеалитета система нормне хијерархије позитивног права.¹⁵

Санкција у нормативном смислу, као класни појам правне норме,¹⁶ односно генусно обележје елемената правне и сваке друге норме, може дати правним нормама системску карактеристику више и ниже целине елемената

¹⁰ Појам друштва, као шири у односу на појам државе, указује на аналоган однос њихових права: да је државно право настало из друштвеног као ширег, као и да је у односу на друштвено – државно право уже и посебно, па су и услови за његов настанак посебни у односу на услове за настанак друштвеног права као општијег.

¹¹ Р. Лукић, *Op. Cit* 306 – 309.

¹² А. А. Ehrenzweig, *Op. Cit* 48.

¹³ "Да се актом принуде који фунгира као санкција наноси зло ономе ко је тиме погођен, то треба разумети у том смислу што тај акт, нормално, онај ко је њиме погођен осећа као зло" – Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Београд, 2000, 35.

¹⁴ О циљном и кондиционалном важењу норме вид. Т. S. Ferraz, *Op. cit* 518 – 519.

¹⁵ Упореди: Ж. Гурвич, *Социологија права*, Подгорица, 1997, (IV. Хијерархија врста права), 203 – 204.

¹⁶ "Правне норме, као и све остале норме, представљају емоционалне фантазме."- Л. Ј. Петражицки, *Теорија права и морала*, Београд, Подгорица, Сремски Карловци, Нови Сад, 1999, 270.

правне норме у целини ступњевитости система.¹⁷ Једино однос више и ниже санкција може дати праву основ важења, односно виша санкција може дати нижој норми основ важења, само у целини нормног јединства које важи захваљујући својој ефикасности.

Санкцију у норми можемо искључиво посматрати у домену логике, као логичку санкцију,¹⁸ јер се ради о идеалитету који је смислен ако је формално – логички исправан. Она је начин везивања диспозиција различитог нивоа у њиховом вертикалном односу.

У својој нормној димензији, односно функцији нормативне димензије, смислу који има у односу на вишу или нижу норму, санкција у праву се уопште не разликује од санкција у другим важећим нормним системима, као нпр. система конвенционалних и моралних норми.¹⁹ У свим овим системима норми, санкција је постављена на логичким основама, те пружа нижој санкцији, односно норми само у домену рационалног расуђивања целином логичких закона, основ важења и тиме исцрпљује своју улогу у систему функцијом логичког везивања норми.²⁰ У аспекту односа норми, без обзира на врсту нормативног система, санкција у односу на другу норму само конструише логички однос ради стварања целине важења. Ове законитости важе у истој мери и на исти начи за све нормативне системе.

Међутим, без обзира да ли је реч о државном или друштвеном праву, право, много пре осталих нормативних система и може да оствари последицу норме у реалним односима, у много већем броју случајева него што је то случај са осталим нормативним системима.²¹ Тако да се кључна разлика између права и осталих нормативних система, ако апстрахујемо садржину норми, поред његових квалитета у нормативном смислу, своди на њихову социјалну димензију, односно такав аспект бивства ових система, код којих је ова димензија услов њиховог постојања у реалности – услов постојања

¹⁷ Упор. са појмовима научног система: Т. Masaryk, Versuch einer concreten Logik, Wien, Begriff eines Systems der Wissenschaften, 1887, 43 – 51.

¹⁸ Принудљивост је у системско – идеалном облику важећег права увек логичка као начин и услов њихове хијерархије, за разлику од принудљивости у социолошком смислу, смислу остварења овакве принудљивости (остварења принудљивости у идејно – логичком облику), када је увек физичка, реална. Упор. Т. S. Ferraz, Op. cit 519 – 520.

¹⁹ Али се између свих ових норми разликује њихова принудљивост у реалном смислу, односно разликује се између права на једној страни и морала и конвенционалних норми на другој страни, како правилно примећује ТомаЖивановић. Вид. Т. Живановић, *Систем Синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофија права I*, Београд, 1997, 124.

²⁰ Т. Живановић, Op. cit 124 – 125.

²¹ То се најбоље види онда, када држава желећи да повеће ефикасност неког правила недржавног права, инкорпорира то правило у систем државног права – дајући му државну санкцију. Вид. Р. Лукић, Op. cit 31.

права. Правни систем се од осталих нормативних система управо разликује по овом критеријуму, који је са његове социолошке стране²² (а преко овога и на ефикасност као услова постојања и у нормативном смислу) *differentia specifica* у односу на остале нормативне системе, а то је његово својство да у највећем броју случајева успева да се оствари сагласност између идеја (диспозиције и санкције у нормативном смислу) и реалности (њиховог остварења),²³ која је сагласност и услов постојања права у нормативном смислу.

Утицај санкције, и државне и друштвене правне норме, је психичка претња, односно претња принудом.²⁴ То је психолошки утицај који санкција има на будуће прекршиоце норми и као такав делује мотивационо на поштовање диспозиције.²⁵ То је један начин мотивисања субјеката права на поштовање диспозиције поред другог – непосредне примене санкције, односно силе у реалности.

²² Philip Selznick, *The Sociology of Law, Sociology today*, New York, 1960, 118.

²³ Упор. А. V. Lundstedt, *Op. Cit* 182.

²⁴ Ако диспозиција није прекршена, а ако јесте онда се за ову претњу обично каже да она остварује функцију превенције. О превенцији вид. А. А. Ehrenzweig, *Op. cit* 207.

²⁵ "... Но принудљивост психичком принудом не мора уопште да доведе до самог извршења обвезне радње (до плаћања дуга нпр.) од стране самог обвезног, те се психичка принудљивост уопште не може сматрати елементом права " – Т. Живановић, *Op. cit* 125.

Овај став узимамо са резервом када је у питању право као највиши појам, па и када је у питању појединачна правна норма.

Када је у питању појединачна норма, онда нам, код прекршених норми, неостварена функција психичке принудљивости садржана у санкцији норме, не може послужити као аргумент да би смо је истакли као непостојећим елементом права, осим у случају незнања закона. Међутим пошто ову чињеницу право не узима у обзир (у смислу правила: *ignorantia legis non excusat*), овакав случај је за оцену психичке принудљивости као општег обележја права, ирелевантан. У свим осталим случајевима ми немамо никакве доказе да није постојала, или није постојала никаква психичка принудљивост, чак и најмањег степена. Ми само имамо доказа да је она била неуспешна, да није уродила плодом, а не и да уопште није постојала, јер се психичкој принуди може одолети и када она постоји.

Sava AKSIĆ, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE CRITERION OF DIVISION OF THE LAW TO STATE AND SOCIAL LAW

Summary

The criterion of the division of the law to the state and socially is the subject of the application of the sanction. This is a general criterion when it comes to social law. However, when it comes to state law, in addition to the existence of a state as a subject of execution, it is necessary that material acts represent the observance of the norms of state law, that is, it is necessary that material acts are largely in conformity with the norms of state law. So, in the case of state law, for identification of state law, besides the sociological criterion (subject of execution), a normative criterion is needed, which would serve as a supplement to the first criterion.

Keywords: *state, social law, subject, sanction.*

ЛИТЕРАТУРА

Гурвич, Жорж *Социологија права*, Подгорица, 1997,
Ehrenzweig, Albert A. *Psychoanalytic Jurisprudence*, A. W. Sijthoff –
Leiden, Oceana publications inc. – dobbs ferry, n.y. 1971,

Међутим, ако се и можемо икако сложити са чињеницом, да, због прекршаја норми, она није опште обележје права (мада би смо ми рекли да њен успех, а не њено постојање, није опште обележје права, а за право је наравно битно да дође до последице права, односно њен успех, а не било какво постојање принуде), онда се никако не можемо сложити са чињеницом да она није елемент права као највишег појма, из простог разлога што би њено непостојање довело у питање ефикасност, односно постојање самог правног поретка. Право је незамисливо без психичке принудљивости. Управо са потпуно успешно оствареном психичком принудом, када су у питању, не конкретне норме, него право уопште, правни поредак може да постоји. У супротном, у случају када би психичке принудљивост, односно успешна психичка принудљивост, више недостајала него што би била присутна, правни поредак би био неефикасан, и као такав престао да постоји, зато што, како правилно примећује Келзен: "Норма не важи зато што је ефикасна; она важи ако је поредак коме припада, у целини узевши, ефикасан". – Х. Келзен, *Op. cit* 53.

- Живановић, Тома *Систем Синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофија права I*, Београд, 1997,
Келзен, Ханс, *Чиста теорија права*, Београд, 1998,
Ханс Келзен, *Опита теорија права и државе*, Београд, 1951,
Келзен, Ханс *Чиста теорија права*, Београд, 2000,
Лукић, Радомир *Теорија држава и права, II Теорија права*, Београд, 1995,
Lundstedt, Anders Vilhelm *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlin – Grunewald, 1932,
Masaryk, Thomas, *Versuch einer concreten Logik*, Wien, 1887,
Петражицки, Лав Јосифович, *Теорија права и морала*, Београд, Подгорица, Сремски Карловци, Нови Сад, 1999,
Selznick, Philip, *The Sociology of Law, Sociology today*, New York, 1960,
Hägerström, Axel *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala, 1953,
Ferraz, Tercio Sampaio, "Kommunikationstheorie und Rechtsnormensystem", *Rechtstheorie*, 15 Band, Heft 4. Berlin, 1984,
Fikentscher, Wolfgang, T. McGuire, Michael, "A four – function theory of Biology for Law", *Rechtstheorie*, 25. Band, Heft 3. 1994.

Огњен ВУЈОВИЋ*

347.23(37)
502.3/.7(37)

ПРИВАТНИ ИНТЕРЕСИ КАО ОСА СУЖИВОТА

Апстракт: У античком Риму је земљиште имало велики значај. Примарно је било заштитити интересе његовог власника тако да он не претрпи штету. Од тог принципа се полазило када је требало уредити бројне односе међу суседима. У литератури је већ речено да у античком Риму не постоје норме којима би се штитило оно што данас називамо животном средином. За такво нешто је потребно да се схвати пуни значај комплексних односа међу појединцима и да се изађе из уских оквира приватних интереса.

Кључне речи: *животна средина, службености, приватно земљиште.*

1. УВОД

Наравно да се у античком Риму не може говорити о некаквој систематској политици заштите животне средине каква је на делу у данашње време. Наравно да се на то друштво не могу применити бројни данашњи стандарди. Ипак ће се почети са неким најопштијим формулацијама из нашег Закона о заштити животне средине. Оне су издвојене из свог нормативног контекста како би се потражило нешто што би се могло назвати тек неким далеким траговима корена било какве идеје о потреби заштите животне средине.

Тако се данас код нас појам животне средине одређује као „скуп природних и створених вредности чији комплексни међусобни односи чине окружење, односно просторе и услове за живот“.¹ Каже са да је емисија „испуштање и истицање загађујућих материја у гасовитом, течном и чврстом агрегатном стању или емисије енергије из извора загађивања у животну

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, ognjen.vujovic@pr.ac.rs.

¹ Чл. 3. ст. 1. тач. 1, Закон о заштити животне средине, Службени гласник РС, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/2016.

средину“.² У Закону се каже да су чак и грађани појединачно субјекти система који је одговоран за заштиту животне средине.³

Вак исправно истиче како је заштита животне средине само у малом степену део приватног права и да се то основним делом постиже инструментима јавног права. Када је у питању римско приватно право, које чини највећи део римског права уопште, напомиње он, све што није било у приватном интересу није ни привлачило пажњу. У том смислу је посматрана и заштита животне средине.⁴

2. НЕКА ОД РЕШЕЊА

У Дигестама, поглавље о службеностима садржи решења која говоре о заштити окружења од непријатних мириса.

Тако Аристо одговара Церелију Виталију да радионица сира не може у складу са правом вршити имисију дима на више зграде, сем ако те ствари нису подвргнуте режиму службености. Исто тако, онај на вишем спрату не може пролити воду ка нижем спрату:

*Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenam denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.*⁵

² Чл. 3. ст. 1. тач. 18, Закон о заштити животне средине, Службени гласник РС, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/2016.

³ Чл. 4, Закон о заштити животне средине, Службени гласник РС, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/2016.

⁴ А. Wacke (Cologne), „Protection of the Environment in Roman Law?“, Roman Legal Tradition, Vol. 1, 2002, 4. Он разматра римска правна решења која теже очувању следећа три елемента средине: ваздух, вода и сеоско окружење, Ibid. 5 и даље.

⁵ D. 8. 5. 8. 5. *Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*. Ово је водећи случај који говори о имисијама каже Вак и као такав је често разматран у литератури деветнаестог века, али и у новијој литератури. Под његовим утицајем су и нека законска решења

Каже се да Помпиније доказује да када је у питању купатило неке Квинтилије која је направила подземни пролаз којим испарења из купатла отичу на имање Урса Јулија, да се таква службеност може установити:

Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.⁶

Очигледно су се овакве ствари сматрале приватним, а не јавним интересом, па је била установљена могућност да се оне решавају приватно правним инструментима, као што су службености.

Тако се каже и да онај који је дуготрајним коришћењем и дугом квази - посесијом стекао право да спроводи воду, то није морао да доказује неким правним основом, већ му је додељена тужба из разлога корисности. Па је требало да покаже да већ годинама тако користи и да то није успоставио силом, тајно, или *precario*:

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse.⁷

Тужба за заштиту тог права је могла бити поднета као и у случају других службености против свакога ко титулара омета у њеном вршењу:

Agri autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. Et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero.⁸

Овде очито нема места било каквој могућности да се разматра како људска активност може утицати на животну средину (окружење). Једино је битно заштитити приватни интерес који се легитимисао дуготрајним уживањем. Ту не може бити места за питања која испоставља начело очувања природних ресурса о коме говори наш законодавац: „Начело очувања природних вредности - природне вредности користе се под условима и на начин којима се обезбеђује очување вредности геодиверзитета, биодиверзитета, заштићених природних добара и предела“.⁹ Али, не може се

немачког грађанског законика, А. Wacke (Cologne), op. cit, 7-8. Он анализира овај пример са становишта загађивања ваздуха, Ibid., 6-7.

⁶ D. 8. 5. 8. 7.

⁷ D. 8. 5. 10. пр. *Ulpianus libro quinquagesimo tertio ad edictum*

⁸ D. 8. 5. 10. 1.

⁹ Чл. 9. ст. 1. тач. 3, Закон о заштити животне средине, Службени гласник РС, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/2016.

порећи да има дугорочног просторног планирања које је свакако у интересу не само приватних сопственика, већ и у ширем интересу. У 34. члану нашег закона се каже: „У просторним и урбанистичким плановима обезбедиће се мере и услови заштите животне средине...“¹⁰ Једно од тога је: „утврђивање мера интегрисане заштите и планирања предела, ради уређења дугорочне концепције, намене и организације предела и усклађивања вишенаменског коришћења простора које угрожава предео (пољопривреда, шумарство, водопривреда, рударство, енергетика, саобраћај, становање, рекреације и др.)“.¹¹ Поставља се питање због чега је онда из римског права изабран овај пример са спровођењем воде? Одговор се налази у принципу који избија из његовог решења. Поштовање дугогодишње праксе се по ефектима свакако може протумачити и као очување постојећег локалног окружења. Примарно је заштићен приватни интерес дугогодишњег корисника, али се не може тврдити да се том приликом није имао у виду и један општији интерес (макар само посредно и не свесно).

Тако се долази до следећег проблема, до проблема континуитета.

Правилима о гашењу службености спровођења воде је било предвиђено да ако је ова установљена да се користи лети, или у једном месецу, губи се ако се не користи двапут заредом. Исто је предвиђено и када је у питању вршење службености пута:

*Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum vel uno mense, quaeritur quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur. Si vero alternis diebus aut die toto aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur, quia una servitus est: nam et si alternis horis vel una hora cottidie servitutum habeat, Servius scribit perdere eum non utendo servitutum, quia id quod habet cottidianum sit.*¹²

Данас би се рекло да је у овом случају континуитет био потребан зарад онога што бисмо данас назвали потребом за правном сигурношћу. Али, то не потиरे потребу да се очува постојеће окружење. Напротив.¹³

¹⁰ Чл. 34. ст. 1, Закон о заштити животне средине, Службени гласник РС, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/2016.

¹¹ Чл. 34. ст. 1, тач. 2 а), Закон о заштити животне средине, Службени гласник РС, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/2016.

¹² D. 8. 6. 7. **Paulus libro tertio decimo ad Plautium**

¹³ Данас све већа свест о потреби заштите животне средине налаже и компанијама, а не само држави и појединцима да се понашају одговорније. Тако Васиљевић каже: „Закључно, феномен финансијске кризе, потребе заштите животне средине, разлози безбедности, социјални потреси, злоупотребе слободе уговарања које угрожавају феномен 'јавног поретка', берзански потреси са тектонским поремећајима на

У сваком случају, онај чији су подређени спречили његовог комшију да спроведе воду није могао зарад неких формалноправних разлога избећи одговорност и није се могло наставити са наношењем штете комшијиним ливадама и стаблима:

*Is, cuius familia vicinum prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset: quaerit actor, quid sibi faciendum esset. Respondi oportere praetorem causa cognita iubere bona adversarii possideri et non ante inde discedere, quam is actori ius aquae ducendae constituisset et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, veluti si prata arboresve exaruisset.*¹⁴

3. ДАЛЕКО ОД НАЧЕЛА

Римљани су били свесни да постоје ствари које не могу бити предмет приватне својине, већ су у општем власништву, или ни у чијем власништву. Тако Марцијан каже да нешто по природном праву припада свима, нешто је опште, нешто не може бити ничије, а већи део припада појединцима, по разним основама:

*Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.*¹⁵

Оно што по природном праву припада свима је: ваздух, водотокови и море и морско приобаље:

*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*¹⁶

финансијском тржишту и системска ограничења филозофије либералне привреде без одговарајуће регулаторне, интервенцијске и развојне улоге државе, учиниће да и капитализам све више испољи своју моралну страну (‘морални капитализам’ – државни капитализам уместо либералног акционарског или менаџерског), тако да ће и феномен друштвене одговорности компаније у ширем смислу одговарајућим регулаторним и надзорним интервенцијама државе *поставјати све више правни* (уместо само морални), какав је у основи развојни пут право и имало“, М. Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, 10. „... у овом систему одређеност права према неким релевантним појединачним интересима (интерес поверилаца, интерес управе-менаџера) је у највећој мери директна и несумњива, тако да је у овом смислу одређена *друштвена одговорност компаније у ужем смислу* недвосмислено и правна (не само морална)“, *Ibid.*, 9.

¹⁴ D. 8. 5. 18. *Iulianus libro sexto ex Minicio*

¹⁵ D. 1. 8. 2. *pr. Marcianus libro tertio Institutionum*

¹⁶ D. 1. 8. 2. 1. Наравно да и данас воде представљају јавно добро. Тако се у Закону о водама дефинише: Воде су природно богатство и у својини су Републике Србије, чл. 5. ст. 1., Закон о водама, Службени гласник РС, бр. 30/2010, 93/2012 и

Готово све реке и луке су државне:

Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.¹⁷

Заштиту општег приступа водама је могао покренути појединац. У том случају се судска пресуда тиче имања, а онај ко је деловао у општем интересу и тако направио извесне потребне и оправдане трошкове има право на тужбу за незвано вршење туђих послова:

Uno defendente causam communis aquae sententia praedio datur: sed qui sumptus necessarios ac probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.¹⁸

Овде се намеће присећање на већ наведени члан нашег Закона о заштити животне средине у коме је предвиђено да су и грађани субјекти система заштите средине. Ако се имају у виду само ови римски параграфи (наведени досад у овом поглављу), онда се може рећи да је постојала некаква основа макар за појаву нечега што би био само наговештај правних схватања усмерених на заштиту природне средине као такве. Али, сама конкретна правна решења остају далеко од тога.¹⁹

У поглављу које носи наслов *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* („Да не би нико на јавном месту или путу радио“) се, између осталог, каже да онај ко на јавном месту нешто има постављено и то жели да поправи, Аристо каже да се може употребити интердикт како би се то спречило:

Si quis quod in publico loco positum habuit, reficere voluit, hoc interdicto locum esse Aristo ait ad prohibendum eum reficere.²⁰

Против онога ко у мору направи неку препреку може подићи интердикт онај ко од тога трпи штету, а ако таквога нема, онда се може одржавати оно што је изграђено на плажи или оно што је у мору изграђено:

101/2016. У истом члану, ст. 2 се наводи: Воде и водно земљиште у јавној својини су јавно водно добро. У ст. 3: Јавно водно добро је неутуђиво.

¹⁷ D. 1. 8. 4. 1. *Marcianus libro tertio Institutionum*

¹⁸ D. 3. 5. 30. (31) 7.

¹⁹ Чак је у блиској прошлости споро долазило до сазревања свести о потреби интегралне заштите животне средине. Тако: „Економски аспект је промењен. Више се не сматра да је улагање у заштиту животне средине нешто што је трошак, већ и нешто што је могућа добит (нпр. пречишћавање отпадних вода, наводњавање чистом водом, пречишћавање загађених река и језера). Еколошка улагања могу помоћи развоју туризма, производњи еколошки здраве хране итд. Осим тога, одрживи развој значи и то да „загађивач плаћа“, тј. загађивач је дужан да сноси трошкове санације загађених елемената животне средине“, М. Салма, „Превентивна тужба за отклањање извора опасности од штете у светлу одрживог развоја“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2014, 133. До тога је дошло од краја осамдесетих година прошлог века, *Ibid.*, 132.

²⁰ D. 43. 8. 2. 7.

Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.²¹

Овде нема интересовања за јавни интерес за очувањем подручја, већ су предмет бриге једино приватно-сопственичке потребе. Овом приликом се не може порећи да је оно што је у приобалном делу мора изграђено итекако могло нарушити изглед и карактеристике постојећег предела. Иако море и обала по природном праву припадају свима, изгледа да се сматрало да се штета не може нанети целој заједници, већ само појединцима. Такво схватање је основна препрека да се увиди значај очувања природне средине.

Ако неко на јавном месту изгради нешто и услед тога је заустављено отицање на којој ниси имао право, Лабен налази да нема интердикта:

Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo iure defluant, desinant fluere, interdicto me non teneri Labeo putat.²²

Ово решење је у потпуној сагласности са оним што је изнето у другом поглављу овог чланка (*Нека од решења*). Подсетимо се, закључено је да не треба мењати оно што је уобичајено дугом и законитом употребом. У управо наведеном параграфу (D. 43. 8. 2. 13) тога нема, па се сматра да нема ни штете. Такође нема било каквог помињања јавног интереса, па зато нема ни свести о потреби заштите природног окружења.

Вак закључује да заштита природне средине није била централна тачка римског правног ситета. То и није у природи приватног права. Оно само рефлексно, каже Вак, може да заштити средину у мери која се тиче појединца.²³ Примећује да то Римљанима није сметало да одлично управљају урбаном хигијеном и отпадним водама.²⁴

4. ПРИВАТНО ЗЕМЉИШТЕ (НЕПОКРЕТНОСТ) КАО СТОЖЕР СВИХ ИНТЕРЕСА (УМЕСТО ЗАКЉУЧКА)

Интересанто је овом приликом указати на једну одредбу средњовековног српског права. Коментаришући члан 123. Душановог законика, Шаркић каже: „... Сасима се убудуће забрањује да секу шуме (*a от сада напреда Сасин да не сече*), да крчевину запоседају (*оногази да не тежи*) и да се на њој настањују (*ни људи да не сађа*). Раковачки препис забрањује и властели да насељава своје људе на крчевини. Гора треба да остане пушта како би шуме могле да се обнављају (*такмо да стоји пушта, да расте гора*).

²¹ D. 43. 8. 2. 8.

²² D. 43. 8. 2. 13.

²³ A. Wacke (Cologne), op. cit, 23.

²⁴ Ibid., 24.

Ипак, Сасима се дозвољава да секу шуме онолико колико је потребно за њихову делатност (никто да не забрани Сасину горе колико јест требе тргу; толико-зи да сече)²⁵. „Схвативши какав значај имају шуме за сваку земљу, државна власт (цар) ограничава право крчевине и посебно забрањује да се на искрченој земљи настањују људи (радници)“²⁶.

Може се рећи да је за Римљане земља била битнија од дрвећа које расте на њој. Чини се да се у том смислу може тумачити то што Гај каже да плод представља део самог земљишта:

*Fructus pendentes pars fundi videntur.*²⁷

У римском праву постоје јасна правила која омеђују понашање плодоуживаоца, али она се свакако не могу сматрати решењима из онога што бисмо данас назвали облашћу заштите животне средине. То су, једноставно, решења која су у интересу власника ствари.²⁸ Тако се сматрало да је плодуживалац могао сећи шуму стопу високу како би могао да се користи плодоуживањем. Оно што није стопу високо могао је користити за виноград све док то не умањује вредност имања:

*Ex silva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumpturum: ex non caedua in vineam sumpturum, dum ne fundum deterioorem faciat.*²⁹

Ако је реч о великом дрвећу, није га могуће сећи:

*Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere.*³⁰

Ради се о параграфу који долази након онога о плодуживању, па се може закључити да се односи управо на тај случај. Дакле, битно је да се не угрози вредност непокретног имања. У том смислу се могу протумачити и следећи параграфи:

*Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus tuus serviet.*³¹ - Ако ми дозволиш да проведем воду преко твог имања без одређења дестинације, онда је цело твоје имање предмет службености.

²⁵ С. Шаркић, „Може ли се говорити о заштити животне средине у средњовековној Србији? (поводом члана 123 Душановог законика)“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2014, 48.

²⁶ Ibid., 50.

²⁷ D. 6. 1. 44 *Gaius libro vicensimo nono ad edictum provinciale.*

²⁸ До сличног закључка долази и Вак када анализира параграфе Дигеста који говоре о интердиктима када је у питању употреба силе или потајно поступање. Тако он налази да у D. 43. 24. 13. 4. није заштићена шума по себи, већ право појединца да користи шуму и да је сече, A. Wacke (Cologne), op. cit, 20.

²⁹ D. 7. 1. 10. *Pompinius libro quinto ad Sabinum.*

³⁰ D. 7. 1. 11. *Paulus libro secundo epitomarum Alfeni digestorum.*

³¹ D. 8. 3. 21. *Paulus libro quinto decimo ad Sabinum.*

Али, места на имању куда се може направити пролаз су она на којима нема грађевина, дрвећа, винограда:

*sed quae loca eius fundi tunc, cum ea fieret cessio, aedificiis arboribus vineis vacua fuerint, ea sola eo nomine servient.*³²

Ако се имају у виду наведени параграфи о обавезама плодуживаоца, онда се може закључити да је тешко рећи да је власнику остајала на располагању некаква гола својина.³³ Плодуживалац све време осећа да су власникови интереси наткрилили његове. Он може да користи ствар само у оној мери која је потребна за несметано остваривање циља плодуживања. Његова овлашћења се рестриктивно тумаче.

Очигледно је да се римска својина не може одредити апстрактно, као што је немогуће пронаћи норме које штите животну средину, а тиме и јавни интерес. Једино је битно да власник не претрпи штету.

Ognjen VUJOVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

PRIVATE INTERESTS AS A BASIS OF SOCIAL LIFE

Summary

In ancient Rome land had the great significance. Protection of owners interests was primar so that he would not suffer damage. That principle was the stater point when it was necessary to regulate numerous relations among neighbors. In the literature it has already been said that in ancient Rome there are no laws that protect what we today call the environment. For such a thing it is necessary to understand the full significance of complex relationships among individuals and to get out from the narrow framework of private interests.

Keywords: *environment, servitudes, private land.*

³² D. 8. 3. 22. *Pomponius libro trigensimo tertio ad Sabinum.*

³³ Милошевић истиче како је *proprietas* као термин за својину био погодан да је изрази „када је лишена садржаја, `гола својина` (*nuda proprietas*, тада је плодуживалац *dominus ususfructus*, а власник *dominus proprietatis*)“; М. Милошевић, Римско право, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће *Службени гласник*, Београд 2009, 262.

ИЗВОРИ И ПРОПИСИ

Corpus iuris civilis, Institutiones recognovit Paulus Crueger, Digesta recognovit Theodorus Mommsen, Berolini Apud Weidmannos, 1872.

Закон о заштити животне средине, Службени гласник РС, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/2016.

Закон о водама, Службени гласник РС, бр. 30/2010, 93/2012 и 101/2016.

ЛИТЕРАТУРА

Andreas Wacke (Cologne), Protection of the Environment in Roman Law?, Roman Legal Trad., Vol. 1, 2002.

Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009.

Мирослав Милошевић, Римско право, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће *Службени гласник*, Београд 2009.

Марија Салма, „Превентивна тужба за отклањање извора опасности од штете у светлу одрживог развоја“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014.

Срђан Шаркић, „Може ли се говорити о заштити животне средине у средњовековној Србији? (поводом члана 123 Душановог законика)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014.

CIP - Каталогизација у публикацији -
Народна библиотека Србије, Београд

347(082)

343(082)

346(082)

342(082)

340(082)

НАУЧНО истраживачки пројекат "Начела добре владавине - начело правне сигурности и начело правичности" : тематски зборник - пројекат / [главни и одговорни уредник Владимир Боранијашевић]. - Приштина [тј.] Косовска Митровица : Правни факултет, 2017 (Краљево : Кварк). - 418 стр. ; 25 cm

Према предговору ово је друга свеска истоименог зборника. - Тираж 50. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад.

- Summaries.

ISBN 978-86-6083-050-2

1. Боранијашевић, Владимир [главни и одговорни уредник]

а) Грађанско право - Зборници б) Кривично право - Зборници с)

Економско право - Зборници д) Уставно право - Зборници е) Теорија права - Зборници

COBISS.SR-ID 252139276